



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغفلة



الرأيا
عليكم يا صابغين

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مِثَابِي الْحِكْمَةِ

النَّصِيحَاتُ وَالنَّهْيَاتُ

تَرْجُمَهُ

عَلِيٌّ بْنُ أَبِي نَجِيحٍ

الْبَصْرِيُّ

بَعْدَ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تنقيح مباني الاحكام

كاتب:

آيت الله شيخ جواد تبريزي

نشرت في الطباعة:

دارالصديقه الشهيد سلام الله عليها

رقم الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٠	تنقيح مبانى الاحكام : كتاب القضاء والشهادات شرايع الاسلام المجلد ١
١٠	اشاره
١١	اشاره
١٧	كتاب القضاء
١٧	معنى القضاء والحكم والفرق بينه وبين الفتوى
٢٣	فى صفات القاضى
٢٥	اعتبار الذكوره فى القاضى
٢٩	اعتبار الاجتهاد فى القاضى
٣٦	اشتراط ثبوت الولاية بإذن الإمام أو منصوبه
٣٨	عدم جواز الترافع إلى قضاء الجور
٤١	استحباب تولى القضاء لمن يثق من نفسه
٤٣	حكم ما لو تعدد القابلون للقضاء
٥٤	ما يثبت به ولاية القاضى
٥٩	جواز نصب قاضيين فى البلد الواحد
٦٥	ما يوجب انعزال القاضى
٦٧	عدم نفوذ حكم من لا تقبل شهادته
٧٥	آداب المستحب للقاضى
٨١	آداب المكروهه للقاضى
٨٦	جواز أن يقضى الإمام بعلمه
٨٦	امام يقضى بعلمه مطلقا
٩٣	حكم ما لو لم يعرف الحاكم عداله البيّنه
٩٦	عدم جواز نقض حكم الحاكم الآ مع ثبوت خطأه
١٠٠	اعتبار التعدد والعداله فى المترجم

١٠٣	الشرائط المعتبره فى كاتب القاضى
١٠٩	عدم جواز التعديل على حسن الظاهر فى التعديل
١١٣	استحباب تفريق الشهود
١١٥	ما يعتبر فى الشهاده بالجرح
١٢٢	احضار الخصم مجلس القضاء
١٣٣	التسويه بين الخصمين
١٣٨	عدم سماع الدعوى المجهوله
١٤١	موارد اعتبار الجزم فى سماع الدعوى
١٤٨	جواب المدعى عليه على ثلاثه أقسام
١٥١	حكم دعوى الغريم الاعسار
١٥٤	حكم انكار المدعى عليه
١٥٧	سقوط الدعوى بحلف المنكر
١٦٠	ردّ اليمين على المدعى
١٦٧	بذل المنكر يمينه بعد النكول
١٧٢	استحلاف المدعى مع البينه
١٨٠	الدعوى على الميت
١٩٠	سكوت المدعى عليه عن الجواب
٢٠٠	عدم جواز الاحلاف بغير الله
٢٠٩	عدم جواز الاجبار على التغليظ
٢١٣	استحلاف الأخرس والمرأه
٢١٥	توجه اليمين على المنكر والمدعى
٢٢٣	انقلاب المدعى والمنكر
٢٢٨	عدم سماع الدعوى فى الحدود بلا بينه
٢٣٢	قبول دعوى صاحب النصاب بلا يمين
٢٣٩	من لا تقبل دعواه بلا يمين
٢٤٥	لو كان على الميت دين

٢٤٨	الحكم بالشاهد واليمين
٢٥٥	ما ثبت فيها الحكم بالشاهد واليمين
٢٧٠	كتاب قاض إلى قاض
٢٨٣	الشرائط المعتبره فى القاسم
٢٩١	أجره القتسام
٢٩٣	انواع المقسوم
٢٩٦	كيفية القسمة
٣٠٣	قسمة الأموال والأموال المتعدده
٣٠٥	دعوى استحقاق الغير المال بعد القسمة
٣١٣	تعريف المدعى والمدعى عليه
٣١٨	شرائط سماع الدعوى
٣٢٣	التماس المنكر استحلاف المدعى
٣٣٠	عدم اعتبار التفصيل فى صحه الدعوى
٣٣٧	أقسام الحق
٣٤٦	متاع السفينه إذا غرقت
٣٥٠	تنازع الاتنين فى عين
٣٥٧	وقوع التعارض بين البيئتين
٣٦٩	الموارد التى يقضى فيه بالقسمة
٣٧٨	الاختلاف فى ملكيه عين بيد الثالث
٣٨١	قبول البيئته على الملك السابق
٣٨٣	الاختلاف فى عقد الاجاره والبيع
٣٨٨	الاختلاف فى دعوى العقود
٣٩٩	موارد سقوط البيئته
٤٠٥	تنازع الاتنين فى دار
٤٠٧	تنازع المتعددين فى عين
٤١٤	اختلاف الزوجين فى متاع البيت

٤١٩	الاختلاف في المواريث
٤٢٩	الاختلاف في الولد
٤٣٥	كتاب الشهادات
٤٣٥	اشتراط البلوغ في الشاهد
٤٤٠	اشتراط العقل في الشاهد
٤٤٢	اشتراط الإيمان في الشاهد
٤٤٦	سماع شهاده الكافر
٤٥٤	اشتراط العدالة في الشاهد
٤٦٥	فيما يقدح في العدالة
٤٧٢	عدم سماع الشهاده في موارد التهمه
٤٨٢	عدم قدح قرابه الشاهد للمدعى في الشهاده
٤٨٥	شهاده الزوج لزوجته وبالعكس
٤٨٩	سماع شهاده الصغير
٤٩١	سماع شهاده العبد
٤٩٨	تحتمل الشهاده وعدم اعتبار الاستشهاد فيه
٥٠٣	توبه الشاهد في مجلس الحكم
٥٠٨	اشتراط طهاره المولد في الشاهد
٥١١	اعتبار الصحه في تحتمل الشهاده
٥١٦	الشهاده استناداً إلى الاستصحاب
٥٢١	الشهاده اعتماداً على الاستفاضه
٥٢٢	تعارض اليد مع الاستفاضه
٥٢٣	الشهاده بالملك اعتماداً على التصرف
٥٢٧	القضاء بالوقف والنكاح بالاستفاضه
٥٢٩	شهاده الأخرس والأعمى
٥٣٣	أقسام الحدود والمثبت لها
٥٣٤	ما يثبت به الزنا

٥٣٧	ما يثبت بشاهدين
٥٤٠	ما يثبت بشهادة العدلين خاصة
٥٤٤	ما لا يثبت بشهادة النساء
٥٥٠	ما يثبت بالنساء منفردات ومنظمات
٥٥٦	ما يعتبر في قبول شهادة النساء
٥٥٧	اعتبار شهادة العدلين في بعض العقود
٥٥٩	نفوذ حكم الحاكم ظاهراً لا واقعاً
٥٦٠	وجوب الاجابة إلى تحمل الشهادة
٥٦٥	في الشهادة على الشهادة
٥٧٣	صور أداء الشهادة على الشهادة
٥٧٥	اعتبار اتفاق الشاهدين معنى
٥٧٧	حكم تعارض الشاهدين والبيّنيتين
٥٨٢	خروج الشاهد عن الوصف بعد شهادته
٥٨٤	حكم ما لو رجع الشاهدان بعد الحكم
٥٩٠	الرجوع عن الشهادة على القتل أو الجرح
٥٩٣	الرجوع عن الشهادة على الزنا
٥٩٥	الرجوع عن الشهادة على الطلاق
٥٩٩	في ضمان الشهود إذا رجعوا
٦٠٤	نقض الحكم بعد الاستيفاء والعمل به
٦٠٧	في تحالف البيّنيتين لمن أوصى
٦٠٨	فيما إذا أوصى بوصيتين منفردتين
٦١٤	عدم الضمان بكتمان الشهادة
٦١٧	فهرس الكتاب
٦٢٦	تعريف مركز

تنقیح مبانی الاحکام : کتاب القضاء والشهادات شرایع الاسلام المجلد ۱

اشاره

سرشناسه : تبریزی، جواد، ۱۳۰۵ - ۱۳۸۵.

عنوان و نام پدید آور : تنقیح مبانی الاحکام : کتاب القضاء والشهادات شرایع الاسلام / تالیف جواد تبریزی.

وضعیت ویراست : ویراست ؛ ۳

مشخصات نشر : قم : دار الصدیقه الشهیده (س) ، ۱۳۸۷.

مشخصات ظاهری : ۶۱۲ ص.

شابک : ۹۷۸-۹۶۴-۸۴۳۸-۲۸-۲

وضعیت فهرست نویسی : فیا

یادداشت : عربی

یادداشت : کتاب حاضر شرحی بر بخش الحدود والتعزیرات " شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام " محقق حلی است.

یادداشت : ج. ۱ (چاپ سوم: ۱۳۸۷).

موضوع : محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲ - ۶۷۶ ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام -- نقد و تفسیر

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۷ ق.

موضوع : قضاوت (فقه)

موضوع : سوگند (فقه)

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲ - ۶۷۶ ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. برگزیده. شرح

رده بندی کنگره : BP۱۸۲/م۳ش ۴۰۲۳۲۳ ۱۳۸۷

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : ۱۵۳۰۳۳۲

ص: ۱

اشاره

الموسوعة الفقهية للميرزا التبريزي قدس سره

تَفْصِيحُ

مَبَانِي الْأَحْكَامِ

الْقَضَاءُ وَالشَّهَادَةُ

ص: ٢

والنظر فى صفات القاضى وآدابه وكيفيه الحكم وأحكام الدعوى [١]

الشرح:

[١] قد جعل قدس سره بحث القضاء أربعة أقسام، وعبر عن كل قسم بالنظر:

النظر الأول: فى صفات القاضى، أى الأمور المعتبره فى المتصدى للقضاء؛ ليجوز له قضاؤه تكليفاً ووضعاً، بمعنى نفوذه فى حق المتخاصمين وغيرهما، ولا يخفى أن مايعتبر فى جواز قضاؤه تكليفاً عليه احرازها فى نفسه؛ لأن القضاء فعله ولا يفيد احراز غيره، وما يعتبر فى نفوذ قضاؤه على المتخاصمين احرازها فيه لينفذ حكمه فى حقهما، وكذا غيرهما ممن يريد ترتيب الأثر على قضاؤه.

النظر الثانى: فى الآداب، يعنى الأمور المطلوبه من القاضى أو الجائزه له.

النظر الثالث: فى كيفيه الحكم، يعنى بيان الأمور التى على القاضى الاعتماد عليها فى قضاؤه وما يعتبر رعايته بالاضافه إلى المتخاصمين.

النظر الرابع: فى أحكام الدعوى، يعنى الوظائف المقرره بمقتضى أدله الأحكام فى موارد الاختلافات والمنازعات فى الأموال والعقود والايقاعات والموارىث والأولاد.

وينبغى قبل الشروع فى النظر الأول التعرّض لمعنى القضاء والحكم وبيان الفرق بينه وبين الفتوى، فنقول:

القضاء لغه يطلق على معان: منها الحكم كقوله سبحانه: «ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ

الشرح:

حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ» (١) و «فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ» (٢) ومنها الانهاء والاتمام كقوله سبحانه: «فَلَمَّا قَضَى مُوسَى الْأَجَلَ» (٣) و «أَيَّمَا الْأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ» (٤) ومنها الأمر كقوله سبحانه: «وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ» (٥) ومنها الحتم: «فَلَمَّا قَضَىٰ بِنَا عَلِيهِ الْمَوْتِ» (٦) ومنها الفعل والخلق: «فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ» (٧) ويمكن ارجاع بعضها إلى بعض كارجاع الأمر إلى الحكم.

وكيف كان فالمراد بالقضاء فى المقام هو انشاء الحكم الجزئى لحصول الموضوع أو المتعلق لكليه المجعول فى الشريعة بمفاد القضيه الحقيقيه، أو الحكم بعدم الحصول فيما إذا وقعت الخصومه والمنازعه فى حصول أحدهما بين شخصين أو أشخاص، أو تعيين الحكم فى واقعه خارجيّه بتطبيق الكبرى المقرره فى الشرع على تلك الواقعة فيما إذا وقعت المخاصمه فى حكم تلك الواقعة، أما لجهل المتخاصمين بتلك الكبرى الكليه المجعوله: فى الشرع أو اختلافهم فى تلك الكبرى.

وقد يطلق الحكم على ما ذكر وعلى مطلق الحكم بحصول الموضوع فيما إذا وقعت الشبهه فيه بين الناس من غير مخاصمه كالحكم برؤيه الهلال، كما يطلق أيضاً على تعيين الوظيفه الفعلية على الناس فى مورد أو موارد لرعايه المصلحه العامه الموجه له، ويعتبر عن هذا القسم بالحكم الابتدائى.

ص: ٦

١- (١) النساء: ٦٥.

٢- (٢) طه: ٧٢.

٣- (٣) القصص: ٢٩.

٤- (٤) القصص: ٢٨.

٥- (٥) الاسراء: ٢٣.

٦- (٦) سبأ: ١٤.

٧- (٧) فصلت: ١٢.

معنى القضاء والحكم والفرق بينه وبين الفتوى

....

الشرح:

ويحتمل أن يكون اطلاق القضاء على جميع ما ذكر بمعنى الحكم ويكون من تغليب المطلق على بعض أفرادها، ويحتمل أن اطلاقه على الحكم في موارد المخاصمه بمعنى الانهاء والاتمام، فيكون اطلاقه على غيره بالعنايه أو بمعنى مطلق الحكم، ولا ينافي ذلك ما يأتي من أن الأدله الوارده في نفوذ القضاء والحكم قاصره عن شمولها لموارد غير المخاصمات، هذا كله في القضاء.

وأما الفتوى فهي تعيين الأحكام المجعوله في الشرع بنحو القضايا الحقيقيه المستفاده من مداركها وتعيين ما يعتبر في موضوعاتها ومتعلقاتها من القيود نفيًا أو اثباتًا.

وهل كما أن جواز الافتاء لمن كان عدلاً في دينه وعالمًا بالأحكام الشرعيه من مداركها من قبيل الحكم والموضوع كذلك جواز القضاء، أو أن جواز القضاء والولاية عليه يحتاج إلى النصر عامًا، أو خاصًا؟ ظاهر المشهور أن القضاء منصب يُعطى، كما هو مقتضى أخذهم الولاية في تعريفه وأنه ولاية الحكم، ولعل مرادهم أن القضاء بالأصالة منصب للنبي صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام وقيام الغير به يحتاج إلى نصب النبي صلى الله عليه وآله أو الإمام.

جاء في صحيحه سليمان بن خالد: «أتقوا الحكومه فإنها للإمام العالم بالقضاء العادل في المسلمين لنبي أو وصى نبي».(١)

وفي روايه اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: «يا شريح قد جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصى نبي أو شقى».(٢)

وفي معتبره سالم بن مكرم الجمّال قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: «إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا

ص: ٧

الشرح:

فاجعلوه بينكم فإنى قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه» (١).

وظاهر هذه الروايات أنّ ولاية القضاء للرجل المزبور أعطى من قبل الإمام عليه السلام ، ومثلها مقبولة عمر بن حنظله عن أبى عبد الله عليه السلام فإنّ فيها: «ينظران من كان منكم ممّن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فإنى قد جعلته حاكماً» (٢).

ولا ينافى ذلك ما عن المشهور أيضاً بل لم ينقل الخلاف فيه من أنّ القضاء واجب، فإن انحصر القاضى بواحد تعين عليه القضاء، وكذا فيما إذا لم ينحصر بواحد ولكن لم يكف الواحد بحاجه البلد، ومع تعدده والاكتفاء بواحد يكون القضاء واجباً كفاً على حد سائر الواجبات الكفائية، وعلل ذلك يتوقف نظم البلاد والعدل بين الناس عليه وأنّ الظلم من شيم النفوس فلا بدّ من حاكم ينتصف للمظلوم من ظالمه، ولأنّ القضاء داخل فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.

والوجه فى عدم المنافاه أنه يجب على من شمله النصب العام القيام به بما ذكروا، بل يجب على الناس تحصيل ما به يعتمهم النصب العام بنحو الواجب الكفائى، نظير ما يذكر من وجوب التفقه فى الدين، ويمكن أن يستفاد ذلك من قوله سبحانه: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ» (٣) حيث إنّ وجوب القيام بالقسط مقتضاه تحصيل ما يحتاج إليه فى القيام بالقسط.

ولكن الاستدلال على نفوذ القضاء بالآيه المزبوره، بل استفاده نفوذه من دليل

ص: ٨

١- (١) المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٥: ٤.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٩ من أبواب صفات القاضى.

٣- (٣) النساء: ١٣٥.

الشرح:

وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كما ترى، مع أنّ وجوب الحكم بعنوان الأمر بالمعروف والقيام بالقسط فيما إذا أحرز أنّ أحد المتخاصمين يعمل المنكر مع علمه بالمنكر أو يترك المعروف مع علمه به كما هو مقتضى عدم وجوب ارشاد الجاهل والغافل في الموضوعات، أو أحرز أنّ أحد المتخاصمين يظلم الآخر كما هو مقتضى الأمر بالقيام بالقسط.

وعلى كلّ حال سواء كان القضاء ولا-يه معطاه أو كان جوازه من قبيل سائر الموضوعات وأحكامه، فلا ينبغي التأمل في نفوذ القضاء ممّن له أهليته؛ فإنّ النفوذ مقتضى جعله حاكماً أو قاضياً، ومعنى نفوذه على المتخاصمين أنّ عليهما العمل به من ثبوت المدعى به أو عدم ثبوته أو سقوط الحق وعدم سقوطه، وعلى السائرين بمعنى جواز ترتيب الأثر وعدم جواز العمل على خلاف مقتضى ذلك القضاء حتّى ما إذا كان القضاء في موارد نشأ الاختلاف من الحكم الواقعي الكلي.

وبهذا يظهر المراد من قولهم: إنّ الحكم لا ينقض بالفتوى ولكن الفتوى تنقض بالحكم، فإذا كان رأى أحد المتخاصمين اجتهاداً أو تقليداً على خلاف قضاء القاضى تكون الوقعه الخاصه خارجه عن الفتوى المعبره فى كلى تلك الوقعه، فيعمل فى تلك الوقعه على طبق القضاء، ولا- يجوز لقاض آخر نقض ذلك القضاء، حتّى لو عدل القاضى المزبور عن فتواه فلا يجوز له نقض قضائه السابق بل يكون قضاؤه فيها خارجاً عن الكبرى التى استنبطها عن الأدلّه لاحقاً، وهذا مقتضى ما دلّ على نفوذ قضائه.

