



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

أَنْوَارُ الْفِقَاهَةِ

كِتَابُ الْقَضَاءِ

تَالِيفُ:

الشيخ حسن بن الشيخ جعفر كاشف الغطا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

انوار الفقاهه – كتاب القضاء

كاتب:

حسن بن جعفر بن خضر نجفى كاشف الغطاء

نشرت فى الطباعة:

موسسه كاشف الغطاء

رقمى الناشر:

مركز القائمىه باصفهان للتحريرات الكمبيوترىه

الفهرس

٥	الفهرس
١٢	انوار الفقاهه - كتاب القضاء
١٢	اشاره
١٢	اشاره
١٢	المقدمه
١٤	[هنا مباحث]
١٤	[أحدها في معانى القضاء]
٢٠	ثانيها: يجوز الرجوع في الحكم و الفتوى و الحقوق و الولايات إلى المفضل مع وجود الفاضل
٢١	ثالثها: للفاضل أن ينفذ حكم المفضل و إن كانت فتواه
٢١	رابعها: لا بد في القضاء من النصب عموماً أو خصوصاً
٢٣	خامسها: المجتهد المطلق منصوب نصباً عاماً
٢٣	سادسها: لا يشترط في الإفتاء سوى الاجتهاد و استفراغ الوسع من المجتهد
٢٥	سابعها: إذا اختلف المتداعيان في الرجوع إلى أى المجتهدين لزم اتباع المنكر للمدعى
٢٥	ثامنها: لو رجع المتداعيان إلى غير المجتهد أو إلى حكام الجور من غير ضروره كانا غاصبين قطعاً
٢٦	تاسعها: منصوب المجتهد للولاية على الأيتام و الأوقاف و الغياب ينعزل بموته و جنونه
٢٦	عاشرها: ولاية الحاكم عامه لكل ما للإمام عليه السلام
٢٧	حادى عشرها: إذا كان الحاكم غير عدل فهل له تولى القضاء
٢٧	ثانى عشرها: حكم المجتهد يمضى على مقلديه
٢٨	ثالث عشرها: للمجتهد أن يحكم بحكم مجتهد آخر
٢٨	مسائل
٢٨	الأولى: القاضى إماماً كان أو غيره يقضى بعلمه في الجملة [فهنا مقامات]
٢٨	اشاره
٢٨	الأول: في الإمام و كذا من هو أعلى منه درجه
٣٤	المقام الثانى: لا يجب على الحاكم الثانى تتبع أحكام الأول
٣٧	المسأله الثانيه: العداله ملكه أو فعل ناشئ عن ملكه
٣٧	اشاره
٣٨	فائده: تتجزى ملكه العداله فتكون متعلقه ببعض الكبائر دون بعض
٤١

- ٧٦----- اشاره
- ٧٦----- أصل: التمام و الفأفأ و الألتغ و الألتغ يقسمون بما يتمكنون منه
- ٧٧----- سابع عشرها: لو كان التعليل في زمان أراد المدعى تحليفه به كيوم الجمعه أو مكان طلب المدعى إحلافه فيه
- ٧٧----- ثامن عشرها: يلزم على الحالف الحلف على ما يقطع به
- ٨٠----- تاسع عشرها: يحلف المدعى على البت ابتداء
- ٨٠----- العشرون: المدعى لو ادعى أمراً فالجواب من المنكر أما عام أو خاص أو مساوي
- ٨٢----- الواحد و العشرون: يثبت باليمين المردوده أو بالنكول كل ما يثبت بشاهدين
- ٨٢----- الثاني و العشرون: لا يجوز حلف يمين واحد عن دعاوى متعدده من مدعٍ واحد أو من مدعين متعددين
- ٨٣----- الثالث و العشرون: إذا ادعى مدعٍ على الوصي مألأ افتقر إلى إثبات وصايته أو يحلفه على نفي العلم بأنه وصي
- ٨٤----- الرابع و العشرون: لو ادعى على العبد قيل فالغريم مولاه في المال و الجبايه و قيل ان الغريم العبد
- ٨٥----- الخامس و العشرون: مما اعتبر فتوى و روايه انه لا يمين في حد
- ٨٧----- السادس و العشرون: لو كانت عنده بينه أو جزء بينه فاعرض عنها فطلب يمين المنكر جاز
- ٨٨----- السابع و العشرون: الأصل في ثبوت حق المدعى البينه
- ٩١----- الثامن و العشرون: يعتبر في اليمين نيه المحلف من الحاكم أو المدعى
- ٩٢----- التاسع و العشرون: لو ادعى الوصي أو الحاكم فيمن لا وارث له أو الوارث بدين على رجل علماً أو تهمه سواء كان معه شاهد واحد أم لم يكن لزم المدعى عليه باليمين
- ٩٢----- الثلاثون: تركه الميت مع الدين المستغرق أو ما قابل الدين من تركته من غير المستغرق تبقى على حكم مال الميت
- ٩٥----- الحادي و الثلاثون: لو علم المدعى بغير ماله عند المدعى عليه طالبه فإن امتنع من أدائها جاز للمدعى أخذها قهراً
- ٩٦----- الثاني و الثلاثون: كل ما تعلقت به دعوى مسلم من دون معارض خاص أو عام كالحاكم أو أمينه فيما له فيه الولاية فهو له
- ٩٧----- الثالث و الثلاثون: كل ما وقع في البحر من سفينه أو من شخص أو انكسرت سفينته
- ٩٧----- القول في الشاهد و اليمين و الكلام في أمور
- ٩٧----- أحدها: قضى رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سَلَم و الأئمه من بعده بالشاهد العدل و اليمين
- ٩٨----- ثانيها: لا يثبت بالشاهد و اليمين ما كان من حقوق الله تعالى
- ١٠٠----- ثالثها: يشترط تقديم شهاده الشاهد قبل اليمين و إقامتها
- ١٠١----- رابعها: لا يحلف المدعى مع الشاهد ليثبت مألأ لغيره
- ١٠١----- اشاره
- ١٠١----- فائده: هل اليمين شرط في قبول شهاده الشاهد أو جزء من الحججه
- ١٠١----- خامسها: إذا ادعى جماعه مألأ قد اتخذ سبب دعواهم به كميراث أو وقف أو شراء عين فأقاموا شاهداً على اصل ذلك لزم الحلف على طبق شهاده الشاهد
- ١٠٢----- سادسها: لو ادعى جماعه فحلف بعض و نكل آخر بعد توجه اليمين عليه يسقط حق الناكل
- ١٠٢----- اشاره

- فأندة: لو ادعى الحاكم وفقاً عاماً أو غيره من أهل الجبهه الموقوف عليها صح إقامه الشاهد من أهل تلك الجبهه ١٠٣
- سابعها: كل ما يثبت بشاهد و يمين يثبت بامرأتين و يمين الخصم ١٠٣
- ثامنها: اصل فيه فوائد: ١٠٤
- أحدھا: لو ادعى بعض الورثه الوقف من مورثهم ثم من بعدهم على نسلهم حلفوا مع الشاهد ١٠٤
- الثاني: لو ادعى الوقف عليه و على أولاده فادعى الوقف ترتيباً حلف مع الشاهد الأول ١٠٤
- الثالث: لو ادعى ثلاثه بنين تشريك وقف بينهم و بين البطون فحلفوا ثم صار لأحدهم ولد وقف له الربع من حين التولد ١٠٥
- الرابع: لو ادعى البطن الأول الوقف على الترتيب و حلفوا مع شاهدهم فقال البطن الثاني بعد وجودهم انه وقف تشريك كانت الخصومه بينهم و بين البطن الأول ١٠٥
- الخامس: لو ادعى البطن الأول الوقف مرتباً و نكلوا عن اليمين مع شاهدهم فوجد البطن الثاني احتمال إحلافهم ١٠٦
- تاسعها: لو كان مورد الدعوى نفيّاً و اثباتاً مال ثبت بالشاهد و اليمين ١٠٦
- عاشرها: لو حلف بعض المدعين مع شاهدهم و نكل الآخرون اخذ الحالف و منع الناكل ١٠٨
- حادى عشرها: يجوز لصاحب الحق ان يحلف لاثبات حقه ١٠٩
- ثاني عشرها: لو ادعى على شخص بيده جاريه و ولد ان الجاريه ملكه و أم ولده هذا فهو ولده و هو حر فهذه تنحل إلى دعوى ١٠٩
- ثالث عشرها: الناكل عن اليمين مع الشاهد له إعادة اليمين ١١٠
- رابع عشرها: إذا حلفت الطبقه الأولى فالاشهر انه يكفى عن يمين الثانية ١١١
- خامس عشرها: لو نكلت الطبقه الأولى كان الوقف ميراثاً ١١١
- سادس عشرها: لو حلف و نكل بعض آخر فحسه الحالف وقف و حصه الناكل تركه ١١٢
- سابع عشرها: لو ادعى ثلاثه أو أكثر أو اقل من أهل الإرث أو من غيرهم وفقاً تشريكاً عليهم و على أولادهم أولاد غيرهم فيحلف المدعون يميناً ١١٢
- ثامن عشرها: لا يجوز للقاضي ان ينفذ حكم قاضي آخر ١١٤
- تاسع عشرها: يلزم في شهاده الشاهدين أن يشهد على الحكم لا على الثبوت ١١٦
- العشرون: نفى الخلاف بعض أصحابنا عن ان للمشهدود عليه بحق ان يمتنع من وفائه ١١٧
- الحادى و العشرون: ينفذ الحاكم حكم حاكم آخر في حال حياته و بعد موته و بعد جنونه و جهله ١١٧
- القول فى القسمه ١١٨
- اشاره ١١٨
- الكلام فى القسمه يقع فى مواضع: ١٢١
- أحدھا: الأجره أجره الحافظ على السهم دون الرؤوس ١٢١
- اشاره ١٢١
- فأندة: لما كان التملك فى القسمه على خلاف الأصل اقتصر على المتيقن ١٢٣
- ثانيها: كل ما يحصل بقسمته ضرر على جميع الشركاء بحيث لا يحتمل عاده و لا يقابله نفع آخر أوجب تحمل ذلك الضرر ١٢٤
- ثالثها: ذكروا ان المثلى يقسم قسمه إجبار ١٢٥

- ١٢٧----- رابعها: الضرر المانع من القسمة لهو المؤدى إلى التلف و الى بطلان المنفعة أو إلى نقصان قيمه أو إلى نقصان منفعته
- ١٢٨----- و هنا أمور: -----
- ١٢٨----- أحدها: ذكرنا انه لا تصح القسمة بمعنى ان يأخذ أحد الشريكين اقل -----
- ١٢٩----- ثانيها: الأصل لزوم القسمة -----
- ١٣٠----- ثالثها: لو كان بين الشريكين ارض أو زرع فطلب أحدهما قسمة الأرض فقط اجبر الممتنع -----
- ١٣٠----- رابعها: لو اقتسما و ظهر دين على الميت فإن ضمن الورثة الدين و رضى الغرماء أو وفوا الدين صحت القسمة -----
- ١٣٠----- خامسها: لو اقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً فإن كان معيناً فظهر كله أو بعضه مع نصيب أحدهما بطلت القسمة -----
- ١٣١----- سادسها: الحصص ان تساوت قدر الثلاثة لثلاثه و قيمه بمعنى مساواه أجزاء المقسوم لقيمه الجمله فالقسمة بتعديلها على قدر السهام -----
- ١٣٣----- سابعا: القرعه هي كل أمر يستكشف بها الأمر المبهم -----
- ١٣٤----- القول فى أحكام المدعى و المنكر و فيه أمور: -----
- ١٣٤----- أحدها: فى بيان المدعى -----
- ١٣٦----- ثانيها: المدعى عرفاً هو من نسب إليه شيئاً من شأنه ان ينكر و يطالب بإثباته أو نسب إلى غيره شيئاً من شأنه ان ينكره أو يطالبه بإثباته -----
- ١٣٩----- ثالثها: يشترط فى المدعى و المنكر العقل و البلوغ -----
- ١٤٠----- رابعها: لو ادعى المنكر فسق الحاكم أو جنونه أو خطأه أو فسق الشهود أو جرحهم أو كذبهم أو ادعى المدعى ذلك لو كان الحكم للمنكر لم تسمع -----
- ١٤٢----- خامسها: اصل الدعوى بمنزله الإقرار -----
- ١٤٣----- سادسها: و يشترط فى الدعوى إبرازها -----
- ١٤٤----- القول فى التوصل إلى الحق و فيه أمور: -----
- ١٤٤----- اشاره -----
- ١٤٥----- أحدها: الحق ان كان عقوبه حداً أو تعزيراً وقف على إذن الحاكم -----
- ١٤٧----- ثانيها: تجوز المقاصه من كل شىء سواء كان أمانه عند المقاص أو عند غيره -----
- ١٤٨----- ثالثها: فى بعض الأخبار النهى عن المقاصه -----
- ١٤٩----- رابعها: ورد فى بعض الروايات انه لو انكسرت سفينه فى البحر فما اخرج البحر فهو لأهله و ما خرج بالغوص فهو لهم -----
- ١٥١----- القول فى دعاوى الأملاك و فيه أمور: -----
- ١٥١----- أحدها: يحكم لمن فى يدهما عيناً بأنها لهما على الإنشاعه -----
- ١٥٤----- ثانيها: إذا تعارضت البيئات بأن يختلف الشهود -----
- ١٥٥----- ثالثها: إذا تعارضت البيئات و كان المال بيدهما حكم الأصحاب بقسمته نصفين -----
- ١٥٧----- رابعها: لو كانت العين فى يد واحد منهما فللأصحاب أقوال -----
- ١٦٠----- خامسها: لو قيدت بينه الداخل فى السبب آخر سبب الملك الحقيقى أو بلازمه أو بملزومه أو بلوازم التصرف -----
- ١٦٢----- سادسها: و لو كانت العين فى يد ثالث و لم يقر بها لأحدهما فالمشهور إنها يقضى بها لأعدل البينتين -----

- سابعها: لو تداعيا ما لا يقبل القسمة كالزوجه و كانا خارجين فليس إلا الترجيح بالأعدليه و الاكثرية مع الاستحلاف و بدونه على الوجهين ثم القرعه ١٦٥
- ثامنهما: المعروف بين الأصحاب الترجيح للبينه المشتمله على قدم الملك على البينه المشتمله على قدم الملك مطلقاً ١٦٦
- تاسعها: مورد هذا المرجح في الخارجين قطعاً و في غيره على ما سيأتى إن شاء الله تعالى ١٦٧
- عاشرها: بينه الملك لو شهدت به في مقام التعارض و في غيره أما ان شهد بمطلق الملك فتسمع في معارضة المطلق ١٦٨
- حادى عشرها: أسباب الترجيح أمور الأعدليه و الاكثرية و ربما يلحق بهما الأضبطينه و الأعرفيه ١٧٠
- مسائل ١٧١
- أحدها: البينه مشبهه للملك من حين أدائها على نحو ما أدته ١٧١
- ثانيها: شهاده البينه بالسبب لا تضر مع إطلاق الدعوى ١٧٢
- ثالثها: لو تداعيا على عقد أو إيقاع أو حكم من الأحكام انه صحيح أو فاسد كان القول قول مدع الصحه ١٧٣
- رابعها: لا تقبل الشهاده بالملكيه بمجرد الشهاده بسبب لا يوجب الملك ١٧٣
- خامسها: اليد الحاليه المقطوع بها تقطعها شهاده الملك مطلقاً ١٧٤
- سادسها: إذا ادعى شيئاً بيد غيره فقال هو لفلان فإن كذبه المقر له رجع أمرها إلى الحاكم ١٧٥
- سابعها: لو ادعاه بألف فقال: ابرأتني منها كان إقراراً ١٧٧
- ثامنهما: لو انتزع أمه بحجه من أحلبها ثم اعترف بطلان دعواه اخذ بكليهما ١٧٨
- تاسعها: لا يقبل إقرار العبد فيما يوجب القصاص ١٧٨
- عاشرها: تصح الدعوى في الدين و المهر و السلم المؤجله ١٧٩
- حادى عشرها: لو ادعى دابه في يد آخر فادعى واحد انه أجرها له و ادعى آخر إنها وديعه عنده منه فإن لم يقيما بينه حكم بها لمن يصدقه المثبت ١٧٩
- القول في دعاوى العقود و فيه أمور: ١٨٠
- أحدها: لو تداعا المؤجر و المستأجر في قدر الأجره زياده و نقصاناً ١٨٠
- ثانيها: إذا تداعى اثنان في عين بيد ثالث فادعى كل منهما انه اشتراها منه و أقبضه ثمنها و لا بينه فإن كذبها حلف و لا حق لهما ١٨١
- ثالثها: إذا تداعيا على عين بيد ثالث فادعى كل منهما ان الثالث قد اشتراها منه و لم يدفع إليه ثمنها فإن لم تكن بينه حلف لكل منهما ان الثالث قد اشتراها منه ١٨٣
- رابعها: إذا تداعى اثنان في عين فادعى كل منهما انه اشتراها من واحد ١٨٣
- خامسها: لو تداعى مالك العين و ذو اليد فقال المالك: أعرتكها و قال ذو اليد: استأجرتها منك فالقول قول المالك بيمينه ١٨٤
- سادسها: لو ادعى إنسان عبداً في يد سيده انه قد اشتراه منه و ادعى العبد لسيده قد اعتقه فإن لم تكن بينه فالقول قول السيد بيمينه ١٨٤
- مسائل ١٨٦
- أحدها: لو تداعيا جداراً بينهما فهو بينهما ان كان تحت أيديهما ١٨٦
- ثانيها: إذا أقام رجل بينه على ما في يد آخر فانتزعه منه فظفر الآخر على بينته انه له فإن شهدت له بملك لاحق كان له قطعاً ١٨٦
- ثالثها: إذا تداعى الزوجان على دار خارجه عنهما أو في أيديهما أو في يد واحد منهما فهي دعوى كسائر الدعوى ١٨٧
- رابعها: لو ادعى صغيراً مميلاً أم لا انه مملوكه و كان تحت يده و لا يعرف له نسب و لا معارض له قضى له به ١٩٣

- ١٩٤----- خامسها: لو تنازعا داراً او غيرها و كانت تحت أيديهما فادعى أحدهما الكل و ادعى الآخر نصفها فهي بينهما مناصفه بعد يمين مدعى النصف
- ١٩٥----- سادسها: لو تنازع ثلاثة في عين تحت أيديهما فادعى أحدهما الكل و الآخر النصف و الآخر الثلث و لا بينه قضي لكل واحد منهما بالثلث
- ١٩٨----- سابعا: لو تنازع أربعة في عين فادعى أحدهم الكل و الآخر الثلثين و الثالث النصف و الرابع الثلث و لا بينه و كانت تحت أيديهم حكم لكل منهم بما في يده
- ٢٠١----- مسألان في النسب
- ٢٠١----- أحدهما: لو تنازع اثنان في ولد كبير أو صغير لم يحكم لأحدهما إلا بالبينة
- ٢٠١----- اشاره
- ٢٠١----- ثانيهما: إذا وطأ اثنان امرأة في طهر واحد لشبهه فأنت بولد فادعاه اثنان لحدس أو قيافه و أمكن ان يكون لكل منهما اقرع بينهما
- ٢٠٣----- مسائل في الموارث
- ٢٠٣----- أحدها: لو اتفق وارثان متساويان في الطبقه على تقدم إسلام أحدهما و اختلفا في الآخر فقال بتقدم إسلامه ليرث معه فأنكر المتفق عليه فالقول قول المتفق عليه
- ٢٠٤----- ثانيها: لو ادعت الزوجه على الزوج بعد موته عيناً انه صدقها فأنكرها الوارث فالقول قول الوارث
- ٢٠٤----- ثالثها: لو ماتت امرأة و ولدها فقال زوجها: ماتت بعد الولد ليرث المال و قال أخوها قبله يرثها مع الزوج
- ٢٠٥----- رابعها: لو تنازع عبدان كل منهما يقول اعتقني سيدي في المرض و كان الثلث لا يسع إلا عتق واحد فإن كذبهما الوارث و أقاما بينه فالحكم للأسبق
- ٢٠٥----- خامسها: و لو شهدت بينه على انه أوصى بعق سالم و شهد اثنان من الورثة على رجوعه و عتق غيره معيناً
- ٢٠٦----- سادسها: لو شهدت بينه لزيد انه قد أوصى له عمر بسدس ماله و شهدت أخرى بأنه أوصى ليكر بسدس ماله
- ٢٠٦----- سابعا: لو قامت بينه انه أوصى لزيد بكذا فشهد الوارثان انه رجع لم تسمع شهادتهما
- ٢٠٦----- ثامنها: لو ادعى عيناً في يد غيره
- ٢٠٨----- دليل المحتويات
- ٢٠٩----- تعريف مركز

نام كتاب: أنوار الفقاهه- كتاب القضاء موضوع: فقه استدلالی نویسنده: نجفی، كاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر تاريخ وفات مؤلف: ۱۲۶۲ هـ ق زبان: عربی قطع: وزیرى تعداد جلد: ۱ ناشر: مؤسسه كاشف الغطاء تاريخ نشر: ۱۴۲۲ هـ ق نوبت چاپ: اول مكان چاپ: نجف اشرف- عراق

ص: ۱

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلق الله الخلق ليعبده كما نص في الكتاب المجيد قال: (وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ) (الذاريات: من الآية ۵۶) و من المعلوم أنه لا- يعود نفع العباده إليه لاستغناؤه بل يعود لعباده فخلقهم لتكليفهم و تكليفهم لا يصل الثواب إليهم و إيصاله إليهم محض جود منه و لطف و توسط التكليف لهذه الإفاضه مما تقتضيه الحكمه و يحكم بحسنه العقل و إلا فهو الجواد المطلق و الفياض الحق و لا- ينافي كون العله في الخلق هو العباده و ما ورد إنى أحببت أن اعرف فخلقت الخلق لكي أعرف لأن التكليف مظهر من مظاهر معرفته و لأنه المعرفه من العباده إذن هي السبب الموصل للنظر في إثبات ذاته و مفاده فغايه الخلق تكليفهم لا يصل اللطف إليهم و غايه ذلك هو الوصول إلى معرفته و قد ترتب على التكليف غايات أخر كالإهداء إلى المعرفه بمظاهر الصفات الجلاليه و الكماليه كما أحب أن يظهر أنه العفو و الغفور و التواب و المحسن و الحليم بواسطه التكليف حيث ان من خالف ما أمر به و عصاه تاب عليه و غفر له و عفى عنه و أحسن إليه و حلم عليه في الدنيا و إظهار الصفات الجلاليه صفه جلال و كمال و بالجملة فالخلق كله و تكليفهم من مظاهر المعرفه العائده إلى إثبات تلك الصفات ثم انه عز و جل لما كلف عباده و جعل لهم واسطه منهم و هو النبي صلى الله عليه و آله و سلم كما تقتضيه الحكمه ثم انه قرن مع النبي صلى الله عليه و آله و سلم كتاباً معجزاً مصداقاً له ثم أمر النبي صلى الله عليه و آله و سلم بنصب الوصى و أمر الأوصياء بنصب العلماء و القضاء كي ينتشر العلم في العالم و لا- يبقى جهل لبني آدم و قد فعل النبي صلى الله عليه و آله و سلم ما أمر به و كذا الأوصياء و إن خالفهم الأشقياء و نقضوا الغرض من بعث الأنبياء ثم ان الأوصياء لم يقصروا في زمن ظهورهم بما تمكنوا منه من نصب العلماء و الأمر بالرجوع إليهم و نصب القاضى العام للرجوع إليه في السياسات و الأحكام

المقدمه

و لكنهم يتخفون بذلك لمكان التقيه إلى أن ولد الصاحب روى له الفداء فغاب فكان الواجب عليه أن يفعل كما فعلوا و نصب كما نصبوا بحسب الإمكان كى تبقى لله طاعه و عبوديه و لا ينسى ذكره و لا تعود جاهليه و حينئذ فإن الواجب عليه أن ينصب منصوباً عاماً حيث لا يتمكن من المنصب الخاص كما نصبوا و ضروره التكليف أيضاً قاضيه بنصب مرجع للأحكام مميز بين الحلال و الحرام أمراً بالمعروف على حسب الإمكان قاطع للخصومه بحكمه و فاصل للدعوى بفضله و قضائه فنصب المجتهد من إمام العصر ضرورى مقطوع به من إمام العصر و لو لم يجىء فيه دليل لعلمنا بوجوب النصب عليه و علمنا بعدم قابليه غير المجتهد الجامع للشرائط لهذا المنصب بل قد يقال أن بعد غيبه إمام العصر و لزوم الهرج و المرج و ضروره بقاء التكليف مما يقضى العقل القاطع به لزوم الرجوع للعالم الجامع للشرائط فى اخذ الأحكام منه و فى قطع الخصومه لديه و فى إرجاع أمور السياسه إليه بل قد دل الدليل الثقلى على تقديم العلماء و الرجوع إليهم قال تعالى: (فَسَيَتْلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ) (النحل: من الآيه ٤٣)، و قال: (هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ) (الزمر: من الآيه ٩)، و قال: (أَفَمَنْ يَهْدِي إِلَى الْحَقِّ أَحَقُّ أَنْ يُتَّبَعَ أَمْ مَنْ لَا يَهْدِي إِلَّا أَنْ يُهْدَى) (يونس: من الآيه ٣٥) فيلزم من ذلك لزوم الرجوع للعلماء المجتهدين و إمضاء أحكامهم و إنفاذ قضائهم و لو لم يجىء دليل على نصب الأئمه لهم كيف و قد دلت الأدله كما سيجىء إن شاء الله تعالى على نصب الأئمه عليهم السلام للعلماء بل نصب صاحب الأمر لهم على ما يجىء إن شاء الله و بالجمله فالرجوع إلى المجتهد على ما نحن عليه و عموم ولايته و إنفاذ حكمه دليله العقل و النقل فهو منصوب نائباً عن الأئمه عليهم السلام بل يجب تنصيبه و تقديمه على الناس كافة و لو لم يقوموا به الناس لعصوا بذلك كما عصوا فى تركهم الرجوع للأئمه عليهم السلام و عدم مضرتهم و من تخاذلهم عنهم و عدم الرضا بحكمهم فيكون هذا من الواجبات على الأئمه و إن لم يبلغهم به نص من الأئمه و بالجمله يجب على الناس تقديم رئيس مستحق للتقديم عليهم فى الرجوع إليه

فى سياساتهم و أحكامهم لاستقامه النظام بذلك و لتوقف الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و بقاء النوع الإنسانى دوام التكليف عليه و على نصبه و هذه فذلكه يجىء تمامها إن شاء الله.

كتاب القضاء

[هنا مباحث]

[أحدها فى معانى القضاء]

للقضاء معانٍ عديده لغه ورد استعمالها فى الكتاب و السنه على جهه الحقيقه و المجاز و الاشتراك اللفظى فى الجميع و اللفظى فى بعض و المعنوى فى آخر و يعرف بيانها فى كتب اللغه و التفسير و فى الشرع حقيقه شرعيه أو متشرعيه ولايه شرعيه على الحكم بين المتخاصمين و الفصل بينهما أو ولايه شرعيه على ذلك و على الحكم على الرعيه فما لم يعلموا ثبوته من الموضوعات العامه كرؤيه الهلال أو من الموضوعات الخاصه كالحكم بالعيب و الساتريه و الترايبه للمشكوك بستره و ترايبته أو ولايه شرعيه على ذلك و على المصالح العامه من جبر الممتنع و أخذ المقاصه و إجراء الحدود و التعزيرات و الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و تجهيز الجنود و تعظيم أمر السياسه و تربيه الأيتام و النظر فى الأوقاف العامه و حفظ مال القاصر و الغائب و غير ذلك و الأظهر المعنى الثانى فلا ينصرف الإطلاق عند قول القائل: هذا قضاء فلان و نصبت فلاناً قاضياً و اجعلوه إلا إلى ذلك و أما غيره فلا يدخل فيه إلا بنص من الغاصب كأن يقول: و جعلتك قيما على الأطفال و ناظراً على الأوقاف و متولياً على الحدود و قد يقال إن هذه الأمور و إن لم ينصرف إليها إطلاق لفظ القضاء و لكنها تتبع هذا المنصب عرفاً شرعياً فكل من نصب للقضاء لزمه تولى الأمور العامه من الناصب له إلا- أن ينص على خلافه فيكون دلالتة على غير ولايه الحكم من باب دلالة ما يدخل فى اللفظ تبعاً أو يقال أنه من باب القدر المشترك بين الجميع و البعض لكن بشرط دخول الحكم فى ذلك البعض فلا بد من بيان غير الحكم فى النصب و الولايه و على كل حال فلو تولى المنصب عن منصب الحكم لم يُسمَّ المنصب قاضياً و كذا الكلام فى لفظ الحاكم فى قوله عليه السلام: جعلته حاكماً فإن الظاهر انصرافه للحكم بين المتخاصمين أو للحكم فى الأمور المشتبهه عامه أو خاصه مع احتمال إرادته الفصل منه بكل شىء بمعنى جعلته فصل الأمور بيده و جعلته والياً

لجميعها و مرجعاً فيها و قد فهم الفقهاء رحمهم الله من ذلك كذلك و قد يطلق القضاء على نفس الحكم من ذى الولاية و نفس الإلزام منه يجرى الحكم بجزئى الشرعى على أشخاص معينين أو على عامه الخلق فى مقام الدعوه أو فى مقام الشك فى موضوع إثباتاً أو نفيّاً و بهذا الإطلاق يقابل الفتوى لتعلق الفتوى ببيان الحكم الشرعى و إظهاره و الاخباريه ظناً عن الله سبحانه و تعلق القضاء بالإلزام بنفس جزئى الفتوى بال مورد الخاص على شخص معين أو على عام و اسم القضاء و الفتوى و يشمل الصحيح و الفاسد فالمصادر ممن له أهل الولاية سمي قضاء و فتوى صحيحه و إلفاسدان و كذا القضاء بمعنى الولاية فالولاية الصحيحه الجامعه للشرائط قضاء صحيح و إلفاسد اصل كل عالم بحكم شرعى أو ظان به ظناً فله أن يفتى به و يحكم و يلزم و لكن لا تكون الفتوى صحيحه يترتب عليها وجوب العمل لنفسه إلا- مع العلم القطعى أو الظن المعترف و هو ظن المجتهد المطلق أو المتجزى فى وجه و لا يترتب عليها وجوب العمل من غيره و تقليده إلا أن يستجمع الصفات الأخر من العداله و الضبط و الإيمان و استفراغ الوسع و يأمر بالمعروف و ينهى عن المنكر و يحكم بالبينه و بالإقرار و بالشيع و نحو ذلك و بالجمله له الحكم بما أنزل الله تعالى مطلقاً بين المتداعين و غيرهم و فى كل أمر كان حكماً بالقسط و العدل إلا إن الحكم لا يكون حكماً نافذاً بحيث لا ينقض بالاجتهاد الظنى من الحاكم نفسه أو من غيره بل و لا بالقطعى النظرى من غيره و إن لم يجر لغيره تنفيذه فلا يجوز رده و لا- تنفيذه و حينئذ فلا- يكون الحكم حكماً نافذاً أو أمراً ملزماً لمن وقع عليه فى مقام الخصومه و غيرها فى مقام عموم أو خصوص مع البينه أو مع الإقرار أو مع النكول أو مع اليمين المردوده أو مع العلم به أو ظن يقوم مقامه من شيع أو يد أو تصرف إلا ممن دل الدليل على نفوذ حكمه و الإلزام به و عدم إعاده الدعوى بعده و المقطوع به من الأدله نقلًا كتاباً و سنه و إجماعاً و عقلاً هو حكم الإمام عليه السلام أو من نص على نصبه عموماً أو خصوصاً لأن تنفيذ الحكم فى نفسه من الولايات و الرئاسات العامه فمنصبها يرجع إلى أهل المنصب الحق فمن نصبوه فى زمانهم خصوصاً يقل فائده البحث فيه من اشتراط الاجتهاد فيه و عدمه بعد القطع بأنه يحكم بحكم الإمام

عليه السلام قطعاً أو ظناً شرعياً يجوز له العمل به و من اشتراط عدالته و ضبطه لو راعى الإمام حكمه إنما الكلام فى غير المنصوب الخاص و بعد القطع ان الأصل فى الحكم عدم نفوذه و عدم ترتب أحكام النصب عليه فلا بد من إثبات أحد أمرين أما إثبات الأذن فى الحكم لكل من يحكم بالحق علماً أو ظناً عن اجتهاد أو عن تقليد أو عن روايه قطعيه أو إجماع مقطوع به أو كتاب نص بحيث يكون حكمه نافذاً أو إثبات حاكم موصوف بصفات معلومه ينفذ حكمه و يرجع إليه فى حاله الحضور و الغيبه أما الثانى هو إثبات حاكم منصوب منصف بصفات خاصه فهو مقطوع به فى حاله الحضور و عدم التمكن و فى حاله الغيبه بل فى حاله الحضور و التمكن فى زمن الصادقين عليهم السلام و هو نصب المجتهد المطلق الجامع للشرائط فانه منصوب عموماً من أئمتنا عليهم السلام بدليل الإجماع و الروايات المتكثره عن صاحب الأمر عجل الله فرجه الذى هو إمام العصر كقوله فيها: و أما الحوادث الواقعه فارجعوا فيها إلى رواه أحاديثنا فانهم حجتى عليكم و أنا حجه و روايه و عن غيره ممن تقدم كروايه أبى خديجه عن أبى عبد الله و قوله: انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم قاضياً فانى جعلته قاضياً فتحاكموا إليه و روايه بن حنظله عن أبى عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا يكون بينهما منازعه فى دين أو ميراث فتحاكما إلى السلطان أو إلى القضاة أ يحل ذلك؟ قال: من تحاكم إلى الطاغوت فحكم له فإنما يأخذ سحتا و إن كان حقه ثابتاً لأنه اخذ بحكم الطاغوت و قد أمر أن يكفر به. قلت: كيف يصنعان؟ قال: انظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فارضوا به حاكماً فقد جعلته عليكم حاكماً فإذا حكم بحكمنا فلم يقبله منه فإنما بحكم الله استخف و علينا رد و الراد علينا كالراد على الله و هو على حد الشرك بالله تعالى. قال: فإن كان كل واحد اختار رجلاً من أصحابنا فرضياً أن يكون الناظران فى حقهما و اختلفا فيما حكما و كلاهما اختلفا فى حديثكم؟ فقال: الحكم ما حكم أعدلهما و أفقهما و أصدقهما فى الحديث و أروعهما و لا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر. قال:

فقلت: فإنهما عدلان مرضيان عند أصحابنا لا يفضل واحد منهما على صاحبه؟ قال: قال: ينظر إلى ما كان من روايتهم عنا فى ذلك الذى حكما به المجمع عليه عند أصحابك فىؤخذ به من حكمننا و يترك الشاذ و الذى ليس بمشهور عند أصحابك فإن المجمع عليه لا- ريب فيه قال: قلت: فإن كان الخبران عنكم مشهورين قد رواهما الثقات عنكم؟ قال: ينظر إلى ما وافق حكمه حكم الكتاب و السنه و خالف العامه اخذ به. قال: قلت: جعلت فداك فإن وجدنا أحد الخبرين موافقاً للعامه و الآخر مخالفاً لها بأى الخبرين يؤخذ؟ قال: بما يخالف العامه فإن فيه الرشاد قال: قلت: جعلت فداك فإن وافقهما الخبران؟ قال: ينظر ما حکامهم إليه أميل و قضاتهم فيترك و يؤخذ بالآخر قلت فإن وافق حکامهم و قضاتهم الخبران جميعاً؟ قال: إذا كان كذلك فأرجه حتى تلقى إمامك فإن الوقوف عند الشبهات خير من الاقتحام فى الهلكات. و رواه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام يا أبا محمد لو كان لك على رجل حق فدعوته إلى حکام أهل العدل فأبى عليك إلا أن يرافعك إلى حکام أهل الجور ليقضوا له لكان ممن حاكم إلى الطاغوت. و رواه أخرى عنه عليه السلام أى رجل كان بينه و بين أخ له مماراه فى حق فدعاه إلى رجل من إخوانه ليحكم بينه و بينه فأبى أن يرافعه إلى هؤلاء كان بمنزله الذين قال الله تعالى: (أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَتَحَاكَمُوا) إلى غير ذلك من الروايات الداله على نصبهم العام للعارف بحلالهم و حرامهم و شيئاً من أحكامهم و من المقطوع به أن مثل هذا المنصب لا ينزل صاحبه بعد موت الإمام عليه السلام الناصب له لأنه بمنزله بيان الحكم فيه و بيان أن الله عز و جل جعله منصوباً بسبب الاضطراب إليه حيث كان الأئمه عليهم السلام حيث كان الأئمه عليهم السلام فى زاويه الخمول و أيديهم غير منبسطة فأذنوا للمجتهدين بذلك عن إذن الله تعالى و الأظهر أن يقال أن ظاهر الروايه النصب منهم عليهم السلام لا بيان حكم و لكنه ظاهر فى النصب الدائم كما فهم الفقهاء و للإمام عليه السلام أن ينصب منصوباً على الدوام بحيث تمضى أحكامه من بعده فى كل زمن مع كل إمام عليه السلام لعلم الإمام الأول بالمصالح و السياسات و الأئمه حجج الله تعالى فى أرضه

أمواتاً وأحياء لا يقال إن الإمام عليه السلام الآخر لا يجتمع معه المنصوب من الأول لصيرورته حاكماً من الإمام الأول فلا يكون محكوماً عليه والإمام الثاني حاكم مطلقاً قلنا: لا بأس بصيروره المنصوب حاكماً من الأول و محكوماً عليه و تابعاً للثاني و يكون الإمام الثاني مقررأً لنصب الأول و منفذاً له على إن أولهم و آخرهم سواء فمنصوب الأول و الثاني منصوب واحد و يؤيد ذلك أن الأئمة من بعد صلى الله عليه و آله و سلم أقروا على ذلك و جرت السيره به و الطريقه فى زمانهم إلى زمن الصاحب جعلت فداه على أن فى الإجماع و ضروره النظام القاضيه بذلك المنصب كفايه و يلحق للمجتهد المطلق المجتهد المتجزى فإن حكمه نافذ فيما اجتهد فيه لشمول الأدله له و عمومأً و خصوصأً كمرفوعه ابن أبى خديجه كما ان فتواه لنفسه و لغيره جائزه لعموم الأدله نعم ليس تلك الرئاسة العامه فى الحدود و السياسات و الاستيلاء على مال الإمام و رجوع بيت المال إليه و نحو ذلك و أما الأول و هو نفوذ حكم كل عالم بكلى ذلك قطعاً أو ظناً شرعياً و لو بتقليد مجتهد حى جامع للشرائط فهو فى حد ذاته بمعنى كونه حكماً شرعياً من الله سبحانه و تعالى لا- يقول به أحد بل الإجماع محصلاً فضلاً عن أن يكون منقولاً عليه و إن ظهر من العمومات جواز الحكم لكل أحد بالقسط و العدل و الحق و لزوم الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر لكل من عرف الحق بل يلزم على سامع البيئه و الإقرار بالحكم على من قامت عليه البيئه فيأمره بالمعروف و ينهاه عن المنكر و يحكم بموجب إقراره و لكن الشأن فى نفوذ هذا الحكم من غير المجتهد المنصوب و ترتب آثاره عليه و أبى لنا بنفوذ و الاجماع محصلاً فضلاً عن أن يكون منقولاً على عدمه و به بخصوص عمومات لزوم الحكم بالحق على كل أحد و الأمر بالحكم بالعدل و القسط و الأدله الخاليه من ذكر المجتهد العامه له و لغيره و حكم هذه العمومات كحكم عمومات البيئه و اليمين و الإقرار و الحكم بالنكول و الحكم بالشاهد و اليمين حيث مخصصه و مقصوره على قيامه و حصولها من المجتهد المطلق كى تكون نافذه ماضيه و لا يجوز تكريرها أو إعادتها و لا تجديد الحكم بها نعم قد يقال: ان حكم العارف بالحلال و الحرام على وجه القطع أو على وجه التقليد من الفرقه الاثنى عشرية منصوب عن الإمام عليه السلام نصبأً آخر أما

مطلقاً كما هو ظاهر من أخبار نصب الحاكم أو مع الاضطرار عند فقد المجتهد المطلق و يناقش فى ثبوت الإجماع على عدم نصب الإمام عليه السلام لغير المجتهد المطلق و إن ثبت الإجماع على عدم جواز الحكم للعامى ابتداء بالعمومات الداله على جواز الحكم بالعدل و الحق و القسط فلا- يثبت الإجماع على عدم نصب الأئمه للعامى العارف كيف و فى زمن الأئمه عليهم السلام كثير من نوابهم فى الفتوى و القضاء لم يكونوا مجتهدين نعم يعرفوا الحكم بعينه عن الإمام عليه السلام فيفتى به و يحكم بل للمجتهد نفسه حيث انه منصوب عام أن ينصب قاضياً يقضى بفتواه المعلومه عند مقلده و يحكم بالبينه المعلومه القبول عند مجتهده و يحلف يميناً عنده و يحكم بالحق و يجوز للمجتهد أن يستتب عنه من يقول: حكمت فيشاء الحكومه عنه بعد سماع المجتهد البينه أو بعد حلف المدعى و حينئذ فلا فرق بين أن يقول المقلد: حكمت بنفسى بفتوى مجتهدى أو حكمت عنه عند استنابته له و لا فرق فى قيام البينه عند المجتهد أو المقلد بعد علنه بمواقع البينه تقليداً و كذا اليمين يمين المنكر أو المردوده بل لو حكم العامى و لم يعرف وجه حكمه حملناه على الصحه و كان نافذاً. هذا كله قد يظهر من ظواهر الأخبار و يستشعر من مطاوى أحاديث الأئمه عليهم السلام و فعلهم و لكنه خلاف إجماع أصحابنا و طريقتهم خلفاً عن سلف و لا يختلفون فى أن المراد من الأخبار هو المجتهد المطلق و هو العارف بالحلال و الحرام بل هو العارف بشىء من القضايا لأن العامى لا درايه له و لا- ينسب إليه المعرفه المطلقه بل نصوا فى قاضى التحكيم أنه لا- بد فيه من وصف الاجتهاد و لم يكتفوا برضا الخصمين على مجرد العارف بحكم تلك الوقعه تقليداً أو علماً نظرياً و لا ينفذ حكم العامى عندهم بوجه من الوجوه يظهر مما قررنا أن نفوذ الحكم و فصل النزاع و قطع الخصومه بحيث لا- تقبل العود و لا تقبل الرد و لا تقبل الرجوع إلى آخر فى تلك الدعوه و يكون رد ذلك الحكم كالرد على منصب فى مناصب النبى صلى الله عليه و آله و سلم و الأئمه لقوله عليه السلام: أجلسست مجلساً لا يجلسه إلا نبى أو وصى نبى أو شقى. و قوله عليه السلام: اتقوا الحكومه فإن الحكومه إنما هى للإمام عليه السلام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين

كُنْبَى أَوْ وَصَى، وَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: (فَلَا وَ رَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ) (النساء: من الآية ٦٥) وَ لَمَّا دَلَّ عَلَى أَنَّ فَصْلَ الْخُطَابِ عِنْدَهُمْ وَ لِلْإِجْمَاعِ خَرَجَ مِنْهُ تَنْصِيْبُهُمْ لِلْمَجْتَهِدِ مُطْلَقًا أَوْ مُتَجَزِيًّا لظُهُورِ لَفْظِ عَرَفَ وَ نَظَرِ فِيهِ وَ لَوْ قَوَّعَهُ مِنَ الْأَثْمَةِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ فِي زَمَانِهِمْ وَ بَقِيَ الْحُكْمُ مِنَ الْعَامِيِّ وَ أَنَّ كَانَ بِالْحَقِّ مُنْدرَجًا تَحْتَ وَ جُوبِ الْحُكْمِ لَا تَحْتَ لَزُومِ تَنْفِيْذِهِ وَ دَعْوَى خُرُوجِ الْمُتَجَزِيِّ مِنَ إِطْلَاقِ الْأَدْلَةِ ضَعِيفِهِ لَشُمُولِ رِوَايَةِ أَبِي خَدِيْجَةَ لَهُ بَلْ وَ رِوَايَةِ ابْنِ حَنْظَلَةَ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْجَمْعِ الْمُضَافِ فِيهَا مُطْلَقًا لِمَاهِيَةِ بَقْرِيْنِهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: رَوَى حَدِيثَنَا وَ لِأَنَّ أَكْثَرَ نَوَابِ الْأَثْمَةِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُمُ الْاجْتِهَادُ الْمَطْلُوقُ بَلْ وَ لَوْلَا- الْإِجْمَاعُ لَكَانَ ظَاهِرَ الرِّوَايَةِ جَوَازَ الْحُكْمِ لِكُلِّ مَنْ رَوَى حَدِيثَنَا وَ عَرَفَ حُكْمًا فِي تِلْكَ الْوَاقِعَةِ الْمُتَنَازِعِ فِيهَا سِوَاءَ عَنِ اجْتِهَادٍ أَوْ تَقْلِيدٍ أَوْ سَمَاعٍ بَعْلَمَ أَوْ ظَنَّ شَرَعَ وَ يَكُونُ حُكْمًا وَ حُكْمُهُ نَافِذٌ وَ بِالْجُمْلَةِ فَرِوَايَةُ ابْنِ حَنْظَلَةَ وَ إِنْ أَشْعَرْتَ بِنَصْبِ الْمَجْتَهِدِ الْمَطْلُوقِ فَلَيْسَ فِيهَا مُنَافَاةٌ لِنَصْبِ الْمُتَجَزِيِّ إِلَّا عَلَى الْأَخْذِ بِالْمَفْهُومِ الضَّعِيفِ فَلَا إِشْكَالَ فِي نَفُوزِ حُكْمِ الْمُتَجَزِيِّ بَلْ قَدْ يُقَالُ أَنَّهُ مَعَ تَرَاضِيِ الْخَصْمِيْنِ بَغَيْرِ الْمُتَجَزِيِّ فِي الْحُكْمِ الْمَقْطُوعِ بِهِ عِنْدَهُ الَّذِي لَا يَحْتَاجُ إِلَى اجْتِهَادٍ فِي طَرِيقِهِ وَ لَا فِي إِثْبَاتِهِ وَ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى النَّظْرِ فِي عَدَالِهِ وَ جَرَحِهِ وَ نَحْوِهِمَا فِيهِ فَإِذَا حُكِمَ عَلَيْهِمَا مَضَى حُكْمُهُ.

ثَانِيهَا: يَجُوزُ الرَّجُوعُ فِي الْحُكْمِ وَ الْفَتْوَى وَ الْحَقُوقِ وَ الْوَلَايَاتِ إِلَى الْمَفْضُولِ مَعَ وَجُودِ الْفَاضِلِ

لِدُخُولِ كُلِّ مِنْهُمَا تَحْتَ عَمُومِ الْأَدْلَةِ النَّصْبِ وَ الْوَلَايَةِ فِي الْأَخْبَارِ سِيمَا الْمَرْفُوعَةِ وَ الْمَقْبُولَةِ وَ فِيهِمَا إِلَى رَجُلٍ مِنْكُمْ لَا إِلَى أَفْقَهِكُمْ نَعَمْ ذَكَرَ الْأَفْقَهَ بَعْدَ ذَلِكَ عِنْدَ الْاِخْتِلَافِ وَ لِلسَّيْرَةِ الْقَطْعِيَّةِ مِنْ لَدُنْ زَمَنِ الْأَثْمَةِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ وَ لِتَقْرِيرِهِمْ أَصْحَابَهُمْ عَلَى ذَلِكَ وَ لِلزُّومِ الْعَسْرِ وَ الْحَرَجِ لَوْلَاهُ لَعَسَرَ مَعْرِفَةُ الْفَاضِلِ مِنَ الْمَفْضُولِ عَلَى الْعَوَامِ نَعَمْ لَوْ عَلِمَ اِخْتِلَافُ الْفَاضِلِ وَ الْمَفْضُولِ فِي حُكْمٍ وَ عِلْمِ الْمُقْلِدِ ذَلِكَ اِخْتِلَافًا فَلَا يَبْعُدُ الْقَوْلُ بِحَرْمَةِ الرَّجُوعِ إِلَيْهِ فِي الْفَتْوَى وَ الْحُكْمِ لَمَّا يَظْهَرُ مِنَ الْمَقْبُولَةِ فِي مَقَامِ اِخْتِلَافِ الرَّوَايَةِ بَلْ قَدْ يَخْصُ ذَلِكَ فِيمَا لَوْ رَجَعَ الْمُرْتَفِعَانِ إِلَيْهِمَا مَعًا وَ اِخْتَلَفَا فَهَنَّاكَ لَا بَدَّ مِنَ التَّرْجِيحِ وَ أَمَّا مَعَ الرَّجُوعِ لِوَاحِدٍ وَ هُوَ الْمَفْضُولُ فَإِنَّهُ يَلْتَزِمُ بِقَوْلِهِ وَ إِنْ عَلِمَ اِنْفَاضِلُ قَدْ خَالَفَهُ وَ عَلَى كُلِّ

حال فلو قلد فاضلاً أو اخذ حكمه منه فعاد مفضولاً لفاضل آخر لا يجوز له العدول عنه إليه و لو قلد المفضول مع عدم علمه بالخلاف أو حكم له فتبين له الخلاف لم يجز العدول و لم ينقض الحكم و كذا لو لم يعلم بالفاضل و المفضول فقلد المفضول أو اخذ منه الحكم لزمه ذلك أيضاً و بالجمله فلو قلنا بلزوم تقديم الفاضل مع الاختلاف فهو شرط علمي لا وجودي و شرط في الابتداء لا في الاستداه كل ذلك لعموم الأدله و لم يثبت إجماع على لزوم تقديم الفاضل مطلقاً و الركون إلى القبح العقلي في تقديم المفضول ضعيف إذ لعل المفضول أصاب ما لم يصب الفاضل و لأن الظن بكلي جواز الرجوع إلى المفضول أقوى من الظن الحاصل بفتوى الفاضل على أن القبح ذلك مخصوص بمنصب الإمامه المبنيه على الرئاسه العامه و على العلم بالأحكام و على سياسات النظام و على التأسي بهم أفعالاً و أقوالاً في الأحكام فالفرق جلي و الأمر غير خفي.

ثالثها: للفاضل أن ينفذ حكم المفضول و إن كانت فتواه

إن حكم المفضول لا ينفذ مع وجود الفاضل إذا علم أن حكمه وقع على موجب فتواه و موجب ما يفتى به من الجرح و التعديل بل و لو لم يعلم لأصله صحه حكمه فيما عدا مانعيه المفضوليه بل للمجتهد أن ينفذ حكم العامي إذا علم انه حكم على طريقه ما يفتى به و يكون من قبيل إجازة الحكم و لا- باس بإجراء حكم الفضولي في الحكم كمن باع مال غيره لنفسه فأجاز المالك له.

رابعها: لا بد في القضاء من النصب عموماً أو خصوصاً

من الله سبحانه أو من النبي صلى الله عليه و آله و سلم أو من الأئمه عليهم السلام و لا يكفي نصب الرعيه لو اجتمعوا على واحد، نعم لو تراضى الخصمان على واحد بالتحاكم إليه نفذ حكمه عليهما و إن لم يكن منصوباً من قبل أهل النصب لفحوى النبوى من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل فعليه لعنه الله و لعمومات الأخذ بالحكم بما انزل الله و بالقسط و بالعدل و ظاهر الأصحاب قله ثمره هذا في زمن الغيبه بل في زمن الأئمه كالباقين عليهما السلام لحصول النصب منهم لمن عرف حلالهم و حرامهم في زمن حضورهم و غيبتهم حتى لو كانوا متمكنين من

الرجوع إليهم جاز الرجوع إلى منصوبهم نعم له ثمره في زمن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وَفِي زَمَنِ عَلَى عَلَيْهِ السَّلَامُ وَقَدْ يُقَالُ: أَنَّ ثَمَرَتَهُ فِي زَمَنِ الْغَيْبَةِ عَدَمُ رَجُوعِ الْخَصْمِينَ عَمَّنْ تَرَاضِيَ عَلَيْهِ إِلَى غَيْرِهِ أَوْ ثَمَرَتَهُ حُصُولُ كَوْنِهِ قَاضِيًا عَلَيْهِمُ بِالْإِعْتِبَارِينِ وَظَاهِرِ الْأَصْحَابِ لَزُومِ اشْتِرَاطِ شُرَائِطِ الْقَاضِيِ الْأَصْلِيِّ فِيهِ مِنَ الْاجْتِهَادِ وَغَيْرِهِ وَقَدْ يُنَاقَشُ فِي لَزُومِ الْاجْتِهَادِ فِيهِ لِإِطْلَاقِ الْأَدْلَةِ نَعْمَ لَا بَدَّ مِنْ كَوْنِهِ عَارِفًا بِالْيَقِينِ أَوْ بِالظَّنِّ الشَّرْعِيِّ الْاجْتِهَادِيِّ أَوْ التَّقْلِيدِيِّ بِكُلِّ الْحُكْمِ فِي الْوَاقِعِ الْخَاصِّ وَبَطْرِيقِ كَيْفِيَةِ الشَّهَادَةِ وَالْيَمِينِ وَالنُّكُولِ وَنَحْوِهَا فِيهَا وَحِينَئِذٍ فَيُمْكِنُ كَوْنُ هَذِهِ ثَمَرَةٍ قَاضِيِ التَّحْكِيمِ فِي زَمَنِ الْغَيْبَةِ وَهُوَ أَنَّهُ لَا يَشْتَرِطُ فِيهِ الْاجْتِهَادُ فِي الْحُضُورِ وَالْغَيْبَةِ بِخِلَافِ الْقَاضِيِ الْمَنْصُوبِ وَلَكِنْ مُخَالَفَهُ مَا عَلَيْهِ الْأَصْحَابُ لَا يُقْتَحَمُ عَلَيْهَا فِقْهِهِ وَعَلَى طَرِيقِهِ الْأَصْحَابُ فَقَاضِيِ التَّحْكِيمِ لَا يَتَصَوَّرُ نَصْبَهُ حَالِ الْغَيْبَةِ بَلْ حَالِ الْحُضُورِ وَعَدَمِ انْبِسَاطِ الْيَدِ بَلْ وَمَعَ انْبِسَاطِ الْيَدِ فِي زَمَنِ الصَّادِقِينَ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ لِأَنَّ فِي نَصْبِ الْمَجْتَهِدِ كِفَايَةَ عَنْهُ وَكُلٌّ مِنْ يَتَرَاضَى بِهِ الْخَصْمَانِ مِنَ الْمَجْتَهِدِينَ فَهُوَ مَنْصُوبٌ مِنْ قَبْلِهِمْ نَعْمَ فِي حَالِ الْحُضُورِ قَبْلَ زَمَانِ الصَّادِقِينَ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ قَدْ تَكُونُ ثَمَرَتُهُ بَيَانٌ أَنَّ حُكْمَهُ نَافِذٌ حُكْمًا شَرْعِيًّا أَوْ الْأُذُنُ فِي نَفُوذِ الْحُكْمِ مِنْهُ بِالْخُصُوصِ وَأَنَّ كَانَ الْقَاضِيِ الْمَنْصُوبِ مَوْجُودًا بَلْ وَالْإِمَامِ مَوْجُودًا بَلْ قَدْ يُقَالُ أَنَّهُ مَنْصُوبٌ مَخْصُوصٌ عَلَى جِهَةٍ مَخْصُوصَةٍ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَنْصُوبِ الْخَاصِّ أَنَّهُ لَا يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِ الْحُكْمِ فِي الْوَاقِعِ الْخَاصِّ وَلَا يَهْ لُهُ عَلَى حُدٍّ أَوْ تَعْزِيرٍ أَوْ قَاصِرٍ أَوْ غَائِبٍ نَعْمَ لَهُ أَنَّ يَأْمُرَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَى عَنِ الْمُنْكَرِ كَغَيْرِهِ مِمَّنْ يَجِبُ عَلَيْهِمُ الْأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيُ عَنِ الْمُنْكَرِ وَنَقَلَ عَنِ السَّيِّدِ وَالشَّيْخِ جَوَازَ تَوَلَّى الْحُدُودَ مِنْهُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: فِي رِوَايَةٍ حَفْصِ إِقَامَةِ الْحُدُودِ إِلَى مَنْ إِلَيْهِ الْحُكْمُ وَهُوَ ضَعِيفٌ لظُهُورِ مَنْ إِلَيْهِ الْحُكْمُ فِي الْإِمَامِ أَوْ مَنْصُوبِهِ الْخَاصِّ وَالْعَامِ وَقَدْ اسْتَدَّ بَعْضُ فِي الْاسْتِدْلَالِ عَلَى قَاضِيِ التَّحْكِيمِ بِرِوَايَةِ أَبِي خَدِيجَةَ وَالْمَقْبُولَةَ وَفِيهِ ضَعْفٌ لظُهُورِ مَوْرَدِهِمَا كَمَا فَهَمُّ الْأَصْحَابِ فِي الْمَنْصُوبِ الْعَامِ وَهُوَ الْمَجْتَهِدُ الْمَطْلُوقُ فَالْعَمْدَةُ فِي الْاسْتِدْلَالِ عَلَى ثُبُوتِ قَاضِيِ التَّحْكِيمِ الْإِجْمَاعِ وَأَيْضًا قَاضِيِ التَّحْكِيمِ لَا يَحْكُمُ عَلَى الْمَمْتَنِعِ وَلَا عَلَى الْغَائِبِ بِخِلَافِ الْمَنْصُوبِ فَإِنَّهُ يَحْكُمُ عَلَى الْجَمِيعِ

و أيضا يجوز الرد على قاضى التحكيم قبل الحكم و يجوز عزله قبل حكمه من المدعى و المنكر بخلاف المنصوب فإنه لا يجوز للمنكر عزله و لا الرد عليه بوجه.

خامسها: المجتهد المطلق منصوب نصباً عاماً

فمنزلته منزله الولي المتصرف و معناه إعطاؤه هذا المنصب لا من باب الوكالة و لا من باب الأذن فلا ينزل بموت الناصب لأن الظاهر أنها نصب من الله على لسان الإمام عليه السلام و لو كانت الوكالة صرفه لانزل بموت الموكل و يمكن أن يقال أن المجتهد وكيل عن صاحب الأمر روحى فداه و منصوب من قبل الأئمة عليهم السلام الذين قبله و لا منافاه بينهما و الفرق بينه و بين المنصوب الحاضر أن نصبه يتبع ما نصب فيه من بلد أو صقع أو أمر خاص من حكم أو غيره أو يعمها صريحاً أو فحوى بخلاف المنصوب العام فإن ولايته غير مقصوره و لا محصوره و أيضا المنصوب الخاص ينزل بموت الناصب و ينزل إذا طرأ عليه فسق أو جنون و لا- يعود إلا- بنصب جديد بخلاف المنصوب العام فإنه يدور مدار الوصف المنصوب لأجله فمتى تحقق الوصف تحقق النصب.

سادسها: لا يشترط فى الإفتاء سوى الاجتهاد و استفراغ الوسع من المجتهد

لتحصيل الظن بالحكم الشرعى و لا يشترط فى الاستفتاء من المقلد سوى ذلك و إحراز عدالته للوثوق بفتواه نعم لو كان الغالب عليه السهو و النسيان و عدم الضبط بحيث لا يركن إلى فتواه لم يجز استفتاؤه و أما الحكم فى حاله الغيبه فلما كان منصباً من المناصب يقتصر فيه على ما يقطع بثبوتة و نصبه و أيضا فالأصل عدم نفوذ الحكم و أيضا فالأصل عدم نفوذ الحكم إلا ما دل الدليل على نفوذه بالمشكوك فى شرطية لنفوذ الحكم بخلعه شرطاً و المشكوك فى مانعيته بخلعه مانعاً إلا أن يقوم إطلاق معتبر بنفى الشرطيه و المانعيه و مما انعقد الإجماع على اشتراطه و قضت ظواهر الروايات به هو اشتراط البلوغ و العقل و الذكوره و الإيمان و العداله و طهاره المولد و العلم و كل ذلك لا- كلام فيه سوى العلم فالمتيقن منه هو العلم الاجتهادى للإجماع المنقول و لظاهر روايات القضاء و أنه منصب للعلماء لا لسائر من عرف و لو مسأله جزئيه يمكنه القضاء بمضمونها و كذا ظاهر روايه أبى خديجه و المقبوله تدل على ذلك نعم هل يكفى الاجتهاد التجزى فى القضاء

فقط دون باقى الولايات أو يكفى فيه و فى الولايات المترتبة على ذلك القضاء أو لا يكفى مطلقاً وجوه بل أقوال و يقوى القول بكفايه القضاء للمجتهد المتجزى فيما تجرى فيه لدخوله تحت إطلاق العالم و العارف و تحت ما دل على الحكم بالقسط و العدل بل قد تشمله الروايتان المتقدمتان سيما روايه أبى خديجه فإنها كالصريحه فيه و لكن ظواهر الإجماعات المنقوله و الاحتياط و الأصول العقليه و انصراف نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا إلى المجتهد المطلق مما يبعد نفوذ حكم المتجزى و يقرب اشتراط الاجتهاد المطلق و تحمل روايه أبى خديجه على معرفه استخراج الفرع من الأصل و هو بالحقيقه شىء أو بعض شىء من قضاياهم و اشترط جمع الحريه و القول به قوى فى المنصوب الخاص و العام لانصراف الأدله إلى الاحرار و اصاله عدم النفوذ و لأنه عبد مملوك لا يقدر على شىء و اشترط بعضهم البصر فلا ينفذ قضاء الأعمى لافتقار القاضى إلى التمييز بين الخصوم و الكتابه و للأصل و الأقرب نفوذه للعمومات و التمييز يكفى فيه غير البصر من الحواس و المعرفين فلو عرضناه لم يميز بحكومته لم تنفذ حكمه و اشترط بعضهم الكتابه لأصاله عدم النفوذ إلا معها و هو ضعيف و اشترط بعضهم الضبط و هو حق إذا كان نسيانه غالبى و سهوه أكثرى سيما لو لم تكن له تقوى تامه تمنعه عن التسرع فى الفتوى بل لا يمضى حكم بعض المتسرعين فى الفتوى المتهمين عليها قبل النظر التام و كذا من كانت لهم حاله اللجاجه و الشجاعه و الاقدام على أدنى ظن يخطر لهم بالبال و كذا من يرى نفسه ان ما يصل إليه لا يصل إليه أحد فيتهور و يفتى و لا يبالى و كذا من يقودهم إلى الفتوى حب الشىء يعمى و يصم و كل هذا لا ينافى العداله لوقوعه من الشخص غالباً من غير اختيار و تأمل و إن كانت مقدماته اختياريه و اشترط بعضهم السلامه من الخرس للأصل و الشك فى نفوذ الحكم و لظاهر قوله: و روى حديثنا و بعضهم السلامه من الصم كذلك و الأقرب شمول الأدله للأخرس و الاصم إلا إذا أدى خرسه و صممه إلى عدم الوثوق بإشارته و عدم الوثوق بفهمه بحيث استرابت النفس بإصابته لخطئه غالباً و لعدم معرفته كثيراً لفوات المطالبه السمعيه و النطقيه عليه غالباً و على كل حال فلو قلنا باشتراط الكتابه و البصر و السمع فى

المنسوب الخاص فلا- نقول به في العام و لا- في قاضي التحكيم لعموم الأدله من غير معارض و مجرد الشاك مع الإطلاق لا يكون شكاً معتبراً.

سابعا: إذا اختلف المتداعيان في الرجوع إلى أي المجتهدين لزم اتباع المنكر للمدعى

أو اتباع من أراد الأسهل طريقاً و الأقرب وصولاً مع احتمال لزوم من طلب الرجوع إلى الفاضل مطلقاً و هو بعيد و كذا احتمال القرعه نعم لو علم اختلاف الفاضل و المفضول في ذلك الحكم رجعا إلى الفاضل على الأظهر و لو اختار كل منهما الرجوع إلى مجتهد و كان أحدهما فاضلاً و الآخر مفضولاً فلما رجعا إليهما اختلفا في الحكم فلا شك في لزوم تقديم الأفضل إلا إذا علم المقلد أو المتداعيان أن حكم الأفضل مخالف للمشهور أو مخالف للكتاب أو موافق للعامه و بالجمله عرف ضعف دليل الفاضل بنفسه أو بنظر العارفين المطلعين له فالأقرب عدم وجوب الرجوع إليه.

ثامنا: لو رجح المتداعيان إلى غير المجتهد أو إلى حكام الجور من غير ضروره كانا غاصبين قطعاً

و لو أدت الضروره إلى تخليص مال أحدهما بالرجوع إلى هذين فلا بأس لأن الضرورات تبيح المحظورات و لانصراف ما دل على المنع من الرجوع إلى غير أهل الحق و انه رجوع إلى الجبت و الطاغوت و قد أمروا أن يكفروا به منصرف إلى غير الضروره و من الضروره الرجوع إليهم تقيه و في الأخبار أن الأخذ بقولهم سحت و ان المال لا يحل بحكمهم و هو في دعوى الغير مع التهمه متجه لو أقام بينه عليها و لو عادله عند حاكم الجور فأخذها بحكمه نعم له أن يأخذها بمجرد البيئه من دون ملاحظه حكم الحاكم الباطل في وجه قوى أمّا لو كان قاطعاً بأن العين عينه و ماله فلا يكون أخذها حراماً نعم قد يقال ان اخذها بهذا العنوان حرام و إن كان التصرف بها حلالاً لأنها ملكه أمّا لو كانت الدعوى على دين فأخذه بحكم الجائر فالظاهر شمول الأخبار له و أنه سحت و لا يكون وفاءً له بذلك الأخذ إلا إذا امتنع الغريم بعد ذلك من الوفاء فيكون مقاصه أو يرضى الدافع بكونه وفاء له بعد الحكم و لو كانت دعوى الدين تهمه فأخذه بحكم الحاكم الجائر فلا شك أيضاً انه سحت صرف نعم لو أخذه من جهه البيئه كان له وجه.

تاسعها: منصوب المجتهد للولاية على الأيتام والأوقاف والغيب ينزل بموته و جنونه

ان كان النصب على جهه الوكاله عنه و إن كان على جهه الوكاله عن الصاحب أو على جهه أنه منصوب عن الصاحب لم ينزل بناء على عموم ولايه الحاكم حتى فى النصب عنه عليه السلام و قد يقال: ان نصب المجتهد فى زمن الأئمه السابقين إن كان على جهه أنه منصوب عنهم أو وكيل لهم ينزل و إن كان على أنه منصوب من الله تعالى أو منصوب عن كل إمام بعده لم ينزل و هذا الذى فهمه الفقهاء من نصب المجتهد المطلق فى أزمنه الأئمه السابقين.

عاشرها: ولايه الحاكم عامه لكل ما للإمام عليه السلام

ولاية فيه لقوله عليه السلام: حجتي عليكم و قوله عليه السلام: فاجعلوه حاكماً حيث فهم الفقهاء منه انه بمعنى الولى المتصرف لا مجرد أنه يحكم فى القضاء و لأن الضروره قاضيه لمثل هذا المنصب و لأن النائب فى القضاء الذى هو اعظم كيف لا ينوب فيما هو اقل و يتولى المنصب الخاص لجميع ذلك فالعام مثله و لما ورد فى جملة من الأخبار من الأذن فى ولايه الأيتام لجملة من أصحابهم و كذا الحاكم الشرعى و كيل عن الصاحب فيما يعود إليه من أمواله و أنفاله و قبضه لكان الضروره و الإجماع و ظواهر أخبار النيابة و الولاية و لعموم ما على المحسنين من سبيل بل لو فقد الحاكم الشرعى قامت عدول المؤمنين مقامه فى الولايات و فيما يرجع إلى الحاكم و فيما يختص بالإمام عليه السلام لمكان الضروره و لعموم أدله الإحسان و عموم المؤمنين بعضهم أولياء بعض بل قد يقال: انه مع الاضطرار ينوب العدل العارف بالحكم الشرعى عن الإمام فى الحكم و الفصل بين المتنازعين لمكان الضروره القاضيه بلزوم قطع الخصومات و رفع المنازعات و بالجملة فروايه أبى خديجه فاجعلوه قاضياً فإنى قد جعلته قاضياً يفهم منها التسريه إلى كل ما يدخل تحت نصب القاضى ذلك اليوم و المعلوم ذلك اليوم إن من نصب قاضياً رجعت إليه جميع الأمور العامه فيما نصب فيه من البلدان بل ربما يدعى أن مجرد غيبه الإمام عليه السلام و ارتفاع سلطنته قاضيه بمقتضى اللطف بقولى جميع ما يعود إلى العالم بأحكامه و إلا

لزم الهرج و المرج و تعطيل الحقوق و ضياع الأموال و تشتت الأمور العامه و كما قضت الضروره بالأخذ بالظن بعد انسداد باب العلم و قضت بجواز الاجتهاد و التقليد قضت بتفويض الأمور إلى العالم بالأحكام الشرعيه الفرعيه نعم ما دام موجودا لا يرجع إلى غيره اقتصاراً في الضروره على قدرها.

حادى عشرها: إذا كان الحاكم غير عدل فهل له تولى القضاء

و الأمور العامه و الفتوى للغير و قبض حق الإمام عليه السلام و إن لم يجز للغير الركون إليه فى شىء من ذلك أو ليس له لأن المتيقن من نصب الإمام عليه السلام للمجتهد هو ما إذا كان واقعاً عدلاً بحيث يعرف من نفسه العداله و إلا لم يكن منصوباً و كذا فى المنصوب الخاص لو نصبه الإمام عليه السلام و كان يعرف من نفسه الفسق و جهان و الأظهر فى الفتوى و القضاء جوازهما و أما فى غير الفتوى و القضاء فإن عرف من نفسه الأمانه جاز له تولى الأموال و إلا فلا يجوز له و يكون تصرفه فضولياً.

ثانى عشرها: حكم المجتهد يمضى على مقلديه

فى كلى ذلك الحكم و أما على مجتهد آخر يخالفه فيه أو على مقلد مجتهد آخر يخالفه فيه بعد تقلده له فيمضى ظاهراً و يلزم المجتهد تنفيذه و الإذعان به و لا- يجوز له الرد عليه فى الظاهر لعموم الأدله و أما فى الباطن فهل يلزمه إمضاؤه و إن كان ظنه بخلافه ما لم يكن قاطعاً بالخلاف فلا يمضيه مع القطع إجماعاً أو يلزمه باطناً العمل على اجتهاده و جهان من عموم لزوم الحكم و عدم جواز الرد و ضعف المعارض لعدم ما يصلح للمعارضه سوى الدليل الظنى الواجب عليه العمل به و وجوب العمل به حتى فى معارضه الحكم مشكوك به و الأصل عدم جواز العمل بالظن و من ان المجتهد لا- حكم لله فى حقه سوى ما أدى إليه اجتهاده و عموم وجوب العمل بظنه مقطوع به فى الكتاب و السنه و لا معارض له سوى ما دل على عدم جواز الرد فيجمع بينها بالأخذ بظنه باطناً و عدم رده ظاهراً و على هذا فلو حكم على مجتهد بطلاق زوجته أو بحرمة ماله أو بزوجه امرأه و كان المجتهد لا- يرى ذلك نفذ حكمه ظاهر و أجاز له باطناً الاستمتاع بالزوجه و اخذ المال و نحو ذلك و الاحوط تنفيذه ظاهراً و باطناً و أما لو خالف المجتهد مجتهداً آخر فى الفتوى و كانت لا

تعود إليه فمن المقطوع به عدم جواز ردها و لزوم تنفيذها بمعنى ان إمضاء صحه حكمه و الإلزام بالعمل لا بمعنى أن يحكم به.

ثالث عشرها: للمجتهد أن يحكم بحكم مجتهد آخر

إذا علم إن الأول قد حكم على طريقه مذهبه واخذ على نحو ما يأخذ به من البيئه و اليمين بل يجوز التداعى عند شخص و إقامه البيئه عنده و يجوز صدور الحكم من الآخر و يجوز الحلف من المنكر عند حاكم الجور بل اليمين المردوده و الحكم عند آخر إذا علم بصدور اليمين منه عند الحاكم الأول و كل أمر يتعلق بصحة أو بطلان فى عباده أو معاملته من غير وقوع نزاع أو اختلاف أو نظر إلى شىء خاص كحكمت عليك فهو فتوى لا يلزم المجتهد الآخر و لا مقلديه اتباعها فلو ذهب إلى أن من فع كذا كان كافراً أو من ترك كذا صح قتله أو من اعتقد كذا كان نجساً أو من باع كذا صح بيعه كان الجميع فتوى يجوز للمجتهد الآخر نقضها أو الأخذ بما أدى إليه نظره فيها و لو كان ذلك فى مقام خصومه أو نظر إلى شىء خاص كحكمت على هذه العين بكذا كما إذا اختلفا فى صحة البيع أو النكاح أو الطلاق أو فسادها أو فى نجاسه شىء و طهارته عيناً بعد بيعه أو فى جواز قتله و عدمه فحكم بجواز قتله أو فى جواز استرقاقه و عدمه فحكم بجواز استرقاقه كان ذلك حكماً لا يجوز نقضه و تبديله.