نعم، تأتي بعض الموارد فى جواز النقض، كما يأتى أنّ القضاء لا يغيّر الواقع عمّا هو عليه، فمن أحرز بالوجدان أنّ ما قضى به على خلاف الواقع فعليه رعايه الواقع.

النظر الأول:

ص: ١١

النظر الأوّل:

في الصفات [١].

الشرح:

[١] يقع الكلام في صفات القاضي بالاضافه إلى القاضي المنصوب وبالاضافه إلى قاضي التحكيم.

فإن القاضي على نحوين:

الاول: قاضي التحكيم، وهو أن يتراضيا أى الخصمان بنظر شخص في واقعهما وقضائه وفصل الخصوميه بينهما، وهذا القاضي يعتبر علمه بالقضاء وقوانينه في تلك الواقعة، وإلا كان حكمه وقضائه فيها من غير علم فيكون ملعوناً ومع قضائه فيها بالعلم يكون قضائه نافذاً، ولكن لا يترتب على هذا الشخص شؤون القاضي المنصوب من الزامه الخصم بالحضور مع طرح أحد الخصمين الدعوى عنده أو الاجبار على العمل بحكمه بعد قضائه.

ويشهد بنفوذ قضائه عليهما صحيحه الحلبي «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ربّما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعه في الشئ فيتراضيان برجل مئاً، فقال: ليس هو ذاك إنّما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسوط». (١)

فإنّ تجويز المراجعه إليه ظاهره نفوذ قضائه وحكمه، وما في ذيلها اشاره إلى قاضي الجور المنصوب من قبل الولاة في عصره عليه السلام، وقد ذكروا عليهم السلام أنّ المرافعه إليهم إيمان بالجبّ والطاغوت.

ص: ١٣

الشرح:

والثانى: القاضى المنسوب، وإنما يتصور المنسوب بالنصب الخاص فى زمان الغيبه إذا كان للمتصدى لأمر المسلمين ولو فى بقعه من الأرض الولايه الشرعيه للزعامه عليهم وحفظ بلاد هم من كيد الأعداء وتحصيل الأمن لهم الموقوف على تعيين قاض أو قضاة فيها ممن شملهم النصب العام، وأما مجرد النصب العام فقد تقدم استفاده اعطاء الولايه مما دلّ عليه بحيث يثبت لمن يعمه النصب غير نفوذ قضائه مع تراضى المتخاصمين بالمحاكمه عنده من سائر الآثار كالتصدى لتنفيذ قضائه أو الزام الخصم بالحضور للمرافعه مع رجوع المدعى إليه وغير ذلك مما يعد من شؤون القاضى كالحكم بثبوت موجب الحد على الشخص مشكل وأن لا يبعد الالتزام بأن من شمله النصب العام له ذلك لا لدلاله ما دلّ على النصب العام عليه بل للعلم بأن هذه الأمور مما لا بدّ من التصدى لها مع التمكن والتميقن من المتصدى لها من شمله النصب العام.

ودعوى استفاده كلّ ذلك مما دلّ على وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر والقيام بالقسط والعدل لا يمكن المساعده عليها؛ لأنّ أدلّه الأمر بالمعروف لا تقتضى نفوذ أصل القضاء على المتخاصمين، فضلاً عن دلالتها على نفوذ غيره مما يترتب على نفوذ القضاء، بل لا يقتضى وجوب النظر فى أمر المترافعين إلاّ فيما إذا علم الشخص اجمالاً، بأنّ أحد المترافعين يعمل المنكر مع علمه بأنه منكر أو يترك المعروف الواجب عليه مع علمه به، فيجب النظر مع هذا العلم لا- للقضاء، بل للقيام بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.

ومما ذكرنا يظهر الحال فى الاستدلال بالآيه المباركه فإنّ الآيه غايتها أنّها تعم القضاء، وأما نفوذه والمقدار النافذ من فعل القاضى بعد قضائه فليست ناظره إليه،

ويشترط فيه: البلوغ، وكمال العقل، والإيمان، والعدالة، وطهاره المولد، والعلم، والذكوره. [١]

الشرح:

وبتعبير آخر لا- يزيد شمولها للقضاء عن شمولها للشهادة، فكما لا دلالة لها على شرائط الشهاده والقيود المعتمده في نفوذها كذلك في ناحيه القضاء، وإلاّ جاز لكلّ أحد تنفيذ قضاء القاضى ولو بالتصرّف في أموال المدعى عليه، بدعوى أنّ التنفيذ ولو بالتصرّف فيها بعد قضاء القاضى بثبوت الدين مثلاً قيام بالقسط، مع أنّ مقتضى ما دلّ على المنع عن التصرف في مال الغير بلا طيبه نفسه كون التصرف المزبور جوراً على المدعى عليه.

[١] لا ينبغي التأمّل في أنّ نفوذ القضاء سواء فسّرت الولاية على القضاء به أم بغيره خلاف الأصل، حيث إنّ مقتضاه عدم جعل فيحتاج اثبات النفوذ بمجردّه أو مع جواز الالزام بقضائه وتنفيذه إلى قيام الدليل عليه.

وقد تقدّم أنّ الولاية على القضاء للنبي صلى الله عليه وآله ووصيه عليه السلام، وفي صحيحه سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أتقوا الحكومه فإنّ الحكومه للإمام العالم بالقضاء العادل في المسلمين لنبي أو وصى نبي»، (١) وفي روايه اسحاق بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام «قال أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: يا شريح قد جلست مجلساً لا يجلسه إلاّ نبي أو وصى نبي أو شقى»، (٢) ونحوها غيرها. ويخرج عن الأصل فيما إذا اجتمع للشخص صفات.

وقد تعرّض الماتن قدس سره أولاً لما يكون اعتباره متفق عليه بين الأصحاب من البلوغ وكمال العقل والإيمان والعدالة وطهاره المولد والعلم والذكوره، وتعرّض ثانياً لما قيل

ص: ١٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٣: ٧.

٢- (٢) المصدر نفسه: الحديث ٢: ٧.

الشرح:

أو يمكن أن يقال باعتباره كالعرفان بالكتابه والبصر والحرية.

ولا يخفى أنه لو بُنى على عدم وفاء الأدلة اللفظية لجعل الولاية على القضاء في غير موارد التحكيم، واستفيد لزوم التصدي للقضاء الابتدائي مما تقدم من الدليل على حسبه حفظاً للنظام وانتصافاً للمظلوم من ظالمه، فلا يحتاج اعتبار الأوصاف إلى دليل خاص للزوم الاقتصار على القدر المتقين إلا- أن يقوم دليل على عدم اعتبار وصف في مورد، وادعى العلم أو الاطمئنان بعدم الفرق بين ذلك المورد والتصدي للقضاء كالامامه في الصلاة؛ حيث ورد فيها جواز امامه العبد وقبول شهادته، وكذا عدم اعتبار عرفان الكتابه والبصر فيهما، ولكن في التعدي منهما إلى القضاء تأمل.

وكيف ما كان فلا ينبغي الاشكال والتردد في اعتبار البلوغ والذكوره في القاضى، سواء أكان القاضى ابتدائياً أم قاضى تحكيم؛ لأنه قد ورد في معتبره سالم ابن مكرم وفي صحيحه الحلبي المتقدمين عنوان الرجل فلا يعم العنوان للصبى والمرأه.

ودعوى أن ذكر الرجل باعتبار أن الغالب في العالم بالقضاء هو الرجل مع كون قاضى التحكيم رجلاً مفروض في السؤال في صحيحه الحلبي، فلا يدل على التقييد، وبالجملة: ذكر الرجل أو فرضه في السؤال لا يدل على الاختصاص ولا يمنع عن الأخذ بالاطلاق في مقبوله عمر بن حنظله؛ حيث ذكر عليه السلام فيها: «ينظران إلى من كان منكم الخ»، فإنها تعم من كان منهم بلا فرق بين الذكر والأنثى.

لا- يمكن المساعدة عليها، لا- لضعف المقبوله سنداً، كما بنينا عليه سابقاً وعدلنا عنه فيما بعد، حيث إن عمر بن حنظله من المعاريف الذين لم ينقل فيهم قرح، بل لانصرافها إلى الرجل أيضاً لما علم من الشارع من ارادته الستر من المرأه و ارادته ترك مواجهتها مع الأجانب مهما أمكن، فلا يجعل لها ما يقتضى مواجهتها معهم فلم يرض

الشرح:

الشارع بامامتها للرجال، وقد ورد فيما رواه الصدوق بسنده عن حماد بن عمرو وأنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آباءه في وصيه النبي صلى الله عليه وآله لعلي: «يا علي ليس على المرأة جمعه ولا- جماعه إلى أن قال: ولا- تولى القضاء، الحديث» (١).

ومما ذكرنا يظهر أنه لو وقعت المخاصمه بين امرأتين وجعلتا امرأه أخرى قاضى التحكيم بينهما لا يكون قضاؤها في حقهما.

وكذا لا- ينبغى التأمل في اعتبار كمال العقل والإيمان حيث ورد التقييد في معتبره سالم بن مكرم الجمال في قوله عليه السلام: «انظروا إلى رجل منكم»، وفي المقبولة: «ينظران إلى من كان منكم»، وفي صحيحه الحلبي فرض في السؤال كون الرجل المزبور قضائه من طائفه المتراضيين، فلا يعمّ شيء غير المؤمن من المخالف أو الكافر.

ومما ذكر يظهر أيضاً وجه اعتبار العدالة، فإنّ الفاسق لا يليق بمنصب القضاء أو جعل قضائه نافذاً بعد ما ذكر في صحيحه سليمان بن خالد وغيرها أنّ القضاء لا يحقّ للنبي أو وصى النبي، مع أنه يظهر من مقبولة عمر بن حنظله أنّ اعتبار العدالة في القاضى كما مفروغاً عنه في القاضى كفقاهته؛ حيث ذكر (سلام الله عليه) فيها مع اختلاف القاضيين الأخذ بالحكم الذى حكم به أعدلهما وأفقههما وأصدقهما في الحديث وأورعهما.

أضف إلى ذلك أنّ الشارع إذا لم يجعل للفاسق الإمامه في الصلاه ولم يجعل شهاده الفاسق نافذه إلا إذا دخلت في الاقرار على نفسه، فكيف يجعل النفوذ لقضاء الفاسق مع نهيه عن الرجوع إلى قضاءه الجور حتى فيما كان قضاءه الجائر حقاً وعلى طبق موازين القضاء.

ص: ١٧

فلا- ينعقد القضاء لصبي ولا- مراهق ولا لكافر، لأنه ليس أهلاً للأمانه، وكذا الفاسق، ويدخل في ضمن العدالة اشتراط الأمانه والمحافظه على فعل الواجبات.

ولا ينعقد القضاء لولد الزنا مع تحقق حاله، كما لا تصح امامته ولا شهادته في الأشياء الجليله.

الشرح:

وأما الاستدلال على اعتبار العدالة في القاضى، فيمكن أن يقال في توجيهه بأن الشارع إذا نهى عن الركون إلى الظالمين بالاشتراك في ظلمهم أو تأييدهم والرضا بظلمهم فلا يحتمل أن يعطى الولايه على القضاء للظالم وفيها ما يقتضى ركون الناس إليه.

وبالجمله لا يحتمل أن يكون القضاء المقصود من تشريعه واعتباره التحفظ على حقوق الناس واستيفائها والانتصاف للمظلوم من ظالمه بيد الفاسق، مع ما ورد فيه من أنه ليس إلا- لنبي أو وصى، وعلى ذلك فقياس القضاء بالروايه حيث لا يعتبر في اعتبار الروايه عداله راويها مع الفارق، بل مقتضى ما ذكر اعتبار طهاره المولد لما ذكر من عظم أمر القضاء، والشارع لم يشرع إمامه ولد الزنا فكيف يرضى بقضائه.

وكذا يعتبر في القاضى ابتدائياً أو تحكيمياً كمال العقل، ويقتضى اعتباره انصراف معتبره أبى خديجه وغيرها عن المجنون والسفيه بملاحظه ما ورد من عظم القضاء وخطره، فإن ظاهرها بملاحظه ما ذكر الرجوع إلى رجل يكون بمقتضى علمه صالحاً للقضاء، والمجنون والسفيه لا يناسبان القضاء خصوصاً القاضى الابتدائى، حيث إن له استيفاء حقوق الناس المقتضى الولايه على التصرف في أموالهم مع توقف استفائها عليه، والمجنون والسفيه لا ولايه لهما على مالهما فكيف بأموال الناس.

ص: ١٨

وكذا لا ينعقد لغير العالم، المستقل بأهليه الفتوى [١]، ولا يكفيه فتوى العلماء، ولا بد أن يكون عالماً بجميع ما وليه، ويدخل فيه أن يكون ضابطاً، فلو غلب عليه النسيان لم يجز نصبه، وهل يشترط علمه بالكتابة؟ فيه تردد، نظراً إلى اختصاص النبي صلى الله عليه وآله بالرئاسه العامه، مع خلوه في أول أمره من الكتابه والأقرب اشتراط ذلك، لما يضطر إليه من الأمور التي لا تيسر لغير النبي بدون الكتابه.

ولا- ينعقد القضاء للمرأة وإن استكملت الشرائط، وفي انعقاد قضاء الأعمى تردد، أظهره أنه لا ينعقد لافتقاره إلى التمييز بين الخصوم وتعذر ذلك مع العمى إلا فيما يقل، وهل يشترط الحرية؟ قال في المبسوط: نعم، والأقرب أنه ليس شرطاً.

الشرح:

[١] يعتبر في القاضى كونه عالماً بالقضاء، وظاهر الماتن اعتبار كونه مستقلاً بالفتوى، ولا يكفي مجرد كونه راوياً للفتوى، ولا يتحقق الاستقلال بها إلا بالاجتهاد المطلق وكونه ضابطاً؛ لأن العلم فعلاً بالأحكام لا يتحقق مع غلبه النسيان، ولذا ذكر قدس سره : ويدخل فيه أى فى اعتبار العلم أن يكون ضابطاً.

وذكر فى الجواهر فى ذيل المتن: يعتبر فى القاضى أن يكون مجتهداً مطلقاً ولا يكفى التجزى ولا خلاف فيه، بل فى المسالك الاجماع عليه بلا فرق بين حالتى الاختيار والاضطرار.

ثم أورد على هذا الاعتبار بهما حاصله: أنه يظهر من بعض الآيات والروايات جواز الحكم بالحق من كل مؤمن كان عالماً بالاجتهاد كما ذكر أم بغيره، كقوله سبحانه: «وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ»، (١) و «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ» (٢) فإن من كون الرجل قتيماً بالقسط حكمه فى الواقعه بالحق والعدل، وقوله

ص: ١٩

١- (١) النساء: ٥٨.

٢- (٢) النساء: ١٣٥.

الشرح:

سبحانه: «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ»، (١) فَإِنَّ مفهومه أَنَّ الحكم بما أنزل الله ليس من الفسق بل أمر واجب، وكذا يستفاد ذلك من قوله عليه السلام: «رجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة». (٢)

وبالجملة: مقتضى الروايات الكثيره المتعاضده أَنَّ كَلَّ من تعلّم أحكاماً خاصه بطريق معتبر وحكم بها بين الناس يندرج حكمه في القسط والعدل والحق وغيرها من العناوين الوارده في الكتاب المجيد، وما في معتبره أبي خديجه سالم بن مكرم: «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فتحاكموا إليه»، بناءً على أَنَّ ذلك يعمّ غير المجتهد.

والحاصل: يمكن القول بأنه يندرج في الحكم بالحق والعدل والقيام بالقسط تعلّم الأحكام بالاجتهاد الصحيح أو التقليد الصحيح والحكم بما تعلم بين الناس، فلا يعتبر في القضاء أصل الاجتهاد فضلاً عن الاجتهاد المطلق.

وأجاب عن ذلك بأنه يمكن أن يقال: يستفاد من الروايات اعتبار أمر آخر في جواز القضاء والحكم بين الناس زائداً على العلم بالأحكام وهو النصب من قبل الإمام عليه السلام، واستشهد على اعتباره بصحيحه سليمان بن خالد وخير اسحاق بن عمّار المتقدمين، وعلى ذلك يقيّد اطلاق جواز الحكم بالحق والعدل والقسط بما إذا كان ذلك بالنصب، وقد ورد هذا النصب قى مقبوله عمر بن حنظله ومعتبره أبي خديجه بناءً على اراده الاجتهاد منها، كما هو ظاهر المقبولة، أو يحمل القيام بالقسط والحكم بالحق في الآيات والروايات المشار إليها بالقيام بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

ص: ٢٠

١- (١) المائدة: ٤٧.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧: الباب ٤ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٦: ٢٢.

الشرح:

المجزيدين عن القضاء وفصل الخصومه كما هو المراد فى المقام.

وناقش فى الجواب المزبور بأنه لو كان النصب معتبراً أمكن دعوى تحققه بالاضافه إلى كل مؤمن يعلم من أحكامهم عليهم السلام ما يقضى به فى الواقعه سواء أكان بالاجتهاد أم بالتقليد الصحيح، كما تدلّ عليه روايه جميل عن أبى عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: «يغدو الناس على ثلاثه أصناف: عالم ومتعلم وغثاء، فنحن العلماء وشيعتنا المتعلمون وسائر الناس غثاء»، (1) حيث إنّ ظاهرها تساوى الشيعة العالمين بالأحكام سواء أكان تعلمهم بالمشافهه أم بالاجتهاد الصحيح أو التقليد الصحيح، كما يستفاد ذلك من خبر عبدالله بن طلحه عن أبى عبدالله عليه السلام أيضاً الوارد فى السارق الذى قتلته المرأه التى دخل بيتها ليسرق وفجر بها بالاكراه وقتل ابنها، حيث أمر الإمام عليه السلام السائل بالقضاء فى الواقعه بما أجاب. (2)

والنهى أو الانكار عن القضاء أو على القضاء يرجع إلى المعرضين فى القضاء عن التمسك بحبلهم وأحكامهم عليهم السلام والأخذ بآرائهم وقياساتهم وغير ذلك من الباطل الذى لفقوه من عندهم واستغنوا بذلك عن تتبع أحكام الأئمه عليهم السلام، واستشهد لذلك بصحيحه الحلبي المتقدمه: «قال: قلت لأبى عبدالله عليه السلام: ربّما كان بين رجلين من أصحابنا المنازعه فى الشىء فيتراضيان برجل منّا، فقال: ليس هو ذاك إنّما هو الذى يجبر الناس على حكمه بالسيف والسوط». (3)

ولو سلم عدم دلالة النصوص على نصب كلّ شيعى عالم بأحكامهم كما ذكر فلا

ص: ٢١

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٥: ١٨.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ٢: ٦٢.

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٩: الباب ٢٣ من أبواب قصاص النفس، الحديث ٢: ٤٥.

الشرح:

أقل من عدم الدلالة على عدم النصب.

بل لو تأمّل المتأمل في القضاء الذين كانوا زمان النبي صلى الله عليه وآله وأمر الناس بالترافع إليهم لوجد جلّهم قاصرين عن مرتبه الاجتهاد وكان قضاؤهم وحكمهم بما سمعوا عن النبي صلى الله عليه وآله ، فالالتزام بقصور من تعلّم جملة من أحكامهم مشافهه أو اجتهاداً أو بتقليد صحيح عن منصب القضاء خلاف الآيات والروايات المشار إليها، ونصب خصوص المجتهد زمان الغيبة بناءً على ظهور المعتره والمقبوله فيه لا- ينافى نصب غيره للقضاء أيضاً، فيكون نصب المجتهد بالنصب العام على وجه يكون للإمام عليه السلام من الرئاسة العامه للتصرّف بالقضاء وغيره من الولايات، ومن تلك الولايات نصب القاضى، فيجوز للمجتهد نصب مقلده للقضاء بفتواه في المنازعات المرفوعه إليه ولا تكون هذه الرئاسة لغيره.

والمتحصل: أنّ اشتراط الاجتهاد في القاضى الموجب لعدم جواز القضاء لغيره من العالم بالأحكام بالتقليد الصحيح كاشتراط البصر والكتابه والحريه ونحو ذلك يناسب الاستحسان والقياس ونحوهما ممّا ذكره العامه ولا يناسب الروايات المنقوله إلينا عن الأئمه عليهم السلام ، ودعوى الاجماع في المسأله لا يمكن المساعدة عليها حيث حكى في التنقيح عن المبسوط بأنّ في المسأله أقوالاً- ثلاثه: منها جواز تصدى العامى للقضاء، بحيث أن يستفتى المجتهد ثم يقضى وإذا كان جواز التصدى من العامى قبل تعلّمه قولاً فكيف يدعى عدم الجواز لمن تصدى للقضاء بعد الاستفتاء وتعلّم جملة من الأحكام بحيث يقضى في الواقعه بما يعلمه!

وذكر قدس سره في آخر كلامه: ولو سلم اعتبار النصب أو غيره من الشرائط ممّا ذكره في القاضى من الكتابه والبصر ونحو ذلك فلا وجه لاعتبارها في جواز الافتاء، حيث إنّ

الشرح:

الفتوى بالاجتهاد الصحيح حكم بما أنزل الله والعدل والقسط فيجوز ويجب الأخذ بها بعد كونها مندرجه في العدل والحكم بما أنزل الله والقيام بالقسط ولا يحتاج إلى النصب كما هو مقتضى جوازها ووجوب الأخذ بها فيكون شروط القضاء غير شرط الفتوى، نعم يمكن استفادة اعتبار الفتوى من دليل جواز القضاء فإن الحكم الخاص الذى طبق على واقعه ويعبر عنه بالقضاء إذا كان حقاً وعدلاً وقسطاً كانت الكبرى المنطبقه عليها حقاً وعدلاً وتلك الكبرى تعتبر هذا ملخص كلامه الطويل العريض فى المقام.

أقول: أما قوله سبحانه: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ» (١) ظاهره ولا أقل من المحتمل كون المراد من القيام بالقسط هى الشهاده بالحق وعدم العدول عنه، ويؤيده قوله سبحانه فى سورة المائدة: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ» (٢) وعلى تقدير كون المراد القيمومه بالقسط فى كل مقام حتى عند القيام بالقضاء بين الناس، بأن يكونوا شهداء لله خبراً بعد خبر فليس لها دلالة على نفوذ القضاء من كل شخص، لعدم كونها فى مقام بيان شرائط القاضى، بل فى مقام بيان العدل والحق فى كل الأمور ومنها القضاء، كما أن الأمر بكون الناس شهداء لله لا يقتضى قبول الشهاده فى كل مقام عن كل شخص كما إذا كانت على الغير ولم يكن عادلاً.

وبتعبير آخر: شمول قوله سبحانه: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ» للقضاء بين الناس، مثل قوله سبحانه: «وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (٣)

ص: ٢٣

١- (١) النساء: ١٣٥.

٢- (٢) المائدة: ٨.

٣- (٣) النساء: ٥٨.

الشرح:

فى مقام اعتبار القسط فى الحكم، وأما الأمور المعتره فى الحاكم فلا نظر له إلى ذلك، فلا يمكن التمسك بشىء منهما فى دفع احتمال بعض الأمور المحتمل اعتبارها فى الحاكم كالأجتهد وكونه رجلاً، لاحظ قوله سبحانه: «إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ» (١) فإنه ليس فى مقام بيان الأمور المعتره فى المطلق، ولو شك فى اعتبار كون المطلق زوجاً أو يصح طلاق الولى أيضاً فلا يمكن التمسك به فى اثبات صحه طلاق الولى.

ومما ذكرنا يظهر ما عن بعض الأصحاب قدس سره من رفع اليد عن اطلاق الآيات بما ورد فى نفوذ القضاء من كون القاضى راوياً للحديث والناظر فى الحلال والحرام والعالم بقضاياهم من العناوين التى لا تصدق على العامى ولو مع تعلمه عدداً من القضايا من مجتهده لا يمكن المساعده عليها.

والحاصل: أن الكلام فى المقام فى شرائط القاضى بحيث ينفذ حكمه لا فى شرائط حليه ابراز الحكم الشرعى والحق فى الواقع؛ ولذا لا يمكن التمسك فى المقام أيضاً بقوله سبحانه: «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (٢) فإن مفهومه أنه لا محذور تكليفاً على الشخص إذا كان حكمه بما أنزل الله، وأما ما يعتبر فى نفوذ ذلك الحكم فلا تعرض فيه لذلك، ونظر ذلك ما ورد فى رجل قضى بالحق وهو يعلم.

نعم ربما يستدل على عدم اعتبار الاجتهاد ولو بنحو التجزى فى قاضى التحكيم بالاطلاق فى صحيحه الحلبي «قال: قلت لأبى عبدالله عليه السلام: ربما كان بين رجلين من أصحابنا المنازعه فى الشىء فيتراضيان برجل منا فقال: ليس هو ذاك الحديث». بعد تقييدها بكون الرجل عادلاً يعلم القضاء فى تلك الواقعة ولو تقليداً، أخذاً بما دل على

١- (١) الطلاق: ١.

٢- (٢) المائده: ٤٧.

الشرح:

عدم نفوذ الفاسق وعدم جواز القضاء مع الجهل بالحق.

ولكن قد تقدّم أنّ مدلول مقبوله عمر بن حنظله ومعتبره سالم بن مكرم يناسب القضاء بنحو التحكيم، حيث إنّ الأمر بتوافق الخصمين في الرجوع إلى من ذكر فيهما والرضا بحكمه مقتضاه ذلك ولو كان المراد القاضى الابتدائى لكان تعيين المراجعة إليه بيد المدعى، لما يأتى من أنّ تعيين القاضى حق للمدعى والمدعى عليه ملزم بالاستجابة عند رجوع المدعى إلى القاضى الابتدائى، خصوصاً بملاحظه ما ورد في ذيل المقبوله من فرض تعيين كل من المتخاصمين رجلاً وتراضيهما بكونهما ناظرين في منازعتهم، ولو كان القضاء ابتدائياً لكان الحكم هو الذى عينه المدعى، وينفذ حكمه على المتخاصمين.

أضف إلى ذلك أنّ المقبوله والمعتبره لم يفرض فيهما زمان الغيبه، بل المتيقن من الأمر فيهما بالمراجعة إلى من وصفه عليه السلام زمان حضوره، ومن الظاهر أنّ في ذلك الزمان لم يكن القضاء من أصحابه عليه السلام كالقضاء ممّن له شؤون القاضى من استيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض، أو حقوق الله من العقوبات لأنّ هذا الاستيفاء يتوقف على القدره والسيطره التى كانت بيد المخالفين، ولا تحصل للشخص إلاّ أنّ يكون بيده ولايه البلاد وإمارتها أو بكونه منصوباً بالنصب الخاص من قبل من يكون كذلك، اللهمّ إلاّ أن يقال: إنّ عدم التمكّن من العمل بمقتضى الولايه لا ينافى ثبوت الولايه.

هذا كلّه بالاضافه إلى اشتراط الاجتهاد وعدمه فى القاضى، وأمّا اعتبار سائر الأمور من عرفانه الكتابه والبصر والحريه وغير ذلك فقد تقدّم أنّ مقتضى الاطلاق فى دليل نفوذ القضاء عدم اعتبار شىء منها، فيكفى فى القاضى البصيره ولا يلزم البصر وكذا فى غيره.

وهنا مسائل:

الأولى: يشترط في ثبوت الولاية اذن الإمام عليه السلام [١] أو من فوّض إليه الإمام، ولو استقضى أهل البلد قاضياً لم تثبت ولايته، نعم لو تراضى خصمان بواحد من الرعيه وترافعا إليه فحكم بينهما لزمهما الحكم ولا يشترط رضاهما بعد الحكم، ويشترط فيه ما الشرح:

[١] ظاهر كلامه قدس سره أن نصب الإمام عليه السلام أو من فوّض إليه أمر النصب شرط في نفوذ القضاء من القاضى الابتدائى فلا ينفذ القضاء من غير المجاز إلا بنحو التحكيم، ويعتبر في قاضى التحكيم الشرائط المعتمره في القاضى الابتدائى ومنها الاجتهاد كما تقدّم.

ثم ذكر قدس سره أنّ مع عدم اذن الإمام ينفذ القضاء الفقيه الجامع لشرائط الفتوى من فقهاء أهل البيت عليهم السلام، وتمسك في ذلك بقول أبى عبدالله عليه السلام في معتبره أبى خديجه: «فاجعلوه قاضياً فأنى قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه».

أقول: إن كان المراد بالاذن الاذن الخاص، فيمكن الفرق بين قاضى التحكيم والقاضى الابتدائى بأنه ليس في قاضى التحكيم الاذن الخاص، ولذا لا ينفذ حكمه إلا مع تراضى الخصمين بكونه حاكماً في منازعتهما، إلا أنه يرد عليه أنه كيف يمكن القاضى الابتدائى مع عدم اذن الإمام عليه السلام.

فان قيل: أنه لا يعتبر مع عدم حضور الإمام عليه السلام الاذن الخاص في القاضى الابتدائى، فيقال: إن كان المستند لعدم اعتباره معتبره أبى خديجه وروايه عمر بن حنظله وغيرهما فهي تعم زمان حضور الإمام عليه السلام بل ذلك الزمان مقطوع من مدلولها.

وبالجملة: نفوذ القضاء بلا اذن خاص في زمان غيبه الإمام عليه السلام خاصه خارج عن مدلول تلك الأخبار، إلا أن يراد من عدم الإمام عدم التمكن من الرجوع إليه، سواء أكان زمان الحضور أم زمان الغيبه.

الشرح:

وإن كان المراد بالإذن الأعم من الأذن الخاص، كما هو المعروف في كلمات الأصحاب فكيف يتصور قاضى التحكيم مع اعتبار الاجتهاد فيه كالقاضى الابتدائى. والحاصل: لم يظهر لى ما يجمع شمل كلام الماتن فى المقام.

وأيضاً إن أراد ممّا ذكره قدس سره من جواز القضاء بنحو التحكيم فى جميع الأحكام تمام المرافعات والمنازعات، فهو وإن أراد استيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض لاستيفاء حقوق الناس وحقوق الله من العقوبات الشرعيه فمن المعلوم أنه ليس فى البين ما يدلّ على جواز ذلك لمن يجوز له القضاء بنحو التحكيم، بل غايه ما يستفاد من صحيحه الحلبي المتقدمه نفوذ قضائه فى المنازعات والمرافعات، بل استفاده العموم من معتبره أبى خديجه ومقبوله عمر بن حنظله أيضاً مشكل.

نعم، لا يبعد أن يقتضى دليل الحسبه التصدى للقضاء بنحو القاضى المنصوب الخاص، واستيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض، واجراء الحدود والتعزيرات على مرتكبي موجباتهما؛ حفظاً لحقوق الناس ونظام البلاد؛ وكون من له القضاء هو المتيقن ممن تقتضى خطابات الحدود والتعزيرات اجرائهما على المرتكبين.

ثمّ إنه يكفى فى القاضى فى واقعه علمه بحكمها، ولو بنحو التجزى فى الاجتهاد، فلا يعتبر الاجتهاد المطلق، لصدق ما ورد فى معتبره أبى خديجه ومقبوله عمر بن حنظله عليه، فإنّ العلم بالأحكام المتعارف فى ذلك الزمان وعرفانه بها والنظر فيها كان بوصول الخطابات الشرعيه إلى الشخص وعرفانه مداليلها بمقدار يعتدّ بها، وهذا أقلّ مراتب الاجتهاد، ونصب القاضى فى زمان النبى صلى الله عليه وآله أو فى زمان على عليه السلام قد وقع لهذا النحو من العالم، واستظهار جواز القضاء لمن تعبّد بفهم الغير من تلك الخطابات والروايات وان صدق عليه أنه تعلم الأحكام من ذلك الغير مشكل جداً؛

عدم جواز الترافع إلى قضاء الجور

يشترط في القاضى المنصوب عن الإمام ويعمّ الجواز كلّ الأحكام ومع عدم الإمام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت عليهم السلام الجامع للصفات المشترطه فى الفتوى، لقول أبى عبدالله عليه السلام: «فاجعلوه قاضياً فأبى جعلته قاضياً فتحاكموا إليه»، ولو عدل والحال هذه إلى قضاء الجور، كان مخطئاً [١].

الشرح:

لانصرافهما إلى ما إذا كان التعلّم بنحو المعهود فى ذلك الزمان.

بل فى البين أمر آخر وهو أنّه إذا فرض مع عدم حضور الإمام عليه السلام الولايه الشرعيه بتنظيم أمر البلاد والتحفّظ عليها للفقيه العادل الجامع لشرائط الفتوى، أو من نصبه ادخالاً لأمر تنظيم أمور البلاد والتحفّظ عليها فى أمور الحسبه، فالتصدى للقضاء وسائر شؤون القضاء واستيفاء الحقوق والعقوبات الشرعيه بلا استيذان من ذلك القائم بأمر نظام البلاد والتحفّظ بها فيما إذا أوجب ذلك موجباً لبعض الاختلال فيها وضعف القوه المركزيه لحوزه الإسلام، التى تصدى لها الفقيه الجامع لشرائط الفتوى أو المنصوب والمجاز من قبله مشكل إلاّ- بنحو قضاء التحكيم، حيث لو قيل باستفاده القضاء الابتدائى من المقبوله ومعتبره أبى خديجه فلا ينبغى التأميل فى أنّ المفروض من مدلولهما غير هذا الفرض، مع أنّ الأصل عدم نفوذ القضاء فلا بدّ فى الخروج عنه من ثبوت الدليل عليه.

نعم إذا كان القائم بأمر تنظيمها والتحفّظ عليها ملحقاً بحكام الجور يكون أمر القضاء فى المنازعات داخلاً فى مداليل الروايات المشار إليها.

[١] لا خلاف فى عدم جواز الترافع إلى قضاء الجور مع التمكن من الرجوع إلى من هو أهل للقضاء واستيفاء حقه بحكمه.

ويقال: وكذا المراجع إلى مطلق من ليس أهلاً للقضاء؛ ويشهد لذلك مثل معتبره أبى خديجه المتقدمه، فإنّ عدم الجواز مقتضى التحذير الوارد فيها من قوله عليه السلام: «إياكم

الشرح:

أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور»، ونحوها غيرها.

ولكن يمكن دعوى أنّ التحذير المزبور لا- يعمّ مطلق من لا- يكون أهلاً للقضاء، بل مثل القضاء في ذلك العصر ممّن كانوا من أصحاب الصوله والسيطره ومستقلين في قضاياهم ولو بالقياسات والاستحسانات تاركين قضايا أهل بيت العصمه عليهم السلام .

وعلى ذلك فلا يكون في المراجعه إلى غير أهله من العالم بقضاياهم عليهم السلام مع فقدته بعض الأمور المعتمده في القاضى إلاّ الحكم الوضعى وهو عدم نفوذ قضائه، فلا يحلّ له المال فيما إذا لم يحرز بحجّه معتمده من الخارج أنّه حقّه، بخلاف ما إذا أحرز ذلك، فلا يكون عليه في أخذه أىّ محذور.

وقيل بحرمة اعانه الغير على ارتكاب الحرام فيحرم المراجعه إليه، يعنى إلى غير الأهل للقضاء لأنّ القضاء من غير الأهل محرم، والمراجعه إليه من اعانته على ارتكابه المحرم.

ولكن ذكرنا في المكاسب المحرّمه أنّ في حرمه مجرد اعانه الغير على ارتكابه الحرام من غير كونه داخلاً في عنوان الاعانه على الظلم على الغير ومن غير كونه تعاوناً على الأ-ثم والعدوان تأملاً، وأيضاً في حرمه قضاء غير الأهل مع علمه بحكم الواقعه مع التزامه بعدم نفوذ قضائه تأمّل، وإنّما لا يكون قضاؤه جائزاً وضعاً، نعم القضاء من غير علم محرّم لأنّه من الافتراء والكذب على الشارع.

وكيف ما كان فلو توقّف استنقاذ حقّه المعلوم والمحرز على المراجعه إلى قاضى الجور أو من ليس أهلاً للقضاء فيجوز كما هو ظاهر الماتن قدس سره وغيره، والوجه في ذلك أنّ التحذير في معتمده أبى خديجه وغيرها منصرف إلى صورته امكان فصل الخصومه بالمراجعه إلى من كان أهلاً له ولو بنحو التحكيم، ولو فرض الاطلاق وعدم

الشرح:

الانصراف يكون الجواز مقتضى قاعده نفي الضرر الحاكمه عل المحرمات، ومنها المراجعة إلى أهل الجور أو حرمة الاعانه على إثم الغير وارتكابه الحرام.

ثم إنَّ المذكور في كلمات جماعه من الأصحاب، بل المشهور عندهم كما قيل إنَّه إن أخذ حقه بالمراجعة إلى غير الأهل للقضاء في فرض حرمة المراجعة إليه لا يحلّ له ذلك الحق وإن كان ثابتاً في الواقع.

وقد ورد ذلك في معتبره عمر بن حنظله التي وصفوها بالمقبوله لعمل الأصحاب بهذا الحكم الوارد فيها، وعبارته عدّه من الأصحاب كعبارته الماتن خاليه عن ذكر ذلك. وناقش بعضهم في الروايه بضعف السند لعدم ثبوت توثيقٍ لعمر ابن حنظله، ولكن ذكرنا أنّ الرجل من المعاريف، ولم يرد في حقه قدح.