مسائل

الأولى: القاضى إماماً كان أو غيره يقضى بعلمه فى الجمله [فهنا مقامات]

إشاره

إجماعاً محصلاً و منقولاً إنما الكلام فى تفصيل هذه الجمله فهنا مقامات:-

الأول: فى الإمام و كذا من هو أعلى منه درجه

كالنبى صلى الله عليه و آله و سلم و خلاصه القول فى ذلك ان للإمام عليه السلام علم ناشئ من الأسباب العاديه على حد علم غيره من البشر و له علم غيبى ناشئ من أسباب إلهيه و هل هو عالم بكل شىء فعلاً؟ فى بعض الأخبار ما يدل على ذلك و فى بعضها و هو الأكثر و الموجود فى كتب السير أنه لا يعلم كل شىء فعلاً و على الأخير فهل يعلم الأحكام كذلك فعلاً فقط أو إن الأحكام كغيرها كذلك أيضاً؟ فى بعض الأخبار ما يدل على الأول و فى بعضها ما يدل على الأخير إلا

ان الأقوى فى الأحكام الأول و هو المناسب لارتفاع مرتبتهم و علو شأنهم و أنهم فوق المخلوق و دون مرتبه الخالق و أنكم قولوا فيهم ما شئتم إلا- الربوبية و ما ورد من انتظار الوحي منهم فى الأحكام محمول على تأخير البيان بعد العلم به لمصلحه أو ان الانتظار لخوف البداء الذى تقوله الشيعة و لو قلنا أنهم غير عالمين فعلاً لجميع الأشياء أو لجميع الأحكام فلا بد أن نقول: إنهم إذا شاءوا أن يعلموا علموا فى حكم شرعى أو غيره و طريق علمهم بذلك بإلهام أو بجفر أو بجامعه أو بغير ذلك مما يعلمون به و هل لهم أن يشاءوا علموا جميع الأشياء دفعه أو الأحكام أو ليس لهم ذلك إلا بما شاءوا من الجزئيات كلام يحتاج إلى البحث و لا يستبعد من فحواى ما دل على مرتبتهم و علو منزلتهم ذلك و إن كان الظاهر أنهم ما شاءوا ذلك ثم على تقدير توقف علمهم الغيب على المشيئه فما علموه من الغيب بالمشيئه و لم يكن على جهه العلم العادى فهل يجوز لهم العمل به أو يجب عليهم أو لا يجوز لهم بمعنى سقوط أثره بالنسبه إليهم و كذا غيرهم لو علم بالعلم الغيبى من إخبار إمام أو من مكاشفه أو نحو ذلك جرى فيه الكلام و هل ينفذ حكمهم بالعلم العينى على غيرهم أو لا ينفذ أو لا يجوز الحكم به نفذ أم لم ينفذ وجوه و بالجمله لو عرف الإمام بالعلم الغيبى ان شيئاً مغضوباً أو ميتةً أو بخساً فهل له أكله أو يحرم عليه؟ و هل له أن يحكم عليه بما علم أو ليس له؟ و هل له أن يحكم بضده على ما هو الظاهر من الحل و الطهاره و التذكيه؟ و هل له أن يتزوج الامراه المعقود عليها بالعلم الغيبى و كذا الام و الاخت؟ و هل له أن يحكم بذلك أو يحكم بعدمه أو يتوقف عن الحكم؟ و هل ينفذ حكم أم لا؟ ظاهر سيره النبى صلى الله عليه و آله و سلم و الأئمه عليهم السلام بعده عدم اعتبار العلم الغيبى لمباشرته للمنافقين و مساورته و مناكحته و إجراءاته أحكام الإسلام عليهم و من المعلوم علمهم فعلاً أو بالمشيئه بكفرهم و نفاقهم و فى الخبر عنه عليه السلام: لو كنت راجماً من غير بينه لرحمتها ما يدل على عدم اعتبار العلم الغيبى و عدم جواز العمل و الحكم به و كذا قوله خمسه يؤخذ فيها بظاهر الإسلام المناكح و الشهادات نعم لو اقتضى الإعجاز الحكم به جرى حكمه به و لو حكم بتنفيذه لزم إنفاذه و استبعاد إن الإمام يأكل الميتة و النجس و المغضوب و يتزوج

المحرمه و هو عالم بها مردود أن هذا انقلاب تكليف فيعود بالنسبه إليه طاهر حلال واقعاً ثانوياً بتبدل الموضوع أو انه تكليف ثانوى ظاهرى بالنسبه إليه كتكليف العالم و الجاهل و كذا حكم كل من اطلع عليه بالعمل الغيبى غير الإمام و قد يفرق بين ما كان الجهل عذراً فيه كالظهاره و النجاسه و بين غيره كالميته و الزنا نعم لو علم الإمام عليه السلام بالعلم العادى لزمه العمل به و إنفاذ حكم فيه إجماعاً و كتاباً و سنه كما سيجى ء إن شاء الله. و لو قنا: ان علم الإمام عليه السلام بالمشيئه فما لم يشأ يعلم بالظن الشرعى و هل له أن يعمل بحكم غيره من مناصبيه؟ كما إذا حكم أحد مناصبيه بالهلال أو يجب ان يباشره هو محل تأمل و هل تجرى على الإمام الإدراكات الباقية التابعه للجهل من الشك و الظن والوهم فيعمل بالمشكوك به و المظنون و الموهوم عملنا فى عبادته و معاملاته ما لم يتقدم ذلك سهو و نسيان فيصلى على القبله المظنونه عاداً و يعمل بالأصل فى مقام الشك و الوهم و يصلى بالوقت المظنون فى محله أم لا- يجرى عليه الجهل بالموضوع كما لا- يجرى عليه الجهل بالحكم لنقصان الجهل و علو مرتبته عنه أما لو علم خلاف المظنون عاده و خلاف المشكوك به عاده بالعلم الغيبى فتركه و العمل بما يظن به عاده مما يشكل القول به و كذا غير الإمام عليه السلام من الحكام لو علموا ذلك بالغيب و سيما لو تعلق الغيبى الغيبى بعدم صدور القتل ممن قامت عليه البيئه بالقتل و عدم صدور شرب الخمر أو الزنا فأمر الإمام عليه السلام بقتله و رجمه مع العمل الغيبى بانتفاء ذلك ظلم و لعلك تقول: لا ظلم لعلم الحسين عليه السلام بقتله بالظن، و علم الحسن عليه السلام بسمه و علم على عليه السلام بقتله و علم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بإفشاء عائشه الرد مع ذلك أقدموا على القتل و إفشاء السر و لا يكون ذلك إلا بعدم الاعتبار بالعلم الغيبى نعم العلم العائد للإمام عليه السلام ينفذ به حكمه و يجب عليه و المثل به و احكم مثال بل يجب عليه الحد به و القصاص و لا يجوز العدول عنه و لا تجوز معارضته و قد قتل على عليه السلام الإعرابى بتكذيبه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و صدق قول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم من العلم العادى

لعلى عليه السلام و إنكار الصحابه على أبى بكر فى رد قول فاطمه عليها السلام و شهاده الحسين عليهما السلام من جهه عدم حكمه بالعلم العادى الحاصل من صدق قول المعصومين عليهم السلام و يظهر من ذلك ان المحاريب التى قد صلى إليها إمام أو الجبهه التى دفن فيها لا تدل على الكعبه واقعاً و قطعاً و قد يقال ان الإمام اظهر أحكامنا بالعلم الغيبى فحكمم بها كقضيه الجلى و غيرها و نفذ حكمه فيها قلنا: نعم قد نفذ فنفذ و كونه نفذ من غير ان ينفذه محل كلام و بالجملة فالإمام لو صدر منه القول الواحد فإن كان بصوره الخبر أو الشهاده و جب تصديقه و أن كان بعنوان الإلزام و الحكم أو بعنوان العمل بحد أو قصاص فإن كان حكمه بالعلم العينى ففى نفوذه و العمل به كلام و إن كان بالعلم العادى فلا شك فى نفوذه و أما غيره من الحكام فالتقول الصادر منهم ان كان خبراً و قصد الجزيه أو شهاده و قصدها كذلك كان حكمه حكم المخبرين و الشاهدين و كذا لو كانت فتوى لزم قبولها و إن صدر بعنوان الإلزام فهو الحكم المبحوث عنه فى انه يحكم بعلمه لا- بمعنى انه ينفذ حكمه أم لا- و لا ملازمه بين قبول شهادته بعلمه و بين نفوذ حكمه كما لا ملازمه بين قبول حكمه وحده و بين عدم سماع شهادته وحده من انضمام شاهد آخر أو يمين فى كثير من المقامات نعم قد يقال: انه يلزم القائل بنفوذ حكمه انه لو حكم بأن هذا قول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حيث انه علم به لزم إنفاذه عند جميع الحكام و العمل به و هو لا يلتزم أحد إلا ان يمنع نفوذ حكمه بالموضوعات مطلقاً أو فيما إذا حكم بعلمه أو يقال ان هذا لا ينفك عن الفتوى فهو فتوى قطعيه لا حكم العلم بالعلم و من محل المسأله ان المجتهد هل يعمل بعلمه من حد و قصاص و أمر بمعروف و نهى عن منكر و يجب عليه ذلك أم لا؟ و هل يجب على غيره تسليم ذلك له و الإذعان له لو علم بعلمه فى حكومته بل و لو لم يعلم غيره بعلمه لزمه التسليم بمجرد دعواه فلو نهب مال زيد أو تزوج امرأته و قتله و قال حكمت بكفره بعلمى أو حكمت بأن ماله لغيره كذلك لم ينازعه و لا يحكم بفسقه و يجوز اخذ المال من يده و تزويج الامراه لغيره و محل البحث ما فى العلم العادى و هو المأخوذ من الطرق العاديه لا المأخوذ من طرق المكاشفات و الالهامات لأن ذلك من العلم الغيبى و الأقرب عدم نفوذ

حكمه به لو صدر منه الحكم بذلك العلم و علمنا ان مستند حكمه ذلك العلم الغيبي أمّا لو لم يعلم المستند اخذ بصحة الحكم منه ظاهراً و لو ادعى المحكوم عليه انه حكم عليه بالعلم الغيبي فهل القول قول المجتهد من دون يمين أو يمينه لأصالة صحته الحكم فينفذ لا- أصالة الصحة أو لقول قول المحكوم عليه لا- أصالة عدم النفوذ فيطلب اليه من الحاكم على الحاكم بعلمه العادى أو استناده إلى بينه أو شياخ وجوه و لا- يبعد الاكتفاء بقول المجتهد بيمينه لأصالة الصحة و طلب اليه من الحاكم أمر صعب غالباً بل لا- يبعد عدم سماع الدعوى من المحكوم عليه لإفضاء سماعها فساد المحكومات غالباً أو إدخال المهانه و الفضاضه على الحكام أو ليس من المسأله قضاء القاضى بعلم المستند إلى الطرق الشرعيه كالبينه و الشياخ لأنها حجه و إن لم تفده علماً فكيف و لو أفادته و للأصحاب فى حكم نفوذ الحكم بالعلم العادى من غير الإمام أقول النفوذ مطلقاً و جواز العمل به مطلقاً و هو المشهور بل ظاهر اطلاقهم شموله للعلم الغيبي و لكنه بعيد و المنع مطلقاً و هو المنقول عن المرتضى عن ابن الجنيد و ظاهر النقل عدم نفوذ الحكم و عدم العمل بالعلم فى حد أو حق الهى غير الحد أيضاً و المنع فى حقوق الله حداً أو غيره نفوذاً و عملاً دون حقوق الناس نقل ذلك عن ابن إدريس و ابن حمزه لبناء حقوق الله على التخفيف و على درئها بالشبهه و لقوله: لو كنت راجماً من دون بينه لرجمتها و المنع من حقوق الناس دون حقوق الله و نقل عن ابن الجنيد فى المختصر الأحمدي و المنع منه إذا لم يحضر الخصم و يجتمع المتداعيان فيعلمهم بعلمه و يذكرهم بالقضيه إن ذكروها و يقول لهم: هل تحلفون أم لا؟ فإذا أبلى العذر قال لهم: أنا عالم بها فيحكم بعلمه و جنح إليه بعصر المتأخرين و ظاهره عدم التفاوت بين حق المخلوق و الخالق حداً أو غيره فلا ينفذ حكمه على هذا القول مع غيبه الخصم أو غيبه ذى الحد أو ابتداء من حضور الخصوم و إبداء الدعوه و شرحها و استند لأصالة عدم النفوذ و للزوم التهمه فى الحكمه و لاختلال النظام بصدور هذه المبادره من الحكام و أقصى ما للمانعين مطلقاً الأصل و روايه لو كنت راجماً أ الخ و ان فيه تزكيه النفس المنهى عنها بقوله: يقال: لا تزكوا أنفسكم و ان فيه التجسس المنهى عنه و لأن فيه تهمه و الحكومه لا تسمع معها

كالشهادة و قد يستدل له بخلو الأخبار عن الحكم بالعلم و إنها إنما علفت القضاء فى جميع الأخبار بالبينات و الايمان و لم يذكر معها الحكم بالعلم و ان الرسول و الأئمة لم يزالوا يحكموا بالبينه و اليمين مع علمهم بالحلال فعلاً أو بالمشيئه و من المعلوم عدم المطابقه بين علمهم و البينه و اليمين فى جميع أحكام الدعاوى و لم يزالوا يقفوا عن الحكم و الحد على وجود البينه و لم ينقل عنهم أنهم ردوا بينه فى حد أو قصاص أو قطع خصومه لعلمهم بخلافها أو حكموا ابتداء على شخص بحق مخلوقى أو خالقى و اسندوا ذلك الحكم إلى علمهم و قد يرد جميع ذلك بأن الأصل مقطوع و الروايه ضعيفه و فى دلالتها إجمال و انه ليس بالحكم بالعلم تجسس و لا تزكيه نفس و نمنع التهمه فى الحكم فى العلم مطلقاً نعم إذا عادت إلى نفسه أو إلى وليه أو إلى ما أوصى به لأمكن رد قضائه بها لمكان التهمه فإذا لم يعد الحكم إليه بوجه فعدالته تمنعه عن وصول التهمه فى حقه و كذا منصبه و أما دعوى خلو الأخبار عن التعرض للحكم بالعلم فللا تكال على ما هو معلوم من قوه الحكم به و تقديمه على البينه و كونه أحق به و مع ذلك فلندره وقوعه عند القضاء و لو وقع لم يحتج إلى بيان لأنه ما وراء العلم شىء ترك التعرض له بل كلما علق الحكم فيه على الأمر الواقعى من حد أو قصاص كان دائماً على لزوم العمل و الحكم به عند العلم و القطع من الفقيه فيه و قد يستدل على الأول بأن العمل بالبينه المفيده للظن مما يستفاد منه العمل بالنفى بطريق أولى بالاستقراء القطعى فى المقامات الفقيهيه و الأحكام الشرعيه من لزوم العمل بالعلم و القطعى و هذا منها و بجميع ما دل على حد السارق و الزانى و ما دل على الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر فإنها كلها معلقه على الأمور الواقعيه فإذا أصاب الحاكم الواقع بعلمه لزمه امضاء ما أمره الله تعالى به و بالإجماعات المحكيه على لسان غير واحد من الأعاظم و بإنكار الصحابه على أبى بكر حيث انه لم يحكم بعلمه من فذك مع أخبار فاطمه و الحسين عليهم السلام المعلوم صدقهما عنده و يحكم على عليه السلام بالناقه أنها لرسول الله لعلمه بصدق النبى حيث اخبر إنها له و قتل الإعرابى لتكذيبه النبى صلى الله عليه و آله و سلم بشهاده ذى الشهادتين بما قاله النبى صلى الله عليه و آله و سلم: لعلمه به و الشهاده كالحكم و بحديث

على عليه السلام حيث قال لشريح حيث طلب منه شاهدا: ان إمام المسلمين يؤمن على ما هو اعظم من ذلك و بان عدم القضاء بالعلم يؤدي إلى إيقاف الحكم أو الفسق من الحاكم كما إذا أطلق أحد ثلاثاً بحضرتة فأنكر فلو لم يحكم بعلمه للزم أمّا تسليمها إليه فهو فسوق و اعانه على الإثم و العدوان و أما ترك الحكم و قد قال سبحانه و تعالى: (يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ) (ص: من الآية ٢٦) و إذا حكمت فاحكم بالعدل و لا ريب ان الحكم بالحق و العدل هما الواقعيان و الطريق إلى الواقع العلم ضروره و بديهه و لم يكلفنا بغيره بل ما دل على النهى غيره دليل على التعبد بل ما دل على نصب المجتهد حاكماً و انه حجتى عليكم و أنا حجه الله دليل على جواز حكمه بعلمه كالإمام و انه بمنزلته و حكمه حكمه و علمه علمه و إذا جاز العمل عليه بما عمل جاز له الحكم لعدم القائل بالفرق بل العمل حكم و زياده.

المقام الثانى: لا يجب على الحاكم الثانى تتبع أحكام الأول

بل فلا أحكام نفسه لأصالة الصحه و النهى عن التجسس ربما يمنعه فى بعض المقامات نعم لو اقتضى المقام التتبع جاز كما إذا ادعى على الحاكم أو التمس منه مخافه لزوم فساد أو نحوه و كذا المفتى لا- يجب عليه تتبع فتاوى غيره و لا- فتاوى نفسه و لا يلزمه تجديد النظر و إن كان فى بعض المقامات أحوط و لو وقع التتبع فى المقامين فوجد الحكم أو الفتوى قطعاً عنده لا ظناً مخالفتان للقطعى و بالجمله قطعى البطلان نقصهما سواء كانت الفتوى مبنية على الدوام كالعقود و الطلاق و العتق أو التجدد كالعبادات و أعاد و أعاد مقلدوه و أمر مقلدى غيره بذلك و نقص اثر الفتوى المبنية على الدوام و كذا الحكم لظهور انه حكم بغير ما انزل الله و التصويب ليس من مذهبنا و نقل عن الشيخ رحمه الله فى المبسوط ان الحكم المخالف للقاطع ان كان فى حقوق الله نقض و إن كان فى حقوق الناس لم ينقض لاحتمال إسقاط صاحب الحق حقه و فى القواعد ميل إليه و هو ضعيف و يلزم الفتوى كذلك و نقل الشيخ و ابن حمزه جواز نقض الحكم عند تبين المخالفه للقطعى أو الظنى بالقطعى أو الظن المعترف شرعاً؟؟؟ على الأظهر و تردد السيره القطعيه فى الظنى

في الجملة و الاستصحاب و منهم كالشهاد فصل بالظن فإن كان قطعي السند كنص الكتاب أو السنه المتواتره أو منصوص العله و ظهر مخالفه الحكم له و الظاهر انه لفتوى مثله جاز نقضه و ان كان ظنياً قد تغير فيه اجتهاد المجتهد الأول أو اختاره الثاني جاز نقضه كأنواع التراجيح في الأخبار و مسائل الدوران و تقديم الصحيح أو المشهور و تقديم التخيير أو الترجيح أو غير ذلك جاز نقضه ثم إذا نقض مجتهد حكم آخر لزم على مقلديه النقض و هل يلزم على المجتهد الآخر و مقلديه أم لا؟ و إذا سمع الآخر بنقضه فحكم بنقض النقض فهل يتبع أو يبطل نقض كل منهما نقض الآخر؟ ثم ان نقض الحكم قد يكون لخلل في الحاكم حين الحكم أو المفتى حين الفتوى الجنون أو فسق أو غيرهما مما هو شرط في القضاء أو الفتوى أو الخلل في استنباطه و ان كان حكمه موافقاً للأدله إلا انه لم يأخذه عن دليل أو الخلل في دليله كما إذا ركن إلى الشاذ و ترك الصحيح المشهور على نحو ما تقدم في جميع هذه الصور لو كان الحكم موافقاً لراى المجتهد الثاني هل له إمضاؤه و إجازته؟ و الظاهر ان الحكم مما لا يجرى فيه الإجازة لنفسه أو لغيره و لو ترتب على الحكم و الفتوى عمل موافق كبيع مال الطفل أو إعطاء الخمس أو الزكاه لأهله أو طلاق جبرى يجوز للحاكم أو بيع كراهه له توليه أو اخذ مال من حق الميت للفقراء و المساكين فهل له إجازة ذلك؟ الظاهر ان له ذلك و بالجملة العدالة هل هى شرط فى إنفاذ الحكم على الغير واخذ الفتوى منه و تسليم الحقوق و نحو ذلك؟ أو هى شرط له فى نفسه أو فى نصبه من حيث هو فلا يجوز ان يحكم و لا يقبض حقا و لا يبيع مال غائب أو يتيم و لا يطلق كرها فى مقامه و لا يجب أحداً و تصرفاته كلها فضوليه و الثانى قريب فيما عدا الفتوى فإن له العمل بنفسه قطعاً و لو تغير رأى المجتهد من ظن إلى آخر فى العبادات عدل هو و مقلدوه للإجماع و لولاه لأمكن المناقشه فى وجوب العدول و لا- يجب عليهم القضاء مع المخالفه سواء كان تغير الاجتهاد فى الشرائط الواقعيه أم العلميه للإجماع و لولاه لأمكن المناقشه لصدق الفوت و لو تغير اجتهاد المجتهد فى العقود أو الايقاعات أو الأحكام و قد عمل برأيه الأول السبب لكن بقى مسببه أو عمل حكماً لكن بقى اثره كما إذا باع و اشترى معاطاه أو

أخذ الماره فباعها أو صالح على مجهول أو زارع شرط بشىء معين أو استعبد بشرط الرقيه أو نكح أمته من دون خوف العنت أو تزوج المطلقه ثلاثاً مرسله أو طلق زوجته ثلاثاً مرسله أو أخذ الحبوه عيناً أو صاد السمك بالخروج لا بالإخراج أو زكى بغير حديد أو غير ذلك فعدل عن الجميع وعين الثمن والمثمن عنده وكذا الزوجه واللحم والعبد فهل يحرم عليه الجميع؟ ويجب عليه الرد مطلقاً أو لا يجب مطلقاً؟ أو يفرق بين العدول فى الأنساب من العقود والايقاعات فيمضى عليه وبين الأحكام كالذبح والمواريث مع بقائها والتحليل والتحرير المضافان للأعيان صح بقاؤها فلا يمضى أو بين ما تصرف فيه فنقله كالعبد باعه و السمكه نقلها والميراث اتلفه وبين ما لم يتصرف فيه فيمضى اثره فلا بد من التأمل و أما اختلاف فتوى المجتهدين أما فى العبادات فكل منهما يبنى على صحه عمله ولا استبعد جواز إتمام أحدهما بالآخر سوى ترك القرابه وجواز استجاره و نيابته و الاحوط ترك الأيتام مع فقد الشرائط الواقعيه و أما فى غيرها كالتأوى العامه فما كان الاختلاف فيه فى السبب جاز للآخر اخذ اثره فيجوز لمن لا يبيع المعاطاه ان يأخذ ثمن من يرى جوازها وقد باع معاطاه وقبض الثمن ولا يجوز معاملته لمن لم ير جوازها لأن العقد لا يصح من جانب دون آخر وقد يحتمل الصحه فيكون مجموع العقد صحيحاً لمن يرى جوازها و مجموعه فاسداً لمن يرى فسادهما و هو قوى فتأمل و أما اختلافهما بالأحكام فالظاهر انه لا يجوز أكل صيد من يرى ان صيد السمك بالخروج لمن لا يرى انه بالإخراج ولا يجوز أكل العصر الزببى لمن يرى حرمة ولا أكل من فقد شيئاً من التذكيه عنده وإن ذكاه من يرى جواز ولا يجوز تزويج المطلقه ثلاثاً مرسله لو طلقها المجيز لذلك لمن لا يرى ذلك ولا استخدام من شرطت رقيه لمن لا يرى ذلك وكذا لو اختلفا فى الحكم بكون هذه مطلقه أو مزوجه أو ان هذا نجس أو طاهر أو ان هذا مال زيد أو عمر أو ان هذا مذكى أو ميتة و بالجمله فاختلفهم فى الفتوى المتعلقة بالعقود أو الايقاعات أو آثارهما أو فى نفس الأحكام أو اختلافهم فى الحكم الصادر عنهم مما يوجب العمل لكل منهما بما أدى إليه نظره ولا يجوز له متابعه الآخر ولا استعمال ما يستعمله سوى آثار العقود والايقاعات فيما عدا الخروج فلا

يبعد جواز استعماله للآخر للسيره و ليسر و عدم العسر و يجب على كل منهما الإذعان للآخر و عدم الرد عليه فلو حكم حاكم بالهلال لم يحكمه على جميع الأحكام إذا لم يكن بنظرهم و اجتهادهم انه خطأ أمّا لو كان بنظرهم انه خطأ كما لو حكم بشاهد واحد و كان عندهم ان الشاهد لا يحكم به الحاكم لزمهم الإذعان به ظاهراً و تسليمه و لكن لا يجوز لهم الإفطار بحكمه لظنهم خطأ في طريق الحكم و خيال أنه يجب عليهم الإفطار تعبداً بعيداً.

المسألة الثانية: العدالة ملكه أو فعل ناشئ عن ملكه

إشاره

أو فعل يصدر متكرراً من الشخص من فعل الواجبات و اجتناب المحرمات من دون نظر إلى أمر آخر أو أمر عدمي و هو عدم الفسق عما من شأنه الفسق و الذى يظهر من المتأخرين الأول و أتباعهم حسن لأن العدالة من المسوغات الشرعيه فلا يقصرون فيها عن أهل اللغه فى بيان معانى الألفاظ و الذى يظهر من الأخبار هو الثالث و لا تخلو الأخبار عن الإشاره عن الملكه لأن فيها بما يعرف و يعرف و لأن الغالب صدور هذا الفعل المتكرر عن الملكه و دعوى ان العدالة هى نفس حسن الظاهر و أنها ظاهر الإسلام ضعيفان لا يساعد عليهما نعم الطريق إلى الملكه قد يكون الصحه المتكرره و الخلطه المتأكده الواصله إلى حد العلم أو الظن بالملكه لمكان تعسر العلم غالباً فيؤخذ بالأقرب و الأقرب و هل يكون الطريق حسن الظاهر وجه قريب للزوم العسر و الحرج لولاه و تعطل الأحكام و لكن ليس كل ظاهر حسن بل ما أنبأنا عن حسن الباطن من الأقدام على الطاعات و اجتناب المحرمات و نحو ذلك و هل يكفى الظاهر من الإسلام و لو كان محكوماً به للتبعيه أو الدار ذهب الشيخ إلى ذلك و جعل الأصل فى المسلم العدالة حتى يقوم دليل على خلافها و استدلل بالإجماع و ظواهر جملة من الأخبار و الأصل مقلوب و الإجماع ممنوع لضعفه عن مقاومه الإجماع أو المشهور حتى كاد أن يكون إجماعاً على خلافه و الأخبار ضعيفه محموله على التقيه و الصحيح منها يمكن حملة على الأخبار المصرحه باشتراط الاطلاع على أعماله و معرفته بالستر و العفاف و التجنب عن المعاصى و الملازمه على الجماعه كصحيحه بن أبى يعفور و أضعف من قول الشيخ قول من منع

اشترط العدل في الشهاده و جعل الفسق مانع و مع الشك في الفسق جعل الأصل عدمه لمخالفه الإجماع و أصاله عدم العمل بالظن و أصاله عدم نفوذ الحكم و مخالفته ظاهر الكتاب و السنه على ان الأمر تعلق بوجود التشبث عند خبر الفاسق و لا يتم إلا بالعلم به على ان خبر الفاسق منهي عنه و يجب في مقدمه الحرام الاجتناب كمقدمه الواجب على الأظهر.

فائده: تنجزى ملكه العدله فتكون متعلقه ببعض الكبائر دون بعض

و بعدم الإصرار على بعض الصغائر دون بعض و على اجتناب بعض منافيات المروه دون بعض و لكن الفرد الكامل الذي هو شرط في القبول هو المتعلق باجتنب جميع الكبائر و بعدم الإصرار على جميع الصغائر و باجتنب جميع منافيات المروه أو بعدم الإصرار عليها في وجه آخر و قد تترقى الملكه فتتعلق باجتنب جميع الصغائر و هي مرتبه المتقين بل تترقى فتتعلق باجتنب جميع الشبهات و هي مرتبه الورعين و قد تتعلق باجتنب المكروهات و فعل جميع المندوبات و هي مرتبه المقدسين بل قد تترقى فتتعلق باجتنب جميع المباحات و فعل جميع الطاعات و هي مرتبه الأبرار بل قد تترقى فيكون صارفاً كل ذماته و حركاته و سكونه في العباده مع الخشيه و الخضوع و هي مرتبه الأولياء و المقربين إلى غير ذلك و لكن الشرط في قبول الشهاده المعنى المعروف بل هو كافٍ في كل ما يشترط فيه العدله نعم قد يقال في منصب القضاء و الإفتاء و الولايات انه لا بد من الزيادة على العدله من ورع و خشوع و مواظبه على كثير من المندوبات و القيام بالمواعظ و الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و الزهد في الجملة و تجنب الشبهات إلى غير ذلك كما يفهم ذلك من طريقه نصب أمير المؤمنين و نصبه الأئمه لأبان بن تغلب و قوله عليه السلام: هذا مقام شقى أو ولى و لظهور جملة من الأخبار في ذلك و لو لا ان الفقهاء على خلافه لكان القول به متجهاً و هل يخل بالعدلته ترك جميع المندوبات عمداً و وجه قوى بل ربما يؤذن بمنافاته للمروه و عدم مبالاته بالطاعات و الاكتراث في الدين و سيما ترك الجماعه لأنه منصوص و تاركها يستراب فيه و يراد باجتنب الكبائر اجتنابها بعد التفطن لها و قدره عليها لا مجرد الاتفاق و قد يشكل ان اجتناب الكبائر

لا يكون إلا للعارف بها و معرفتها مما يشكل على العامى فلا بد من الالتزام أن يعرف باجتنب كل كذب حتى تدخل فى اجتنابه الكبائر و لا تقبل شهاده غير العارف بالكبائر و قد يقال بكفايه معرفه انه عنده ملكه لو عرف الكبيره لاجتنبها و الكل محتاج إلى التأمل و الكبيره قد تحد فيقال هى ما أوعد الله عليها النار كما فى صحيحه ابن أبى يعفور حيث قال: و يعرف باجتنب الكبائر التى اوعد الله عليها النار بناء على ان الصفه موضحه لا مخصصه و يراد بالوعد عليها بالخصوص كما هو الظاهر و إلا فقد توعد الله العصاه و قيل: ما توعد الله عليها العقاب فى الكتاب أو على لسان نبيه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ و قيل: ما قام على حرمة قاطع و قيل: كل معصيه تؤذن بقله المبالاه فى الدين و قيل: ما سمى عند أهل الشرع بالكبيره و قيل كل ذنب كبيره إلا إنها تختلف بحسب الإضافه و هؤلاء عندهم كل ذنب مخل بالعداله إلا ان يتوب عنها أو عندهم لا يخل بالعداله إلا الكبائر المتوعد عليها أو انه عندهم يخل كل ذنب عند ظهوره و مع عدم ظهوره بل ظهور الصلاح منه تقبل شهادته و أهل هذا القول جعلوا الكبائر و الصغائر اضافيه فالقبله صغيره إلى ما فوقها من الزنا و كبيره بالنسبه إلى النظر إلى ان تنتهى إلى اصغر ما لا اصغر منه و الظاهر انه لو تحقق هذا عندهم كان صغيره و يحتمل ان المخل بالعداله عندهم هو خروج الشخص عرفاً عن سمه التقوى و الورع بحيث يقال عند أهل الشرع: ليس من أهل الديانه و التقوى و هذا القول محكى عن الشيخ المفيد و ابن البراج و أبى الصلاح و ابن الجنيد و ابن إدريس و نقل عليه الإجماع و استدل لهم بما جاء من الأخبار ان كل معصيه عظيمه و كل ذنب يوجب النار و ما جاء من التحذير عن استحقات الذنب و استصغاره كقوله عليه السلام: لا تستحقروا شيئاً من الشر و إن صغر و لا تستحقرون صغيره فربما كمن فيها غضب الله تعالى و هو ضعيف لمعنى الإجماع و للزوم القول به إلى انتفاء العداله غالباً و لقوله تعالى: (وَ الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ) (الشورى: من الآيه ٣٧) و فى الخبر ان الأعمال الصالحه تكفر الصغائر و أيضاً من اجتنب الكبائر كفر الله عنه جميع ذنوبه و ورد فى بعض الأعمال إنها تكفر الذنوب إلا

الكبائر و أيضا فى تفسير قوله تعالى: (وَ يَعْفُرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ) (النساء: من الآيه ٤٨) من الكبائر و ما ورد فى تعدادها و خصرها أقوى شاهد و كذا ما هو المشهور عند الإماميه ان الصغائر تقع مكفره و هو التكفير و قيل إنها سبع الشرك و قتل النفس و قذف المحصنه و اكل مال اليتيم و الزنا و الفرار من الزحف و العقوق و قيل تسع بزياده السحر و الظلم فى بيت الله و قيل عشر بزياده الربا و قيل اثنا عشر بزياده شرب الخمر و السرقة و قيل عشرون السبع الأول و اللواط و السحر و الربا و الغيبه و النميمه و اليمين الغموس و شهاده الزور و شرب الخمر و استحلال الكعبه و السرقة و نكث الصفقه و التعرب بعد الهجره و اليأس من روح الله و الأمن من مكره و قيل مع ذلك زياده أربع عشره أكل الميته و الدم و لحم الخنزير و ما أهل به لغير الله و السحت و القمار و البخس فى الكيل و الوزن و معونه الظالمين و حبس الحقوق من غير عسر و الإسراف و التبذير و الخيانه و الاشتغال بالملاهى و الإصرار على الذنوب و قيل بعد ذلك القياده و الدياثه و الغصب و النميمه و قطيعه الرحم و تأخير الصلاه عن وقتها المفروض و المكذب على الله و رسوله و ضرب المسلم ظلماً و كتمان الشهاده و السعايه إلى الظالم و منع الزكاه و ترك الحج و الظهار و المحاربه و قطع الطريق. و عن ابن عباس إنها إلى السبعمائنه اقرب منها إلى السبع و فى الخبر انه كل ما عد كبيره لأن الله تعالى يقول و ذكر ما جاء فيها من الوعيد من الكتاب و هو ظاهر فى المعنى المتقدم و كذا الخبر المتقدم و هما ظاهران فى انهما ما توعد الله عليهما فى الكتاب و الظاهر ان هذه اكبر الكبائر و إلا فالكبائر معرفتها موكوله لنظر أهل الشرع و لما جاء فى الأخبار من عظم الذنب و من المعلوم بديده ان هنا كبائر كالحكم جوراً فيها و الفتوى كذباً اللتان يؤديان إلى تحليل الفروج و الأموال المغصوبه و الفتها و المكر و تشيع الفاحشه و اهداء الكفار على المسلمين إلى غير ذلك و قد تصير الصغيره كبيره مع عدم المبالاه بالمعصيه و عدم الاكتراث بطاعه الله تعالى بل قد يقال يكون كفراً و هل تجب الشهاده على من كان فاسقاً وجه و هل يجوز للفاسق التقدم للجماعه و القضاء و تولى أموال الأيتام و جهان الأول لأن النهى تعلق بالإتمام به و نصبه قيماً و تقبضه الحق و الترافع إليه دون فعله لذلك فتبقى العمومات شامله و الثانى

لظهور التلازم بين النهى عن الاقتداء و بين تقدمه للقدره و بين دفع الحق إليه و بين قبضه له لما نرى كثيراً من أحكام الشرع يبين منها أحد المتلازمين و يوكل بيان الآخر إليه و يجرى ذلك في شرائط الإمامه و ربما كان في تقدمه و قضائه إغراء بالجهل و لاستبعاد أن يقول الشارع ترافعوا إلى الفاسق و يقول للفاسق اقض بينهما و قد يفرق بين حاله العلم من المترافعين بفسقه فيحرم عليهما و عليه و بين الجهل فينفذ و لا يحرم على أحد منهما أو يحرم عليه خاصه و المراد بعدم الإصرار هو الإكثار من نوع أو أنواع من الصغائر فعلاً أو تركاً أو ملفقاً سواء تخللت بينهما التوبه أم لا و يحتمل مع تخلل التوبه و الإكثار و المراد بالإكثار العرفى سواء كان في يوم أو أيام و تشتد في اليوم أو المجلس الواحد و يحتمل حصول الإصرار بالفعل مره مع العزم على العود إليها مرات بل مره واحده في وجه و يحتمل إنها الإكثار مع الغرم على العود و الظاهر انه يكفى الإكثار و لو مع عدم العزم على شىء و لا ينافى الإكثار مع تخلل التوبه إلا إذا خرج عن حد التائب بحيث تكون توبته كلا توبه و المقتحم على الذنب مع جهله بصغره و كبره تسقط عدالته في وجه و يحتمل العدم و لو فعلها صغيره فبانت كبره احتمال الإخلال و عدمه و كذا العكس و المراد بمنافاه المروه هى اتباع محاسن العادات و اجتناب مساوئها و هو يختلف باختلاف الزمان و البلدان و الأغراض الصحيحه و قد تجامع الكبيره و الصغيره و قد تنفك عنهما و لا بد من الإخلال بها معرفه ذلك انه مما ينافى المروه عند الفاعل و هل حكمها كالكبيره يقدر فيها المره أو كالصغيره شرطها الإصرار و لا حد لها بل ما يؤذن فعلها بدناءه النفس و الهمة و حساستها و عدم المبالاه بشىء و فى الأخبار المروه غير ما فى كلام الأصحاب و الأخذ بالجميع حسن لأن كلامهم مبنى عن تعريف العدالة فى لسان الشرع و الظن فى الموضوعات الشرعيه الراجعه للوضع كافٍ و كيف و قد كاد أن يكون إجماعاً و لأن الإعراض عن الأخبار المصرحه بأن المروه كذا و كذا ان ذلك طريق لمعرفة حصول اجتناب المروات العرفيه من صاحبها إذا ظهر منه ذلك.

المسأله الثالثه: ثبوت العدالة و الفسق مطلقين و لا يحتاج إلى التفصيل

من المعدل نعم لا يجوز له ان يطلق و يريد المقيد من مذهبه أو مذهب مجتهد للإغراء بالجهل

الظاهر من الإطلاق إرادته المطلق على جميع المذاهب و مثله الشهادة فى رضاع أو طهاره أو نجاسه و لا- يجب على الحاكم الاستفسار عن السبب حملاً لظاهر قوله على الظاهر نعم يجوز له استظهاراً بل لا يبعد لزوم الاستفسار عند التعارض لضعف الظاهر حينئذ كما إذا تعارضت بينه الجرح و المعدل و من الغريب لزوم الاستفسار عن بيان الجرح لحصول الخلاف و الاختلاف فيه مع عدم عسر البيان فيه بخلاف العدالة فإنه يعسر ضبطها فالاستفسار عنها مما يؤدي إلى تعطيل الأحكام و بذلك حكم المشهور مع احتمال لزوم الاستفسار عنها دون الجرح لشده الاختلاف و الخلاف فيها مع لزوم التدقيق فيها و صعوبه العلم بها لافتقارها إلى المعاشرة و المخالطة دون الجرح فانه و إن حصل فيه الاختلاف و الخلاف كالعَدَالَة لأنهما متقابلان إلا انه لا يحتاج إلى زياده خلطه و تكرار صحته بل يكفى فيه المعايين و الاحوط الاستفسار فيهما معاً لضعف الظهور و للاحتياط فى الشهاده و طريقه أهل الرجال ذكر سبب الجرح غالباً دون العدالة لعسر ذلك عليهم و لكن مع ذكر سبب الجرح غالباً يكتفون بالإطلاق مع اختلاف المذاهب فيما يجرحون به و لول علم المعدل اتفاقات مذهبه مع مذهب الحاكم جاز الإطلاق مع إرادته مذهبه و كذا لو علم الحاكم ذلك مطلقاً حكم الاستفسار فى حقه و هذا كله فيما لو كان العدل عارفاً بالمذاهب أمّا لو كان جاهلاً لا يعرف معنى العدالة و الجرح إلا بكلام العوام و السماع من الناس و مع ذلك كان فاقد البصيره و عرف الحاكم منه ذلك لزم الاستفسار منه فى التعديل و الجرح قطعاً و هل يجب على الحاكم بعد تعديل الشهود طلب تزكيتهم فى انهم مقبولى الشهاده و ليس فيهم ما يمنع القبول من نسب أو شركه أو عداوه الظاهر عدم الوجوب إلا إذا جرحهم المدعى عليه وقف عن الحكم حتى يأتى بالجرح فلو لم يثبت الجرح لم يسمع جرحه مع احتمال لزوم طلب الحاكم التزكيه فى ذلك كله سيما لو طلبه المدعى عليه و يقوى ذلك فى النسب كما لو قام احتمال ان الشاهدين أولاد المدعى عليه أو ان العدلين كذلك.

المسأله الرابعه: لو تعارضت شهاده التزكيه و الجرح

فى تعديل أو تفسيق أو فى كونه مقبول الشهاده أم لا لنسب أو غيره أو نحو ذلك فإن كانتا مطلقتين كما تقول

أحدهما هو عدل و الأخرى انه فاسق أو تقول أحدهما انه مقبول الشهاده و تقول الأخرى مردودها أو فيه ما يمنع قبولها سأل الحاكم عن تاريخهما فإن أرخا متقدماً و متأخراً عمل على المتأخر إذا أمكن ان يكون ناسخاً للأول كطرو الفسق بعد العداله أو العداله بعد فعل الكبيره بمجرد التوبه أو بعد إصلاح العمل و ان ذكر الوقوع و السبق و اللحوق و لم يعلما السابق من اللاحق ردت شهادته ترجيحاً لجانب الفسق أو تساقط الأمرين فيبقى مجهول الحال و ان دخل معه الشك في الاقتران رجح جانب الفسق و قد يجعل مثل معلوم تأريخ فيهما ما إذا علم التاريخ أحدهما و شك من الآخر فيكون المجهول متأخراً و إن أرخاها في وقت واحد و أطلقا لم يمكن السؤال قدم الجارح لأنه بمنزله المثبت دون المعدل و لأنه بينه كبينه الخارج و لأنه كالروايه المؤسسه دون المؤكده مع احتمال تقديم المعدل بناء على تقديم الموافق للأصل و تقدم المقلد دون المؤسس و قد يلحق بعلم التاريخ و الأخذ بالتأخر ما إذا ظهر خبر و تقديم يمكن الجمع به بين المتعارضين كما إذا جرحه أهل بلده فسافر فعده أصحابه في كفره أو العكس و الجمع مهما أمكن أولى من الطرح و إن كانتا مقيدتين مع الإطلاق أو ابتداء فإن أرخهما متقدماً و متأخراً عمل على المتأخر و مثله ما لو كان أحدهما معلوم التاريخ و مثله ما لو كانا كالمؤرخين كما إذا ذكر أهل بلده سبباً و أهل سفره سبباً فإن أرخاهما في وقت واحد أو جهل تاريخهما فحكم بتأخرهما معاً أو لم يعلم السابق من اللاحق قوى القول بتساقطهما فبعود مجهول الحال فلا تقبل شهادته و لا يحكم بفسقه مع احتمال انه لو كان عدلاً عند الحاكم فجرحه الجارح فقال: رايته يوم الجمعه يلعب بالعود في بغداد فقال الآخر: هذا اليوم معتكفاً معي بمسجد الكوفه تساقطت البيتان فعاد عدلاً و يحتمل بترجيح الجارح مطلقاً لأنه مثبت و خارج أو متشبه بهما و يحتمل تقديم المعدل لموافقته الأصل و حسن الظن و يحتمل تقديم قول المعدل لاحتمال وقوع الجرح خطأ أو نسياناً و احتمال ترجيح أحد البينتين بالأعدييه و الأكثريه و الأعلمييه و احتمال القرعه بعيد هذا كله ان لم يكن قيد الخارج نفياً كما يقول: ما صلى اليوم الفلاني فقال الآخر: صلى معي و ان اطلقت أحدهما و قيدت الأخرى فكما تقدم مع تقدم أحدهما

و تأخر الأخرى أو ما كان يحكم ذلك من معلوم التاريخ و مجهوله و ان كانا تاريخهما واحداً فإن كان سبب الجرح مقدماته قدم على المعدل و ان كان سبب العدالة مقيداً بها فإن لم يناف الجرح قدم الجرح عليه و لو كانا مقيدين فيذكر السبب و لكن قول شهاده الجرح إلى النفي قدم المعدل كله بقول المعدل: يصلى الفرائض مع جماعه فيقول الجارح: لا يصلى فريضه أو يقول المعدل: يزكى فيقول الجارح: ترك الزكاه.

المسألة الخامسة: الرشوه محرمة

لأنها أكل مال بالباطل إجماعاً كتاباً على العموم و سنه لعن الراشى و المرتشى و ورد إنها كفر و ضروره مذهب الشيعة و هي في اللغة الجعل و شرعاً بل لغه دفع المال إلى الحاكم ليحكم له بالباطل كما عن النهايه أو ليحكم له مطلقاً حقاً أو باطلاً كما يظهر من القاموس و المجمع أمياً لو دفع له ليحكم له حقاً كما إذا كان من علماء الباطل فخشى الباطل فخشى منه فدفع له للحكم بالحق فالظاهر إنها رشوه أيضاً نعم يجوز دفعهما للراشى توسلاً إلى تخليص حقه كما يجوز الترافع لتخليص الحق عيناً بل و ديناً في وجه إلى غير أهله نعم يحرم أخذها على المرتشى و الفرق بينها و بين الهبه و الإجاره على الحكم و الجعالة و الصلح و الهبه المعوضه يحتاج إلى بيان أما الهديه فيحتمل في الفرق بينهما ان الرشوه ما شرط بأذنها الحكم بالباطل كما يظهر من بعض و هو بعيد كما قدمنا أو ما جعل الحكم فيها مطلقاً شرطاً بخلاف الهديه فإنها استجلاب و تميل لقلب الحاكم أو ان الهديه ما بذلت للتحجب و التودد أو العلم و نحو ذلك بخلاف الرشوه فإنها ما بذلت للحكم و الفرق بينها و بين الجعل و الإجاره ان الرشوه ما صدرت ممن يريد الحكم له فهي ما صدرت من معين و مثله ما لو صدرت ممن لا يريد الحكم و يريد رفعه خوفاً ان يقع عليه و هذا منها اسماً أو حكماً بخلاف الجعالة أو الإجاره فإنها ما يشرطها الحاكم على ما يقع الحكم له أو عليه أو عليهما فهي شرط على غير المعين بعد صدور الحكم منه و تحقيق المسأله يتوقف على بيان أمور هو ان الحكم و الإفتاء من الواجبات الكفائيه و كذا مقدماتها من سماع كلام المستفتى و كلام المدعى و الشهود و التزكيه و كذا استفراغ الوسع لهما فدفع المال

إلى الحاكم و المفتى أن كان على وجه المعاوضه فإن كان على باطل بطل العوض و المعوض و صار سحتاً و أكل مال الباطل و إن كان على حق فدفع المال على الواجب

الكفائي إجاره أو جعله أو هبه معوضه باطل أيضاً للإجماع المحكى و لفتوى المشهور و لا- يتفاوت بين كون الإجاره من المتخاصمين أو من أحدهما أو من متبرع أو من بيت المال نعم لا بأس بالارتزاق من بيت المال بأنه معدود لمصالح المسلمين كالجهاد و نحوه و لا- يتفاوت بين كونه محتاجاً لذلك أو عدمه لأن بيت المال من المصالح و لا يشترط فيه الفرق و الإجماع منقول على عدم جواز اخذ الأجره و نحوها على الواجب كفايه و يكفى الشك فى شمول الأدله من الإجاره و الجعاله لمثل ذلك هذا كله فيما علم فيه إطلاق لوجوب كفايه و فيما شك فى إطلاقه و شرطيته لأصالة الإطلاق و أما ما ظهر ان وجوده مشروط بالعوض فذلك لا- يجب إلا- بالعوض لا انه يجب فيعارض عليه و قد يستدل على منع الاستتجار على الواجب كفايه بمنافاته القربه و فيه ان الاستتجار يؤكدها و قد يستدله بأنها مملوكه لله تعالى أو للعامل و لو بعد الاستتجاره و لا يتوارد مالكان على مملوك واحد و فيه ان ملك الله تعالى و ملك العامل غير حقيقى و قد يستدل على أنها لو ملكت لجاز الإبراء و نحوه و فيه انه يصح الإبراء بالنسبه إلى ملكه لا بالنسبه إلى اصل العمل و قد يستدل بعدم قبوله الثيبه فلا يصح الاستتجار و فيه ان العمل ذو جهتين فإن لاحظ صدوره عن العامل نفسه سقط عن المؤجر و انفسخت الإجاره و إن لاحظ انه على المؤجر صح عده عن المؤجر و سقط عنه الوجوب.

الكلام فى التداعى مع الحاكم و فيه أمور:

أحدها: لا شك ان الحاكم كغيره فى غير الحكومه مدعياً و منكرأ [فهنا مقامات]

اشاره

سوى انه لا يستدعى قبل بيان كدعوى احتراماً له كذا قال و هو جيد و أما فيها فهنا مقامات:-

أحدها: ان الحاكم لا تمضى حكومته فيما يعود إلى نفسه

لا بعلمه و لا بنيته فلا يصح حكمه بمال لنفسه و لا لولده المولى عليه و لا ليتيم هو وصى عنه و لا لثلث هو وصيه و لا لمجنون هو وليه و لا على مال يرثه و لا على نفس قصاصها إليه أو ديتها له

و كذا لا- يصح الحكم على والده و على خصمه و لا- على مولى له و لو كانت عنده بينه رفعها إلى حاكم آخر و أما الحقوق العامه كحكمه على آخر بزكاه أو خمس أو مجهول مالك أو وقف عام أو وصيه تعود لحاكم الشرع فالأظهر نفوذ حكمه بعموم الأدله و بعد التهمه و الأولى ان ينسب قيماً من قبل الإمام لا و كلاً من نفسه فيدعى و يعم البينه فيحكم له بل لا يبعد هنا ان ينفذ حكمه بعلمه أيضاً بعد دعوى القيم.

التانيه: الأصل في الحكم بعد صدوره صحته

و كذا الظن لأن الظن استظهار الحكام في الأحكام فلو ادعى فساد المحكوم عليه لخلل في الحاكم من جنون أو جهل أو فسق أو الخلل في مدركه دليلاً أو استنباطاً أو سهواً أو غفله أو انه وقع و لو لم تكن بينه فهل يصدق الحاكم بقوله لأنه أمر يرجع إليه و هو أكثره به و لأن الحكومه منصب نبوه أو إمامه و قد جعله الإمام حاكماً و أميناً و مقتضى تنفيذ حكمه لو اخبر بصحته و وقوعه كيف و يمضى إنشاؤه الحكم من غير رد و هو محتمل لجميع ذلك و يكون رده كفراً فكيف لا يصدق مع دعوى المدعى و الحال ان المحكوم عليه متهم بالعداوه و الفضاذه كما نراه اليوم فدعوى افتقار الحاكم إلى البينه على صحه حكمه ضعيفه نعم هل يفتقر معها إلى اليمين لأنه كالغير و اليمين على من أنكر وجه توافقه القواعد و الأوجه عدمه لعلو منصبه في الحكومه عن طلب اليمين منه في ذلك ما كان عالماً به و مفوضاً عليه و موكلماً أمره إليه و لأن في اليمين امتحاناً للحاكم المنصوب لقطع الخصومات و الدعاوى هذا كله إن الحاكم للمدعى عليه حاضراً بمجلس الدعوى و إن كان غائباً فقد ذكر الأصحاب انه لا يلزم بالحضور مع المدعى إلا- ان يبين دعواه خوفاً من احضاره فيبين دعوى غير مسموعه فيلزم منه الامتياز بل قال جمع انه لا يلزم بالاحضار إلا ان يقول المدعى عندى بينه على فساد كلامه و إلا فلا يسمع دعواه من غير بينه و هو قوى إلا ان الأقوى سماعها لأنه لعله يقر بفساد حكمه فيلزمه الضمان في مقام يلزمه لاستيلاء يده أو لعدم تحصيل المال من المباشر فيضمن مع العدم في ماله و مع الخطأ من بيت المال.

الثالث: المحكوم عليه له ان يدعى المحكوم له

و له ان يدعى الحاكم لو كان الحاكم ممن يضمن المال لو ثبت خطأه و إلا ليس له ان يدعى الحاكم حتى لو كانت عنده بينه لعدم الفائده بل لو اقر الحاكم بفساد حكمه لم يثبت باقراره حق على المحكوم له لأنه إقرار فى حق الغير نعم لو قامت بينه على فساد الحكم كحكم الحاكم الآخر على المحكوم له إذا حضر للدعوى واخذ منه المال لو كان هو المباشر و كان عالماً بفساد الحكم أو غير عالم فى وجهه.

الرابع: لو ادعى المحكوم عليه فساد الحكم بما لا يجرى فيه الأصل و الظاهر

كما إذا ادعى ان الحكم قبل اجتهاد الحاكم أو قبل بلوغ الحاكم أو قبل تميزه أو رشده افتقر الحاكم إلى بينه فيما إذا كانت الدعوى مسموعه و يحتمل ان اصل الصحه يثبت الشرائط العائده للحاكم كما يثبت رفع الموانع و يثبت شرائط المحكوم به كما يثبت موانعه فيما يحكم بصحه الحكم من جهه الاستنباط و عدم الجور و عدم الخطأ و السهو النسيان فكذا يثبت البلوغ و العقل و الرشده و الاجتهاد و لو جن الحاكم بعد عقله و شك فى صدور الحكم حال عقله أو حال جنونه حكم به فى حال عقله و ان كان الأصل تاخر الحكم إلى حال الجنون المتأخر فأصاله الصحه تحكم على اصل تأخر الحادث و تحكم على المشكوك فى صدوره حال الصغر أو بعده أو الاجتهاد أو بعده مع تعارض اصلى تاخر البلوغ أو الاجتهاد عن الحكم و تأخر الحكم عنهما.

ثانيها: فى سماع الدعوى بالمجهول الأوجه فى المسأله

أن يقال ان الدعوى بالمجهول إن آل أمرها إلى حصول العلم بالمدعى به فى الجملة بعد الحكم سمعت الدعوى به كما إذا ادعاه بحيوان أو أحد الحيوانات و لكنه ذكر انه موجود فى بيته أو طعام مردد بقدر خاص أو لا بقدر و ذكر انه فى حجرته أو أحد الثياب أو ثوباً و ذكر انه فى داره أو قال: صالحنى على شىء محمول و هو الآن فى كفه أو اطلبه مالا موجوداً اقدره فى دفتره أو قال: صالحنى على ما تثمر شجرته أو تحمل دابته أو تزرع أرضه أو ورثت معه مالا بقدر ما ورثه اخوه منه إلى غير ذلك ففى الجميع تسمع الدعوى لحصول الفائده الكليه المترتبه على سماعها عند قيام اليينه على المدعى عليه أو نكوله

عند توجه اليمين و مثله فى سماعها ما لو ادعى الوصيه بالمجهول المنصرف إلى المعلوم شرعاً أو الوصيه بالمبهم الجائزه فيجعل الخيار للوارث فى الدفع كالوصيه بأحد العبدین أو السيفین أو الوصيه بسيف أو ثوب أو بعيد من سيفه أو ثيابه أو عبيده أو بما يقع عليه اسمه عرفاً و كذا لو ادعت الامراه بمهر المثل أو بالمتعه فى المعوضه أو ادعى الواهب بعوض الهبه لو وهبه بعوض و لم يبين فينصرف إلى قدر الموهوب أو ادعى عليه ارش عيب يعلم قدره بمعرفه العيب و المعيب أو غبن يعرف بمعرفه القيمه السوقيه أو ادعى عليه قيمه أو ثوب موصوفين يعلم قيمهما بعد معرفه وصفهما و هكذا فهذه كلها و ما شابهها تسمع فيها الدعوى و يلزم بالإحضار و يطلب من المدعى البيئه و يتوجه على المنكر اليمين و يعرف قدر المدعى به بعد ذلك و أما ما كان من الدعوى التى لا تؤول إلى العلم فثبت مجهوله فيلزم المدعى عليه بعد الحكم بالقدر المتيقن و يكون الغرض من الدعوى إثبات شىء مجهول إلى ما بعد الحكم و تصير فائده الحكم الأخذ بالمتيقن فالذى يظهر عدم لزوم سماع الحاكم لها بل عدم نفوذ الحكم بها للشك فى شمول أدله الأمر بالحكم على الحاكم لها و الشك فى شمول أدله نصب الحاكم للحكومه لمثلها و كذا ما دل على ان البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر و قياسه على سماع الإقرار المجهول فيلزم بتفصيله أو يأخذ بالمتيقن ليس من القياس القطعى فعلى هذا لا تسمع دعوى أن لى عنده مالاً ما لم يبين جنسه و قدره أو حيواناً ما لم يبين نوعه و وصفه ان كان قائماً أو قيمته ان كان تالفاً أو ثوباً ما لم يبين كذلك أو طعاماً ما لم يبين جنسه و قدره لتردده هذه الأمور بين أفراده لا يسوغ للحاكم ان يحكم بدفع أحدهما معيناً فاخذ المدعى لواحد معين ظلم فاخذ غير المعين غير ممكن و الصلح القهرى لا دليل عليه و القرعه لا تمكن لتكثر الأفراد و إلزام المحكوم عليه بالتفسير تخليد فى السجن و عقوبه لم يثبت موجبها و كون موجبها حكم الحاكم موقوف على نفوذه فى المجهول و هو أول المسأله لأصالة عدم نفوذ حكم الحاكم و كذا الكلام فى مجهول القدر لتردده بين اقل ما يتمول و أكثره و الحكم بأقل ما يتمول موقوف على نفوذ حكم الحاكم و الأصل عدمه للشك فى دخوله تحت العمومات باعتبار قله فائدته لتردد المدعى به فيما

لو ادعاه بحنطه أو دخن أو ذهب أو قيمه شىء بين الحبه فما فوقها بل و اول من ذلك فتخلو الدعوى عن الثمره و سيما لو احتمل فيها دخول ما لا يتمول من الحبات الصغار و نحوها و يلحق بدعوى المجهول ما لو تداعيا على قدر من القروش الرائجه كما يتعامل بها اليوم لعدم وجوده فى الخارج فيتردد بن أفراد و انواع يعسر على الحاكم الحكم بنوع منها إلا إذا اتفقا على قدر من القيمه فأبرز الدعوى على تلك القيمه و يلحق بالدعوى على المجهول الدعوى على الأفراد بالمجهول الذى لا يؤول على العلم لو لا- دعوى الشيخ رحمه الله الإجماع على جواز سماع الدعوى بالاقرار المجهول فإن ثبت الإجماع قلنا به و إلا فلا و قد يقال ان فائدته إلزام المحكوم عليه به بالتفسير لا الأخذ بالمتيقن فتأمل.

ثالثها: لا يسمع الحاكم الدعوى لو بينها المدعى بصورة أتوهم أو اتخيل أو اشك

اشاره

و لو مع التهمه إلا ان يكون مع المدعى بينه أو يقر المدعى عليه فيسمعهما و يحكم للمدعى بمكان البيئه أو الإقرار و لو خلت الدعوى من ذلك ردت، و لا يتوجه يمين على المنكر و لا يردها على المدعى و هل تسمع لو قال المدعى أظن إذا لم تكن له بينه أو إقرار من المدعى عليه مطلقاً و لا- تسمع مطلقاً فلا- يتوجه اليمين على المنكر حينئذ للشك فى شمول أدله المدعى و المنكر لها و الشك فى شمول أدله لزم الحكم و نصب الحاكم لها حيث ان ظاهرها الجزم و ظاهر إطلاق الحكم و الحاكم هو ما كان لقطع الخصومه و النزاع و لا- يكون إلا- مع الجزم لأن الظن لا يغنى عن الحق شيئاً و الرمى بالمظنه منهى عنه أو تسمع فى مقام التهمه و هى الدعوى فيما يخفى كالقتل و السرقة و كان المتهم قابلاً للاتهام أقوال أقواها الثالث لمكان الضروره إليها غالباً و وقوعها بين الناس كثيراً فتدخل تحت إطلاق الأدله و ربما جاء فى الأخبار فى دعاوى الوصى عن الميت و فى الدعوى عن الأيمن على ما ذكر ما يؤذن سماعها نعم لا- ترد اليمين على المدعى و ما كل دعوى يلزمها جواز الرد بل جواز الرد من آثار الدعوى الجازمه فلا يلزمه من عدمه عدم سماعها مطلقاً و كذا الحكم بالنكول لا يلزم من عدمه عدم سماعها مع احتمال جواز القضاء بالنكول هنا و جعله بمنزله الإقرار و لكنه بعيد و لو ابرز المدعى

الظان دعواه بصوره الجزم سمعها الحاكم و إن علم انه ظان بل و لو علم انه شاك لدخوله تحت المدعى على إشكال فيطلب منه البينه فإن لم تكف وجه اليمين على المنكر فإن نكل قضى عليه بالنكول على الأظهر فإذا رد اليمين على المنكر فهل للحاكم ان يحلفه أخذاً بالظن و ائمه عليه أو ليس له لأنه إعانه على الإثم فيقف عن الحكومه حينئذ و جهان و الأخير أوجه بل قد يقال ان الحاكم فى غير مقام التهمه لا- يسمع دعوى الظان و الشاك و لو أبرزها بصوره الجزم لأنه كاذب معلى حيث ان ظاهر الجزم القطع و المفروض انه ظان أو شاك و دعوى الظن و الشك غير مسموعه و إبرازها بصوره الجزم ما أفاد الكذب و التزوير و احتمال ان هذا الكذب مفتقر لتخليص الحق المظنون أو ان الدعوى إنشاء فلا تتصف بالكذب لا وجه لهما نعم قد يحتمل الجواز لو قال المدعى: أنا ادعى إلى فلان بألف و لا يقول: لى عليه ألف للاحتمال الصيغه الأولى للإنشاء و شبهه.

فصل فى إزام المنكر بالإقرار أو الإنكار

يلزم المنكر بالجواب أمّا بالإقرار أو الإنكار على الأقوى و لا يكتفى منه بالسكوت فيحكم عليه بالنكول به كما اختاره الشيخ و لا بد من الجزم بالإقرار أو الإنكار فلو قال: أظن ان لك عندى أو أتوهم لم يكن إقرار و لو قال: أظن أو أتوهم ان ليس لك عندى أو لا- أعلم ان لك عندى لم يكن إنكار فلو أجاب بذلك احتمال ان يلزمه بالجزم بالعدم و لا كذب عليه لموافق قوله لأصل البراءة و الموافق للأصل بجواز إظهاره بالجزم بل يجوز الحلف عليه مورياً بأنه ليس لك شىء شرعاً و احتمال ان يكتفى منه بقول: لا اعلم فيحلفه على نفى العلم و لا شىء عليه و هو قوى فيما إذا كان المدعى به خفياً كدعوى سبق العيب الخفى أو الذى يستبعد اطلاع البائع عليه أو اختياره و يحتمل ان يلزمه برد اليمين على المدعى و ان حلف اخذ و إلا سقط حقه و يحتمل ان يقضى عليه بدفع الحق تنزيلاً له منزله الساكت الممتنع عن الجواب أو منزله الممتنع عن اليمين و لأن المدعى مسلم يدعى دعوى من غير معارض فيأخذ حقه منه لعدم صلاحية قول: لا اعلم لمعارضه دعوى المسلم و خير الوجوه رد اليمين على

المدعى فإذا لم يكن كدعوى التهمه أو ادعى الوصى الزم بالجزم أو اخذ الحق منه و احتمال سقوط الدعوى قريب و احتمال الفرق بين ما إذا كان مما لا يطلع عليه المدعى غالباً فيقبل منه نفي العلم و بين غيره فيلزم بالجزم و جيه و إذا اقر المدعى عليه الزم بالحق و لا يحتاج إلى حكم الحاكم فيجوز اخذ المقر به منه و ان كان المدعى ظاناً يكون الحق عليه بل و لو كان شاكاً أو ظاناً بالعدم و يجوز لكل من سمع الإقرار ان يلزمه الحق و يأمره بأدائه من غير توقف على حكم الحاكم نعم لو طلب المدعى الحكم من الحاكم لقطع ماده الخصومه و المرافعه بعد ذلك و جب على الحاكم إجابته على الأظهر لكونه منصوباً لذلك و لو طلب من الحاكم كتابه و ختماً على الحكم فإن توقفت على بذل مال من الحاكم لم يجب عليه و إن بذل المال كالقرطاس و نحوه المدعى ففى لزوم إجابه الحاكم له و جهان و الإجابة أحوط و لا بد فى الحكم من اللفظ فلا تكفى الإشاره و الكتابه إلا للأخرس و لا بد من لفظ يدل على الحكم صريحاً كحكمت أو مع القرينه كادفع ماله إليه و حكم الفقهاء ان اخذ المدعى بالنسبه مع ظنه أو إلزام سامع البينه للمدعى بالحق موقوف على حكم الحاكم و لا تستقل البينه بإثبات الحق من دون حكم الحاكم و للمناقشه ان لم يكن إجماعاً فيه مجال بل لا يبعد جواز الأخذ بالينه و جواز الأمر بالحق لمن سمعها و إلزامه به لعموم دليلها نعم فائده حكم الحاكم عدم جواز تجديد المرافعه من المدعى عليه مع المدعى مره أخرى و لزوم إنفاذ حكم الحاكم لدى كل حاكم و غير ذلك فتأمل.

رابعها: إذا اقر المدعى عليه بعين الزم بأدائها

اشاره

فإن امتنع حبس حتى يؤدي للأخبار و كلام الأصحاب و إن كانت الدعوى ديناً حبس أيضاً ان علم ان له مال و اخذ الحاكم منه الوفاقهراً و جبره على بيع ماله أو باع عنه الحاكم و لا يتفاوت بين مستثنيات الديون و غيرها و إن لم يعلم ان له مال فإن علم ان كان له مال و لو ما تداعيا عليه كما إذا كانت الدعوى على مال فادعى تلفها أو قرض فادعى الإعسار و حبس على ما يراه الحاكم من كيفية الحبس حتى يؤدي أو يثبت إعساره فإن ثبت إعساره خلى سبيله و إلا خلد فى السجن للأخبار الداله على أن علياً كان يحبس فى الدين فإن

تبين إعساره خلى سبيله و هي مشهوره الفتوى و العمل و اكتفى المحقق الأردبيلي بتحليفه على الإعسار استناداً لأمر احتياطي و تعليقات تقرّيبه لا تصلح المعارضه ما ذكرنا نعم فى الصحيح انه كان علياً لا يحبس فى السجن إلا ثلاثه الغاصب و من أكل مال اليتيم ظلماً و من أوّتمن على أمانه و هي لا تعارض ما قدمنا لعدم القائل بهذا التفصيل فيحمل على عدم الحبس فذهب بها فى السجن لا- مطلقاً مما هو منطوقها أو عدم الحبس عقوبه أو دواماً و إن لم يعلم ان له اصل مال اكتفى منه باليمين على عدمه و تصديق قوله من غير يمين بعيد و يخلى سبيل المعسر إذا لم يملك سوى المستثنيات و هي الدار اللائقه بحاله و الجاربه أو العبد المحتاج إليهما و ثيابه اللائقه بحاله و ثياب عياله الواجبى النفقه عليه و قوت يومه و ليلته و كذا قوت عياله الواجبى النفقه عليه أو ما كانوا كالواجبين و هو ما يخشى من ترك الإنفاق من حدوث ما يسوء و يلحق بقوت يومه و ليلته ما يحتاج القوت إليه من آنيه و قدور و حطب و ماء للأخبار الداله على تخليه سبيله مطلقاً من دون بيان لأمر آخر و قوله عز و جل: (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ) (البقره: من الآيه ٢٨٠) بناءً على ان المعسر من لا- مال له و إن كان قادراً بالقوه على المال أمّا باكتساب أو بحرفه أو بصنعه حتى لو كان غنياً بها بحيث يدفع زكاه الفطره و الخمس و لا يأخذ الزكاه فلا منافاه بين المعسر و الغنى لأن المعسر من لا يملك المال بالفعل و ذهب الشيخ إلى ان المعسر يسلم إلى الغرماء ليؤجروه أو يستعملوه لروايه السكونى و هي ضعيفه مخالفه للقواعد و دعوى ان وفاء الدين واجب مطلقاً فيجب من باب المقدمه و فآؤه و لو بالكسب و لو ببذل منافعه لأن منافع الحر مال مردود بمنع ان وفاء الدين واجب مطلق بل هو مشروط بوجود المال فلا يجب التكسب له و لا ببذل البضع من الزوجه لوفاء الدين و لا قبول الهبه و لا الاصطياد و الاحتشاش و الدليل عليه الآيه و الروايه الداله على تخليه السبيل و يمنع ان منافع الحر مال عرفاً فلا تدخل فى اسم مالك المال على انه لو وجب الوفاء لكان واجباً عليه التكسب و الوفاء و يجبره الحاكم على ذلك لأنه يدفع إلى الغرماء ليستعملوه أو يؤجره و ذهب ابن حمزه إلى ان صاحب

الحرفه و الصنعه يدفع إلى الغرماء لأنه غنى بصنعته و حرفته فيستعملوه أو يؤجروه و هو ضعيف لعدم الدليل عليه نعم غايته ما يقال ان صاحب الصنعه غنى فيجب عليه وفاء الدين لأن مطل الغنى ظلم و وفاء الدين واجب مطلقاً و هذا غير ما ذهب إليه على إنا قلنا ان الغنى لا ينافى الإعسار فيراد بالغنى فى الروايه غير هذا و هو من كان عنده مال أو يقال انه يجب عليه الوفاء لأنه قادر و غنى و لكن لا تجوز مطالبته و لا يباح استعماله و مؤجرته و لا منافاه بين عدم جواز مطالبته و بين وجوب الوفاء عليه و لكن كان ظاهر الأصحاب الملازمه فتأمل.