نعم، لا- موجب لعدم الحل فيما إذا كان مورد المخاصمه عيناً وكان الشخص محرراً أنّها ماله، فإنَّ مقتضى كونها ماله جواز تصرفه فيها والحق الوارد فيها ينصرف إلى الدين، والدين وان يتعين في المال الخارجى باعطاء المديون بقصد الوفاء، وهذا لا قصد حاصل في فرض الروايه، لكن عدم حلّ هذا للشخص لعدم علمه باستحقاقه واقعاً، كما هو المفروض في المعتبره من كون مورد السؤال فيها الشبهه الحكميه.

ومن هنا لو كان الحق الوارد فيها ما يعمّ العين فلا بأس بالالتزام بعدم الحل، لما ذكرنا أنّ المفروض فيها الشبهه الحكميه، ومع عدم نفوذ قضاء القاضى لا سبيل للشخص إلى إحراز حقه ليجوز له بحسب الحكم الظاهرى.

وبتعبير آخر: المفروض في المعتبره اختلافهما في الدين والميراث، فالأوّل يختصّ بغير العين والثانى يعمّ العين والدين، ويلتزم بأنّ الشخص فيما إذا لم يحرز استحقاقه إلاّ بطريق القضاء غير النافذ فلا يجوز له التصرف ولو كان محققاً في الواقع

الثانية: تولي القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه [١]، وربما وجب ووجوبه على الكفاية، وإذا علم الإمام أن بلداً خالٍ من قاضٍ لزم أن يبعث له. ويأثم أهل البلد بالإتفاق على منعه ويحلّ قتالهم طلباً للاجابه، ولو وجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله، ولو ألزمه الإمام قال في الخلاف: لم يكن له الامتناع لأنّ ما يلزم به الإمام واجب، ونحن نمنع الإلزام إذ الإمام لا يلزم بما ليس لازماً، أمّا لو لم يوجد غيره تعيّن هو ولزمه الاجابه، ولو لم يعلم به الإمام وجب أن يعرّف نفسه لأنّ القضاء من باب الأمر بالمعروف. وهل يجوز أن يبذل مالاً ليلى القضاء؟ قيل: لا لأنه كالرشوه.

الشرح:

في موارد الدين والعين، ولو سلّم أنّ الروايه تعم العين والدين حتّى ما إذا كان الاختلاف فيهما لاختلاف الموضوع لا الحكم الكلى، فيلتزم بعدم الحل لكنّه عدم الحل في خصوص المراجعة إلى المفروض فيها من السلطان الجائر والقاضى المنصوب من قبله.

[١] ذكر الماتن قدس سره استحباب تولي القضاء لمن يثق بنفسه ويجد لنفسها شرائط القضاء، وقد يجب كفاية، ويظهر من آخر كلامه أنّ وجوبه في موارد من جهه وجوب الأمر بالمعروف، وكأنّ حكم القاضى بين المتخاصمين داخل في عنوان الأمر بالمعروف فيجب حيث قال: ولو لم يعلم الإمام من يكون له شرائط القاضى مع انحصار واجدها به وجب أن يعرّف نفسه طلباً لنصب الإمام؛ لأنّ القضاء من الأمر بالمعروف.

وفيه ما تقدّم من أنّ وجوب القضاء لا يرتبط بمسأله وجوب الأمر بالمعروف، كيف وقد لا يكون من يلزم بالدين على صاحبه لاثباته ذلك الدين بالبينه معروفاً واقعاً لخطأ البينه، أو لأنّ المنكر قد أدّى الدين ولكن لعدم البينه له على الاداء أنكر الدين إلى غير ذلك من الموضوعات التي لا يجب فيها ارشاد الجاهل بها أو المعتقد بخلافها.

الشرح:

وكيف كان فالمذكور في كلام جماعه من الأصحاب أنّ القضاء مستحب عيني وواجب كفائي.

ويورد على ذلك بأن الاستحباب التعيني وإن يجتمع مع الوجوب التخيري كما في كفاره شهر رمضان حيث يجب عتق الرقبه تخيراً مع كونه مستحباً تعيناً، حيث أنّ الوجوب في موارد التخيري يتعلق بالجامع بين الخصال و لو كان ذلك الجامع امراً انتزاعياً اعتبارياً كعنوان أحدهما فلا يتعلّق الوجوب بعتق الرقبه، بل يتعلّق بالجامع ويكون العتق مصداقاً له، فلا منع في كون تطبيق الواجب عليه مستحباً تعيناً، وأمّا في موارد الوجوب الكفائي فاجتماع الوجوب الكفائي في فعل مع كون ذلك الفعل مستحباً عينياً غير ممكن؛ لأنّ التكليف في موارد الوجوب الكفائي يتوجه إلى كلّ واحد من المتعديدين، غايه الأمر التكليف المتوجه إلى كل منهم معيّن بعدم حصول الفعل من الآخرين، حيث إنّ توجه التكليف و البعث الى الجامع من غير أن يتوجه إلى الأشخاص غير معقول، فإنّ الجامع لا يقبل الانبعاث و الانزجار و لا يقاس بالأحكام الوضعيه مثل ملكيه الزكاه للفقير و سهم الساده للهاشمي الفقير.

وعلى ذلك فمع توجه التكليف الوجوبي إلى فعل الشخص، ولو مع كونه معيّن بعدم حصول الفعل من الآخر، كيف يكون ذلك الفعل مستحباً لذلك الشخص، خصوصاً بملاحظه أنّ الاستحباب أيضاً يكون كفائياً لسقوطه بحصول الفعل من الآخرين.

وقد نقل في الجواهر في الجمع بين الاستحباب العيني و الوجوب الكفائي بعض الوجوه، ككون الوجوب الكفائي قبل قيام الغير بشؤون القضاء في الواقعه والاستحباب النفسى ممن يثق بنفسه يتعلّق بالقضاء في تلك الواقعه بعد تصدى الغير وقيامه بمقدمات القضاء فيها.

الثالثة: إذا وجد إثنان متفاوتان في الفضيله مع استكمال الشرائط المعبره فيهما، فإن قلّد الأفضل جاز، وهل يجوز العدول إلى المفضول؟ فيه تردد، والوجه الجواز [١] لأنّ خلله ينجبر بنظر الأمام.

الشرح:

وناقش فيه بأنهم لم يقيّدوا الاستحباب بما بعد سقوط الوجوب الكفائي وقيام الغير بشؤون القضاء في واقعه، مع أنّ الوجوب الكفائي لا يسقط بمجرد قيام الغير بمقدمات الفعل أو تهيئه نفسه للاتيان به، وذكر أنّ الأولى أن يقال: إن التولى للقضاء عن الإمام عليه السلام مستحب نفسى لمن يثق من نفسه ولا يجب على غير الإمام عليه السلام التولى على ما تقدم من الروايات و في بعضها من أنّ القضاء لنبى أو وصى نبى، نعم ربّما يجب التولى إذا كان مقدمه للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، بحيث يكون الشخص مع تولى القضاء متمكناً منهما كما يجب فيما أمر الإمام عليه السلام بالتولى، ولعل ما ذكر المصنّف رحمه الله يرجع إلى ذلك، انتهى.

أقول: يمكن أن يقال إنّ تولى القضاء بجعل نفسه في معرض المرافعه إليه مع شمول الاذن و النصب له وإن كان واجباً كفايياً مع عدم الانحصار، و عينياً مع الانحصار، حفظاً للنظام و حسماً للمخاصمه و المنازعه بين الناس الموجه لانعدام الأمن و التشاجر الموجب لضياح الحقوق، إلا أنّ وجوب القضاء في كل واقعه ترفع إليه غير واجب فيما إذا أمكن عرض الصلح على المترافعين أو ترغيب مدعى الحق في العفو والاعماض، حتى على تقدير حقه واقعاً، وفي مثل ذلك إذا اطمئن من نفسه بايصال الحق إلى صاحبه بالقضاء فيها يكون القضاء مستحباً لما فيه اعانه وسعى في قضاء حاجه المؤمن ونحو ايصال الحق إلى صاحبه.

[١] ذكر قدس سره إذا كان اثنان بشرائط القاضى، ولكن اختص أحدهما بالفضيله، يعنى بالأعلميه في مسائل القضاء، فلو نصب الإمام الأفضل جاز، وهل يجوز له ترك

الشرح:

الأفضل و نصب المفضول؟ فيه تردد، ولكن الأظهر جوازه؛ لأنّ الخلل الحاصل بترك نصب الأفضل ينجر بكون الإمام ناظراً إلى قضاء المفضول.

وأورد عليه في الجواهر أنّه قد لا يكون الإمام عليه السلام قريباً ليطلع على حكم المفضول في الوقائع المرفوعة إليه، وإنّ أصل فرض المسألة خال عن الثمره، حيث إن الإمام عليه السلام أعلم بما يفعل مع حضوره والعمده التكلّم في نواب الغيبه الذين بيدهم القضاء في الوقائع، وإنه هل يجوز المرافعه إلى المفضول منهم في القضاء أو الفتوى ولو مع العلم باختلاف الفاضل مع المفضول في القضاء أو الفتوى ولو اجمالاً؟ فاختار الجواز أخذاً بالاطلاق في أدلّه نصب العام من قوله عليه السلام «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا»، فإنّه عليه السلام لم يقل انظروا إلى الأفضل منكم، وإذا كان قضاء المفضول مع وجود الأفضل نافذاً فلازمه اعتبار فتواه في كلّى تلك الوقائع؛ لأنّ الحكم الكلّي يكون من الحق والقسط وما أنزل الله، فيستفاد جواز تقليد المفضول من جواز المحاكمه إليه، أضف إلى ذلك السيره المستمره من المتشرعه، فإنّها كانت جاريه على الرجوع في الوقائع المبتلى بها إلى نواب الإمام عليه السلام مع العلم باختلافهم في مراتب الفضل.

لا يقال: لا يمكن التخيير بين الأفضل و المفضول مع العلم باختلافهما، كيف قد ورد في بعض الروايات تعين حكم الفاضل و ترجيحه على حكم غيره.

فإنه يقال: ان ما أُشير إليه في بعض الروايات ناظر إلى ما إذا اتفق المتخاصمين على المراجعه إلى الفاضل و المفضول دفعه، فاختلفا في حكم الوقائع فإنّه في هذا الفرض لا يمكن التخيير ولا ترتفع المخاصمه، فلا بد من ترجيح أحدهما، ولذا ذكر فيها أنّه مع فقد الترجيح يتوقف حتى يلقي الإمام عليه السلام ولا ينافي ذلك التخيير ابتداءً في

الشرح:

رفع أصل المخاصمه بين الرجوع إلى الفاضل أو المفضول، بل التأمل في أدلّه النصب ومنها صدر المقبوله يقضى تجويز الرجوع إلى كل منهما و نفوذ قضائه.

أقول: أمّا مسأله الرجوع إلى الأعلم في مقام الاستفتاء فهي خارجه عن البحث في المقام، وقد تقدم أنّه لا ملازمه بين نفوذ قضاء المفضول و اعتبار فتواه، والكلام في المقام في نفوذ قضائه مع وجود الفاضل، والأظهر بحسب معتبره أبي مريم و معتبره عمر بن حنظله جواز الرجوع إلى كل منهما، ولكن بما أنّ نفوذ القضاء واعتباره كنفوذ الفتوى واعتبارها طريقيّ فلا إطلاق لهما بالاضافه إلى صورته العلم باختلاف الفاضل و المفضول في القضاء في الواقعه التي يراد رفعها إلى القضاء.

وبتعبير آخر: لا يدخل هذا الفرض في مدلول معتبره أبي مريم و صدر معتبره عمر بن حنظله.

نعم يستظهر من ذيل الثانيه اعتبار قضاء الأعلم، حيث لا يحتمل الفرق بين اعتبار قضائه بعد المراجعه إليه مع المراجعه إلى المفضول وبين الاتفاق على المراجعه إلى الأعلم خاصه من الابتداء. بل مقتضى ما تقدم من لزوم التصدى للقضاء حفظاً للنظام واستيفاءً لحقوق بعض الرعيه على البعض الآخر المستكشف منه نفوذ القضاء أيضاً نفوذ قضاء الفاضل مع احراز اختلاف قضائه مع المفضول.

بل لو قيل باعتبار النصب الخاص فيما كان في بقعه من الأرض زعامه اسلاميه بحيث يمكن احراز الولاية الشرعيه للمتصدي لها فالمتعين عليه نصب الفاضل إذا كان في نصبه كفايه، لأنّ نفوذ نصبه بالاضافه إلى الأفضل محرز و غيره مشكوك.

وربّما يدل عليه ما في العهد المعروف إلى مالک الأشر من قوله عليه السلام «اختر للحكم بين الناس أفضل رعيّتك»، (١) ولكن المراد ليس هو الأفضل المطلق بل

ص: ٣٥

الرابعه: إذا اذن له الإمام في الاستخلاف جاز ولو منع لم يجز، ومع اطلاق التولية إن كان هناك اماره تدلّ على الاذن، مثل سماعه الولاية التيلا تضبطها اليد الواحده جاز الاستنايه وإلا فلا، استناداً إلى أنّ القضاء موقوف على الإذن [١].

الشرح:

الأفضل الموجود في البلد وماحوله بحيث يمكن لعامة الناس في ذلك البلد أو ماحوله من الرجوع إليه، فإنّ اعتبار الرجوع إلى الأفضل المطلق نظير تقليد الأعم غير محتمل، حيث لا تيسّر لجميع الناس المرافعه إليه بخلاف أخذ الفتوى، فإنّه يمكن الأخذ بالرجوع إلى رواه الفتوى أو الرجوع إلى رساله الأعم.

نعم لا- يبعد أن يكون الأمر في القضاء أيضاً كذلك فيما إذا كان اختلاف المترافعين ومنازعتهما ناشئه عن جهلها بالحكم الشرعى الثابت للواقعه التي ابتليا بها، حيث إنّ ترفع منازعتهما برجوعهما إلى فتوى الأعم من غير حاجه إلى القضاء.

[١] ذكر قدس سره أنّه لو أذن الإمام عليه السلام لمنصوبه الخاص في الاستخلاف للقضاء جاز له استخلاف من يجوز له القضاء مع نصبه ولو منع عن الاستخلاف لم يجز، ومع اطلاق توليته القضاء وتفويضه إليه فإن كان في البين قرينه تقتضى الاذن في الاستخلاف، كما لو كان البلد وسيعاً لا يتيسّر فيه القضاء بوحده جاز الاستخلاف، ومع عدم القرينه فلا يجوز لأنّ القضاء من غير الإمام عليه السلام موقوف على اذنه عليه السلام وقد تحقق بالاضافه إلى المنصوب دون من يستخلفه.

أقول: المهم في المقام التكلم في زمان الغيبه وأنّ المنصوب للقضاء بالنصب العام يجوز له أن يستنيب غيره بالقضاء بالتوكيل، فيما إذا لم يكن من ينوب عنه داخلاً في النصب العام كأن يوكل المجتهد مقلّده البصير فيأمر القضاء أن يقتضى بفتاواه في الوقائع التي ترفع إليه، بأن يطبق على تلك الوقائع فتاواه التي ذكرها في رسالته أو كتابه، فيحكم بمقتضاها.

الشرح:

فقد ذكر في الجواهر جواز ذلك ونقله عن المحكى عن الفاضل القمي وقال: لا بأس بذلك لولم يكن اجماع على خلافه كما لهجت بدعواه ألسنه المعاصرين وبعض من تقدّمهم، وقال: لا يرد على ذلك باختصاص النصب العام بالمجتهد، فكيف يكون قضاء غيره نافذاً، فإن اختصاص النصب العام للمجتهد يقتضى عدم نفوذ حكم غيره مستقلاً، لا- عدم نفوذ حكمه ولو كان بالتوكيل عن المنصوب، فإن للمجتهد الولاية على القضاء نظير ما كان للإمام عليه السلام على ما هو ظاهر روايه عمر بن حنظله وكما كان للإمام عليه السلام الاستنابه للقضاء بقضاياه عليه السلام كذلك للمجتهد الاستنابه وتوليه الحكم بفتاواه التي هي عدل وقسط وحكم بما أنزل الله؛ انتهى.

ولا- يخفى أنّ غايه ما يستفاد من النصب العام أنّ للعالم بقضاياهم أن يقضى في الوقائع التي ترفع إليه، وأمّا أنّ له التوكيل بأن يوكل الغير في القضاء فيها فلا.

وبتعبير آخر: ان مقتضى جعل شخص حاكماً أو قاضياً كما هو مقتضى معتبره أبى خديجه ومقبوله عمر بن حنظله هو قيام مبدء القضاء والحكم بذلك الشخص لا الأعم من قيامه به وبمن هو من قبله، إلا أن يثبت أنّ القضاء نظير البيع والنكاح والطلاق من الأمور التي تستند إلى الشخص بالتسبيب والوكالة، كما أنّه لم يحرز أنّه من الأفعال التي تستند عرفاً إلى غير المباشر أيضاً، كما في الحلق والذبح والتصدق.

وليس فيما ورد بمشروعيه الوكالة عموم يدخل فيه القضاء. والتمسك في مشروعيه التوكيل في القضاء بمثل روايه معاويه بن وهب وجابر بن يزيد غير صحيح؛ فإنّها وارده في بيان حكم آخر، وهو استمرار الوكالة فيأمر إلى زمان وصول العزل إلى الوكيل بعد مشروعيه الوكالة في ذلك الأمر.

وبالجملة: الثابت هو أنّ قضاء المجتهد قضاؤه عليه السلام وأمّا أنّ قضاء وكيل

الشرح:

المجتهد قضاؤه عليه السلام فهذا غير ظاهر، ومقتضى الأصل عدم النفوذ.

هذا كله إذا وكل المجتهد مقلده، وأما إذا وكل مجتهداً آخر لا يجوز لذلك المجتهد الاستقلال بالقضاء، كما إذا كان مفضولاً ومع الأفضل في البلد فالأمر أيضاً كذلك، بل الأمر فيه اشكل فإنه وإن وكله في القضاء بعلمه فالمفروض أن القضاء عنه بعلمه غير نافذ في الواقعه، وإن وكله في القضاء بفتوى الموكل فالمفروض أن ذلك المجتهد لا يرى فتواه حكم الله والحق والعدل فكيف يكون قضاؤه بالحق والعدل وبما أنزل الله.