فصل إنكار المدعى عليه

إذا أنكر المدعى عليه كان للحاكم أن يقول للمدعى: إذا أردت إثبات حقك فأب بينه و يعرفه إذا كان جاهلاً بأن عليه البيئه و ليس له إلزامه بإتيان البيئه لأن الحق يعود إليه و للحاكم ان يسكت إلا إذا أدى سكوته إلى الإضرار بالمنكر لطول حضوره و جلوسه فيقول له: أما ان تاذن له بالقيام أو تأتي بالبيئه و لو أصر المدعى على السكوت مع الإضرار سقط حقه فى هذا المجلس بل لو عاود إلى ذلك ضرراً يلزم فيها الإضرار على المدعى عليه بحيث يحضره مراراً ثم يؤخر دعواه سقط حقه من الدعوى لظهور قصد الإضرار منه و الاستهزاء فلا يسمعه الحاكم بعد ذلك فإن لم توجد عند المدعى بينه أو وجدت و اعرض عنها أو نسيها أو جهلها و لم يتمكن من شاهد و يمين فى مقام يصح ذلك عرفه ان لك اليمين عليه فإذا طلب اليمين أجابه الحاكم و أمر به المنكر لزوماً لأن اليمين على من أنكر و ليس للحاكم ان يستبد به بمعنى ان لا يؤثر فى قطع الخصومه حتى يسأله المدعى و يأذن له لأن الحق له فلعله أراد تأخير يمينه لمصلحه تعود إليه كما انه ليس للمدعى تحليفه من دون إذن الحاكم بل من دون حضوره مع الإمكان لانصراف الأخبار المطلقة و لو بضميمه فتوى الأصحاب الأمره باليمين إلى اليمين المأذون بها من الحاكم بل إليها مع حضورهما أمكن حضور المدعى عليه عنده لعدم مرض أو عدم تقيه أو حياء و بالجمله فلا تؤثر فى رفع الخصومه لو صدرت اليمين تبرعاً من المدعى عليه أو صدرت بإذن المدعى فقط أو صدرت بإذن المدعى و الحاكم من

دون حضوره مع الإمكان على كلام في الأخير فإذا حلف المنكر على الميت لا على نفى العلم في مقامه برأ ظاهرًا و سقطت عنه الدعوى عند الحاكم المحلوف عنده و عند غيره و لا يجوز للمدعى تجديدها و سقطت مقاصته مطلقاً سواء كانت الدعوى على عين أو منفعة أو دين نعم لو تمكن من اخذ العين نفسها فالأظهر جواز أخذها منه من غير دعوى منه بها و لا إثبات للنهي عن الدعوى بعد اليمين مطلقاً و في الأخبار ما يشعر بعدم جواز اخذ العين المدعى بها نفسها و لكنه مخالف للضوابط و القواعد و لا يسقط ما في ذمته واقعاً للاستصحاب و ظاهر كلام الأصحاب فيجوز إبرأؤه و يجوز احتسابه عليه زكاة أو خمساً و يجوز ضمانه عنه و في جواز بيعه عليه أو على غيره فيطالب بثمنه أو الصلح عليه له أو لغيره أو جعله عوضاً لأحد العقود من إجاره أو مهر وجه أقوى و لو أقر المنكر بعد اليمين بالحق للمدعى و جاء بالمال جاز الأخذ منه للرواية المعتبرة و كذا لو أقر له و لم يأت لعدم الظاهر القول بالفصل و لظاهر اتفاقهم على أبطال الإقرار حق اليمين مطلقاً أتى بالمال أما لو أقر عند غير المدعى فعلم بإقراره المدعى أو قامت عنده بينه فالأظهر انه كذلك و لكن على إشكال و لو ادعاه المدعى بعد الحلف انه أقر بالحق سمع الحاكم دعواه على الأظهر لأنها ليست دعوى على اصل المعنى و يحتمل عدم سماعها لإطلاق صحيحه بن يعفور انه لا تسمع دعواه و لو أتى بخمسين قسامه خرج من ذلك ما إذا سمع المدعى إقراره بالنسبة إلى المقاصه فقط و أما إذا سمع الحاكم إقراره ثم تداعيا بعد ذلك عنده في صحه الإقرار و فساده أو نحو ذلك و لا فرق في عدم سماع دعواه و عدم قبوله بينته بعد تحليف المنكر بين ما كانت عنده بينه فاعرض عنها و طلب اليمين المنكر و بين ما كانت عنده بينه فجعلها أو نسيها فأحلفه و بين ما اشترط المنكر سقوط الحق أو سقوط البينه بيمينه و بين عدم ذلك كله تمسكاً بإطلاق الفتوى و النصوص الداله على انه ذهب اليمين بما فيها مطلقاً و في بعض و مقيداً بأنه و لو أتى بينته في آخر خلافاً للشيخ فتسمع البينه مطلقاً في بعض فتاويه أو تسمع مع الجهل بها أو نسيانها في بعض آخر و قواه جمله من الأصحاب و خلافاً لما عن المفيد و ابن حمزه و القاضي حيث ذهبوا إلى سماعها ما لم يشترط الحالف سقوط حق الدعوى بيمينه

و على كل حال فذهاب اليمين بما فيها حكم مخالف للقواعد فيقتصر فيه على يمين الحاكم دون اليمين المصالح بها على إسقاط دعوى المدعى فإن المدعى لو علم بكذبه جاز له عند عثوره على بينه مطالبته و تجوز له مطلقاً مقاصه و دون اليمين الصادره على نفي العلم و دون اليمين المردوده لو اقسام بها المدعى كاذباً فاخذ المال ظلماً فانه لا يبعد جواز مقاصته لو علم بطلان يمينه و دون اليمين المنضمه مع الشاهد و يجوز للمدعى بعد يمين المنكر ان يقيم بينه على مجرد شغل ذمته لا مؤمن الأمور و إن لم تسمع على نحو يترتب عليها اثر البينه من اخذ المال بها و جواز المقاصه و جبره على الأداء و نحو ذلك و لو وجه الحاكم اليمين على المنكر فادعى ان المدعى حلفه سمعت دعواه و توجهت اليمين على المدعى قبل يمينه فلو ادعى المدعى انه حلفنى على انى ما ما حلفه توجهت اليمين على المنكر و لو عرف الحاكم تسلسل هذه الدعوى طرحها و أبطلها و لم يسمعها و لو حلف المنكر على نفي العلم لم تذهب بما فيها للشاك فى شمول الأدله الداله فيجوز للمدعى إقامه البينه بعد ذلك اصل للمنكر ان يرد اليمين على المدعى و لو لم يعرف عرفه الحاكم لزوماً فى وجه قوى و لو عرف المدعى ذلك دون المنكر لم يلزم المدعى تعريفه و إذا رده عليه فحلف ثبت حقه و يلزم ان يكون حلفه عند الحاكم و ان يكون بإذنه و اذن المنكر و يكفى فى اذن المنكر نفس الرد و إن لم يحلف سقط فى ذلك المجلس و المقام حقه من الدعوى و المطالبه عند الحاكم و لا تسمع بينته و لو كانت حاضره فاعرض عنها و ليس له ان يلزم المنكر بعد يمين لو جدد الدعوى و لا ان يحلف يميناً كل ذلك للأخبار المعتمره الداله على ان المدعى إذا لم يحلف لا حق له نعم لا تسقط مقاصته للمنكر واخذ عينه منه اقتصار على المورد اليقين من الروايه و الفتوى و الروايه و إن كانت عامه و لكن لا ينكر ظهورها فى نفي حق الدعوى و توابعها و يعين الحمل على هذا الظاهر فهم الفقهاء ذلك على الظاهر و كذا لا تسقط جواز مطالبته بالحق عند غير الحاكم أو بينه و بينه فى وجه قوى و هل يسقط حقه فى كل مجلس دائم إلى أن يموت؟ الظاهر ذلك لإطلاق الأخبار و الظاهر من المشهور ذلك أيضاً و هل يسرى حكمه لوارثه وجه قوى لا بأس به و لو امتنع لعذر مانع عن اليمين بقى حقه و لو امتنع لعذر

تعود مصلحته إليه كما إذا ادعى تذكر البينه أو النظر في الحساب أو سؤال الفقهاء أو نحو ذلك ففي سقوط حقه و عدمه وجهان و لا يبعد عدم السقوط لانصراف أدله السقوط لغير هذا الغرض و لزوم الضرر و الضرر لأن الظاهر من الامتناع هو ما كان لغير عذر و هل يتقدر إمهاله بعقد أم لا وجهان من لزوم ضرر نقل الدعوى على المنكر و من عموم الأخبار خرج المقطوع به من سماع عذره فيبقى الباقي و من أصاله عدم لزوم التقدير عليه و ان الحق له بخلاف يمين المنكر فإن الحق عليه و الأوجه ان يتقدر بقدر زمان يسع تأديه ما اعتذر به عرفاً و لا يفتقر سقوط حق المدعى بعد نكوله عن اليمين المردوده إلى حكم الحاكم.

خامسها: سقوط رد اليمين على الوصى و الولي و الاجباري و الحاكم الشرعي

و المدعى حسبه للشك في شمول أدله الرد لهم و عدم انصرافها إلا بمالك الحق و يعنى على ذلك فهم الفقهاء و عملهم فلو ادعى الوصى على شخص ديناً أو على الوارث ان الميت أوصى بخمس أو زكاه أو صدقه للفقراء أو المدعى الولي عن المولى عليه مالاً أو ادعى الحاكم الشرعي ميراثاً لمن لا وراث له أو ادعى خمساً أو زكاه أو حقاً مما يعود للحاكم أو ادعى أحد عدول المؤمنين زكاه أو حقاً لهم إلى غير ذلك لم يكن للمنكر رد اليمين بل لا بد من إلزام المدعى باليمين أو دفع الحق بل للحاكم ان يحبسه على الأظهر و الحبس و ان كان عقوبه و لكنه جاز لمكان المماطلة عن الحق و قد يقال ان سقوط اليمين عن الوصى رخصه لا- عزيمه بمعنى انه لا- يلزم به و لا- يسقط بنكوله عنه و إلا- فلو رضى باليمين جاز للمنكر رده و جرى عليه اليمين المردوده؟؟؟ ولايته فيمينه يمين المولى عليه و عموم ما دل على رد اليمين على المدعى من غير تفصيل و استثناء و كذا لو كان المدعى و كيلا و لو طلب المنكر نفس الموكل ليرد عليه الزم بالحضور للرد مع احتمال سقوط الرد مع غيبه الموكل فيلزم المنكر بالحلف أو التأديه و أما المنكر فلا بد من حضوره لو توجه عليه اليمين إلا ان يوكل على الرد عند توجه اليمين عليه من المدعى فيسقط لزوم حضوره فلو كان للمدعى و للمنكر كذلك فطلب و كيل المدعى اليمين من موكل المنكر الزم إحضاره أو يرد و كيل المنكر على المدعى اليمين فيلزم

إحضاره أو تسقط هذه الدعوى بين الوكيلين إذا لم يحضر المدعى و من لزوم إحضاره وجه و يسقط الرد مع دعوى و لو كان المدعى متهماً و المنكر لا يعلم سقطت الدعوى إلا إذا قلنا بكفايه الحلف على نفى العلم أو قلنا بأخذ الحق ما لم يحلف المنكر على الجزم و هل يجوز للوصى و الولي و الحاكم الشرعى ان يرد اليمين على المدعى بمال على الميت أو على المولى عليه فيدفعه إليه الظاهر لا الشك في شمول أدله الرد لمثل ذلك و للاحتياط فى مال الغير نعم لو رأى المصلحة جاز له ذلك لعموم الولاية فى وجه قوى نعم يلزم الوصى الحلف على نفى العلم إذا لم يكن للمدعى بينه أو يؤخر المدعى دعواه إلى بلوغ الطفل و أفاقه المجنون و كذا المدعى على الوصى إذا لم يحلف الوصى فانه له تأخير الدعوى إلى بلوغ اليتيم فيرد عليه اليتيم و لا يوقف المال فى هذه المقامات إلى بلوغ الطفل للزوم الضرر و الضرر و هل اليمين المردودة بمنزله الإقرار لرضاء المنكر بها و صدور اسبابها باختياره و لإشعار امتناعه من الحلف ان الحق ثابت عليه أو بمنزله البينة للمدعى فى حق المدعى لأن الأصل فى حجه المدعى وجوه أو جهها الأخير لعدم دليل على عموم المنزلة لأحد من القسمين فعلى ما ذكرنا لا يفتقر ثبوت الحق بعد اليمين إلا حكم الحاكم لا- لكونه بمنزلة الإقرار بل لعموم الأدلة الدالة على الثبوت من غير بيان توافقه على أمر آخر و يحتمل قوياً التوقع لأصالة عدم ثبوت الحق بحيث تنقطع الدعوى و الخصومه إلا- بحكم الحاكم و يكون إطلاق الأخبار كإطلاق أخبار البينة و نحوها فى توقفها على حكم الحاكم و يحتمل ان حكم اليمين المردودة حكم يمين المنكول يقتصر معها إلى حكم الحاكم و كذا الحال فيما إذا حلف المدعى على ثبوت الحق ثم بعد يمينه أقام المنكر بينته لعموم دليلها و على جعلها بمنزلة الإقرار لا تسمع لتكذيب بينته بإقراره و على جعلها بمنزلة البينة يكون من تعارض البينتين نعم لو قلنا ان اليمين المردودة بمنزلة يمين المنكر تذهب بما فيها لم تسمع بينه المنكر و لا دعواه بعد ذلك و لا مقاصه المدعى لو كان كاذباً بما أخذه بدعواه و لكن القول بذلك لا- دليل عليه سوى بعض العمومات كمن حلف لكم فصدقوها و من حلف بالله فليرض و هى ضعيفه السند و الدلالة و غيرها من الأخبار ظاهره فى خصوص يمين المنكر أمّا لو كانت

الدعوى بأصل القرض فنفاه المنكر فطلب منه اليمين فرد اليمين عليه فحلف فادعى بعد ذلك بالإيصال سمعت دعواه و بيته قطعاً لأنها دعوى جديدة و لو ادعى أحد على عبد دعوى مال أو قصاص فرد العبد اليمين على المدعى لم يثبت على العبد شىء لأنه يعود على غيره و لم يثبت ان اليمين المردودة ثبت حقاً متعلقاً بعين الراد نفسه و المفروض لغيره حق فيه و دعوى انها كالبينه؟؟؟ غير ثابتة و أولى لو كان بمنزله الإقرار نعم قد ثبت المال فى ذمته بعد العتق لا حين كونه مملوكاً و كذا لو ادعى أحد على السيد قصاصاً على العبد فيرى؟؟؟ فرد السيد اليمين على المدعى فإن العبد لا يقتص منه للشك فى ثبوت القصاص عليه برد يمين السيد على مدعيه و امر الدماء عظيم نعم يثبت المال فى رقبه السيد لأن العبد مال فأزداد اليمين على المدعى فى جنايه استقر العبد لأن اليمين حجه على مال الراد و العبد من ماله و إذا كانت الدعوى تعلق بذمه العبد بعد العتق بعد حلف المدعى اليمين المردودة تذهب بما فيها كيمين المنكر الأوجه خلافه و هل للمنكر بعد الرد أن يعود؟ الظاهر ذلك تفويض لا إسقاط و هو أحد فردى الواجب المخير فيه فيجوز العدول عن أحد إلى الآخر قبل فعله و هل نكول المدعى عن اليمين مع الشاهد بمنزله نكوله عن اليمن المردودة وجه و الأوجه خلافه للأصل و عموم الأدله و الدليل الدال على سقوط الحق بالنكول هو ما إذا كان النكول عن اليمين المردودة دون كل يمين على المدعى خلافاً لما نقل عن الشيخ رحمه الله فى المبسوط و على القول بأن اليمين المردودة بمنزله البينه يراد منها البينه فى حق المدعى لا مطلقاً فلو رد الشريك على مدعيه اليمين فحلف على الشركه لم يثبت على جميع الشركاء و كذا لو ادعى اخوه شخص ليرث معه فرد عليه اليمين لم تثبت اخوته مطلقاً لجميع اخوته و كذا لو رجع المنكر على رده قبل حلف المدعى عليه فالأقرب جوازه إلا إذا رد إلى التسلسل فيمنعه من الرجوع.

سادسها: لو امتنع المنكر عن اليمين عن ردها اعتباراً لا عن عذر

و لو امتنع عن عذر معلوم كتأمل فى حساب و نحوه منه المدعى و اراد الميت على الميت الحلف أمهل على الأظهر خلافاً لكثير من الاطلاقات ما لم يلزم ضرر على المدعى و أحل إمهاله

و لم يعتبر امتناعه قطعاً و هل الجهل بحكم المنكول عذر فلو ادعى الجهل سمع وجه لا بأس به و لكن يحكم عليه بالحق بمجرد النكول و لا- يحتاج معه إلى أمر آخر بمعنى يقول له: حلفت أو رددت و إلا جعلتك ناكلاً و حكمت عليك بالحق ثلاثاً أو اثنين أو واحده و لا- يجب التكرار نعم يندب للاستظهار و هل يجب قولها مره أم يكفى انه لو امتنع حكم عليه بالنكول؟ ظاهر بعض العبارات الوجوب سيما لو كان جاهلاً بأن الممتنع يحكم عليه بالنكول ربما يدعى ان الجهل عذر أو يحكم عليه بالحق بعد رد اليمين من الحاكم على المدعى فيحلف المدعى فيثبت له الحق بيمينه فلو لم يحلف سقط حقه لأنها بمنزلة اليمين المردوده أو لا يسقط حقه بالامتناع اقتصاراً في محل السقوط على المورد اليقيني و هو اليمين المردوده من المدعى نفسه وجهان على هذا القول و هل له بعد رد الحاكم اليمين ان يرجع المنكر على يمينه وجهان العدم لحكم الحاكم بالنكول و جعل الحق و تحويل حق اليمين منه إلى المدعى فلا يعود و من الشك من كونه حكماً لأن جعله ناكلاً أعم من الحكم عليه برفع الحق عنه من اليمين و لا يبعد الأخير إلا إذا تعدد بعد ذلك فانه لا شك بسقوطه من الرجوع بيمينه و لو لم يمكن رد اليمين على المدعى على هذا القول فدعواه التهمه أو كونه وصياً أو أمكن و لكن لا- يلزم به على وجه فالظاهر انه يلزم بالحق بمجرد النكول لأن الرد كان احتياطاً فحيث لا يمكن سقط عن المدعى و بامتناع المنكر عن اليمين يثبت الحق هنا لأن اليمين على من أنكر في رفع الحق عنه و حيث لم يحلف لم يرتفع الحق عنه فيؤديه و هل للمنكر الرجوع بعد نكوله إلى يمين النفي؟ الظاهر ان له ذلك ما لم يحلف المدعى سواء كان الحاكم بثبوت الحق بعد يمينه إلى حكم الحاكم وجهان على ما تقدم و الأوجه هنا ان يمين المنكر اقرب من البينه من الإقرار و الأقرب التوقف و كذا ليس الرجوع إلى يمينه إذا حكم الحاكم عليه بالحق بعد نكوله و أما بعد امتناعه فسقط أو بعد حكم الحاكم بنفس النكول أو بعد رد اليمين قبل حلف المدعى لو قلنا بثبوت توقف الحكم عليها فالأوجه جواز رجوعه و إن كان الحكم بجواز الرجوع بعد حكم الحاكم بنفس النكول أو بعد رد اليمين لا- يخلو من إشكال و يظهر من كثير من الفقهاء انه يسقط حق رجوعه بمجرد حكم الحاكم عليه بالنكول

تنزيلاً له منزله الحكم بالحق سيما لو قال للمنكر: احلف فكأنه انتزعه منه إلى غيره بل ربما يظهر من قوله: جعلتك ناكلاً يعنى حكمت عليك بسقوط حق اليمين و انتزعتك منك لامتناعك عنه فتأمل.

استدل القائلون بجواز الحكم عليه بالحق بمجرد النكول بأصالة عدم لزوم رد الحاكم و أصالة براءة ذمه الحاكم من الرد و أصالة براءة ذمه المدعى من لزوم اليمين و أصالة عدم كونها حجة للمدعى و أصالة عدم كون النكول عنها مبطل للحق و أصالة عدم توجه اليمين على غير المنكر و أصالة عدم صحه تولى الحاكم الرد بعد كونه من وظائف المنكر و بقوله عليه السلام: البينه على المدعى و اليمين على المنكر حيث حصر البيئه فى المدعى فلا- تلزم على المنكر و حصر اليمين على المنكر فعند نكوله يلزم بالحق لأن اليمين عليه و حيث لا- يمين على المدعى و كان اليمن على المنكر فعند نكوله يلزم بالحق لأن اليمن عليه فى دفع الحق فمن لم يحلف ثبت الحق عليه لأن دفعه موقوف على اليمين كما ان إثبات الحق موقوف على البيئه بالنسبه إلى المدعى و إلزام المدعى بالبيئه على سبيل الوجوب الشرطى فى ثبوت حقه و إلزام المنكر باليمين على جهه الوجوب الشرطى فى رفع الحق عنه و هل يجب على المنكر اليمين وجوباً شرعياً تخييرياً بينه و بين الرد فإن لم يفعل أحدهما عصى وجه لا يبعد من سياق الروايه و لكن ظاهر الأصحاب عدم الوجوب الشرعى و عدم جواز عقوبته و حبسه نعم لو ترك الجواب و عدم جوازها على ترك اليمين و النكول نعم يجب عليه مخيراً بين دفع الحق و بين اليمين عليه و يجوز حبسه على ذلك و قد يحتمل هنا أيضاً جواز القضاء بالنكول من دون حبسه و إلزامه باليمين لأن الحبس عقوبه لا يثبت موجبها و احتمال سقوط الدعوى هنا احتمال بعيد و بروايه الأخرس عن على حيث كتب له اليمين و أمره بشربها فامتنع فألزمه الدين الظاهر فى ترتب إلزامه الدين على الامتناع و تعقيبه له لمكان إلقاء و هو ينافى تخلل اليمين على انه لو كان هناك يميناً لنقل و لا يجوز عدم بيانه للزوم تأخير البيان عن وقت الحاجه و الرد عليه ان التقدير لازم فى الخبر لأن مجرد الامتناع عن اليمين لا- يثبت الحق إلا- بالامتناع عن الرد إلى المدعى أيضاً فحين لا بد من التقدير و تقدير هذا

ليس بأولى من تقدير الرد على المدعى بمعنى فامتنع فرد اليمين فألزمه الحق و ان البيان متأخر عن وقت الخطاب لا عن وقت الحاجة لأن الحاجة إلى كفيه بيان حلف الآخر لا بيان حكم امتناعه و ان الرواية حكاية حال فلا عموم فيها و ان ما اشتملت عليه الرواية من طريق حلف الأخرس لا يقول به الأصحاب فيضعف الاستناد إليها و ان مضمونها مخالف لما اطبق عليه الجمهور من نسبة رد اليمين إلى على عليه السلام ضعيف لظهور الامتناع في الامتناع عن اليمين وردها بل كان الامتناع عن ردها مفروغاً منه و إلا- لم يحتج إلى تحمل مئونه كتابه اليمين و غسلها و أمره بشربها و كان يكفي دون ذلك من البيان و التغليظ و لمنع القول بالفصل بين الأخرس و غيره و كونها حكاية حال لا تنافي لزوم التأسى و لأن ورودها مورد بيان الكيفية في اليمين ظاهر في إرادته كفيه اليمين المترتب عليه أداء الحق بقريته ترتبه عليه على ان تأخير البيان عن وقت الحاجة و الخطاب كلاهما ممنوع و لمنع كونه عن الكيفية التي عند الفقهاء من تحليف الأخرس بل هو فرد منه عند إرادته التغليظ و لمنع الاعتماد على روايه الجمهور خلافاً عن على عليه السلام بعد ورود الرواية الصحيحة فيه و بروايه الأخرس المعتبره في الرجل يدعى الرجل و لا بينه له قال: يمين المدعى عليه فإن حلف فلا حق له و إن لم يحلف فعليه و ليس من طريقها سوى ياسين و هو من أهل الأصول و الرد عليه بوجود نسخه أخرى من الفقيه بدل محل الشاهد و ان يرد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له ضعيف لأن تعدد النسخه كتعدد الروايه حجه من المقامين و بان الضمير عليه محل لاحتمال عوده إلى المدعى و خبره اليمين و احتمال عوده إلى المنكر و مبتدئه غير الحق بل بقاء الدعوه و شبهها و منه بقاء اليمين المردوده لإثبات حق المدعى و هو بعيد لأن الاحتمال لا ينافي الظاهر و بان في ذيل الروايه ما يؤذن بلزوم رد الحاكم اليمين لقوله: و لو كان المدعى عليه حياً ألزم باليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه بصيغه المجهول و العدول عن المعلوم إليها أماره على ان الراد ليس خاص بالمنكر و ليس غيره إلا الحاكم و فيه المنع من ثبوت صيغه المجهول و ليس بمسلم فالمنع خاص من انحصار الفائده فيما ذكر و بان مضمونها موافق لفتوى العامه فيضعف بها الاستدلال و فيه انه موافق للحنفية مخالف

للشافعي وغيره وقعاً واستدل الموجبون لرد اليمين من الحاكم بأصالة عدم نفوذ الحكم بدونه وبالاحتياط و بان الحاكم ولى الممتنع و قد امتنع المنكر من الحق الذى عليه فيتولاه الحاكم و بالاجماع المنقول و بفتوى مشهور المتأخرين و بان هذا القول موافق لفتوى الشافعي و هو موافق لمذهب الإماميه غالباً و بان العامه نسبوا هذا القول لعلی و من البعيد كذبهم و تخطئتهم و بقوله: يمين المطلوب أولى من طالب الحق و فى الجميع نظر لانقطاع الأصل بالدليل و معارضه الاحتياط بالاحتياط فيما لو نكل المدعى عن اليمين فانه يذهب حقه و بان ولايه الحاكم يكفى فيها الحكم بالنكول عند الامتناع عن اليمين و رده لأن مشروعيه اليمين لرفع الحق عنه و لضعف الإجماع المنقول بمصير الكثير من الفحول إلى خلافه و فتوى المشهور غير حجه فى معارضه الروايات المتقدمه و قول العامه لا- اعتماد عليه و كذا الموافقه لفتوى الشافعي و الروايات ضعيفه و منها حكاية حال لا تفيد العموم فى المقام و يمين المطلق لا- شك أولى ان أريد به اللزوم و أولى أيضا ان أريد به النذب بالنسبه إلى الرد و الحق ان الأدله من الجانبين لا- تخلو من وهن سيما أدله القول الأ-خير مما يخرج عن مواضع النزاع هو ما إذا لم يكن المنكر الرد و لا الحاكم لعدم كون المدعى مالكاً إذا كان دعوى تهمه أو كان وصياً و شبهه فإن الظاهر هنا الحكم بمجرد النكول أو حبس المنكر فأما أن يحلف أو يؤدى و كون الحبس عقوبه لا بأس به عند استحقاقها و احتمال سقوط الدعوى ضعيف و إطلاق روايه الأخرس و غيرها تدل على ان النكول بمجرد الامتناع من اليمين و ليس فيها ان يقول الحاكم حلفت و إلا جعلتك ناكلاً فوجب الواحده لا دليل عليه بل قد يقال ان تحليف الوصى و الولي للمنكر إذا هم المنكر بالحلف لا مصلحه فيه فلعل الطفل يبلغ و يصل إلى حقه بيمين مردوده أو بينه أو نكول نعم إلا- إذا قلنا ان اليمين هنا لا- تذهب بما فيها لأن المتيقن من ذلك ما إذا رضى المالك بيمينه لا غيره من ولى أو وصى جاز اليمين هلمما و قد يخرج عن مسأله ما إذا كان المدعى عليه ولياً أو وصياً أو شبههما فانه يلزم على الحلف على نفى العلم و لا- يجوز له رد اليمين على المدعى و لا- للحاكم مع نكوله لعدم الغبطه بمال الطفل فلو فرضنا انه أمر على نكوله لزم الحاكم تحليف المدعى احتياطاً

و تسليمه ما ادعى به و يبقى الطفل على حجته بعد بلوغه فإن أنكر و حلف على الجزم من اخذ ماله من الوصى لتفريطه أو من المدعى لمباشرته كما يمضى فعل الوكيل عن الغائب فى رد اليمين أو فى ثبوت الحق بالبينه مع يمين الاستظهار أو بدونه و يحتمل مضى فعل الولى على المولى عليه و ليس له تجديد الدعوى و يحتمل الفرق بين الولى الإجبارى فيمضى عليه فعله و بين غيره فيضمن لتفريطه برد اليمين على المدعى أو نكوله عن الحلف على نفى العلم و قد يستدل على الحكم بمجرد النكول ما جاء فى مفاهيم أخبار المنكر مثل من حلف له فليرض و من حلف فصدقوه فمفهوم لا- تصدقوه و لا- ترضوه و مفهوم ذهبت اليمين بما فيها و ذهبت بحق المدعى انه إذا لم يكن بيمين فلا تذهب بل يبقى الحق و مفهوم ان المدعى فى اليمين المردوده إذا نكل سقط حقه فهذا يثبت الحق عليه و لأن صحه دعوى المسلم لا ينقضها كما هو المفهوم من الأخبار إلا اليمين و لا يكفى فيها مجرد الإنكار فالقول بالحكم بمجرد النكول أقوى.

سابعها: قوله عليه السلام: البينه على المدعى و اليمين على من أنكر مقتضى بحسب منطوق الأولى ان البينه تختص بالمدعى

و بحسب مفهوم الثانيه حيث حصر اليمين فى رفع الحق على المنكر باليمين ان المدعى مقصور على البينه ليس له فى اليمين نصيب و كذا حصر اليمين بالمنكر من منطوق الثانيه و مفهوم الأولى و كان بمقتضى الروايه ان الفقرتين بينهما عموم من وجه لاقتضاء الأولى ان البينه مثبتة للحق سواء جامعها يمين المنكر أم لا و اقتضاء الثانيه ان اليمين رافعه لدعوى المدعى سواء جامعتها بينه المدعى أم لا- و هى فيما لو لم تكن بينه و أبقى الأولى لقوه البينه و أبقى الأولى على حالها و من ذلك يفهم ان المدعى يثبت حقه فيما لو امتنع المنكر عن اليمين لتوقف ارتفاع الحق عن المنكر على اليمين فإن لم يحلف يلزمه بالحق و لا- ينافيه ما ذكرناه من حصر المدعى على البينه لأن ذلك حصر بالنسبه إلى اليمين لا بالنسبه إلى كل مثبت بأخذ المدعى به حقه و ما ظهر من بعض الأخبار من الأمر بانضمام اليمين إلى البينه محموله على الندب عقد استرايه الحاكم من أحد الشاهدين أو على التقيه أو شبهها.

ثامنها: إذا قامت البينه العادله عند الحاكم توقف عن الحكم إلى ان يسأله المدعى

مع احتمال انه لا- يتوقف أمّا لشاهد حال المدعى بالاذن أو لأن الحكم من وظائف ما لم يعرض المدعى عن دعواه أو يقول للحاكم اترك الحكمه و هل يجوز للحاكم الحكم قبل قوله للمنكر: أ عندك جرح الظاهر ذلك سواء علم المنكر بأن له الجرح أم لم يعلم و لا يجب عليه تعليمه و إن كان الاحوط ذلك و إذا قال المنكر عند جرح حاضر أمهله إلى ثلاثه أيام و لا دليل عليه سوى كلام الفقهاء و يحتمل إمهاله إلى قد التمكن من الإتيان به و إلا فيكون مماتلاً و إن قال الجارح غائب في مسافه بعيده احتمل لزوم إمهاله و يقف عن الحكم إلى مده يمكن إحضاره فيها و يحتمل جواز الحكم بل لزومه من الحاكم فإذا جاء الجارح بعد مده انتقض الحكم و سماع بينه الجرح و يحتمل نفوذ الحكم و عدم سماعها بعد ذلك و ان قال المنكر: أمهلنى انظر لعل لى جارحاً فالأظهر ان له إمهاله لكن لا يزيد على ثلاثه أيام كما هو فتوى الفقهاء و يحتمل عدم إمهاله فى هذه الصوره مطلقاً بل يحكم عليه و هل ينتقض الحكم لو أتى بالجارح بعد ذلك وجه وجيه.

تاسعها: لو ادعى مدعى على ميت ديناً و كان أصيلاً فى دعواه لزمه مع البينه يميناً

للاستظهار على بقاء الحق فى ذمه الميت إلى الموت أو إلى حين المطالبه فى وجه قوى و ان حقه لعله ما أبراه و لا- وفاه و لا قاصه و ما ضاهى تلك المعانى للأخبار المعبره و الإجماع المنقول و الشهره البالغه حد الإجماع و لكن المتيقن من الأدله هو ما إذا كان المدعى أصيلاً عن نفسه فلو كان ولياً أو وصياً بحيث يتوجه عليه اليمين أو لا يمكنه كدعوى التهمه احتمل هنا تحليفه على نفى العلم بالإبراء و الوفاء تكليف الوصى و الولى الحلف على الجزم للبينه المثبتة للأصل و الاستصحاب فيؤدى بالجزم الشرعى و كذا الأولين إذا لم يجزموا يحتمل سقوط الدعوى لأن اليمين جزء منها أو شرط فيها فابتناؤه ينتفى المدعى به و يحتمل و هو الأقوى سماع بينته من دون يمين لعموم حجه البينه و اشتراط اليمين منصرف إلى المدعى جزماً لنفسه و أما المدعى لغيره فلا يمين عليه فيبقى دليل سماع البينه خالى من المعارض و كذا المتيقن من الأدله أيضاً لزوم اليمين

على بقاء الحق لا- على اصل الدين الذين قامت البيئه و هل بقاءه إلى الموت أو إلى حين المطالبه؟ ظاهر الروايات الأول لظاهر التعليل فيها بعدم لسان له يدعى فيه و فيها ما يظهر منها إلى حين المطالبه لقوله فيها و يحلف ان حقه لعله و ظاهره إلى حين المطالبه و هو الأقرب و الاحوط و يظهر من ذلك انه لو علم الوصى ببقاء الدين إلى حين الموت فهل يلزم المدعى باليمين على عدم الاستيفاء و الإبراء بعده أم لا-؟ و الظاهر لزوم ذلك مع احتمال عدم تكليف المدعى هنا باليمين لمكان الاستصحاب و المتيقن من اليمين انضمام الحاليه لا إلى الأمر المعلوم عند الوارث أو الوصى بل قد يدعى انه مع العلم الوارث أو الوصى بالدين ابتداءات يلزمها الوفاء للاستصحاب و لا حاجه إلى ضم اليمين لورودها فيمن أقام بينته و الأوجه انه لو علم الوصى بالدين شهد للمدعى و ضم المدعى يمين و الأقرب انه لا يجوز له الدفع من دون ذلك إلا إذا علم بقاء الحق إلى حين المطالبه و قد يقال ان البيئه لو قامت بالدين و بقاءه إلى حين المطالبه سقط اليمين لأنها أقوى منه فى الإثبات بل قد يقال على الوجه المتقدم انه لو قامت البيئه على بقاء الدين إلى الموت سقط اليمين و هل يلزم فى يمين الاستظهار تأخره عن البيئه أو لا يشترك تقدم البيئه وجهان أوجهها الأول و هل يسرى يمين الاستظهار لدعوى العين أو يختص بالدين أو يسوى ان كانت العين مضمونه عليه فقط وجوه أوجهها الأخير و هل يسرى يمين الاستظهار فى الدعوى على الطفل أو المجنون أو الغائب مطلقاً أو لا يسرى مطلقاً أو يسرى إذا لم يحضر الولي أو وكيل الغائب و لا يسرى إذا حضر الولي أو الوكيل لقيامهما مقام المولى عليه فى الروايه بل احتمال انه لو كان لهما لسان لادعياه بالبراءه أو الاستيفاء أو المقاصد و لأن الدعوى مسموعه يتوجه عليه اليمين فيها و لو دعوى تهمه بل قد يقال ان اصل فائده يمين الاستظهار هو لقطع دعوى الوفاء و الإبراء من المدعى عليه لو كان حياً ضروره ان المدعى للدين لو أثبتة جاز لمن ثبت عليه دعوى الوفاء و الإبراء فيتوجه اليمين حينئذ على المدعى و ينقلب المدعى و المنكر مدعياً أمأ لو كانت الدعوى حقاً كحق خيار و نحوه فالظاهر شمول الدوام له لو كانت عيناً فإن شهدت بالملك المطلق انه تسمع ما لم يشهد إلى الآن لمعارضتها باليد اللاحقه و ان

شهدت بأصل السبب و قلنا بالاكْتفاء بتلك الشهاده و ان الشهاده بالسبب ليست كالشهادة بالملك المطلق افتقر إلى ضم اليمين لسريان العله باعتبار احتمال الرد إليه أو تملك الميت لها و إن قلنا لا بد من الشهاده على بقائها على ملك المدعى إلى حين الشهاده علما قوى القول سقوط اليمين حينئذ لارتفاع الاحتمال بالبينه مع احتمال الاحتياج إليه لأن الميت بمنزله المدعى و المدعى بمنزله المنكر و بينه المنكر غير مسموعه أمّا لو شهدت بالبقاء استناداً للاستصحاب فالوجه لزوم اليمين و لو كانت الدعوى على طفل أو مجنون أو غائب لم يحضر و كيله افتقر إلى اليمين فى وجه قوى تسريه للعله حيث لا- لسان لهم ينطق بالدعوى فلا- يدرى الحاكم بالوفاء أو الإبراء و بقى الغائب على حجته مع اليمين فى وجه قوى مع احتمال ان المدعى لو حلف يميناً لسقطت حجه الغائب و كذا الطفل و المجنون على حجتهما على الأظهر حتى مع اليمين أمّا بدونه فحجتهما باقيه على هذا إذا لم يحضر وليهما و مع حضوره يحتمل سقوط حجتهما لقيام الولى مقامهما و احتمال العدم و الأول اوجه و القول بسقوط اليمين مع الدعوى على الطفل أو المجنون أو الغائب و جيه لاختلاف العله التى فى الأصل الذى هو الميت لعدم رجاء عوده لسانه مع العله التى فى الفرع لو جاء بلوغ الطفل أو إفاقه المجنون و قدوم الغائب و قد ورد فى الغائب أخبار ظاهرها فى مقام البيان بثبوت الحق عليه من دون يمين فالفرق بين الغائب و بين المجنون و الطفل أيضاً و جيه جداً و لو كان للمدعى شاهد واحد ضم إليه يمين لأصل إثبات الحق و يمين على بقائه و لا يكفى واحد خلافاً لما يضاهاى من العلامه رحمه الله لأصالة عدم التداخل و لتباين المحلوف عليه مع الشاهد و المحلوف على بقائه نعم لو شهد الشاهد ببقاء الحق فحلف على طبقه احتمال الاجتزاء و الأظهر عدمه و هل يجوز ان يقيم بينه عند حاكم و يمين عند استظهار عند آخر؟ الظاهر ذلك إذا علم الحاكم الآخر بقيام البينه عند الأول أو قامت عنده بينه بالنسبه و لكل منهما أن يحكم إذا علم بوقوع الأمرين أو سمعها و كذا الحاكم ثالث ان يحكم بعدم علمه بوقوع الأمرين و لو أقام أحد الشركاء جاز لغير من أقامها اليمين للاستظهار على الأظهر و يمكن يمين واحد من الشركاء مع البينه لتمام البينه باليمين فثبت الحق مع

احتمال لزوم اليمين على جميع المدعين و يجوز توكيل غيره في يمين الاستظهار سيما لو كانت امرأه أو مريضاً يعسر عليه الإتيان إلى مجلس الحكم و نكول المدعى عن يمين الاستظهار لا يسقط و لا يشترط مطالبه اليمين للشهادة فله ان يشهد على ألف و يحلف على خمسمائه و لو حلف المدعى يميناً مردوده من الوارث على الدين افتقر معها إلى يمين الاستظهار مع احتمال عدمه لورودها مع البيئه و الأولويه ممنوعه و فى روايه عبد الرحمن انه لا تسمع الدعوى على الميت من دون بينه و انه لو كان حياً لرد اليمين فيفهم منها ان لا رد فى الدعوى على الميت و لكنها محموله على الرد من الوصى أو من الحاكم لا من الوارث أو منهما مع الغرامه للمولى عليه و يدفع الحاكم بعد ثبوت على الغائب من ماله للمدعى لولايته عليه و للروايه سواء قلنا بوجوب يمين الاستظهار أم لا لم نقل إذ لم يكن للغائب وكيل على ماله و يلزم المدعى له المال بكفيل أى ضامن للمال لو خرج غير مستحقه و ليس من ضمان ما لم يجب بل مما وجب لأن الغائب إذا اقدم و ادعى الوفاء و الإبراء أو جرح الشهود تبين ان المال ماله و يقوم الحاكم مقام الغائب إذا قدم و ادعى الوفاء أو الإبراء أو جرح الشهود تبين فى قبول الضمانه حكماً شرعياً أو قيامياً فضولياً لأن رضا المضمون شرط و فى بعض الأخبار ان الإلزام بالكفيل لو لم يكن ملياً و لو كان ملياً فلا يلزم و لا بأس به و قد يراد بالكفيل كفيل النفس بمعنى إحضار المدعى عند مجىء الغائب ليترافع الغائب معه و يظهر من الشهيدين ان المدعى لو حلف يمين الاستظهار كفى عن الإلزام بالكفيل و هو مشكل لأن الغائب على حجه مع يمين الاستظهار على الأقوى فلا معنى لترك الكفيل و يجرى الحكام فى المجنون و الطفل كذلك للأولويه القاضيه بلزوم الكفيل أيضاً و لكونهما على حجتهم مع اليمين و عدمه ب قد يقال ان المدعى لو كانت على الوارث بدين على و حلف المدعى يمين الاستظهار و حكم الحاكم و من بعد ذلك وجد الوارث بينه على الإبراء و الوفاء جاز تجديد الدعوه و اثبات الإبراء و الوفاء بل هى دعوى جديده لا الأولى فتعاد و لا تذهب يمين الاستظهار بما فيها فلا خصوصيه للغائب و الطفل و كذا الحكم لو وجد الحاضر جارحاً بعد الحكم للشاهدين حين الشهاده فلا بأس بإعادة

الدعوى و جرحهما و هذا كله ليس من الرد للحكم و لا من تجديد الدعوى لأن التجديد المنهى عنه هو ما لم يكن من بينه و لم يكن لجرح و نحوه و بالجمله فالأظهر ان الغائب و نحوه له تجديد الدعوى الأولى إذا أراد جرحاً أو كانت عنده بينه على الإيصال بل دعوى الإيصال و الإبراء دعوى جديده و ان كانت هى فى ضمن الدعوه الأولى و الذى له تجديدها أو ليس له هى دعوى اصل الدين لا- دعوى الإبراء و نحوه و لذا احتجنا إلى يمين الاستظهار مع البينه فتسمع من الغائب و نحوه سواء كان الوكيل أو الولي حاضرين أم لا- ما لو أراد الغائب و نحوه تجديد الدعوى لمجرد تحليف المدعى فالظاهر انه لا تسمع لأن الحاكم قائم مقام الغائب و نحوه فى هذه الدعوى و قد وجه يمين الاستظهار على المدعى نائباً عن الميت لاحتمال دعواه فلا حاجه إلى تجديدها و اليمين المردوده من الوارث لا تكفى عن يمين الاستظهار بل لا بد من اليمينين المضمومه مع الشاهد عن يمين الاستظهار.

عاشرها: فى الخبر ان الغائب يقضى الحاكم عليه

و بقى عزيمة من ماله و يلزم المدعى بالكفيل مع عدم ظهور الملامه و مع ظهور الملامه فلا يلزم بالكفيل جمعاً بين ما دل على لزوم الكفيل مطلقاً و بين ما دل عليه مع الملاءه و لو لا الروايه لأمكن المناقشه فى توليه الحاكم على الغائب بحيث يقضى دينه مع رجاء قدومه و فى إلزام المدعى بالكفيل بعد ثبوت حقه لأصالة البراءه و فى صحه ضمان الأعيان خوفاً من خروجها مستحقه و فى ضمان ما لم يثبت انه للمضمون له و فى قيام الحاكم مقام المضمون له فى القبول و الحمل على الفضوليه بعيد.

أصل: لو سكت المنكر فلم يجب فإن كان لعذر امهل إذا رجا زواله فإن كان لهش انتظر زواله و إن كان لجهل أو غباوه فهم و علم و إن كان لطرش و صمم ترجم له أو ترجم عنه بالإشاره أو القرائن و نحوها بمترجمين عدلين فإن استمر به زماناً كثيراً أو كان لا يرجى و القول الوسط لم يعلم قائله بل ربما يلزم الإضرار بالمدعى تخوف موته فيذهب حقه و بالمنكر لشده العقوبه من غير دليل و الأول انسب إلى روايه مرسله و نسب إلى عموم ولى الواحد يحل عقوبته و عرضه أو حبسه و نسب إلى فتوى مشهور

المتأخرين و الجميع ضعيف و الاقوى القول الثالث لشمول الروايات الداله على الحكم على المنكر عند عدم حلفه بالنكول لمن لم يحلف ساكتاً عن الجواب و نسبه الشيخ له إلى مذهبنا و كذا فى المذهب فيشعر انه المشهور عندهم ان لم يكن مجمعاً عليه و لأن اخذ مع الإنكار و عدم الحلف يقضى بالاوليه باخذه مع السكوت و عدمه و لأن السكوت ترك الحلف و الجواب معاً و فى الإنكار و عدم ترك الحلف فقط فاخذ الحق فيه أولى و لأن الساكت فى الواقع أمّا منكر أو مقر و لا يعلم و فى الأول يؤخذ منه الحق مع عدم الحلف و كذا الثانى و كذا الثالث لأنه أمّا ان يكلف بالحلف على الجزم أو برد اليمين أو الحلف على نفى العلم فإن لم يفعل اخذ منه لنكوله أو يؤخذ منه الحق مطلقاً و على كل حال فإذا لم يفعل شىء من ذلك ساكتاً توجه عليه اخذ الحق و الحكم بالنكول نعم لو سكت عن الجواب أو أجاب على غير طبق السؤال و لكنه إذن فى اخذ المال فقال: خذوا ما تدعون به و لكنى لا اقر و لا أنكر فهل يكتفى منه بذلك أو لا بد من حبسه و لا بد من حكم الحاكم عليه بالنكول لو طلبه المدعى وجهان أو جههما الأخير.

أصل: الغائب يقضى عليه مطلقاً حضر و كيله أم لا أمكن حضوره أم لا كان غائباً قدر المسافه أم لا للأخبار و الإجماع بقسميه على الظاهر سوى ما ينقل عنه عن صاحب الجامع من اعتباره فى الغيبه المسافه و هو و إن قرب لظهور لفظها و لكنه بعيد عن ظواهر مجموع الأدله و عن إطلاق الفقهاء و إجماعاتهم المحكيه و شهرتهم المحصله نعم الغائب على حجته إذا قدم أو ارسل و كيلاً على جرح أو تعديل أو كانت له بينه فى معارضه بينه أو كانت عنده بينه على إبراء أو وفاء أو أراد تحليف المدعى على ذلك ما لم يكن له و كيل على ذلك فأدعى عليه فحلفه و لو كان له و كيل على ذلك فأدعى عليه فحلفه و لو كان له و كيل على الجرح فعجز الوكيل فلا يبعد جواز التجديد له أيضاً و لو حضر الغائب فاراد جرح الشهود فقال له الحاكم: لا اعرفهم فهل يمضى الحكم عليه أو ينقضه لعدم تمام بالنسبه إليه وجهان و الأول اقرب و أما من غاب عن مجلس الحكم و هو الحاضر فى البلد و نحوه فإن امتنع عن الحضور حكم عليه لامتناعه و ليس له تجديد الدعوى الأولى و ان كان له ان تدعى دعوه جديده لجرح أو فسق و إن لم يكن

ممتنعاً فإن تعذر عليه الحضور حكم عليه أيضاً عند التعذر و هو على حجته لظاهر الأخبار و كلام الأصحاب و ان لم يتعذر عليه الحضور فهل يجوز الحكم عليه كما هو فتوى المشهور نقلاً بل تحصيلاً على الأظهر و لأنه ان كان منكراً فقد قامت عليه البينه و ان كان مقراً فقد تأكدت عليه و للنبويه فى زوجه أبى سفيان خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف و لقول أبى موسى الاشعري كان النبى صلى الله عليه و آله و سلم إذا حضر عنده خصمان فتواعدا لموعده فوفى أحدهما و لم يف الآخر قضى للذى وفى على الذى لم يف و للعمومات الداله على الحكم فى مقام الدعوى لأنه حكم بما انزل الله و لعمومات ما دل على الحكم بالبينه و الحكم بالشاهد و اليمين و الحكم باليمين المردوده لو ردها فغاب أو نكل فغاب و قد يقال ان الممتنع لو امتنع عن حضور مجلس الحكم و كان حاضراً غير معذور و لم تكن عند المدعى بينه جاز للحاكم ان يرسل له: تأتى و إلا جعلتك ناكلاً و رددت اليمين على المدعى فيردها فيثبت على الممتنع الحق باليمين المردوده و لكن كان رأى الأصحاب على خلافه و يجوز للحاكم ان يوكل و كيماً عن الدعوى على الطفل و المجنون و الغائب على الدعوى عليه فيقوم بوظائف الجرح و التعديل و نحوها و هل للغائب تجديد الدعوى؟ وجهان فه ان يجرح و يعدل أو لا- و الأقوى الأول و له ان يدعى الوفاء و الإبراء قطعاً لأنها دعوى جديده تصح من الحاضر فضلاً عن الغائب و هل تجديد الدعوى للغائب بمعنى نقض الحكم الأول؟ فيجرح الشاهد من حينه لو أعادها و لو كان عدلاً فى الحكم الأول أو ابقائها إلا ينتقض بناقض مثل ان يثبت جرحهم عند الشهاده فى الحكم الأول؟ وجهان و الثانى اظهر فيبقى الحكم الأول و جهان إلا ان يخرج الشاهد أو يأتى بينه تقابل الأولى و لا يشترط فى إثبات الدعوى اشتراط جحوده أو إظهاره عند الحاكم بل للمدعى ان يدعى الغائب بمال و إن لم يثبت جحوده و لم يدعه بل لو كان مقراً و لم ينكر جاز إثباته عند الحاكم فى مخافه الإنكار و لا يشترط أيضاً فى الدعوى على الغائب ان يكون غرض المدعى المال بل لو أراد تأخيره إلى قدوم الغائب و إنما كان غرضه مجرد إثبات ماله جاز مع الجحود و عدمه و ذهب الشيخ إلى عدم جواز الحكم عن الغائب استناد لأصالة عدم نفوذ الحكم إلا المقطوع به

و فيه ان العمومات و الاطلاقات قطعت الأصل و استنادا إلى لزوم الضرب اندفع المال للمدعى لخوف ذهابه أو اعسار المدعى و لو كان بالمال كفيلا أيضا لخيف من اعساره و موته فلو رجع الغائب و كانت له حجة على استرجاعه لم يتمكن منه و كذا لو لم يدفع المال فإن في نفس الحكم ضرر به لأن بقاء الحكم عليه و عدم نقضه ربما أدى إلى اخذ المال منه ظلماً لخوف عدم تمكنه بعد مجيئه من حجته أو موته و عدم تمكن وارثه و فيه ان هذا الضرب يقابله ضرر المدعى بتأخير الحكومه مع وجود حجة الشرعية بل قد لا ينجبر ضرر المدعى عند ذهاب الشهود أو ذهاب ماله و ينجبر ضرر الغائب بالكفيل الملى أو بعزل المال له أو بالحكم مع تأخير الدفع و لو حضر المتداعيان في المجلس فهل يلزم الحاكم سؤال المنكر و طلب الجواب منه قبل الحكم أو يصح الحكم من دون سؤال لأنه مقر فيئنه المدعى مؤكداً و أما منكر فالبينه شاهده عليه؟ نعم على الحاكم ان يعرف المنكر طريق الجرح بل قد لا- يلزم ذلك فللحاكم ان يحكم و للمنكر ان يجرح بعد ذلك إذا جهل الجرح فينقض الحكم أما لو كان عالماً بالجرح فلم يجرح فليس له بعد الحكم الجرح إلا- إذا ابرز الدعوى مع الحاكم بأنه حكم عليه شهود فسقه بحيث تكون دعوى أخرى فلا بأس و شرط الحاكم على الغائب هو ان يتعلق دعوى المدعى بحق مخلوقى مال أو غيره عقداً و غيره حكم أو غيره نعم قد يشكل العتق من حيث انه حق الله أو للناس و كذا الوقف العام و الظاهر جواز الحاكم فيهما فالمراد بالحق المخلوقى فى مقابله الحد و التعزير لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: ادروا الحدود بالشبهات كما إذا ادعى عليه زنى أو لواطاً أو سحقا أو قذفاً و لو اشمل الحق على الأمرين كالسرقة جاز إثبات اصلها و لكن تجرى ثمرتها بالمال دون الحد لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: ادروا الحدود بالشبهه مع احتمال سماعها مطلقاً لبعده احتمال التبعض و قد يتوجه من ذلك احتمال عدم سماعها مطلقاً و الأوجه الأول و عليه اكثر الأصحاب و به تجتمع عمومات روايات الباب و دعوى ان الغرامه و القطع كل منهما معلول للسرقة و ثبوت أحد المعلولين من دون الآخر محال ممنوع لأننا نمنع كون مطلق السرقة الثابته عله للقطع بل علتة السرقة الثابته بالإقرار و البينه الحاضره كما نمنع كون عله الغرامه هو مطلق السرقة الثابته و لو

بالإقرار حال التحجير فإن المقر بالسرقه حال كونه محجوراً عليه يثبت عليه القطع دون المال على ان علل الشرع معرفات و يراد بالشبهه هاهنا الشبهه فى الحكم لا فى الموضوع و هو شبهه كون هذا الحكم مثبتاً للحكم أو كون هذه البيئه مسموعه على الغائب مثبتة لأثرها الذى شهدت به أو شبهه عدم استقراره لأن الغائب على حجه؟؟؟ فيقع الحكم باطلاً ابتداء حتى لو حضر الغائب و لم يجدد الدعوى و لم يجرح بل لو رضى بالحكم الأول يثبت حداً و أيضاً لو ثبت حده و هو غائب لما أمكن تدارك نائبه بخلاف المال أمياً غير المال من اللوازم كما لو شهدت البيئه بالزنا أو اللواط فهل يثبت تحريم المزنى بها فى العده الرجعيه أو حال الزوجيه و هل تحريم أخت الملوط به فيه و أمه و لذا لو شهدت بكفر شخص لإثبات قتله بسبب بنى و شبهه بناء على انه حد فهل يحكم بنجاسته و بينوته عياله و قسمه ميراثه.

حادى عشرها: يمين المنكر و يمين المدعى المردوده و يمين الاستظهار و اليمين المثبتة للمدعى حقه فى مقام يثبت بها ذلك و غيره ذلك كلها ما عدا يمين الصلح فى وجه قوى لا تكون إلا بالله

تعالى الله عز و جل و للأخبار و معنى ذلك إنها لا تنعقد يميناً يسقط بها أو يثبت بها إلا به للأخبار المتواتره و كلام الأصحاب سواء كان كافراً الحالف أو مسلماً و سواء كان المحلف كافراً أو مسلماً و فى الموثق هل يصح لأحد ان يحلف أحد من اليهود و النصرى و المجوس بألتههم؟ فقال: لا يصلح لأحد ان يحلف إلا بالله تعالى و فى الصحيح ان الله عز و جل ان يقسم فى خلقه ما يشاء و ليس لخلقه ان يقسموا إلا به و ظاهر الأخبار ان القسم بالمسمى لا بنفس الاسم لظهور إرادته المسمى من هذا اللفظ فى مقام التركيب فيكفى حينئذ لفظ الجلاله و الأسماء العلميه الخاصه به أو المنصرفه إليه عند الإطلاق من الصفات أو المركبات التى لا تصلح لغيره كمن فلق الحبه و برأ النسمة أو الذى نفسى بيده أو من له يوم المعاد هذا إذا كان الحالف ممن لا يرى ان علياً أبى طالب الأمر إليه و يوم المعاد له و انه الخالق و الرازق و انه هو الذى فلق الحبه و برأ النسمة كما عليه الغلاه لعنهم الله فانهم يزعمون ان عليا عليه السلام هو الخالق و الرازق و غير ذلك بجميع و ان كان ممن يرى ذلك احتاج إلى نصب قرينه تدل على إرادته

الحاجب كخالق على و مصوره مع احتمال ان النيه نيه الحالف و قد يقال ان القسم يختص بنفس الاسم لا بمسماه أو بنفس الاسم مع مسماه و ذلك لاشتراك اللفظ الاسمى بين نفسه و بين مسماه كما تقول: زيد ثلاثى و زيد قائم قلنا: هذا خلاف ظاهر الخطاب و الأظهر فى هذا المشترك انصرافه للمسمى إلا مع نصب قرينه داله على إرادته الاسم كزيد ثلاثى و مع ذلك لو كان الحلف بنفس الاسم فالظاهر الأجزاء و ان لم يقصد المسمى نعم يشترط قصد كون هذا الاسم لهذا المسمى لا لغيره كما يقصد باسم الله ذاتاً أخرى أو يقصد بلفظ الله معنى الله اللاتى أو غير ذلك مع ان العبره بقصد الحلف.

ثانى عشرها: لو علم الحاكم إرادته معنى آخر من لفظ الجلاله بنيه الحالف لم يعتد بها

و ان لم يعلم اعتد بها و نفذ اليمين و كانت النيه نيه الحالف حتى لو علم المدعى أو الحاكم بعد ذلك خلاف بينتهما نفذ الحكم و لا يعاد و مضت اليمين بما فيها و مثله ما لو علم الحاكم توريه الحالف بعدم القصد إلى الانشاء كما إذا قصد الأخبار أو تأديته بمعنى القسم أو تأديته بنفس الحق كما إذا قال: و الله ما له عندى شىء غير قاصد النفى بل كان قاصداً للإثبات أو غير ذلك من التوريات بل لا يبعد نفوذ اليمين و لو علم الحاكم التوريه ندره الحاكم على عدمها إذا علم انه كل ما يحلف يؤدي و لا مندوحه عن اليمين حينئذ نعم على الحاكم ان يصرح له بالمقسوم به بحيث لا يشتبه بغيره و يكون هنا فى ظاهر الخطاب بما أراد المدعى اليمين به أو عليه و ذلك كاف و على ذلك فالكافر الذى يعتقد ان لفظ الله غير الذات المقدسه لا حاجه مع جهل الحاكم إلى ضم ما يزيل احتمال إرادته غير الذات المقدسه بل يكفى تحليفه بضم الجلاله و الاحوط ضم ما يزيل الاحتمال كتحليف من يعتقد ان النور إله فيطلق عليه اللفظ المعروف بأن يقال له بالله خالق النور نعم لو علم إرادته منه فلا يبعد إلزامه بما يصرفه عن قصده ظاهر إلى ما يختص بالواجب سبحانه و تعالى ظاهراً و ان لم يعتقد الواجب و يقر به و لكن يكفى ترتب آثار اليمين و العقوبه عليه نفس قصد هذا المعبود و ان كان باطلماً عنده و بالجمله فالدهريه و الوثنيه و المعطله و أهل النور كلهم يجتزى بحلفهم بالله بهذا الاسم فإن قصد

و الاسم كفى و ان كان الاسم عندهم مشتركاً احتاج إلى التميز بحيث يظهر عندهم ان القسم بالذات و ان لم يكن مشتركاً اكتفى بالقسم باسم الله تعالى و ان احتمل إرادته غيره و لا حاجه إلى ضم ما يرفع الاحتمال كما ذهب إليه الشيخ رحمه الله و ان علم من الكافر إرادته غير الواجب اكتفى منه بما يختص الذات المقدسه من الألفاظ و إثمه عليه لأن تغير نيته غير ممكن و قبلها متعسر و فهم الفاضل الهندي ان الشيخ يريد ضم ما يزيل الاحتمال إلى الكافر هو ضم ما يزيل احتمال إرادته الظلمه لأن لهم إلهين بالمعنى ان يحمله على إرادته معبوده الباطل لأن اردع له لاعتقاده انه الحق فلا يحلف به كاذباً و هذا خلاف ما فهمه الفقهاء و نقل عنه انه يجوز تحليف الملحد و الوثنى بما يعتقد انه الله و هو خلاف ظاهر الأخبار و كلمات الأصحاب.

ثالث عشرها: جوز الشيخ تحليف الذمى بل مطلق الكافر بغير الله

من المحرمات عنده كالتوراه و الإنجيل إذا كان الحلف بها اردع في دينه من الحلف بالله لروايه السكوني ان علياً استحلف يهودياً بالتوراه التي أنزلت على موسى و أخرى قضى على فيمن استحلف أهل الكتاب بيمين صبران يستحلف بكتابه و ملته و ثالثه مشعره بذلك و في الجميع نظر للضعف سنداً و دلالة و عملاً و فتوى فلا تعارض الأقوى من كل وجه فيحمل على الظلم للتغليظ أو على اختصاص الإمام عليه السلام به أو يطرح لمعارضته بما هو أقوى منه هذا إذا كان المحترم عنده من المحترقات حقيقه أمياً لو كان المحترم عنده غير محترم بل مهاناً واقعاً فالظاهر ان الشيخ لا يقول به و لا يجوز التغليظ به و لو كان على حد الأشياء مجرداً عن الاهانه و غيرها فدخوله من كلام الشيخ بعيد اصل الحلف بغير الله تعالى حتى بنفس الاسم مجرداً عن المعنى بقصد الالتزام أو بقصد انقطاع الدعوى به و حرام لا يترتب عليه اثر بل في بعض الأخبار ان الحلف بقريته شرك أو كفر و أظهر أفراد ما ذكرناه و بالجملة فهو منهي عنه حتى لو اعتقد ان الحلف بغير الله كالحلف بالله في التعظيم و الالتزام كان كافر أو شبهه و أما الحلف بغير الله في غير مقام الدعوى و الالتزام بل بقصد التأكيد للفعل المستقبل أو لوقوع فعل الماضي فإن كان من المحترقات كالكعبه و القرآن و اسم الله تعالى و الأنبياء و العلماء فالظاهر جوازه

للسيره القطعيه و تقرير المعصوم عليه السلام عليه مع صدوره قطعاً فى زمنه من غير إنكار بل صدوره من حواشيهم و إيقاعهم بل منهم لمصلحه فيه و لكن على كراهه للأخبار الناهيه عن اليمين بغير الله مطلقاً المحموله على الكراهه جمعاً لعدم القائل بالتحريم فيها و ترتفع عند حصول المصلحه فيها و على ذلك يحمل ما وقع من العلماء بل و من أهل العصمه هذا ان كان صدقاً و ان كان الحالف كاذباً احتمال التحريم فى حقه لأن الاجتراء على القسم بالمحترم كذباً هتك لحرمة المقسوم به و يحتمل وقوعه لغواً لا يترتب عليه الحكم من الأحكام و يحتمل إلحاقه بالمقسوم به من إجراء حرمة الكذب عليه و إن كان المقسوم مهاناً كالقسم بالشیطان و فرعون فإن كان على كذب فهو لغو و ان كان على صدق فالظاهر تحريمه لاستلزامه احترام المهان و لو كان القسم بفاقد الاحترام و الإهانه فالظاهر انه مكروه و يحتمل انه محرم لورود النبى عن القسم بالآباء.

رابع عشرها: لا يجوز تحليف من يعتقد إلهيه على عليه السلام و إلهيه غيره بما اعتقده

سيما لو كان وضيعاً كالأصنام للزوم الاغراء بالجهل و التشريع و لنواهى المقطوع بها الداله على ذلك نعم لو علم الحاكم ان كل تعبير يعبره عن الذات المقدسه له يصرفها الحالف لما اعتقده انه ربه و لا ينفع فيه التوجه إلى ما لزمه الحاكم به كفى الحاكم ذكر الصفات الخاصه بالواجب و تكون النيه نيه المحلف و مهما أمكن المحلف ان يحلفه على ما نواه و زعمه المحلف لزمه ذلك و يكون يمينه على نحو الحقيقه الزعميه فيحلف بالله الذى زعمه المحلف انه هو و ان اعتقد الحالف ان الله هو ما اعتقده و انه هو لا- غيره و لا منافاه بينهما و لا يجوز الصلح على الحلف بما كان باطلاً أو بما كان غير محترم لأنه من المعاوضه السفهيه و يجوز الصلح على إسقاط الدعوى على الحلف بالمحترمات من قرآن أو إمام أو الكعبه بل و كذا العباس عليه السلام و سائر الشهداء بل و العلماء.

خامس عشرها: يكره اليمين بالله سبحانه و تعالى صدقاً كما يحرم كذباً

إلا- إذا اضطر فيجوز مع التوريه مهما أمكن لمكان الاضطرار و يجوز القسم الصادق من غير كراهه و الظاهر ان لزوم الاجحاف فالأولى دفع المال و عدم اليمين احتراماً لمعطى المال

و واهبه و قد ورد عن الأئمة دفع المال تفصيلاً عن اليمين الصادقه و لو نذر المنكر على عدم التغليظ لزوم النذر فى حقه لرجحان تركه بالنسبه إليه و ان التمسه المدعى بل و ان التمسه الحاكم إلا ان ينقلب راجحاً كما إذا كان فيه دفع مفسده يراها الحاكم أو مصلحه كليه نعم مجدر التماس المؤمن يحل النذر فى غير الراجح شرعاً كالتماسه على قضاء حاجه دنيويه قد نذر على تركها و كانت مرجوحه بحسب دنياه بخلاف النذر على مثل هذا المرجوح المذموم شرعاً كتاباً و سنهً بل عقلاً و مع ذلك فاحتمال الإحلال مع الالتماس لا يخلو من وجه و لو نذر المنكر على عدم اليمين أصلاً جاز و لزمه الرد فإن لم يمكن كدعوى الوصى و التهمه لزمه دفع المال ما لم يجحف بالحال و لو نذر المدعى أن لا يحلف فرد المنكر عليه اليمين ففى سقوط حقه مطلقاً لأنه لم يحلف أو بقاء حق الدعوى لمكان العذر أو انحلال اليمين مطلقاً أو مع الاجحاف وجه.

سادس عشرها: لا شك فى كراهه القسم بغير المحترم من الآباء و الامهات و الحلف بنفسى المخاطب و المنكلم و القبور و الاخوه و غير ذلك

اشاره

إلا- ان يلاحظ إيمانهم و كل مؤمن محترم و ان كان ظالماً بل لا- يبعد ان القسم بغير المحترم مما يقضى بالاهانه كالحلف بالمخالف محرم ما لم يكن لخوف ضرر على نفس أو مال أو نحو ذلك و الظاهر جواز ذلك مع المخالفين للأمر بالتردد إليهم و التجب معهم.

أصل: التمتام و الفأفأ و الألتغ و الأليغ يقسمون بما يتمكنون منه

من تاديه اللفظ و الأخرس ان كان عارضاً يزول بسرعه انتظر فى وجهه و اكتفى بالإشاره فى وجه آخر و الأخرس الأصلى يكتفى منه بالإشاره المفهمه لإنشاء القسم و لكونه بالله تعالى بأى إشاره كانت و لو بنحو الكتابه أو وضع اليد على اسم الله تعالى أو على القرآن بل و لو كان بغسل لفظ الجلاله و شربه و ما ورد فى حلف الأخرس من غسل لفظ الجلاله و شربه فى روايه على و أفتى بها بعض الأصحاب محمول على انه من طرق الإشاره فى اليمين أو على التغليظ فيه أو انه قضيه فى واقعه أو إنها خاصه فى الإمام عليه السلام لمصلحه خفيه أو نحو ذلك أو خاصه فى الأخرس لا- يعرف الإشاره و ان كان فى ظاهر الروايه ما ينافى ذلك و الأوجه ان يقال ان صحه الروايه و عدم شذوذها و احتمالها على

ما يشعر بصحتها موجب للعمل بها في الجملة و لا منافاه بين العمل بها و بين العمل على فتوى المشهور من الحلف بالإشارة لأنها ليست حاصره لحلف الأخرس في ذلك فيحكم بالتخير جمعاً بينها و بين ما دل على ان حلف الأخرس بالإشارة من الاستقراء و من إشعار ما جاء في تشهده و تلبيته و تكبيره المشتمله على لفظ الجلاله مضافا إلى ما جاء في عقود و إيقاعاته.

سابع عشرها: لو كان التغليظ في زمان أراد المدعى تحليفه به كيوم الجمعة أو مكان طلب المدعى إخلافه فيه

كما إذا كان هو مكان الدعوى و ذلك لعدم جواز تأخير حق المدعى نعم ذلك لا يمكن في حق المدعى لو طلبه المنكر لجواز تأخيره اليمين و اسقاط دعواه و التغليظ يكون بالقول و تكريره و التعمق بالأوصاف و الزمان و المكان و اللباس كما إذا لبس شيئاً شريفاً أو وضع على يديه مصحفاً و بالأحوال و غيرها و بابه واسع بنظر فقيه البيه و لا يجوز الحكم بالتغليظ بالمال إذا كان اقل من نصاب القطع و عليه الفتوى و الروايه.

ثامن عشرها: يلزم على الحالف الحلف على ما يقطع به

ان وقع الحلف على الجملة الجزيه بلفظ دون الكتابه و الإشارة و ان يكون مخاطباً غيره فلو خاطب نفسه لم يشترط ذلك كما ان الشهاده كذلك فلا- يبرز المظنون أو الموهوم بصوره الخبر الجازم و لا- يجعل الظن كالجزم فيحلف عليه و لا يكفي في الجزم العلم الشرعى كالشهود به بشهاده عدلين و الذى قضت به اليد أو ما اكتفى فيه بالظن مع احتمال الاكتفاء به في مقام الجزم في وجه قوى و لو ورى فحلف على ما ورى لم تكن يمين غموس و إن أثم نعم له ان يحلف على نفس الإدراك من الظن والوهم فيقول: و الله أظن أو أتوهم و هو حلف على البت أو ينصب قرينه على ان هذا الخبر مضموناً فيقول: و الله كان كذا بظن أو وهمى و لا- يكتفى الحاكم في مقام الدعوى في الحلف على نفى أو إثبات من منكر أو مدعى إلا بالجزم بما حلف عليه حتى لو كان المدعى به إثبات ظنه أو نفيه حلف على الجزم في إثباته و نفيه و كذا لو كان المدعى به إثبات العلم أو عدمه كان الحلف من المدعى على إثباته و من المنكر على نفيه كما إذا ادعى المدعى مالاً على الوصى من

طرف الموصى أو على الوارث من طرف الموروث و ادعى عليه العلم به حلف المنكر على نفي العلم على الجزم فلو رد عليه اليمين فهل يلزمه الحلف على إثبات علمه به أم إثبات المال؟ وجهان ولا يبعد الأخير وقد يقال ان الدعوى على الوصى أو الوارث لا- يلزم فيها دعوى العلم بل يكفى فيها الدعوى على المال و لكن يجتزى فيها بالحلف على نفي العلم لمكان العسر و الحرج و لعدم الطريق إلى الجزم بنفى فعل الغير و هذا الذى يظهر من كلام القدماء فيقوم الحلف عندهم على نفي العلم مقام الحلف على الجزم بنفى المدعى به و على هذا لو رد الوصى اليمين لزم المردود عليه الحلف على إثبات الحق لا على العلم به بل ربما يدعى ان الحلف على إثبات العلم لا يفيد فائده و بما ذكرنا يظهر معنى قولهم: ان الحلف يكون على الجزم فى إثبات فعله أو فعل غيره أو نفي فعله و لا يكون على الجزم فى نفي فعل غيره لبنائهم على تعبير الجزم بنفى فعل الغير لعدم القطع به غالباً نعم لو كان الفعل مشتركاً بين المدعى و المنكر كالنكاح و البيع صح للمنكر ان يقول و الله ما بعتنى كما يصح ان يقول و الله ما اشتريت منك و ينحل بالحقيقه إلى الحلف على نفي فعل نفسه لمكان التلازم الشرعى أو العرفى لاستناد الحكم به غالباً إلى أصالة العدم و البراءة الأصلية و هما لا- يفيدان الجزم و لو فرضنا حصول الجزم به كما لو كان النفى مقطوعاً به لانحصاره فى زمان أو مكان جاز الحلف على القطع بنفيه بطريق أولى و لزم قبوله و لو علم الحاكم بقطع الوصى أو الوارث بالنفى فهل يلزمهما بالحلف على الميت و القطع لأنه الأصل أو لا- يلزمهما لانقلاب حكمهما إلى الحلف على نفي العلم كما عليه ظاهر الإجماع فلا- يكلفان ازيد من ذلك إلا- برضاهما فعلى هذا يكون تعسر العلم عليهما غالباً يكون حكمه لا عله يدور مدارها الحكم وجوداً و عدماً و يظهر مما ذكرناه ان المدعى عليه لو تعلقت الدعوى بنفسه لا- يكتفى منه بالحلف على نفي العلم بل يكلف بالحلف على الجزم أو يرد اليمين على المدعى مع احتمال الاكتفاء منه بالحلف على نفي العلم للزوم العسر و الحرج أو الاكتفاء منه بذلك فى مقام عدم الرد لعدم القطع من المدعى كما إذا كان المدعى منهما أو وصياً أو نحوهما هذا و قد وقع اشتباه لأصحابنا فى مواضع ان الحلف فيها

على الميت أو نفى العلم للاشتباه فيها ان المحلوف على نفيه فعل المدعى عليه أو فعل غيره كإتلاف البهيمة مألماً من عودها إلى إتلافه لأنها ماله و من عدم مباشره التلّف لله و عدم وقوعه منه و لعسر العلم و الأوجه هنا الحلف على نفى العلم على البت لأنه الأصل في اليمين و الاطلاع على فعل البهيمة غير عزيز و اتلافها يعود إليه و كذا الدعوى على المولى في جنايه العبد نفساً أو طرفاً لو كانت الدعوى على مولاه دونه فيحتمل الحلف على نفيها من المولى على البت لأنه الأصل في اليمين و الاطلاع على نفى فعل الغير غير متعسر سيما ممن تعود أفعاله إليه لتملكه إياه و الأقوى الاكتفاء باليمين على عدم العلم لخروج أفعال العبد عن أفعال المالك شرعاً و عرفاً و لا فرق بين فعل العبد و الاجنبى فلا يكلف بالمولى اليمين الباته على نفى فعله و قد تبين المسأله على ان فعل العبد المتعقب ضمناً يعود إلى رقبته فقط أو إلى رقبته و ذمه العبد بعد العتق فإن قلنا بالأول حلف المولى على البت و على الثانى يحلف على نفى العلم و كذا الدعوى على شخص بأنه أخوه تزوج أبوه أمه في بلاد غربه فأنكر المدعى عليه فانه يحتمل التحليف على نفى العلم لعدم كونه التزويج من فعله و هو الأقوى و يحتمل التحليف على البت لأنه الاخوه المدعاه أمر نسبي بين المتداعين و هو وجه و لو ابرز الدعوى إنى أخوك فأنكر و كذا لو نصب البائع و كياً لقبض الثمن و تسليم المبيع فادعى المشتري على الموكل ان الوكيل قبض الثمن و أبطل حق حبس البيع فأنكر الموكل ذلك فهل يحلف على نفى العلم لأن فعل الوكيل غير فعل الموكل أو يحلف على البت لأن الموكل يثبت استحقاق الحبس على مال المشتري و المشتري يدعيه بارتفاع حق الحبس عن ما اشتراه فيحلفه على البت لرجوع النفي إليه و الحق ان الموكل يحلف على نفى العلم عن قبض الوكيل للثمن قطعاً فإذا حلف لزم المشتري ابقاء حق الحبس عليه فحينئذ ان كانت الدعوى على ارتفاع حق الحبس و عدمه اتجه الحلف على البت من الموكل و ان كانت على القبض و عدمه اتجه الحلف على نفى العلم و لما كانت دعوى غالباً على الأول و ان لزمها الثانى فالحلف على نفى العمل و كذا لو ادعى البائع ظهور

عجزه عن تسليم المبيع و علمه به فيحتمل هنا الحلف على نفي العلم بعجزه لأنه متعلق بالغير و يحتمل الحلف على البت لعوده إليه لأنه يثبت لنفسه وجوب تسليم المبيع إليه.