وأجاب عن ذلك السيد اليزدى قدس سره بأن دليل اعتبار ظن المجتهد على حدّ سواء بالاضافة إلى المجتهدين، ولكن لم يظهر وجه صحيح لذلك الجواب، فإن مقتضاه أن يترك ما استفاده من الأدله والأخذ في الواقعه بفتوى الغير، وكيف يمكن لمجتهد أن يترك مقتضى خطاب الشرع بنظره ويتعبد بما يراه مقتضى خلاف ظاهره.

ثم إنه قد يقال: إذا اقتضت المصلحه توليه القضاء لغير الواجد لشرائط القاضى كغير العالم أو غير العادل فلإمام عليه السلام توليته، ويستدل على ذلك بنصب شريح المعروف بفقده شرائطه، وإن الاضطرار إلى فعل كما يرفع حرمة كذلك الاضطرار إلى ترك رعايه شرط يرفع اشتراطه، وعلى ذلك فالاضطرار إلى قضاء العالم بالحكم من غير اجتهاد أو من غير عداله يوجب جواز المرافعه إليه، بل نفوذ قضائه وجواز نصبه.

أقول: الاضطرار، تاره: يلاحظ بالاضافه إلى وليّ الرعيه حيث لا يكون له خيار إلا نصب من لا يكون واجداً للأوصاف المشروطه، كما قيل وقوع ذلك في نصب شريح، وأخرى: بالاضافه إلى الرعيه حيث يضطرون إلى المرافعه إلى قضاء غير الواجد لشرائط القاضى. وثالثه: يلاحظ بالاضافه إلى نفس القاضى حيث يرى نفسه فاقداً

الشرح:

لبعض شرائط القاضى كالعَداله أو الاجتهاد، ولكن يرى حاجه الرعيه إلى قضائه لعدم كون الواجد لشرائط القضاء بمقدار الكفايه لحاجه الناس أو عدم تصدّى الواجد لشرائطه للقضاء، عذراً أو من غير عذر.

فإن كان الاضطرار بالاضافه إلى وليّ المسلمين فلا- ينبغى التأميل فيأنه يجوز له الاذن لغير الواجد بالقضاء بالحق فى الوقائع المرفوعه إليها؛ لأنّ الاذن فى القضاء فى نفسه وان كان غير جائز لغير الواجد، إلا أنّ طرق الاضطرار إلى الاذن والنصب يجوّزه، كما يجوزه نفى الحرج أو الضرر الحرمه الثابته فى فعل لولا طرق هذه العناوين، ويقال من هذا القبيل اضطرار على عليه السلام إلى النصب فى قضيه الحكمين. ولكن لا يترتب على هذا النصب حكم وضعى.

وبتعبير آخر: يكون نصبه هذا من قبيل التقيه فى بيان الحكم أو القضاء، ولعل نصب شريح كان من هذا القبيل، ولذا اشترط عليه السلام أن لا ينفذ قضائه حتى يعرضه عليه، وفى صحيحه هشام بن سالم عن أبى عبدالله عليه السلام: «لما ولى أمير المؤمنين عليه السلام شريحاً القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه» (1).

نعم لو كان النصب بمعنى الزام وليّ المسلمين الرعيه بالعمل بقضاء ذلك الفاقد وترتيب الأثر عليه لطرو المصلحه الموجهه لذلك، فلا بأس بالالزام بترتيب أثر القضاء الصحيح عليه، إلا مع العلم بخطئه، أو مع العلم بصوابه، كما ربّما يلتزم بذلك بالاضافه إلى قضاء القاضى من أهل الخلاف بالإضافه إلى ثبوت هلال ذى الحجه، ويمكن استظهار ذلك مما ورد فى شأن شريح فى قضيه درع طلحه.

الشرح:

ولعل اشتراط أن لا ينفذ حكمه حتى يعرضه عليه عليه السلام لاحراز كونه على الحق، وهذا يدخل في الحكم الولائي بالاضافه إلى الرعيه وبالاضافه إلى الولي من الحكم الشرعي في نصبه وأمر الرعيه باتباع قضائه، حيث إنّ جواز النصب وجواز الأمر بالاتباع فيما إذا لم يعلم خطأ قضائه أو علم كونه على الموازين من الحكم الشرعي المترتب على ولايه الزعامه على الرعيه، فيما كانت شرعيه كما في الإمام عليه السلام .

وأما اضطرار المترافعين إلى المرافعه إلى فاقد الأوصاف المعتبره في القاضى، فقد تقدم الكلام فيه في المراجعه إلى حكام الجور وقضائهم من أنه إذا أحرز حقه وتوقف استنقاذه على الترافع إلى غير الواجد للأوصاف فلا بأس لإرتفاع الحرمة بأدله نفي الضرر الحرج وللاضطرار، ولا- يقتضى شىء من ذلك اعتبار قضاء الفاقد لشرائط القضاء، حيث مقتضى الأدله الرافعه نفي التكليف الثابت لولاها لا اثبات الحكم الوضعى.

وبالجملة: فالأوصاف المعتبره في القاضى لا يدخل في فعل المكلف ليضطرّ إليه فعلاً- أو تركاً، وإنما فعله المرافعه إلى فاقد الوصف والرجوع إليه لو كان محرماً يرتفع حرمة، ولكن لا يثبت نفوذ قضائه.

وأما اضطرار غير الواجد لأوصاف القاضى إلى القضاء فلا يتصور اضطراره إلى قضائه، فإنّ تولّى القضاء مشروط بصفات وعلى غير الواجد تحصيل تلك الصفات مع تمكنه من تحصيلها ليقضى بين الناس، ومع عدم تمكنه فلا تكليف بالاضافه الى القضاء، نعم يمكن تصوير اكراهه على القضاء، ومعه يجوز له القضاء تكليفاً، ولكن لا يثبت لقضائه نفوذ.

الخامسة: إذا ولى من لا يتعين عليه القضاء فإن كان له كفايه من ماله فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال و لو طلب جاز [١] لأنه من المصالح، وإن تعين عليه القضاء ولم يكن له كفايه جاز له أخذ الرزق وإن كان له كفايه قيل: لا يجوز له أخذ الرزق لأنه يؤدي فرضاً.

الشرح:

[١] ذكر قدس سره أنه إذا لم يتعين على الشخص تولى القضاء كما إذا كان التولى واجباً كفايياً وتولى القضاء وكان له مال يكفي لمؤنته، فالأفضل أن لا يأخذ الرزق من بيت المال المجتمع من الزكوات والخراج والمقاسمه وجزيه الرؤوس ونحوها، ولعل وجه كونه أفضل توفير بيت المال وتيسير ولى المسلمين، حيث إن الامتناع عن الارتزاق منها اعانتة على مهامه من صرف المال على سائر مصالح المسلمين، ولو طلب الرزق والحال هذه جاز لأن صرفها على القضاء من صرفها على مصالح المسلمين.

وذكر في الجواهر أن في جواز المطالبة اشكال، وهو أنه مع وجوب تولى القضاء ولو بنحو الواجب الكفايياً يجوز له الامتناع عن التولى، ومع عدم الجواز كيف يجوز له المطالبة بالمال، هذا لو لم نقل بكون القضاء تعبيرياً وإلا يجيء في الطلب اشكال آخر وهو أن العبادة فعل العبد ليتقرب به إلى الله سبحانه ومع أخذ العوض يلزم الجمع بين العوض والمعوض، هذا إذا كان الوجوب كفايياً، وأما إذا تولى القضاء لعدم الآخر أو أمر الإمام عليه السلام بالتولى فيجوز أخذ الرزق مع حاجته لقيامه بمصلحه المسلمين ونظام النوع، وأما إذا لم يكن محتاجاً فلا يجوز على قول لأن القضاء في الفرض متعين عليه.

أقول: أمياً أخذ الرزق من بيت المال فالأظهر جوازه، سواء أكان له مال يكفي لمؤنته أم لا؛ لأن بيت المال معدل للصراف على مصالح المسلمين، وإذا كان في اعطاء ولى المسلمين القاضى من بيت المال ولو مع عدم فقره ما يوجب اهتمامه وسعيه

ص: ٤١

أما لو أخذ الجُعَل من المتاحكمين ففيه خلاف والوجه التفصيل، فمع عدم التعين وحصول الضروره قيل يجوز، والأولى المنع ولو اختل أحد الشرطين لم يجز.

الشرح:

في أمر القضاء جاز له الاعطاء، كما جاز للقاضي الطلب والأخذ.

ولا يقال: قد ورد في صحيحه عبدالله بن سنان: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق، فقال: ذلك السحت»^(١).

فإنه يقال: مع أن ظاهرهما العوض على القضاء، حيث لو كان المراد مجرد الارتزاق لا-كتفى السائل بقوله عن قاض بين قريتين يأخذ الرزق من السلطان، فهي منصرفه إلى قضاءه الجور المعروفين في ذلك الزمان المنهى عن المراجعة إليهم من الأعوان الظلمه.

والحاصل: ارتزاق القاضي والاعطاء من بيت المال له من صرفه على مصالح المسلمين، خصوصاً مع حاجته ولو للتوفير على عياله أو تأمين الأمور المرتبه على قضائه، وقد ورد في العهد المعروف إلى مالِك الأشر: «واكثر تعاهد قضائه وافسح له في البذل ما يزيح علة وتقل معه حاجته إلى الناس»^(٢).

وأما أخذ الأجره على القضاء فقد ذكرنا في بحث أخذ الأجره على الواجبات أن مجرد وجوب الفعل ولو كان تعديداً لا يوجب عدم جواز أخذ الأجره عليه؛ لأن العباده لا توجب كون الفعل مملوكاً لفاعله أو لله سبحانه بملك اعتباريليلزم من أخذ الأجره عليه الجمع بين العوض والمعوض، ويكفي في قصد التقرب المعتبر فيه أنه لو لم يكن أمر الشارع به لما كان يأتي به حتى مع اعطاء الأجره عليه، بل الموجب لفساد أخذ الأجره أحد أمرين: أحدهما: أن يكون ايجابه على المكلف بأن يأتي به مجاناً، الثاني:

ص: ٤٢

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٨ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١: ١٦٢.

٢- (٢) المصدر نفسه: الحديث ٩: ١٦٣.

أمّا الشاهد فلا يجوز له أخذ الاجره، لتعين الإقامه عليه مع التمكن، ويجوز للمؤذن والقاسم وكاتب القاضى والمترجم وصاحب الديوان ووالى بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال لأنه من المصالح، وكذا من يكيل للناس ويزن، ومن يعلم القرآن والآداب.

الشرح:

عدم المالىه لذلك الفعل، سواء أكان واجباً أم مندوباً، بحيث يكون أخذ العوض عليه من أكل المال بالباطل.

وربما يقال: إنه يستفاد عدم المالىه للقضاء شرعاً وإيجابه على واجد الأوصاف مجاناً من صحيحه عمّار بن مروان قال: «قال أبو عبدالله عليه السلام: كل شىء غلّ من الإمام فهو سحت، والسحت أنواع كثيره، منها ما أُصيب من أعمال الولاة الظلمه و منها أُجور القضاء وأجور الفواجر و ثمن الخمر والنبيذ والمسكر والربا بعد البيئه فأما الرشا فى الحكم فإنّ ذلك الكفر بالله العظيم جلّ اسمه وبرسوله. (١)

وأجيب بأنّها ناظره إلى ذلك الزمان من القضاء المتصددين للقضاء من قبل الظلمه، وإنّ أجورهم داخله فى ما أُصيب من أعمال الولاة الظلمه، كما يؤيدها تكرار لفظه منها الظاهره فى التبويض، مع رجوع الضمير إلى الموصول لا إلى الأنواع.

أقول: لم تظهر قرينه على أنّ الألف واللام فى القضاء للعهد وتكرار لفظه منها لا يدلّ على شىء لو لم يكن تأنيث الضمير قرينه على عوده إلى الأنواع، مضافاً إلى أنّ القضاء فى واقعه كالافتاء فيها فى عدم المالىه، فالأحوط ترك أخذ العوض من المتخاصمين. بل مطلقاً، وإن كان العهد المعروف يشير إلى جواز الأوّل والاكتفاء بالإرتزاق، حيث إنّ ما فى العهد لا يخرج إلى حد الظهور فيأخذ العوض، فإنّه يمكن أن يكون السؤال لكتابه القضاء، ولو كان الكاتب هو القاضى ومثل الكتابه ليس داخلًا فى القضاء الواجب، كما لا يخفى.

ص: ٤٣

السادسه: تثبت ولاية القاضى بالاستفاضه [١]، وكذا يثبت بالاستفاضه: النسب

الشرح:

[١] الظاهر أنّ المراد من ولاية القاضى نصبه الخاص للقضاء ومراده من الاستفاضه شهره خبرنصبه، بحيث يحصل منه الإطمئنان والوثوق وسكون النفس غالباً، ولو لم يكن فى بعض الموارد لبعض الجهات كذلك والثبوت بالشياع كذلك لا يختص بالولاية على القضاء، بل يثبت بالاستفاضه غيرها أيضاً مما جرت سيره حتى عند المتشرعه على الاعتماد عليها فيها من نسب الشخص، ككونه ابن فلان أو أخاً لفلان من غير فرق من جهة الأب أو الأم والملك المطلق ككون هذه الدار لزيد أو المزرعه لفلان، نعم خصوصيه الملك ككونه بالشراء أو المصالحه أو الهبه ونحوها لا تثبت بالشياع.

ومن الاستفاضه المعبره، الشياع فى موت شخص أو نكاحه من فلانه، أو كون الملك وقفاً وكون العبد معتقاً ونحو ذلك مما قيل فى ضابطها كل ما يعسر عليه اقامه البينه، والوجه فى تفسير الاستفاضه فى كلام الماتن بذلك أنّه لو كان المراد بالاستفاضه الشياع المفيد للعلم واليقين فعلاً لما يكون اعتباره مختصاً بالأُمور المذكوره كما هو ظاهر المتن وغيره.

وفى مرسله يونس بن عبدالرحمان عن أبى عبدالله عليه السلام «قال: سألته عن البينه إذا أُقيمت على الحقّ أيحلّ للقاضيان يقتضى بقول البينه إذا لم يعرفهم من غير مسأله؟ فقال: خمسه أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم: الولايات والتناكح والمواريث والذبائح والشهادات، فإذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه» (١).

ص: ٤٤

الشرح:

وفى روايه الفقيه: الانساب بدل المواريث،(١) ولعل المراد منهما واحد، حيث إنّ المراد من المواريث موجب الارث، أى النسب والمراد بظاهر الحكم الشيع الموجب للاطمئنان وسكون النفس غالباً، وإن لم يكن فى بعض الموارد لوجود مقتضى الشك كذلك.

ولعل المراد من ظاهر الحكم فى عداله الشهود وعدم السؤال عن باطنه، مع أنّ القاضى يفتش عن حال الشهود، ويسأل المدعى عليه عن الجراح لهم هو أنّه يكفى فى عداله الشخص احراز حسن ظاهره واحراز عدم القادح فى ذلك الحسن، ولا يعتبر التفتيش والسؤال عن باطن أمره وفى بعض نسخ التهذيب الأخذ بظاهر الحال بدل ظاهر الحكم.

وذكر صاحب الجواهر قدس سره أنّ المراد منهما واحد لكون المراد بظاهر الحكم شيوع النسبه بين المحمول وموضوعه، وإنّ النسبه بينهما فيما كانت شائعه عند الناس، بحيث ينسبون الحكم إلى ذلك الموضوع كما يقال هذه الدار وقف، أو أنّ فلاناً ابن خالد يجوز الحكم بذلك الشيع فى الأمور المتقدمه، ويحتمل أن يكون المراد بظاهر الحكم فى الشهادات الأمور المربوطه بالشهاده كعداله الشاهد وفسقه.

واستشهد لذلك بصحيحه حريز الوارده فى ذم أبى عبدالله عليه السلام ابنه اسماعيل فى دفعه مالا إلى من كان يريد السفر إلى اليمن ليشتري له بضاعه مع الشيع عند الناس بأنّ المدفوع إليه شارب الخمر و أنّه ليس أهلاً للأمانه،(٢) حيث إنّ الصحيحه ظاهره فى اعتبار الشيع فى احراز فسق الشخص وحسن حاله فيكون العبره بنفس الشيع

ص: ٤٥

١- (١) الفقيه ٩: ٣، الرقم: ٢٩.

٢- (٢) الوسائل: ١٣ الباب ٦ من أبواب أحكام الوديعه، الحديث ٢٣٠: ١.

الشرح:

لابما يحصل منه من العلم أو الظن المتأخّم أو مطلق الظن . بل يظهر من الصحيحه اعتبار الشيعاء فى كل أمر ولولم يكن من فسق شخص أو عدله أو الأمور المتقدمه، لأنّ سياق الصحيحه وهو الأمر بتصديق المؤمنين به، واقتصارهم بالأمور المتقدمه فى ذكر اعتبار الشيعاء ليس لعدم اعتباره فى غيرها مع حصوله، بل لأنّ تحقق الشيعاء فى غيرها أمر نادر، كيف وقد صرّحوا بثبوت رؤيه الهلال وغيرها بالشيعاء، وعلى ذلك فيجوز للقاضى الحكم فى الواقعه المرفوعه إليه بالشيعاء وظاهر الحكم عندالناس، ولا ينافى ذلك ما ورد فى أنّ القضاء يكون بالبيّنات دون غيرها وذلك فإنّ ما دلّ على عدم اعتبار غيراليّنه واليمين فى القضاء بالاطلاق فيرفع اليد عنه فى موارد الشيعاء لقيام الدليل على اعتباره.

ويحتمل أن يكون حصر القضاء بالبيّنات بملاحظه الغالب، حيث إنّ تحقق الشيعاء فى الحكم فى غالب الموضوعات أمر نادر، كما لو كان المراد من شيعاء الحكم أن يكون الناس على اذعان بالنسبه لا أن يكون الشيعاء فى خبر النسبه بأن اشتهر أنّه قيل أنّ زيداً شارب الخمر وخبر اسماعيل يشير إلى أنّ المراد هو شيعاء التصديق، فإنّ المناسب للأمر بتصديق المؤمنين التصديق بما هم فيه على تصديق واذعان؛ انتهى.

أقول: قد تقدم أنّ الشيعاء الموجب للعلم ليس مورد المناقشه فى الاعتبار فإنّ العلم الوجدانى معتبر من أيسبب حصل، والكلام فى الشيعاء غير الموجب للعلم، فهل هو موضوع للاعتبار فى بعض الأمور كما هو ظاهر الماتن أو أنّه معتبر فى كل الأمور كما هو ظاهر كلام صاحب الجواهر قدس سره ؟

والأظهر عدم اعتبار الشيعاء بنفسه فإنّ مرسله يونس مع ضعفها سنداً وعدم انطباق ما ورد فيها على الأمور التى ذكرها الماتن وغيره لادلاله لها على اعتبارالشيعاء،

الشرح:

فإنه من المحتمل أن يكون المراد بظاهر الحكم في الولايات المعامله مع المتصدليها معاملة الولي الشرعي من جواز المعامله كما تقدم في جواز شراء الخراج والمقاسمه والالتزام بطاعتهم طاعه الرعيه على ما كان في ذلك الزمان لرعايه التقيه ولو مداراه، وفي النكاح والمواريث والذبائح اسلام الشخص باعترافه بالشهادتين، وفي الشهادات ما تقدم في ثبوت عداله الشاهد.

وفي صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن الإيمان فقال: الإيمان ما كان في القلب والإسلام ما كان عليه التناكح والمواريث وتحقق به الدماء، وأمّا صحيحه حريز فلولم يكن فيها الاستشهاد بالآيه لكانت في دعوى دلالتها على اعتبار الشيعاء في ثبوت الشيء وجه، ولكن بملاحظته لا تكون لها دلالة على أزيد من الترغيب في تصديق الناس تحفظاً على الواقع واحتياطاً فيه، لاتصديقهم في ثبوته حتى بالاضافه إلى أثر يكون ترتيبه على خلاف الاحتياط، كما هو المراد من ثبوت الشيء واعتبار الأماره.

وبتعبير آخر: ليس المدعى أنّ المراد من الإيمان للمؤمنين خصوص تصديق الناس فيما ينفعهم ولا يضّرهم المعبر عنه بالتصديق الأخلاقي بأن لا ينسب الكذب إليهم، كما في مورد نزول الآيه حيث صدّق النبي الأكرم صلى الله عليه وآله وسلم النمام على انكاره نميمته مع تصديقه الله سبحانه فيما أوحى إليه في أمر النمام فإنّ اراده خصوصه ينافى مورد الصحيحه، حيث إنّ موردها ترتيب أثر شارب الخمر على من يذكره الناس بشرب الخمر، فالجمع بين الصحيحه وما ورد في مورد الآيه هو أنّ المراد من تصديق المؤمنين التحفظ في مورد أخبارهم على الأخلاق والواقع وإنّ هذا من المرغوبات الشرعيه.

والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعتق، ولو لم يستفرض إثمًا لبعده موضع ولايته عن موضع عقد القضاء له أو لغيره من الأسباب، أشهد الإمام أو من نصبه الإمام على ولايته شاهدين بصورة ما عهد إليه [١] وسيرهما معه ليشهدا له بالولاية، ولا يجب على أهل الولاية قبول دعواه مع عدم البينة وإن شهدت له الأمارات، ما لم يحصل اليقين.

الشرح:

والمتحصّل أنّه لا اطلاق في البين يقتضى اعتبار مجرّد الشيع في ثبوت كل شيء ما لم يوجب العلم أو الوثوق والاطمئنان لا يكون موجباً للحكم والقضاء في المرافعات وموجبات الحدود أخذاً بما دلّ على اعتبار البينة في مدرك القضاء وما ورد في بعض الموارد أو قامت السيرة على اعتبار الشيع فيها حتى ولو لم يكن مفيداً للوثوق والاطمئنان كشيوع نسب شخص وثبوت حسن الظاهر له الكاشف عن عدالته، ولكن لم يظهر وجه لكون نصب القاضى منها سواء كان المراد النصب الخاص أم ما هو الدخيل في النصب العام من اجتهاده وفقاهته.

[١] ذكر قدس سره أنّه لو لم يكن نصبه مستفيضاً لبعده موضع تولّيه القضاء عن موضع عقد القضاء له، يعنى النصب، أو الجبهه أخرى أشهد الإمام أو من بيده أمر نصبه باطلاقه أو تقييده والاشتراط فيه بشاهدين ويرسلهما معه إلى موضع تولّيه ليشهدا له بالنصب، ولا عبره في ثبوت النصب بغير شهاده العدلين من سائر الأمارات الظنّيه، حيث لم يثبت اعتبار غير شهادتهما.

وذكر في الجواهر أنّ هذا بناءً على عدم الحاجه في اعتبار البينه إلى حكم الحاكم على طبقها، وأمّا بناءً على اعتبار الحكم فيحتاج ثبوت ولايته على حكم الحاكم سواء أكان حاكم بلد آخر أم الحاكم الذى فى ذلك الموضع فيما إذا كان عزله معلقاً على أن تثبت ولاية القاضى المرسل.

أقول: الظاهر عدم الحاجه في اعتبار البينه إلى حكم الحاكم فى غير الحقوق

السابعه: يجوز نصب قاضيين فى البلد الواحد[١] لكل منهما جهه على انفراده وهل يجوز التشريك بينهما فى الولاية الواحده؟ قيل بالمنع حسماً لماده اختلاف الغريمين فى الاختيار، والوجه الجواز لأن القضاء نيابه تتبع اختيار المنوب.

الشرح:

المحتاجه إلى المرافعه وغير الحدود، لما ذكر على اعتبارها من الدليل، نعم عزل القاضى معلقاً على حدوث امر معين كتعليق نصبه صحيح، فإنّ العزل والنصب يتبعان نظر ولى المسلمين نصب القاضى فى البلد بالاضافه إلى الواقعه المرفوعه إليها، معلقاً على ما إذا كان حكمه فى الواقعه موافقاً مع سائر القضاء فى سائر البلاد بحسب كلّى تلك الواقعه، وهذا علاج لتشتت القضاء فى الوقائع التى تتحد فى نوعها فى الحكم؛ حفظاً لنظام القضاء فيها.

[١] ذكر قدس سره أنه يجوز لولى المسلمين نصب قاضيين فى بلد واحد فيما كان نصب كل منهما فى جهه غير ما ينصب الآخر لتلك الجهه، بأنّ نصب أحدهما للقضاء فى الحقوق المالىه والآخر فى الدماء والفروج، وأما فيما كان نصبهما فى الجهه الواحده على الاستقلال أو أن يقضى كل منهما فى كل الجهات والقضايا على نحو الاستقلال. كما هو الحال فى النصب العام، فقول بعدم الجواز؛ لأنّ مع النصب كذلك يمكن أن يختار أحد المترافعين غير ما يحتاره الآخر، فيكون منشأً للنزاع والاختلاف، ولكن الوجه الجواز؛ لأنّ كلاً من القاضيين ينوب عن ولى المسلمين فى القضاء، والنيابه تتبع اختيار المنوب عنه، نظير توكيل المالك اثنين فى بيع ما له بحيث يكون لكلٍ منهما بيعه.

وذكر فى الجواهر فى ذيل ذلك أنّ مع تنازعهما فى اختيار القاضى يقدم من سبق إليه أحد المتخاصمين، ومع التقارن يرجعان فى التعيين إلى القرعه، وذكر أيضاً جواز نصب المتعدد وجواز نصب المتعدد أيضاً للقضاء فى الوقائع بنحو الاشتراك والاجتماع، كما قوّاه العلّامه وولده، ولكن منع عنه بعضهم لعدم الدليل على التشريك

الشرح:

حتى فى الوكاله وسائر الولايات. ويمكن أن يقال ان التشريك فى الوصايه والوكاله هو عدم نفوذ تصرف أحدهما بدون رضا الآخر لا- أن يكون لكل منهما نصف الولايه أو الوكاله، فى المقام أيضاً يمكن التشريك فى الحكم بهذا المعنى، لا أن يكون كل من القاضيين بمنزله نصف القاضى، ويترتب على التشريك بمعنى عدم النفوذ بدون رضى الآخر أنه لو مات أحد الوصيين يكون تصرف الآخر نافذاً، ولا يحتاج الى ضم الحاكم شخصاً آخر مكان الميت بناءً على أن المراد من التشريك شرط رضى الآخر مع امكانه.

ثم أشار قدس سره إلى ما قد يقال فى المقام من أنه كيف لا يجوز التشريك بمعنى اعطاء الولايه لاثنين مجتمعين. مع أنه قد وقع مثل هذا التشريك فى الولايه العامه التى هى فوق الولايات، كما فى قضيه موسى وهارون على نبينا وآله وعليهما الصلاه والسلام، وأجاب بأن منصب النبوه كان لموسى والمراد من تشريك هارون اعطاء المنصب له، ولذا أفرد التصريح بهذا المنصب له فى بعض الآيات، وعلى ما تقدم فإن اختلفا فى الحكم وقف الحكم وإلا نفذاً؛ انتهى.

أقول: لو توقف نفوذ الحكم على النصب الخاص فيمكن كون نصب كل من الاثنين أو الأكثر بنحو الاطلاق والاستقلال، كما يمكن كونه على تقدير و على نحو الاشتراك فى اصدار الحكم أو يوافق كل منهما على نظر الآخر قبل اصدار أحدهما الحكم.

وأما بالنظر إلى النصب العام فلا- ينبغى التأمل فى أن مقتضى ما تقدم نفوذ القضاء ممن ترافعا عنده، وكان الأوصاف المعتره المتقدمه سواء تعدد من على الأوصاف فى البلد أم لا، والعمده أن مع تعدد القاضى ونفوذ الحكم من كل منهم فهل يكون اختيار القاضى للمدعى أو من سبق إليه أحد المتخاصمين يتعين قضائه أو يرجع إلى القرعه إلا إذا اتفقا بواحد؟

الشرح:

ذكر في المستند أنه إذا كان هناك مجتهدان وأكثر، بحيث يجوز الرجوع إلى كل منهما أو فمن اختاره المدعى للمرافعه إليه يكون له القضاء في الواقعه، ويجب على خصمه الاجابه لذلك القاضى، وعلى ذلك الاجماع ولأن المدعى هو المطالب بالحق ولا حق للمنكر ابتداءً.

وأجاب عن ذلك في ملحقات العروه بأن للمنكر أيضاً حق الجواب كما أن له أن يسبق إلى حاكم فيطلب منه تخليصه عن دعوى المدعى، ومقتضى القاعده مع عدم علميه أحد الحاكمين القرعه، إلا إذا ثبت الاجماع على تقديم مختار المدعى، وذكر في العروه أن اختيار الحاكم بيد المدعى إلا إذا كان مختار الآخر أعلم، بل الأحوط الرجوع إلى الأعم مطلقاً.

أقول: ليس فى البين مايدل على ثبوت حقّ للمنكر قبل رجوع المدعى إلى قاض والمطالبه بحقّه بطرح دعواه وكذا بعد رجوعه إليه، وما ذكر من أنّ للمنكر حق الجواب، فإن أريد لزوم الجواب بالاقرار أو بالانكار أو بغيرهما فهذا ليس حقاً له بل حكم يترتب على رجوع المدعى إلى القاضى وطرح دعواه عنده و مطالبه القاضى الخصم بالجواب عن دعوى المدعى.

وأما الحق فى تخليص نفسه عن دعوى المدعى فلا نعرف له مدركاً، فإنّ المسقط لدعوى المدعى حلف المنكر وما دام لم يطالب المدعى القاضى بالحكم لا يكون للقاضى تحليفه أو للمنكر التبرع بالحلف، بمعنى أنّه لو حلف كذلك لا يسقط حق الدعوى، كما يأتى على مايقال.

نعم هذا إذا كان المدعى مطالباً بالحقّ عن خصمه، وأما إذا كانت دعواه سقوط حقّ كان لخصمه سابقاً فلا يبعد أن يكون لخصمه المنكر لسقوط حقه طرح المطالبه بحقه

الشرح:

عند قاض، فيلزم على مدعى السقوط الحضور واثبات دعوى السقوط.

وبالجملة: مقتضى مطالبه المنكر للسقوط بحقه احضار المدعى عند أى قاضٍ راجع إليه لاستيفاء حقه، لكن هذا لا ينافى تعيين اختيار مدعى السقوط.

والمتحصل: أنه إذا كان القضاء فى موارد الاختلاف فى الموضوعات الخارجيه فاختيار القاضى بيد المدعى سواء أكان مختاره أعلم أم لا، فإن مقتضى اطلاق دليل نفوذ القضاء عدم اعتبار كون القاضياً علم، كما تقدم فى التكلم فى معتبره سالم بن مكرم ومقبوله عمر بن حنظله بناءً على عدم انصرافهما إلى قاضى التحكيم. وبما أن للمدعى اثبات دعواه بأى طريق شرعى ولا يطالب منه خصوص طريق كما هو الحال فى كل من يتصدى لاثبات أمر فله اثبات دعواه ولو بقضاء من لا يوافق عليه خصمه.

وهذا فيما إذا كانت دعوى المدعى ثبوت الحق، أما إذا كانت دعواه السقوط فاختيار القاضى أيضاً بيد المدعى للسقوط لما تقدم، ولا ينافيه جواز مراجعه المنكر إلى قاضٍ لاستيفاء حقه فيما إذا ترك المدعى المرافعه إلى قاض، هذا كله فى الاختلاف فى الموضوعات الخارجيه.

أمّا إذا كان اختلافهما فى الحكم الكلى للواقعه فيجرى أيضاً ما ذكر فى الاختلاف فى الموضوعات، فيما إذا توقف إنهاء المخاصمه على القضاء، كما إذا كانت المنازعه بين مجتهدين مختلفين فى الرأى او بين مقلديهما، ولا يبعد تقييد مختار المدعى فى الفرض، بما إذا كان أعلم، وأمّا إذا لم يتوقف إنهاؤها على القضاء فالمتعين الرجوع إلى الفتوى مطلقاً أو فتوى الأعلّم، فيما إذا علم اختلاف القضاء فى الفتوى ولو بنحو الاجمال، على ما هو المقرر فى بحث لزوم التقليد على العامى.

ثم إن ما ذكرنا من كون تعيين القاضى بيد المدعى لا ينافى رضاه بمن يعينه

الشرح:

خصمه أو رضاهما بحاكمين بأن يكونا ناظرين في أمرهما، وحينئذ مع اختلافهما في الحكم يكون المتبع قضاء الأعم، كما يشهد لذلك موثقه داود بن الحصين عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجلين اتفقا على عدلين جعلاهما في حكم وقع بينهما فيه خلاف فرضيا بالعدلين فاختلف العدلان بينهما، عن قول أيهما يمضى الحكم؟ قال: ينظر إلى أفقهما وأعلمهما بأحاديثنا وأورعهما فينفذ حكمه ولا يلتفت إلى الآخر» (١).

ولا يخفى أنه لو أمكن في موارد التداعي رفع الاختلاف بتقليد صحيح وهو التقليد ممن تسالما على كونه أعلم فهو، وأما مع عدمه فان اتفقا على قضاء واحد فهو، ومع عدم اتفقهما يتعين الرجوع في تعيين القاضى إلى القرعه من غير خلاف يعرف، بلافق بين الاختلاف في الموضوع أو الحكم.

ويشهد لذلك بعض الروايات الواردة في القرعه، فإنها على ما قيل تعم ما إذا لم يمكن تعيين الحق أو لم يمكن العمل بالحقوق لتزاحمها في مقام العمل، ففيما ادعى الولد الأكبر عيناً بأنها جبهه كالراحله لأبيهم وادعاها سائر الورثة ارتثاً، أو ادعى من زوج الأب بنته الباكه منه زوجيتها وادعاها أيضاً من زوج البنت نفسها منه فإن أمكن رفع الخلاف بالتقليد الصحيح وهو التقليد ممن تسالما على كونه أعلم فهو، وأمياً مع عدم امكانه كما إذا كان كل من الولد الأكبر وسائر الورثة مجتهداً أو مقلداً لمن يرى الحكم على طبق ما يدعيه فإن لم يرضوا بقضاء ثالث معين يرجع في تعيين القاضى إلى القرعه، بلافق بين كون الراحله بيد الولد الأكبر أو سائر الورثة، وبلافق بين كون الزوجه تحت يد أحد الزوجين أم لا.

ص: ٥٣

الثامنة: إذا حدث به ما يمنع الانعقاد انعزل [١] وإن لم يشهد الإمام بعزله كالجنون أو الفسق ولو حكم لم ينفذ حكمه، وهل يجوز أن يعزل اقتراحاً؟ الوجه لا، لأن ولايته استقرت شرعاً فلا تزول تشهياً، أما لو رأى الإمام أو النائب عزله، لوجه من وجوه المصالح أو لوجود من هو أتم منه نظراً، فإنه جائز مراعاةً للمصلحة.

الشرح:

وما عن المستند من التفصيل بأن مع كون أحدهما ذا اليد يكون مختار الآخر مقدماً لأن الآخر هو المدعى وكذا يقدم تعيين من لا تكون المرأه تحت يده لا يمكن مساعدته عليه، فإنه لا أثر لليد ولا إعتبار بها في الشبهات الحكميه وتعيين صاحبها منكرًا من آثار اعتبارها، وإنما تعتبر في موارد الاختلاف في الموضوعات سواء أكان الخلاف في موجب اليد أم في مزيل حكمها.

[١] ذكر قدس سره انعزال القاضى بمعنى انحلال نصبه للقضاء بحدوث ما يمنع عن انعقاد منصب القضاء، كما إذا زالت عنه بعض الأوصاف المعتبره فى القاضى، وإن لم يؤخذ الشاهد على عزله كحدوث جنون أو فسق فإن نصبه مادام كونه على الأوصاف كما هو مقتضى اعتبارها ابتداءً واستدامهً، وعلى ذلك فإن قضى بعد حدوث ما يوجب انعزاله لا ينفذ حكمه، حتى وإن لم يعزله الإمام ولو لعدم اطلاعه بحاله.

نعم الانعزال وإن كان تابعاً لزوال الوصف واقعاً، ولكن مادام لم يحرز الزوال بوجه معتبر يعتبر حكمه للاستصحاب فى ناحيه بقاء الوصف، وهذا من الحكم الظاهرى فى الشبهه الموضوعيه فلا ينافى عدم النفوذ الواقعى.

كما أن الكلام فى أن عزل القاضى يكون بوصول خير العزل إليه أو بحدوث انشائه، وإن لم يبلغه خبره لا يجرى فى فرض فقد الوصف، لما تقدم من أن مقتضى اعتبار الوصف فى القاضى ابتداءً واستدامهً عدم الاعتبار بقضائه بعد فقد الوصف.

وذكر صاحب الجواهر قدس سره أن عود الوصف الزائل لا يفيد فى المقام بلا فرق بين

التاسعة إذا مات الإمام، قال الشيخ رحمه الله : الذى يقتضيه مذهبنا انعزال القضاة أجمع، و قال فى المبسوط: لا ينزلون [١] لأن ولايتهم تثبت شرعاً فلا تزول بموته عليه السلام والأول أشبه، ولومات القاضى الأصلى لم ينزل النائب عنه لأول الاستنابه مشروطه باذن الإمام عليه السلام فالنائب عنه كالنائب عن الإمام عليه السلام فلا ينزل بموت الواسطه والقول بانعزاله أشبه.