تاسع عشرها: يحلف المدعى على البت ابتداء

و بعد الرد عليه من الحاكم أو من المنكر و لو رد المنكر اليمين على المدعى ثم بذله كان له ذلك و عاد الحق إليه و ان لم يرض به المدعى و لو وقع منه ذلك مراراً قوى حينئذ إلغاء رجوعه فيكون بمنزلة الناكل و احتمال انه بمجرد الرد ينتفى عنه جواز العدول لأن رد اليمين عليه إسقاط لحقه أو هبه لغيره فلا يجوز بذله بعد رده إلا برضاه بعيد لمنع كونه إسقاطاً و كونه هبه بل هو رضى منه بقيامه مقامه فى اخذ الحق منه ليمينه فهو بمنزلة التفويض و الإذعان و التسليم لقوله و فعله فإذا أراد نقض هذا الإذعان و التفويض و التسليم جاز نعم قد يقال ان الرد بمنزلة الإقرار المعلق على يمينه فلا يجوز له نقضه و هو أيضاً بعيد لمنع لزوم الإقرار المعلق لو صح انه كذلك أو ان الرد بمنزلة الصلح على دفع الحق باليمين و هو بعيد كذلك لمنع كونه صلحاً.

العشرون: المدعى لو ادعى أمراً فالجواب من المنكر أما عام أو خاص أو مساوى

و على كل حال فاليمين أمراً على طبق الدعوى أو على طبق الإنكار أو مخالفاً لهما أو مع المساواه فلا إشكال إذا ادعى قرضاً فأجاب بنفيه و حلف كذلك و أما مع الاختلاف فإن أجاب بما يعم الدعوى و حلف كذلك جاز كما يقول له: أقرضتك فيقول: ليس لك قبلى شىء و لا تستحق عليّ شىء فيحلف على ذلك و ان أجاب بالأخص إذا كان الأخص مساوياً للدعوى فهل يكفي الحلف على الأعم؟ قيل: نعم و هو المشهور لحصول اليمين المطلوبه و أصاله البراءه من الزائد و لكفايه الجواب بالأعم فيكفى اليمين عليه لأنه جواب و زياده و لأنه ربما أقرضه ثم وفاه أو ابراه المدعى يتحاشى عن الحلف على الخاص لحصول الكذب و عن الإقرار لخوف الإلزام و لشمول اليمين على من أنكره للحلف على العام و قيل لا- و نسب للمبسوط و ظاهره نقلًا التردد و يستند له إلى أصاله بقاء الحق إلا مع يقين المجرح و لا يقين مع الحلف على العام و الجواب بالخاص و إلى ان الظاهر من أدله اليمين ان تكون على طبق الدعوى كالشهادة و لأن

اليمين حق للمدعى فيلزم اتباعه في حقه و لأن اليمين دافع عن المنكر و مع حلفه على العموم لا ترتفع الاسترابة و كان الخوف من الكذب حاصل عند الجواب بالأخص فلو كان خائفاً من الكذب لما أجاب به و لأن جوابه بالأخص مشعر بقدرته على الحلف عليه و يمكن المناقشه في هذا بأن التسامح بالأخبار غير التسامح باليمين كما ترى ان الإنسان يقدم على الكذب في أخباره لأدنى مصلحة و لا يقدم على اليمين إلا مع الضرر الحلى و أيضاً لو كان اليمين حق المدعى فيتبع إرادته لجاء مثله في الجواب و ظاهرهم عدمه فيه و المدرك واحد و الأظهر بالنظر إلى الفقاهه الأول و بالنظر إلى ظواهر الأدله الوارده في يمين المنكر و انه حق له و بالنظر إلى الاحتياط في الخروج عن عهده حق المدعى الثانى و ينبغى للحاكم التأمل في جواب المنكر مطابقته لدعوى المدعى و عدمها و فى اليمين على إنكاره و مطابقته لجوابه و دعوى المدعى و عدمها إذ رب جواب لا ينطبق على الدعوى ظاهر لا بالعموم و لا بالخصوص كما يقول له: أقرضتك فيقول له: مالك مال عندى فانه ظاهر بنفى الغير أو يقول له: غصبتنى فيقول: ما لك فى ذمتى شىء فانه ظاهر فى الذمم أو يقول لى: عليك عشره فيقول: ما لك عندى عشره مريداً به نفى العموم و يحلف على ذلك فإن ظاهر المدعى إثبات كل واحد من العشره و ظاهر المنكر نفى المجموع و هما مختلفان نعم لو كانت الدعوى على نفس قدر العشره جاز ذلك و هل الجواب بالأخص ينفى الأخص لو حلف عليه و تبقى دعوه المدعى فى الباقي أو يقع الجواب و اليمين باطلاً من اصلهما؟ وجهان فلو قال المدعى: أطلبك عشره فقال المنكر: ما أقرضتني فحلف فهل تنتفى دعوى القرض و يبقى غيرها أو يسقط هذا الجواب و يمينه و لو أجاب بمجمل الأمرين من العموم و الخصوص أو بمجمل الدلاله الزم بالبيان و لو ادعى عليه بيعاً أو عقداً أو إيقاعاً فهل يصح فى الجواب ان يقول: ما وقع منى بيع صحيح و يحلف عليه أو لا بد من الحلف على اصل البيع واصل العقد؟ وجهان من حصول البراءه بيمينه لأن غير الصحيح لا يعتد به و لأن المقصود من دعوى العقد العقد الصحيح و من لزوم مطابقه الجواب للدعوى و مطابقه التقسيم للجواب و لحصول الفائده بالإقرار بالبيع الفاسد فينقلب مدعياً و الأوجه الأول

إلا إذا أراد المدعى إثبات أصل العقد و لو كان فاسداً ليرتب عليه غرامه الفاسد من ضمان و شبهه و لو أقام المدعى بينه على دينه فادعى المنكر الإبراء أو الوفاء سمعت دعواه لعدم منافاتها للبينه السابقه لأنها دعوى جديده فإن أقام بينه على دعواه فلا كلام و إلا كان له اليمين على المنكر و للمنكر الحلف على نفى خصوص ما ادعاه به و له الحلف على نفى العموم كأن يقول: و الله ما وقع ما يزيل شغل ذمتك و له ان يحلف على مثبت بمنزله النفي كأن يقول: و الله ان حق حقي لباقي عليك و جاز الحلف على الإثبات لأنه بمنزله النفي و لا يلزم بالحلف على النفي بالخصوص لإمكان انه وقع إبراء فاسد يخشى من الإقرار به ان ينقلب مدعياً.

الواحد والعشرون: يثبت باليمين المردوده أو بالنكول كل ما يثبت بشاهدين

أو بشاهد و يمين إلا في دعوى الحق فانه لا يكفي فيه بيمين المدعى لعدم توجه الدعوى من المدعى فيه على المدعى عليه و لا يلزم المدعى عليه بيمين النفي أيضاً لعدم توجه الدعوى عليه لبنائه على التخفيف و الأمر بالإعراض عن التجسس عنه و قد يمنع القضاء بالنكول أو به مع اليمين المردوده من الحاكم أو القضاء باليمين المردوده من المدعى فيما لا يثبت بشاهد و يمين من القصاص و الطلاق و العتق لإلغاء الشارع يمين المدعى فيه مع الشاهد فكيف يثبت بمجرد اليمين المردوده من المدعى باليمين و ربما ظهر ذلك من بعض عبارات الأصحاب و الحق بثبوت الجميع باليمين المردوده بل بمجرد النكول لعموم أدله ثبوت الحق بها منه دون تفصيل بنيتها و يدل على ذلك بالخصوص روايه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ الوارده في الطلاق حيث إنها دلت على انه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ استحلف في الظاهر.

الثاني والعشرون: لا يجوز حلف يمين واحده عن دعاوى متعدده من مدعٍ واحد أو من مدعين متعددين

لأصالة عدم تداخل الأنساب واصله عدم نفوذ الحكم إلا بالمتيقن و المتيقن في المنصرف إليه أدله اليمين هو انفراد كل دعوى بيمينها و لا يتوجه الدعوى على الوارث بحيث يطلب منه اليمين و على الوصي أيضاً إلا إذا ادعى عليه العلم بموت المورث أو الموروث و ان لم يبرزه بصورة العلم و ان في يده مالاً من موروثه و يحلف في الأولين على نفى العلم و في الأخير على البت مع احتمال جواز حلفه على

نفى العلم إذا كان المقام مقام اشتباه لبعده دار الموروث عن الوارث و لعدم معرفه أمواله و هل يكفى الحلف بيمين واحده عن الجميع مطلقاً أو لا- يكفى مطلقاً أو يكفى عن الأولتين دون الأخيره؟ وجوه أو يكفى إذا رضى المدعى بيمين واحده و إلا فلا يكفى وجوه أقربها الاكتفاء بيمين واحده و ذلك لأن هذه الدعوى بالحقيقه دعوى واحده لا دعاوى متعدده لأن جميعها يؤول إلى دعوى المال على الميت نفياً و اثباتاً و لهذا لو صادقه المدعى علم عدم العلم بالحق أو على عدم العلم بالموت و لم تكن له بينه على ذلك أسقطت دعوى و كذا لو اقر له بعدم وجود المال أو بعدم تمكنه منه نعم لو اثبت عليه الأولين الزم بالحلف على البت على نفى المال على الأظهر ما تقدم من الاحتمال.

الثالث و العشرون: إذا ادعى مدعٍ على الوصى مالاً افتقر إلى إثبات وصايته أو يحلفه على نفى العلم بأنه وصى

أو على البت بأنه غير وصى و افتقر إلى إثبات موت الموصى أو يحلفه كذلك و إلى إثبات المال على الموصى أو يحلفه على البت بعدم استيلائه و لا يفتقر إلى إثبات بقائه نعم يكفى فيه يمين الاستظهار مع البينه أو مع إقرار الوصى ثبوت اصل الدين مع احتمال عدم الاحتياج إلى يمين الاستظهار عند علم الوصى بأصل الدين و كذا الكلام فى الوارث فإن الوارث لو علم جميع ما ادعاه به سوى بقاء دينه إلى حين المطالبه فهل يجب عليه الدفع من دون يمين أو لا بد من يمين الاستظهار لاثبات بقائه و لكن ظاهر كلام الأصحاب كفايه الإقرار بالثلاثه و هى موت الموروث و شغل ذمته و وجود المال عنده فى لزوم الوفاء و اثبات طلبه و على كل حال فيكفى الوصى أو الوارث بالجواب بنفى العلم بأحد الأمرين و الحلف عليه و لا- يكلف الجواب عنهما معاً و الحلف عليهما و يكفيه الجواب عن الثالث فقط و الحلف عليه على البت و يكفيه الحلف على الجميع بيمين واحده على الأظهر كما تقدم و لو ادعى على الوصى تهمة فأجاب بنفى العلم الزم الحلف على نفيه و ليس له الرد على المدعى بأن يحلف إنى أظن فيؤخذ الحق إذ الحق لا يؤخذ بالظن نعم للوارث المتحد ان يفعل ذلك احتراماً لليمين فيبذل ماله على كل وجه و كذا الحال لو ادعى على الوكيل المطلق فلا بد من إثبات و كالتة و اثبات الدين على موكله و اثبات انه فى الوفاء و اثبات ان عنده

مألاً للموكل فلو لم يكن عنده بينه لا تتوجه الدعوى عليه و تسمع إلا ان يدعيه بجميع تلك الأمور و إلا فهي دعوى على الغير فلا يصغى إليها فيحلف على البت في نفى الوكاله و في نفى ان عنده مألأ و على نفى العلم في ثبوت طلبه له و هكذا و الحلف على نفى العلم لا- تنافي ثبوت الحق من المدعى بعد ذلك بالبينه و لا تذهب بما فيها نعم لو شرط الحالف عليه ذلك ففي سقوط حكم البينه وجه و لو تكثرت الدعاوى على شخص كل يريد منه الحلف على نفى العلم ففي الاجتراء بيمين واحده عند رضاهم به وجه قوى أما مع عدم رضاهم فالأوجه عدمه.

الرابع والعشرون: لو ادعى على العبد قيل فالغريم مولاه في المال و الجبايه و قيل ان الغريم العبد

و قيل ان كانت قصاصاً فالغريم العبد و إلا فالمولى و للفقهاء كلام و اضطراب وفقه المسأله أن يقال ان الدعوى أما على مال معين أو على ما في الذمه أو على جبايه خطأ أو على قصاص أو على حق نكاح أو طلاق و شبههما أو على مال تجاره قد إذن له فيها ثم العبد أما ان يكون مكاتباً أو لا متبضعاً أم لا قلنا بملكه أم لا ثم ان المدعى حر أو عبد مثله مجانس له أو مغاير فالصور كثيره أما لو كان المدعى حراً فإن ادعى العبد و مولاه معاً و جب إحصارهما معاً و لا يكفي حضور مولاه فقط لجواز تعلق الحق به و لو بعد العتق و يكفي ذلك في لزوم حضوره أو جواب ملكه مألأ لكنه محجور عليه من التصرف إلا بإذن المولى فلا بد من اتفاقهما و كذا لو كانت الدعوى قصاصاً فإنه لا- بد من اجتماعهما فإن حضرا و اقرا لزمهما الحق و إن انكرا ورد اليمين معاً لزمهما أيضاً كذلك و كذا لو نكل على ما تقدم و إن حضر أحدهما فإن حضر المولى فقط و كانت الدعوى قصاصاً فإن كانت للمدعى بينه سمعت و ان لم يحضر العبد إلا ان يقوم احتمال جرح للبينه منه فلا بد من إحصاره بل لا يبعد لزوم إحصاره عند حكم الحاكم بالقصاص بموجب البينه للشك في نفوذ الحكم مع عدم حضوره و إن لم يكن عنده بينه فإن اقر له المولى له ينفذ إقراره على عبده في القصاص لأنه ظلم و امر النفوس عظيم و نفوذ الإقرار مشكوك به لأنه إقرار يعود إلى الغير و إن عاد إليه في الجملة فإن اقر له العبد مع المولى ثبت القصاص عليه نعم يثبت ملك العبد على قدر الجنايه للمقر

له بالقصاص لأنه ماله و قد اقر بانتقاله و لا حاجه إلى إقرار العبد معه في ثبوت كونه مالاً لغيره و كذا الحكم فيما لو رد المولى اليمين أو نكل عنها و إن كانت الدعوى جناية توجب الاسترقاق سمعت الدعوى على المولى فقط و يقضى عليه باسترقاق العبد بإقراره و رده اليمين و بنكوله و كذا لو كانت الدعوى على مال معين في يده و قلنا ان العبد لا يملك شيئاً و ان قلنا انه يملك لكنه محجور عليه فلا يمضى إقرار المولى و شبهه لتعلق حقه بالمال بل لا بد من إقراره أيضاً و التداعى معه و لو كانت الدعوى على مال في الذمه فلا تسمع الدعوى مع المولى لعدم الفائده حتى لو أقام بينه من دون حضور العبد لأن المولى لا يضمن جنايه العبد في المال لا في نفس العبد و لا في ماله إلا إذا قلنا ان العبد يملك لكنه محجور عليه فإنه لا بد من حضور المولى لمكان الحجر و حضور العبد لمكان الملك و تسمع الدعوى على العبد و يحكم الحاكم بالبينة و بإقراره على العبد و لكنه يتبع بالمال عند عود نفسه إليه كما إذا اعتق أو انعتق فالسيد حينئذ ليس مالكاً لذمه العبد الآن فلا منافاه بين مملوكيته بنفسه للمولى و مملوكيه ذمته للغريم و احتمال تجدد اشتغال ذمته بعد العتق بعيد جداً لأن الظاهر ان ما بعد العتق ظرف للأداء و المطالبه له لا لشغل ذمته و لو كانت الدعوى نكاحاً أو طلاقاً كانت الدعوى مع العبد فيمضى إقراره و تمضى عليه البينه و اليمين المردوده و النكول إلا ما يعود من ثبوتها ثبوت غرامه على المولى كالإنفاق على زوجته و شبهه من ماله أو مال المولى فإنه لا بد من إثبات ذلك على المولى أيضاً و لو ادعى على العبد قصاصاً فأقر و انكر المولى لم يمض إقراره و كذا بنيته على المولى لتعلق حق المولى برقبته حيث إنها ملك له نعم لو اعتق مضى عليه اقراره بالقصاص وقت مملوكيته و ليس من الإقرار من حق الغير مجرداً حال المملوكيه بل هو إقرار على نفسه و قد منع من نفوذه مانع حال العبوديه و بعدها يبقى الإقرار سليماً عن المعارض و كذا لو ادعى على العبد ضمان مال أو ادعى عليه بما يعود للمال من نكاح أو خلع مأذون بهما.

الخامس و العشرون: مما اعتبر فتوى و روايه انه لا يمين في حد

و هو نكره في سياق العموم فيعم يمين النفي و اليمين المردوده و المنضمه مع الشاهد و يمين الاستظهار

و غيرها و يشمل الحد الإلهي المجرد و المتعلق به حق آدمي كحق القذف و الزنا لو ادعى به المقذوف و المزني به و ظاهر النفي سقوط اعتباره أصلاً لسقوط الدعوى به من أصلها فلا يترتب الفرع عليها لأنها مبنية على التخفيف و المطالب بالحد اسقط اعتباره من دون بينه فلا معنى لسماع ما لم يعتبر حينئذ و لأن الحد مبنى على دراءه بالشبهه و ترتب أحكام اليمين فيه شبهه في الحكم و الموضوع و لانصراف اليمين على من أنكر لمن أنكر في الحقوق الماليه و نحوها مما يعود للمدعى فيها حق و ظاهر بعض الأصحاب نقل الإجماع على ذلك على ان أمر الحد عظيم و قد أمر بالستر به و عدم التجسس و النهى عن الغيبه و يلحق بالحد التعزير على ما يقتضيه عموم الأدله و نقل عن الشيخ رحمه الله انه ذهب إلى ان الحق لو تعلق للمخلوق به حق كحد الزنا و القذف لو ادعى بهما المزني به و المقذوف سماع لعموم الأدله و لحديث لا ضرر و لا ضرار و لتأديته إلى ضياع الحق المخلوقى و فرّع على ذلك ان القاذف لو ادعى على المقذوف انه زنى لزمته الإجابة فإن حلف على عدم الزنا حد القاذف و ان نكل ردت اليمين على القاذف و يسقط عند الحد و لكن لا يثبت بيمينه حد على الزانى و كان ثمره ذلك تكون الدفاع عن نفسه حيث انه قذف فتوجه عليه الحد فأما ان يلقي الزانى بوبال اليمين الكاذبه أو بالإقرار فيترتب عليه الحد أو بالرد فيسقط الحد عن القاذف و يرد الأول ان العموم منصرف لغير الحدود لا بتناؤها على التخفيف و المسامحه لا ضرار و لا إضرار معارض بمثله لو ثبت الحد باليمين المردوده أو بالنكول و لا يضيع حق المخلوق بعد ترتب العقوبه عليه كالغيبه و الاستهزاء و الجميع لا يعارض الروايات المرسله كمرسله بن أبى عمير و البنزطى المنزل منزل الصراح المؤيده بالشهره المقارنه للإجماع و بظاهر الكتاب الأمر بالخلل القاذف على وجه الإطلاق نعم يتوجه ما فرعه الشيخ دفعاً للضرر و الضرار و لحديث نفي الجرح حيث ان القاذف لما قذف صادقاً فتوجه عليه الحد جاز رفعه بيمين إثبات زنا لرفع الحد لا لإثبات حد و لا بأس بالقول بجواز رفع اليمين الحد الثابت تخفيفاً على القاذف بخلاف الغير الثابت فانه مرفوع بتخفيف لله سبحانه فلا حاجه إلى تحليف المدعى عليه و قد يقال بجواز سماع اليمين لو كان الغرض منه غير الحد كما إذا

ادعت امرأه على زوجها انه لاط بأخيها أو زنا بأمها قبل تزويجها أو زنا بها و هي ذات بعل فانه يتوجه عليه اليمين لرفع التحريم لا لاسقاط الحد فإن لم يحلف حلفت هي و بانت منه و لو اجتمع حق المخلوق الصرف مع حق الخالقى جاز اليمين مراعاة للحق المخلوقى إذا لا- يمين فى حد أو فيما يترتب عليه حد و اليمين هنا على أمر قد يترتب على ثبوته حد و بالجمله فهنا أمر واحد يترتب عليه أمران مخلوقى و خالقى فثبوته بالنسبه إلى أمر لا ينافى عدمه بالنسبه إلى آخر و كونهما معلولان عله واحده ممنوع لعدم تسليم ان العله فى رفع اليمين هي كلى الزنا بل هو المترتب عليه دون ما لم يترتب عليه أو ان هذه معرفات غير علل عقليه أو انه كتبعيض الصفقه يؤثر فى القائل دون غيره و مثل السرقة ما لو ادعت انه زنا بها كرهاً لاستحقاقها مهر المثل و الفرق بين السرقة و القذف و إن كان كل منهما تعلق به حقان ان السرقة تشتمل على دعويين أحدهما المال و هو راجع للمخلوق فجاز اليمين عليه و الآخر نفس الفعل و الاقدام على معصيه الجبار بخلاف القذف فإنه لا زمان فيه بل هو أمر واحد و هو الحد قد اقدم على موجبه جرأه فكل من الخالق عز و جل و من عبده يدعيه فهو أمر يدعيه اثنان و ذلك أمران كل يدعى شيئاً فالحد يدعيه السلطان و المال يدعيه صاحبه.

السادس و العشرون: لو كانت عنده بينه أو جزء بينه فاعرض عنها فطلب يمين المنكر جاز

فإن حلف المنكر ذهب اليمين بما فيها و إلا جاز رجوعه إلى البينه حتى لو قال: أسقطت حقى من البينه أو اعرضت عنها للشك فى سقوط حقه بعد استصحابه بمثل ذلك و غايه الأمر ان الحقوق المالىه تسقط بالاسقاط فشبه اسقاطها بالابراء دون غيرها و بالجمله فالاعراض لم يثبت به سقوط الحق كما ثبت التملك به فى الأشياء الحقيقه الواقعه فى الطرق من الحطب و التبن و الحب القليل أو فيما لا- يمكن الوصول إليه كالواقع فى البحر الذى لا- يرجى لصاحبه إخراجة و كذلك الإسقاط لم يثبت فى غير الحقوق المالىه السقوط به لتزيله منزله الإبراء لكونه حقاً راجعاً للمسقط فإذا اسقطه ارتفع المانع عن عمل مقتضى البيع عمله بخلاف البينه فإنها مثبتة بنفسها حق لو

اسقط إثباتها لم يتمكن و أما إقامتها فهو و إن كان حق له لكن يتبع نفس الدعوى فهي كحق الأبوه و الزوجيه لا- تسقط بالإسقاط.

السابع والعشرون: الأصل في ثبوت حق المدعى البينه

لأصالة عدم ثبوت دعواه سواء في ذلك الخصومه و غيرها و إن كان الأظهر من سياق الروايات مقام الخصومه خرج من ذلك أمور منها ما يقوم اليمين مقام البينه فيها كمدعى رد الوديعة فانه يقبل قوله في الرد مع مخالفته الأصل و لأنه لو ترك دعوى الرد لترك و اخذت منه الوديعة باقراره كل ذلك لأنه محسن و ما على المحسنين من سبيل و للزوم الحرج على الناس في عدم القبول إلا- بالبينه لتأديه إلى الامتناع من قبول الوديعة غالباً و ربما قيل انه منكر في دعوى الرد لموافقته للظاهر من الاستئمان فمكرر الرد مدعى لأن قوله مخالف الظاهر و لأن المودع لو ترك إنكار الرد لترك فهو مدعى بهذا المعنى و هو بعيد كما ترى و كذا الوصى لو ادعى الإنفاق بالمعروف أو نفس المعروف و كان على المعتاد و كذا الوكيل لو ادعى فعل ما وكل عليه عند اتهامه بعدمه أو ادعى فيما وكل على التصرف به و منها منكر القذف فإنه يصدق من غير يمين و منها لو ادعى أحد على عبد في يد سيده انه اشتراه و ادعى العبد انه اعتقه فصدق السيد أحدهما لم يحلف لأنه ان صدق المشتري لم يحلف للعبد لعدم نفوذ إقراره بعتقه بعد إقراره انه باعه لأنه إقرار في حق الغير و ان صدق العبد لم يحلف للمشتري لأنه لو صدقه بعد ذلك لم يسمع لأنه قد اعترف باتلافه قبل قبضه لأن العتق إتلاف فلا ثمره لليمين إلى غير ذلك من المواضع الواردة في أبواب الفقه يعثر عليها من استقرأها و منها ما يقبل فيه دعوى المدعى من غير شاهد و لا يمين و هي كثيره منها دعوى المالك ابدال النصاب في أثناء الحول لينفى عنه الزكاه و كذا دعوى تلفه و كذا دعوى هبته و ارجاعه و كذا كل دعوى تؤدي إلى رفع الوجوب عنه من تعلق حق به أو عدم التمكّن منه و كذا الكلام في الخمس فيما إذا أدى تلف المال أو ازدياد المئونه أو الخساره و منها دعوى نسب أو حسب يستحق به من الحقوق العامه كدعوى الهاشميه أو دعوى الفقراء و كونه ابن سبيل أو من الغارمين أو من أهل سبيل الله إلى غير ذلك و الاحوط توقف الأول على البينه و لا اقل

تصديقه مع يمينه و كذا فى الثانى ان علم انه ذو مال سابقاً أيضاً أمّا البينه أو اليمين و ان لم يعلم انه ذو مال فالاحوط اليمين على ما ادعاه من الفقر مطلقاً و منها مدعى بنوه الصغير و منها مدعى الوكاله أو الولايه على ما كان تحت يده و منها مدعى تطهير أو تحليل ما كان بيده و منها مدعى فعل الواجب الكفائى فإنه يسقط عن غيره بدعواه مطلقاً و منها دعوى دفع الحق العام إلى أهله من خمس أو زكاه و منها دعوى نقصان الخرص لينقص ما قرر له من الزكاه على موجب نقصان الخرص و تسميه مدعٍ لمخالفه الظاهر و تصديقه لأنه أمر يرجع إليه و منها دعوى ما لا يعلم إلا من قبله كدعوى فراغ العده من حيض أو طهر و منها دعوى الضرر انه الولد دفع الذى إليها و منها منكر السرقة بعد اقراره مره و ان خالف الظاهر فإنه يسلم من القطع و كذا منكر الزنا بعد إقراره ما لم يبلغ النصاب و منها دعوى السارق هبه المالك للسارق ليسلم من القطع و منها دعوى الإكراه على موجب الحد أو على الإقرار به فإنه يصدق و إن خالف الظاهر فيسقط عنه الحد للشبهه و منها دعوى الجهاله مع امكانها فى حقه كدعوى الغريب الغبن و هو مدعى لأنه يترك لو ترك و لكنه منكر لموافقته للأصل و الظاهر و منها دعوى المجردين فى ثواب واحد ليرتفع موجبه الشرعى و منها دعوى تقديم العيب مع شهاده الخال به و هو مدعى إلا بموافقته الظاهر فإنه منكر و منها دعوى من رمى بالاحتكار انه احرزه للقوت و منها دعوى الغلط فيما دفع زياده عن الحق دون التورع فإنه مدعٍ لمخالفته للظاهر و لأنه لا يترك لو ترك و الأوجه ان يقال ان مدعى التبرع هو المدعى لمخالفه الأصل بل و الظاهر لبعد التبرع فى مقام الوفاء و المعاوضه فإن اظهر دعواه بدعوى الجزم لزم المدعى الغلط اليمين و لو أبرزها بصوره التهمه فقبول قوله بمجرد دعواه الغلط مع حصول الدفع و القبض من المدفوع إليه مشكل و منها لو كان لأحد على آخر دين فدفع إليه مالاً و ادعى انه وفاء و قال القابض انه هبه فإنه يصدق قوله من غير يمين لأنه أبصر بنيته و فيه أيضاً إشكال لأن تصديقه مع شك المدفوع إليه لا بأس به و يلزمه ذلك و أما مع قطعه بالهبه و التبرع فإنه مدعٍ و يكون هو منكر لما ادعى لموافقته الظاهر فاليمين عليه حينئذٍ و منها دعوى الكافر انه من أهل الكتاب لتؤخذ منه

الجزية و يعصم دمه و ماله فإنه يقبل بلا بينه و لا يمين لأنه أمر لا يعلم إلا من قبله و لأنه يدرأ الحد بقوله و منها دعوى تقدم الإسلام على الزنا بالمسلمه فإنه و ان خالف الأصل و لكنه درأ للقتل عنه و منها دعوى الصوم و الصلاه و جميع العبادات ليدفع عنه التعزير و هذا لا كلام فيه و منها دعوى صحه العمل المستأجر عليه المشروط بالبينه لأنها أمر لا يعلم إلا من قبله و أما اصل تأديه العمل فيصدق العدل الثقة في إخباره بتأديه ما استأجر عليه من العبادات الصرفة لرجوع صحتها و فسادها إلى نفسه فلا عبره الصوم كالصوم و الصلاه و نحوهما و السريه على ذلك و في تصديق غير العدل وجه قوى و السيره أيضاً قاضيه به و منها دعوى مالك الدار ما يدفن فيها لو نازعه المستأجر و المستعير على المشهور نقلًا و فيه إشكال بل قد يقال لا بد فيه من اليمين ان لم نقل بالاحتياج إلى البينه أو القسمه بين المتنازعين و الأوجه ان يقال ان الأيدى المترتبة بين الملاك و المستأجرين و المستعيرين يحكم فيها لصاحب اليد الحاليه و هى المتأخره مع يمينه و على المتقدم البينه ان المدفون له إلا ان تقوم قرينه ظاهره على التقدم فيكون مدعى التقدم موافق قوله للظاهر فيسمع قوله بيمينه و ان كانت الأيدى المترتبة بين يد مالك سابقه و مستعير لاحقه فهنا يقوم احتمال تقديم اليد المالكه لقوتها و احتمال اليد اللاحقه لتأخرها و حينئذ فلا بد لليد المالكه أمّا من بينه أو من يمين على ما ادعاه و للأصحاب فى ذلك قولان و منها دعوى الذمى الإسلام قبل الحول ليتخلص من الجزية فإنه لا يفتقر إلى يمين و ان خالف الأصل لأنه أمر من حقوق الله تعالى و لا يعلم إلا من قبله و منها دعوى الولد البلوغ بالاحتلام فانه يصدق من دون بينه و لا يمين لمكان الضروره و إن كان الأصل عدمه و أيضاً تصديق قوله موقوف على بلوغه فيدور و الظاهر ان الحكم بذلك من قبيل المسلمات و يمكن القول بالاحتياج إلى اليمين لأن الظاهر الضروره تقدر بقدرها و كان اللازم الافتقار إلى البينه كادعاء الانبات و العدد و لما عسر الاطلاع على الاحتلام اكتفى فيه باليمين و دعوى ان الاحتياج إلى اليمين موقوف على ثبوت بلوغه حق يظن عدم جرأته على الكذب فلو ثبت بيمينه البلوغ دار مردود بحصول الظن على عدم الإقدام من كثير من المميزين على اليمين الفاجره

فيقوى الظن بصدق قوله و منها دعوى الحربى النابت على عانته شعر انه انبته بعلاج فإنه يصدق قوله من دون يمين و لا بينه و ان كان مخالفاً للظاهر و الأصل لأنها دعوى تدرأ عنه القتل لمكان الشبهه و لا مطالب بها سوى الله تعالى فيصدق قوله و يؤسر و إن لم يقر بالشهادتين و لا يثبت عليه قتل بالكليه و منع المحقق من قبول قوله إلا بالبينه لمخالفه قوله للظاهر و هو قوى و رجح بعض توجه اليمين عليه اقتصاراً فيما خالف الأصل على القدر الضرورى و لا بأس بتحليفه فإذا امتنع قتل و احتمال تأديه اليمين إلى ما يلزم من وجوده عدمه بتحليفه فلا يثمر تحليفه ثمره سيما هذه الثمره العظيمه و هى ترتب القتل قد تقدم وجه ضعفه و منها ما ذكره بعضهم ان مدعى البلوغ يقبل قوله مطلقاً و هو بعيد و الأوجه الافتقار إلى البينه فى غير دعوى الاحتلام و الشهيد رحمه الله ضبطها عن بعض بأن كل ما كان بين العبد و بين الله تعالى و لا يعلم إلا منه و لا ضروره فيه على الغير أو ما تعلق بحد أو تعزير و لا بد من التأمل فى الضابط و فيما ذكرناه لإمكان المناقشه فى جملة منها بعدم افتقاره إلى البينه أو إلى اليمين أو إليهما معاً و غير ذلك و هل المراد بالتصديق لزومه على من سمع أو جواز امضائه و إلا فلو نازعه منازع فيه لزمته البينه فى موضع و اليمين فى آخر وجهان و الثانى هو الأوفق بالقواعد و عمومات الأدله حتى ان فى بعضها لو استراب الحاكم كان له تحليفه.

الثامن و العشرون: يعتبر فى اليمين نيه المحلف من الحاكم أو المدعى

بمعنى ان ما حلفه على نفيه بظاهر الخطاب كان هو المجزى و هو يمين الغموس الذى يذر الديار بلاقع و اراد الحالف غير الظاهر مورياً بقوله و يمينه لا تجديه و يدل على ذلك الروايات الداله على ان الحالف إذا كان مظلوماً تكون اليمين على نيته و بالعكس على نيه المحلف و كذا كلام الأصحاب و لا يتفاوت بين علم الحاكم أو المدعى بتوريطه حين اليمين أو علمهما بعده أو عدمه مع احتمال ان الحاكم إذا علم التوريه من الحالف لم يقنع بيمينه حتى يكرره إلى ان يجهل كونه مورياً أم لا هذا كله فى يمين المنكر أما يمينه المردوده فيقوى أيضاً فيها ان النيه نيه الراد لها فثبت حق المدعى و ان علم الحاكم توريطه و كذا يمين الاستظهار و المضمومه مع الشاهد إلا ان الأقوى ان يكون الحاكم عليه اليمين عند

العلم بتوريه الحالف بقصد غير لفظ الجلاله أو بقصد غير المعنى المقسوم عليه إلى ان لا- يعلم انه مورى حين اليمين أميا لو علمت التوريه بعد صدور اليمين أو بعد الحكم ففى جواز تجديد الدعوى و قيام البينه و نقض الحكم إشكال.

التاسع و العشرون: لو ادعى الوصى أو الحاكم فيمن لا وارث له أو الوارث بدين على رجل علماً أو تهمه سواء كان معه شاهد واحد أم لم يكن لزم المدعى عليه باليمين

و حبس حتى يحلف أو يقر لعدم إمكان اليمين من المدعى مع الشاهد و بدونه مع التهمه قطعاً و مع العلم لا عبره كما قدمناه و يلزم من ذلك جواز الحكم بتضييع الحق و هو بعيد و قد يقال ان الحبس عقوبه لم يثبت موجبها فيقضى عليه بالنكول من غير حاجه إلى رد يمين و هو قوى لدوران الأمر بين تضييع الحق على المدعى أو تكليفه باليمين و الأول بعيد و الثانى يلزم منه ان يحلف الإنسان لإثبات مال غيره و هو خلاف القواعد نعم يمكن ذلك من الوارث لعدو المال إليه فإذا قطع بالدين حلف عليه؟؟؟ إليه و يظهر من المحقق وقوف الدعوى بل عدم سماعها و هو بعيد و لو كان المدعى وصى اليتيم ففى إلزام المنكر باليمين أو لزوم تأخير الدعوى إلى أن يبلغ فعله يحلف أو تحليفه ثم بعد بلوغ الطفل يحلفه مره أخرى وجه أوجهها الوسط مع الغبطه و لو رأى الغبطه بغير ذلك جاز.

الثلاثون: تركه الميت مع الدين المستغرق أو ما قابل الدين من تركته من غير المستغرق تبقى على حكم مال الميت

إلا- ان يوفى منه دينه و ان جاز للوارث الوفاء منها أو من غيرها وفاقاً للأكثر و قيل تنتقل إلى الورثه و لكن لا يجوز له التصرف فيها إلا بعد الوفاء و الإبراء أو إذن الغرماء و الأظهر الأول لظواهر الأدله من الكتاب و السنه حيث جعلت ملك التركه بعد الموت القاضى به اللام الظاهره فى الملك أو الاستحقاق بعد الوصيه و الدين و دعوى ان اللام مستعمله فى الملك المستقر دون المتزلزل بعيد عن ظاهر الاستعمال و صرف للفظ عن ظاهره من غير موجب له و فى الموثق فيمن عليه حق الزكاه قال: يخرج ذلك من جميع المال إنما هو بمنزله دين لو كان عليه ليس للورثه شىء حتى يؤدوا و أما أوصى به و من الزكاه فالمشبه به و هو الدين أقوى فى الحكم

حينئذ و أيضا فاقتران الدين بالوصيه يقتضى تساويهما بمعنى اللام و لا ملك للورثه مع الوصيه لكذا الدين و المراد بأوهنها الإباحه لا- التخيير المانع من الجمع فهى بمنزله الواو و ما استدل به القائلون بالانتقال إلى الورثه من لزوم بقاء ملك بلا مالك مردود أولاً بامكان ملك الميت كالمملك عليه و لا نعى بالمملك سوى انتساب مال إلى شخص لا يتمكن غيره من التصرف فيه بغير ما يعود إليه من وفاء دينه و نفوذ وصاياه و نحو ذلك و هذا شىء لا ينافى الموت كما لا ينافيه فى ديته و فيما تحوزه آله صيده بعد موته بل قد يلتزم بالمملك الحقيقى للميت لبقاء نفسه فى غير جسمه كما ورد فى الأخبار و ثانياً نلتزم بقاء المال من غير مالك للأدله الصارفة عن ملك الوارث و عدم الدليل على غيره و لا لزوم شرعى أو عقلى بين المال و بين حصول المالك نعم تجرى عليه أحكام الميت شرعاً و هو لا يدل على الملك بل غايته يكون بحكم مال الميت لا ملكه و الله هو مالك الأشياء و قد ورد فى الصحيح فى ديه المقتول انه يرثها الورثه على كتاب الله و سهامهم إذا لم يكن على المقتول دين و فى الأخبار المطلقة فى باب الفس الداله على ان من وجد عين ماله فهو أحق به ما يشعر به على ان دعوى انتقال ما أوصى به الميت من حج أو صدقه أو هبه أو وصيه لغيره قبل قبولها و كذا مؤن تجهيزه و ما أوصى بوقفه أو ببقاء عينه و اخراج منفعته للوارث فى جميع ما ذكرناه مما يستبعده العقل و الشرع فلأن قلت: ان الميت لا يملك قلنا: لا يملك التركة فى جميع ذلك أحد و لكنه يجرى عليه حكم الأملاك العائده إليه و بالجملة فالظواهر نافيه رجوع الملك للورثه و تظهر الثمره بين القولين فى النماء فعلى القول بانتقال التركة إلى الوارث النماء ملكاً له و على القول بعدمه يبقى على حكم مال الميت فيوفى منه ديونه و تنفذ وصاياه؟؟؟ ثم على أى تقدير و سيما على القول بانتقالها إلى الوراثه فهل تعلق حق الغرماء فيها قبل وفاء الدين تعلق مستقل لانفراده عن تعلق غيره مره و كونه مثله أخرى أو كتعلق الرهن بيد المرتهن أو كتعلق ارش الجنايه برقبه الجانى و تظهر الثمره فيما لو اعتق الوارث أو باع فانه لا- ينفذ على الأول لمكان الحجر عليه دون الثانى و قد يعين الأول دعوى الإجماع على منع الوارث من التصرف فى التركة فلو كان التعلق كجنايه الخطأ لجاز للوارث التصرف و الظاهر انه

على القول ببقاء التركة على حكم مال الميت تكون بمنزله الرهن لبقاء ذمه الميت مشغوله فى الباقي فلا يمكن ان تكون كتعلق ارش الجنايه نعم يمكن حصول الثمرتين بالنسبه إلى الوارث و إن كانت التركة فى حكم مال الميت و على كل حال لو ظهر منع الامتناع عن الوفاء بطل تصرفه أمّا كشفاً من اصله أو بطلاً من حينه و لو كان الدين غير مستغرق كان ما قابل الدين بمنزله الرهن أو ارش الجنايه و يحتمل صيروره جميع التركة و هنا بيد الديان و هو قوى و يوافق ظواهر الأدله كتاباً و سنه و على كلا القولين فالمقطوع به فى كلامهم ان المحاكمه للوارث ابتداء سواء ملك أم لا- لأن الملك يعود إليه فعلاً- أو قوه لو كان الميت هو المالك لأن ملك الميت يعود إليه فهو قائم مقامه و لأنه لو ابرأ الميت عاد إليه الملك و قد يؤخذ كون المحاكمه إلى الوارث دليلاً على ملكه و قد يختص بالإجماع فلو كان للميت دين طالب به الوارث و أقام بينه فإن كانت الدعوى على ميت آخر حلف الوارث يمين الاستظهار فى مقام علمه لعود المال إليه فإذا حلف المنكر يمين النفى ذهب اليمين بما فيها و ليس للديان مطالبه بعد ذلك أو تحليفه و لا- تجوز مقاصه للغريم لذهاب حقه بيمين النفى الذى استوفاه الوارث مع احتمال ان للديان مطالبه و مقاصه لتعلق حقه بالدين فلا- يزول بتحليف الوارث نعم لو ترك الوارث الدعوى مع الغريم للديان ان يدعيه و لو قلنا ببقائها لتعلق حقه به و إن كان مال غيره على حكم مال الميت ان يدعو غرماءه و ان يحلفوهم و ان يقيموا بينه على دين الميت ليستوفوه لهم و إذا حلفوا للوارث لم تذهب اليمين بما فيها بل للغرماء تجديد الدعوى كما إذا حلفوا للغرماء كان للوارث تجديد الدعوى و لا- تذهب اليمين بما فيها و يجوز للوارث ان يحلف اليمين المردوده و يثبت بها الحق لو قلنا بانتقال التركة إليه و ان لم نقل فوجهان و الأ-ظهر بل المقطوع به فى كلامهم جوازه و أما الغرماء فعلى القول بانتقال التركة إلى الوارث ليس لهم اليمين لأنه لا يجوز الحلف عن غير المالك و لا- يجوز للإنسان ان يحلف على إثبات مال لغيره و ان لم نقل بانتقالها إلى الوارث ففي جوازها لعود النفع إليهم و ان كانت على حكم مال الميت أو عدمه لعدم كونها ملكاً لهم فيكون اليمين لاثبات مال الغير وجهان و لو امتنع الوارث من الدعوى على الدين فهل للديان

اجباره على الدعوى و تحليف المنكر ورد اليمين عليه؟ لو كان عالماً أو ليس له ذلك بل له الاستبدال بالدعوى ابتداء لكونها من الأمور الحسبيه و من الأمور المتعلقة به العائد نفعها إليه وجهان و الأخير أقوى و لو ثبت الدين فامتنع الوارث من استيفائه جاز للديان المطالبه به بإذن الحاكم أو مطلقاً و الاحوط الأول و لو حلف غريم الميت لغريمه على النفى فى مقام لا يدعيه الوارث ثم بعد ذلك ادعاه الوارث فرد على الوارث اليمين فحلف الوارث اليمين المردوده جاز للغريم الأخذ من يد الوارث و فى جواز أخذه من غريم الميت وجهان من ثبوت رجوعه إليه و من انه قد ذهبت يمينه بما فيها و الأوجه الأول لأن الذى ذهبت اليمين به غير الذى اثبتته اليمين المردوده لأنه حق جديد صار له.

الحادى و الثلاثون: لو علم المدعى بغير ماله عند المدعى عليه طالبه فإن امتنع من أدائها جاز للمدعى أخذها قهراً

و لو بمعونه الظالم و لو ظلمه الحاكم بأخذ غيرها و لكن لا تجوز مساعدته على ظلمه له و لو توقف على كسر قفل أو تخريب معمر جاز للمدعى و ان اجحف الضرر و قلت قيمه العين لأنه هو الذى ادخل الضرر على نفسه و لو توقف على قتل نفس محترمه أو إثارة فتنه حرم عليه أخذها ترجيحاً للنفس على المال و لو توقف تخلصها على كذب جاز و كذا لو توقف على التداعى عند قضاه الجور جاز و النهى عن الرجوع إليهم محمول على عدم الاضطرار لتخلص الحق و لو كان حق المدعى قصاصاً اقتض منه و لو كان حداً توقف على حكم الحاكم لعدم جواز استبدال غيره بالحدود و لو كانت الدعوى دينا فان بذل المدعى عليه الدين توقف الاستيفاء على اذنه لتجيزه بجهات الوفاء لأنه مخير فى تعيين المدفوع وفاء و ان امتنع فإن لم يكن اثباته عند الحاكم لعدم اليينه أو اقرار الخصم أو أمكن و لكن لا يقدر الحاكم على الاستيفاء و لا على الأذن له فيه جاز له مقاصه بقدر ماله من حبس ماله مهما أمكن و إلا اخذ حقه و أرجع الزائد و كان الزائد أمانه فى يده يجب عليه ارجاعها فإن امكنه فذاك و ان لم يمكنه ارجاعها و لو تخفيه لخوف أو تقيه انتظر زوالهما فإن قطع بعدم زوالهما كان حكمهما كحكم مجهول حكمه التصديق به و الأولى استئذان الحاكم

بذلك و ان كان مخالفاً في الحبس فإن نواه وفاء ملكه بقبضه فإن كان فيه زائداً ارجعه و كان أمانه في يده فإن نوى بيعه واخذ ثمنه وفاء جاز و في ضمانه له مع التلف قبل البيع وجه قوى لأنه بمنزله المقبوض بالسوم و يحتمل عدم الضمان للأصل و ضعف القياس و ان امكنه اثباته عند الحاكم و الاستئذان منه في المقاصه أو تولى الحاكم جبر الممتنع فإن فعل ذلك فلا كلام و ان لم يفعل فهل تجوز له المقاصه و الاستبداد بهما للأصل و لعموم من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه و جزاء سيئه سيئه مثلها أو لا تجوز له اقتصاراً فيما خالف الأصل من جواز التصرف للملح الغير المنهى عنه على المتيقن و هو استئذان الحاكم لأنه قائم مقام المالك و لقوله تعالى: (فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ) (النساء: من الآية ٥٩) و لأنه منصوب لهذه المصالح و نظائرهن وجهان أقواهما الأول و احوطهما الأخير سيما لو توقفت المقاصه على إتلاف شيء من مال المقام و سيما لو كان الامتناع لجهل منه في كونه مديوناً بل لا يبعد في الأخير لزوم الرجوع إلى الحاكم و اثبات دينه مهما أمكن و لا يجوز له الاستبداد إلا مع عدم إمكان الرجوع إلى الحاكم بل قد يقال ان المنكر لجهل لا يجوز إتلاف مال عليه و ان قل عند المقاصه و لا كسر قفل لعدم عدوانه و عدم ذهاب حرمه ماله و ليس للمقاص سوى اخذ مال بمال و في جواز المقاصه من الوديع عند الرجل قولان ينشأ ان من تعارض الأخبار جوازاً و منعاً و من اصل الإباحه و حرمه التصرف و الأقوى الكراهه لقوه دليل الجواز فحمل أخبار النهى على الكراهه أولى.

الثاني و الثلاثون: كل ما تعلق به دعوى مسلم من دون معارض خاص أو عام كالحاكم أو أمينه فيما له فيه الولاية فهو له

من غير بينه و لا يمين و في الخبر المعتبر في كيس بين عشره ادعاها أحدهم دون الباقي قال: هو له و يصدق مدعى الوكاله البيع ما تحت يده و ان علم انه للغير و كذا مدعى الوصايه و الولاية على اليتيم إذا لم يكن له معارض نعم للحكام في الأمور العامه إذا استراب فيمن ادعى ولاية على وقف أو ولاية على يتيم الدعوى مع المدعى لعود الوكاله و الولاية إليه بل له ان يدعى من

ادعى وصاياه أو ولايته إجباريه أو وكاله فى أموال الغيب أو غير ذلك حبسه إذا استراب من المدعى لكونه منصوب للمصالح و النظر فى الأمور العامه.

الثالث و الثلاثون: كل ما وقع فى البحر من سفينه أو من شخص أو انكسرت سفينته

كما هو منطوق الروايه و النهر الكبير و المياه الكثيره كالبحر تنقيحاً للمناط ان علم إعراض أهل عن ملكه القابض له بعوض أو بغيره خارج البحر أو داخله كما هو الشأن فى المال المعوض عنه من تين أو آجر أو حطب يقع فى الطريق أو حب يتناثر و قد يقال ان الأ-عراض غير مخرج عن الملك للأصل غايته انه مبيح للأخذ فلا يملكه الأخذ و لصاحبه إرجاعه إلا ان هذا خلاف ظاهر الفقهاء و ان لم يعلم إعراض أهله عنه فما أخرجه الساحل أو خرج إلى البر مطلقاً فهو لأهله للأصل و الروايه الداله على ذلك و ما خرج بالغوص فهو لمخرجه أخذاً بالروايه المعتمره الداله على ذلك و هى أما مبنيه على بذل أهله و اباحته لمخرجه من غير نظير للإ-عراض أو انه لا- يخرج عن الملك لمن غاص عليه دون ما قضى الله برجوعه إلى أهله و لا- بأس بحصول الأ-عراض فى حال دون حال أو استنادا للروايه تبعدا لحصول الأذن من المالك الحقيقى و بالجمله بعد ورود الروايه انه المشتهر مضمونها فتوى و المنقول الإجماع على حكمها لا- محيص عن العمل بمقابل قد يقال ان ما أخرجه البحر يعود لأهله و ان علم اعراضهم عنه سواء قلنا ان الإ-عراض مخرج للملك عن ملك صاحبه أو قلنا انه تمسكاً لظاهر الروايه الناطقه بذلك على اطلاقها.

القول فى الشاهد و اليمين و الكلام فى أمور

أحدها: قضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و الأئمه من بعده بالشاهد العدل و اليمين

من صاحب الحق للأخبار و الإجماع و لا إشكال فى الحكم إنما الكلام فى مورد القضاء و الأخبار جاءت على أقسام و أكثرها من بابا حكايات الأحوال و بضميمه دليل التأسى يثبت المطلوب و لكن فى روايه درع طلحه حيث ان علياً استدل على شريح بفعل النبى صلى الله عليه و آله و سلم ما يقضى بالعموم فى الجمله و كذا روايه محمد بن مسلم فهنا ما دل على القضاء بالشاهد و اليمين و بالشاهد و يمين صاحب الحق كصحيحته حماد بن عيسى

و حماد بن عثمان و صحيحتي منصور بن حازم و عبد الرحمن البصرى و منها ما دل على القضاء به فى حقوق الناس و ما كان من حقوق الله عز و جل فلا كصحيح محمد بن مسلم و غيره و الأقوى عدم اختصاصه فى الدين كجمله من الروايات المعتمده و فى بعضها فى الدين وحده و أكثرها اثباته فى الدين فقط و منها ما دل على القضاء به و إن أمكن القول كقاعده حمل المطلق على المقيد و لنقل الإجماع على الاختصاص كما ذهب إليه الشيخ و بعض من أصحابنا إلا انه معارض بالإجماع المنقول على عدم الاختصاص و فتوى المشهور حتى كاد ان يكون إجماعاً و بان الروايات الحاصره فيه على الدين ضعيفه و الصحيح منها خالى من الحصر و مفهوم اللقب غير حجه و بان الدين قد يطلق على كل حق مالى بل مطلق الحقوق كما يظهر من مجمع البحرين و قد حمل العلامة كلام الشيخ بسقط الدين على إرادته المال فيدل على استعماله فيه و خبر درع طلحه أقوى شاهد على عدم الاختصاص بالدين كما ان الأقوى عدم شموله لكل حق مخلوقى و ان لم يكن مآلاً كما دلت عليه بعض الأخبار حيث قصرته على حق الناس و مال إليه بعض المتأخرين و ذلك للإجماع المنقول و فتوى الأصحاب على اختصاصه بالمال و تشهد له الأمارات الداله على استعمال الدين فى المال و كذا ظهور لفظ الحق فى المال دون سائر الحقوق و العمده فى قصره على دعوى المال أو ما كان المقصود منه المال هو إجماع الأصحاب نقلاً بل قد يدعى تحصيلاً فيخص بذلك عموم ما دل على القضاء به مطلقاً و لا اقل من الشكك المعتمده فى عموم العموم و ضعف الظن بعمومه فيعود كالمجمل و الحكم مخالف للأصل فيقتصر فيه على المورد المشمول للدليل المعتمده دلالة بل قد يقال ان اكثر الأخبار حكاية فعل لا عموم فيها فيؤخذ بالفرد اليقيني و ليس من القول المطلق كى يستند إلى إطلاقه نعم فى صحيحه محمد بن مسلم ما يقضى بالإطلاق قوله: لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهادة الرجل مع يمين صاحب الحق و لكن لا يعارض ما قدمنا.

ثانيها: لا يثبت بالشاهد و اليمين ما كان من حقوق الله تعالى

حداً و غيره كرؤيه هلال و نحوه و لا ما كان من حقوق الناس ما ليس مآلاً أو ما ليس المقصود منه

أصالة المال فيثبت به الغصب المالى و الوصيه و القرض و الدين و البيع و الشراء فإن المقصود فى البيع و الشراء الملك و التمليك للبيع و الثمن و كذا الإجاره و الوصيه و بالجملة فما كانت الدعوى فيها على المال عرفاً و كان المقصود منها ذلك و ان عبر فى الدعوى عنه بلفظ عقد أو إيقاع أو فعل أو ترك و ما لم تسم عرفاً الدعوى فيه على المال كالوصايه و الوكاله و النسب و الطلاق و الرجعه و عيوب النساء و الولاء و القصاص و الرضاع و الولاده و العتق و الكتابه و التدبير فلا تثبت بهما و ان ترتب عليها مال كما يترتب على الأولين الجعل و على الثالث الإرث و النفقه و على الرابع تنصيف المهر أو سقوط النفقه و على الخامس النفقه و على السادس البراءه من المهر أو رد مثله أو قيمته و على السابع الإرث و العقل و على الثامن التراضى بالمال و على التاسع غرامه المهر و نحوه و على العاشر ثبوت الميراث و على الباقي فكك المال و انتقاله لأن المال و إن صح ترتبه على الدعوى إلا- ان المقصود منها غيره لأن المقصود فى الأولين دعوى ولايه و تصرف و فى الثالث دعوى اتصال ابوه و بنوه أو اتصال إلى ثالث و فى الرابع فكك عقده النكاح و فى الخامس عود النكاح و فى السادس إثبات صحه الفكك و فى السابع عقده السبب و فى الثامن صحه القتل و فى التاسع نشر الحرمه و فى العاشر الاتصال و فى الباقي التحرير و الخلوص من الرقيه إلى غير ذلك نعم لو ابرز المدعى دعواه بنفس المال فقال: لى مال من نفقه أو من ميراث أو جعل أو غير ذلك نعم وقع الخلاف فى ثبوت النكاح و الخلع و العتق بأقسام و الوقف بهما فبين مانع فيما عدا الأخير كالشيخ و الحلوى و بين مانع فى النكاح كما ذهب إليه الديلمى و الشهيد و نسب فى النكاح للمشهور لأن المقصود منه الإحسان و إقامة السنه و كف النفس عن الحرام و النسل و المهر و النفقه تابعان لذلك و فصل بعضهم فيه بين دعوى المرأة فتثبت بهما تضمنها المهر و النفقه و دعوى الرجل فلا تثبت بهما للأصل و ذهب إليه فى؟؟؟ و؟؟؟ و بين متوقف فيه كالدروس و الشرائع قيل و القائل بالقبول مطلقاً غير معلوم و بين مانع فى الخلع كالفاضل و الشهيد و غيرهم و نسب للأكثر و فصل فيه؟؟؟ و؟؟؟ بين دعوى الامراه فالمنع و بين دعوى الرجل فالقبول لتضمنها المال و بين مانع فى العتق و نسب للمشهور

لأن الدعوى على الحرية و قيل يثبت بها لتضمنه المال لأن العبد يدعى زوال مال المولى و ظاهر اللمعه عدم الخلاف فى منع ثبوت التدبير و الكتابه لهما و بذلك صرح فى الروضه و الظاهر ان البحث آتٍ فيهما و فى الدروس ما يدل على انهما بحكم العتق و اختلف كلام العلامة فى كتاب العتق قطع بثبوتهما بهما و فى هذا الباب قطع بعدمه و بين مانع فى العتق أمياً مطلقاً كالشيخ فى الخلاف أو مع عدم انحصار الموقوف عليه كالشهيدين و بين مجوز له مطلقاً فى؟؟؟؟؟ و الحلى و غيرهم و مبنى الخلاف على ان انتقال الموقوف إلى الموقوف عليه أم إلى الله تعالى و الأول مع الانحصار و الثانى مع عدمه أو يبقى على ملك الواقف و الا-كثر على الأول حتى قيل انه المذهب بل نقل عليه الإجماع و لجريان جميع أحكام الملك للموقوف عليه لضمائه بمثله أو قيمته عند تلفه لهم و جواز تصرفهم به كتصرف الملاك و المنع عن بيعه لا-ينفى الملكيه كالمنع من بيع أم الولد و بالجمله فلا-يخرج عن مسمى دعوى المال أصاله و تبعاً و يمكن القول بأن الخلع و الطلاق بعوض و الجهاله فى الوكاله و الوصايه و النكاح و المكاتبه و النسب و القتل و نحوهما يثبت بالشاهد و اليمين فيها نفس المال و ان كان المقصود فيه تبعاً و الدعوى غير منطبعه إليه ابتداء و لا يثبت غير المال و ان كان هو المقصود الأصلي من الدعوى فيكون بمنزله تبعيض الصفقه و بالجمله فالأصل قبول الشاهد و اليمين فى حقوق الناس لا ما أخرجه الدليل لأن الأصل العدم حتى يثبت ان الدعوى أصاله على المال أو ان يكون المقصود منها المال.

ثالثها: يشترط تقديم شهاده الشاهد قبل اليمين و إقامتها

و كذا تعديله فلو وقعت اليمين قبل ذلك كانت لا-غيه و يفتقر إلى إعادتها قبل ذلك بل لو وقعت مقارنه للشهاده كل ذلك لظاهر إطباقهم و للأصول القاضيه بالمنع من القبول سوى ما دل عليه الدليل و إطلاق النصوص و ان قضى بالثبوت على الإطلاق إلا ان التقديم الذكري و الاستمرار عليه فى كل الروايات و قوله عليه السلام: ابدأ بما بدأ الله و كلامهم كلام الله و إشعار الواو بالترتيب فى اكثر المقامات كل ذلك بمعونه فتوى الفقهاء و فهمهم يقيد ذلك الإطلاق و يصرفه إلى الترتيب على ان الإطلاق جىء به لبيان القضاء لا لبيان

كيفية الأداء فيضعف الاستناد إلى الإطلاع و لأن حجه المذكور اليمين لضعفه و قوه المنكر فإذا كان ضعيفاً كان متمماً حقه التأخير و لأن أكثر الأخبار من قضايا الأحوال فلا عموم في كفياتها و لم يدر كيف وقعت لمكان الواو فيؤخذ بالفرد المقطوع به و هو تقديم شهاده الشاهد نعم في صحيحه محمد بن مسلم ما يدل على العموم و في خبر درع طلحه ما يشعر به من حيث الاستدلال على شريح على وجه يشير إلى ذلك فإذا عجز المنكر عن الجرح حلف المدعى بل له ان يحلفه ثم يطلب الجرح من المنكر فإن جرح و إلا حكم الحاكم.

رابعها: لا يحلف المدعى مع الشاهد ليثبت ما لا غيره

اشاره

فلا- يحلف الوصى ليثبت مال الموصى لا- الولي ليثبت مال المولى عليه و لا الحاكم المدعى مع الشاهد ليثبت ما لا الجهات العامه و لا- الحسيه لإثبات مال من ادعوا عنه حسبه و لا- الغريم إذا ادعى ما لا للميت على آخر بل اليمين على الوارث و لا المرتهن لإثبات مال الراهن كل ذلك لظاهر الاتفاق بعد الأصل و انصراف الإطلاع إلى المدعى نفسه فلا يستند إليه في شمول حكم اليمين لكل مدعٍ.

فأئده: هل اليمين شرط في قبول شهاده الشاهد أو جزء من الحجه

الظاهر الثاني لظاهر الأدله لأن استناد القضاء إليهما يقتضى استوائهما في النسبه و كون كل منهما حجه للإثبات و عليه فلو غرم الشاهد لا يغرم إلا النصف و على الأول يغرم الكل في مقام الغرامه و احتمال ان الحجه اليمين بشرط الشهاده كيمين القسم لأنه المتمم فلا غرامه ضعيف و يحتمل التنصيف على كل حال و يحتمل الرجوع إلى الشاهد على كل حال.

خامسها: إذا ادعى جماعه ما لا قد اتخذ سبب دعواهم به كميراث أو وقف أو شراء عين فأقاموا شاهداً على اصل ذلك لزم الحلف على طبق شهاده الشاهد

فإن حلف الجميع حلفوا على الأصل و كذا ان حلف واحد و لا يجوز ان يحلف كل واحد منهم على نفس حصه و كذا لو حلف واحد للزوم تطابق اليمين مع الدعوى في الحكم المخالف للأصل و هذا ان كان إجماع و إلا فللمناقشه كلام ثم ان الجميع ان حلفوا على

الجميع فلا كلام و ان حلف بعض على الجميع فهل يثبت لهم نفس حصته أو يثبت بيمينه جميع المال للمدعين لحصول الشاهد بالجميع و اليمين على الجميع أو لا يثبت شيئاً حتى يحلف الجميع لمخالفه الحكم للأصل و الجميع بمنزله مدعى واحد فلا يثبت الحق إلا بحلف الجميع على الجميع وجوه أو جهها الأول و هو ظاهر الأصحاب لأنهم بمنزله المتعددين فى الدعوى فيثبت منهم ما يحلف عليه و اثبات الجميع بحلف واحد ظلم على المنكر و لعل الآخر يكذب يمين الحالف و يقطع بكذبه فتسليمه الحق بمجرد يمين غيره ظلم نعم قد يقال بلزوم تحليف الآخر على عدم العلم بكذبه و كفايه ذلك و لكنه خلاف ظاهر الاتفاق كما ان توقف حق الحالف على حصته على حلف الآخر ظلم عليه لأنه قد ينكل لجهله أو للاحترام أو لغير ذلك.

سادسها: لو ادعى جماعة فحلف بعض و نكل آخر بعد توجه اليمين عليه يسقط حق الناكل

اشاره

و ليس حكمه حكم الشركه فى الأعيان أو الشركه فى الديون حيث ان الحالف مقر بالشركه فيجربى عليه حكم الإقرار فلا يجوز له الاستبداد بحصه من العين و لا بما يخصه من الدين و ذلك لأن النكول إسقاط لحقه فهو بمنزله الإعراض عنه فكان الشارع شخص و قسم للحالف ما حلف عليه و أقدم على اليمين به و لو كان بعض المدعين قاصراً عن الدعوى أو غائباً وقف نصيبه إلى الكمال و الحضور فإن كمل القاصر قدم المسافر فحلفا أخذنا نصيبهما و إلا سقط و ان ماتا قبل ذلك تولى الوارث لهما اليمين فحلف مع ذلك الشاهد الأول و لا يجب على المنكر دفع نصيب القاصر و الغائب و لا دفع كفيل إلى اوليائهم و احتمال لزوم دفع العين دون الدين لأنه نفس المال المشهود به و المقسوم عليه و هل يشارك القاصر بعد بلوغه و حلفه الحالف الأول فما قبضه لو تعسر عليه قبض المال الأوجه مشاركته له فى العين دون الدين و يحتمل المشاركه فى الجميع استناداً لقواعد الشركه و يحتمل عدمه فى الجميع تنزيلاً بحكم الشرع بجواز اخذ الحالف منزله القسمة فلا يعود الشريك بعد قسمه المال المشترك و لو مات الناكل عن اليمين لم يجز لوارثه اليمين بعد موته و نكوله لسقوط الملك بنكوله فلا يدعيه الوارث مع احتمال عدم السقوط لاحتمال ان النكول كان إكراماً و احتراماً لليمين و لو

كانت الدعوى فى وقف جاز للوارث اليمين و ان نكل مورثه عنه لانتقال الوقف إليه من الواقف دون مورثه و ربما احتمال التسويه بينهما و لو ورث الناكل الحالف جاز أخذه للمال نعم لو أنكر اصل الدعوى لم يجز ان يرثه لأنه باعترافه انه لا حق لمورثه فيه و انه ظالم و اقرار العقلاء على أنفسهم جائز.

فائده: لو ادعى الحاكم وقفاً عاماً أو غيره من أهل الجبهه الموقوف عليها صح إقامه الشاهد من أهل تلك الجبهه

عليه و لا- تمنع الشهاده من حيث إنها كشهادة الشريك تجر نفعاً لبعدها بالشريك عرفاً و لبعده التهمه عن الشاهد لعدم الانحصار و مثله لو شهد الفقيران بزكاه أو علويان بخمس و لو كان الشاهد واحد فاحتاج إلى ضم يمين فهل يجزى يمين المدعى من أهل تلك الجبهه؟ كالحاكم أو غيره سيما فى الأوقاف العامه لأنه مالك فيقبل يمينه أو لا يقبل لبعده ملكيته و استهلاك حصته و إذا قبل يمينه فإن قبل على الكل لزم ان يثبت بيمينه مالاً لغيره و ان قبل فى حصته فقط لزم عدم الفائده لعدم تميزها بوجه.

سابعا: كل ما يثبت بشاهد و يمين يثبت بامراتين و يمين الخصم

للروايات الصحيحه الداله على ذلك و لما دل من قيام كل امرأتين مقام رجل فى الشهاده و لكنه يختص بالأموال و فى الحسن تقييد قبول شهادتهما مع اليمين فى الدين و قريب منه آخر و منع من قبول ذلك بن إدريس و شدد المنع و هو قوى لو لا الأخبار المعبره المنجبره بفتوى الأكثر و لا تقبل شهاده امرأتين مع اليمين فيما تقبل فيه شهاده النساء منفردات لأن ذلك فى غير الأموال كالعيوب و الاستهلاك و الولاده و هذه لا يجزى فيها اليمين نعم يثبت بشهاده ما دون الأربع من غير افتقار إلى يمين فى ميراث المستهل و فى الوصيه للدليل لا يقال ان قبول شهاده النساء مع اليمين من قبيل شهاده النساء المنفردات فلا تقبل فى الأموال بل يثبت بها ما يعسر اطلاع الرجال عليه لأننا نقول ثبت ذلك بالدليل تنزيلاً ليمين المدعى منزله شهاده الرجل الواحد و الخثنى كالامراه فى انضمام اليمين.

ثامنها: اصل فيه فوائده:**أحدها: لو ادعى بعض الورثة الوقف من مورثهم ثم من بعدهم على نسلهم حلفوا مع الشاهد**

و قضى لهم بالوقفه و ان امتنعوا من اليمين حكم بم ادعوا به ميراثاً بالنسبه إلى باقى الورثه و الديون و الوصايا و يحكم على مدعى الوقف بالوقفه بالنسبه إلى حصه أخذاً باقراره و لا يمضى على غريم الميت لتعلق حقه بالتركة فيكون بمنزله الإقرار فى حق الغير و لو حلف بعضهم فنصيب الحالف وفقاً و الباقي طلقاً بالنسبه إلى غير المدعى فتتصرف فيه الديون و الوصايا و الباقي ميراث يقسم على غير الحالفين و ما يحصل من القسمة لمدعى الوقف يحكم بوقفه على موجب إقرارهم و قيل يقسم على الحالفين و على غيرهم لاعتراف باقى الورثه باشتراك الكل فيه ارثاً و ان ظلم الحالف بأخذ نصيب منه لادعائه الوقفه و فيه ان غير الحالفين يعترفون بالاشتراك فى الجميع و ان ما أخذه الحالف بالوقفه إنما استحقه بالإرث و الحالف معترف بأنه لا يستحق إلا ما أخذه نعم ان زاد نصيب مدعى الوقف إرثاً على نصيبه وفقاً كان الزائد مجهول المالك لا يدعيه أحد و لو انقرض الممتنع من اليمين كان للبطن الثانى الحلف مع الشاهد الأول و لا يبطل حقهم بامتناع الأول لتلقيهم الوقف من الواقف و هل يحتاج إلى تجديد شهاده الشاهد؟ الظاهر العدم و لو قلنا بتلقى الوقف من الموقوف عليه لم يكن لهم الحلف لسقوط حق الأول بالامتناع نعم لا يبعد ان ما استقر نصيب للأول يكون وفقاً للثانى كما كان للأول أخذاً بإقراره.

الثانى: لو ادعى الوقف عليه و على أولاده فادعى الوقف ترتيباً حلف مع الشاهد الأول

و لا يلزم الأولاد بعده بيمين آخر بناء على تلقيهم له من مورثهم و كذلك لو آل إلى الفقراء و المصالح العامه لانقراض البطون لم يكن يمين لعدم الانحصار و لكن هل يبطل الوقف أو يثبت و ان تلقى من الواقف؟ فوجهان من انه لا يثبت بلا يمين و هى هنا متعذره من الضروره لتعذر اليمين و ان كان المدعى وقف تشريكه افتقر البطن الثانى إلى اليمين لأنها بعد وجودها تصير كالموجوده وقت الدعوى المتفقه مع الدعوى رتبته و يحتمل فى الأول أيضاً ذلك لأن البطن الثانى يأخذ من الواقف لا من البطن

الأول فلا- يثبت له يمين غيره و ان نكل اختص به ميراث حكم الوقف من الحجر عن التصرفات و لم يشاركه غيره من ورثه الواقف الاقربين لإثبات مورثهم اختصاصه به وفقاً كما إذا ثبت اختصاصه بملكه شىء و فيه نظر.