الشرح:

عوده سريعاً أو غير سريع وأنه ربما يفرق بينهما فلا يبطل النصب فى الأول دون الثانى.

أقول: لا يبعد أن يكون مقتضى النصب الخاص اعطاء الولاية للقضاء فى زمان كان فى ذلك الزمان على الأوصاف فبعود الوصف المفقود يكون له ولاية القضاء، كما هو الحال فى النصب العام.

وبالجملة: لا يكون له ولاية القضاء زمان فقد الوصف خاصه.

[١] ذكر قدس سره : أنه إذا مات الإمام ينزل القضاء بموته عند الشيخ قدس سره قائلاً بأن انعزالهم مقتضى مذهبنا، ووجهه فى الجواهر بأن ولاية القضاء فرع ولاية الإمام عليه السلام التى انقضت بوفاة، و قال فى المبسوط بعدم انعزالهم لأن ولاية القضاء تثبت لهم بتوليته عليه السلام ، والأصل بقاؤها، ولأن فى الانعزال ضرراً عظيماً لخلو البلاد من القضاء إلى أن يتجدد النصب من الإمام اللاحق.

وذكر فى المسالك أنه يبطل النصب العام أيضاً لأن الإمام الصادر عنه هذا النصب بقوله جعلته حاكماً أو قاضياً قد مات، إلا أن الأصحاب متفقون على استمرار النصب العام فى زمان الغيبة، وأنه ليس من قبيل النصب الخاص، بل من قبيل بيان الحكم الكلى واعلامه كيان قبول شهادته العدل وكون اليد أماره الملك، وغير ذلك من الأحكام الكليه.

أقول: اخبار الإمام عليه السلام بالكبرى الشرعيه غير اعطاء الولاية بخلاف نصب

الشرح:

القاضى للرعيه عامماً أو خاصاً فلا يقاس الثانى بالأول، ولو قيل بأنّ النصب الخاص أيضاً، وذلك فإنّ اعطاء الولاية واعتبارها غير الوكاله فى القضاء، فإنّه لا يكون تصرف الوكيل نافذاً بعد موت الموكل، حيث إنّ الوكاله أخذ الغير نائباً فى الفعل القابل للاستناد إلى الشخص ولو بالتسبيب فهذه النياه تعتبر مادام الموكل حياً، وتنقضى بموته بخلاف اعطاء الولاية وجعل المنصب للغير كجعل القيم للصغار والمتولى للوقف فمع اعتبار النصب تتم الولاية للمنصوب.

ولو قيل بأنّ نصب شخص قاضياً من قبيل الاستنابه فى القضاء، كما هو مقتضى ما ذكرنا عن صاحب الجواهر قدس سره جرى مثلها فى النصب العام أيضاً، حيث إنّ عن الإمام السابق، إلا أن يدعى امضائه عن الإمام اللاحق وحتى عن إمام العصر عجل الله تعالى فرجه الشريف بعد وقوعه عن آبائه بنحو الوكاله الفضوليه والإلتزام بالفضوليه واثبات الإمضاء كما ترى، وإن يقال بمثله فى مسأله تحليل الخمس، أو يدعى أنّ الإمام عليه السلام لا تنقضى ولايته بموته بل ولايته ثابتة حياً أو ميتاً، وعلى ذلك يلزم بقاء النصب الخاص أيضاً والالتزام باختلاف أحكام الوكاله بين كون الموكل هو الإمام عليه السلام أو غيره أيضاً كما ترى.

وبالجملة: نصب القاضى خصوصاً أو عموماً من قبيل اعطاء المنصب واعتبار الولاية فلا تنقضى بموت الإمام عليه السلام، نعم فى مثل نصب الفقيه القيم للصغار أو المتولى للأوقاف ونحو ذلك كلام وهو أنّ للفقيه الولاية على النصب أو إنّ له إلاّ التوكيل والاستنابه ولو كان من قبيل التوكيل ينتهى بموت الفقيه، بخلاف ما إذا كان له اعطاء المنصب فإنّ المنصب المعطى يبقى ما دام المنصوب.

وقد ذكرنا فى بحث ولاية الفقيه أنّ تصديه للأوقاف التى لا متولى لها ولأموال

العاشره: إذا اقتضت المصلحه توليه من لم يستكمل الشرائط، انعقدت ولايته مراعاةً للمصلحه فى نظر الإمام كما اتفق لبعض القضاة فى زمان على عليه السلام، وربما منع من ذلك فإنه عليه السلام لم يكن يفوض إلى من يستقصيه ولا يرتضيه بل يشاركه فيما ينفذه فيكون هو عليه السلام الحاكم فى الواقع لا المنصوب.

الحاديه عشره: كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه [١] كالولد على الوالد والعبد على مولاه والخصم على خصمه ويجوز حكم الأب على ولده وله، والأخ على أخيه وله كما تجوز شهادته.

الشرح:

الأيتام التى لا قيم لهم داخل فى الأمور الحسينيه التى يكون الأصل فيها عدم جواز التصرف الفقيه فيها بالمباشره أو بالاستنابه من باب الأخذ بالقدر المتيقن من الجواز، وأما ولايته على النصب فاقامه الدليل عليه مشكل، إلا أن يدعى أن مجرد التوكيل فى مثل تلك الأمور غير كافٍ للزوم توقف التصدى وتعطيل الأموال بموت المجتهد إلى أن يحصل الإذن من مجتهد آخر، أو أن النصب المزبور ونحوه من شؤون القاضى، كما يظهر من بعض الروايات، وقد أعطى منصب القضاء للفقيه العادل على ماتقدم.

[١] ذكر قدس سره أنه لا ينفذ قضاء القاضى فيما كان قضاؤه على من لا تقبل شهادته عليه، كقضائه على والده حيث لا تقبل شهادته الولد على والده وكشهادته العبد على مولاه وشهادته أحد على آخر بينهما خصومه أى عداوه، بحيث لا توجب تلك العداوه فسق الشاهد، وإلا يكون عدم القبول لفسق الشاهد، فإن القاضى إذا كان ممن لا تقبل شهادته على الآخر فلا ينفذ قضاؤه عليه أيضاً ولو مع كونه بشرائط القاضى وأوصافه، وهذا بخلاف شهادته الولد لوالده، أو شهادته الوالد على ولده أو لولده، وشهادته الأخ على أخيه؛ فإن الشهاده كذلك نافذه فيما كان الشاهد عدلاً ولذلك يكون قضاؤه أيضاً نافذاً مع كونه بشرائط القضاء وأوصاف القاضى، والوجه فى ذلك

الشرح:

يعنى عدم نفوذ القضاء فيما ذكر ما قيل من أن القضاء شهاده وزيادة وإذا لم تجز الشهاده فلا يجوز القضاء أيضاً.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإن أصل الحكم يعنى عدم قبول شهاده الولد على والده غير ثابت وإن نسب ذلك إلى الأشهر بل إلى المشهور؛ لأنّ المستند فيه هو مرسله الفقيه (١) وللارسال ومعارضتها بخبرى على بن سويد (٢) وداود بن الحصين (٣) غير صالحه للاعتماد عليها، فيؤخذ باطلاق ما دلّ على ثبوت الحق بشهاده العدلين ويمين المدعى ونحو ذلك.

وأما الأخذ بعموم قوله سبحانه: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ» (٤) كما ذكر في الجواهر وغيرها لا يمكن المساعدة عليه، فإنه كما تقدم، حيث إن الأمر باقامه الشهاده لا يدل على نفوذها ولزوم قبولها مطلقاً.

لا يقال كيف تجوز شهاده الولد على والده مع حرمه العقوق وظاهر قوله سبحانه «وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا»، (٥) مع أنّها اظهار لكذب الوالد وايدائه فلا يكون معروفاً بل عقوقاً.

فإنه يقال: اظهار الحق وردّ الوالد عن باطله وتخليصه عما عليه من حق الغير معروف إليه ولو صح ما ذكر لكان مقتضاه حرمه شهاده الولد على والدته ولا تنفذ

ص: ٥٨

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٦ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧١: ٦.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٢٩.

٣- (٣) المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٣٠.

٤- (٤) النساء: ١٣٥.

٥- (٥) لقمان: ١٥.

الشرح:

شهادته لكونه بتلك الشهادة محكوماً عليه بالفسق، وعموم قوله سبحانه: «كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ» ينفي تلك الحرمة، وإلا لما كان فرق بين الشهادة على الوالد والشهادة على الأم، وما قيل من جواز شهادة الولد على والده بعد موته مبنى على دعوى العقوق، ثم على تقدير قبول الأصل فكون القضاء داخلاً في الشهادة بأن يكون القضاء شهادة وزيادة ممنوع، فإن القضاء أخذ بشهادة الغير لا اقامه لها، نعم لو تم أمر العقوق والمصاحبه بالمعروف لما كان فرق بين اداء الشهادة والقضاء.

ومن جملة من لا تقبل شهادته من يجزّ بشهادته نفعاً إلى نفسه، أو يدفع غرامه عن نفسه، ولذا قالوا أنّ القاضياً إذا كان داخلاً في الأطراف في المخاصمه سواء كان مدعياً أم منكرراً أو كان المدعي أو المنكر متعدداً أحدهم القاضى فلا ينفذ حكمه في تلك الواقعة ولو مع تراضى الأطراف.

ويستدل على ذلك بوجهين :

الأول: عدم قبول شهادة من يجزّ بشهادته نفعاً إلى نفسه، أو يدفع غراماً عنه، والقضاء شهادة وزيادة، وفي معتبره أبان قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه، قال: تجوز شهادته إلا في شيء له فيه نصيب»^(١) ونحوها غيرها.

وفي موثقه سماعه قال: «سألته عما يردّ من الشهود؟ قال: المريب والخصم والشريك و دافع مغرم... الحديث»^(٢).

ولكن هذا الوجه غير تام لما تقدم من أنّ القضاء غير الشهادة فلا يجرى على

ص: ٥٩

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٧٢.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٧٨.

الشرح:

الأول الحكم الثابت فى الثانى، مع أنّ مقتضى الوجه المزبور أن لا ينفذ حكمه فى تلك الواقعة، فيما إذا كان فى الحكم الصادر جَرّ نفع إلى نفسه أو دفع مغرم عنه، أمّا إذا كان فى قضائه الحكم على نفسه فيكون نافذاً مع أنّ ظاهرهم عدم نفوذ حكمه فى تلك الواقعة مطلقاً وحتى مع تراضى الأطراف.

كما هو مقتضى الوجه الثانى، وهو أنّ الظاهر من معتبره سالم بن مكرم ومقبوله عمر بن حنظله وغيرهما ممّا ورد الأمر بالرجوع إلى رجل يعلم من قضاياهم أو من يروى حديثهم وينظر فى حلالهم وحرامهم توجه الأمر إلى أطراف المخاصمه، وإذا كان القاضى من أطرافها يكون مكلفاً كسائر أطرافها بالرجوع إلى من يكون حاكماً وقاضياً.

وهذا نظير ما يذكر فى باب الزكاه من أنّ الأمر بدفعها والإتيان بها ظاهر الدفع إلى الغير، فلا يجوز لمالك النصاب تملك الزكاه لنفسه مع فقره، وهذا الوجه لا بأس به، ولذا لا يبعد الالتزام بعدم نفوذ القضاء حتى فيما إذا وكلّ القاضى الغير فى المرافعه إليه مع الطرف الآخر، أو كان النزاع بين وكيله والطرف الآخر فى مال أنّه ملك موكّله أو للطرف الآخر، وكذا فيما كان النزاع فى مال أنّه للمولى عليه للقاضياً ولشخص آخر كما إذا كان القاضى وصياً أو قيمياً للأطفال بالايضاء إليه أو بجعل القيمومه من الميت؛ فإنّ القاضى المزبور فى الواقعة طرف المخاصمه.

وذكر فى ملحقات العروه أنّ الولايه الخاصه لا تمنع القضاء كالولايه العامه، فيما إذا وكلّ القاضى الغير فى المرافعه إليه مع الطرف الآخر، نعم إذا لم يكن القاضى داخلاً فى أطراف النزاع بحسب صورته، كما إذا نذر أحد المال للقاضياً وقف عليه، ثم وقع النزاع بين الناذر أو الواقف وبين الغير فى المال المنذور أو الوقف، فلا اشكال فى

الشرح:

قضاء القاضى بالمنذور له الموقوف عليه حيث إن الخطاب بالرجوع إلى من ينظر فى واقعتهم لا يتوجه إلى القاضى المزبور.

ويظهر من المستند أن القاضى لا- ينفذ حكمه فيما كان هو أو وكيله طرفاً فى النزاع ولو فى الوقائع التى يتصرف فيها القاضى بالولاية العامه بأن كان المتصدى للواقعه التى وقعت المخاصمه فيها هو القاضى أو وكيله، وأما إذا كان المتصدى لها شخص آخر نصبه القاضى المزبور قتيماً أو متولياً أو نصبه كذلك حاكم آخر فلا بأس بتصدية للقضاء فيها؛ لأن القاضى فى فرض تصدييه بالمباشره أو بالتوكيل طرف النزاع، بخلاف ما إذا كان طرف النزاع القيم أو المتولّى المنسوب من قبله أو من قبل حاكم آخر فلا يتعلّق نزاعهما بالقاضى.

ويمكن تأييد ذلك بما ورد فى درع طلحه، فإنه إما كان راجعاً إلى بيت المال أو إلى ورثه طلحه، وباعتبار غيابهم عن المال كان المتصدى لأمره على عليه السلام بالولاية العامه، وقد جعل عليه السلام بينه وبين من كان بيده درعه شريح.

أقول: لا- يخفى أن التأييد فى غير محلّه فإن جعل القاضى فى الواقعه كان تلبيه لسؤال عبدالله بن قفل فلا يدلّ على عدم نفوذ قضائه عليه السلام فيما لو كان متصدياً للقضاء، بل ظاهر أمره عليه السلام بعد بيان خطأ شريح بأخذ الدرع هو نفوذ حكمه عليه السلام. (١).

والحاصل: أن دعوى الانصراف فى روايات نصب القاضى و أنّ أطراف المخاصمه مكلفون بالرجوع إلى شخص آخر ليقضى بينهم بالاضافه إلى موارد الولاية العامه غير محرز وإن كان رعايه ما ذكر مطابقاً للاحتياط فى بعض الموارد.

النظر الثاني:

ص: ٦٣

النظر الثاني:

في الآداب.

وهي قسمان: مستحبه و مكروهه. [١]

فالمستحبه: أن يطلب من أهل ولايته من يسأله عمّا يحتاج إليه في أمور بلده، وأن يسكن عند وصوله في وسط البلد لترد الخصوم عليه وروداً متساوياً، وأن ينادى بقدمه إن

الشرح:

[١] الآداب المذكوره في المقام على نحوين، منها ما تكون رعايتها على من يكون منصوباً للقضاء بالنصب الخاص كالأخذ من الحاكم المعزول تسجيلات حجج الناس و ودائعهم، ومنها ما يكون رعايتها حتى لمن قضاؤه بالنصب العام كاتخاذ وسط البلد مسكناً ليسهل لجميع أهل البلد الوصول إليه.

ثم إن من يقضى بين الناس إما أن يتخذ القضاء شأنًا وشغلاً لنفسه وإما أن يتفق له القضاء من غير أن يتخذه شأنًا وشغلاً، والأمر المرغوبه إليها قد تتعلّق بالأول كالسكن في وسط البلد والقضاء في موضع بارز وقد تعمّ كليهما كالتسويه بين الخصمين، وربما يذكر الأمور المتعلقة بما يعمّهما في كيفية الحكم وآداب القضاء، وقد لا يلاحظ ذلك و يذكر ما يعمّهما في آداب القاضي كما يقال يستحب أن يطلب حضور بعض أهل العلم قضائه مع أنّ ذلك من آداب القضاء.

وكيف ما كان فقد ذكر الماتن قدس سره استحباب أمور للمتصدى للقضاء، بعضها راجعه إلى شؤون القاضي المنصوب بالنصب الخاص من غير أن يدخل في القضاء كما في النظر إلى أمر المحبوسين وأولياء القصر والنظر في اللقط، وبعضها داخله في شؤون القضاء كالجلوس مستدبر القبلة أو مستقبلها، ولكن لا يتيسر اتمام كلّ ما ذكر بالدليل،

كان البلد واسعاً لا ينتشر خبره فيه إلا بالنداء، وأن يجلس للقضاء في موضوع بارز مثل رحبه أو قضاء ليسهل الوصول إليه، وأن يبدأ بأخذ ما في يد الحاكم المعزول [١] من حجج الناس وودائعهم لأنّ نظر الأول سقط بولايته، ولو حكم في المسجد، صلّى عند دخوله تحيه المسجد، ثمّ يجلس مستدبر القبلة، ليكون وجوه الخصوم إليها، وقيل: يستقبل القبلة لقوله صلى الله عليه وآله: «خير المجالس ما استقبل به القبلة» والأول أظهر.

الشرح:

مع أنّ الحكم الاستجابي و غير الالزامي كالالزامي يحتاج إلى مستند معتبر؛ لما ذكرنا في بحث الأصول من أنّ قاعده التسامح في أدلّه السنن لا أساس لها؛ فإنّ الروايات الواردة في الثواب على عمل بلغ فيه الثواب لا تدل على أزيد من اعطاء الثواب البالغ لمن أتى بذلك العمل على طبق البلوغ، فإن كان الخبر البالغ معتبراً يكون الاتيان به بنحو الجزم وإن كان غير معتبر يؤتى به رجاءً أو بعنوان الاحتياط، وأنّها لاتعم غير موارد بلوغ الخير.

نعم يمكن أن يدخل بعض ما ذكر في المقام في بعض العناوين المرغوبه إليها شرعاً فإنّ اتّخاذ القاضي في وسط البلد مسكناً وجلوسه للقضاء في موضع بارز يسهل للناس الوصول إليه، فيدخل في عنوان السعي في حوائج الناس ودفع اضطرارهم فيكون مستحباً بهذا العنوان، كما أنّ حضور بعض أهل العلم مجلس القضاء وشهودهم الحكم فيه نوع تحفظ على الواقع واحتياط في حقوق الناس وأمواهم، فيكون مستحباً بما دلّ على حسن الاحتياط في الدين أو حقوق الناس.