الثالث: لو ادعى ثلاثة بنين شريك وقف بينهم و بين البطون فحلفوا ثم صار لأحدهم ولد وقف له الربع من حين التولد

فإن حلف بعد بلوغه كلاماً واخذ و ان امتنع فهل يرجع الربع إلى الثلاثة؟ لأنهم أثبتوه لأنفسهم بيمينهم و لا مزاحم إذ بامتناعه جرى مجرى المعدومين وجه اختاره فى المبسوط و يشكل باعتراف الأولاد بعدم استحقاقهم له و قد يجب عنه بأن الإقرار إذا استند إلى سبب فلم يثبت عاد المقر به إلى المقر و هنا كذلك و قد يدفع بثبوتة فى حق المقر بحلفه مع الشاهد و ان لم يثبت فى حق المقر له بالنكول و إذا لم يرجع إليهم فيصرف إلى الناكل أخذاً بإقرارهم و فيه انه يقتضى بسقوط اليمين عنهم رأساً و لا يصرّف إلى المدعى عليه الأول و لا إلى ورثته لثبوت عدم استحقاقهم أولاً و اعترض بأنه إنما ثبت ثبوتاً متزلزلاً فإن المتجدد أحد المدعين و إنما تثبت الدعوى بتمامها إذا حلفوا جميعاً فإذا لم يحلف أحدهم صرف نصيبه إلى المدعى عليه أو وارثه ان غير المدعى و إلا فإلى الناكل و رابع الوجوه انه وقف تعذر مصرفه فيصرف أمّا إلى البر أو إلى الواقف و ورثته و لو مات أحد الثلاثة قبل بلوغ الصغير عزل له الثلث من حين وفاه الميت لصيروره الوقف اثلاثاً و قد كان وقف له الربع إلى حين الوفاة فيضاف إليه نصف سدس و يوقف له فإن حلف بعد كماله اخذ الجميع و ان لكل فعلى قول الشيخ كان الربع إلى حين الوفاة بين ورثته الميت و الباقيين أثلاثاً لظهور ان الربع كان للثلاثة ثلث من حين الوفاة للباقيين و فيه الإشكال المتقدم و يمكن رجوعه إليه لا إلى المدعى إليه بتقريب تقدم وجهه و لو كذب الناكل الوقف أو التشريك و بالجمله استحقاقه لم يرد عليه شىء قطعاً و كان للحالفين على قول الشيخ و للواقف على قول لأنه وقف تعذر مصرفه فيرجع إلى ورثه الواقف غير المدعى.

الرابع: لو ادعى البطن الأول الوقف على الترتيب و حلفوا مع شاهدهم فقال البطن الثانى بعد وجودهم انه وقف شريك كانت الخصومه بينهم و بين البطن الأول

فإن اقاموا شاهداً واحداً حلفوا معه و تشاركوا و لهم حينئذ مطالبتهم بحقهم من النماء من حين وجوده و ان نكلوا خلص الوقف للأولين ما بقى منهم أحد و ان تجددوا و ادعوا التشريك قيل حلف الأولون الذين كانوا خصوصاً لهم و لغيرهم من الورثة و لكن لا يجرى نكلهم إلى المدعين فانهم لما ادعوا الاختصاص و حلفوا مع شاهدهم ثبت لهم ذلك نعم ان انعكس بأن حلف هؤلاء و نكل الأولون صار نصيب الأولين ميراثاً.

الخامس: لو ادعى البطن الأول الوقف مرتباً و نكلوا عن اليمين مع شاهدهم فوجد البطن الثاني احتمال إحلافهم

و احتمال عدمه إلى ان يموت البطن الأول و عدمه مطلقاً و منشأ التردد جعل النكول كالأعدام فكان البطن الأول قد انقرضوا و اعترف البطن الثاني نفى استحقاقهم الآن مع تلقيهم الوقف من الواقف فلهم اليمين بعد موتهم و وجه العدم مطلقاً تلقيهم من الأولين و قد بطلوا حقهم و لو حلف بعضهم ثم مات احتمال حرف نصيبه إلى الناكل بلا يمين و ان كان التلقى من الميت و إلا فباليمين لاعتراف الميت و البطن الثاني بالترتيب الموجب لعدم الصرف إلى الثاني ما بقى من الأول أحد فإن أوجبنا اليمين فلم يحلف فكما لو نكل كل من في البطن الأول في الاحتمالين الأولين و احتمال صرفه إلى ولد الحالف بناء على التلقى من الأول كما قواه الشيخ لتنزل الناكل منزل المعدوم و ثبوت الوقفيه ان قلنا بالتلقى من الأول و لأن الأول و قد رده و لا يمكن رده إلى اقرب الناس إلى الواقف لأن البطن الأول باقٍ فلم يبق إلا البطن الثاني و احتمال صرفه إلى ورثه الواقف لتعذر المعرف و هو الأقوى لكن إذا مات الناكل كان للبطن الثاني الأخذ بيمين أو لا بها.

تاسعاً: لو كان مورد الدعوى نفيًا و اثباتاً مال ثبت بالشاهد و اليمين

سواء كان ذلك المال هو المقصود و الملاحظه في الدعوى أولاً على إشكال فيما إذا كان المقصود غير المال و إنما ذكر المال بالعوض و المراد بكون مورد الدعوى مالاً هو ما كان موردها نفس المال كلى عليه ألف أو ما ينحل إليه كدعوى العقود من بيع و صلح و اجاره و مزارعه و مساقاه و هبه و سبق و رمايه و ضمان و حواله و كفاله نفس فيما لو كان

المكفول غريماً للمكفول له و وصيه و وقف باقسامه لأنه لا يخرج عن المالىه نعم يشكل يمين الموقوف عليه مع الشاهد حيث نقول ببقاء الوقف على ملك الواقف مطلقاً أو فى العام أو بانتقاله إلى الله فى العام أو مطلقاً من جهة انه لا يحلف الإنسان لاثبات مال غيره و يردده انه و ان لم يملكه و لكنه يعود إليه منافعاً و نماء فهو كيمين الوارث على القول ببقاء التركة على حكم مال الميت فإنها مسموعه لعودها إليه أو ما كان متعلقاً به كدعوى جواز العقد و لزومه و دعوى الخيار و دعوى الأجل و الشفعه و دعوى فساد العقد و دعوى الاشتراط و دعوى القبض و التسليم و التلف و دعوى العيب فى الأموال و دعوى فسخ العقد و دعوى قبض السيد؟؟؟ الكتابه أو ما كان المقصود منه المال و ان كان مصبها غير المال و معنى المقصود كون المال هو منشأ الدعوى عرفاً بحيث ان منشأها المال بحسب العادات العرفيه فلا عبره بقصد أفراد المدعى اثباتاً و نفيّاً فلو قصد المدعى بما ليس مالاً المال و كان عرضه ذلك فلا عبره بقصده و يدخل فى هذا القسم نذر المال و قتل الخطأ و الوالد ولده و المسلم الكافر و الجائفه و المأمومه و نفس السبق و اللقوق و عجز المكاتب عن أداء النجوم و كسر العظام و طاعه الزوجه لاستحقاق النفقه و غير ذلك و فى دعوى الولاء ليرث إشكال و ما لم يكن مالاً أو ما يتعلق به لو يكون هو المقصود منه فلا يثبت بشاهد و يمين و ان استلزم مالاً أو ترتب عليه مال كعقد النكاح أو الوطاء أو الطلاق أو النسب أو الوصايه أو الوكاله أو الرجعه أو النذر لغير المال أو القتل العمدى إلى غير ذلك و لا عبره باستلزامه المال نعم لو ابرزت الدعوى على نفس المال كما يقول: لى عنده ميراث من طرف أبى أو من جهة نكاح أو مال من طرف خلع أو جعله من طرف وصايه أو وكاله تثبت الدعوى بالشاهد و اليمين لو تسالم المدعيان على الأصل قطعاً و ان لم يتسالموا فوجهان أجودهما ثبوت المال دون سببه نعم لو ابرزت الدعوى بالسبب لتحصيل المال فلا- يثبت قطعاً و لو كان العقد مما يقصد به المال و غيره كالنكاح و الخلع احتمال ثبوته بالشاهد و اليمين تغليباً لقصد المال و احتمال عدمه و احتمال إثبات المال دون النكاح و كذا كل ما يتضمن مالاً و غير مال و كان كل منهما مقصوداً و اشتبه المقصود منهما فلا يبعد بثبوت المال بهما دون غيره كما يثبت المال فى

السرقه دون القطع و يثبت المهر بالوطء دون العده و يثبت المال دون الفراق و تثبت النفقه دون لزوم المضاجعه و قد يقال ان المتلازمين لو ادعى بسببهما لم يجرى ثبوت أحدهما دون الآخر لأنهما معلولان لعله واحده فلا انفكاك بينهما فأما ان يثبت النكاح فتثبت لوازمه أو ينتفى فتنفى كذلك نعم لو تسالما على وقوعه فتداعيا على المال المترتب عليه فلا إشكال فى الثبوت.

فائده: لا يحلف من لا يعرف ثبوته قطعاً و لو عرف ثبوته بالاستصحاب أو اليد أو البينه أو الشيع و بالجمله بحجه شرعه فوجهان و لا يبعد العدم ما لم يقيد كأن يقول: و الله أطلبه شرعاً.

عاشرها: لو حلف بعض المدعين مع شاهدهم و نكل الآخرون اخذ الحالف و منع الناكل

فيما لو كانت الدعوى على سبب يقتضى الاشتراك فى الدين و العين و لا يشارك الناكل الحالف لسقوط حقه من اصله و للزوم الضرر على الحالف و لأنه كالمال المعرض عنه لو حلف بعد ذلك مشارك الحالف فيما أخذه لو كان موجوداً فى وجه أو كان متلوقاً فى وجه آخر أضعف من الأول و الأوجه عدم المشاركة و مقتضى القواعد ان من اقر بالشركه فى عين أو دين لآخر و كان الآخر مصدقاً له أو غير مصدق فى وجه شارك المقر له المقر فيما قبضه فلو اقر شخص لأحد الشريكين بعين أو دين شاركه الآخر إلا إذا حلفه من أنكره يمين النفى ففى مشاركته للمقر له وجه و لا يبعد العدم لذهاب اليمين بحقه و هاهنا كان ينبغى ان يشارك الناكل الحالف لإقرار الحالف بثبوت الشركه و تصديق الناكل له غير ان الناكل لم يحلف تعظيماً أو اعتباراً إلا إنا خرجنا عن تلك القواعد بالعين للإجماع على الظاهر و لأن اخذ الحالف بمنزله القسمه الإجباريه و فى الدين للإجماع على الظاهر و للشك فيما دل على الشركه فى الدين لمثل ذلك حيث ان القاعده تقتضى ان الغريم مخير فى جهات الوفاء و القضاء لمن أراد أو يشاء على اخذ الحالف إنما كان بسبب حلفه لا بسبب إقرار المنكر و من البعيد تملك الإنسان بحلف غيره و لو رجع الناكل إلى الحلف بعد نكوله ففى مشاركته للحالف أولاً وجه قوى

و هل يشاركه فيما بقى عنده أو فيما بقى و تلف و فى الموجود دون نمائه أو فيه و فى نمائه؟ أوجه و الأوجه بحسب القواعد المشاركة و بحسب الفقاهه العدم.

حادى عشرها: يجوز لصاحب الحق ان يحلف لإثبات حقه

و ان كان المال لغيره فيحلف غريم الميت إذا ادعى ان هذه التركة له تعلق بها لو كانت بيد الغاصب و لم يدعيه الوارث و لا يبعد ان لغريم الميت ان يدعى الغريم الآخر ان له حق فى ذمته يستحقه عليه فيحلف مع شاهده و كذا للمرتهن ان يدعى من غصب الرهن فيحلف ان له فيه حق الرهانه و قد يقال ان للمرتهن و غرماء الميت ان يحلفوا على مال غيرهم لإثبات حقهم لشمول أدله اليمين لمثل ذلك و لعدم فوات الحق لو لم يشرع لهم اليمين و نظيره حلف الوارث لو قلنا ان تركه الميت لا تنتقل إليه و لكن قد يملكها بالقوه أو بالأول فإذا صح يمينه بذلك صح بهذا و لكن ظاهر الفقهاء على خلاف ذلك.

ثانى عشرها: لو ادعى على شخص بيده جاريه و ولد ان الجاريه ملكه و أم ولده هذا فهو ولده و هو حر فهذه تنحل إلى دعاوى

و يقبل الشاهد و اليمين فى ملك الجاريه و يقبل إقرارها بأنها أم ولده فلو ملكها بعد ذلك لم يجز له بيعها و تنتعق بعد موته من نصيب ولدها و يكون الولد بموجب إقراره ولده و يرثه ما لم يكن معروفاً بنسب آخر و لكن له انتزاع الولد من أهله و لإثبات انه ولده و انه حر بالشاهد و اليمين لعدم ثبوت النسب و الحريه بهما حتى لو قلنا بثبوت العتق بهما هناك لا يمكن ثبوت الحريه هنا لتبعيتها هنا للنسب الذى لا يثبت بهما إجماعاً منقولاً و شهره محصله و لا يلزم من ثبوت تلك الجاريه ثبوت كون الولد ولده بدعوى ان الولد نماء ملكه حينئذ فيسمع قوله فيه كما لو ثبت غصب جاريه فإنه يثبت ان نماءها للمالك تبعاً لها لا إنا نمنع تبعيه النمء للأصل بعد دخوله تحت يد الغاصب و ادعائه انه له و مجرد النمء لا يحكم على موجب اليد القاضيه بالملكيه و نمنع أيضاً الحكم بالحريه و انه ولده من جهه التبعية لأنه لم يدع ملكيه الولد بل ادعى كونه له و انه نماؤه و ولده لا انه نماء ملكه و فرق ما بينهما على ان دعوى العتق يمكن أولها إلى المال لتعلقها بإزالته بعد ثبوته بخلاف دعوى الحريه التابع للنسب فإنها ليس لها تعلق للمال بوجه و ان كان بين الوضعين

مضاده و بثبوت أحدهما ينتفى الآخر و لو ادعى شخص شخصاً جاريه بيده إنها ملكه سابقاً و اعتقها فإن أراد بذلك إثبات الولا و قلنا ان الشهاده مع اليمين بالعتق لإثبات الولا أو الشهاده بالولاء مع اليمين تسمع لأن المقصود منهما المال سمعت الشهاده و قبل اليمين و إلا فلا تسمع شهاده الواحد مطلقاً حتى فى إثبات كونها كانت ملكه لأن إثبات الملك المقيد بالقدم لا يسمع فى معارضه اليد على الأقوى فمجرد كونها كانت فى ملكه لا ثمره فيه إلا ان يضم إلى ذلك و انه اعتقها و الكلام فى إثبات ذلك كالشاهد و يمين لا- يقال إنها إذا ثبتت ملكه سابقاً ثبت عتقها بموجب إقراره إذ المالك ينفذ إقراره بالعتق قلنا نعم ينفذ حال كونه مالكاً و ملكه سابقاً لا- يثبت انه مالك حال الإقرار لطرو اليد القاضيه بالملك بعد ثبوت الملك الأول فيكون إقرار بحق الغير فلا يسمع.

ثالث عشرها: الناكل عن اليمين مع الشاهد له إعادة اليمين

و ليس كالنكول عن اليمين المردوده و احتمال العلامه رحمه الله سقوط الحق بنكوله و ظاهر الأصحاب ان الناكل عن اليمين مع الشاهد لا يقوم وارثه مقامه بعد موته فى الحلف مع الشاهد لسقوط حقه بنكوله فى الوارث إنما يتلقى الحق عن الموروث و هو مشكل لمنع سقوط الحق بمثل هذا النكول فللوارث ان يحلف يميناً على الحق لعوده إليه مع إعادة الشهاده من الشاهد و يكون حكمه حكم ما لو أقام شاهداً فمات قبل اليمين فانه لا إشكال فى قيام الوارث مقامه فى اليمين و يعطى حكم الموروث هذا كله فى دعوى الملك أمّا دعوى الوقف فظاهر الأصحاب ان نكول الطبقة الأولى لا تبطل حق الطبقة الثانية بل للطبقة الثانية الحلف بعد نكول الطبقة الأولى أمّا بعد موتهم أو مع ودهم كما سيجى ء إن شاء الله تعالى كما ان حلف الطبقة الأولى لا يغنى عن يمين الطبقة الثانية بناء على تلقى الوقف للثانية من الواقف لا من الأولى كما هو الأظهر و ان كان القول بتلقيهم من الأولى هو الأشهر و قد يقال بلزوم اليمين على الثانية على كلا القولين لأن الإنسان لا يثبت مالاً بحلف غيره و الطبقة الثانية و ان تلقت عن الأولى لكن لا- على نحو تلقى الملك لأنهم لا يملكون إلا بصيغه الوقف إلا انه مرتب و قد يقال بعدمه على القولين لأن الطبقة الثانية نائبه عن الأولى و استحقاتها مترتب على استحقاتها فإذا استحقت الأولى

استحقت الثانيه عنها و لأن الأولى قد حلفت على الوقف الدائم لا المنقطع فيلزمه انتقاله إلى الطبقة الثانيه قهراً لأن ذلك من لوازم الدوام بخلاف الوقف التشريكي فانه يدخل عليهم دفعه واحده فهم بمنزله الجماعه المدعين أمراً واحداً فلا بد من حلف الجميع حتى لو ظهر واحد بعد حلفهم من المشاركين لهم فانه لا يجوز له اخذ حصه إلا بيمين و لا يجديه إقرارهم و يمينهم لتلقى الجميع من الواقف و لا يثبت اليمين مآلاً لغير الحالف.

رابع عشرها: إذا حلفت الطبقة الأولى فالأشهر انه يكفى عن يمين الثانيه

و الأظهر العدم لتلقى الجميع عن الواقف فإذا نكلت الطبقة الثانيه أو لم يمكن حلفها كما إذا عادت لغير المحصور عاد ميراثاً لواقف لا- للموقوف عليه و هل هو وارثه عند موت الموقوف عليه أو عند موت الواقف؟ وجهان أو جههما الأخير و لو كان الموقوف عليهم ورثه للواقف فالأظهر بقاؤه وقفاً فى حقهم إذا لم ينازعهم الواقف أو ورثته فيه أو يتنازعون بعضاً مع بعض للزوم إبقاء ما اقر به الطبقة الأولى فى حقهم إذ لم يعلموا وجهه لأخذهم من يده و لا يجب على الطبقة الثانيه إذا شكوا فلم يحلفوا ان يرجعوا المال إلى الواقف و لو مات أحد الحالفين من الطبقات رجع الوقف إلى الحالفين الآخر و لا يحتاج عند المنازعه إلى يمين جديده لسبق حلفهم مع احتمال لزوم حلف الحالفين على ما جاءهم جديداً فيكون كالوقف التشريكي.

خامس عشرها: لو نكلت الطبقة الأولى كان الوقف ميراثاً

يقضى منه الوصايا و الديون و كان حصه الناكلين وقفاً لو كانوا ورثه لإقرارهم بالوقف و يلزم على أولادهم إذا لم يعلموا بالحال اجراءه وقفاً و يمكن القول بأنه لا- يكون وقفاً إلا بيمين الورثه لأن إقرار الأولين كان بدعوى موقوف صدقها على اليمين و لم يحصل فلم يثبت و ليس هو كالأقرار الغير المعلوم الحال و هل للطبقة الثانيه ان يحلفوا على الجميع مقام الطبقة الأولى لتلقيهم من الواقف أو لا- لتلقيهم عن الطبقة الأولى فإذا لم يحلفوا لم يحلفوا وجهان و الأوجه ان لهم الحلف و احتمال ان الوقف يكون كمنقطع الابتداء فيكون باطلاً ضعيف لأنه ليس من المنقطع الابتداء ابتداء و عروض الانقطاع له

بالامتناع عن الحلف يمكن تداركه بحلف الطبقة الثانية فينكشف انه وقف من الابتداء و لأن نكول الطبقة الأولى لو أفسد الوقف لجاز افساد الوقف منهم على الثانية بمجرد اختيارهم النكول و هو ضرر و ضرار.

سادس عشرها: لو حلف و نكل بعض آخر فحسه الحالف وقف و حصه الناكل تركه

و لو كان الموقوف عليهم ورثه قسمت على الناكل و على من لم يدع و هل تقسم أيضاً على الحالف؟ وجهان من اعتراف الحالف بعدم استحقاقه شيئاً من ذلك سوى الحسه و هى باعترافه مشتركه بين الجميع فلا يستحق شيئاً و من اعتراف الناكلين بمشاركه الحالف لهم فى الميراث و إن ظلم باخراج حصه وقفاً و الأوجه عدم المشاركه بل يبقى الزائد المدفوع إليه وقفاً لاعترافه بذلك و إذا مات الناكل فورثه الحالف كان ميراثه وقفاً و هل يحتاج إلى يمين لو حصل التداعى؟ وجهان و هل الورثه الناكلين الحلف؟ وجهان على ما تقدم لو مات الحالف و بقى الناكلين جرى فى حصه ما تقدم من لزوم اليمين عليهم و عدمه و هل لورثه الحالف إذا كانوا هم أهل الطبقة الثانية الحلف؟ و ان وجد الناكلون و كذا لو نكل أهل الطبقة الأولى فهل للثانية الحلف أم لا؟ وجوه:-

أحدها: جواز الحلف واخذ الوقف تنزيلاً للناكل منزله العدم و لاستحقاقهم فى الجملة. الثانى: عدم جوازه لا-اعترافهم بعدم استحقاقهم ما دامت الطبقة الأولى فيكون حلفهم على غير المستحق فلا- بد من انتظارهم إلى ان يموتوا. الثالث: بطلان الوقف لشبهه بمنقطع الأول فيعود ميراثاً أو يصرف فى وجوه البر. الرابع: صرف حصه الحالف للناكلين لعدم إمكان صرفه إلى الطبقة الثانية لوجود الأولى و فى حلفهم الكلام المتقدم.

سابع عشرها: لو ادعى ثلاثة أو أكثر أو اقل من أهل الإرث أو من غيرهم وقفاً تشريكاً عليهم و على أولادهم أولاد غيرهم فيحلف المدعون يميناً

ثبت الوقف لهم فإذا تجدد لهم بعد اليمين رابع لو كانوا ثلاثة شاركهم بموجب إقرارهم و لكن يوقف نصيبه إلى حين البلوغ و يدفع النماء لوليه لملك الطفل له بموجب إقرارهم كمن

أقر لطفل بمال أو يدفع إلى الحاكم أو إلى يد عدل لاحتمال نكول الطفل فيتعلق به حق غيره و الأوجه الأخير و احتمال بقائه بيد الحالفين وجه ضعيف ثم ان الطفل ينتظر بحصته إلى ان يبلغ فإن أنكر الوقف عاد الوقف ميراثاً و يحتمل رجوعه للحالفين و يحتمل صرفه فى وجوه البر و يحتمل كونه مجهول المالك لإقرار الحالفين انه ليس لهم و انه للرابع و نفى الرابع انه له و يفرض ان الورثه لا- يدعوه فيكون مجهول المالک و ان اعترف فإن حلف شارك و اخذ النماء من حين ولادته إلى بلوغه و حلفه و ان نكل ففى صرف الحصه وجوه:-

أحدها: رجوعها للحالفين لأنهم المثبتون له ابتداء و قد انحصر فيهم أولًا فإذا رجع بنكول الرابع عاد إليهم و الفرق بين هذه الصوره و الصوره المتقدمه و هى ما إذا حلف بعض و نكل آخرون حيث استوجهننا فيها رجوع حصه الناكل ميراثاً هو ان الصورتين و ان كانتا جميعاً وقف تشريك فى الابتداء و ان كانت الأولى تقع مرتبه فى الطبقات ان الصوره الأولى الناكل فيها مدع موجود وقت يمين الحالف فيتوقف دفع حقه على يمينه و إلا- فلا حق له و هذه الصوره الناكل فيها قد تجدد وجوده بعد حلف المدعين و قبضهم الوقف و صيرورته لهم فإذا نكل المتجدد عاد لمن كان له و أورد على هذا الوجه ان الحالف مقر بحصه الناكل فلا- تعود له فيجب على المقر بذلها له و يحرم عليه أخذها و دعوى الشيخ ان الإقرار إذا كان مستنداً إلى سبب فكذب المقر له عاد إلى المقر ضعيف لعدم الفرق بين المستند إلى سبب و غيره نعم لو استند إلى سبب يتوقف على قبول المقر له كالوصيه و الهبه عاد إلى المقر له لعدم إمكان ملكه بدون قبوله و ليس ذلك من الإقرار بالملك بل بسبب الملك الموقوف على القبول و دعوى ان الوقف من ذلك الباب لا وجه له إذ الوقف لا يتوقف على اليمين واقعاً بل إنما يتوقف ثبوته عند الحاكم على ذلك و الإقرار يمضى على المقر سواء ثبت أم لا على ان الناكل غير منكر للوقف كى يقال ان الناكل كذب المقر بل هو مصدق له إلا- انه نكل عن اليمين فلعله احتراماً و إعظاماً. الثانى: دفعه للناكل لعدم إنكاره الوقف و لإقرار الحالفين به انه له و الحق منحصر فيهما و الوارث لا تعلق له به بعد حلف الأولين و انتقاله إليهم

و فيه انه حق إذا لم تتعلق به دعوى وارث فلو تعلقت به دعوى افتقر إلى يمين الناكل لأن إثبات المال له بيمين غيره غير ممكن و الوقف يتلقاه الموقوف عليه من الواقف. الثالث: انه وقف تعذر مصرفه فيرجع إلى ورثه الواقف كمنقطع الآخر ابتداء أو إلى وجوه البر كمنقطع الآخر عارضاً. الرابع: انه يرجع للحالفين لأن نكول الرابع عن اليمين أخرجه عن أهليه الوقف فكان الوقف وقف على من تأهل له و أراده و قد يحتمل ذلك فيما إذا أنكر الوقف هذا المتجدد و لو مات الرابع بعد البلوغ أو قبله قبل الحلف قام وارثه مقامه و كذا الوارث يقوم مقام الناكل هنا فلوارث الناكل و هو المتجدد إذا مات ان يحلف على نصيبه فيعيده وفقاً بعد ان كان بنكوله طلقاً.

ثامن عشرها: لا يجوز للقاضي ان ينفذ حكم قاضي آخر

و يمضيه بمعنى الحكم بنفوذه و إجراء آثاره و قطع النزاع به و الزام المحكوم عليه به بل و صحته بالنسبه إلى المتداعين و ان خالفه فيه بمقتضى الدليل الظنى و لا يجوز الرد عليه عند مخالفته بالدليل الظنى و لا بد من إمضائه ظاهراً نعم لا يجوز له العمل واقعاً بحكم المخالف له كما إذا حكم عليه بأن المطلقه بالثلاث المرسله زوجته و هو يرى وقوع الطلاق بها فإنه يلزمه إمضاء حكمه ظاهراً و عدم العمل عليه بينه و بين الله تعالى و لا منافاه و لا يجوز للقاضي ان يحكم بحكم قاضي آخر لأنه حكم به لأن الحكم لا يكون إلا بأسبابه من البيئه و اليمين المردوده و نحوها و على ما ذكرنا فلو قطع القاضي بحكم القاضي الآخر من شياع و نحوه أمضاه و الإمضاء يختص بحقوق الناس سواء كان عن قطع أو ظن و لا يعم حقوق الله و لو كان عن قطع على ما يظهر من الأصحاب و انما اختص بحقوق الناس لابتناء حقوق الله على التخفيف و قد يحتمل العموم فى المقطوع به و كذا لو حكم بحضوره منشأ للحكم أما لو اخبره: بانى حكمت بذلك فالأوجه القبول لأن الاعتماد عليه فى إنشائه يقضى عليه بصحة إخباره به و لتضمن الإنشاء الأخبار و هو فتوى المشهور و الأولى ان يبرز الحاكم حكمه بصوره الإنشاء فى مقام يجوز ذلك دون الإخبار و كذا لو اقر المحكوم عليه بالحكم أو قامت بينه على إقراره و هل يكفى اعتراف المحكوم عليه بكتاب مدرج يتضمن الحكم عليه به فيقول هذا الكتاب حق أو قول القاضي

مشيراً إلى كتاب يتضمن الحكم: ان هذا الكتاب حق وجهان الجواز لأنه اقرار و ان كان بمجمل أو مجهول يمكن استعلامه و اقرار العقلاء على أنفسهم جائز فيجوز ان يشهدا على ذلك بإقراره كما يشهد على الوصيه بكتاب أقر أنه مشتمل على وصيه أو مشتمل على بيعه و شرائطه و موانعه أو نحو ذلك و المنع للإجماع المنقول عليه و لعدم القطع بتفصيله و لاحتمال الخطأ فيه من السهو في الكتابه و الغلط فيها أو الخطأ في التأديه و الكذب فيها و نحو ذلك و الشهاده لا تكون إلا على مثل الشمس و احتمال الخطأ في الإقرار اللفظي لا- عبره به إجماعاً و لا- يجوز تنفيذ حكم قاضٍ بكتابه إلى قاضٍ آخر إجماعاً منا و لروايه السكوني المعبره المنجبره و للأصل القاضى بعدم صحه تنفيذ الحكم و لو عرف خطه و رسمه و لو كانت فيه خطوط آخر ما لم يقطع بصدقه و لا تكفى القرائن و الأمارات و لو دفع القاضى كتابه إلى آخر و قال: ما فى هذا حكمى لم يلزم لأن الحكم لا يكون إلا باللفظ بل لو شهد شاهدان ان هذا حكمه كتابه أو أشهدهما على ذلك لم يثبت الحكم بل لو علم ان الخط خطه و انه كتب: حكمت و أخبر الشاهدين إني حكمت بمضمون هذا الكتاب لم يلزم إلا ان يبين مضمونه بنفس اللفظ لاحتمال الخطأ و لكن لا يبعد صحته تنفيذ الحكم فى هذا الأخير لجريان السيره به و لقضاء العلم بالقطع بصدور الحكم منه لفظاً و وقوعه على مضمونه الذى تضمنه ظاهر الخطاب و لمكان الضروره الداعيه إلى تنفيذ مثل هذا الكتاب المقترن بذلك الكلام من الحاكم و الشاهدين و لجريان السيره القطعيه على الأخذ بما فى كتب الأصحاب من فتاواهم و آرائهم و أقوالهم و النقل عنهم و حيال ان هذه الأدله تقضى بجواز العمل بكتاب قاضٍ إلى آخر مطلقاً بعيد لمخالفته للأصل و الإجماع و دعوى تأديه عدم العمل بالكتاب إلى أبطال الحجج و الطوامير التى قد استمرت السيره على فعلها دعوى ضعيفه لأن الحجج لتذكار الأحوال لا لإثبات الأموال و بالجملة فما لم يقطع من الكتاب بصدور الحكم اللفظي من الحاكم و كون الكتاب دليلاً عليه لا- يؤثر أثراً و إخبار الحاكم بكتابه: إني حكمت و ان كان مقطوعاً بكتابه له أيضاً لا- يؤثر لأن المقطوع به هو ما إذا أخبر بلفظه نعم لو كان الحكم به مقطوعاً به من كتابته بحيث لا يحتمل السهو

و الغلط و لا- يحتمل الكذب جاز انفاذه و احتمال الكذب فى إخباره ساقط لمكان السيره و مساواته للإنشاء بخلاف احتمال الكذب فى الكتابه فانه لم يعم دليل على اعتبارها مع ذلك الاحتمال و هل يلزم تنفيذ ما شهد به الشاهدان على صدور حكمه المعين على المعين و ان لم يشهدهما الحاكم وجهان من الأصل و حرمة العمل بالظن و من ظاهر الأصحاب نقلًا عن المنع و من حجته شهاده الشاهدين و قيام السيره على الأخذ بهما أمّا لو أشهدهما الحاكم فالمقطوع به من كلام اكثر الأصحاب قبول شهادتهما لقيام السيره و لمكان الضروره و للعسر و الحرج لولاه و لصعوبه نقل الشاهدين على الأصل و عدم التمكن من شهاده الفرع غالباً لعدم سماعها مع تعدد الطبقات و لعدم أبطال الحجج بتقادم الأزمنه لإمكان إثبات حكم الحاكم فى كل زمان عند آخر و اثبات تنفيذ الآخر له عند آخر و هكذا فتستمر الحجج و الطوامير على هذا الطريق و لعدم انقطاع الخصومات و النزاع لو لم يثبت الحكم الأول بالبينه لاستلزام ذلك المرافعه فى الدعوى الواحده عند حكام متعددين لا يعلم أحدهم بحكم الآخر و منع البعض من قبول الشهاده على الحكم للإجماع المنقول على عدم جواز العمل بكتاب قاضٍ إلى آخر و لروايه السكونى المانع عن ذلك و لأصالة عدم العمل بالظن و عدم نفوذ الحكم ضعيف لأن الأولين غير محل النزاع و الآخرين مردودان بالأدله على الجواز.

تاسع عشرها: يلزم فى شهاده الشاهدين أن يشهد على الحكم لا على الثبوت

فلو شهدا على انه ثبت عندهم للحاكم الآخر كى يأمر بالمعروف به و ينهى عن المنكر كما كان للأول ان يأمر و ينهى و لا بد ان شهدا على عين المحكوم عليه أو على اسمه أو وصفه المقطوع بانطباقه عليه فلو كان محتملاً لغيره عند الشاهدين أو عند الحاكم بعد شهادتهما بحيث لم يعلم ان هذا هو المشهود عليه لم يجر له التنفيذ نعم لو ادعى المدعى على شخص انه المحكوم عليه أو المشهود عليه فأنكر كان للمدعى اليمين عليه على نفى ذلك فإن اقر الزم بالحق و ظاهر جمله من الأصحاب ان المشهود عليه بالوصف لو كان مما لا يقع الوصف بغيره إلا نادراً كذى رأسين أو يد زائده أو استقصى الوصف بحيث يكون احتمال انه غيره ضعيفاً قبلت شهاده الشاهدين فى ذلك

و الزم بالحق و لو أنكر الاختصاص بالوصف لم يسمع قوله إلا بأن يحضر من شاركه بالوصف فإن أقر من شاركه بالحكم الزم بالحق و اطلق الأول و إلا اطلقا و وقف الحكم أو يقيم بينه على المشاركة و لو شهدت بمشاركته ميت له لا يعلم ان ذلك الميت لم يعاصر المدعى أو لم يحضر معه لو شهدا عليه بالحضور فإذا أقام بينه بذلك وقف الحاكم عن الحكم إذ الحكم على أحد الرجلين لا يفيد فائده.

العشرون: نفي الخلاف بعض أصحابنا عن ان للمشهود عليه بحق ان يمتنع من وفائه

حتى يشهد على قبضه و هو و ان كان خلاف القواعد إلا ان حديث الضرار و فتوى الأخيار و اشعار بعض الأخبار يقضى بجواز الامتناع أمّا لو لم تشهد بالحق عليه أو أشهد و كان أميناً يكون القول قوله فيها في جواز الامتناع خوفاً من مشقه اليمين و لزوم التوريه في بعض المقامات أو عدمه لأن مطل الغنى ظلم و جهان و الأقرب الأخير و لا يجب على المدعى و نحوه دفع الوثيقه بعد استيفاء حقه إلى المدعى عليه و نحوه سواء كانت ملك المدعى أو مباحه من المباحات لجواز افتقاره إليها عند خروج المدفوع له مستحقاً و نحو ذلك و لأن الناس مسلطون على أموالهم و خوف الضرر بالبقاء عنده ينجبر بإصدار وثيقه أخرى من المدعى للبراءه و كذا ليس على البائع دفع كتاب الأصل للمشتري للأصل و خوف الضرر بإبقائه ينجبر بكتاب يرسمه على شرائه.

الحادي و العشرون: ينفذ الحاكم حكم حاكم آخر في حال حياته و بعد موته و بعد جنونه و جهله

لو صدر الحكم منه جامعاً للشرائط فانخرامها بعد لا بأس به و ظاهر الأصحاب ان طرو الفسق بعد الحكم مانع من تنفيذ الآخر له و لا- يخلو من إشكال لعدم الفرق بين الفسق و غيره لأن الحكم بعد صدوره لا يتغير بتغير أحوال الحاكم إلا ان يقال ان حكم الحاكم لا يتبدل بالفسق كما لا يتبدل بالموت و لكن تنفيذه لا يجوز لأصالة عدم التنفيذ و المتيقن من صحته هو مال لم يطر الفسق بعد الحكم و مع الطرو يقع الشك فلا ينفذ و لا يخلو من إشكال إلا ان يقال ان الفارق و المؤثر شكاً هو كلام الأصحاب.

القول فى القسمة

إشارة

القسمة ليست بيعاً بل ليست من أحد المعاوضات مطلقاً بل ليست معاوضة برأسها للأصل فى محل الشك و لعدم عدهم لها فى أنواع العقود و ما يقال ان المشكوك فى كونه عقد أم لا نجعله عقداً لأصله عدم السببية إلا بالمقطوع به و لأنه من الشك فى الجزء فيعود شكاً فى ماهية مسلم لو وقع الإشكال فى الاحتياج إلى الإيجاب و القبول أو أحدهما أما المشكوك به بعد معرفه كيفية النقل به و الانتقال و بعد إحراز ماهية فالأصل عدم معاوضه و يدل على عدم كونه معاوضه انتفاء لوازمها القاضيه بانتفاء ملزوماتها من عدم احتياجها إلى عقد لفظى أو فعلى و عدم اشتراط قدره على التسليم فيها و عدم اشتراط التمول فى أفرادها و صحة قسمة الوقف من الطلق أو قسمة الوقف المشترك الذى صار وفقاً بصيغتين من مالكين و صحة الاجبار فيها و لزوم تساوى الحصص فيها و لو كانت بيعاً للزمها لوازم البيع من العلم و اشتراط القبض فى الصرف و ثبوت الخيار فيها و لزوم الأجل فى سلمتها و نسيئتها و دخول الشفعة فيها مع تعدد الشركاء كما إذا قسموا داراً و كان لهم شريكاً فى سلوكها و عدم جواز قسمة المكيل و الموزون قبل قبضه و ضمان المتلوف قبل قبضه و حرمة الزيادة فى الربا و لو فى مقابله الجوده و كذا الجهل و اشتراط عدم الزيادة مطلقاً فى الربا و عدم قسمة الرطب فى الجاف فيه كالرطب و التمر و غير ذلك إلى غير ذلك و ظاهر الأصحاب على خلافه و إذا لم تكن القسمة معاوضة فلا- تخلو من ان تكون تميز حق على وجه الكشف بمعنى إنها تكشف عن المقسوم ملك للمقسوم عليه خاصة من حين حصول الشركه فهى حين القسمة أ تراث ملكاً للمقسوم عليه سابقاً أو إنها حين القسمة بينه ان هذا للمقسوم عليه فى علم الله من حين الشركه أو إنها أفرزت حصه المقسوم عليه من حين الشركه فردتها عليه أو إنها مثبتة للملك من حين القسمة للمقسوم عليه كل بالنسبه إلى حصه الآخر على وجه المعاوضه بل هى عمل مع ملك لمن هى له فكل من المقسوم عليه ملك حصه الآخر دفعه لمكان الشركه الأولى فالكل يملكون دفعه كل يملك مال الآخر بسببيه ملك الآخر له و لكن لا على وجه المعاوضه و أما بالنسبه إلى حصه فهى إفراز لا غير و تعين لما

يملك فهي حكم من الأحكام فائدته الإفراز لحصه نفسه و التملك لحصه الآخر و الأخير هذا هو الأوجه و الموافق لقواعد القسمة و الموافق لضروره الشركه المقتضيه لامتزاج المالين و دخول مال كل واحد منهما فى حصه الآخر إلى حين القسمة فدعوى الكشف بجميع معايينه بعيداً جداً ثم ان القسمة بالنسبه إلى الإباحه فقط و إلى التملك المستقر و المترزل و بالنسبه إلى تمام متعلقها من الإفراز مع التراضى فقط أو هما مع القرعه أو الجميع التراضى بعد القرعه أو الجميع مع القبض أو الكل مع التصرف أو الأول مع القبض فقط أو معه و مع التصرف أو الأولين مع القبض وحده أو هو مع التصرف أو الأولين فقط و بالنسبه إلى كون القاسم هم الشركاء أو وكيلهم أو منصوب الإمام عليه السلام يحتاج إلى تامل و بحث و الأوجه بالنسبه إلى القواعد الأخذ بما يتيقن منه حصول الإباحه و الملك المترزل أو المستقر لعدم عموم فى دليل القسمة قاضٍ بالملك كعموم أوفوا بالعقود أو عموم تجاره عن تراض مما قلنا من الشك فى دخولها فى المعاضه و أدله التجاره بل الظن بخلافه و الوارد فيها من الأدله حكايات مجمله كقسمة النبي صلى الله عليه و آله و سلم و جعل على قاسماً و قسمة الغنائم و بعض الآيات المجمله و كلها لا- يقضى إطلاقها و حكاياتها بحصول ملك أو تملك بالقسمة أو بها مع القرعه و أدله القسمة خاليه من القرعه لم ترد فى القسمة نعم ورد إنها تخرج سهم المحق و كون القرعه داخله فى لفظ القسمة خلاف الظاهر فاللازم حينئذ تتبع موارد الإجماع و الأدله و الذى يظهر من الإجماع ان القسمة لو حصل بها الإفراز من قاسم الإمام عليه السلام مع التراضى بقسمته أو مع جبر الإمام عليه السلام ثم الاقتراع منه بعد ذلك حصل الملك المستقر لأن قرعه منصوب الإمام عليه السلام بمنزله حكم الحاكم لا يجوز نقضه و يلزم إمضاءه و كذا لو حصل الإفراز بالتراضى ثم القرعه ثم التراضى بعدها و ان لم يكن القاسم منصوباً للإمام عليه السلام فإنه يحصل الملك المستقر و بالطريق الأولى ما لو حصل القبض فقط أو هو مع التصرف بعد ذلك فى المقامين و بقى غير هذين الموردین مع الإفراز مع التراضى بدون القرعه من منصوب الإمام عليه السلام و غيره أو معها بدون الرضا بعدها من غير

منصوب الإمام عليه السلام و لم يحصل قبض أو تصرف و الظاهر فى الأول حصول الإباحه لا- الملك و فى الثانى الملك المتزلزل جمعاً بين اشتراط الرضا بعد القرعه كما يظهر من بعض الأصحاب و بين ما دل على كون القرعه كافيه فى القسمة و لا تفتقر إلا للرضا المتقدم بالقسمة و بالقرعه بعد الإفراز فلا حاجه إلى الرضا بعدها فيتوقف لزوم القسمة على التراضى بعد القرعه دون حصول الملك الأصلى و يمكن القول بعدم توقف اللزوم على الرضا المتأخر مطلقاً لكفايه الرضا المقارن و هو قريب و لو حصل قبض أو تصرف بعد القرعه و إن لم يظهر بهما الرضا المتأخر احتمال كونهما أقوى من الرضا بعدها فيفيدان اللزوم قطعاً و احتمال عدمه سيما لو حصل قبض فقط و لو لم تقع قرعه بالكلية بل إنما وقع بعد الإفراز قبض و كان القاسم غير الملاك فقط احتمال حصول الإباحه فقط و هو قوى للشك فى حصول القسمة بدون القرعه لأن القسمة تميز و لا تميز بغير قرعه للشك فى كون مجرد هذا لك و هذا لى تميز و لو وقع تصرف مع القبض أو بدونه من دون القرعه كان أقوى من القبض فيفيد اللزوم لأنه لا ينقص عن الإباحه فى المعاطاه و غيرها مما يباح للضيف أو ينثر فى الاعراس أما لو حصل إفراز فقط من الملاك بأنفسهم أو بوكيلهم أو بالمنصوب من قبلهم أو وليهم بحيث قالوا هذا لك و هذا لفلان كى يتحقق مسمى الأفراد و القسمة مع التراضى بدون قبض أو تصرف أو قرعه فالظاهر إفادته للإباحه فقط و ليس له طريق للملك و يظهر من بعض الأصحاب إفادته للملك فى الجملة و يظهر من آخرين نقلاً عن غيرهم و تحصيلاً على ما يظهر من العلامه و الشهيدين إنها تفيد ملكاً لازماً و لا تفتقر إلى القرعه و لا إلى الرضا بعدها و لكنه بعيد عن القواعد لخلو أخبار القسمة عن الدلاله على حصول الملك بها بمجرد الإفراز مع التراضى و هذا كله لا- يتفاوت فيه بين قسمة الإيجاب أو التراضى و هى المشتمله على رد إلا- ان المشتمله على رد أظهر إلى الافتقار إلى الرضا بعد القرعه لأنها بمنزله المعاوضه من حيث اشتمالها على دفع أمر خارج عن المقسوم فيتوقف دخوله فى ملك المدفوع إلى سبب يقينى و كون نفس القرعه سبباً لذلك مشكوك به و هو قريب كما ذهب إليه بعض الأساطين فى غير منصوب الإمام بل فى منصوبه الأولى و الاحوط ذلك إذا لم

يكن جائزاً للشركاء على القسمة هذا كله بالنسبة إلى اللزوم و أما بالنسبة إلى الإباحة أو الملك المستقر فيرجع فيه إلى ما ذكرناه و لو عدل المتقاسمان من القرعة إلى الصلح أو إلى نية المعاطاة الداخلة في البيع أو في غيره جرى عليها حكم ذلك العقد و حكم المعاطاة منع الإباحة و الملك سواء اشتملت على رد أو لا أجره للقاسم إذا كان متبرعاً و إن كان قاسم الإمام عليه السلام فأجرته من بيت المال إلا إذا قام به المتقاسمان أو فرضها الإمام عليه السلام معهم مع الإيجاب فإن للإمام عليه السلام ان يفر فيها على الأقرب لأنها على بيت رخصه لا عزمه على الظاهر و إن كان القاسم بأمرهم فأجرته عليهم على نسبة المال لا نسبة الرءوس ضروره تأديه الثانى إلى استيفاء جميع الحصه فى بعض المقامات كما إذا قلت حصه أحدهم فاستفرقتها تلك الأجره بنسبه الرءوس و كون قسمة القليل و الكثير سواء فى العمل و القرعة لأن النقل و الحمل ليس على القسام بل ربما يكون القليل اكثر تبعاً فى الاستخراج سيما فى قسمة المعادله إذا عدلت السهام لا يقتضى بالمساواه لما ذكرنا من اقتضاء عقد القسمة لذلك لزوم الضرر و لأن

الكلام فى القسمة يقع فى مواضع:

أحدها: الأجره الحافظ على السهام دون الرءوس

إشاره

فالقسمة كذلك و إن كان بأمر أحدهم و رضاء الباقين بأمره من دون أمر منهم فالأجره على الأمر و ان كان أمر بالقسمة شخص أولاً و سمي مسمى و أمر الآخر كذلك و سمي مسمى آخر أو أمر الأول و ان لم يسم مسمى و أمر الآخر كذلك و فعل القاسم بأمر الأول ففى استحقاق القاسم شىء من الثانى من مسماه أو من أجره مثله إشكال و الأوجه عدم الاستحقاق و بالجملة فللقاسم أجره واحده فإن دفعها واحد مع رضا الباقين بمجرد القسمة دون الأجره التزم بها و ان رضى الجميع بالأجره كان المسمى على الجميع و لو دفع للقاسم أجرتين أو اكثر دفعه أو مرتباً من كل شريك أشكل الحال فى استحقاقه لذلك لأنه يستحق واحده إذ ليس له إلا الإفراز الواحد و قد حصل بالعمل الواحد فلمن ينوى العمل يستحق الأجره عليه و ان نوى للجميع استحق على الجميع أجره واحده و لو كانت الإجازات مترتبه فلا يستحق إلا الأجره الأولى لأنها التى حصل بها الإفراز

و هي التي ملك الأول بها الإفراز و القرعه عليه فلا- يملك آخر عليه ما ملكه الأول عليه إلا- ان يكون فضولياً بالنسبه إلى المستأجر الأول و كل عمل واحد إذا تعلق به غرض لأثنين أو أكثر كقطع شىء متصل لأثنين أو حفر بئر مشتركه بين اثنين فاستأجره الأول لم يكن للثاني الاستئجار للزوم تحصيل الحاصل و هو ممتنع مع الإعاده أو لزوم اخذ أجره من غير المعمول له و دعوى انه لو استأجره اثنان على القسمة استحق أجرتين لأنه استحق أحدهما بإفراز مال هذا عن هذا و الثانيه بإفراز الأخرى عن تلك فهما مختلفتان بالنيه لا وجه لها و لا تأثير للنيه و ما يقال فى الدفع إذا استأجره اثنان دفعه كل واحد بإجاره مستقله على إفراز حصه من الآخر ان خيار تعين المعمول له بيده فلايهما نوى استحق عليه و ان نوى المجموع استحق نصف كل من الأجرتين لا- وجه له و الأوجه البطلان لتضاد المالكين على مملوك واحد ثم ان المأمور بالقسمة من الشركاء من دون تعين المسمى له أجره المقل على نسبه العمل لأنه هو الذى يقابل بالعوض و هكذا لو أمر الشركاء حافظاً لمالهم أو أمروا بحصاد دياسه أو تقليح أو تركيس أو حمل أو غير ذلك فإنه يستحق عليهم على نسبه العمل لا على نسبه الرءوس لعدم مدخله الرءوس هنا و كثره العمل غالباً تدور مدار كثره النصيب فمن كثر نصيبه كثر عمله فيه و من قل قل و هذا معنى قولهم ان الأجره على قدر النصيب و لو فرض كثره العمل مع قله النصيب استحق الأجره بقدر ذلك العمل نعم يشكل الحال فى القسمة حيث ان العمل فيها متساو بالنسبه إلى كثره النصيب و قلته لاحتياج الكثير إلى إفراز القليل عنه و احتياج القليل إلى إفراز الكثير عنه و احتياج كل منهما إلى القرعه و العمل فى الكثير بإخراج القليل عنه كالعامل فى القليل بإخراج الكثير عنه فكما ان صاحب الكثير يدفع مالاً لإفراز القليل كذلك و هما واحد فى العمل فيحتمل هنا القسمة على عدد الرءوس لمكان ما ذكرناه و يحتمل ملاحظه الأكثر لحكم أهل العرف بزياده عمل الكثير لعود النفع إليه اكثر فكان العمل فى ماله اكثر كمن رد عبداً قيمته ألف و من رد عبداً قيمته عشره فإن أهل العرف يقولون ان عمل الأول اكثر و هذا هو الأوجه مضافاً إلى انه لو عومل على قدر الرءوس لاستغرقت قيمته المقسوم لو كان قليلاً جداً و لا

قائل به و ربما قيل ان القسمة غالباً سيما قسمة التعديل يكون عملها في القليل اكثر لدقته و لزياده الحساب فيه و لزياده القرعه من حيثيه فإن لم يكن في نفسه اكثر عملاً فهو مسبب لكثرة العمل فعلى ذلك يلغو زياده العمل و قله كما يلغو الحكمه بالقسمة على الرءوس فيعود المدار على كثره النصيب و قلته و هو حسن و لو كانت الأجره مسماه من أهل القسمة فالحكم كذلك إلا ان احتمال القسمة على الرءوس هنا قوى لظهور الخطاب بالتوزيع على عدد الرءوس عند الإطلاق و عدم ذكر كل ما عليه و لكن العاده كالمخصصه لظاهر الخطاب و لو عين كل من الشركاء ما عليه تعيين سواء زاد على قدر العمل في نصيبه أو قل لعموم المؤمنين عند شروطهم و ليس فيه منافاه لعقد الإجاره قطعاً و ذكروا هنا ان الأجره على جميع الشركاء سواء في ذلك طالب القسمة و غيره إذا رضى الجميع بالقسمة نعم لو عين الطالب مسمى و لم يعين الباقيون كان المسمى على الطالب و على الباقي أجره المثل إذا لم يكن الطالب دافعاً عن الجميع و بهذا دفعوا الإيراد المتقدم في عدم جواز الترتيب في الإجاره على القسمة بأننا نمنع صحه العقد الأول لو احد فقط بل لا بد من رضا الجميع فالأجره على الجميع ابتداء فلم يبق موضع يصح فيه وقوع الترتيب كى يمنع و فيه أنا نمنع الترتيب في موضع يمكن صحه العقد من الأول على القسمة بحيث تكون الأجره على الأول و لو برضا الباقيين بأجرته.

فأئده: لما كان التملك في القسمة على خلاف الأصل اقتصر على المتيقن

في جواز قسمته من المقسوم فلا- يقسم ما في الذمم لو كان الدين لشركاء متعددين على غرماء متعددين و لا تقسم المنفعه حصصاً ملكاً أو وقفاً و لا مهايه في أزمنه متعدده و لا يقسم الحد حصصاً و لا في أزمنه متعدده و تقسم الأعيان و تتبعها المنفعه مع العلم بقدر المقسوم و مع الجهل به سواء مما كان يكال و يوزن أم لا مع الشهاده و يقسم المكييل موزوناً و الموزون مكيلاً و يقسم متساوياً و متفاضلاً مثلياً أم لا و يكون الفاضل في مقابله الحسن ذو الجوده و لا ربا في القسمة أو يزداد في القسمة زياده من غير مقابل بناء على عدم اشتراط التساوى في القسمة أو جعل الزيادة بمنزله الهبه و تقسم العين مع المشاهده و ان احتملت الزيادة و النقصان في الربا و غيره و لا تضر الجهاله سوى جهاله ما لم ير

كقسمه البذر تحت الأرض و قسمه الطلع فى الأكام إذا لم يتميز و قسمه ما فى تبين من طعام و نحوه غير مشاهدين و المقسوم إما ان يكون قيمياً أو مثلياً و القيمى إما ان يكون عقار أو غيره و العقار إما ان يكون واحداً أو متعدد مختلفاً أو متفقاً و غيره كذلك إما يكون واحداً أو متعدداً متحد النوع أو مختلفه.

ثانيها: كل ما يحصل بقسمته ضرر على جميع الشركاء بحيث لا يحتمل عادة و لا يقابله نفع آخر أوجب تحمل ذلك الضرر

و لا تجوز قسمته سواء طلبه بعض دون بعض أو طلبه الجميع لأن القسمة مشروعه لدفع الضرر فلا تشرع له و لأنها سفه و عبث فيشك فى شمول دليل القسمة لها و قد يقال ان الناس مسلطون على أموالهم فلهم ان يقسموا على الرضا مطلقاً و قد يفرق بين الضرر المؤدى إلى التلف فلا تصح و بين الضرر الغير المؤدى أو بين الفاحش و غيره فتصح فى الأخيرين و ان تضرر بعض الشركاء فى القسمة دون بعض فإن طلب المتضرر القسمة اجبر غير المتضرر و ظاهرهم الجبر مطلقاً و فيه إنها بالنسبة إليه سفه سيما لو كان ضرراً متلفاً فالفرق بين هذا و بين ما تقدم يحتاج إلى تأمل و ان طلب غير المتضرر القسمة لم يجبر المتضرر بها لأنها مبينه على رفع الضرر فلا تشرع له و حديث لا ضرر يدل عليه و ان تضرر غير المتضرر بالقسمة بعدها تقابل الضرر ان ضرر المتضرر بها و ضرر المتضرر بعدمها احتمال تقديم ضرر المتضرر بعدمها لانضمامه إلى ضرر الشركه و إلى جواز تخليص مال الإنسان عن غيره فلا يجبر على عدمه و يحتمل القرعه و يحتمل تقديم ضرر المتضرر بالقسمة للشك فى شمول أدله القسمة لذلك و يحتاج ترجيح أقوى الضررين فيعمل به و لو لم يتضرر أحد بالقسمة اجبر الممتنع عليها مع اجتماع الشرائط الأخر لأن بقاء الشركه ضرر و لا ضرر و لا ضرار و لأن للإنسان تخليص ماله عن مال غيره و لا طريق سوى القسمة و غير القسمة من بيع أو غيره يفتقر إلى دليل يدل عليه و لم يدل على غير القسمة دليل و يتأكد جواز الجبر ما لو تضرر الشريك بترك القسمة و لم يتضرر الآخر بها و الجابر هنا الحاكم ثم عدول المؤمنين مرتباً فإن لم يكن الجميع تولى الجبر نفس الشريك و بهذا يظهر جواز تولى الشريك القسمة مع الظالم الذى يريد غصب حصه شريكه و كان

شريكة غير حاضر فإن بقاء الشركة يؤدي إلى غضب ماله و تلفه فحينئذ يقوم المتضرر مقام الغائب فيقسم مع الغاصب إذا لم يجد حاكماً و نحوه يستأذن منه و كل غائب أريد القسمة معه مع تضرر الشريك بعدمها قام الحاكم مقامه و عزل حصه كما يقوم مقامه و لو تضرر الغائب بقاء الشركة فانه يقسم عنه فإن قلت: لا ولاية للحاكم مع المفسده على الغائب قلنا: ليست هذه ولاية على الغائب بل هي حفظاً لمال الحاضر و رفع الضرر عنه بالشركة فالمقصود عزل نصيب الحاضر عنه لا عزل نصيب الغائب و بينهما فرق.

ثالثها: ذكروا ان المثلى يقسم قسمه إجبار

مطلقاً و هو مبنى على الغالب من عدم حصول ضرر في قسمته و عدم توقفه على رد فلو فرض حصول ضرر من جهة تأديته المقسوم و إلى ما لا- يتمول أو لا- ينتفع به لقلته كقليل من الحب بين شركاء كثيرين أو فرض توقف صحته على رد لم يقسم قسمه إجبار و غير المثلى من القيمي و ان تساوت أجزاءه كأرض متفقه الأجزاء و ثوب كذلك فكذلك و ان توقف على رد من أحد الشريكين إلى الآخر لإحراز تعديل السهم بالقيمة افقرت إلى التراضي و لا يجوز إجبار الممتنع و إن لم يتوقف على رد فإن أدى إلى ضرر الكل أو البعض في القسمه لم يجب الممتنع كقسمه عبد بين اثنين أو فرس كذلك أو دكان ضيق أو جوهره إلى غير ذلك من الأواني بل و المصوغ و الثياب المخيطه و القرب و الجلود و يبقى المال مشتركاً إلى ان يتفقا على بيعه أو إجارته أو يبيع أحدهما على الآخر أو يقسمون منفعتهم بالمهاياه في الزمان أو يقسمونها بحسب الحصص كما ينم في اللحاف اثنان طرفاً و طرف و يركب الدابه اثنان كذلك أعلى و ادنى و لكن لا تلزم القسمه بل ليست قسمه و في إفادتها الملك المترلزل إشكال و على كل حال فلهم فسخها و لو بعد استيفاء أحدهما أجره المثل عوض ما استوفاه الفسخ العقد جائز بعد تلف العين و يقوى القول بجواز جبر الحاكم لأحد الشريكين على البيع أو على الإجاره سيما مع الضرر ببقاء الشركة إذا طلب الآخر ذلك لحديث لا ضرر و لا- ضرار و ان لم يتوقف على رد و لم يشتمل على ضرر جازت قسمته و اجبر الممتنع عليها ان كان أفراد النوع واحد كعبيد أو حيوانات من نوع

واحد سواء تساوت أفرادها بالقسمه كعبددين أو حمارين بين اثنين سواء أو اختلف كتلا-ته في مقابله واحده على الأظهر في الجميع لإمكان تعديلها بالقيمه و لزوم الضرر بعدم قسمتها غالباً و عليه الأكثر و يدل عليه روايه النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم حيث تجر العبيد فقسّمهم فيمن اعتق شافى في مرض موته و لا- مال له سواهم و منع بعض من قسمه ذلك على جهة الإيجار و استشكل العلامه من قسمه العبيد و يلحق بالعبيد الثياب المتخذة من نوع واحد و الكرباس و الحبل و المنسوج؟؟؟ من كل تماثل المتعدد و النخل و الأشجار و الخضراوات الغير متماثله و الأواني المعموله من نوع واحد و الكتب المنسوجه من كتاب واحد و في تميز الجائز قسمته جبراً من هذه الأفراد من الغير الجائز إلا على وجه التراضى يحتاج إلى تأمل لأصالة عدم القسمه و أصاله عدم جواز الجبر عليها و كذا تجوز قسمه القيمي المختلف الأجزاء قيمه و رغبه إذا كان واحداً عرفاً كدار متسعه للقسمه و بستان نخل و دكان و خان و ان اختلفت بحسب القرب إلى الماء و عدمه و حسن البناء و عدمه بل تجوز قسمه المختلف نوعاً إذا كان شيئاً واحداً و يدخل في شىء واحد عرفاً كالبستان المشتمله على أشجار و نخل و خضراوات و الدار المشتمله على خشب و جذوع و سكك و غيرها من الأشياء المختلفه كل ذلك للسيره و لمكان الضرر بعدم القسمه و كثيراً ما يدخل المختلف في القسمه تبعاً للشىء الواحد و يفتقر في الثوانى ما لا يفتقر في الأوائل و منع بعضهم من الإيجار في غير قسمه المثلى لأصاله عدمه و لا- شك ان التراضى عليه أحوط بقى الكلام في أمور منها قسمه المثلى نوعاً بنوع متغاير بعد التعديل بالقيمه و منها قسمه القيمي نوعاً بنوع آخر كأنعام مختلفه صنعاً بعضها ببعض أو دواب كذلك أو عبيد كذلك و كذلك الكتب المختلفه نوعاً كنجو و صرف أو المختلفه لأهلها كشرائع و قواعد و الثياب المتباينه كقطن و كتان و ابريسم و الطوائق المنسوجه من أنواع مختلفه و كذا الملابس المختلفه من العمائم و القلانيس و الأرديه و غير ذلك و هذه أجازها كثير مع التعديل بالقيمه أو مع تساويها بالقيمه و العدد و هو قريب و منها العقارات و الدور و الدكاكين المتعدده تباعدت أو تقاربت إذا لم تكن واحده عرفاً و منها مختلف الجنس بعضه ببعض مع التعديل بالقيمه تساوت أفراده أم اختلفت

فالذى يظهر عدم جواز قسمته بالاجبار للشك فيه مع عدم دليل يدل عليه نعم يجوز قسمه الجميع قسمه تراضٍ بل الاحوط إيقاع الصلح فى جميعها للشك فى شمول الملك و التمليك بالقسمه لذلك بل قد يقال انه لا يدخل فى دليل القسمه قسمه الدواب مع الدور أو قسمه البساتين مع الكتب أو قسمه المراكب مع الأطعمه أو قسمه الأوانى مع الفرش حتى مع تعديل السهام و القرعه و التراضى لعدم عموم دليل القسمه و دخولها تحت تجاره عن تراضٍ مشكوك فيه لمنع كونها من التجاره بل هى إلى الايقاع أو الأحكام اقرب و ينبغى التأمل فى معرفه الفرق فيما ذكروا من الامثليه و عنونوا به المختلف و المتفق بين مختلف النوع و بين مختلف الجنس حيث انهم فى الأول اختلفوا فى جواز الإجبار عليه و عدمه و فى الثانى اتفقوا على المنع و من الأمثله ما تدخل تحت مختلف النوع من مختلف الجنس و بالعكس فلا بد من التأمل و هل يشترط فى القسمه بين شئين قطع الشركه اصلاً أم لا يشترط كما إذا اقتسما عبيدٍ أحدهما ربع الآخر قيمه فأخذ أحدهما الدنى مع ربع الجيد الباقى وجهان و الأقرب عدم إجراء القسمه فيه و لو فرضنا جوازها فلا إجبار هنا و لو طلب أحد الشريكين قسمه المشاع دون بعض ففى جواز إجباره وجه.

رابعها: الضرر المانع من القسمه لهو المؤدى إلى التلف و الى بطلان المنفعه أو إلى نقصان القيمه أو إلى نقصان منفعته

منفرداً عن منفعته مشتركاً أو نقصان قيمته منفرداً عن قيمته مشتركاً أو إلى تعيين منفعته مشتركاً إلى أخرى منفرداً مطلقاً أو أدنى منها أو ما يسمى ضرر عرفاً و المرجع فيه إلى الشاهدين العدلين أو نظر الحاكم أو عدل من أهل المعرفه و النظر و إذا تضرر واحد بالقسمه و تضرر آخر بعدمها و لم يتضرر الثالث بوجه اجبر فإن جعل غير المتضرر مع المتضرر بالقسمه ارتفع ضرره اجبرا و بقيا مشتركين و أفرز حصه المتضرر بعدمها بل لو طلب واحد من الشركاء القسمه مع اثنين لم يطلبها اجبرا على إفراز حصه فقط على الأظهر و لو اشتملت القسمه على رد شىء خارج من المقسوم لم يجبر الراد قطعه و لا يجبر من لم يرد أيضاً لأنه لا يجبر فى الرد عليه كما لا يجبر على الرد و الأظهر فى قسمه الرد توقفها على القرعه و الرضا بها

و الرضا بعدها أو الصلح بينهما ابتداء و لا يتفاوت بين ان يتفقا على القسمة من دون قرعه أو يختلفا و يوكلا الأمر إلى القرعه كل ذلك للأصل المقتضى للمنع فى محل الشك و يظهر من الشهيد فى اللمعه انهما لو تراضيا بالقسمة بمعنى انهما إفراز المال و جعلاه- المردود فى جانب و عينا حصصهما لزم من دون حاجه إلى القرعه و هو بعيد بل هو بعيد فى غير قسمة الرد و كل ما لا يجبر عليه الممتنع من القسمة بالقيمي جنساً بجنس أو نوعاً بنوع أو قسمة الدور بعضاً ببعض أو الدكاكين أو العلو و السفلى أو غير ذلك فظاهرهم جواز قسمته على التراضى مع القرعه فقط أو الرضا بعدها أو مع التراضى فقط إذا اتفق الشريكان على ما يظهر من الشهيد و فيه إشكال لعدم الدليل على حصول الملك بنفس الإفراز و التعين الحاصل منهما

و هنا أمور:

أحدها: ذكرنا انه لا تصح القسمة بمعنى ان يأخذ أحد الشريكين اقل

فيكون له و يأخذ الآخر الأكثر بمشاركه الآخر فعلى هذا لو ظهر بالقسمة غلط فى الزيادة فى أحد النصيين بطلت القسمة هذا مع القطع و أما لو ادعى أحدهما الغلط لم يسمع لأصالة صحه القسمة و لا يسمع إلا مع البينه نعم له اليمين على من أنكر فإن حلف و إلا قضينا بالنكول و بطلت القسمة و يحلف على البت ان كان هما القاسمين و إلا فعلى نفى العلم مع احتمال الحلف على البت بأنه لم يصل إليه الأكثر و لو وكلا و كلاً على القسمة فهل تتوجه عليه اليمين؟ الظاهر نعم لأن يمينه ترفع عنه الضمان و لو نكل أو اقر لم يمض عليهما لتعلق الحق بغيره فلا- يسمع إقراره فى حق غيره و هل يحلف منسوب الإمام لو ادعيه أم لا يحلف لأنه بمنزله الإمام عليه السلام؟ ظاهر المشهور انه لا تتوجه عليه اليمين و لا يقضى عليه بالنكول بل لا تسمع عليه الدعوى و الأقرب للقواعد و الأوجه انه يحلف و لو نكل أو اقر لم يمض إقراره على المتقاسمين و هل تقبل شهاده القاسم مطلقاً إلا إذا كان بأجره لجلب النفع أو لا- تقبل مطلقاً لاتهامه فى جر النفع إليه لتصحيح قسمته أو يقبل إذا كان منسوب الإمام عليه السلام و لم يكن مشاجراً دون غيره لأنه بمنزله الإمام عليه السلام و لو تعدد الشركاء فأقر أحدهم بالغلط أو نكل بطلت القسمة فى حقه دون غيره و قيل بطلان اصل القسمة لأنها قسمه واحده فلا تتبعض و لا فرق فى

ذلك بين قسمه التراضى و غيرها خلافاً للشيخ نقلًا فلا يسمع دعوى الغلط فى الأولى لأنه قد رضى بالزياده و قسم على ذلك النحو و فيه منع رضاه بذلك لاحتمال السهو و الغفله و الجهل بالقيمه و نحو ذلك.

ثانيها: الأصل لزوم القسمة

للاستصحاب و لأن الأصل فى النواقل اللزوم و هل تشرع فيها الإقالة وجه قريب و هل يجرى فيها خيار الشرط أو اشتراط الخيار لا- يبعد ذلك و يجرى فيها خيار الغبن فى التقويم و خيار العيب و هل تفسد بالعيب وجه و مع العدم له الارش أو الرد و مع الارش هل يكون كقسمة الرد الأوجه العدم و يجرى فيها خيار الوصف و تجرى فيها الفضولية و يقوم الولى مقام المولى عليه مع الغبطه و لو طلب أحد الشريكين قسمة بعض المشاع دون بعض ففى وجوب إجابته وجه و لو طلب واحد القسمة مع اثنين كما إذا كان له النصف و للثنتين النصف لزم اجابتهما له و لو التزم أحدهما للآخر يرفع الضرر عنه كما إذا قسمنا حماماً فالترزم أحدهما بدفع يأتون و خزينته له أو تبرع أجنبى بذلك فإن كان مأخوذاً بشرط من غير عوض فلا يبعد لزوم الإجابة للقسمة و هل تقبل الشروط؟ الظاهر نعم لعموم (المؤمنون عند شروطهم) و لو كان الضرر فى زمان دون زمان أو مكان دون مكان أو ينجبر شىء جزئى ففى لزوم الإجابة وجهان و الأمر يدور مدار الضرر العرفى و يجوز ان يقسم الوقف على رد كان من صاحب الوقف لأن الوقف لا ينقل كى يقبل صاحب الوقف الرد فإن كان الرد فى مقابله الوصف فالجميع الذى أفرزه الموقوف عليه وقف و ان كان فى مقابله بناء أو شجر فالوقف غير ما بإزائه الرد و لو اقتسما مال الغير لأنفسهما فأجاز الملاك احتمال ملك المتقاسمين له كمن باع مال غيره لنفسه و الأقوى العدم و لو اشتركا فى دار عال و اسفل فطلب أحد الشريكين قسمة أحدهما دون الآخر فالأظهر عدم لزوم إجبار الممتنع لأن المشترك إذا كان واحد لا يجبر على قسمة بعضه و لو طلب أحدهما الانفراد بالعلو أو السفل لم يجبر الممتنع و لو تقاسما العلو و السفل فطلب صاحب بعض العلو اسفل عال الآخر أو طلب صاحب الاسفل على سافل الآخر

ففى الإجابة وجهان و لا يبعد عدم إجبار الممتنع و لو توقف التعديل للزوم الضرر غالباً.

ثالثها: لو كان بين الشريكين ارض أو زرع فطلب أحدهما قسمه الأرض فقط اجبر الممتنع

و لو طلب قسمه الزرع فإن كان تحت الأرض لم يجوز لزياده الغرر و لو كان فصيلاً فالأظهر جواز قسمته لإمكان تعديله و اجبار الممتنع أيضاً و لو كان سنبلًا قال الشيخ نقلًا: لا تجوز و كأنه لشبهه القسمة بالبيع لا يجوز بيع السنبل بمثله و الحق جواز قسمته و يجوز قسمه الأرض مع الزرع بتعديل الاثنى على السواء و لا يجبر الممتنع على قسمه الأرض فى مقابل الزرع للاختلاف جنساً و لا- تجوز قسمه الدور و الدكاكين المتفرقة و ان تقاربت قسمه إجبار بعضاً ببعض و تجوز قسمه النخل من دون الأرض قسمه إجبار و كذا الشجر و لو اختلفا لم يجوز قسمه بعض ببعض مع التعديل قسمه إجبار لاختلاف الجنس و يجوز قسمه بالنخل تبعاً للأرض فى البستان الواحده قسمه إجبار و كذا النخل و مع الاختلاف فالظاهر انه يجوز قسمتها مع التعديل قسمه إجبار تبعاً للأرض.

رابعها: لو اقتسما و ظهر دين على الميت فإن ضمن الورثة الدين و رضى الغرماء أو وفوا الدين صحت القسمة

و كذا لو أجازوها الغرماء و إلا نقض الغرماء القسمة و لو وفى بعض دون بعض صحت القسمة بالنسبه إلى من وفى على إشكال و لا- فرق بين الدين المستغرق و عدمه للاتفاق على تعلق حق الورثة به و قد يقال بناء على عدم انتقال التركة إلى الورثة فى المستغرق عدم صحة القسمة لأنهم قسموا ما لم يملكوا و فيه انه برضا الغرماء تصح القسمة فتكون كالفضولى بل هى إلى الصحة اقرب و لو ظهرت وصيته فإن كانت كليه فيه كالدين و إن كانت معينه أو جزء من المال مشاع كانت كما لو ظهر بعض المقسوم لغير المتقاسمين.

خامسها: لو اقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً فإن كان معيناً فظهر كله أو بعضه مع نصيب أحدهما بطلت القسمة

لبقاء شركه هذا مع أولئك و لو كان البعض مع نصيب كل منهما بقدر واحد معين صحت القسمة و أخرجوا المعين من كل نصيب و إن

كان المعين مع كل نصيب لكن فيه زياده و نقصان بطلت القسمة لبقاء الشركه و لو كان المستحق للغير مشاعاً فى الحصص ففى البطلان لعدم حصول التميز بين الشركاء و للشك فى شمول القسمة لذلك أو الصحه بحصول المقصود من التميز بين هؤلاء المتقاسمين و ان بقيت لهم الشركه مع غيرهم و الأخير قوى و لا يتفاوت حينئذ بين علم الشريكين بالاستحقاق و بين عدمه و تبنى المسأله على انه يجوز القسمة بين أربعة شركاء كل اثنين بنصيب أم لا- يجوز و لا- يبعد الجواز و قد يفرق بين رضاء المستحق بالقسمة بين المتقاسمين و بين عدمه أو بين العلم و الجهل.

سادسها: الحصص ان تساوت قدر الثلاثة لثلاثة و قيمه بمعنى مساواه أجزاء المقسوم لقيمه الجمله فالقسمة بتعديلها على قدر السهام

لأنه يتضمن القيمه كالدارين اثنين و قيمتهما متساويه؟؟؟ لتعديل يكون القاسم مخيراً بين الإخراج مع الأسماء و بين الإخراج على السهام فالأول يكتب كل نصف فى رقعته و يميز نصفاً عن نصف بوصف من الأوصاف و يخفى الكتابه بشمع أو طين ثم يأمر من ليس له اطلاع على ذلك بإخراج أحد الطينتين على اسم أحد المتقاسمين فما خرج فهو له و الثانى يكتب الاسمين و يكتمهما و يأمر من لم يطلع بخروج أحدهما على نصف من النصفين و ان تساوت الحصص قدراً لا قيمه عدلت السهام قيمه و ألقى القدر حتى لو كانت الثلثان بقيمه الثلث جعل الثلث سهماً محاذياً للثلث و فعل كما تقدم و ان تساوت الحصص قيمه لا قدراً مثل ان يكون لواحد النصف و للآخر السدس و قيمه الأجزاء متساويه قسمت السهام على اقلهم نصيباً و هو السدس فيجعل أسداساً و هل يكتب بعدد السهام ستة لصاحب السدس واحده و لصاحب الثلث اثنان و لصاحب النصف ثلاثة أو بعدد الشركاء فيكتب ثلاثة الأقرب الثانى لحصول المقصود مع السهوله حينئذ يكتب لكل اسم رقعته و يجعل للسهم أول و ثانى و ثالث و هكذا إلى السادس و الخيار فى تعيين ذلك إلى المتقاسمين و الخيار بيد القاسم أو إلى القرعه ثم يخرج رقعته فإن تضمنت اسم صاحب النصف فله الثلاثة الأول من السهام الأول و الثانى و الثالث ثم يخرج ثانيه فإن خرج صاحب الثلث فله السهمان الآخران الرابع و الخامس و لا يحتاج الإخراج

لصاحب الثالثه و لو اخرج اسم صاحب الثلث أولاً كان له السهمان الأولان ثم يخرج أخرى فإن خرج صاحب النصف فله الثالث والرابع والخامس ولا يحتاج إلى إخراج أخرى و لو خرج صاحب السدس أولاً كان له السهم الأول ثم يخرج الأخرى فإن كان صاحب الثلث فله الثاني والثالث والباقي لصاحب النصف و لو خرج فى الثانيه صاحب النصف كان له الثاني والثالث والرابع وبقى الباقي لصاحب الثلث و على الأول و هو ان يكتب الرقاع باسم السهام الستة و يخرج على اسم الشركاء فقد يحصل فيه خلل يؤدي إلى تفريق السهام لأنه ربما يخرج لصاحب السدس الجزء الثانى أو الخامس ليتفرق ملك من له النصف أو الثلث و ربما خرج السهم الرابع لصاحب النصف فيريده و سهمين قبله و يريد ان يأخذ سهمين بعده فيفضى إلى النزاع و يجوز مع رجوعهم فى جميع إلى الرقاع ان يخرج صاحب النصف ثلاثه متفرقه و لصاحب الثلث اثنان متفرقان فيؤدي إلى الاضرار و الأمر بالإخراج هنا على الأسماء دون السهام تبعاً لمحقق و كان حق التعيين بالعكس و هو إخراج الأسماء على السهام كما عبر به كما عبر به جماعه أو التعبير بإخراج الأسماء من غير ان يجعله على السهام أو غيرها و هو أجود إذ لا ينطبق الإخراج على السهام لاختلافها باختلاف الأسماء بل المعبر فى الاسم الخارج أولاً ان يعطى الأول و ما بعده إلى تمام الحق ان احتيج إليه بأن كان صاحب الحق غير صاحب السدس فلا يتعين السهم إلا بعد تحقق الاسم لكن لما كان السهم الأول متعيناً للاسم صدق إخراج الأسماء على السهام فى الجملة بخلاف العكس فإنه يحتاج إلى تكلف أو يؤدي إلى الفساد و ليعلم ان محذور تفريق السهام على تقدير إخراجها على الأسماء يلزم على تقدير الإخراج أولاً على اسم صاحب السدس بأن يخرج له السهم الثانى أو الخامس و يمكن الغنى عنه بأن يبدأ أولاً باسم صاحب النصف فإن خرج الأول باسمه أعطى الأول و ما بعده و ان خرج الثانى أعطى معه ما قبله و ما بعده و ان خرج الثالث قال بعضهم وقف و اخرج لصاحب الثلث فإن خرج على الأول فله الأول و الثانى و لصاحب النصف الثالث و ما بعده و يتعين السدس لصاحبه و كذا الحكم لو خرج لصاحب الثلث الثانى و ان خرج له الخامس فله معه

السادس وقيل إذا خرج لصاحب النصف الثالث فله الثالث و اللذان قبله و ان خرج الرابع فله الرابع و اللذان قبله و تعين الأول لصاحب السدس و الأخيران لصاحب الثلث و ان خرج الخامس فله معه الاثنان اللذان قبله و يتعين الأخير لصاحب السدس و الأولان لصاحب الثلث و ان خرج السادس فله معه الاثنان قبله و يخرج رقعته أخرى باسم الآخرين و يمكن البدء أيضاً باسم صاحب السدس فإن خرج باسمه الأول أو الثاني الأول كان له و ان خرج الخامس أو السادس كان له السادس ثم يخرج باسم أحد الآخرين فلا يقع تفريق و ان خرج له الثالث دفع اليه و تعين الأول لصاحب الثلث و الثلاثة الأخيره لصاحب النصف و ان خرج له الرابع دفع إليه و تعين الأخيران لصاحب الثلث و الثلاثة الأخيره لصاحب النصف و ان خرج له الثاني دفع إليه الأول و الثاني و ان خرج له الخامس أو السادس دفعا إليه ثم يخرج باسم أحد الآخرين و ان خرج لصاحب الثلث الثالث فله ما قبله معه و تعين الأول لصاحب السدس و الثلاثة الأخيره لصاحب النصف و ان خرج الرابع فله معه الخامس و يتعين السادس لصاحب السدس و الثلاثة الأول لصاحب النصف و أكثر هذا إنما يتم إذا اتفق عليه الشركاء أو رآه منصوب الإمام عليه السلام أو من رضيا بقسمته و إذا اختلفت السهام و قيمه عدلت السهام تقويماً و ميزت على قدر أقلهم نصيباً لأن المعترف في جعل السهام على أقلها مراعاة القيمة لا المقدار فإن اتفق المقدار فذاك و إلا اعتبرت القيمة فقد جعل ثلث الأرض بسدس و نصفها بسدس آخر و السدس الآخر يقسم أرباعاً فتصير السهام ستة متساوية القيمة و الأمر بإخراجها بالقرعة كما تقدم.

سابعا: القرعة هي كل أمر يستكشف بها الأمر المبهم

سواء بفعل فاعل اختياري أو بوقوع فعل من فاعل آخر فهو كالتفاؤل إلا- انه في الشرع لا يجوز بما فيه خطر كنعق الغراب أو صوت حيوان أو دخول واحد أو خروجه بل يختص بما فيه بيان كالرقاع في البنادق و يجوز بالحصى و النوى و البعر بل في الأصابع و ورد عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ انه اقترع بالنوى و البعر و الأخبار الواردة بلفظ القرعة ظاهره فيما يقترع عليه زمن الصدور و ما يستخرج به المبهم ذلك اليوم و الظاهر انه لم يكن ذلك اليوم شيئاً

خاصاً معلوماً للاقتراع، نعم أظهر أفرادها و أحوطها الرقاع و شبهها فى البنادق و الطين و كلما أزداد خفاؤها كان أولى و أحوط

القول فى أحكام المدعى و المنكر و فيه أمور:

أحدها: فى بيان المدعى

الدعوى فى اللغة الطلب قال سبحانه و تعالى: (وَ لَهُمْ مَا يَدْعُونَ) (يس: من الآية ٥٧) أى يتمنون و القول قاله سبحانه و تعالى: (وَ آخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ) (يونس: من الآية ١٠) و إضافه الشىء إلى النفس كقوله: هذا لى أو إلى العين كقوله: هذا له و كان دعوى خبر لا يخلو من شائبه الإنشاء و هى الحكم على المنكر بما يدعيه عليه و للفقهاء فى تعريف المدعى طرق أحدها انه هو الذى يترك لو ترك و بمعناه يخلى و سكوته ثانيها انه من يدعى خلاف الظاهر و بمعناه من يدعى أمراً خفياً.

و ثالثها انه من يدعى خلاف الأصل.

رابعها انه أحد هذه الثلاثة مردداً بينهما و ربما عبر عن مخالفه الظاهر بمخالفه الأصل فأراد بذلك ما يشمل الأمرين معاً لأن الأصل يطلق على الظاهر و المنكر فى مقابل ذلك فمن ترك لو ترك أو وافق قوله الأصل أو الظاهر أو الجميع أو المركب من الاثنين كان هو المنكر و قد تجتمع الثلاثة فى فقر ادعى غنياً و فيا مالاً فى ذمته فأنكره و قد يختص بواحد و يسلب الباقي و قد تتعارض فيه فيصير مدعياً منكرأً بالاعتبارين فللحاكم طلب البينه عليه من حيثه الدعوى و اليمين من حيثه الإنكار و قد يغلب فى حال الاجتماع أقواها كما يغلب مخالفه الأصل لموافقه الظاهر و يغلب ما لو ترك لترك للاثنين الباقيين و قد يرجع فى الاجتماع إلى العرف فمن يسموه مدعياً و الحال ذلك جرى عليه حكم المدعى و إلا جرى عليه حكم المنكر و هو الأقرب مثال ذلك لو اسلم الزوجان قبل الدخول فقال الزوج أسلمنا معاً فالنكاح باقٍ و قالت: أسلمت قبله فلا نكاح فى الأول و الثالث هى المدعيه لأنها لو تركت الخصومه لتركت و استمر النكاح و لأنها تدعى تعاقب الإسلام و الأصل عدمه لاستدعائه تقدم أحد الحادئين على الآخر و الأصل عدمه و على الثانى هو المدعى لبعده المقارنه و كذا لو ادعت زوجة الموسر و هى

مع عدم الإنفاق و هو ينكره فإن قولها يوافق الأصل و يخالف الظاهر فهي مدعيه على الأخير منكره على الأول و على التفسير الأول مدعيه و كذا لو ادعى المتلف الإعسار و لم يعلم ان عنده مال فانه منكر بالمعنى الثالث و لا مدع و لا منكر بالمعنى الثانى و فى كونه مدع أو منكر بالمعنى الأول و جهان من انه لو ترك و دعوى الإعسار لترك بمعنى لأخذ منه ما يقر به من المال و من انه لو تركه الغريم و دعوى الإعسار لترك و الحق الرجوع عنه المعارضه إلى العرف كما هو الشأن فى كل ما أنيط الحكم فيه بأمر لفظى و لم يجىء بيانه فى الشرع بل الظاهر ان تعاريف الفقهاء للكشف عن المعنى العرفى للفظ المدعى الذى ورد ان البيه عليه و ان اليمين المردوده ذهبت بدعوى المدعى فكل منهم يتخيل ان العرف ينطبق على حده أو ان العرف ينطبق على الجميع و لكن عند اجتماعها فى واحد أو اجتماع اثنين يرجع أيضاً فيه إلى العرف فإن حكم العرف عليه باسم واحد جرى عليه حكمه و ان حكم عليه بالاسمين جاز تعلق الحكيمين به و الذى يظهر فى دعوى الزوجه عدم الإنفاق إنها هى المدعيه كما إذا ادعت عليه عدم الإنفاق و عدم المضاجعه بخلاف ما لو كانت فى مكان بعيد و كان معسراً و كان ظاهر حاله اللؤم و الشحه و كذا فى دعوى الإعسار انه هو المدعى إلا ان يوافق الظاهر فى ذلك و كذا فى مدعيه الإسلام إنها هى المدعيه لأنها تدعى انفساخ النكاح و بالجمله فيحكم أهل العرف بالمعنى الأول انه المدعى قطعاً كيف كان و لو عارضته المعانى الأخر كلاً أو بعضاً و الأوجه ان يجعل مدار الفرق بين المدعى و المنكر على تحرير محل النزاع و الخصومه فمن يدعيه هو المدعى و من ينكره فهو المدعى عليه و هو المنكر ثم لا يلتفت إلى ما تتضمنه الدعوى من الإنكار إلى ما تضمنه الإنكار من الدعوى فكثيراً ما يتضمن أحدهما الآخر كما مر من الأمثله بل كل منكر يدعى كذب المدعى و خطأ المدعى ينكر ذلك و قد حكم جملته من أصحابنا فيما إذا كان البيع بالمشاهده السابقه على وجه يصح معه البيع ثم طرى فيه صفة نقص فاختلف المتبايعان فقال المشتري: إنها لم تكن يوم شاهدته فلى الخيار فقال البائع: بل كانت فلا خيار بأن القول قول المشتري بيمينه لأنه هو المنكر لأن البائع يدعى علمه بهذه الصفة و هو ينكره و احتمال بعضهم العكس

احتمالاً مع ان النزاع إنما وقع في التغير فالمشتري يدعيه و البائع ينكره و ادعاؤه على المشتري العلم بهذه الصفة لا يخرج عن كونه منكرًا في هذه الخصومه بحيث لو ترك لترك و قد يقال ان الابتياح بالوصف أو بالرؤية السابقه إنما يتم إذا كان على ما رأى و الشأن فيه و البائع يدعى ذلك فكان هو الذى لو ترك لترك إلا انه يضعفه تعارض اصلى عدم التغير و عدم استيفاء الحق فلا وجه لترجيح الثانى مع ظهور ان الأول ارجح لأصالة صحه العقد و لتسميه أهل العرف له بعد تحقق البيع انه هو المدعى و مما يشكل فيه الفرق بين المدعى و المنكر ما إذا كان المبيع مما يكفى فى قبضه التخليه فوجداه بعد العقد و التخليه تالفًا فادعى البائع ان التلف كان بعدهما و المشتري انه كان قبل العقد و الأظهر هنا كون المشتري هو المنكر لأصالة عدم انتقال الملك و عدم استيفاء الحق و كان مبنى الفقهاء فى هذه و فى الأولى على تقديم قول المشتري لأصالة عدم وصول الحق و عدم الالتفات إلى أصالة صحه العقد من جهة ان البيع إنما كان بالوصف و بالرؤية السابقه و لما يتم إلا بتسليم بقائه على ما كان أو يقال ان الحكم يدور مدار بقائه و هو ثابت بالاستصحاب و لو لم يتخاصم المتداعيان بل طلبا الفتوى أفتى لهما المفتى بما ترجح لديه من الحكم بالضمان على المشتري لأصالة تأخير الحادث و أصالة صحه العقد و التخليه و عدم تأثير احتمال تقدم التلف عليهما أو على أحدهما أو على البائع بناء على أصالة عدم وصول الثمن إلى المشتري و عدم تحقق شرط الصحه و كذا الحال فى كل موضع لا يدعى المدعى فيه حتى يتضح له الحال و اعلم ان المراد بخلاف الظاهر هو الظاهر لدى أهل العرف بحيث يكون خلافه أمرًا نادرًا لا مجرد ظهور الحال عند الحاكم أو عند بعض الناس و لا كونه أظهر من غيره و إلا لزم ان تكون كثير من الدعاوى لا يتميز فيها كون الظاهر مع المدعى أو مع المنكر بل المنكر كثيرًا ما يخالف الظاهر و أيضا فقد يكون كل واحد من المتداعين مدع و منكر فللحاكم ان يطلب من كل منهما البينه و له ان يطلب اليمين كذلك مع عدم البينه فلا بد من التأمل.

ثانيها: المدعى عرفاً هو من نسب إليه شيئاً من شأنه ان ينكر و يطالب بإثباته أو نسب إلى غيره شيئاً من شأنه ان ينكره أو يطالبه بإثباته

فالأول يدعى لنفسه و الثانى

يدعى على غيره و من الأول من ادعى ما ليس فيه كذبتة شواهد الامتحان و من الثانى البيه على المدعى و المعروف فى المدعى شرعاً هو كل من ذكر ان له على غيره حق يجاوز استيفاءه منه أو ذكر انه قد وفى حق غيره بعد ثبوته عليه يحاول خلاصه منه ففى المدعى شائبه من شوائب الإنشاء فالدعوى تتضمن معنى زائداً على مجرد الأخبار و اختلف الفقهاء فى تفسيرها على قولين كما ذكر جماعه و هو المعنى الأول أو الثانى المردد بين مخالفه الأصل أو الظاهر و قيل ثلاثه بجعل المردد قولين ربما يظهر من بعضهم انهما اثنان و هو الأول و أول المردد بينهما و يظهر من آخرين انه الأول و ثانى المردد بينهما و على كل حال فالظاهر من هذه التعاريف إنها كشف عن العرف لا بيان المعنى الشرعى لعدم ثبوت الحقيقه الشرعيه لعدم ثبوت معنى جديد مفرع للدعوى فى الشرع و انهم يحاولون بيان معنى واحد فلا يصح الجمع بين تعاريفهم بحمل العام على الخاص أو بالحمل على الاشتراك اللفظى أو الاشتراك المعنوى لأن كلا منهم بين معنى غير الذى بينه الآخر و الظاهر انه آخر أحد يحاولون فى تعاريفهم كشفه و بيان المراد منه بذكر لوازمه و خواصه فكل يذكر له خاصه و علامه غير الآخر و كل منهم يريد بأصل المعنى ما يريده الآخر و ليس اختلافهم فى اصل المعنى الموضوع له اللفظ حق يكون من باب تعارض النقل أو من باب اختلاف الاجتهاد و ان كان الظاهر من جماعه ان هذه أقوال متغايره و انه اختلاف فى اصل المعنى بحيث يلزم معه الترجيح و الاجتهاد فى تطبيق المنقول على العرف و عدمه و عليه فكل قول فى بيان معنى المدعى يكون المنكر مقابله و عليه فالأرجح تعريفه بمن لو ترك لترك لأنه اقرب إلى العرف و لا ينظر بعد ذلك إلى موافقه الأصل و عدمها و لا إلى موافقه الظاهر و عدمها و فى الغالب ملازمتها له على انه يشكل المراد بالأصل هو الأصل العقلى أو الشرعى كأصل الصحه فلم يعلم أيها المراد بالموافقه و المخالفه و أيضا فالأصول لم تنزل متعارضه فى باب الدعوى و يشكل المراد بالظاهر لأنه على الظاهر فى مقابله الخفى مع انهم عدوا من مخالفه الظاهر و دعوى زيد فى ذمه عمر مألأ و يقوى القول بأن اختلافهم بالتعاريف من قبيل الاختلاف بالعلائم فكل يذكر علامه للمعنى العرفى لأنه لما كان المعنى العرفى هو نسبه

الإنسان لنفسه أو لغيره أمراً يطالب بإثباته مما يلزمه انه يخلى و سكوته لأنه لا يطالب بإثباته إلا إذا حاول حصوله فإذا تركه ترك و يلزمه ان يقول غالباً خلاف الأصل لأنه لو كان على الأصل لسلم له و لم ينكر أو خلاف الظاهر لأنه لو وافقه لسلم أيضاً و حينئذ فالمنكر من لم يتصف بشىء من هذه العلائم و على هذا الوجه يكون التردد منهم ترديداً فى أفراد الحد بالخاصه فكل حد منهم قابل لأن يحد به ذلك المحدود و لو فرض ان المتراضين وجد فى كل منهم خاصه من ذلك الخواص متساويه أو متغايره جاز للحاكم ان يطلب البينه من كل منهما و الأظهر انه يطلبها ممن يخلى و سكوته لأنه اقرب للعرف و أظهر أفراد المشترك اللفظى أو المعنوى لو كان كذلك و أسلم العلائم و أحكمها أو يقال انه عند التعارض يكون مما اجمل على الفقيه حاله فيأخذ بالفرد الأكمل و بالأحوط الديه و المعنى الأول متفق عليه فيطلب البينه من صاحبه فإن اشكل عليه طلب البينه من كل منهما إذا كانتا بينه إثبات لأن بنيته الإثبات مسموعه إذا لم تكن بنيه داخل فيطلب الترجيح و ان كانت أحدهما بنيه نفى أطرحها و يطلب اليمين من كل منهما بل قد يقال ان فى كلام كثير من الفقهاء إجمالاً بناء على ان التردد فى نفس الحد فيعود التردد للمحدود فيكن من باب المجمل و بالجمله فالمدعى سيما عند الخصومه لا يخفى عليه الفقيه الماهر و هو من الألفاظ الموضوعيه فيرجع فيه إلى ظن الفقيه الجامع للشرائط و يختلف ذلك بالنسبه إلى ابراز الدعوى فرب صوره يكون المدعى فيها منكرأ فى صوره أخرى و هى دعوى واحده كما إذا اسلم الزوجان فأبرزا الدعوى فى بقاء الزوجيه و زوالها فمدعى الزوال مدع و لو أبرزاها فى تقدم الإسلام و مقارنته فمدعى الاقتران مدع فلو قال الزوج بقاء الزوجيه و قال بالاقتران و ذكرهما معاً فهو منكر بالنسبه إلى الأول مدع بالنسبه إلى الأخير و لو لم يقرنهما جرى على كل من الصورتين اسمها و كذا ينبغى ان يلاحظ قولهم ان المدعى ما خلى و سكوته ان مدعى وفاء الدين ليس مدعياً ان لوحظ فيه اصل الدعوى و لأن الغريم يريد ماله فلا يتركه و إن لوحظ فيه انه لو يترك دعوى الوفاء لأدى فترك من التسداعى إلزاماً بإقراره الأول و الظاهر ان المراد المعنى الأول و بهذا عرف ان دعوى الودعى الرد مدعى لمخالفته الأصل و ليس

بمدع بالمعنى الأول و لكن خرج عن الحكم بالإجماع لإحسانه القاضى بالاكْتفاء منه باليمين و كذا الأمين فى دعوى التلف و احتمالاً انه يوافق الظاهر لأنه يدعى بقاء أمانته و صدقه و يوافق الأصل و هو استصحاب صدقه و أمانته و عدم خيانتة و صدق قوله بعيد لأن هذه لوازم لدعوى الرد و الدعوى هى نفس الرد و يمكن سماع قولهم لأنهم يتركون لو تركوا و الفرق بين دعوى الوفاء و بين دعوى الرد هو اعتضاد دعوى الرد بقاعده الإحسان و اعتضاد دعوى الغريم بقاعده إحسانه و بتسميه أهل العرف لمدعى الوفاء انه مدعٍ كما ان قول مدعى الصحة يقدم و ان خالف الأصول العقلية لاعتضاده بالأدله الشرعيه سواء كان مصب الدعوى هو نفس الصحة و الفساد أو ما يلزمهما من علم بالقدر أو القدره على التسلم و نحوها.

ثالثها: يشترط فى المدعى و المنكر العقل و البلوغ

و احتمال سماعها فيما يصح من غير البالغ كدعوى الأذن فى دخول الدار و دعوى الوقف و الوصيه بناء على صحة وقفه و وصيته كما يدعى إنى وقفت هذا المبيع و جعلت الولايه لى ليفسد بيعه أو أوصيت به سابقاً لزيد أو إنى وقفته أو أذنت له فى دخول الدار و كونه مالكاً أو ولياً أو وصياً أو حاكماً أو وكيلًا عنى من تقدم أو حسيباً من عدول المؤمنين عند الاضطرار أو له تعلق حق من رهانه أو وديعه أو عاريه على الأظهر الأقوى مغضوبتين مع ضمانهما عليه بل مع عدمه أو حق عام من خمس أو زكاه أو وقف عام و لا تسمع دعوى الفضوليه و لو حكم الحاكم له لم ينفذ حكمه و يجوز للحاكم ان ينصب عن الغائب و القاصر من يدعى عنه و يصح دعوى المشتري فضولاً ممن غصب من اشتراه و لو قبل الإجازة لتعلق حقه على الأظهر ولايه يجوز الدعوى بما لا يتمول فى وجه و لا فيما لا يملك إلا إذا تعلق له به حق كبعض الكلاب و السنانير و الأرواث و ان لم يتعلق بها ملك و يصح على ما يعود له به نفع و ان ملكه غيره أو كان لا يملك و تصح الدعوى بواجبات كانت على المكلف كإحراق كتب الضلال و تكسير الزيوف و تكسير الأصنام فغصبها غيره و كان قادراً على استخلاصها و لا يشترط فى دعوى الملك اللزوم فيجوز ان يدعى المبيع معاطاه أو ما فيه خيار للمدعى عليه إلى أن يفسخ و يجوز ان يدعى

الهبه بعد قبضها نعم لا تصح الدعوى بما لم تثبت صحته كالهبة قبل قبضها و السلم و الوقف قبل قبضها و الصرف كذلك إلا إذا عاد عليه نفع من وجوب التقييض و شبهه نعم يصح إطلاق الدعوى فى الهبه و تنصرف إلى المقبوضه الصحيحه و كذا الوقف و كذا دعوى السلم و لا يجب على الحاكم الاستفسار لظهور اللفظ أو الدعوى فى الصحيح فلا يجب على مدعى الهبه و نحوها ان يقول: و قبضت أو تصرفت و كون العقد الجائر ينزل إنكاره منزله فسخره و انه لو اقر به لا يلزم به فلا ثمره للدعوى به ضعيف لمنع الأول و لجواز الإلزام لنذر أو شبهه و لجواز إبقائه عند الإقرار به فيمضى أثره.

رابعها: لو ادعى المنكر فسق الحاكم أو جنونه أو خطأه أو فسق الشهود أو جرحهم أو كذبهم أو ادعى المدعى ذلك لو كان الحكم للمنكر لم تسمع

تلك الدعوى ان كانت الدعوى مع الحاكم أو الشهود و لا يتوجه عليهم يمين قطعاً للزوم الفساد و تعطيل الأحكام و الغضاضه على الحكام المنصوبين لاستقامه النظام إلا مع البينه فتسمع لو عاد فى إثبات ذلك نفع يعود إليه من غرامه و نحوها و ان كانت الدعوى من أحد المتخاصمين على الآخر ففى سماعها مع البينه و عدمها و العدم مطلقاً أو سماعها مع البينه لا بدونها و جوه أوجهها السماع مطلقاً فيحلف المنكر على نفي العلم مع عدم البينه لا على البت و لو نكل ردت اليمين على المدعى فيحلف على البت بالفسق و نحوه فيبطل الحكم بعد حصوله و يقف قبل ذلك و كذا لو ادعى إقرار الخصم بذلك حين الحكم أو بعده حاله الحكم إلا- انه هنا يحلف على البت فى نفي الإقرار و مدرك السماع عموم أدله المدعى و المنكر و حصول الفائده فى هذه الدعوى و الوجه الآخر عدم السماع و هو قوى ان كانت الدعوى بالفسق دون غيره من العوارض قالوا لأنه يثبت فساداً على الحكام و على إمضاء دعاوى و يهيج غضاضه عليهم بتحليف كل من حكم له أو تشهد عليه و لأنه ليس حقاً لازماً و لا يثبت بالنكول و اليمين المردوده فسق أو بطلان حكم الآيه و فى الجميع نظر لمنع الفساد فى الأول لمكان الحاجه و منع كونه حقاً غير لازم و منع عدم بطلان الحكم باليمين المردوده المسببه عن إثبات الفسق بإقرار المدعى و ان لم يثبت الفسق بنفسه و بالجمله فيجوز توجه اليمين على المنكر إذا عاد نفع

الشيء المدعى بإقراره و نكوله و ان لم يكن دعوى العلم بالفسق من الحقوق اللازمة ابتداء فهي من الحقوق اللازمة للمدعى على المنكر بالعوض و دعوى ان لأصل عدم توجه اليمين و عدم نفوذ الحكم عند الشك إلا بالمتيقن لا وجه لها بعد شمول العمومات كما لا وجه للقول بأن إقرار المدعى بفسق الحاكم أو نكوله مع يمين المنكر لا يقتضى سقوط الحق عن المنكر بعد صدور الحكم من الحاكم و ثبوت عدالته ظاهراً و ثبوت عداله الشاهدين عنده لأن الفسق المعلوم عند المدعى لا ينافى نفوذ الحكم ممن ظاهره العدالة عند غيره لأن الشرط بثبوتها فى الجملة و ذلك لأن الفسق مانع من نفوذ الحكم عند العالم به سواء كان له أو عليه و سواء كان فى الحاكم أو الشاهد و مع ذلك كله فالقول بعدم سماع دعوى العلم بفسق الحاكم أو الشهود قوى للشك فى صحه إلزام أحد الخصمين الآخر بالجواب عن ذلك لأنه من قبيل إلزام شخص بجرح آخر و للشك فى بطلان الحكم بالإقرار بالفسق لعدم الملازمه بين العلم بفسق الشهود أو جرح الحاكم و بين بطلان الحكم لاحتمال خطئه فى الفسق أو الجرح لا بتناؤه على دقائق لا يعرفها إلا الحاكم نعم لو اقر ببطلان الحكم كما إذا قال: كذب شهودى أو قال: حكم الحاكم بشهادة الفاسق عنده أو قال: حكم و هو صغير أو مجنون حكم ببطلان الحكم على موجب إقراره و وقفت دعواه إلى ان يأتى بشاهدين آخرين أو يمضى إلى حاكم آخر يحكم له و إلا- لزمه إرجاع الحق لأهله فعلى ذلك لو كانت عنده بينه على علم المدعى عليه بفسق الحاكم أو الشهود لا تجدى بينه و لا تسمع دعواه نعم لو كانت عنده بينه على فسق الحاكم أو الشهود اتجه السماع على إشكال ينشأ من ان الحكام ينبغى ان لا يتعرض لهم المتداعيان بعد صدور الحكم منهم للزوم الفساد بسماع الحاكم الآخر الدعوى عليهم من المتخاصمين بذلك نعم لو صدرت الدعوى من غير المتخاصمين فى مقام حد أو تعزير جاز و بالجملة فالدعوى ان أبرزوها بصورة بطلان الحكم و عدمه و لو من جهه فسق و شبهه توجهت الدعوى و سمعت و ان أبرزوها بصورة فسق الحاكم و عدالته و الشهود و عدالتهما كان القول بعدم سماع الدعوى لا يخلو من قوه.

فائده: لو ادعى أحد الخصمين على الآخر الإقرار بالحق سمعت الدعوى فإن أقام بينه فيها و إلا فإن اقر بإقراره الزم بالإقرار الأول الذى اثبته الإقرار الثانى و إلا حلفه فإن نكل حلف المدعى و ثبت إقراره و الإقرار و ان لم يثبت الحق واقعاً يثبت ظاهره لأنه سبب لثبوته عليه فهو بمنزلة دعوى اليد حتى لو لم يعلم المقر له بثبوت الحق جاز له ان يستوفيه من المقر ما لم يعلم عدمه فالقول بعدم السماع و عدم توجه اليمين ضعيف.

خامسها: اصل الدعوى بمنزلة الإقرار

فلا- سمعها الحاكم إلا بنحو يفهم منه ما يطالب المنكر بجوابه و ما يطالب المدعى بالبينة عليه فلا تسمع المبهمه و لا تفتقر إلى البيان التفصيلى المستغنى عنه فى العرض المسوق له الدعوى فلو ادعى ان له عليه كذا كفى عن السؤال انه ثمن مبيع أو قرض أو نذر أو ميراث و انه سابقاً أو لاحقاً نعم يسأله له قال: مائه ذهب عن أنواعه أو مائه قرش عن أجناسه كى يعرف مطابقه الشهاده له و عدمها أو ثوب عن جنسه و وصفه أو دابه كذلك نعم لو ادعى القتل لزم الاستفسار عن كونه عمداً أو خطأ أو شبه العمد قتله وحده أو بمشاركه الغير ما لم يظهر من الخطاب شىء و يكفى ظاهر الخطاب عن الاستفسار فلا يلزم الاستقصاء لتفاوت الأمور المرتبه على كل واحد و لأن غايته و خطأه لا يتدارك و الظاهر انه لا خلاف فى لزوم الاستفسار عند الجهل بالحال و إمكان الاستعلام أما مع عدم إمكان الاستعلام كما إذا لم يعلم المدعى سوى صدور القتل فهل تسقط الدعوى أو تسمع فيأخذ الحاكم بمجمل اليقين من المشهود به و المحلوف عليه و يعمل بالصلح أو الاحتياط و جهان و لا يبعد الأخير خوفاً من تأديه عدم السماع إلى إضاعه الحقوق و تلفها و يسرى ذلك إلى سماع كل مجمل لا يمكن استعلامه و كان للحاكم طريق إلى استخلاص الحق المدعى به من الأخذ بالمتيقن أو الصلح و شبهه فإنه لا يبعد ذلك توصلًا لاستخلاص حق المسلم بما أمكن و دعوى شمول عموم أدله الدعاوى لمثله غير بعيد أما لو ادعت الزوجه سمعت دعواها و كفى ذلك عن ذكر السبب و المهر و النفقه إنما تلك توابع فإذا ثبت المتبوع ثبت التابع نعم لو أنكر الزوج فأثبتتها بالبينة أو اليمين المردوده فهل يجوز

لنا تمكينه منها لثبوت دعواها ظاهراً أو لا- يجوز أخذاً له بإقراره؟ وجهان ولا يبعد الأول نعم هو يعرف تكليفه بينه وبين الله تعالى و أما هي فيجب عليها العمل بوظائف الزوجية على موجب إقرارها و كذا الكلام لو انعكس الأمر فكانت المدعى هو الزوج و هل يجب الاستفسار عن كون دعوى النكاح أو الزوجية دواماً أو متعه لاختلاف أحكامهما؟ الظاهر الوجوب ما لم ينصرف لفظ الزوج و الزوجه و النكاح للدائم و مع عدم الانصراف لا بد من المسألة إذ الحكم بمجرد الزوجية المجمله لا يقيد مع احتمال عدم وجوب الاستفسار و الاكتفاء بالحكم بالزوجية لترتب حل الوطاء له أو لها و لترتب تحريم أمها أو أختها جمعاً نعم لو كانت الدعوى مسوقه للإلزام بالنفقة أو المضاجعه فلا بد من الاستفسار لأن حكم الحاكم بالزوجية المطلق غير مقيد لذلك.

سادسها: و يشترط في الدعوى إبرازها

بصوره إنها ملزمه للمدعى عليه بالحق فلو أبرزها لا بتلك الصورة لم تسمع سواء أبرزها بصورة ظاهره بعدم الإلزام أو محتمله للأمرين معاً فلو ادعى أمه و قال: هذه ابنه امتي لم تسمع حتى يقول: و هي ملكي لاحتمال إنها ولدتها في ملك غيره بل لو قال: ولدتها في ملكي لم تسمع لاحتمال إنها ولدتها حره و قد يقال ان الظاهر هنا تبعيه البنت للأم حكماً و خطاباً حتى يقوم دليل على الخلاف و حينئذ فينزل كلامه على الظاهر من إنها ملكي تبعاً لأمها كما يقول: هذا نماء ملكك صريحاً و على ذلك بعض الأصحاب نقلًا و عليه فتقبل الشهاده على ذلك النحو و يحكم الحاكم أيضاً على ذلك النحو عملاً بالظاهر بل بالأصل لأن الأصل ان المقتطع من المملوك مملوك مما لم يقيم دليل على الخلاف و مثل ذلك ما لو قال: هذه ثمره نخلتى و بيضه دجاجتى و ولد نعجتى و نماء بذرى و هذه منفعة دارى و مثلها في الإقرار لو أضافها للغير سيما لو قال صورت أو اصلها في ملكي أو في ملك غيره بل هذه أولى من الحيوان لطرو الخروج عن الملك في نمائه لأن النطفه لا تملك فيضعف فيه الاستصحاب و لا فرق في ذلك بين الدعوى و الإقرار و العرف حاكم في الاثنتين انه اعتراف في الملك أمّا لو قال: هذا دقيق حنطتى أو اقر بذلك أو غزل قطنى أو ثوب غزلى أو حبل خوصى أو كوز أو آجر طينى و نحو ذلك فلا شك في كونه دعوى بالملك

حكماً و خطاباً مالك ما لم يفصل بينهما لأن الأصل و النماء النوع هنا شىء واحد و الفارق بينهما الصورة و قد يجعل البذر من هذا القبيل فى وجه و مثله الأجزاء كما يقول: صوف نعجتى و أحجار دارى بل و أبوابها فإن الإقرار و الدعوى صريحان به و فرق المحقق بين صحه الدعوى و نفوذ الإقرار فى مثل قوله: بنت أمتى ولدتها فى ملكى أو ثمره نخلتى فلم يسمع الدعوى فيها إلا مفصله فيقول: و هى ملكى للزوم التصريح التام فى الدعوى و اكتفى بالإقرار بمجرد قوله ذلك من دون إضافه قوله: و هى ملكى لعموم الإقرار جائز و للشك فى عموم سماع الدعوى و يشكل الفرق بين الدعوى و الشهاده بها و بين الإقرار فى نفوذ الأخير و عدم سماع الأول بل قد يقال انه ان لم تسمع الدعوى لم يسمع الإقرار و ان سمع الإقرار مجملاً و يستفسر الحاكم بعد ذلك سمعت الدعوى و يستفسر الحاكم من المدعى و الشهود قبل الحكم أو بعده و ان سمع الإقرار المطلق سمعت الدعوى المطلقه و يرد أيضاً عليه انه لو سمع الإقرار و كان إقرار بالملك كان تعقيبه بقوله: و هى ملكى غير مسموع لأن تعقيب الإقرار بما ينافيه أو ينافى ظهور الخطاب منه ملغى إلى ان يفرق بين الخطابات ظهور أو صراحه فالظاهر الصريح لا ينافيه ما تعقبه و غير الصريح يعود عليه بالنقض و هو ما كان قابلاً لوقوع المقيد بعده و الصريح هو ما تم و كان ما بعده كالكلام المستأنف و حينئذ فقوله: و هو ملكى غير منافٍ للأول بل قيد له و بالجمله فالظاهر من الفرق عند الفارق هو لزوم الصراحه بدعوى الملكيه فى الدعوى كى يترتب عليها الشهاده و الحكم بخلاف الإقرار فانه يحكم عليه بما اقر به فإن بقى على إجماله الزم بتفسيره و ان ظهر منه شىء و لم يعقب بما ينافيه اخذ بذلك الظاهر و ان عقبه بما ينافيه سقط حكمه و ان كان صريحاً فى الملك ثبت عليه و لا يسمع بعد ذلك منه سقط حكمه و إن كان صريحاً فى الملك ثبت عليه و لا يسمع بعد ذلك ما ينافيه فلا يخلو من تأمل نعم قد يقال إلى ما يملك من النماء لا بد من تقييده بحاله الملك لعدم دلالة الإضافه على كونه نماء حاله الملك و هو جيد لكن الظهور لا ينكر

القول فى التوصل إلى الحق و فيه أمور:

إشاره

أحدها: الحق ان كان عقوبه حداً أو تعزيراً وقف على إذن الحاكم

من غير خلاف إلا- ان يدخل في باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وفي الرواية إقامه الحدود إلى من إليه الحكم و لو كان قصاصاً ففيه قولان أقواهما العدم للأصل و لقوله تعالى: (فَقَدْ جَعَلْنَا لُولِيِّهِ سُلْطَانًا) (الاسراء: من الآية ٣٣) * (فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ) (البقره: من الآية ١٩٤) * (النَّفْسُ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفُ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنُ بِالْأُذُنِ وَالسِّنُّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ) (المائده: من الآية ٤٥) و القول الآخر التوقف للاحتياط لعدم معرفه مواقع القصاص من غير الحاكم و لأن فائته لا يتدارك و ربما نقل بعضهم الإجماع و الجميع ضعيف لعدم صلاحيه معارضه الاعتبار لعموم الأدله و لضعف الإجماع المنقول و لو كان بضعاً فهو كالمال فمن غصب منه عرضاً جازت المقاتله عليه و جاز استيفاءه قهراً من صاحبه البضع و من غيرها ممن منعه من استيفائه و لو كانت في دار جاز الدخول عليها و إخراجها منه سواء كانت لها و هي الممتنعه أو للمانع غيرها أو لغيرهما كأن أدخلهما في دار قوم آخرين سواء رضوا بدخولها أم لم يرضوا بذلك جاز كسر القفل بل و تهديم الحائط عليها إذا لم يمكن التوصل إلا بهما و يكون ضمان المتلوف عليه و في استقراره على المانع وجه نعم يعلم أهل الدار بذلك إذا أمكن فلعلهم يرفعوها من غير ضرر يعود عليهم ثم يرجع إلى الحاكم في فعل ذلك على الأظهر و لو كان مالاً قائماً بعينه فكذلك فإذا لم يدفعه من هو عنده فامتنع جازت مدافعته و قهره عليه و جازت سرقة و إن أدى إلى إتلاف مال كثير و ان قل المغصوب بحيث لا يخرج عن الماليه و لو وضعه الغاصب في دار غيره فإن علم ذلك الغير فكذلك و ضمانه عليه؟؟؟ على الغاصب في وجه و ان لم يعلم فلا يبعد أيضاً جواز الإفساد و الضمان عليه و يستتر على الغاصب نعم يلزم تعليمه كي لا يدخل عليه ضرر من دون علم فإذا لم يمكن إصلاح الغاصب لذلك و الضرر لزم على الضار إصلاحه لحديث لا ضرر و لا ضرار و قد يقال ان الغاصب لو وضع مالاً بيت غيره من دون علمه و استلزم إخراج ضرر على ذلك الغير لم يجز إخراج و يكون من باب الحيلولة فيلزم الغاصب المثل و القيمه إذا لا ضرر

و لا- ضرار و هو قوى و يشعر به كلامهم فى باب الغصب حيث انهم لم يجوزوا إتلاف مال غير الغاصب لاستخلاص ماله و لا تزر وازره و زر أخرى و لو استلزم تخليصه إثارة فتنه بقتل نفوس و تمشيه جنود و نهب أموال و جراح و نحوها حرم التوصل بذلك إلى ماله لا- بد من الرجوع إلى الحاكم كى يوصله إلى حقه و لو كان ديناً و الغريم مقر باذل لم يجز استيفاؤه إلا بإذن الغريم لأنه مخير بجهات القضاء و تعيين الوفاء من ماله إلا إذا كان الغريم غائباً أو ممنوعاً من التوصل إلى ماله و كان الطالب محتاجاً أو طالباً مطلقاً فى وجه قوى توقف الوفاء على إذن الحاكم لولا-يته على من لم يمكن الوصول إلى ماله و على ذلك يحمل إطلاق من أطلق الرجوع إلى الحاكم فى هذه الصورة و لو كان الغريم مقراً ممتنعاً ففى لزوم الرجوع إلى الحاكم بالاستيفاء لأنه المتيقن من جواز التصرف بمال الغير و لأنه المتولى للإجبار فى مقامات الاضطراب أو عدمه و جواز الاستقلال من الغريم لعموم من اعتدى و جزاء سيئه مثلها وجهان و الأول أحوط و الأخير أقوى و يجوز الاستقلال مع تعذر أو تعسر الرجوع للحكام أو ارتفاع سلطنته من غير كلام و هل يجوز الاستيفاء من غريم الغريم من دون إذن الحاكم وجهان و الاحوط الرجوع للحاكم و لو كان الغريم جاحداً فإن كانت للمدعى بينه يمكنه إقامتها عند الحاكم و يمكن للحاكم الاستيفاء ففى لزوم الرجوع إلى الحاكم فى إقامه البينه عنده و فى تولى الاستيفاء قولان اللزوم و هو منسوب للأقل و اختاره المحقق فى النافع و عدمه و جواز الاستقلال للغريم و هو المنسوب للأكثر للأول الاحتياط فى التصرف بمال الغير و التعيين بمال الممتنع و الاقتصار على اليقين من جواز الوفاء و الاستيفاء فإذا تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله و رسوله و للشانى فى عموم قوله تعالى: (فَمَنْ اغْتَدَى عَلَيْكُمْ) (البقره: من الآيه ١٩٤)* (وَ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ) (الشورى: من الآيه ٤٠) و عموم أدله أخبار جواز المقاصه و هى ظاهره فى الإطلاق دون الرخصه من الإمام عليه السلام فحمل الأخبار المجوزه على الرخصه بعيد و لو كان للغريم غريم آخر جاز للحاكم ان يقهره على وفاء غريم غريمه و تبرأ ذمته بذلك فإن امتنع ففى جواز مقاصته بإذن الحاكم

أو لا ياذنه وجهان و الأوجه جبر الحاكم له على الوفاء و يتولى هو أو الغريم الاستيفاء مقاصه عن غريمه و تجوز مقاصه الغاصب عن العين المغصوبه إذا لم يمكن التوصل إليها و ينوى بها التملك ملكاً تاماً فيملك الغاصب المغصوب لعدم إمكان الجمع بين العوض و المعوض أو ملكاً متزلزلاً مراعى برده المغصوب فإن رده انفسخ و إلا فلا أو ان الرد كاشف عن فساد المعاوضه فنماء كل يرجع إلى أهله و عدمه كاشف عن صحتها وجوه و الأول اقرب للفقاهه و الثانى أوفق بالقواعد.

ثانيها: تجوز المقاصه من كل شىء سواء كان أمانه عند المقاص أو عند غيره

أو لم يكن و سواء كان منفعه أو عيناً و لو كان عنده رهناً من غيره ففي جواز أخذه وجه فيكون عنده أمانه إلى ان يحل الطلب فيبيعه و فى ضمانه وجه و يجوز الاقتصاص من الوديعه و غيرها عنده أو عند غيره نعم يكره و للأصحاب فى جواز المقاصه من الوديعه عنده قولان منشؤهما الأخبار و العمومات فعمومات المقاصه و خصوص بعض الروايات المعتبره داله على الجواز و القواعد الناهيه عن التصرف بمال الغير المقتضيه للاقتصار على المتيقن فى جواز المقاصه و خصوص الأخبار الناهيه عن الخيانه و الناهيه عن مقاصه الودعى داله على المنع و لكن الدال على الجواز أقوى كثره و سنداً و اعتضاداً و دلالة لأن أكثر أخبار النهى نهى عن الخيانه و ليس موردها نعم لا تجوز مقاصه من حلف بالله و لا تجوز المقاصه لمستثنيات الديون إذا لم يملك سواها و لا تجوز المقاصه لمن لا يعلم الحق نعم لو قامت عنده بينه جاز و لا تجوز عند خوف الفتنة و كثره الفساد لعدم جواز اخذ العين فهنا أولى و لو فعل حراماً بذلك ففي صحه المقاصه و بطلانها وجهان و لا بد فى المقاصه من النيه إلا فى الدينين المتساويين فيقع التهاتر قهراً و فى لزوم الكلمات المذكوره فى الأخبار عند المقاصه وجه و الأوجه عدم الوجوب لظهور الاستحباب من الروايات و لعدم إيجاب الأصحاب له و لخلو أكثر الأخبار عنها فتحمل على إرادته تذكر نيه المقاصه مخافه العدوان أو استحباب ذكر الله أو التنزه عن أكل أموال الناس بالباطل.

ثالثها: فى بعض الأخبار النهى عن المقاصه

من كل أمانه كقوله: أدّ الأمانات إلى من ائتمنك و لا- تخن من خانك و كثير من الأخبار فيها لفظ الأمانه و ظاهر الأصحاب اختصاص ذلك بالوديعة و لا يبعد استحباب التنزه عن كل أمانه و الظاهر ان المقاصه بمنزله المعاوضه اللازمه فلا يجوز الفسخ فيها بعد حصولها إلا بظهور عيب أو عين و يتولى هذه المعاوضه طرف واحد و هو المقاص بالدليل و يحتمل إنها من الأحكام فبأخذ المقاص يملك و يملك الدين الذى فى ذمه الممتنع و الكلمات المأمور بها فى الأخبار لا يبعد حملها إلى الإرشاد إلى كيفية المعاوضه و يجوز فى المقاصه اخذ الجنس و غير الجنس و يجوز فى غير الجنس أخذه عوضاً حين الأخذ و يجوز بيعه اقتضاء ثمنه بل و يجوز بيع ثمن الثمن إلى ان ينتهى إلى موافق جنسه و إلى قدره و لا يجب الانتظار فى البيع إلى وقت الغلو كما لا يجوز البدار مع تفويت المصلحه فى مال الغير و لو توقف قبض حقه على قبض زائد جاز و كان أمانه عنده يجب ارجاعها إلى صاحبها فإن لم يمكن إيصالها لخوف و شبهه أرجع أمرها إلى الحاكم و لا- يبعد جواز التصديق بها و لو تلفت الزيادة ففى ضمانها وجهان و الأوجه ان الزيادة ان كانت مشاعه فهى مضمونه كالأصل لأصله ضمان اليد ما أخذته إلا ما خرج بالدليل و ان كانت معينه قبضها لمكان الضروره فلا ضمان و احتمال عدم الضمان مطلق لكونها أمانه و الأمانه غير مضمونه و لإذن الشرع بالأخذ و اذن الشرع لا تستعقب ضماناً ضعيفان لمنع الحكم بعدم استعقاب الضمان للأذن الشرعيه و عدم التلازم عرفاً و شرعاً لذلك و لأن سلم فالإذن لمصلحه المالك كقبض المأخوذ بالسوم و قبض الرهن بدون إذن الراهن و منع كون كل مقبوض بالإذن الشرعيه أمانه اسماً بل و لا حكماً و منع ان الأمانه الشرعيه غير مضمونه مطلقاً بل هى ما إذن به الشرع للحفظ أو للتعريف كاللقطه و شبهها من المقبوض لمصلحه المالك دون ما قبض لمصلحه القابض و الأقوى ان الإعراض مخرج عن الملك لا دليل على الأذن لجريان السيره على تملكه و ان كان من أطفال أو مجانين أو أموات أو إحياء و لتملكه بمجرد القبض من دون توسط انساب للملك فلا يقال ان الأذن فى الشئ ء إذن فى لوازمه فالإذن فى التمليك و لا يبعد انه يجوز للمقاص ان يأخذ

المال رهنا فلا يبيعه و لا يملكه فيبقى عنده أمانه و لكنه مضمون عليه في وجه قوى لكونه من غير إذن المالك و فائدته جواز الرجوع إلى دينه عند تمكنه و يجوز التوكيل في المقاصه و يجوز ان يقاص الوديعة عند غيره و هل للودعي منعه مع علمه بثبوت حقه و جهان و لا يبعد جواز المنع لا وجوبه و لو توقفا الاقتصاص على ضرر من عنده المال بماله لم يجز على ظاهر كلام الفقهاء و ان ضمن النقص و في جوازه أوجه و لو توقفت المقاصه على مجرد الدخول و الخروج في دار الغير من دون اذنه فلا- يبعد الجواز مع ضمان أجره المثل لدخوله و خروجه و لكن بشرط خوف إعلامه و لو أمكن إعلام صاحب الدار و الاستئذان منه من غير ان يمنعه لزمه ذلك.

رابعها: ورد في بعض الروايات انه لو انكسرت سفينه في البحر فما اخرج البحر فهو لأهله و ما خرج بالغوص فهو لهم

و هم أحق به و أراد بالضمير عوده للغائمين كما فهم الفقهاء و هو ظاهر السياق و ربما يؤده أخبار آخر و الروايه و ان كانت ضعيفه السند و لكنها مجبوره في الجملة بالشهره المحصله و المنقوله و أفتى بمضمونها جماعه من أصحابنا و ظاهرها ان ما أخرج البحر فهو لأهله سواء كانوا حضار أو غيبا و سواء يثسوا منه أو لا و سواء ظهر منهم الإعراض بقول أو بفعل أو كان ظاهر حالهم ذلك أم لا- و سواء كان مما يعرض عنه عاده أم لا و إنما أخرج الغائض له مطلقاً سواء اعرض عنه صاحبه أم لم يعرض حق لو كان واقفاً و يغوص معهم و قيد بن إدريس ذلك بصوره اليأس منه و نقل الإجماع على ذلك و تواتر الأخبار و ظاهر عبارته انهم تركوه و ذهبوا آيسين منه و لم يذكر حال ما إذا كانوا عنده وفقه المسأله ان الروايه ان خرجت عن القاعده بكلا الحكمين أو بأحدهما دون الآخر لزم الاقتصار على موردها من سفينه انكسرت في البحر فلا يتعدى إلى غير المورد إلا بتفويض المناط كما لا فرق بين السفينه و ما شابها و بين الكسر و سائر أنواع الغرق فيشكل التعدى إلى ما وقع في النهر أو في عين أو في البر من الأماكن التي تضيع فيها الأموال دفعه إلى ان يخرجها ربح أو عمل عامل كالغوص و ان انطبقت على القواعد سرى الحكم لكل ما كان تحت القاعده و الذي يظهر من السيره و استقراء موارد جزئيات ما شابه هذه المسائل ان

المال الذى فى السفينه ان كان أهله غير معرضين عنه باقين على إخراجهم مريدين له فهو لهم حتى لو كان الشىء من شأنه الإيعراض كالمحقرات الواقعه من الحطب و التبن و بعض الحب من الزرع فإنه كله على اصل الملك لمالكه و احتمال خروجه عن الملك قهراً لو كان من شأنه ذلك بعيد و ان كانوا معرضين عنه قطعاً أو كان من شأنه الإيعراض و لم يعلم حالهم بل كان ظاهر الحال يقضى بإيعراضهم عنه كان مباحاً لوأجده و يخرج عن ملك المعرض و يكون بمنزله الإيقاله مع المالك الحقيقى و بمنزله فك الملك عن نفسه بل لو كان صاحبه مجنوناً أو صبيّاً و كان من شأنه إيعراض أهله عنه خرج عن ملك مالكه فى وجه قوى كما ان الإيعراض لو كان من المالك عن مال له ليس من شأنه إلا- الإيعراض عنه كما يقول أعرصت عن مالى لا يحكم بفك الملك فيه لعدم جريان السيره على ذلك و بالجمله فالظاهر ان الإيعراض لو حصل من المالك قطعاً أو دلت عليه الأمارات اللفظيه أو العاديه و تعلق بما من شأنه ان يعرض عنه أو كان الشىء من شأنه الإيعراض عنه و ان لم يعلم بإيعراض الملك عنه لصدوره من مجنون أو جاهل أو ممن لا- يعلم حاله كان فى الجميع مخرجاً عن الملك و لو علم بعدم الإيعراض فلا يخرج عن الملك كما لو علم الإيعراض عما من شأنه انه لا يعرض عنه نعم يكون هذا بمنزله الإباحه فى التصرف و قد يقال ان الإيعراض لا يخرج عن الملك بل هو دليل على إباحته لمن أراد و اخذه و يشكل ان الإباحه للتصرف تملك المتصرف بالتلف كازدراد الطعام من بادله أو بالنقل فى عقد لازم كالإباحه فى المعاطاه على القول بها و لا تملك بمجرد القبض أو التصرف مطلقاً مع ان السيره قاضيه بتملك المال المعرض عنه كالبعير المتروك من جهد فى غير كلاً و ماء بمجرد قبضه و إجراء أحكام الملاك عليه و هو دليلنا على الملك فى المعاطاه دون الإباحه و احتمال ان الإباحه فى المال المعرض عنه إباحه لتملكه فيملكه القابض بمجرد نيه الملك بعيد لأن الأذن فى الملك غير معقول و اباحه ان يملك آخر ماله لا يجرى على القواعد نعم لو أباح التملك بمعنى إباحه أسبابه فالإذن فيه إذن فى لوازمه فيصير الأذن بمنزله من إذن لواحد معين أو لكل أحد ان يوجد أسباب الملك لماله من غيره و جملتها قبضه عن المالك على سبيل الهبه أو

بيعه وهبه ثمنه لنفسه جاز و لكن السيره القطعيه لا- تجرى على المال المعرض عنه ذلك و للزم ان لا يملك المال المعرض عنه لو صدر من غير الباغ و المجنون و على ما ذكرنا فتحمل الروايه على ان ما أخرجه البحر كان لأهله إذا كانوا واقفين عليه يريدون له و لو بعد ذلك فأهله آملون له و حاسبونه من مالهم بخلاف ما احتاج إخراجهم إلى مخرج فإن أهله معرضون عنه لمخرجه باذلوله له فيكون له لو أخرجه بنيه تملكه لنفسه نعم لو أخرجه بنيه انه لأهله احتمال عوده إليهم و احتمال ابقاءه على الإباحه و هل يأس أهل المال قرينه على الإعراض؟ الأظهر العدم لأن صاحب المال قد يأس من تحصيل ماله عند الظلمه أو السراق و لا يعرض عنه

القول في دعاوى الأملاك و فيه أمور:

أحدها: يحكم لمن في يدهما عيناً بأنها لهما على الإشاعه

لو تداعيا عيناً يدهما عليها أو تصرفهما فيها سواء و كانت كلها تحت يد كل منهما أو كان كل جزء منها تحت يد واحد و لكنها لا تقبل التجزئه كالحيوان أما لو كان كل جزء منها تحت يد واحد و كانت مما تقبل التجزئه كانت الدعوى كدعوى الاثنين على شىء كل واحد بيده واحد و هو يدعى الكل و هو دعوى كسائر الدعاوى يحكم لكل منهما بما فى يده و تسمع دعواه على الآخر و يجرى عليها أحكام الدعوى المستقله و الحكم بالصوره الأولى يكون فيما إذا ماتا و لم يعلم الحال أو طلب الوارث الحكم من الحاكم على ظاهر اليد لعدم علم الوارث بالحال و يكون فيما لو تداعيا فحلف كل لصاحبه على نفى ما يدعيه صاحبه عليه مما تحت يده بادعائه الكل فيثبت لكل منهما النصف المشاع لأن اليدين بمنزله يد واحده و المالكيين بمنزله مالك واحد فيثبت المجموع للمجموع و هكذا لو كانوا ثلاثه فصاعداً و يكون فيما لو نكلا- معاً فطلبوا الحكم من الحاكم مع نكولهما فإنه يحكم بالتنصيف بأن يكون لكل واحد ما تحت يد صاحبه و كذا لو توقف الحكم بالنكول على اليمين المردوده فحلف كل منهما و كذا يكون فيما لو تداعيا و أسقط كل منهما اليمين عن الآخر أو لم يطلب كل منهما يمين الآخر و كذا لو نكلا معاً عن اليمين المردوده و كذا يحكم فيما لو قامت بينتان لكل منهما بينه إلا ان الحكم يختلف فمنه حكم قاطع للخصومه كالحكم مع اليمين يمين النفى أو المردوده أو مع

النكول عن أحدهما أو مع البينه و منه ما هو حكم على الظاهر و تعاد معه الدعوى عند وجود شاهداً و إرادته اليمين و هو الباقي و للحاكم ان يحكم بالظاهر سيما لو طلبه المتداعيان و لا- يفتقر إلى يمين أو بينه و لكنه حكم بالظاهر فلا- يقطع الخصومه حتى يستند إلى ما يقطع به النزاع من البينه و اليمين و على ذلك يحمل ما ورد عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم فيمن تداعيا في دابه انهما لهما من دون يمين و كذا يحمل كلام الفقهاء المطلقين للتنصيف من دون توقف على يمين يريدون انهم إذا لم يطلبوا اليمين لم يتوقف الحكم بالتنصيف عليه ثم ان الحاكم لو أراد تحليفهما بدأ بتحليف من ادعى عليه أولاً لسبق الحق عليه أو بمن على يسار صاحبه فإن ابتدرا معاً و جلسا على هيئة التقابل اخرج المبتدئ بالقرعه و الأوجه ان للحاكم الخيار في ذلك و رأيه متبع و يحتمل تكليفهما بإيقاع اليمين دفعه فمن تاخر عن صاحبه نكل و لكن لم أر من ذكره ثم ان المبتدئ بتحليفه ان حلف رجع إلى الثانى فإن حلف فلا كلام و فى حكمه بالتنصيف فيحلف كل منهما على نفى ما يدعيه الآخر مما تحت يده و ان نكل قضينا بالنكول كان الجميع للحالف و ان توقف على رد اليمين ردت اليمين على الحالف فيحلف على إثبات ما يدعيه فتعود العين له و ان لم يحلف الأول فإن قضينا بالنكول كان حقه للثانى و الثانى ان نكل كان حقه للأول و ان حلف على نفى ما يدعيه الأول صارت العين كلها له و ان لم نقض بالنكول كان على الثانى يمين مردوده من الناكل الأول يبتدئ بها و يمين نفى لما يدعيه الأول عليه فإذا حلف اليمين صارت العين له و الأظهر عدم لزوم تقديم أحد اليمينين على الأخرى و الأولى تقديم يمين الإثبات لأنه حقه و هل يكتفى بيمين واحده جامعه بين النفى و الإثبات فيقول: و الله لا حق لك ولى المال أو لى المال و لا حق نسب إلى ظاهر الأصحاب ذلك و الاحوط الأول لأصالة عدم التداخل و لو أقام أحدهما بينه على ما يدعيه و حلف على نفى ما يدعيه الآخر كانت كلها له و لو كانت العين بيد واحد دون الآخر كانت لمن فى يده و عليه اليمين للآخر إلا ان يقيم الآخر بينه على إنها له لأن اليد تقضى بالملكه كما هو صريح الأخبار و كلام الأصحاب و لو ادعى كل منهما ما اقتضته يد الآخر من النصف فالأوجه هنا سقوط اليمين و يحكم الحاكم لهما بالمناصفه

بموجب اليد لعدم الثمره فى التحليف لبقاء الإشاعه على كل حال و لو كانت العين خارجه عنهما و لا يد عليها و لا بينه تحالفاً و الخيار بيد الحاكم أو من ادعى عليه أولاً و اقتسماها نصفين لعدم احتمال كونها لثالث تنزيلاً لليمين منزله البيتين المتعارضتين و حيث لا ترجيح يحكم بالتنصيف و لا بد فى هذه الصوره و فيما قبلها و فى اكثر الصور الآتية ان يكون اليمين على نفى الكل أو إثبات الكل على طبق الدعوى و الجواب و اليمين على نفى الكل من كل منهما يمين نفى لأن كل واحد يدعى الكل على الآخر و ينكر الكل على الآخر لاقتضاء يد كل منهما الجميع لو لا معارضة اليد الأخرى لأن المفروض ايد كل منهما على الكل فكل واحد داخل خارج بالنسبه إلى الآخر إلا ان اليدين لما اجتمعتا صارتا بمنزله يد واحده فالجميع لجميعهما فالتنصيف بينهما أيضاً يكون بموجب اليد و هذا معنى قول الفقهاء ان كل منهما مدع بالنسبه إلى نصف منكر بالنسبه إلى الآخر حيث انهم لاحظوا اقتضاءهما عند الاجتماع فيكون لكل منهما نصف مشاع و لو كانت العين بيد ثالث فأما ان ينكرهما معاً أو يصدقهما كذلك أو يصدق أحدهما معيناً أو يصدق واحد منهما غير متعين أو يقول هى لغير معين غائب أو حاضر غير كما أو يقول: ليست لى و يسكت أو يقول: لا ادرى هى لمن و قد حكى الأصحاب ان تصديق من كانت بيده بمنزله اليد للمصدق لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز و اليد يده بإقراره بما فى يده لغيره ملك له ظاهراً و لكن لا يبطل ذلك دعوى المدعى بل تكون كالدعوى على صاحب اليد فإن أقام المدعى بينه سمعت و إلا كان له اليمين على المصدق فإن حلف و إلا رجعت للمدعى بمجرد النكول أو مع اليمين هذا ان صدق أحدهما و ان صدقهما كانا متداعين بمنزله ما لو كانت العين فى أيديهما نعم لمن لم يصدقه ان يدعيه بكذب تصديقه و انه يعلم انه له و حيثئذ فلو لم تكن عنده بينه كان له عليه اليمين على نفى العلم بل على البت لاطلاعه عليه و كونه من أفعال نفسه فإن نكل حلف من لم يصدق و غرمه المثل و القيمه سواء سلمه بيده لمن صدقه أو أخذه ذلك منه من غير ان يسلمه أما مع التسليم فالضمان ظاهر لأنه عمل يده و أما مع تصديقه من غير تسليم فالأقوى ذلك أيضاً لأنه تفريط منه بمال الغير

و تسليط للغير عليه و إتلافه بإخباره انه ملك له و كذا لو صدقهما فتحالفا فتقاسماها ثم ادعى أحدهم عليه العلم بأنها له فأقر أو نكل فحلف المدعى فإن عليه النصف يغرمه له فإن ادعى الآخر بعد ذلك فأقر له أو نكل عن اليمين فحلف له أغرم النصف الآخر و لو أنكرهما الزم بيمين النفى لهما أو لكل واحد بيمين و الأوجه الأول فلو نكل ردت اليمين عليهما فإن حلفا اقتسما العين و ان نكل أحدهما لم يمكن له شىء و صارت العين للحالف نعم للناكل ان يدعى الحالف بعد قبضه إنها له لأن نكوله فى الدعوى الأولى لا يبطل حقه من الدعوى على القابض و ان صدق واحد لا يعينه منهما كان كما لو كانت العين فى ايديهما على الأظهر و يحتمل استخراج الحالف بالقرعة فمن أخرجته حلف يمين نفى و كانت العين له و ان نكل ردت اليمين على الآخر فحلف واخذ العين فإن نكلا- قسم بينها نصفين و القرعة لاستخراج الحالف لا لاستخراج صاحب اليد و لو كان لذلك لكان بنكول المدعى يكون المال لمن أخرجته القرعة و هو خلاف ظاهر الفقهاء و ان قال: لا ادرى هى لمن كان بمنزله من تداعيا على عين لا- يد عليها إلا- ان أمرها هنا يؤول إلى الحاكم فلا- بد من إثبات انها لهما فى الجملة و ان قال: هى لغائب وقفت الدعوى إلى يحضر الغائب أو يقيما بينه إنها لهما فى الجملة و لهما عليه اليمين على انه لا يعلم إنها لهما و ان قال: هى لحاضر كانت له و كانت الدعوى مع الحاضر و لهما عليه اليمين على نفى العلم ان لم يكن لهما بينه و لو قال: هى لغيرى الزم البيان و ان قال: ليست لى لا يقنع منه بذلك حتى يبين هى لمن لأن قوله ليست لى محتمله إنها لهما و لغيرهما مما يعرفه و مما لا يعرفه و ان اعترف بها للحاضر فكذبه الحاضر صار من قبيل مجهول المالك يرجع إلى الحاكم و لو قال لغائب فحلفه المدعى على ذلك فحلف فلا كلام و ان لم يحلف فحلف المدعى فهل يغرم للمدعى المثل و القيمة و تبقى العين إلى ورود الغائب أو يدفع العين و يغرم للغائب المثل و القيمة ان صدقه الغائب وجهان و الأوجه الأول و التأمل.

ثانيها: إذا تعارضت البيئات بأن يختلف الشهود

فى أمر واحد ينفى أحدهما ما أثبتته الآخر و لا يمكن التوفيق بينهما كما إذا شهدت أحد البيئتين بالملك الحالى لزيد

و الأخرى بالملك الحالى لعمر أو شهدنا كذلك بالملك السابق أو بالملك كذا لو شهدنا أحدهما بالملك السابق و الأخرى بالحالى أو أحدهما بالملك و لم يجرى إلى الآن أو يقول: و لا- اعلم له مزيلاً و الأخرى بالحالى أو السابق لم يتحقق التعارض لإمكان التوفيق و كذا لو شهدت إحدى البيتين بالبيع مطلقاً و الأخرى بالسلم أو بنسيئه أو بخيار أو بشرط لم يتحقق التعارض لإمكان التوفيق بمورد الاجتماع و انفراد الأخرى بالزائد فتقبل لأن الزيادة لا تنافى شهادته الإطلاق بل لو شهدت واحده بتمن أو مبيع أو عين مستأجره فشهدت الأخرى بالأزيد كما إذا شهدت أحدهما انه باعه البيت أو لعشر أو أجره كذلك و شهدت الأخرى انه باعه بعضه معيناً أو مشاعاً أو بخمس أو أجره ذلك أو بذلك عمل بالأولى فى الزيادة و لم يتحقق التعارض لإمكان التوفيق فى الأقل و بينه الزائد لا تعارض بينه النافى و الناقض غايه الأمر ان بينه الناقض نافية و هى غير مسموعه بنفسها فضلاً عن المعارض و فى هذا الكلام وجوه يأتى الكلام عليها إن شاء الله تعالى.

ثالثها: إذا تعارضت البيتان و كان المال بيدهما حكم الأصحاب بقسمته نصفين

أمّا لمكان تعارض البيتين و تساقطهما فيبقى المال بينهما نصفين على موجب اليد و لكن يلزمهما هاهنا التحالف و أما لتقديم بينه الداخل فيحكم لكل منهما بما فى يده فيقسمانه نصفين و لا يحتاج هاهنا إلى اليمين مع احتمال له لأن اليمين على من أنكر فلا ينافى انضمامه إلى البيته و أما لتقديم بينه الخارج فيحكم لكل منهما بما فى يد الآخر فيقسمانه نصفين و لا يفتقر إلى اليمين منهما و احتمله العلامة و كأنه لروايه على عليه السلام و فيها فقيل له: لو لم يكن فى يد واحد منهما و أقام البيته قال: أحلفهما فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للخالف فإن حلفاً جميعاً جعلتها بينهما نصفين و لأجل هذه الروايه لاعتبارهما هنا فى الجملة حيث ان فيها الممدوح و فيها من قال الشيخ انه معمول بروايه كغياث بن كلوب و لظاهر نقل عدم الخلاف فى ثبوت اليمين كان اليمين أحوط و المشهور بين الأصحاب ان الحكم لا- يختلف فى ذلك بين تساوى الشهود كثره و عداله و بين تفاوتهما و بين ذكر السبب مع أحدهما أو مع كليهما أو الإطلاق كذلك و نقل عن

المفيد اعتبار الأعدليه و عن الاسكافى الأكثرية و عن بعض الجمع بينهما و عن آخر اعتبار المرجح و عن ابن حمزه اعتبار التقييد أو اعتبارهما مرددا و سند الجميع أما لجعل البيئات كالأخبار فيطلب فيهما الترجيح و هو ضعيف للفرق بين الخبر و الشهاده حيث ان الخبر يدور مدار الظن فلا بد من الترجيح و الشهاده مدار التبعيد و عن ابن أبى عقيل يقرع بينهما على اليمين فمن حلف اخذ الجميع و عن أبى على يعرض اليمين عليهما فمن حلف فهى له فإن حلفا فهى لهما و مع اختلافهما يقرع فمن حلف فهى له كما تقدم و يدل على هذين و على اعتبار العدالة و الكثره أخبار متعدده كصحيحه أبى بصير و فيها ان علياً عليه السلام أتاه قوم يختصمون فى بغله فقامت لهؤلاء البيئه انهم انتجوها على مذودهم لم يبيعوا و لم يهبوا و قامت لهؤلاء البيئه بمثل ذلك فقضى لأكثرهم بينه و استخلفهم و هى تدل بإطلاقها على اعتبار الأكثرية و الاستحلاف و روايه عبد الرحمن كان على عليه السلام إلا إذا أتاه رجلان ببيئه شهود عدلهم سواء و عددهم سواء أقرع بينهم على أيهم يصير اليمين و فيه دلالة بإطلاقه على القرعه لاستخراج تعين اليمين بعد الاستواء فى العدالة و العدالة و به يخص ما دل على القرعه ابتداء فى استخراج اليمين أو استخراج نفس صاحب المال كما تشعر به الروايات و ليس فيه دلالة على حكم تعارض العدالة و العدد و الظاهر ان الأكثرية مقدمه كما تشعر به الروايه المتقدمه و روايه داود بن شرحان فى شاهدين شهدا على أمر واحد و جاء آخران فشهدا على غير الذى شهد الأولان و اختلفوا قال: يقرع بينهم فمن قرع عليه اليمين فهو أولى بالقضاء و مثلها صحيحه الحلبي و كذلك روايه سماعه و غيرها و روايه القرعه لاستخراج صاحب الحق أضعف من هذه الروايات فتحمل عليها و لكن المشهور بين الأصحاب نقلًا و تحصيلًا هو قسمه المال بينهما نصفين و فى روايه عن على عليه السلام ذلك و بهذه الشهره و تلك الروايه تقييد تلك الإطلاقات بمعنى صرف المطلق عن إطلاقه إلى الفرد المشهور لتوهن إرادته الإطلاق بعد تحقق الشهره و لا شك ان دلالة الألفاظ ظنيه فالشهره و ان لم تكن حجه فهى توهن الحجه و تصرفها عن عمومها

و إطلاقها على ان الروايه و ان ضعفت فى سندها فهى منجره بالشهره و تقيد جميع المطلقات.

رابعها: لو كانت العين فى يد واحد منهما فلأصحاب أقوال

تبنى على أمور منها ان هل للمنكر إقامة البنيه لدفع اليمين عنه سواء أجاب النفى كما يقول فى جواب دعوى القرض ما أقرضتني أو بالاثبات كما فى جواب مدعى الدار إنها له فيقول صاحب: إنها ملكى ولى أو ليس له و ظاهر الأصحاب قولاً و فتوى و السيره المستمره فيما فيهم عملاً هو طلب اليمين من المنكر و لا يلتفت إلى بينه و نقل الإجماع على غير ذلك من غير واحد و الشهره محصله فضلاً عن كونها منقوله و ظاهر الروايه المشتهره فتوى و عملاً البينه على المدعى و اليمين على من أنكر أيضاً اختصاص اليمين بالمنكر و اختصاص المنكر باليمين لأن التفصيل قاطع للشركه إذ لو جاز للمنكر البينه لما اختصت بالمدعى و لو جاز للمدعى اليمين لما اختص بالمنكر و ظاهر الروايه اختصاص كل منهما بكل منهما كما تقول فى باب القسمه و التفصيل: ان هذا لهذا و هذا لهذا فإن قلت ان كون اليمين على من أنكر معناه انه يكتفى به منه فلا ينافى قبول بينته عوض يمينه لو أقامها من نفسه قلنا ظاهر الفقرتين ان اليمين و البينه يلزمان بهما المدعى و المنكر فكما لا يكفى يمين المدعى لا تكفى بنيه المنكر فمعنى الروايه الإلزام و الشرطيه فى ثبوت حق المدعى و فى رفع الحق عن المنكر لا اجتزاء بكل واحد منهما و هو المفهوم عرفاً و الذى فهمه الفقهاء قديماً و حديثاً و يساعده أيضاً الروايه الأخرى المعتمره و هى حسنه منصور و فيها و لا اقبل من الذى فى يده بينه ان الله عز و جل إنما أمر ان تطلب البينه من المدعى فإن كانت له بينه و إلا فيمن الذى هو فى يده هكذا أمر الله عز و جل و فيه إشاره إلى تفسير الحديث المشهور و فى آخر فى الشىء يدعيه الرجلان انه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بينه كل واحد منهما و ليس فى أيديهما فأما ان كان فى أيديهما فهو فيما بينهما نصفين و ان كان فى يد أحدهما فإنما البينه فيه على المدعى و اليمين على المدعى عليه و منها انه هل البيئات عند التعارض كالأخبار ينبغى فيها طلب المرجح لأن ترجيح المرجوح قبيح و لأن الظن بالراجح أقوى أو لا ينبغى لأن قبول الشهاده أمر

تعبدى غير منوط بالظن كى يتبع الأقوى و لأن ترجيح المرجوح قبيح موقوف على العلم بالمرجوح و لا يمكن العلم مع ان الشرع فى أحكامه يفرق المجتمعات و يجمع المتفرقات نعم ما ورد النص به من التراجيح يجب اتباعه ثم لو بينا على اعتبار الترجيح فأى ترجيح يعتبر فى البيئات الظاهر اعتبار الأعدليه و الأكثرية فى نفس الشهود و اعتبار التقيد و ذكر السبب و قدم الملك فى نفس المشهود به و ربما يعتبر كونه داخلًا لتأيدته بالأصل فيقوى بحجه أخرى و قد يعتبر كونه خارجاً لأن المؤسس أقوى من المؤكد و منها انه مع التساوى من كل وجه فهل الأصل فى البيئات التساقط و الرجوع إلى ما تقتضيه اليد و شبهها أو عدم التساقط لتأديته إلى إسقاط الحججه و مع عدم التساقط فهل الجمع أولى فيعمل على التصنيف أخذاً بكل من البيئتين بما أمكن أو التخير الفردى بينهما أو الحكمى بمعنى أيهما أخذنا بها جاز أو الأصل هاهنا القرعه لأنها لكل أمر مشكل و قد ورد فيها أخبار كثيره داله على إنها تميز المبهم و تخرج المشتبه و انها تفرق بين الحق و المبطل؟ و جوه أوجهها الأخير ثم ان القرعه فى مقام تعارض البيئات يراد بها استخراج الحالف فيحلف من خرجت له لا- استخراج صاحب المال إذا عرفت ما ذكرنا فالبينتان إذا تعارضتا فنّ شهدتا بالملك المطلق فالمشهور تقديم بينه الخارج لما ذكرنا من الإجماع و الأخبار و الاعتبار لأن بينه المنكر إذا لم تسمع مع عدم بينه المدعى و لا تسقط عنه اليمين كذلك فكيف تسمع مع بينه المدعى و حجته و قيل إنها تسمع و تقدم على بينه الخارج و نسب للشيخ فى؟؟؟ و؟؟؟ و هو ضعيف و ما استدل به من الأخبار لا- ينهض حجه على دعواه و محله غير هذا المقام و لو تسلّم فهى محموله على التقيه و مع ذلك فهى ضعيفه و من ان البيئه تقوى باليد فتكون حجه أخرى اضعف من ذلك لإنكار القوه لأن اليد تضعف الظن بالبينه إذ لعلها استندت إلى الأصل فى شهادتها على إنها لا تعارض ما قدمنا و قيل ترجح أعدل البيئتين ثم الأ- كثر فإن لم يكن ترجيحاً بينه الخارج و نسب للمفيد و نسب للإسلامى اعتبار الأ- كثرية فقط ثم الحكم للحالف منهما و لذى اليد مع حلفهما و نكولهما و لا دليل على قولهما سوى الصحيح فيمن ادعى دار فى يد آخر فأقام من بيده الدار انه ورثها من أبيه لا يدرى كيف أمرها

قال عليه السلام: أكثرهم بينه يستحلف و تدفع إليه و فى بغله اختصما فيها عند على عليه السلام فأقام كل منهما بينه على انهم اتجوها على مذودهم لم يبيعوا و لم يهبوا ففضى عليه السلام لأكثرهم بينه و استحلفهم و هو ضعيف لعدم التصريح فى البغله بأنها فى أحدهما فتحمل على إنها فى يد ثالث جمعاً بين هذا الخبر و غيره كما سيأتى إن شاء الله تعالى و لعدم كون دعوى من بيده الدار متعلقه بالملك بأن يقول: إنها لى أو ملكى بل ادعى إنها ميراث من أبيه و لا يدرى فلعل ادعى صاحب اليد ذلك يكون هذا حكمه للرواية كما نص عليه الصدوق حيث اخرج هذه الصورة عن محل النزاع على إنها من شهاده البيه بالسبب لذى اليد اقرب و ليست من صوره المسأله و لعدم اعتبار الأعدليه فيها قبل الأكثرية كما ذكر المفيد و عدم اعتبار بينه الخارج مع التساوى كما ذكره أيضاً و لاعتبار الحلف فيها مع الكثرة و لم يعتبره المفيد و ليس فيها دلالة على مجموع ما ذهب إليه ابن الجنيد أيضاً نعم فى روايه ضعيفه فإن كانت فى يد واحد منهما و أقاما البيه قال عليه السلام: اقض بها للحالف الذى فى يده و هى لا تدل على ما ذكره ابن الجنيد مفصلاً فالقولان ضعيفان و قيل بالرجوع إلى القرعه مطلقاً و نسب للعماني و دليله عمومات روايات القرعه و خصوص ما جاء من الرجوع إليها هنا و فيه ان الروايات لا تقاوم ما قدمنا من الأدله الداله على تقديم بينه الخارج فتختص بها أخبار القرعه فتحمل على ما إذا كانت العين بيد ثالث كما فهم الأصحاب على ان القرعه فى الروايات لاستخراج الحالف و ظاهر النقل عنه إنها لاستخراج المالك و نقل عن الشهيد انه نسب اعتبار الأعدليه ثم الأكثرية إلى اكثر القدماء و عن ابن فهد إلى قدماء الأصحاب و انكر هذا النقل بعض المتأخرين و مما يؤيد هذا الإنكار ان المعروف بين المتقدمين و المتأخرين ان المنكر لا تجديه البيه و لا يحكم بها الحاكم للمنكر قرنت بذكر السبب أم لا حتى انهم استشكلوا فى سماعها للتسجيل من دون دعوى و فى سقوط اليمين بها عن مدعى رد الوديعه و ان كان الأظهر جواز الأمرين بل الأظهر سقوط اليمين بها فى كل مدع اکتفى منه باليمين أو فاقا و على كل حال فكيف يجتمع هذا مع النقل عن قدمائهم بالترجيح بالأعدل و الأكثر بل كيف يجتمع ذلك مع الخلاف الكثير

هاهنا لأن التساقط عن الحجية لا يعارض ما هو حجه نعم إلا ان يقال ان ذلك عام و هذا خاص فيكون بناؤهم هناك على عدم حجيه البينه للمنكر فى غير هذا المقام التى وردت فيه هذه الروايات فلا بأس بالقول بعدم حجيه البينه للمنكر إلا فيما دلت عليه هذه الأخبار فى دعوى الأملاك عند التعارض أو يقال ان البينه هنا ليست حجه و لا يثبت للمنكر شيئاً إذا لم يعم المدعى بينه و لكنها تهدم حجه المدعى و لا خير فى الجمع بين دعوى عدم حجيه البينه و بين دعوى هدمها لما هو حجه عند التعارض أو يقال ان البينه ليست حجه للمنكر فى مقام النفى كما يقول: أقرضتك أو بعثتك فيقول: لا و أما فى مثل هذا المقام فهى حجه لأن ذى اليد مدعٍ لمخالفته أصله عدم الملك و هو يدعيه إلا ان اليد جعلته منكراً من جهه موافقه ظاهر اليد فحينئذ تقبل هنا البينه منه و تجزى عن اليمين و يحصل التعارض بالبينات و حينئذ يلتزم هنا من لا يقدم بينه الخارج بجعل بينه المنكر حجه بنفسها و تقبل مع الانفراد و يسقط بها اليمين و الحق ذلك بناء على عدم تقديم بينه الخارج و بناء على ذلك كما هو الحق يسقط هذا الكلام من اصله و ان شهدت بينه الخارج بالسبب و بينه الداخلى بالإطلاق فأولى بقبول بينه الخارج من الشهاده المطلقه.

خامسها: لو قيدت بينه الداخلى فى السبب آخر سبب الملك الحقيقى أو بلازمه أو بملزومه أو بلوازم التصرف

سواء جعل عله للملك أو معلولاً أو ذكرته مع الملك لا على جهه العقديه أو على جهتها و بالجمله ما يفيد الشهاده بالملك قوه و تقوى إذا كان لا- يتكرر لعدم احتمال اطلاع البينتان عليه و اطلقت بينه الخارج فالمشهور نقلاً بل تحصيلاً و المنقول عليه الإجماع تقديم بينه الخارج مطلقاً سواء كان السبب مما يتكرر كالصياغه و الخياطه أو لا كالنتاج و الحياكه للابريسم و شبهه و هو الأقوى و هو الذى يقتضيه عموم الأدله المتقدمه و روايات المدعى و المنكر و قيل بتقديم بينه الداخلى لقوتها بذكر السبب و للإجماع المنقول نقله الشيخ و يشعر به كلام بن زهره و أفتى به كثير من فقهاءنا كالشيخ و القاضى و الطبرسى و الفاضلان و الشهيدان و غيرهما و حجتهم بعد الإجماع و الاعتبار روايه جابر و فيها قضى لصاحب اليد لما أقام كل منهما بينه انه

انتجها عنده و غيرها من الروايات المتضمنه لتقديم بينه الداخلى على الخارج مع تضمن كل منهما السبب فتقديمها على بينه الخارج مع عدم تضمنها ذلك أولى كروايه غياث بن إبراهيم فى رجلين اختصما عند على فى دابه فأقام كل منهما بينه انه انتجها فقضى بها لمن هى فى ديه و الأخرى عن أمير المؤمنين عليه السلام انه كان إذا اختصم اثنان فى جاريه فزعم أحدهما انه اشتراها و الآخر انه انتجها فأقام كل منهما بينه قضى بها للذى نتجت عنده لتضمنه تقديم السبب القوى و هو النتاج على الضعيف و هى ليست صريحه فى كونها فى يد من نتجت عنده و روايه إسحاق بن عمار عن عليه السلام انه قيل له فر رجلين اختصما فى دابه و أقام كل منهما بينه إنها نتجت عنده قيل له: فإن كان فى يد واحد منهما قال: اقضِ بها للحالف الذى فى يده و هى مشتمله على الحلف و ليس فيها صراحة بتقديم المقارنه للسبب و فى الجميع ضعف لأننا لا نقول بالأصل فلا يتمسك بالأولويه الحاصله منها على ان روايتها ضعيفه لا تصلح لإثبات المطلوب و علل العلامه فى المختلف تقديم بينه الداخلى مع السبب على بينه الخارج مع الإطلاق ان جانب الداخلى أقوى أو لهذا قدم يمينه على يمين المدعى فلتقدم بينه على بينه و بان له يداً و سبباً بخلاف الخارجه و لأن البيتين تعارضتا فتسلم اليد و السبب فيؤثر أثرهما و جميع هذه الأدله و ان قويت باجتماعها إلا إنها لا تقام تلك الأدله الداله على ترجيح بينه الخارج يقول مطلق و لو قيدت بينه الخارج و الداخلى بالسبب تساويا أو تفاوتتا فى القوه على ما يظهر من إطلاق الأصحاب و ان كان فى الروايه المتقدمه ما يقضى بترجيح قوى السبب على ضعيفه قدمت أيضاً بينه الخارج على من نسب القول به للمشهور و دل عليه الإجماع المنقول على بينه الخارج مطلقاً و عموم الروايات المشتهره فتوى و عملها و غايه ما يدل على تقديم بينه الداخلى هنا الروايات المتقدمه و هما أما مطرحه أو محموله على التقيه لأنها اقرب إلى فتواهم كما صرح به جمله من الأفاضل و لأنها ضعيفه السند منها عاميه و منها بتريه و ليس فيها صحيح يعتمد عليه فى معارضه ما قدمنا و الأقرب لزوم اليمين على الداخلى مع بيته لو قلنا بتقديمها لعموم اليمين على من أنكر فلو لم يحلف قدمت بينه الخارج.

سادسها: و لو كانت العين فى يد ثالث و لم يقر بها لأحدهما فالمشهور إنها يقضى بها لأعدل البنتين

فإن تساويا عداله فلاكثرهما فإن تساويا كثره أقرع بينهما فمن خرج اسمه أحلف و قضى له بها فإن أحلف الآخر و كانت له فإن نكلا قسمت بينهما نصفين كل ذلك للإجماع المنقول و فتوى المشهور و لأنه الجامع بين الأخبار المختلفه الدال بعضها على اعتبار الأ-كثريه كروايه القوم الذين اختصموا فى بغله حيث حكم لأ-كثرهم شهوداً و موردها هو الخارج عن الاثنين إطلاقاً أو خصوصاً كما فهم الأصحاب و بعضها على اعتبار القرعه و هى كثيره شامله بإطلاقها محل المسأله أو وارده فيها كما فهم الأصحاب فقيدنا أخبار القرعه بالروايه الداله على الأكثرية و يستفاد تقديم الأعدليه على القرعه من روايه على عليه السلام إذا أتاه رجلان شهود عدلهم سواء و عددهم أقرع بينهم فيجعل الحق للذى يصير عليه اليمين إذا حلف فيفهم منه ان العداله مقدمه على القرعه و لكن ليس فى الأخبار ما يدل على تقديم العداله على الأكثرية و لا على ما إذا كانت الأعدليه فى جانب و الاكثرية فى جانب آخر و لا يبعد ان القرعه هاهنا هو الأصل فى محل الشك للأخبار الداله على ذلك لأن هذا من الأمر المشتبه واقعاً ففى الخبر كل مجهول ففيه القرعه و فى آخر ما تقارع قوم ففوضوا أمرهم إلى الله إلا- خرج سهم المحق أى قضيه أعدل من القرعه مضافاً إلى خصوص روايات القرعه الشامله بإطلاقها لذلك و بها يخصص روايه إسحاق بن عمار و فيها فليل له: لو أم تكن فى يد واحد منهما و أقاما البينه قال أحلفهما فأيهما حلف و نكل الآ-خر جعلتها للحالف فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين بحملها على ان الحالف من أخرجته القرعه فيبتدأ به و فائده القرعه ذلك لاستخراج صاحب المال و ذهب الشيخ فى المبسوط هنا إلى القرعه ان شهدت البنتان فى الملك المطلق و التنصيف ان شهدتا بالسبب معاً و لو انفردت أحدهما بالسبب قدمت على المطلق بحمل الأخبار الوارده فى القرعه على الإطلاق و ما دل على التنصيف على الشهاده بالسبب لروايه غياث فى دابه تنازع فيها رجلان كل ادعى انه انتجها فقضى بها للذى فى يده و قال: لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين و لا دلاله على هذا التفصيل من الأخبار لأن أخبار القرعه مقيده بأخبار

التراجيح و الروايه الأخيره ليست من تعارض البيتين و نقل عن ابن الجنيدهنا انه مع تساوى البيتين عدداً يعرض اليمين على المدعين فأيهما حلف فله و ان حلفا جميعاً كان المال بينهما نصفين و كأنه استند إلى روايه إسحاق بن عمار و لكن ليس فيها اشتراط التساوى عدداً و نقل عن ابن عقيل إطلاق القول بالقرعه و هو جيد من جهه الأخبار إلا- ان الأخذ بها بعد تقيدها بالمرجحات جمعاً بين الأخبار هو الأقوى لو اقر من فى يده العين لأحدهما أو لهما كان المقر له داخلاً و من لم يقر له خارجاً و لو قال: هي لأحد كما لا اعرفه فالظاهر انه يجرى عليه حكم ما لم يقر لأحدهما بعينه و كذا لو قال لمن لا اعرفه و لو قال لغيرى فسكت فهي بمنزله ما لا يد لأحد عليها و حكمها بمنزله ما لو كانت بيد ثالث و لم يجب بشىء و لو اعترف بها لمعين حاضر أو غائب غرم لمن اقر له ان اقر بها لأحدهما أو كليهما و إلا فلا يغرم لعدم تفويته شيئاً تسيباً أو مباشره لاستحقاقهما لها بينتهما و فى جميع هذه الصور تسمع بينه أحدهما مع يمينه إلا إذا شهدت بأنها ملكه إلى الآن و اعلم انه قد يحتمل ان القرعه لاستخراج صاحب اليد و لكن الشارع جعل عليه اليمين استظهاراً فإن لم يحلف فلا- حق له ثم انه يظهر من الصحيح انه لو كانت أحد البيتين اكثر استحلف أهلها و مقتضاه انهم إذا لم يحلفوا فلا حق لهم و جمله من الأصحاب لم يعتبر الاستحلاف مع الأعدليه و الأكثرية مطلقاً و منهم كالصدوقين و الشيخ و القاضى اعتبروه مع الترجيح بالكثرة كما فى الروايه و منهم من اعتبرها مع الترجيح بالأعدليه أيضاً كالشهيد رحمه الله فى الروضه و نسب للشيخ فى الخلاف نقل الإجماع عليه و القول باليمين مطلقاً مع الترجيح مع القرعه مع قربه أحوط فعلى ذلك من لم يحلف رجع اليمين على صاحبه و كان الحق له و يشكل القول بتحتمه إذا- دليل عليه سوى الروايه و هي ظاهره فى النذب استظهاراً لخلو الأخبار عن اعتبار اليمين فيما سوى أخبار القرعه و الاصحاب فى هذا المقام عباراتهم مختلفه فمنهم من اقتصر على اعتبار الأعدليه خاصه كالمفيد و منهم من ذكر الأكثرية كالاسكافى و الصدوقين و ربما أشعرت بعض عباراتهم بتقديم الأعدليه و لكن لم نعثر لهم على تصريح بذلك و منهم من ذكر الأعدليه و الأكثرية و لم يذكر الترتيب بينهما

و لا القرعه بعدهما كما نسب للشيخ فى موضع من الخلاف و نسبه إلى الأصحاب و منهم من ذكر المرجح من دون بيانه مفصلاً و لم يذكر القرعه و منهم من ذكر القرعه بعد العجز عن المرجح مطلقاً كما نسب للشيخ فى الخلاف مدعياً عليه الإجماع و منهم من فصل كما ذكرنا إلا انه قدم الأكثرية على الأعدليه كابن إدريس مشعراً بدعوى الإجماع عليه و منهم من اقتصر على القرعه كما ذكرنا كابن أبى عقيل و قد عرفت الأخبار أيضاً ليس فيها خصوصيه الترتيب الذى اخترناه و لكن بضميمه فتوى المشهور و الإجماع المنقول على الترتيب المتقدم يقوى القول بها و ينبغى ان يعلم ان ظاهر الأصحاب ان ذى اليد لو صدق أحدهما أو كليهما لا تكون بينه المصدق كبينه صاحب و غيرها كبينه الخارج بل الحكم فيها هنا تقديم ذى البينه لو كانت مع يمينه مطلقاً و تعارض البيتين هنا مقتضى للترجيح بالأعدليه و الأ-كثريه مع اليمين المصاحب للبينه الراجحه فإن لم يكن يمين من صاحبها أحلف الثانى فإن تساويا فالقرعه مع اليمين فإن نكل ردت على من لم تخرجه القرعه و ظاهرهم ان اليمين لإثبات حقه من المدعى الآخر لإثبات حقه على من كانت العين فى يده بل من كانت العين فى يده بمنزله الداخل بالنسبه إليهما إذا أنكرهما معاً و بمنزله الداخل لمن يصدقه إذا صدق واحد منهما فتكفى يمينه عند عدم البينه و عند البينه من كل منهما أو من أحدهما تنتزع العين من يده و ليس له يمين عليهما أو على أحدهما عند إنكاره لهما أو لأحدهما و يظهر من بعض المتأخرين القطع بأنه لو صدق أحدهما أو صدقهما حكم لمن صدقهم بأنه ذو يد و يجرى عليه حكم ذى اليد فتقدم بينه من لم يصدقه على القول بتقديم بينه الخارج و هكذا فيكون محل المسأله فيما لو كذبهما أو يقول: لا اعلم و لا ادرى أو لم يكن الشىء تحت يد واحد أصلاً أو يقول هو لغيرى أو لفلان و لم يصدقه فلان لا صدقه و لم يصدق أحدهما أو يقول هو مجهول المالك أو يقول هو لغائب أو لغير ذلك و يمكن توجيه لزوم اليمين على الأعدل شهوداً أو الأكثر بأن الأعدل و الاكثر تصير المشهود له صاحب يد بالنسبه إلى المدعى الآخر بموجب تقديمهما على الخالى منهما لأن البينه مع إنكار من هى بيده إنما تقوم عليه لا على المدعى الآخر فإذا قامت البيتان عليه و قدمنا

الأعدل اندفعت العين من صاحب اليد إلى من بيته أعدل فصار كصاحب اليد و كان الذى بينته غير الأعدل خارج فأما ان تقدم هى لأنها بينه خارج أو تقدم بينه الأعدل مع اليمين لأن بينه الداخل لا تقبل إلا مع اليمين فإن قلت بينه الخارج مقدمه فلا حازه إلى هذا التكلف قلنا نعم ذلك فى الخارج الحقيقى لا المنزل منزلته بل هذا خارج يضعف فى مقابله الأعدل و الاكثر و اليمين و لو ان الخارج و الداخل يتحقق حقيقه لكان تصديق ذى اليد لأحدهما يكون من أقسام الداخل و أكثر الأصحاب لم ينزله عند تعارض البينه بمنزله ذلك تذييب و تحقيق التعارض بين الشاهدين و الشاهدين ذكور الجميع أو إناثاً أو ذكوراً فى جانب و إناثاً فى جانب آخر فى مقام يصح فيه شهاده الإناث و لا يتحقق بين شاهدين و شاهد و يمين لضعف الشاهد و اليمين عن معارضه الشاهدين لأن اليمين مؤكده للشاهد الواحد فى الحجيه و ليس بمنزله الشاهد الآخر و لأن اليمين من المدعى بمنزله تصديق المدعى نفسه و الشاهد مصدق لغيره و لأن دليل الشاهد و اليمين عمدته الإجماع و حكايات الأحوال و المتيقن منها فى غير معارضه الشاهدين و لأن الترجيح فى مقام تعارض الخارجين أمر مطلوب و الشاهدان أرجح من الشاهد و اليمين و لأنه المشهور بل كاد ان يكون إجماعاً و به تنصرف إطلاقات حجيه الشاهد و اليمين إلى غير ما عارضهما الشاهدان و نسب للشيخ نادراً فى المبسوط احتمال القول بالمعارضه و ليس ظاهراً فى ذلك فضلاً عن الصراحه و هذا كله فى الخارجين و أما الخارج و الداخل فشاهد الخارج مع يمينه مقدم على شاهدى الداخل لعدم اعتبار بينته إلا ان تشهد بينه الداخل بالسبب و الخارج بالمطلق فهناك لا- يسمع الشاهد و اليمين من الخارج على وجه قوى و كذا لو تداعيا كل ما فى يد الآخر فانه يقدم الشاهد و اليمين على الشاهدين من الخارج بالنسبه إلى ما فى يد الداخل.

سابعها: لو تداعيا ما لا يقبل القسمة كالزوجه و كانا خارجين فليس إلا الترجيح بالأعدليه و الاكثريه مع الاستحلاف و بدونه على الوجهين ثم القرعه

مع الاستحلاف و بدونه فإن حلف من خرجت له القرعه فله و إلا ردت اليمين على الآخر فإن حلف فله و ان نکلا اخذ بموجب القرعه و لا يفتقر إلى قرعه أخرى و يظهر من

الأصحاب سقوط اليمين مع القرع فضلاً عن سقوطها مع المرجح لعدم الفائدة لعدم إمكان القسمه مع نكولهما و فيه ان فائده اليمين لا تختص بالقسمه عند نكولهما بل قد تكون فائدتها حلف الآخر نعم قد يقال بسقوط اليمين لروايه داود بن يزيد العطار في امرأه تعارضت فيها البيتان كل قالت هي لمدعيها قال عليه السلام بعد ان اعتدل الشهود و عدلوا قال يقرع بين الشهود فمن خرج اسمه فهو المحق و هو أولى بها و هي مؤيده بفتوى الأصحاب هذا كله ان لم تصدق إحداهما كما هو ظاهر الروايه لأن فيها إنها امره غيرهما و ان صدقت إحداهما كانت البيه لمن لم تصدقه على الأقوى من دون نظر للمرجحات أو لمن صدقته في وجه لتأيد بيته بتصدقها إياه و لو صدقتهما معاً امتنعت هنا القسمه فلا بد من المرجح مع اليمين أو بدونه و إلا فالقرع مع اليمين و بدونه في المقامين هو الأقوى و قد يقال انه عند تعارض البيتين مطلقاً أيهما حلف مع بيته يقدم قوله لانجبار بيته باليمين فإن حلفا أو نكلا فالمرجح أو القرع كما تقدم و هو وجه و ربما ظهر من بعض عباراتهم.

ثانها: المعروف بين الأصحاب الترجيح للبيته المشتمله على قدم الملك على البيته المشتمله على قدم الملك مطلقاً

أو الملك المتأخر سواء ذكرنا العدد فقالت الأولى سنتين و قالت الأخرى سنه أو لم يذكره فقالت الأولى من قديم الزمان و قالت الأخرى من حادثه بل ربما الحق بالأولى معلمه التاريخ و بالأخرى مجهوله التاريخ لأصالة تأخير المجهول عن المعلوم أو نسب الترجيح به للمشهور ابن فهد بل قال لا اعلم فيه خلافاً ورد على ابن إدريس حيث منع من الترجيح به و جعله من مفردات الشيخ و ان الترجيح به للعامه و انه قياس و ليس من مذهبنا بأن قوله مخالف للمعروف بين الأصحاب و مشهورهم و الحق مع المشهور و ذلك لقوه الشهاده بالقديم على الحادث عرفاً في مقام الشهاده و لتعارض البيتين في الوقت المشترك فيبقى القديم لا يعارضه شىء فيستصحب أثره و قد يقال ان الاستصحاب قطعه بينه الحادث فهي غير حجه في الوقت المشترك لمكان التعارض و لكنها حجه في دفع الاستصحاب و فيه انه في الوقت المشترك يبطل تأثيرها في قطع الاستصحاب و قد ان بيته الملك الحالى بمنزله المقيد

كما لو شهدت انه اشتراه من الأول أو اتهبه فإنها يحكم بها فيمكن ان تكون الشهاده بالملك الحالى لذلك و شبهه فتقوى و لا اقل من التساوى و فيه ان ذلك الشهاده مسلم لو شهدت الأولى بالملك المطلق أما لو شهدت به إلى الحال فانه يرتفع ذلك الاحتمال و فرق بين الشهاده بالملك الحالى و بين الشهاده بالشراء صريحاً لأن الشهاده بالشراء لا تعارض الشهاده بالقدم إلا بما تضمنته من نفى الانتقال و النفى فى الشهاده لا يعارض الإثبات كما ان الشهاده فى الحال تنفى الأقدم فلا تعارضه فيثبت القدم و يتساقطان فى المشترك فيبقى الأقدم من غير معارض لاستصحابه و بقاءه و سليماً فى الوقت المختص فيستصحب أثره هذا كله فيما إذا شهدت البيه بالملك القديم مصرحه ببقائه إلى حين الشهاده سواء كان ذلك التصريح من جهه العلم بالبقاء أو من جهه الاستصحاب بناء على جواز الشهاده بالاستصحاب و إلا لم تبق للشهاده سوق بل لو صرحت بالاستصحاب فقالت و ذلك ثابت بالاستصحاب أو قالت و لا نعلم له مزيلا سواء دلت هذه اللفظه على العلم كما تقول و لا نعلم فى ذلك خلافاً أو دلت على بل لو قالت و لا ندرى زال أم لا فكذلك للاستصحاب و منع بعضهم سماعها بهذه الصورة لدالاتها على التردد بخلاف الأولى فإنها تدل إما على الظن أو الجزم و فيه نظر لعدم مدخليه الصورة هاهنا بعد العلم بالمراد أما لو شهدت بالملك مطلقاً أو بكونه قديماً مطلقاً فلا شك فى معارضتها للشهاده بالحادث لمكان التصريح و الإطلاق و إمكان الجمع و بالأولى لو قالت هى ملكه أمس أو السنه الماضيه فانه يزداد باحتمال صدقهم فى ذلك مع علمهم بطرو الملك الحادث و لم يبينوه إذ لا منافاه بين كونه ملكاً لزيد أمس و ملك عمر اليوم.

تاسعها: مورد هذا المرجح فى الخارجين قطعاً و فى غيره على ما سيأتى إن شاء الله تعالى

و محله فى الخارجين بعد الترجيح بالعداله و العدد قبل القرعه كما يظهر من بعض الأصحاب و هو الأقرب لأن تقديم الأعدل و الاكثر مقتضى لعدم سماع غيره فلو فرض ان الحادث شهد به الأعدل فقد قطع شهاده غيره و ما يتبعها من القدم و القطع الاستصحاب الحاصل من الأقدميه ضروره ان الاستصحاب لا يعارض الحججه

نعم عند التساوى يتساقطان فيبقى استصحاب القدم لا معارض له مع احتمال تقديمه على العدالة و العدد لتعلقه بالمتن و الدلاله كتعلق المطلق و المقيد و هو مقدم على الترجيح بالسند للزوم الجمع قبل الترجيح و مثله القول فى الترجيح بالسبب كما إذا شهدت إحدى البيتين بسبب الملك للخارج دون الخارج الآخر فقالت اشتراه منه أو ورثه من أبيه و نتج فى ملكه أو شجحه أو بناه كذلك و أما فى غير الخارجين فالظاهر ان قدم الملك لا يقدم على بينه الخارج كما قلنا فى السبب لأننا إذا جعلنا اليد مانعه من سماع البنيه فى مقابله الخارج المدعى فقد صارت بحكم الساقط فلا يجرى فيها الترجيح حينئذ و من السبب و من قوته و من قدم الملك و من الأعدليه و من الأكثرية و من غير ذلك نعم لو قلنا بسماع بينه الداخل كان لترجيحها بقوه السبب و قدم الملك وجه بل تكون اليد بنفسها من أقوى التراجيح حينئذ و لو كانت العين فى أيديهما أمكن الترجيح بقوه السبب و قدم اليد لأن الدعوى على الكل من الكل فكل منهما يريد إزالة يد صاحبه الداخلة بينته فالترجيح فى محله حتى فى الأعدليه و الأكثرية إلا ان ظاهر الأصحاب ترك العمل بالترجيح بالأعدليه و الأكثرية و الحكم بالتنصيف عند تعارض البيتين و لعنا لو اتبعناهم فى عدم الترجيح بالأعدليه و الأكثرية لا نتبعهم فى عدم الترجيح بالسبب و قوته و قدم الملك و أقدميته.

عاشرها: بينه الملك لو شهدت به فى مقام التعارض و فى غيره أما ان شهد بمطلق الملك فتسمع فى معارضة المطلق

و تسمع لنفسها و كذا لو قيدته إلى الآمن و كذا لو قيدته بالماضى و قالت و لا اعلم له مزيلا و لو قالت أزال أم لا فقد منعه بعضهم بصوره التردد و ألحقه آخرون بالأول لتساوى المعنى و فرق بعضهم بينهما بالمعنى حيث ان الأولى تقوم فى مقام العلم و الظن المتأخم و لو بالاستصحاب دون الثانية و منع بعض الجميع لعدم القطع بالشهادة و قد تبنى المسألة على جواز الشهاده بالاستصحاب أم لا و على تقدير الجواز فهل يقبلها الحاكم عند الاطلاع على ذلك و الذى يظهر ان اليد اللاحقه لا يعارضها مجرد الاستصحاب إذ الشهاده به عند العلم بذلك و لا يكفى من الشاهد ان يقول: اشهد بأنها ملكه بالأمس و لا ادرى إلا إذا ابدى الشهاده بصوره

القطع أو ما شابهها و الظاهر انه يصح له الشهاده بالاستصحاب إذا كان مطمئناً به ظاناً ظناً عادياً و لو كان شاكاً لطر و بعض الأحوال لم تجز له الشهاده و يقوى عدم سماع الشهاده بالملك لو قيدت بالماضى فيما لو قال: اشهد انه ملكه أمس و سكت لاحتمال علمه بطرو المزيل و كذب فى الشهاده نعم قد يعارضها الاستصحاب الناشئ من الإقرار كما إذا شهد عليه شاهدان انه اقر لزيد أمس بالملك أو أقر بأنه اقر بذلك أما لو اقر انه لزيد بالأمس بقيد ذلك لم يكن إقراراً فى الحال فلا يلزم به مع احتمال جر ذلك بالاستصحاب و فرق العلامه رحمه الله بين استصحاب المشهود به و بين استصحاب المقر به بأن الإقرار يكون عن تحقيق بخلاف الشهاده فإنها قد تكون باعتبار اليد و قضائها بالملك ظنى و حكم فى الإقرار بانتزاعها من المقر إلى المقر له بخلاف الشهاده و فيه ان الشهاده قد تكون عن علم و الإقرار بالملك قد يكون عن يد و ربما صرح الشاهد بالسبب المعلوم سببته للملك فينبغى إما إعمال الاستصحاب فليعمل فيهما أو لا يعمل لقوه اليد الحاليه فلا يعمل فيهما معاً و أولى فى عدم سماع الشهاده بالملك السابق إذا لم تدل الشهاده على الملك فى الحال الشهاده باليد بالأمس و دعوى ان الشهاده باليد مستنده إلى الرؤيا فتكون قطعيه غير مسموعه لجواز القطع بالملك قطعاً يقوى على مشاهدته اليد القاضيه بالملك و للشيوخ قول بسماعها استناداً للروايه عن أحدهما عليهما السلام فى رجل اشترى هدياً فنحره فمر به رجل فعرفها فقال هذه بدنتى ضلت منى بالأمس و شهد له رجلاين بذلك فقال له لحمها و لا تجزى عن واحد منهما و فيه ان ظاهر الروايه ان الشهاده فيها على الملك الحالى لا على اليد السابقه و يسمع من الشاهد لو قال هو ملكه بالأمس اشتراه من المدعى عليه بالأمس أو اتهمه أو اقر له بها لاستناد الشهاده إلى تحقيق و لو قال اشتراه من فلان غير المدعى عليه لم يلزم حتى يقول و هو ملكه الآن لاحتمال كونه و كلاً عن المدعى عليه و لو شهدت بينه المدعى انه كان ملكه فغصبه ذو اليد منه أو استعاره سمعت الشهاده لأنها تضمنت بيان السبب و الظاهر بقاؤه و لو شهدت بينه انه غصبها من زيد و أقام عمر بينه انه أقر له بها قدمت بينه الغاصب و لا يضمن لعمر شيئاً لعدم تفریطه و بالجمله فالأقوى عدم جواز الشهاده بالاستصحاب ما

لم يفد ظناً متاخماً قريب القطع بحيث تجرى العاده بالقطع به فإذا عرف الحاكم ان الشهاده بالملك الحالى كان كذلك و لو بإقرار الشاهد لم يسمع شهاده الشاهد نعم لو أبرزها بصورة القطع قبلت ظاهراً و ليس على الحاكم السؤال نعم هل للحكام ان يحكم بالاستصحاب لما قطع به الشاهد من الملك الأول الظاهر ان له ذلك فيما لا يعارض الاستصحاب فيه يد حاله لقضاء اليد الحاليه بالملك شرعاً و فيما لا يعارضه بينه أخرى تقطع أثره فإذا لم يعارضه شىء من ذلك كالشهاده على دين بالأمس أو قرض على زيد فانه يكفى الحكم بالدين بالاستصحاب و لا يحتاج الحاكم إلى سؤال الشاهد انه إلى الآن و لكن يشكل ذلك بالإقرار أو الشهاده به كما إذا قر اليوم انه لزيد بالأمس أو أقر أمس انه لزيد أو اقر انه غصبه منه أمس فإن الظاهر من الفقهاء ان الحاكم يحكم بأن المال لزيد بالاستصحاب و لا يفتقر فى الإقرار أو الشهاده به إلى ضميمة الآن و كذا لو شهد شاهدان بحكم الحاكم عليه بالأمس و كان الفرق ضعف للشهاده عن الإقرار فى الإثبات ضعيف استصحابها عن سلب الملكيه عما تقتضيه اليد الحاليه بخلاف الإقرار فإن استصحاب أثره يقوى بقوه اصله و كل بينه شهدت بسبب خاص على ذى اليد من عاريه أو غضب و لو قيدته بالأمس سمعت على الأقوى استصحاباً لما حققه الشاهد من السبب الخاص.

حادى عشرها: أسباب الترجيح أمور الأعدليه و الأكثريه و ربما يلحق بهما الأضبطينه و الأعرفيه

و الخارج و اليد و السبب الخاص و السبب الأقوى و القرعه و الشهاده باليد أولى من الشهاده بالتصرف و الشهاده بالملك المقرون بالسبب أو المقرون بالقدم أولى من غير المقرون و لو تعارض الاقتران بالسبب و الأقدميه احتمل التساوى و ترجيح الأقدم و كل مرتبه سابقه تقدم على اللاحقه و ان قويت اللاحقه و ضعفت السابقه فى وجه و الصور المحتمله فى التعارض كثيره و بناء على ما ذكرنا فشهاده الملك تقدم على شهاده اليد و ان اقترنت بالسبب أو كانت اقدم و كذا شهاده اليد بالنسبه إلى التصرف و شهاده التصرف بالنسبه إلى غيره و قوى كل مرتبه أقوى من ضعيفها و مراتب المعنى و الدلاله بعد مراتب العدالة و الأكثريه و مبنى المسأله هل المدار فى الترجيح على

الظن أو على القصد فيقتصر على ما فى الأخبار صريحاً أو فحوى و لا يبعد ان ما فى الأخبار ينبأ عن ملاحظه الترجيح فى الجملة إلا ما فى الأخبار مقدم على غيره و ذكر بعض المحققين انه حيث كان للترجيح أسباب خمسه فإن انفردت أحد البيئتين بواحد حكم لها و ان اشتركا اقرع بينهما ان تكافئا و ان تفاوتتا فذو السببين أولى من ذى السبب و ذو الثلاثه أولى من ذى الاثنين و لو انفرد كل واحد بواحد فإن كان قوه العداله أو كثره العدد فلا ريب فى تقديمه و أما الثلاثه الباقية فأقواها القدم فيقدم على السبب و ان لم يتكرر كالتناج و الشهاده بالملك المقيد بالسبب أولى من الشهاده بالملك المطلق و الشهاده بالملك المطلق أولى من الشهاده بالتصرف مطلقاً اقترنت بسبب أم لا كانت اقدم أم لا و الشهاده بالتصرف أولى من الشهاده باليد مطلقاً كذلك و الشهاده باليد أولى من السماع و الشهاده بتقديم كل واحد أولى من الحادث و بالمقرون بالسبب أولى من غير المقرون و هذا حسن غير ان تقديم التصرف على اليد لا نرتضيه إذ اليد أقوى و قد يكون بين اليد و التصرف اختلاف فرب يد أقوى و رب تصرف أقوى و يرجع إلى نظر الفقيه كما ان الأيدى مختلفه قوه و ضعفاً كيد الزوج و الزوجه و الخادم و المخدم و كذا التصرف مختلف و قد يقال التعارض فى نفس اليد الحاليه المقطوع بها و الشهاده فى الملك السابق أو اليد السابقه و سيجى ء إن شاء الله تعالى.

مسائل

أحدها: اليه مثبه للملك من حين أدائها على نحو ما أدته

فإن أدت ملكاً مطلقاً ثبت من زمن التأديه لأنه المتيقن و ان أدت مقيداً بوقت سابق فهو من حين ذلك الوقت فعلى ذلك فالنماء المتصل من حين ثبوت الملك لمن قامت له و كذا ما كان بعده مطلقاً و النماء المنفصل قبل ذلك لمن كانت فى يده قبل الإثبات و سبب دخول النماء المتصل هو دخوله فى المشهود له كالصوف و اللبن و القرن و البيض لأن البيض لا يعلم وجوده إلا مع وجود العين و لا يمكن تميزه فهو داخل فى عين المشهود به كما تدخل هذه فى البيع و الهبه و أما النماء الذى لا يعد جزء كالحمل و الثمره و نحوهما فلا يدخل فى المشهود به و ان كان متصلاً حين الشهاده لعدم التلازم بين ثبوت ملكيه العين

للمشهود له و ملكيه النماء لذى اليد و ظهور كون النماء تابع للمشهود به فثبت ملكيته تبعاً لا يعارض اليد القاضيه بملكهما خرج ما شهدت به البيئه و يبقى الباقي على حكم اليد نعم لو قالت هذه الدابه ملكه استتجها عنده أو هذه الشجره غرسا بيده أفاد ملكيه النماء للمشهود له و هذه القاعده جاريه فى كل مبيع ظهر بعد شرائه انه مستحق للعين و كانت الشهاده انه ملك الغير على الإطلاق و لو شهدت انه ملكه الآن لم تكن منافيه لشرائه من آخر لاحتمال ان المشهود له ملكه بعد شرائه نعم يشكل فى الشهاده المطلقه ان الفقهاء حكموا بأنه لو اشتراها فظهرت بالبيئه المطلقه إنها ملك الغير رجوع المشتري على البائع بثمانها لأنه قد انكشف بالبيئه العادله إنها لم تكن للبائع و كذا لو تعاقبت كما إذا اشتراها من موهوب أو من مشتري آخر و هكذا و ذلك يقتضى كونها ملكاً للمشهود له قبل الشراء فيقتضى كون النماء كله حتى المنفصل للمشهود له فكيف يجتمع هذا مع الحكم بأن النماء المنفصل للمشتري و بالجملة فالحكم بكون النماء للمشتري و بين رجوعه بالثمن على البائع جمع بين متنافيين قيل و قد ينزل ذلك ان الحكم ببقاء النماء على ما إذا لم يدع المشتري الابتاع المستلزم لتقدم ملك المدعى عليه ذلك و فيه ان المشتري بعد اعترافه بالشراء من الغير و قيام الحججه على إنها ملك غير البائع عاد النماء لمن قامت له الحججه ادعى أو لم يدع إلا ان يقال ان أقصى ما هناك إطلاق دعوى الابتاع من المشتري ليرجع بالثمن و هو أعم من الابتاع الذى حصل به اصل ملك المشتري للعين المتقدم على حصول النماء و من الابتاع المتأخر عن حصول النماء بأن يكون المشتري كان مالكاً من قبل فحصل النماء ثم انتقلت منه و تداولتها الأيدي ثم ابتاعها و أقيمت البيئه المطلقه على إنها ملك آخر فانترعت منه ففى هذه الصوره يصح اجتماع الحكم ببقاء النماء له و جواز رجوعه بالثمن و هو لا يخلو من نظر بل خلاف ظاهرهم و لو قيل لا يرجع على البائع إلا إذا ادعى خصمه ملكاً سابقاً على الشراء كان قوياً و يمكن تنزيل كلامهم على ذلك.

ثانيها: شهاده البيئه بالسبب لا تضر مع إطلاق الدعوى

بل يؤكدها غير ان المدعى إذا أراد تأكيد الدعوى فادعى السبب لم تغن تلك الشهاده لتبرع الشاهد بها

فلا بد من إعادتها و لو ذكر المدعى سبباً و ذكر الشاهد آخر احتمال بطلان الشهاده من اصلها ان ناقضت ذلك السبب كما يقول المدعى: كتبه فيقول الشاهد: استكتبه و احتمال الصحه فتسمع الشهاده بالملك المطلق دون السبب و احتمال بطلان الشهاده إذا كانت الشهاده بالملك مستنده للسبب بحيث ان العلم بها مستند للعلم به و إلا فلا و الأقوى اختصاص بطلان الشهاده في مورد الاقتصار على السبب دون ذكر الملك و الشهاده به لتكذيب المدعى لشهوده في ذكر ما يناقض شهادتهم و ان لم يناقض سبب المدعى سبب الشاهد فلا بأس لأن الشهاده منصبه على الملك و اختلاف السبب مع عدم تضاد غير منافٍ للشهاده لإمكان اطلاع كل من المدعى و الشاهد على غير ما اطلع عليه الآخر أو ذكر كل منهما سبباً غير ما ذكره الآخر مع وجود كل منهما في المشهود به.

ثالثها: لو تداعيا على عقد أو إيقاع أو حكم من الأحكام انه صحيح أو فاسد كان القول قول مدع الصحه

و لو أقاما بينه كانت البيئه بينه مدع الفساد لأنها بينه خارج و مدع الصحه و ان خالف قوله الأصل لأصله عدم الصحه إلا انه موافق للظاهر و للقاعده الشرعيه بل و لأصله العدم حيث تكون الدعوى بعروض مانع و يوافق اليد غالباً و لأن مدعى الفساد و ان وافق الأصل الأولى إلا ان لو ترك لترك و لو ادعى على و كيله انه آجر بدون أجره المثل أو باع بدون ثمنه فالقول قول الوكيل و البيئه بينه الموكل لأنه بمنزله الخارج و الوكيل بمنزله الداخل فكأن اليد يده و التصرف تصرفه.

رابعها: لا تقبل الشهاده بالملكيه بمجرد الشهاده بسبب لا يوجب الملك

كالشهاده بأن هذا اشتراه من فلان إلا تقول البيئه و هو ملكه أو و هو ملك البائع لجواز ان يبيع الإنسان مال غيره و كذا الشهاده باتهايه أو استجاره و اكتفى بذلك في الخلاف نظراً إلى استلزام ذلك الشهاده بتصرف الأول الداله على ملكه دلالة اليد السابقه على الملكيه فكما ان اليد ظاهره بالملكه و ان احتملت العدوان و العاريه و الإجاره و الوديعه فكذلك التصرف و هو قوى لأن الشهاده بالتصرف تقضى بالملكيه نعم على نحو تصرف الملاك في أملاكهم بحيث يتصرف و يأذن في القبض أو يتكرر منه التصرف فإذا قضيت

بالملكية حكمت على اليد اللاحقه و لك ان تقول ان الشهاده بالتصرف تسمع فيما إذا كانت الدعوى على خارج و أقام أحدهما بينه على التصرف دون الآخر فانه يحكم بها بثبوت الملك و أما لو عارضتها بينه يد أو ملك أو يد حاله فلا تجدى بينه التصرف بل القطع به لأن اليد الحاليه المقطوع بها لا ترفع بالأمر الموهوم و بالجمله التصرف إذا لم يفد الملك لا تسمع بينه فى مقابله اليد و لو عمد إلى عين فى يد زيد فادعى انه ملكه منذ سنه فادعى الآخر انه اشتراها منه منذ سنتين و أقاما بينه فمقتضى الترجيح بالسبب و قدم الملك تقديم بينه الداخلى لكن العلامه استشكل فى ذلك من جهه ان مطلق الشراء غير صريح فى الملك و ليس مما يستمر فكانت الشهاده به كالشهاده بأنه ملكه أمس و فيه ان ملكها منذ سنه لا ينافى ملكها قبل السنه و قد قامت البينه على ابتاعها منه قبل ذلك فكان كما لو شهدت إحداهما بملك هذا مطلقاً و الأخرى بأن الآخر قد ابتاعها منه و لذا قطع فى الخلاف بتقديم بينه الداخلى فقال: لا خلاف فى زوال يد البائع و أما المشتري فإن شهدت بينه بأنه اشتراها من المدعى و هى ملكه أو إنه يتصرف فيها تصرف الملاك حكم له بها بلا خلاف و ان شهدت بالشراء فقط و لم تشهد بملك و لا يد قال الشافعى حكماً بها للمشتري قال و إليه اذهب و احتج على مختاره بأن ثبوت الملك للبائع سنه لا ينافى ملكه قبل ذلك و قد قامت البينه على انه باعها منه قبل ذلك و الظاهر انه كان مالكاً لها قبل ذلك فكانت المسأله كما لو شهدت بينه بملك هذا لها مطلقاً و الأخرى بأن الآخر اشتراها منه مطلقاً فكما يقضى فيها للمشتري بلا خلاف فى تلك فكذا فى هذه.

خامسها: اليد الحاليه المقطوع بها تقطعها شهاده الملك مطلقاً

أو مقرونًا بالسبب حالاً أو مؤرخاً بتاريخ متقدم و لا تقطعها الشهاده بالملك الماضى عن المقرون بما يدل على بقائه و لا تقطعها الشهاده باليد السابقه الغير المقرونه بما يدل على البقاء إلى الآن و لا الشهاده باليد مطلقاً و هل تقطعها الشهاده باليد الحاليه أو المتقدمه المقرونه بما يدل على بقائه كما تقطع الشهاده باليد الحاليه أم لا وجهان ينشئن من ان اليد المقطوع بها لا تعارضها المظنونه الحاصله من البينه لأن المضمنون لا يقطع المقطوع به و من ان اليد

السابقه المشهود بها داله على الملك فى الزمن السابق و الملك فى الزمن السابق مقدم فى الشهاده على الملك الحادث و على اليد الحادته المقطوع بها أو المشهود بها و فيه ان دلالة اليد على الملك السابق مستند إلى أمر ظنى و دلالة اليد المقطوع بها على الملك اللاحق مستنداً إلى أمر قطعى مقدم على المستند إلى أمر ظنى و أما التصرف القطعى فهل تقدم عليه شهادة اليد السابقه المقرونه بما يدل على بقائها الظاهر نعم لقوه اليد و لو استندت إلى أمر ظنى كالشهادة بالملك فتقدم على التصرف المقطوع به.

سادسها: إذا ادعى شيئاً بيد غيره فقال هو لفلان فإن كذبه المقر له رجع أمرها إلى الحاكم

و طلب الحاكم من المدعى اليينه على إنها له و إلا فهى مجهوله المالك و يحتمل انه يترك فى يد المدعى عليه إذ لعل المقر له يرجع فيدعيه إلى ان تقوم بينه من المدعى إنها له و يحتمل انه يسلم للمدعى من غير بينه لخروجه عن ملك المقر و لا منازع فيه للمدعى و هل له ان يدعى بعد ذلك إنها لى فيقول غلطت بذلك الظاهر له ان احتمل فى حقه ذلك إلا إذا قبضها الحاكم و ان صدقه المقر له اندفعت عنه الخصومه فى العين إلى المقر له فإن أقام المدعى بينه إنها له أخذها و لا غرامه على المقر و كذا ان أخذها باليمين المردوده أو بالنكول و ان لم يأخذها من المقر له كان له اليمين على المقر إنها ليست له فإن حلف فلا شىء و ان نكل أو اقر له أو رد عليه اليمين فحلف لزمته الغرامه للمدعى لحيلولته بينه و بين ماله بإقراره به لغيره و هو الأوجه و قيل و نسب للشيخ انه لا يغرم فعلى ذلك لا يتوجه عليه يمين و لا دعوى و ذلك لأن الإقرار الثانى أو النكول و ان صادف محله إلا ان الإقرار الأول ليس من أسباب الضمان إلا ان يسلم العين بيده فيضمن لعموم ضمان اليد غايته ان العين تمكن من أخذها بواسطة الإقرار و الإقرار ليس من أسباب الضمان و فيه ان الإقرار بسبب الحيلولة بين المدعى و بين ماله فلو لا- الإقرار الأول لدفعها بالإقرار الثانى و لا- يؤثر الثانى إلا- انه إقرار فى حق الغير بعد ان اقر بها للأول أو المفروض ان المقر له ثانياً غير متمكن من تخليص ماله لعدم اليينه و حيلولة الإقرار بينه و بينه و قد يقال انه على قول الشيخ أيضاً له إحلافه لإمكان ان يرد اليمين عليه و اليمين المردوده بمنزله اليينه لا بمنزله الإقرار بناء على ذلك أو إنها حجه

مستقله و حيث يغرم القيمه للمدعى فان تلفت و إلا فإذا رجعت إلى المدعى بإقرار المقر له أو بنكوله ارجع القيمه إلى المقر لأنه لأخذ القيمه لمكان الحيلولة فإذا رجعت العين ارجع عوضها إذا لا- يجمع بين العوض و المعوض مع احتمال عدم الرجوع لأن القيمه صارت عوضاً عنها فيستحقها المقر حينئذ و لو اقر بالعين إنها وقف فالأظهر انه بعد إقراره للثاني أو نكوله يغرم قيمته الوقف فيشتري به وفقاً و ان قال: العين ليس لى أو لمن لا اسميه اجبر على تعيينه لاحتمال انه المدعى و ان قال لواحد لا اعرفه لم يجبر على الأظهر لأنه ظلم فلعله لا يعرفه فليل لا تنصرف عنه الخصومه فى الغبن هم و لا ينتزع من يده لأن يده عليه فلا يؤخذ منها إلا- بمزيل قطعى و كون هذا من قسم الإقرار المزيل لحكم اليد غير معلوم و فيه ان القول بأنه ليس لى أو لمن لا اعرفه لا ينافى استحقاق وضع يده عليه فلا- ينتزع منه و قيل بأنه ينتزعه الحاكم بعد تكليفه بالجواب على التعيين إذا قال ليس لى أو قال لواحد فإن لم ينبه انتزعه الحاكم و انصرفت عنه الخصومه فى العين إلى ان يقيم بينه و لو اقر بها بعد ذلك المعين أو للمدعى سمع و الأوجه انصراف الخصومه عنه و عدم انتزاع الحاكم لها لاحتمال وضعها لحق و ان قال هى لطفل أو مجنون أو وقف عليهما أو على الفقراء أو على المصالح اندفعت الخصومه عنه سوى اليمين المتقدم و بقى على بينه فإن أقامها اخذ و إلا فلا نعم له يمين على ولى الطفل بنفى العلم عن كونها له و على نفى العلم بكذب إقرار المقر و ان قال هى لغائب انصرفت فى العين عنه أيضاً الخصومه إلى ان يحضر الغائب فيصدق أو يكذب و ليس عليه سوى اليمين على نفى و هل ينتزع الحاكم من يده العين لأنه مال غائب فيرجع حفظه إليه أو لا- ينتزع لإمكان وضع يده عليها بحق و الأوجه انه ان أطلق أو قال هى بيدى اعاره أو إجاره أو بوكاله أو أمانه لم تنتزع و ان قال هى غصب كان للحاكم انتزاعها أو تكليفه بالرد فإذا حضر الغائب فيما ان يصدق أو يكذب على ما تقدم و يحتمل ان للمدعى إخلافه فإن نكل اخذ العين إلى ان يقدم الغائب و لو دفع العين المقر بها للثانى ضمن للأول المثل أو القيمه و يحتمل فى الصور المتقدمه ان تحليف المدعى للمقر يكون على البت و لا يجزيه الحلف على نفى العلم و هو وجه إلا ان الاظهر انه بعد إقراره صار

بمنزله غير المالك فهو كالوصى فيحلف على نفى العلم ثم ان ضمان المقر وقت الإقرار لأنه به تحققت الحيلولة مع احتمال كونها وقت اليمين المردودة أو النكول لأنه بهما ثبت حق المدعى و لو أقام المدعى بينه على إنها له بعد الإقرار إنها لغائب حلف مع البيه على بقائها على ملكه إلى الآن ما لم تشهد البيه بذلك و هو على حجته إذا قدم فى حرج الشاهد أو إثبات الانتقال و لو أقام صاحب اليد بينه على إنها للغائب فإن أثبت وكالته عنه أو ولايته سمعت بينته بناء على سماع بينه الداخل و ان لم يثبت فلا- تسمع دعواه و لا- بينه لأنه ليس لإنسان ان يدعى عن آخر و لا- يمضى حكم الحاكم و الحال ذلك و لو ادعى المدعى على صاحب اليد العلم بأنها له لم تكن له بينه كان له اليمين على نفى العلم عليه فلو أقام صاحب اليد البيه على إنها للغائب فهل يسقط عنه حق اليمين بتلك البيه و ان لم يتحقق بها الإثبات أم لا وجهان و لو ادعى صاحب اليد إنها رهن عنده أو إجاره سمعت دعواه و قبلت بينته فلو أقام البيه بذلك و أقام المدعى بينه على إنها له ففى تقديم بينه أيهما إشكال من خروج المدعى و شهادته بينته بالملك فتقدم لأنها بينه خارج و من خروج صاحب اليد بدعواه الرهن و الإجاره و شهادته بينه بالسبب و هن الرهن أو الإجاره فتكون أولى بالتقديم لأنها بينه من يدعى التشبث و لو صدق المدعى حيث لا بينه فجاء من أقام البيه انتزعتها و لا غرم للمنتزع على من كانت فى يده سبب اعترافه لوصل ما يدعيه إليه بالبينه و لو اقر بها للمنتزع لم يغرم للمدعى لأن الحيلولة بينه و بينها لم يكن بالاعتراف بل بالبينه.

سابعها: لو ادعاه بألف فقال: ابرأتني منها كان إقرارا

لاستلزام البراءة الشغل و لو قال لى عن دعواك هذه مخرج فليس بإقرار لاحتمال كون المخرج نفس الإنكار و لو أجاب مستهزئاً بحيث يظهر من حاله ذلك لم يلتزم لأن الشرط فى نفوذ الإقرار التصريح فلو ادعى بواحد فقال مثلك من يطلبنى مائه ألف أو قال بلى ذلك من دوله أبيك المعسر و غير ذلك و لو ادعى بألف فقال مالك على ألف لم يكن إقراراً بما دون بل الأقل مسكوتاً عنه أو أحد المعانى لو طلب منه اليمين لزمه ان يقول مالك ألف و لا اقل منه و لو قال له مزقت ثوبى فلى ارشه جاز ان يجيب بنفى التمزيق و جاز ان يجيب

بنفى الارش و يكفى ذلك و يحلف عليه و لا يلزم بجواب نفى التمييز لعدم ترتب ثمره عليه سوى الارش و لعله مزقه دفاعاً و لو قال لى عندك كتاب و كان له عنده كذلك إلا انه رهن أو إجاره جاز له ان يقول مالک عندى ما يجب دفعه إليك أو لا يجب على دفع شىء إليك و فى جواز انه يجب مالک عندى ملك مورياً عن الملك المطلق الغير المحجور عليه وجه و ليس بالبعيد و لو اشترى منها زيد شيئاً فادعاه به غيره فجادل الغير و قال هذا مال زيد اشتريته منه و ليس لك فيه شىء فانه ليس بإقرار فى مقام المجادله لظهور إرادته تخليص ما اشتراه من المدعى لا لبيان حال المبيع نعم لو ظهر منه الجحد كان إقراراً و لا يرجع على البائع بالثمن لاعترافه بظلم المدعى.

ثامنها: لو انتزع أمه بحجه من أحبلها ثم اعترف ببطلان دعواه اخذ بكليهما

فيحكم باعتبار الأول بحريه الولد و وجوب نفقته عليه و فى الجارية بأنها أم ولد تلزمه نفقتها و باعتبار الثانى يمنع من وطء الجارية و استخدامها و ميراث الولد و مطالبته بالنفقة و يؤخذ منه قيمتها و مهرها و قيمه ولدها يوم ولد و لا يرد إلى المالك الذى اعترف بظلمه لعدم نفوذ إقراره بالبينة إليهما نعم يغرم القيمة و لو اعترفت هى بظلمه ردت إلى مولاهما لأن الحق لا يعدو ثلاثتهم.

تاسعها: لا يقبل إقرار العبد فيما يوجب القصاص

لأنه إقرار فى حق الغير نعم يتبع به بعد العتق فيقتص منه على الأقوى و قيل لا يقتص منه إلا إذا بقى على إقراره بعد العتق فيكون كإقرار الصبى و المجنون و فيه منع للفرق الظاهر بين العبد و بينهما من حيث ان إقرار العبد يمنعه حق المولى فإذا زال اثر أثره بخلافهما لفقدان وجود المقتضى و لو صدقه السيد اقتص منه لأن الحق لا يعدو هما و لو اعترف السيد خاصه بالجنايه لم يمض على العبد فى القصاص و إنما يمضى على نفسه فيؤخذ منه العبد أو ما يساوى الجنايه إلا ان يقنعوا بالفداء و لو اعترف العبد بما يوجب الارش فلا يقبل إلا ان يصدقه المولى فيخير بين دفع الارش أو ما يساويه من العبد و ليس عليه دفع ما زاد على العبد لأن الجانى لا يجنى على أكثر من نفسه و لو لم يصدقه المولى اتبع فيه بعد العتق و لو اعترف المولى و انكر العبد تخير بين دفع ما يساوى الارش من العبد كلاً أو بعضاً أو ما

لا- يزيد عليه و أما الدين فليس على المولى من شىء صدقه أو كذبه و إنما يتبع به بعد العتق و هل على العبد يمين لو أنكر وجهان من ان اليمين إنما تتوجه على من يقبل إقراره حتى إذا نكل اخذ به و العبد لا يقبل إقراره و من انه مما يعود به نفع للمقر فلعله يقر و يتبعه بعد عتقه.

عاشرها: تصح الدعوى فى الدين و المهر و السلم المؤجله

لفائده الاستيفاء عند حلول الأجل بل نفس إثبات شغل الذمه أمر مطلوب و تصح الدعوى من العبد على إثبات حريته فيقيم العبد اليينه و له على المولى اليمين و على إثبات تدبيره و كتابته و كونها أم ولد على المولى لترتب على ذلك تحريره عند موت المولى مخافه إنكار الوارث عند الموت و يمكن القول بصحة إثبات ذلك عند الحاكم مخافه إنكار الوارث و أما لو وقع التداعى مع المولى فغير صحيح لإمكان المولى فسخ التدبير و إنكار الولد و من الكتابه المشروطه فلا فائده من الدعوى و هو جيد إلا ان الظاهر جواز الدعوى فى العقد الجائر إذا تعلق له غرض فى اثباته فلعله يستديم عليه و دعوى ان إنكار العقد الجائر فسخ ممنوع.

حادى عشرها: لو ادعى دابه فى يد آخر فادعى واحد انه آجرها له و ادعى آخر إنها وديعه عنده منه فإن لم يقيما بينه حكم بها لمن يصدقه المثبت

و ان أقام كل منهما بينه بدعواه تحقق التعارض مع الاتحاد أو اتحاد التاريخين و حينئذ فيرجع إلى الترجيح بالعداله و العدد و إلا فالقرعه و لو تقدم تاريخ أحدهما رجح المتقدم بناء على الترجيح به و هل تقدم هذه المرتبه على مرتبه العداله و الكثره أو تتأخر يظهر من بعضهم تقدمها كما يظهر من الروضه و يظهر من بعضهم كابن فهد تأخرها و هو اقرب و لو صدق المثبت أحدهما كان هو الداخلى و رجح الأمر إلى تقديم بينه الخارج أو الداخلى و لو اقترنت أحدهما بالسبب قويت على المطلقه كما تقدم.

القول فى دعاوى العقود و فىه أمور:

أحدها: لو دعاها المؤجر و المستأجر فى قدر الأجره زياده و نقصاناً

مع اتفاق جنسهما فقال المؤجر عشره دراهم فقال المستأجر خمسَه فإن وقع النزاع فى معنى الثمن كما يقول لى عليك من ثمن الإجاره أو ثمنها خمسَه فقال الآخر عشره فالأظهر الأشهر ان مدعى الزيادة مدع و مدعى النقصان منكر و الدعوى واحده و هى دعوى الزيادة فيثبتها أحدهما و ينكرها الآخر و ليست دعويين فلا يكونان متداعيان و حكمهما مع عدم البينه و مع البينه معلوم مما سبق و مثله لو وقع فى زياده لفظ فقال أحدهما قلت خمسَه و قال الآخر اضيفت إليها لفظ عشره فكانت خمسَه عشر و ان وقع النزاع فى لفظ الثمن فقال أحدهما ذكرت لفظ عشره و قال الآخر لفظ خمسَه أو وقع فى مجموع لفظ العقد فقال أحدهما عقدنا على لفظ الخمسه و قال الآخر عقدنا بلفظ العشره فالظاهر انهما متداعيان و تكون دعواهما دعويين فإن لم تكن بينه فحلف أحدهما دون الآخر كان الحق له و ان حلفا انفسخ العقد فإن لم يستوف المستأجر شيئاً رجع كل منهما بماله و الارجع المؤجر بأجره المثل لكل المده أو بعضها و هل الانفساخ من حينه أو من اصله و هل هو ظاهرى أو واقعى فى كل منهما كلام تقدم فى محله و يحتمل هاهنا القرعه لاستخراج الحالف و يحتمل القرعه بعد تحالفهما لاستخراج صاحب الحق و ان نكلا فليس إلا القرعه لاستخراج المحق و ان أقام أحدهما بينه كان الحق له و ان أقاماها حكم لأسبقهما بينه فى التاريخ و كانت الأخرى وارده على عين مستأجره فتبطل و ان اتفقت فى التاريخ أو كانتا مطلقتين أو أحدهما مطلقه و الأخرى مؤرخه تحقق التعارض فينظر إلى أرحهما فيقدم مع اليمين أو بدونه كما تقدم فإن تساويا عداله و كثره أقرع على استخراج الحالف فإذا حلف كان الحق له و ان نكل فحلف الآخر فالحق له فإن نكلا قسم ما ادعياه نصفين فيحكم للمؤجر بسبعه و نصف من مثال العشره و الخمسه و لو وقع النزاع فى العين المستأجره فقال المؤجر البيت و قال المستأجر الدار فالحكم كذلك و كذا و لو وقع فى الزمان فقال المؤجر ثلاثين و قال المستأجر ستين إلى غير ذلك و الحكم فى الجميع ان النزاع ان وقع فى القدر من دون ملاحظه نفس اللفظ أو العقد فالمدعى من ادعى الزيادة و المنكر من ينكرها و البينه على الأول و اليمين على الثانى و لا بينه

على الثانى فما يظهر من الشهيد فى المسأله الأولى ان من أقام بينه فالحق له منظور فيه و كذا لو وقع فى لفظ و زياده و ان وقع فى لفظ أو فى عقد تضمن لفظاً فهما متداعيان كما إذا تداعيا فى جنس الأجره فقال أحدهم درهم و قال الآخر دينار فيتحالفان من عدم البينه و يفسخ العقد و لو أقام أحدهم بينه كان الحق له و ان أقاما بينه قدمت سابقه التاريخ و ان كانتا مطلقتين أو مؤرختين أو أحدهما مطلقه و الأخرى مؤرخه تحقق فيعمل بالراجح فإن لم يكن فالقرعه فيحلف من خرجت له فإن لم يحلف حلف الآخر فإن نكلا قسم الزائد من الدار على البيت أو الشهر الزائد أو الأجره الزائده نصفين مع احتمال ان معلومه التاريخ يحكم بأنها المقدمه على مجهولته و نقل عن الشيخ فى المبسوط انه حكم بالتحالف فى جميع هذه الصور و ثبوت أجره المثل و فى الخلاف بالقرعه مع تعارض البينتين و مع عدم البينه و فى موضع من المبسوط حكم بالتحالف إذا وقع النزاع فى مده الإجاره و ان وقع بعدها تردد بين القرعه و بين ان القول قول المستأجر و لعله يحمل على اختلاف ابراز الدعوى فيختص المتداعين فيما لو وقع النزاع على لفظ أو عقد.

ثانيها: إذا تداعى اثنان فى عين بيد ثالث فادعى كل منهما انه اشتراها منه و أقبضه ثمنها و لا بينه فإن كذبهما حلف و لا حق لهما

بعد ذلك و ان صدق أحدهما حلف للآخر و قضى بها لمن صدقه و كان للآخر ان يحلفه لصيرورته برجوعها إليه مدع عليه و ان صدقهما كانت لهما و حلف لكل منهما على ذلك و لكل منهما على الآخر اليمين أيضاً و اليمين فى الجميع على البت و لو صدق واحد منهما لا بعينه ارتفعت عنه الخصومه مع احتمال جواز تحليفه على عدم العلم و يقترعان فيما بينهما فيقضى لمن أخرجته القرعه بعد ان يحلف لصاحبه فإن نكل حلف الآخر فإن نكلا قسمت بينهما لمن يحلف اليمين على ذى اليد فى دفع الثمن لأنه يقر بثمان واحد و هما يدعيانه بثمانين و كذا لو اقتسماها نصفين لأن كل واحد يدعيه بنصف ثمن و لو أقام كل منهما بينه فإن سبقت إحداهما كان الحكم للسابقه و بطلت اللاحقه لورودها عليها فهو كبيع ما لا يملك و فى حكمه معلوم تاريخ أحدهما دون الأخرى فى وجه و ان اطلقتا أو أطلقت

أحدهما دون الأخرى أو أُرختا في زمن واحد فالترجيح بالعدالة و الكثرة فإن تساويا فالقرعة و اليمين فإن نكل من خرجت له القرعة حلف الآخر فإن نكلا- قسمت العين بينهما و رجع كل منهما بنصف الثمن لقيام البيتين على قبض الثمن إلا- ان يثبت القبض للعين المتنازع عليها بالبينه أو الاعتراف من أحدهما على أحدهما فلا يكون للقباض رجوع عليه بشىء لصيروره الضمان عليه بالقبض غايته انه اخذ منه النصف بعد ذلك و كذلك إذا أحلف الآخر واخذ العين بتمامها كما إذا أخذها غصباً و لو قدمت إحدى البيتين كانت العين لذى البينه الراجحه و لزم البائع دفع الثمن للآخر لثبوت دفعه بالبينه من غير معارض إلا ان يثبت قبضه للعين بالا-عتراف أو البينه فلا يرجع بشىء و لو اعترف المشتري لأحدهما فهل يكون من اعترف له بالشراء صاحب يد فتقدم بينه على القول بتقديم بينه ذى اليد أو بينه صاحبه لأنه الخارج أو لا- يكون؟ وجهان من انه صاحب يد كما هو المفروض فاعترافه يقضى بكون المعترف له صاحب يد و من اتفاق البيتين على انه عين مالك و ان يده زالت فلا يجدى اعترافه و الأوجه الأول لأن المفروض سبق الاعتراف على قيام البيتين فالبينه وارده على ذى يد أو من هو بحكمه نعم لو اعترف بعد الإنكار و قيام البينه كان اعترافه على ما ثبت خروجه من ملكه كما إذا اعترف لأحدهما بعد ان اعترف لآخر و قد يحتمل ان اعترافه لأحدهما يكون بمنزله الشهاده فيكثر بها عدد الشهود لا وجه له لأنه مدعى عليه فلا تقبل شهادته باعترافه و لو لم يقبض أحد البالغين جاز له الفسخ لأنه بمنزله مبيع غصب قبل قبضه و كذا لو اقتسماها نصفين بحكم النكول لتبعض الصفقه و تحقق عين الشركه على من أخرجته القرعه و يحتمل العدم لإقدامه بالنكول على التبعض فكان من قبله و دعوى ان اليمين عذر لأن التنزه عنه أمر مطلوب لا وجه له لأن الخيار خلاف الأصل و المتيقن هو ما لم يكن لصاحبه فيه تأثير و البينه هاهنا جعلته له بنكوله و حلف الآخر تبعضت عليه الصفقه فكأنه دفعه إليه و سبب فواته منه و هذا الاحتمال قريب جداً و عليه فلو فسخ أحدهما فهل للآخر اخذ الجميع لعدم المزاحم أم المدعى فلفسخه و أما ذى اليد فلزوال ملكه بالبينه أو اعترافه بل استتقرب الفاضلان نقلًا انه يلزمه أخذه

و ليس له الفسخ لانتفاء المقتضى و هو التبعض أو ليس له كما نقل عن الشيخ رحمه الله لأن الحاكم إنما حكم له بالنصف فليس له إلا النصف و فيه ان بينه شهدت الجميع و هو يدعى الجميع غايته انه بمزاحه بينه الثانى له صار له النصف فإذا لم تعمل البينه عملها بقى على دعواه و بيته ورد بأن ما بعد حكم الحاكم دعوى و لا- بينه لزوال مقتضاها فلا يلزم بالجميع و لو كانت العين فى يد أحدهما و لا بينه قضى لمن هى فى يده و حلف للآخر و لو أقام الخارج بينه أخذها و لو أقام الداخل بينه أو أقامها بنى على سماع بينه الداخل و عدمه.

ثالثها: إذا تداعيا على عين بيد ثالث فادعى كل منهما ان الثالث قد اشتراها منه و لم يدفع إليه ثمنها فإن لم تكن بينه حلف لكل منهما ان الثالث قد اشتراها منه

و لم يدفع إليه ثمنها فإن لم تكن بينه حلف لكل منهما و اندفعا عنه و ان أقام أحدهما بينه قضى بالثمن للمقيم و ان أقام كل منهما بينه على ما ادعاه فإن اعترف لأحدهما قضى له عليه بالثمن و ان اعترف لهما قضى عليه بالثمنين لإمكان ان يكون اشتراها من أحدهما ثم باعها على الآخر ثم اشتراها منه و كذا لو أنكر و لم يتحد التاريخ لإمكان شرائها أطلاقاً أو أطلقت أحدهما أو كانت أحدهما سابقه لإمكان شرائها منهما كما ذكرنا و ان اتحد التاريخ بأن وقع التاريخ فى وقت واحد تعارضاً إذ لا يمكن الجمع فالترجيح بالعدالة و الكثيره فإن تساويا فالقرعه و اليمين فإن نكل حلف الآخر فإن نكلا قسم الثمن بينهما ان الحد جنساً و وصفاً و ان اختلف فللكل واحد نصف ما ادعاه من الثمن و انما قسم بينهما فى الثمن الواحد مع ان كلاً منهما يدعى تمام الثمن و يقيم على ذلك بينه القطع ببطلان أحدها مع الاتحاد فلم يثبت بينهما إلا ثمن واحد لأحدهما و حيث انتفى الترجيح قسم بينهما أيضاً للمستحق بقدر الإمكان و قيل يقسم بينهما من دون قرعه و هو بعيد.

رابعها: إذا تداعى اثنان فى عين فادعى كل منهما انه اشتراها من واحد

كان يملكها و دفع له الثمن و ذكر كل واحد منهما ان البائع له غير من باعه للآخر فإن أقام كل منهما البينه على ما ادعاه و اتحد التاريخ لزم الترجيح فإن تساويا فالقرعه و يقضى

له إذا حلف و يرجع صاحبه بالثمن على من اشترى منه إلا ان يكون قد قبضها منه لاستقرار الضمان عليه حينئذ فإن نكل و حلف الآخر فكذلك و لو نكلا- قسمت بينهما و رجع كل منهما على من اشترى منه بنصف الثمن حيث لا قبض من أحدهما غير ان أحدهما إذا فسخ لمكان تبعض الصفقه لو قلنا به لم يكن للآخر هنا اخذ الجميع لعدم رجوع النصف المفسوخ فيه إلى بائعه بل إلى البائع الفاسخ.

خامسها: لو ادعى مالك العين و ذو اليد فقال المالك: أعرتكها و قال ذو اليد: استأجرتها منك فالقول قول المالك بيمينه

و يحتمل التحالف فتنفسخ الإجاره و الإعاره فيرجع المال إلى أهله و يجب على ذى اليد دفع الأجره بمقدار المده التى استوفاهها ان لم يكن دفعها و لا- يجوز قبض المالك لها لأنه باعترافه لا استحقاق له فتبقى الأجره مجهوله المالك أو يدسها ذو اليد فى أمواله أو يدفعها للحكام و لو ادعى المالك الوديعه و ذو اليد الإجاره فكذلك و ربما قيل فى المقامين ان القول قول ذى اليد فى الإجاره ترجيحاً لجانب اليد و فيه ان يده كلا يد بعد اعترافه بملك العين لغيره و المنفعه من توابع العين و احتمال التداعى قائم فيهما و لو أقام مدعى الإجاره بينه كانت له و لو أقام البينه لم تسمع بينه المالك و على القول الآخر لم تسمع بينه ذى اليد و تسمع على القول بتقديم بينه الداخلى و على القول بالتداعى بتعارض البيتان و يحكم بالترجيح و إلا فالقرعه و اليمين و مع نكولهما يقتسمان المنافع فى المده و يدل على ان القول قول المالك ما روى عن على عليه السلام فيمن ادعى بمال انه رهن عنده فقال المالك هو وديعه قال على الذى هو فى يده البينه انه رهن عنده.

سادسها: لو ادعى إنسان عبداً فى يد سيده انه قد اشتراه منه و ادعى العبد لسيده قد اعتقه فإن لم تكن بينه فالقول قول السيد بيمينه

لأنه ذو اليد فإن كذبهما حلف لهما و انقطعت عنه الدعوى و بقى على ملك العبد و ان صدق أحدهما و كذب الآخر كان عليه اليمين لمن كذبه على ظاهر جماعه و عن الشيخ انه ان صدق المشتري لم يحلف للعبد لأن فائده اليمين الحمل على الإقرار و الإقرار هنا لا اثر له لأنه لو اقر للعبد بالعتق لم يسمع لأنه إقرار فى حق الغير و لم يلزمه غرم بإقراره قيل ليس هنا موضع يقر

لأحد المدعين و لا يحلف للآخر قولاً واحداً إلا هذا و لو صدق العبد لم يحلف للمشتري لأنه لو اقر له بعد ذلك فقد اعترف من قبل بالإتلاف قبل الاقباض و هو كالأفء السماويه فى انفساخ البيع نعم لو ادعى عليه قبض الثمن و انكره حلف له و فيه انه إنما يحكم به للمشتري بعد يمينه للعبد و كذلك لا- يحكم بحريته إلا- بعد حلفه للمشتري فلا يكون الأول إقراراً فى حق الغير و لا يكون الثانى تحريراً قبل البيع و لو أقام أحدهما بينه حكم له و لو كان العبد بيد المدعى فالخارج بينه العبد لأنه لا يد له نفسه بل يد الغير عليه و ان أقاما و سبقت أحدهما حكم للسابقه و إلا فالترجيح ثم القرعه مع اليمين لزوماً لا احتياطاً كما نسب للشيخ رحمه الله فإن نكل حلف الآخر فإن نكلا قسم نصفين نصف حر و الآخر رق فمن ادعى شراءه و يرجع على سيده بنصف ثمنه ان كان العبد باقياً فى يد مولاه و ان كان فى يد المدعى فلا رجوع له لأن ذهاب النصف بدعوى العتق اتفق له و هو فى ضمانه و ان خرج اسم العبد بعد قبضه و حلف ذهب الثمن كله على المدعى و لو فسخ المدعى بعد التشطر لتبعض الصفقه و قلنا بتسلطه على الفسخ فلا- إشكال فى انعقاد النصف الآخر لأنه قد عاد إلى ملك من اعتقه اختياراً بالبينه أو بحكم الحاكم و إنما لم يحكم بموجبها ابتداء لمزاحمه مدعى الشراء فإذا انقطعت مزاحمته عملت بنيه العتق عملها أو عاد إلى ملك نصفه فيسرى عليه و يحتمل عدم العتق اجمع لأن موجب القسمة كان على التضييق فيستصحب و ان لم نسلطه على الفسخ لأن التبعض جاء من قبله بترك اليمين أو أجاز الشراء استقر ملكه على النصف و عليه نصف الثمن فإن كان المدعى معسراً لم يسر العتق إليه و ان كان مؤسراً احتمل عدم السرايه لأنه كالعق القهرى فلا يسرى و احتمال السرايه لقيام البينه انه اعتق باختياره و الثانى مختار الأكثر على ما يظهر و عن الشهيد انه اعترض على ذلك بأن الواقع فى نفس الأمر إما العتق أو الشراء أو ليس أحدهما و أيما كان فالسرايه و التقديم متمتعان أما الأخير فالظاهر و أما الأول فالعتق للجميع فلا معنى لسرايه للبعض و تقويمه على المدعى عليه و كذا الأخير لأن الشراء للجميع فلم يتحقق تحرير شىء من العبد كى يقوم الباقي به البينه يجب ان لا يؤخذ من المشتري عوض النصف الذى ثبت له و قد

حكم عليه بنصف الثمن الذى هو قيمه النصف غالباً فيجب تقويمه على المالك الأول لأن الحكم بعق شىء منه يقتضيه لانحصار دلاله البيئتين فى انه لم يعتق بعضه و يملك بعضه على وجه مانعه الجمع بل الواقع عتق الجميع أو ملك الجميع و بهذا يثبت التقويم و ان كان فى اعتبار قيمه النصف مغايره لثمنه على بعض الوجوه إلا انه اقرب إلى الواقع من بقاء الرقيه على النصف و أيضا فإن الموجب ينظر إلى الثابت شرعاً من العتق و لا ينظر إلى الواقع فى نفس الأمر لأن الأحكام الشرعيه مترتبه على الظاهر و الثابت شرعاً كون المالك قد اعتق نصفه باختياره فيقوم عليه مع يساره.

مسائل

أحدها: لو تداعيا جداراً بينهما فهو بينهما ان كان تحت أيديهما

و ان كان بين ملكيهما فكذلك ان لم يكن مرجح لأحدهما من اتصال بناء أو تصرف و ان أقاما بينه فالترجيح لأحد البيئتين و إلا فالقرع و اليمين و يقسم مع النكول و لو تداعيا ذبيحه فإن كانت يدهما عليها فهي بينهما على الإشاعه و لو أقاما بينه قضى لكل منهما بما فى يد الآخر و لو كان المتنازعان مسلم و كافر حكم بطهاره الذبيحه و تذكيتها تغليباً لجانب المسلم و كذا الجلد لو وقع فى أيديهما و لو اقتسماهما فما فى يد المسلم لا شك فيه و ما يقع سهماً للكافر فى طهارته و نجاسته و جهان و لو تنازع مسلم و كافر فى ذبيحه و يمكن انفصالها و بيد كل منهما طرف فالحكم لكل بما فى يده فما بيد المسلم لا شك فى طهارته و ما فى يد الكافر و جهان و لا بأس باختلاف الحكم الظاهرى فى شىء واحد لاختلاف الأيدى و لو أقاما بينتين حكم لكل بما فى الآخر لو ادعى كل منهما الكل و يحكم لما عاد للمسلم بالطهاره و ان سبقت عليه يد الكافر لظهور بطلان يده و لما عاد للكافر بالنجاسه و ان سبقت يد المسلم عليه و يحتمل طهاره الجميع و يحتمل نجاسه الجميع و بطلان الدعوى و لو تداعيا ذبيحتين تحت أيديهما و أحدهما كافر فاقسماهما حكم بنجاسه ما عاد للكافر منهما و فى الطهاره وجه.

ثانيها: إذا أقام رجل بينه على ما فى يد آخر فانتزعه منه فظفر الآخر على بينته انه له فإن شهدت له بملك لاحق كان له قطعاً

و ينتزعه و كذا بالملك المطلق لظهوره فى

الحال و لأنه مهما أمكن التوفيق بتقديم بينه الآخر مع الإطلاق لزم التوفيق بينهما بتلقى الآخر الملك من الأول بعد انتقاله إليه مع احتمال جعل المطلق بمنزله الشهاده بالملك السابق و ان شهدت له بالملك السابق من يوم أخذه من الآخر كان له ففى سماعها و نقض حكم الأول بناء على مذهب الشيخ رحمه الله لظهور المعارض أو تصير من باب تعارض البيئات فمن قدم بينه الخارج اقره فى يده و من قدم بينه الداخلى رده إلى الآخر أو لا تسمع و يمضى القضاء قولان فالشيخ على الأول و المحقق على الثانى و الظاهر الأول لا لخطأ الحاكم فى الحكم بل لقصور المحكوم عليه بعدم العثور على بينه فإذا عثر على بينه فأقامها بنى على مسأله الداخلى و الخارج و الحق ان الآخر داخل خارج فهو داخل فى الحكم الأول خارج عند النزاع و الثانى و لا شك ان الملحوظ فى الدخول و الخروج عند النزاع هو حال الملك الأول لا حال التعارض بين البيتين و بالجملة فبعد التسالم منهما ان هذه هى العين الأولى المنتزعه بالبينه الخارجه أولاً و ان البينه الثانيه تشهد بها للآخر يوم ادعاها الأول فانترعها من الآخر فحينئذ بينه الآخر بينته داخل و بينه الأول بنيه خارج فلا تعارض بينه الداخلى بينه الخارج و كان النزاع بين الشيخ و المحقق لفظى لتسالمهما على دخول الآخر و خروج الأول و قد يقال للمحقق ان البينه الثانيه غير مسموعه مطلقاً لنفوذ الحكم بالأولى فلا تسمع الثانيه و لو كانت بينه خارج كما إذا أقام أحد بينه على أمر خارج انه له و بعد حكم الحاكم أقام آخر إنها له فى زمن حكمه فانه لا يبعد عدم سماع تلك البينه لعدم حصول فائده سوى المعارضه لحكم الحاكم و قد يقال للشيخ ان الثانى ينقض الأول مطلقاً لأنه ناسخ له من دون ملاحظه دخول و خروج و هما ضعيفان.

ثالثها: إذا تداعى الزوجان على دار خارجه عنهما أو فى أيديهما أو فى يد واحد منهما فهى دعوى كسائر الدعاوى

إلا- ان تكون يد الزوج أقوى فيما لو كانت الدار تحت أيديهما بأن كانت يده هى المتصرفه و كانت يد الزوجه ضعيفه كيد الضيف المعلوم ضيفته و يد الخادم و يد الولد و الأيادى المتعاقبه الظاهره فى عدم الملك فإن اليد الزوج و مثله لو كانت يدها كذلك و لو شاع نسبه الدار لأحدهما كان لمن شاعت

نسبته إليه من زوج أو زوجه خارجه عنهما أم لا و لو تداعى الزوجان فى مال خارج عنهما فهى كسائر الدعاوى أيضاً و لو تداعيا على مال فى يد أحدهما و لا يد للآخر عليه فهى كذلك مطلقاً و لو تداعيا على مال فى أيديهما ليس من متاع البيت فهى أيضاً كسائر الدعاوى إنما الكلام فيما لو تداعى الزوجان فى متاع البيت المشتركين فى وضع يديهما عليه من غير فرق بين الزوج الدائم و المنقطع و بين المطلقة و غيرها تزوجت بغيره أم لا- ما لم تخرج من الدار و بين كون الدار ملكاً لأحدهما أو لهما أو غيرهما و لا بين كون النزاع بينهما أو بين ورثتهما أو بين أحدهما و ورثه الآخر و لا بين كون المتنازع عليه مما يختص بأحدهما كالحلى و المقانع و الثياب الحريريه للامراه أو كالعمام و القلانس و الحزام للرجل أو لا يختص بأحدهما و لا بين اشتراك اليد الحقيقيه منهما كالذى يستعملانه بينهما أو الحكميه كالموضوع فى البيت من الفرش المهجوره و الأوانى الموضوعه و لم تكن بينه لأحدهما و حيث تقام البينه من أحدهما فما تنازعا فيه لمن أقامها و ان أقامها قسمت نصفين فذهب الشيخ فى المبسوط انهما مع عدم البينه إذا تداعيا تحالفا و قسم بينهما ما تداعياه مطلقاً بجميع الصور المتقدمه و كذلك إذا نكلا- و ذهب فى الخلاف ان ما يصلح للرجال لهم بيمينهم و ما يصلح للنساء لها بيمينها و ما يصلح لهما يقسم بينهما بعد التحالف و ادعى عليه الإجماع و ذهب إليه المشهور من الأصحاب و قال المحقق انه اشهر من الروايات و أظهر بين الأصحاب و المراد بما يصلح هو ما يختص فيعبر عنه بهذا مره و هذا أخرى و ذهب الشيخ فى الاستبصار ان القول فى ذلك قول الامراه بيمينها و ذهب العلامة و الشهيد إلى الرجوع فى ذلك إلى العرف العام أو الخاص فإن وجد عمل به و ان انتفى و اضطرب كان بينهما و يريدون بالعرف العاده فى كون المتاع لمن باعتباره الإيقان به و شرائه و عمله و ادخاره و نحو ذلك و قيل ان المتاع للرجل فالقول قوله و سبب هذا الاختلاف الأخبار و الاعتبار ففى صحيحه رفاعه النحاس ما يدل على الثانى و فيها إذا طلق الرجل امرأته و فى بيتها متاع فلهما ما يكون للرجال و النساء يقيم بينهما و إذا طلق الامراه فادعت ان المتاع لها و ادعى الرجل ان المتاع له كان له ما للرجال و لها ما للنساء و هى صريحه فى المطلوب و ان كان صدرها لا

تصريح فيه بالدعوى و لكن عموم الحكم يقضى به و الشيخ فى الاستبصار حمل هذه الروايه على التقيه أو الصلح و شهد له الاعتبار أيضاً فى السرائر نقلاً و الذى يقوى عندى ما ذهب إليه فى مسائل خلافه لأن عليه الإجماع و تعضده الأدله لأن ما يصلح للنساء الظاهر انه لهن و كذلك ما يصلح للرجال أمّا ما يصلح للجميع فيداهما عليه فيقسم بينهما لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر و لا يرجح أحدهما على الآخر و لا يقرع هاهنا لأنه ليس بخارج عن أيديهما و إنما القرعه لو كانت بيد ثالث و أقام كل منهما البيئه و تساوت من جميع الوجوه و يؤده ان المختص غالباً بمنزله اليد و التصرف غالباً يتبع من اختص فيه لظهور كثره التصرف فيه ممن قد اختص فيه بل ظهور اختصاص يده به و إنما يختص بكل منهما يأتى به المختص به غالباً و فى القواعد و الضوابط و عموم الأدله ما يدل على الأول و فى روايه عبد الرحمن المعروف فى قضاء بن أبى ليلى فيمن توفى عنها زوجها فيجىء أهله و أهلها فى متاع البيت فقضى مره فيه بقول إبراهيم النخعى إنما يختص للامراه فلها و ما يختص للرجل فله و ما يشتركان فيه يقسم بينهما نصفين و قضى أخرى ان المتاع للرجل و المرأه بمنزله الضيف و قضى ثالثه ان المتاع للامراه إلا ان يقيم الرجل بينه على ما احدث و قضى رابعه بالقضاء الأول فقال أبو عبد الله القضاء الأخير و ان كان قد رجع عنه المتاع متاع الامراه إلا ان يقيم الرجل البيئه قد علم من بين لابتيتها يعنى حبلى منى ان الامراه تزف إلى بيت زوجها بمتاع و فى روايته الأخرى إلا-الميزان فانه متاع الرجل و صحيحه الآخر إذا مات الرجل أو الامراه فادعى ورثه أحدهما الآخر فى متاعهما أو طلقت فادعاه الرجل و ادعته الامراه ان ابن أبى ليلى قضى فيها بأربع أولها قضاء إبراهيم النخعى ثانيها انهما يدعيان جميعاً و الذى بينهما يقسم نصفين ثالثها هو للرجل و المرأه داخله عليه إلا-متاع لا يكون للرجال فهو للمرأه رابعها انه للامراه إلا الميزان فانه للرجل قال و شهدته انه قضى بذلك فقال الإمام القول الذى اخبرتنى انك شهدته منه و ان كان قد رجع عنه و قال لو سألت من بين لابتيتها و نحن يومئذ بمكه لأخبروك ان الجهاز و المتاع يهدى علانيه من بيت الامراه إلى بيت الرجل فيعطى الذى جاءت به و هو المدعى و ان زعم انه احدث فيه

شيئاً فليات البينه و فى روايه زرعه عن سماعه عن الرجل يموت ما له من متاع البيت فقال: السيف و السلاح و الرحل و ثياب جلدته ما يدل على الثالث و فى فحوى هذه الأخبار جميعاً ما يدل على الرابع حيث ان الأول جعل المدار فى كون القول قوله الصلاحيه و الاختصاص و الباقيات جعل الإمام المدار فيها على جريان العاده بحمل الزوجه المتاع من بيت أهلها فيدور الأمر مدار العرف و العاده فى نسبه المال لأحدهما و عدمه و فى دلالتهما على اليد و عدمه و على كونه من أيهما جاء و من أى مكان حمل فليس فى الأخبار ما يدل على انه للزوجه تعبد بل لمكان العله و كذا ما دل على الصلاحيه أيضاً مما يشعر بأن القول فى الحكم هو كونه صالحاً لأحدهما دون الآخر فيكون الاختصاص قرينه على كونه المتاع للمختص به فيدور الأمر مدر العادات فى حمل المتاع حيث انه يختلف بحسب الأزمنه و بحسب الأمكنه فمره يحمله الزوج كله و مره الامرأه كله و مره كل يحمل ما اختص به و مره كل يحمل العكس فتحمل الامرأه ثياب الرجل فتاتى بها إليه و يحمل الرجل ثياب الامرأه فيدفعها إليها و مره تكون العاده فى الحلى انه من مهر الامرأه إلى غير ذلك فالموافق للعاده يكون هو الموافق للظاهر يكون القول قوله و هذا الأخير أقوى و عليه تجتمع الروايات و لكن يبقى الكلام ان هذا الحكم هل يختص بالزوجه و الزوج أو يعم كل ما كان مثلهما فى حصول القرائن بالاختصاص بأحدهما يداً أو نقلًا كما إذا اجتمع حداد و صائغ فى دكان فتداعيا جميع ما كان فيه و كذا غيرهما من أهل الصنائع و كذا عين الزوج و الزوجه من كل رجل اجتمع مع أنثى و كان يدهما على متاع فيكون الاختصاص مرجحاً لأحد اليدين على الأخرى أمّا باعتبار كشفه عن اليد الحقيقيه أو عن التصرف بل لو لا ظاهر الاتفاق لكان مرجحاً مع خروجهما أيضاً لكشفه عن اليد السابقه أو اللاحقه و كذا العاده تكون مرجحه لأحد اليدين كما يعتاد عند اجتماع الأب و الابن ان الناقل للمتاع هو الأب و كذلك كل رئيس و مرءوس و يحتمل ان هذا الحكم يخص الزوج و الزوجه و ورثتهما أو أحدهما مع ورثه الآخر و ما ذكر فى الروايه من قبيل الحكمه لا العله فنحكم بما صلح لأحدهما انه للمصالح له للروايه و الإجماع المنقول و شهره الحكم به

و نجعل موافقته للظاهر مرجح آخر باعتبار قضاء العادات ان الصالح لشخص يختص به و كذا نرد الروايات الداله على انه للزوجه كما إلى ما كانت العاده و العرف قاضيان بحمل المتاع منها إلى بيت الزوج و لو اختلف العرف اختلف الحكم باختلافه فيكون هذا الظاهر قد اعتبره الشرع في خصوصهما و يعتبر سريان الترجيح لكل ما شابهه فيكون هذا الظهور المنبئ عن الملك أو قوه اليد و التصرف المأخوذ من العرف و العاده بالحمل أو الاختصاص مرجح لأحد اليدين و أن أمكن خلافه كما يمكن ان الزوجه ورثت من أبيها و أخيها مالاً من سيوف و عمائم و ورث الزوج من أمه ثياباً و أقمصه حرير و نحو ذلك كما رجح الشرع باليد عند تعارض الدعويين و رضى باليمين من المنكر و رجح قول المدعى بالبينه و الشيعاء و رجح أحد البيتين على الأخرى بالمرجحات إلى غير ذلك نعم لما كانت الصلاحيه و الاختصاص مرجحه لظهورهما بحسب العاده في الملك و ان المختص مملوك لمن اختص به و ظهورهما في قوه اليد السابقه أو الحاليه و في التصرف كان الأمر يدور مدار العاده المظنونه فلو تعارض في المال الاختصاص لأحدهما به على جريان العاده بحمله و نقله من عين من اختص كما إذا جرت العاده بنقل الزوجه ثياباً للزوج أو بدفع الزوج ثياب الزوجه اعتبر الراجح من الأمرين و الظاهر ان جريان العاده بالنقل مرجح على مجرد الصلاحيه كما تنبئ عنه الأخبار من دون استفصال بين الصالح و غيره و قد يقال ان هذه الروايات محموله على ما كان مشتركاً من متاع البيت كما هو الغالب في الدعاوى دون المختص فنقدم الاختصاص أولاً ثم ننظر إلى مرجح الحمل و النقل و بالجملة فالقول بالترجيح بحسب العرف و العاده قوى و ان ناقش به بعض المحققين و لكن في سريانه لكل ما كان مثلهما من غيرهما مع معارضه الأدله الداله على قسميه ما كان تحت اليدين نصفين من غير استفصال في البين مشكل و قد تحمل الأخبار على صورته الشك في اليد لا على حاله اليد المقطوع بها للزوم قسمتها نصفين و لا على حاله العلم بأنهما خارجين للزوم تتبع المرجحات فيها و هو قوى لو لا ان ظاهر الأصحاب على خلافه و لبعض المتأخرين كلام حيث انه بنى على ما بنى عليه الشيخ في الخلاف و نقل عليه الإجماع و جعله المشهور ورد كلام الشيخ في المبسوط إلى

كلامه فى الخلاف حيث فهم ان جعل الفتوى به أحوط فهو مجوز لما عليه المشهور قائل به إلا ان ذلك أحوط و احتمال فيه انه جعل الاحتياط من الشيخ فى الفتوى بما عليه فى الخلاف فيكون قائلًا به صريحاً و جاعله موافق للاحتياط لإيهام عبارته الشيخ للأمرين ثم ذكر كلام أبى فهد فى الرد على القول بدوران الحكم مدار الصلاحيه فيحكم بالصالح لمن صلح له انه لو كان حقاً لزم الحكم بمال شخص لغيره لكونه صالحاً لذلك العين و هو باطل و بيان اللزوم لأنه جاز ان يموت للامراه أب فترث منه عمام و طياله و دروع و سلاح و يموت للرجل أم فيرث منها حلياً و مقانع و قمصاً مطرزه بالذهب و يكون ذلك تحت أيديهما فلو حكم لكل واحد بما يصلح له لزم الحكم بمال الإنسان لغيره لا يقال قال النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: إنما نحكم بالظاهر و الله متولى السرائر و ما قلنا هو الظاهر لأننا نمنع ان ذلك هو الظاهر لا كان الظاهر راجح غير منع من النقيض و مع ما ذكرنا من الاحتمال لا رجحان و ما ذكره من العرف ممنوع لأنه لو كان فائده شرعيه لزم الحكم بذلك فى غير الزوجين لو تداعى رجل و امرأه فى متاع هذا شأنه ثم رد عليه بأنه اجتهاد فى مقابله النص من السنه و الإجماع و الشهره فلا يرتكبه ذو دريه و بان منعه من الرجحان مدفوع بما ذكره العلامه من العرف و العاده و بما ذكره المشهور من الصلاحيه أمر بديهى و رجحانه غير خفى و منعه بالكليه مكابره و القول به فاسد و ما ذكره من الاحتمال غير مناف للرجحان لأن الاحتمال لا ينافى الطرف الراجح كما لا ينافى الظهور المحكوم به فى جزئيات مسائل الدعاوى الاحتمالات القائمه بخلافها و ما ذكره من المنع على كلام العلامه ان أراد به منع حكم العرف بالظهور فهو مع انه لا- يساعده تعليله بعده مكابره و ان أراد منع حججه ففيه ان الأخبار و الإجماع المنقول حكمت بحججه فى هذا النوع الخاص و أما فيما شابها من الموارد فيتوقف على الدليل أو يجعل الدليل على العموم لسائر المولود هو الروايه المذكوره و تتبع موارد الدعاوى هذا مضمون ما ذكر و هو حسن إلا لم ينصفه فى الرد عليه بما ذكر من الرد على جعل الظاهر هنا حجه من حيثيه انه ظاهر لا من حيث الدليل الخاص و نقل عن الصدوق انه يظهر منه القول بأن ما يصلح للرجال و النساء تختص به النساء و هو غير صريح منه

و ضعفه ظاهر نعم قد ورد فى بعض الأخبار ان الامراه تموت فيدعى أبوها انه أعارها بعض ما كان عندها من متاع و خدم أتقبل دعواه بلا بينه؟ فكتب عليه السلام فى الأب لا يجوز بلا بينه و فى آخر ان ادعى زوج الميته و أبو زوجها أو أم زوجها فى متاعها و خدمها مثل الذى ادعى أبوها من عاربه بعض المتاع و الخدم أ يكون بمنزله الأب فى الدعوى فكتب لا و هذه الأخبار معرض عنها لم يعمل بمضمونها أحد و أوردها الشيخ إيراد الاعتقاد أو مخالفه لأصول المذهب و لإجماع المسلمين من ان المدعى لا يعطى بمجرد رد دعواه ذكر ذلك ابن إدريس و زاد عليه و حمل الروايه على الاستفهام الإنكارى فى قوله يجوز بلا بينه و حملها بعضهم على ما إذا علم انه نقلته من بيت أبيها و ان أباهما جهزها به و هو حسن لو اجتمعت يدان اتبع فى الحكم لأحدهما قوه اليد لصيرورتهما عند الاجتماع هى اليد و صاحبها منكر و الخارج عنها مدعى عرفاً و ان كانت لو انفردت كانت يداً و ذلك كراكب الدابه مع سائقها و قائدها فإن ذى اليد هو الراكب دونهما و ان حصل من كل منهما تصرف و يد و سوى فى الخلاف بين الراكب و الأخذ بالزمام و هو بعيد و المستأجر بالنسبه إلى الحمل اقرب يداً من المؤجر و بالنسبه إلى السرج و القتب بالعكس و كذا ثياب العبد المستأجره و المعار و الرحى المثبته و الرفوف و السلالم لمؤجر الدار و غير المنصوبه و الأثاث بالعكس و الابره و المقص للخياط لا لصاحب الدار إذا تنازعا لظهور إنها له بالعرف و إذا اجتمع أهل الصانع كان لكل منهم ما يخصه من آلات صنعته عرفاً.

رابعها: لو ادعى صغيراً مميزاً أم لا انه مملوكه و كان تحت يده و لا يعرف له نسب و لا معارض له قضى له به

إلا- ان يعلم انه لقيط لإطلاق الأدله فإن بلغ و انكر حلف المولى و ان كان الأصل هو الحريه لثبوت رقيته شرعاً فلا تزول إلا بحجيه و كذا لو ادعى اثنان رقيته كان لهما و لو تنازعا عليه تحالفا و كان بينهما و لو ادعى زوجته صغيره لم يحكم بزوجيتها لأن اليد تقضى بالملكيه لا- الزوجيه و لو ادعى كبيراً بالغاً عاقلاً لم يحكم برقيته إلا- ان يصدقه أو يكون على ظاهر العبوديه فيتصرف فيه و هو ساكت لا يعارض و لو كان مجنوناً فكذلك بعد افاقته و لو ادعى رقيه البالغ اثنان فصدق أحدهما كان لمن

صدقه لأنه صار تحت يده و على المصدق اليمين و لو أقاما بينه احتمل تقديم بينه غير المصدق لأنه خارج و الأوجه إنها لا تقدم بذلك لأن إقرار العبد على نفسه إقرار فى حق الغير و ذلك لثبوت رقيته بكلتا البينتين و الرق لا يد له على نفسه كى يكون إقراره لغيره كإقرار ذى اليد فتقدم هى على القول بتقديم بينه الداخلى أو مقابلها على القول الصحيح و إنما اليد لمولاه و الكلام فى إثباته و هذا بخلاف ما لم يكن هناك بينه فصدق أحدهما فانه ليس بثابت الرقيه قبل تصديقه و إنما تثبت رقيته بتصديقه فالإقرار مثبت للعبودية لا ناقل لها من يده إلى غيره و فى المقام كلام.

خامسها: لو تداعيا داراً او غيرها و كانت تحت أيديهما فادعى أحدهما الكل و ادعى الآخر نصفها فهى بينهما مناصفه بعد يمين مدعى النصف

لإبطال دعوى مدعى الكل و لو أقام أحدهما بينه حكم له و لو أقاما معاً فالنصف لمدعى الكل لعدم المنازع و النزاع فى النصف الآخر فمن قدم بينه الخارج حكم به لمدعى الكل و من قدم بينه الداخلى حكم به مدعى النصف و لو كانت فى يد ثالث لا يدعيها و أقاما بينه فالترجيح و إلا فالقرعة على النصف المتنازع فيه فمن حلف كان له و ان نكلا- قسم النصف بينهما فيكون لمدعى النصف ربعاً و لمدعى الكل ثلاثة ارباع و احتمل بعضهم قسمه النصف بين المتداعين من غير يمين لروايه محمد بن حمزه فى رجلين بينهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لى و قال الآخر: بينى و بينك فقال عليه السلام: قد اقر ان أحد الدرهمين ليس له فيه شىء و انه لصاحبه و أما الآخر فبينهما و ظاهرها ذلك بجميع الصور و مرسله عبد الله بن المغيرة و هو قوى بحسب الروايه فيكون أصلاً فى هذا المقام إلا- ان تحكم البينه بخلاف ذلك و عن ابن الجنيدي ان العين تقسم على طريقه العول ثلثان لمدعى الكل و ثلث لمدعى النصف لأن النزاع ليس فى نصف معين بل مشاع فيكون كما لو مات و عليه لإنسان ألف و لآخر ألفان و ترك ألفاً فإنها تكون بينهما أثلاثاً و كذلك العين فانهما لما أقاما البينه ثبت ما ادعياه فى العين بمقتضى البينه و هى تضييق عن ذلك لامتناع اجتماع الكل و النصف فى عين واحده و العول هو رفع العدد الذى يراد قسمته بين من له فيه نصيب إذا كان ذلك العدد ينقص عن انصباثهم إلى عدد ينقسم عليهم

بحيث يدخل النقص عليهم على حسب سهامهم كما في الدين و الوصيه و الميراث عند من خالفنا لا يقال ان كلاً منهما لم يدع عدداً ليرفع المدعى فيه إلى ما ينقسم عليهما بالسويه و إنما يدعى أحدهما العين و الآخر نصفها لأننا نقول غرضه لزوم القسمة على من تعلق حقه بها حيث ما وقع الاشتباه لعدم الحيف فيها و امن الضرر الصادر من القرعه لأدائها إلى حرمان من لم تخرجه أصلاً مع مساواته لمن أخرجته و ورودها في الشرع لم يكن على التعيين بل غايته انه طريق شرعى للعمل يسوغ ارتكابه لا انه طريق على وجه العزيمه بل على وجه الرخصه على ان موردها فيما علم انتفاؤه عن أحدهما كالجاريه يطأها فتجىء بولد فيقرع عليه و كالبیت يسقط على أهله فلم يبق إلا حر و عبد فيقرع بينهما و كالدابه يدعيها اثنان كل يقول إنها نتجت على مذوده و كالزوجه يدعيها اثنان هذا غايه ما يقال له و لكن المشهور اعرضوا عنه و خصوا القول بالذمم دون الأعيان و ان تحققت الإشاعه فيها لأن النزاع في هذه العين و لا نقص فيها فهذا يدعى الكل و ذاك النصف بخلاف الذمم فإن لهذا ألف و للآخر الفان و ليس إلا التركه كل يريدان عما له في ذمته و هي لا تبلغ إلا الثلث فلا اختصاص لأحدهما دون الآخر و نسبتها إليها سواء فتقسم بينهما على حسب ما لهما في ذمته.

سادسها: لو تنازع ثلاثة في عين تحت أيديهما فادعى أحدهما الكل و الآخر النصف و الآخر الثلث و لا بينه قضي لكل واحد منهما بالثلث

و على كل من الأخيرين اليمين للأول لدفع دعواه و يحلف الأول و الثالث للثاني لأنه يدعيهما بالسدس و لو أقام كل منهم البيئه على ما يدعيه فمع تقديم بينه الداخل يقسم أثلاثاً لأن لكل منهما بينه و يد و لا تزيد بينه أحدهما على ما في يده لأنها لو زادت كانت بينه خارج و مع تقديم بينه الخارج فقد يقال إذا سقطت بينه الثالث فيما يدعيه لدخوله و بينه الثاني في الثلث لدخوله فيه أيضاً لم يبق نزاع بين الأول و الثاني إلا في السدس لأن لكل منهما فيه بينه خارج فإذا اقرع و نكلا و قسم السدس بينهما كان للأول أحد عشر من اثني عشر و للثاني واحد منهما و لكنه خطأ لأن للأول بعد النكول عشره و نصف و للثاني واحد و نصف و ذلك لأن في يد كل من الثلاثة أربعة من اثني عشر و هو الثلث فللأول منها

ثلاثه من غير منازع فالثاني ينازعه فى نصف سدس و هو واحد من اثنى عشر و بينه الأول فيه بينه داخل فتسقط بالنسبه إليه فيخلص للثاني فظهر الخطأ و له أيضاً ما فى يد الثانى و هو أربعة سقط بينه فيها لأنه داخل بالنسبه إليها و قيام بينه الأول عليها لخروجها و عدم نزاع الثالث فيها لأنه إنما يدعى الثلث فتلك سبعة و له أيضاً ثلاثه مما فى يد الثالث لأن الثانى لا ينازعه فيها إنما ينازعه فى واحد من أربعته من حيث ان لكل منهما عليه بينه خارج فتلك عشره فإذا اقرع على هذا الواحد الذى انحصر النزاع فيه و نكلا فافتسما كان للأول عشره و نصف و للثانى واحد و نصف و تسقط دعوى الثالث بسقوط بينه لأنها بينه داخل و الذى ذكره فى القواعد أولاً هو ان يكون للأول عشره و للثانى اثنان بلا قرعه ثم قال: و ان قضى للخارج سقطت بينه الداخلى لأنها داخله و للثانى السدس لأن بينته خارجه فيه و للمستوعب خمس أسداس لأن له السدس من غير بينه لعدم المنازعه له فيه و له الثلثان بالبينه لكون بينته خارجه و فيه انه ليس للثانى مما فى يد الأول إلا واحداً من أربعة و هو نصف السدس لا السدس و ما فى يد الثالث لا- يخلص كله للأول كما يقول بل تخلص ثلثه و الرابع يدعيه الثانى و الأول و لكل منهما عليه بينه خارج و لا طريق إلى القرعه فإذا خرجت للأول و حلف كان له إحدى عشر و ان نكل و حلف الثانى كان له عشره و ان نكلا و اقتسماه كان للأول عشره و نصف و للثانى واحد و نصف كما ذكرناه و ان أقام الأول خاصه اخذ الكل بلا يمين ان قلنا ان بينه الداخلى تسقط اليمين و إلا فمع اليمين على ما يحتاج إلى اليمين مما فى يده و لو أقام الثانى بينه اخذ النصف الثلث باليد و عليه اليمين مع احتمال عدمه كما تقدم و السدس من الأخرى بالبينه و لا يمين لهما عليه لأنها بينه خارج و يقتسم الآخرا الباقي لكل ربع غير ان الأول يحلف للثالث على نصف سدس لأنه يدعيه لادعائه ثلث العين و الثالث يحلف للأول على جميع ما اخذ لأنه يدعيه بدعوى الكل و لو أقام الثالث بينه اخذ الثلث و الباقي بين الأخيرين مناصفه غير ان الأول يحلف للثانى على السدس لأنه يدعيه فيه و الثانى للأول على الثلث كله لادعائه الكل و لو وقع النزاع فى عين خارجه و لم تكن بينه فلأول النصف بلا معارض كذا قالوا و فيه ان الأخيرين يدعيان الثلث

و النصف فلم يبق له سالمًا سوى السدس قالوا و يقرع بينهم فى النصف الآخر فإن خرجت لأحد الأولين حلف واخذ و ان خرجت للثالث حلف واخذ الثلث ثم يقرع بين الأولين فى السدس الباقي فمن خرجت له حلف واخذ و ان أقام أحدهما البيئه فإن كان الأول اخذ الجميع و ان كان الثانى اخذ النصف و أما النصف الآخر فالسدس للأول من غير منازع و يبقى النزاع بينه و بين الثالث فى الثلث فيقرع بينهما كما لو لم يكن هناك بينه و ان كان الثالث أخذه و للأول السدس من غير منازع و يقرع بالنصف بين الأولين و لو أقاموا جميعاً فالنصف للأول من غير منازع و السدس فى النصف الآخر يدعيه كل من الأولين و الثلث يدعيه كل من الثلاثة فإن ترجحت أحد البيئات و إلا فالقرعه و اليمين فمن حلف واخذ و ان نكل فإن كان فى النزاع الواقع فى السدس و هو ما بين الأول و الثانى حلف الآخر واخذ و ان كان فى الثلث و هو ما بين الثلاثة اقترع الآخران و حلف من خرجت له فإن نكل حلف الآخر واخذ فإن نكلوا جميعاً فالقسمه فى كليهما السدس بين الأولين و الثلث بين الثلاثة فتصح من سته و ثلاثين لأنه اقل عدد يخرج منه نصف سدس و تسع فيكون للأول خمس و عشرون و هى النصف و نصف السدس و ثلث الثلث و للثانى نصف السدس و ثلث الثلث و للثالث التسع هذا كله فى القسمه مع التنازع لاعتراف الأخيران للأول بالنصف و إنما تنازعوا فى النصف الآخر هذا يدعيه بتمامه و الآخر يدعى سدسين منه و حيث ان الأول يدعى الكل كان له مع الثانى نزاع فى السدس الذى لا يدعيه الثالث و نزاع معهما فى الباقي أمّا مع عدم الاعتراف للأول بالنصف بل كل منهما يدعى ما يدعيه فى الكل هذا يقول لى نصف المجموع و ذاك يقول ثلثه فلا بد من قسمته على طريق العول يرفع الستة إلى إحدى عشر للأول سته و للثانى ثلثه و للثالث اثنان للزوم الحيف على الأخيرين بتخصيص الأول بالنصف لأن نسبهم إلى المال على حد سواء فيقسم على نسبه دعاويهم فيعطى الأول ضعف الثانى و ضعفى الثالث و الثانى نصف الأول و الثالث ثلث الأول فيدخل النقص على الكل كما إذا ترك ستمائه و عليه لواحد ستمائه و للآخر ثلاثمائه و لثالث مائتان و هذه القسمه هى السالمه من الحيف و الضرر و القرعه و ان دلت عليه الروايات إلا ان

موردها الأمر المشكل و هنا لا إشكال و إنما ترك العول فى الميراث للنص و الإجماع و للعلم بأن الخطاب به ابتدائى فلا يصلح من الحكم ان يزيد فى خطابه فيدخل العول فيه.

سابعها: لو تنازع أربعة فى عين فادعى أحدهم الكل و الآخر الثلثين و الثالث النصف و الرابع الثلث و لا بينه و كانت تحت أيديهم حكم لكل منهم بما فى يده

و هو الربع مع يمينه للآخر و لو لم تكن تحت أيديهم و اقام كل واحد بينه فلا تعارض فى الثلث فيختص به مع مدعى الكل و يقع التعارض فى الباقي ففى السدس الزائد على النصف تتعارض بينه مدعى الكل و مدعى الثلثين و فى السدس الزائد على الثلث تتعارض بينهما و بينه مدعى النصف و فى الثلث الباقي تتعارض البيئات الأربعة فمع عدم المرجح يقرع بين المتعارضين فيحلف الخارج و إلا حلف الآخر و إلا فالقسمه فيقسم السدس الزائد على النصف بين مدعى الكل و مدعى الثلثين بالسويه و السدس الزائد على الثلث بينهما و بين مدعى النصف أثلاثا و الثلث الباقي بين الأربعة أرباعاً فالدار ستة و ثلاثون سهماً لمدعى الكل ثلثها اثنا عشر و له نصف السدس الزائد على النصف و هو ثلاثة فهذه خمسة عشر و له ثلث السدس الزائد على الثلث و هو اثنان فهذه سبعة عشر و له ربع الثلث و هو ثلاثة فهذه عشرون خمس أتساع الدار و لمدعى الثلثين ثلاثة اسهم من السدس الزائد على الثلث و سهمان من السدس الزائد على الثلث و ثلاثة من الثلث الباقي فالمجموع ثمانية و هى تسعا الدار و لمدعى النصف سهمان من السدس الزائد على الثلث و ثلاثة من الثلث الباقي فالمجموع خمسة تسع و ربع تسع و لمدعى الثلث ثلاثة من الثلث الباقي لا غير و هى ثلاثة أرباع التسع فالمجموع سهام الدار و كذا البحث لو لم يكن لأحدهم بينه و لو أقامها أحدهم خاصة قضى له بما يدعيه فإن فضل عنه شىء تعارضت فيه الدعوى و جرى فيه ما جرى فى الدعويين المتعارضين و اعتبر ما أسلفنا و لو كانت تحت أيديهم و أقام أحدهم و قدمنا بينه الخارج فإن كان الأول اخذ الجميع مع الحلف على ما يده عليه أو بدونه على القولين و سقوط اليمين و عدمه و ان كان هو الثانى اخذ الثلثين مع اليمين على ما تحت يده كما تقدم

و يقتسم الباقيون الثلث بالسويه و يحلف كل منهم على نفى ما يدعيه الآخرون و ان كان هو الثالث اخذ النصف مع اليمين كذلك و اقتسم الباقي الباقيون بالسويه و حلف كل منهم على نفى ما يدعيه و ان كان هو الرابع اخذ الثلث مع يمينه على ما مرّ و يقتسمون الباقي على ما ذكرنا و لو أقاموا جميعاً فإن قدمنا بينه الداخلة كان الحكم كما لو لم تكن بينه فيقسم بينهم أرباعاً فيحلف كل منهم لمن يدعيه و ان قدمنا بينه الخارج كما هو الحق سقط اعتبار بينه كل منهم بالنظر إلى ما فى يده و تسمع فيما يدعيه على غيره مما كان تحت يد غيره و طريق ذلك ان يجمع كل ثلاثة من المدعين على رابع فيؤخذ ما فى يده لهم و هو الربع لأن بينه الثلاثة بالنسبة إليه خارج فيقرعون فيما يتنازعون فيه و يأخذ الحالف فإن نكلوا اقتسموا و ما لا نزاع فيه من الربع يكون للأول و هو مدعى الكل و أقل ما تصح القسمة منه من العدد هنا اثنان و سبعون لأن الرابع مدعى الثلث يدعى الثلاثة الباقيين زياده على ما فى يده بنصف سدس و هو تكمله أربع الذى صار ثلثاً بدعواه و حينئذ فيدعى كل واحد منهم بسدس السدس و أقل عدد يخرج منه سدس السدس و لا يتم إلا باثنين و سبعين و تمام الأمر فى ذلك هو اجتماع كل ثلاثة على واحد فكانت صور الاجتماع أربعة:-

أحدهما: ان يجتمع الأول و الاخيران على الثانى فينازعه على ما فى يده و هو الربع ثمانية عشر من اثنين و سبعين فالأول يدعيها أجمع لادعائه الكل و الثالث يدعى منها ستة لأنه يدعى النصف فربع بيده و ربع و هو الخارج عنه يدعى الثلاثة به فكل واحد منهم يدعيه بثلث الربع و هو ستة و الرابع يدعى اثنى عشر لأنه يدعى بغير ما فى يده بنصف سدس و هو ستة تنقسم دعواه على ثلاثتهم فتكون دعواه له باثنين و الأول ينازع الثالث فيما يدعيه و هو الستة فيقرع بينهما و يحلف و إلا اقتسموا و ينازع الرابع فى الاثنين و يقرع بينهما أيضاً و يحلف و إلا فالقسمة و العشره الباقيه من الربع تكون للأول لادعائه الكل و قيام بينه مع عدم منازعه المجتمعين معه فيها.

ثانيها: ان يجتمع الأولان و الأخير على الثالث و هو مدعى النصف فمدعى الكل يدعيه أجمع و الثانى يدعى منه عشره لأنه يدعى الثلثين و بيده الربع و الثلثين ثمانية

و أربعون فإذا سقط منها ثمانية عشر بقى ثلاثون يدعى كل واحد من الثلاثة بعشره و الرابع يدعى اثنين و الستة الباقية من الربع تكون للأول إذ لا يدعيها أحد غيره و يقارع كل من الآخرين بما يدعيه ثم اليمين و القسمة مع النكول.

ثالثها: ان يجتمع الثلاثة الأولون على الرابع و هو مدعى الثلث فالأول يدعيه أجمع و الثانى يدعى العشره و الثالث يدعى الستة و الاثنان الفاضلان للأول و مقارعتة لكل منهما فيما يدعيانه و اليمين و القسمة بعد النكول كما تقدم.

رابعها: ان يجتمع الثلاثة الاخرون على الأول فالثانى يدعيه بعشره و الثالث بستة و الرابع باثنين و لا فاضل هنا لصاحب اليد و لا نزاع بين المدعين فقد كمل للأول مما فى أيدي الثلاثة ستة و ثلاثون و ذلك انه أصابه فى الاجتماع الأول عشره و فى الثانيه ستة فإذا تم هذا الاجتماع كله و اقترعوا و امتنع الكل من الحلف فى الكل و اقتسموا أصاب الأول نصف الدار و هى ستة و ثلاثون سهماً ربع من الفاضل و ربع مما اقتسمه بعد القرعه مع المجتمعين معه فى مجموع الثلاثة الأول و ذلك ان جميع ما أصابه من الثانى بالفضل و القسمة عشره و من الثالث بهما اثنا عشر و من الرابع بهما عشره و أصاب الثانى ربعها و ربع تسعها عشرون سهماً خمسه من الثالث و خمسه من الرابع فى الثالث و عشره من الأول فى الرابع و أصاب الثالث سدساً من العدد و هو اثنا عشر سهماً ستة من الأول فى الاجتماع الرابع و من كل واحد من الأخيرين واحد و ذلك مجموع الدار لأن السدس تسع و نصف تسع فإذا ضم إلى نصف التسع ثم إلى ربع التسع صار ربعاً فإذا ضم إلى نصف الأول و ربع الثانى صار تمام الدار و ان خرجت القرعه للأول فى الاجتماعات الثلاثة و حلف فيها اجمع أصابه ثلاثة أرباع الدار و لم يذهب عنه سوى ما فى يده و هو الربع و ان اخرجته فى البعض أو حلف فى البعض أو أخرجت الثالث أو الرابع فى الكل أو البعض و حلف فى الكل أو البعض اختلفت القسمة بعد ذلك و تكثرت الصور و لا يجرى هذا العمل فى المسأله السابقه بأن تجمع كل اثنين على ثالث حتى تصير الصور ثلاثه لسقوط دعوى الثالث و هو مدعى الثلث بسقوط بينه الداخلة فلم يبق نزاع إلا بين الأول و الثانى يتنازعا فى ربع ثلاثة فإذا اقترعا

و اقتسما كان له ثلاثه و نصف من اثني عشر و للثاني نصف و يأخذ الثاني من الأول ربع ثلاثه عملاً بينه الخارجه و يبقى للأول ثلاثه من ثلثه و تمام ثلث الثاني بلا منازع فتم له عشره و نصف و لو كان الرابع في هذه المسأله يدعى الربع لكان حكمه حكم الثالث في الأولى.

مسألان في النسب

أحدهما: لو تنازع اثنان في ولد كبير أو صغير لم يحكم لأحدهما إلا بالبينه

إشاره

و لا مدخلية لتصديق الولد و لا الشبهه و لا قول القافه لظاهر الأصحاب و لنفى الخلاف من البعض و لو أقام أحدهما حكم له و لو أقاما و تكافئا اقرع بينهما و ان كان في يد أحدهما على وجه الالتقاط فكذلك و ان ادعاه بعد الالتقاط من دون معارض فحكم له به طلب من مدعيه البينه و ان لم تكن يد الالتقاط فوجد في يده و جاء آخر يدعيه فادعاه هو و تنازعا فهل يحكم لذي اليد إذا لم تكن بينه لاقتضائها النسب كما تقتضى الملك لضعف احتمال الالتقاط لظهورها في الاختصاص و الاضافه كظهورها في الملك أو لا يحكم إذ لا يد في غير الملك للأصل.

ثانيهما: إذا وطأ اثنان امرأه في طهر واحد لشبهه فأنت بولد فادعاه اثنان لحدس أو قيافه و أمكن ان يكون لكل منهما اقرع بينهما

و الحق بمن أخرجته القرعه و لا- حاجه إلى اليمين و لا- يلحق بالزاني سواء كانا زانين فلا- يلحق بهما أو أحدهما و لو كان أحدهما زانياً و الآخر مشتبه بعقد أو تحليل أو شركه ألحق بالمشتبه دون الزاني و لا يتفاوت في القرعه بين كون المتنازعين مسلمين أو كافرين أو أحدهما مسلم و الآخر كافر أو كلاهما حر أو كلاهما عبد أو أحدهما حر و الآخر عبد كل ذلك لعموم دليل القرعه حيث إنها لكل أمر مشتبه و نقل عن المبسوط تقديم المسلم على الكافر و الحر على العبد نظراً إلى أصاله الإسلام و الحرية و فيه ان الأصل ينفع في محل الاشتباه مع عدم المعارض سواء كان الشك في الفرد الخارجى انه حر أو عبد أو مسلم أو كافر و في طريان الوصفين عليه من الكفر و الرقيه أو في دخوله تحت أى وصف منهما و أما مع المعارض فالنسبه إليهما واحده و الحاقه بأحدهما دون الآخر ترجيح من غير مرجح

و تنزيل الإسلام و الحرية بين المتداعين بمنزله اليد يلحق بالمسلم و الحر دون الكافر و العبد مفتقر إلى دليل و لذا لو تداعى مسلم و كافر و حر و عبد فى ولد لاعتبار وطئ أم واحده بل كل يقول: هو ابنى لا يحكم للمسلم و الحر بهما من جهة الأصل بل الوجه فى الجميع القرعه بعد البيئه لأنها لكل أمر مشكل و لو عملنا بروايه كل مولود يولد على الفطره لأخذنا أولاد الكفار من أيديهم للحكم بأنهم مسلمون فلا يجوز إبقاءهم بأيدي آبائهم.

ثانيها: الفراش الذى يلحق به الولد الزوج و الملك و المحلل و الشبهه فراش أو ملحق به و ليس كل ما وقع فيه الاشتباه ولد الشبهه بل ولد الشبهه الملحق بالفراش هو ما الحق بالمشتبه أو أحد الشريكين أو بالمتأخر من العاقدين أو المالكين أو المحللين و لو ترتب الوطء بحيث تخلل بينهما حيض كان للمتأخر منهما للأصل و لأن الحيض علامه لبراءه الرحم من الأول و استثنى العلامه ما إذا كان الواطئ الأول فى نكاح صحيح فانه يلحق به و ان تخلل بينه و بين الوطء الآخر حيضه لتوقف نفيه عنه على العلم و تخلل الحيضه لا يفيد العلم لإطلاق قوله عليه السلام: الولد للفراش و استشكل فيما إذا كان و طء الأول فى عقد فاسد لم يعلم بفساده من كونه فراشاً ظاهراً و من عدم صحته واقعاً و فيه ان الإلحاق تابع للإمكان الشرعى أو العادى و مع تخلل الحيض لا إمكان حتى لو كان الوطء الثانى زنا فانه لا يحكم به مع تخلل الحيض للأول كما قطعوا بالقرعه لو كان الوطء فى طهر واحد إذا لم يكن عن زنا و لم يحكموا بأن الولد لذى العقد فكأنهم جعلوا الشبهه بمنزله الفراش المستحق واقعاً و فى المسالك ان القرعه تدور مدار الإمكان فى الإلحاق بهما سواء كان الوطء فى طهر واحد أو متعدد أمّا لو لم يمكن كما لو كان من و طء أحدهما دون سته اشهر فانه يلحق بمن يمكن لحوقه به و لو تداعياه فانتسب إلى أحدهما لم يقبل بل يقترعان عليه فينسب إلى من أخرجته القرعه للأخبار الخاصه الداله على ذلك مضافاً إلى عمومات أدله القرعه و كلام الأصحاب نعم لو بلغ قبل القرعه فانتسب إلى أحدهما كان له و لو انفرد المدعى بدعوى صغير من غير معارض كان له إلا ان يفضى إلى ذهاب حق دعوى غيره كما يدعى ولداً مجهول النسب كان

مملوكاً فاعتقه مولاه لأن بنوته تذهب دعوى ولائه من المعتقد و لو بلغ الصغير فنفي بنوته لمن ادعاه و ألحق به لم ينتف عنه إلا بالبينه و ليس له إحلاف المدعى لصيرورته والداً له بإقراره شاء أو أبى فلا يجدى يمينه لأن اليمين إنما تتوجه على من لو اقر لسمع منه الإقرار و فى حكم الصغير المجنون لو ادعاه بينه مدعى قبل الإفاقة فانه ليس له الإنكار بعد الإفاقة و ليس له ان يطلب اليمين على المدعى كما ذكرنا على إشكال فى إلحاقه بالصغير و لو ادعى مولوداً على فراش غيره و زعم انه وطأ أمه بشبهه فعلفت به لم يسمع إلا بالبينه على الوطاء و لا يصغى لإقرار صاحب الفراش لما فيه من دفع حق الولد المحكوم به انه له عن نفسه و نفيه عنه و لو ادعى كبيراً بالابنيه لم يلحقه إلا بالبينه و لو سكت لم يلحقه أيضاً و ان أنكر كان لكل منهما حكم نفسه بموجب الإقرار فإن صدقه و اقر له جرى عليه حكم الابنيه على نفسه دون أقاربه و أرحامه فظهر ان النسب كما يلحق بالفراش المنفرد يلحق بالمتعدد و المشترك بالقرعه و كما يلحق بالدعوى المنفردة يلحق بالمتعدده بالبينه.

مسائل فى الموارث

أحدها: لو اتفق وارثان متساويان فى الطبقة على تقدم إسلام أحدهما و اختلفا فى الآخر فقال بتقدم إسلامه ليرث معه فأنكر المتفق عليه فالقول قول المتفق عليه

للأصل بمعنى عدم التقدم و عدم حصول شرط الإرث و تأخر الحادث فإن ادعى على المتفق عليه العلم كان له اليمين على نفيه و كذا الحال لو كانا رقين فانتق أحدهما و وقع فى زمن تحرير الآخر أما لو وقع الخلاف فى اصل تحريره فلا كلام فى أصاله نفيه و لو اختلفا فى اصل إسلام الوارث الآخر و حرته بعد الاتفاق على إسلام أحدهما و حرته بالأصالة كان القول قول من يدعى اصل الإسلام و الحره لأنهما أصلان شرعيان و نقل الإجماع على ذلك نعم عليه اليمين فى كونه مسلماً حراً بالأصل و ان أباه ما مات و هو غير حر و غير مسلم و كذا لو ادعى كل منهما على الآخر انه غير مسلم الأصل أو حر الأصل فإن القول قول كل منهما يمينه كان أبوهما كافراً قبل انعقادهما أم لا نعم لو كانت الدار دار كفر و كان أبوهما كافراً قبل انعقادهما فالقول

قول منكر الإسلام لظهور انهما نشأ على دين أبيهما و لو كان أبوهما مسلماً بعد انعقادهما حكم بإسلامهما و استصحب إن كان إسلام أبيهما قبل بلوغهما و ان كان بعده و كانت الدار دار إسلام فلا يبعد ترجيح مدعى الإسلام لمكان الظاهر و لو اتفقا على أصاله كفر كل منهما و رقيته و اختلفا فى تقدم الإسلام و الحرية على الموت و عدمها كانا متداعين و لكل منهما على الآخر اليمين بالتقدم فإن حلفا بطل ميراثهما و كان للمرتبة الثانية بعدهما و كذا لو نكلا و ادعت معهم الطبقة الثانية و لا بد هاهنا من إثبات تقدم إسلامهم و حریتهم لحجب الطبقة الثانية إلى البينه و لو اتفقا على الإسلام أو حرية أحدهما فى شهر سابق و إسلام و حرية الآخر فى شهر لاحق و اختلفا فى ان الموت بعد الشهر اللاحق أو قبله احتمال تقديم قول من ادعى تأخر الموت للعلم حينئذ بالإسلام و الحرية فى وقت معين و وقوع الشك فى الموت و تاريخه مجهول فالأصل تأخره و احتمال عدم اعتبار جهل التاريخ و العلم به فى معارضة أصاله عدم الإرث و أصاله عدم ارتفاع المانع و الأقرب الأول لوروده على الأخير فيعمل به دونه.

ثانيتها: لو ادعت الزوجه على الزوج بعد موته عيناً انه صدأها فأنكرها الوارث فالقول قول الوارث

و لها عليه اليمين على نفى العلم و ان أقاما بينه قدمت بينتها إما لكونها بينه خارج أو للشك فى ذلك و لكنها شهادة بما يمكن خفاؤه عن البينه الأخرى فتسمع و لو شهدت أحد البينتين بالإصداق فى وقت و شهدت الأخرى بالموت عن ذلك الوقت تعارضاً و اقتراعا و لا فريق بين كون العين بأيديهما أو بيد أحدهما أو بيد غيرهما الزوجه بسبق ملكيه لها قبل الصداق و قيل و لو كانت بيدها فى حياه الزوج إلى موته كان لها ترجيحاً للظاهر على الأصل كما إذا زيدا يتصرف بدار تحت يده و ادعى مالكةا بقاءها فى ملكه و ادعى زيد شراءها كان القول قول زيد لمكان الظاهر و فيه نظر ظاهر لأن هذا الظاهر لا يحكم على الأصل و الظاهر المستصحبين من إقرار زيد.

ثالثها: لو ماتت امرأه و ولدها فقال زوجها: ماتت بعد الولد ليرث المال و قال أخوها قبله يرثها مع الزوج

فإن أرخا موت أحدهما و اختلفا فى الآخر قوى احتمال

تاريخ المجهول عن المعلوم و ان لم يؤرخا كان لكل منهما على الآخر اليمين على نفى العلم و ان أقام أحدهما بينه حكم له به مع اليمين على نفى ما ادعاه الآخر كذا قيل و فيه نظر و ان حلفاً معاً على نفى العلم أو نكلاً لم يرث أحدهما مما يدعيه على الآخر بل كل منهما يرثه وارثه فيرث الأم من غير مال ولدها الأخ و الزوج و يرث الولد من غير مال أمه أبوه.

رابعها: لو تنازع عبدان كل منهما يقول اعتقني سيدي في المرض و كان الثلث لا يسع إلا عتق واحد فإن كذبهما الوارث و أقام بينه فالحكم للأسبق

فإن اقترنا أو كانا مطلقتين احتمل تنصيفهما رقاً و عتقاً كما هي القاعدة عند التعارض إما مطلقاً أو بعد الترجيح ثم القرعة ثم النكول و الأوجه لزوم القرعة ابتداءً قال الشهيد و احتمال إعمال البينتين كالأملاك باطل عندنا للنص على القرعة في العبيد و حينئذ فيحكم بعتق من أخرجته القرعة ثم ان ادعى كل منهما السبق فلا بد لمن أخرجته القرعة من الحلف على نفى دعوى الآخر فإن نكل حلف الآخر و حكم بعتقه فإن نكلاً حكم بانعتاق نصف كل منهما كما في التحالف و ان لم يدعي السبق فلا يمين بل يحكم لمن أخرجته القرعة بالعتق و لو زاد على الثلث اعتق منه ما يساويه و لو نقص اعتق من الآخر ما يتممه.

خامسها: و لو شهدت بينه على انه أوصى بعتق سالم و شهد اثنان من الورثة على رجوعه و عتق غيره معيناً

فإن كانت قيمه الثاني اقل أو كانت الرغبه إليه اقل على وجه لم تسمع شهاده الوارث لمكان التهمه و إلا سمعت و مجرد احتمال النفع أو يسيره الذي لا تتطرق بسببه التهمه للعدل لا يضر الشهاده فيحكم بعتق من شهدت به الورثه و على تقدير عدم قبول الثانيه لمكان التهمه أو لحصول الفسق فالأقرب لزوم عتق ثلثي الثاني على الوارث أخذاً له بإقراره و لما كان عتق الأول بحسب ظاهر الشرع للواقع عندهما كان بمنزله ما لو تلف ثلث التركه بعد الموت قبل قبضه فيسقط من الثلث ثلثاً و يمضى في الثلثين الآخرين كما عن فخر المحققين و صحه الوصيه الأولى شرعاً إنما تستلزم بطلان الثانيه بحسب ظاهر الشرع و إنما الزمنا الوارث بالعتق بحسب ما يعلمان من الواقع.

سادسها: لو شهدت بينه لزيد انه قد أوصى له عمر بسدس ماله و شهدت أخرى بأنه أوصى لبكر بسدس ماله

و شهدت ثالثه بأنه قد رجع عن أحدهما فإن أرادت انه عين الراجع عنه ثم اشتبه حاله فالأوجه القرعه و احتمال التنصيف و العول بعيد و كذا ان قامت بينه انه قال رجعت عن واحد منهما و عينه عنده أمّا لو قامت البينه على رجوعه عن أحدهما لا بعينه فالظاهر انه لا- محصل له و لا- يبعد انه لا يزيل معنى التخير و لا يكون بمعنى الإعراض عنهما و لو قال رجعت عن التعين عادت الوصيه إلى التخير فيكون رجوعاً عن المجموع لا عن كل منهما.

سابعها: لو قامت بينه انه أوصى لزيد بكذا فشهد الوارثان انه رجع لم تسمع شهادتهما

لمكان التهمه و لو شهدا انه رجع في الوصيه لعمر احتمال بطلان شهادتهما لتضمنها الرجوع و هو موضع تهمه و الأقوى إنها تسمع في حق عمر و ان لم تسمع في الرجوع فتكون بمنزله شهادتهما بالوصيه لعمر من دون تضمن رجوع فتعارض البيتان فيرجح و إلا فالقرعه كما لو شهدت ابتداء لا يقال ان دعوى الرجوع قد تضمنت اعترافاً بالأصل فلا تكون معارضه لها لأننا نقول ان دعوى الرجوع لما كانت ساقطه شرعاً لم تسمع و كانت في حكم العدم و فيه إنها و ان لم تعتبر شرعاً للتهمه لكنها دلت على الاعتراف سبق تلك الوصيه و لو شهد بالرجوع و الوصيه لعمر و أجنبي و حلف عمر ثبتت له الوصيه من غير كلام و ان شهد بالوصيه للثاني من دون دعوى الرجوع فهل تكون شهادته مع يمين الموصى له معارضه للبينه التي شهدت بالوصيه لزيد فيقرع بينهما بعد الترجيح أو ترجح الأول و يحكم بالوصيه لزيد؟ قولان فالشيخ على الأول و العلامه على الثاني و على الأول فإذا أخرجت القرعه الثاني فهل عليه يمين آخر كما تقتضيه ضوابط القرعه؟ الأقرب ذلك.

ثامنها: لو ادعى عيناً في يد غيره

(و لأخيه الغائب و أقام على ذلك بينه عارفه بأحوالهم مطلعته على خفايا أمورهم لو كان لهما مشارك في الميراث لعرفا) أو سمعا به فشهدت ان الدار لهما من غير مشارك فقال و لا ثالث لهما أو ما علمنا بغيرهما بحيث لو كان غيرهما لبان عندهما فإذا شهدت بذلك لسلم النصف للمدعى و بقي النصف

الآخر بيد المدعى عليه لوضع يده عليه فيستصحب صحه وضع يده أو يتزرعه الحاكم فيجعله عنده أو عند أمين لخروج ذى اليد عن الأمانة بإنكاره فيؤخذ منه إلى ان يقدم الغائب ولأنها فى الحقيقه دعوى للميت ولذا تقضى منها ديونه و تنفيذ وصاياه قولان فالشيخ على الأول و العلامه على الثانى و هو اقرب لأن يده ان كانت أمانه شرعيه قبضها بحق لزم إيصالها لأهلها و إلا فالى الحاكم لأنه الولى و كذا لو زعم ان أباهم ائتمنه عليها أو أنزله فيها و لو أقام بينه غير كامله و هى غير المطلعه على أحوال المدعين و غير العارفه بأمرهم و غير المخالطه لهم فإن شهدت على البت بنفى وارث غيرهما سمعت و قبلت شهادتهما لأولهما إلى الإثبات و هى الشهاده بالانحصار و هو أمر إثباتى و شهاده العدلين لا يمكن ردهما و ان قالت لا نعلم لم يجز للحاكم ان يسلم النصف الى المدعى حتى يبحث عن عدد الوارث و يستقصى فإذا بحث فلم يعثر و لو ظنا بالعدم سلم النصف إلى المدعى واخذ عليه ضمين أو رهن لعدم شهاده البينه بالقطع بعدم وارث آخر فيخشى على الحاكم من التفريط و لا يجوز منع المدعى من حقه دائماً خوف التفريط بحق المدعى و لزوم إذهاب المال و تأديه تأخير الحق لا إلى اجل فيلزم الضرر و الضرار و ضمان العين هنا جائز لجواز ضمان الأعيان بالمثل أو قيمه كالمغصوبه و نحوها أو لمكان الضروره و فى جواز الدفع بالكفيل وجهان أقواهما العدم لعدم الوثوق بالمال حين تأديه الكفيل نفس المكفول و المقصود لا حفظ من قبضه و لو أمكن الحاكم دفع المتيقن و لو ظهر وارث آخر جاز كما؟؟؟ المال لأنه على تقدير له ذلك و كذلك للزوجه الثمن إذا علم ليس له إلا واحده أو ربع الثمن إذا علم انه لم يطلق فى مرضه زوجه أخرى و غير ذلك و لو شهدت بينه الوارث بالانحصار و شهدت الأخرى لوارث غيره كذلك ورثا جميعاً و كان المال بينهما و قد يقال بترجيح الكامله على غيرها و قد يقال بترجيح البنتين ثم القرعه و اليمين فإن نكلا فالقسمه و قد يحتمل القرعه ابتداء.

تم كتاب القضاء و الحمد لله رب العالمين

دليل المحتويات

الموضوع رقم الصفحة

كتاب القضاء من أنوار الفقااه ١

المقدمه ١

كتاب القضاء ٣

مسائل ١٧

الكلام فى التداعى مع الحاكم ٣٤

فصل فى إلزام المنكر بالإقرار أو الإنكار ٣٩

فصل إنكار المدعى عليه ٤٢

أصل فىه فوائد ٩٣

القول فى القسمه ١٠٧

مسائل ١٦٠

القول فى دعاوى العقود ١٦٩

مسائل ١٧٥

مسألتان فى النسب ١٩٠

مسائل فى الموارىث ١٩٢

دليل المحتويات ١٩٧

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية

WWW

للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