[١] ظاهر كلامه قدس سره أنّ القاضي المنصوب يبدأ بأخذ ما بيد الحاكم المعزول من حجج الناس وودائعهم، ثمّ ينظر في حال المحبوسين ويفتّش عن موجب حبسهم، و ينادى بهم في البلد طلباً لخصومهم ثم ينظر في حال أوصياء الأيتام ويلاحظ تصرّفاتهم و موجب وصايتهم وأمر انقراض ولايتهم، ثمّ ينظر في أمانء الحاكم

ص: ٦٦

ثمَّ يسأل عن أهل السجون، ويثبت أسماءهم، وينادى فى البلد بذلك ليحضر الخصوم، ويجعل لذلك وقتاً، فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد، ويسأله عن موجب حبسه، وعَرَضَ قوله على خصمه، فإن ثبت لحبسه موجب أعاده، وإلا أشاع حاله، بحيث إن لم يظهر له خصم أطلقه.

وكذا لو أحضر محبوساً فقال: لا خصم لى، فإنه ينادى فى البلد فإن لم يظهر له خصم أطلقه، وقيل: يحلفه مع ذلك.

ثمَّ يسأل عن الأوصياء على الأيتام، ويعتمد معهم ما يجب من تضمين، أو إنقاذ أو إسقاط ولايه، إما لبلوغ اليتيم أو لظهور خيانه، أو ضمَّ مشارِكٍ إن ظهر من الوصى عجز.

ثمَّ ينظر فى أمناء الحاكم، الحافظين لأموال الأيتام الذين يليهم الحاكم، ولأموال الناس من وديعه أو مال محجور عليه، فيعزل الخائن ويُسعد الضعيف بمشارِكٍ، أو يستبدل به بحسب ما يقتضيه رأيه.

الشرح:

الحافظين لأموال الأيتام وسائر القاصرين من الناس ثمَّ ينظر فى الضوال واللقط الموجوده بيد أمناء الحاكم.

ولكن لم يتضح وجه صحيح لما ذكر من الترتيب فإنَّ النظر فيما ذكر حفظاً للنظام والحقوق واجب على الوالى أو القاضى على حسب العهد المرسوم لهما من لى الأمر، فإن تمكن القاضى المنسوب لجميع ذلك من النظر فيها ولو بمعونه أمنائه و كلائه فى زمان واحد فهو وإلا يبدأ بالنظر فيما كان النظر إليه أهم، فلو علم أن بين المحبوسين مظلوماً ودفع الظلم عنه أهم لحفظ النظام يكون تقديمه متعيناً، خصوصاً فيما كان الأخذ بما بيد الحاكم المعزول من حجج الناس و ودائعهم غير مهمّ عنده لعدم الخوف من تأخيره.

ص: ٦٧

ثم ينظر في الضوال واللقط، فيبيع ما يخشى تلفه، وما تستوعب نفقته ثمنه، ويسلم ما عرفه الملتقط حولاً إن كان شياً من ذلك في يد أمناء الحاكم، ويستبقى ما عدا ذلك مثل الجواهر والأثمان، محفوظاً على أربابها، ليدفع إليهم عند الحضور، على الوجه المحرر أولاً.

ويحضر من أهل العلم من يشهد حكمه [١] فإن أخطأ بجهوه لأن المصيب عندنا

الشرح:

[١] قد تقدم أن حضور بعض أهل العلم والفضل مجلس القضاء والحكم نوع احتياط في أعراض الناس وأموالهم وحقوقهم، وما ذكر قدس سره من أن القاضي لو أخطأ فاتفق لم يضمن، وكان التلف على بيت المال، يستدل عليه تارة بكون القاضي محسناً، و«مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (١) وإن الضمان سبيل، وأخرى بما عن الفقيه بسنده إلى الأصمغ بن نباته «قضى أمير المؤمنين عليه السلام: أن ما أخطأت القضاء في دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين»، (٢) ورواه الكليني قدس سره بسند موثق عن أبي مريم عن أبي جعفر عليه السلام.

أقول: أما قضيه كون القاضي محسناً فلا يمكن الاستدلال بها في المقام، فإن القاضي كان قاصداً للاحسان لا أنه محسن فعلاً، وثانياً نفى السبيل على المحسن لو اقتضى نفى الضمان فالمنفى ضمان التلف لا- ضمان الإلتلاف، كما هو الفرض في كلام الماتن قدس سره؛ فإن الإلتلاف ولو بنحو التسيب يوجب ضمان المتلف كان قاصداً للاحسان أم لا، بل عدم ضمان التلف في موارد الأمانة المالكية أو الشرعية مستفاد من الروايات الظاهرة في عدم ضمان الأمين الموافقة للسيرة العقلية.

وعلى ذلك فمقتضى القاعده لو كان المال المعطى للآخر بقضائه الخاطيء

ص: ٦٨

١- (١) التوبه: ٩١.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٠ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١: ١٦٥.

واحد ويخاوضهم فيما يُستَبهم من المسائل النظرية لتقع الفتوى مقرّره، ولو أخطأ فأُتلف لم يضمن وكان على بيت المال وإذا تعدّى أحد الغريمين سنن الشرع عرّفه خطأه [١] [بالرفق، فإن عاد زجره فإن عاد أدّبه بحسب حاله مقتصرأً على ما يوجب لزوم النمط.

الشرح:

موجوداً استردّه، وإن كان تالفأً يكون الضمان أو استقراره على من تلف بيده إذا لم يكن الاعطاء له مجاناً وإلاّ يكون استقرار ضمانه على القاضى، حيث إنّه أُتلف المال بالتسبيب ولكن فيما كان الضمان على القاضى يتدارك من بيت المال لأنّ ثبوت الضمان على القاضى لا بهذا النحو يوجب الكفّ عن القضاء، مضافاً إلى امكان استفادته من الموثقه الداله على ضمان ديه القطع والدم مع خطأ القاضى على بيت المال؛ فإنّه لا يحتمل الفرق بين الديه والمال فى الفرض.

[١] لو تعدى أحد الخصمين أو الغرماء سنن الشرع عرّفه الحاكم خطأه برفق فإن عاد زجره فإن عاد أدّبه بحسب حاله مقتصرأً على ما يوجب النمط.

أقول: لو كان التعدى بارتكاب ما لا يجوز شرعاً بأن ينسب إلى الشاهد الكذب عمداً أو إلى القاضى الجور والميل عن الحق، أو كان فعله اهانه وايداءً لخصمه أو الشاهد أو القاضى وغير ذلك، فإن كان ذلك لجهله بعدم جواز ذلك شرعاً أو احتمال الجهل فى حقّه عرّفه الحاكم خطأه؛ لأنّ ذلك يدخل فى تعليم الجاهل، فإن عاد إليه بعد التعريف زجره حيث يدخل الزجر فى عنوان النهى عن المنكر ولو عاد أدّبه فإنّ التاديب يدخل فى عنوان المنع عن المنكر عنه عملاً. أو يكون من التعزير على ما ارتكبه من الحرام. ولكن ذكرنا فى بحث الأمر بالمعروف أنّ النهى عملاً وان يعدّ من مراتب الأمر بالمعروف إلاّ أنّه لا يدخل فى الواجب الكفائى.

نعم ربّما يدخل الفعل فى عنوان المنع عن المنكر، إلاّ أنّه لا دليل على وجوبه ولو بنحو الواجب الكفائى، بل لا دليل أيضاً على مشروعيته إلاّ بالاضافه إلى الأهل،

الشرح:

كما هو مقتضى اطلاق قوله سبحانه: «قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا»، (١) وفي صحيحه عبدالله بن سنان أبي عبدالله عليه السلام قال: «جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: إِنَّ أُمِّي لَا تَدْفَعُ يَدَ لَامِسٍ، قَالَ: فَاحْبِسْهَا، قَالَ: قَدْ فَعَلْتُ، قَالَ: فَامْنَعْ مِنْ يَدْخُلِ عَلَيْهَا، قُلْ قَدْ فَعَلْتُ، قَالَ: قَيْدُهَا فَإِنَّكَ لَا تَبْرِّهَا بِشَيْءٍ أَفْضَلَ مِنْ أَنْ تَمْنَعَهَا عَنْ مَحَارِمِ اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ»، وما ورد في تفسير الآيه لا يدل على انحصار مدلولها بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

نعم تأديب من يرتكب محرماً ليرفع يده عنه مشروع للحاكم والوالى ولو فيما لم ينطبق عليه غير عنوان التعزير فضلاً عما إذا انطبق عليه عنوان المنع عن ايذاء الغير أيضاً أو غيره من الحرام، وفي موثقه سماعه عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إِنَّ رَجُلًا لَقِيَ رَجُلًا عَلَى عَهْدِ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَقَالَ: إِنَّ هَذَا افْتَرَى عَلَيَّ، قَالَ: وَمَا قَالَ لَكَ؟ قَالَ: إِنَّهُ احْتَلَمَ بِأُمِّ الْآخِرِ، قَالَ: إِنَّ هَذَا افْتَرَى عَلَيَّ، قَالَ: وَمَا قَالَ لَكَ؟ قَالَ: إِنَّ فِي الْعَدْلِ إِنْ شئتُ جَلَدْتُ ظِلَّهُ فَإِنَّ الْحِلْمَ إِنَّمَا هُوَ مِثْلُ الظِّلِّ وَلَكِنْ سَنُوجِعُهُ ضَرْبًا وَجِيعًا حَتَّى لَا يُؤْذِيَ الْمُسْلِمِينَ، فَضَرْبُهُ ضَرْبًا وَجِيعًا». (٢)

ومما ذكر يظهر أنه يجوز للحاكم هذا التأديب بالعود بعد تعريف الخطأ؛ لأن غايه ما يستفاد مما ورد في عدم ثبوت الحد والتعزير في حق الجاهل بالحكم عدم مشروعيه التأديب بالضرب أو بغيره قبل تعريف الخطأ، لا في العود بعد عرفان الحكم.

ص: ٧٠

١- (١) التحريم: ٦١.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب حد القذف، الحديث ١: ٤٥٨.

والآداب المكروهه:

أن يتخذ حاجباً وقت القضاء [١]، وأن يجعل المسجد مجلساً للقضاء دائماً ولا يكره لو اتفق نادراً، وقيل: لا يكره مطلقاً التفاتاً إلى ما عرف من قضاء على عليه السلام بجامع الكوفه، وأن يقضى وهو غضبان، وكذا يكره مع كل وصف يساوى الغضب في شغل النفس كالجوع والعطش والغم والفرح والوجع ومدافعه الأخبثين وغلبه النعاس، ولوقضى والحال هذه، نفذ إذا وقع حقاً.

الشرح:

[١] قد ذكر في الكلمات أنه يكره للقاضي أمور:

منها: اتخاذه حاجباً عند الحاجة إلى القضاء للنبوى المروى في كلمات العامه: «من ولى شيئاً من الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب الله تعالى دون حاجته وفاقته وفقره» (١) ولسان الخبر وان يناسب الكراهه، إلا أن الإعتدال عليه في الحكم بها لضعف سنده مشكل.

والأظهر انه لو كان الحجب بحيث يترك الناس و خصوماتهم من غير فصل فهذا غير جائز، لما تقدم من وجوب تولي القضاء حفظاً للنظام وانهاء الخصومات باستيفاء حقوق بعضهم من بعض، وان لم يكن الحجب موجباً لذلك بأن كان مجرد التأخير في القضاء فيكون هذا من ترك المستحب وهو السعي في قضاء حوائج الناس كما في صورته اتخاذه الحاجب والقضاء فوراً.

ومنها: اتخاذه المسجد مكاناً للقضاء أو القضاء فيه من غير اتخاذه مكاناً، كما هو ظاهر المحكى عن الصدوق قدس سره ، وبعضهم كالمصنف قدس سره فيصّل بين جعله مجلساً للقضاء دائماً فيكرهه، وبين القضاء فيه بعض الأحيان فلا يكرهه، وبعضهم أنكروا الكراهه لما هو المعروف من قضاء على عليه السلام في جامع الكوفه، فإن أمر دكّه القضاء إلى يومنا هذا معروف.

ص: ٧١

الشرح:

واستدل على الكراهه بما ورد في النهى عن بعض الأمور في المسجد، معللاً بأن المسجد بنى لغير ذلك أو أنه بنى للقرآن، وفي معتبره محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن سلّ السيف في المسجد وعن برىء النبل في المسجد وقال: إنما بنى لغير ذلك»،^(١) وبمرسله على بن اسباط عن بعض رجاله قال: «قال أبو عبد الله: جنبوا مساجدكم البيع والشراء والمجانين والصبيان والأحكام والضالّه والحدود ورفع الصوت». ^(٢)

ولكن لا يخفى أنه يمكن دعوى أنّ القضاء من قبيل تعليم الحكم فيكون داخلاً فيما بنى له المسجد، والمرسله لضعف سندها لاتصلح للاعتماد عليها، خصوصاً بما لحظه معروفه أمر دكّه القضاء بجامع الكوفه. والقول بأنّ قضائه في المسجد غير محرز لاحتمال خروج دكّه القضاء من المسجد أو كان القضاء فيها بعض الأحيان اتفاقاً لا يمكن المساعدة عليه؛ فإنّ كون دكه القضاء من المسجد كمعروفه سائر الأجزاء والمقامات فيه ولو كان قضاؤه فيها نادراً لاشتهر مكان آخر أيضاً بكونه مجلس القضاء.

ومنها: القضاء حال الغضب ولعلّ المراد بالغضب ما يخرج به النفس عن الاعتدال واشتغالها بأمر آخر لا يناسب المدقه في القضاء وملاحظه موازيه، ويؤيد ذلك إلحاق كل أمر يشتغل به النفس، وفي معتبره السكوني عن أبي عبد الله قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من ابتلى بالقضاء فلا يقضى وهو غضبان»،^(٣) وفي خبر سلمه بن كهيل: «ولاتقعد في مجلس القضاء حتى تطعم»،^(٤) وكيف ما كان فلو قضى والحال هذه نفذ

ص: ٧٢

١- (١) الوسائل: ٣، الباب ١٧ من أبواب أحكام المساجد، الحديث ١: ٤٩٥.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٢٧ من أبواب المساجد، الحديث ١: ٥٠٧.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١: ١٥٦.

٤- (٤) المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١: ١٥٥.

وأن يتولى البيع والشراء بنفسه [١].

الشرح:

إذا كان على الموازين أخذاً بما دلّ على نفوذ القضاء وقصور ما دلّ على المنع عن الظهور في عدم النفوذ بل الحرمة، فلاحظ.

[١] ذكر في الجواهر في ذيل هذا الكلام ما حاصله: أنه يكره للقاضي تولّى البيع والشراء لنفسه في مجلس الحكم وغيره، سواء أكانت معاملته مع من يعلم أنه يحاسبه أم غيره، ولعلّ النسخة الصحيحة: مع من يعلم أنّ يحاييه أو غيره أي معاملته مع من يوقع البيع المحاباه وغيره لقوله صلى الله عليه و آله على ما رواه بعض العامة: «ما عدل وال أتجر في رعيته أبداً»، (١) بل في آخر: «لعن إمام يتجر في رعيته». (٢)

ولأنّ في حال تولى القضاء يكون البيع أو الشراء موجباً لتشويش خاطره خصوصاً إذا كان ذلك في مجلس الحكم فإنّه المانع من التوجه بتمام قلبه إلى الخصومه المرفوعه إليه، ولاحتمال أن يقع البيع أو الشراء منه على وجه المحاباه بأن يبيع الآخر المال منه بأقل من قيمته السوقية أو يشتري منه بأكثر منها بحيث يوجب ذلك جلب محبه القاضي وميله إليه، وقد يحصل الخوف لخصم من يعامل القاضي من ميل القاضي إلى ذلك المعامل فيمتنع عن المرافعه إليه فيكون القاضي موضع التهمه إلى غير ذلك.

وقد عمّم قدس سره الحكم فألحق سائر المعاملات بالبيع والشراء وقال: بل يكره للقاضي النظر في نفقه عياله وضيعته وغير ذلك ممّا يشغل قلبه فالأولى للقاضي أن يوكل من لا يعرفه الغير أنّه وكيله للبيع والشراء، ثمّ نقل ما روى عن بعض كتب العامة أنّ علياً عليه السلام امتنع عن شراء القميص ممن عرفه إلى ان انتهى إلى من لا يعرفه فاشترى منه. (٣)

ص: ٧٣

١- (١) الجامع الصغير للسيوطي ٢: ١٦٤، المغني لابن قدامه ١١: ٤٣٩.

٢- (٢) السنن للبيهقي ١٠: ١٠٧.

الشرح:

أقول: ليس فيما ذكر وجه يصح الاعتماد في الحكم بکراهه تولى القاضى البيع والشراء لنفسه، وإنما الممنوع ميل القاضى إلى أحد الخصمين للحكم له، كما تشهد لذلك صحيحه أبى حمزه الثمالى، نعم معاملة القاضى ممن يبيعه أو يشتري منه محاباه لجلب رضاه ليحكم له عند المخاصمه إليه داخل فى الرشوه، فيما إذا علم القاضى أن يبيعه أو الشراء منه كذلك، فلا تجوز له تلك المعامله لأنها من الرشوه فى الحكم، كما ذكرنا فى المكاسب المحرمه، وأما تولى البيع والشراء فى مجلس الحكم بحيث يوجب تشويش البال فقد تقدم كراهه الحكم حال اشتغال القلب، وهذا داخل فيه سواء أباع أو اشترى لنفسه أم للغير.

[١] أى وكذا يكره توليه الحكومه لنفسه بأن يقف مع خصمه عند قاض آخر، بل الأولى أن يوكل من يرافع مع خصمه عند قاض آخر، وفى نهج البلاغه «إنّ للخصومه قحماً»، قال ابن أبى الحديد فى ذيل هذا الكلام: قالها أمير المؤمنين حين وکل عبد الله بن جعفر فى الخصومه عنه، وروى أنه عليه السلام وکل عقياً فى خصومته وقال: إنّ للخصومه قحماً. (١)

أقول: لو تم ذلك لم يكن هذا من آداب القاضى، بل يكره لكل خصم تولى الخصومه بنفسه وإنّ الأولى التوكيل فى المخاصمه إلى القاضى، وقد ورد فى بعض الروايات المرويه بطرقنا أنّ أمير المؤمنين (٢) عليه السلام بل قبله النبى (٣) توليا الخصومه بنفسهما، ويقال إنّ ذلك لا ينافى الكراهه وإنّما كان ذلك لبيان بعض الأحكام الشرعيه التى أخطأ فيها من نصب قاضياً للناس، كما فى قضيه درع طلحه أو لغير ذلك من المصالح.

ص: ٧٤

١- (١) شرح النهج لابن أبى الحديد ٢٦٠: ١٩.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦: ١٩٤.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ١٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢٠٠.

وأن يستعمل الانقباض المانع من اللحن بالحجّه [١].

وكذا يكره اللين الذى لا يؤمن معه جراه الخصوم، ويكره أن يرتب للشهادة قوماً [٢] دون غيرهم، وقيل: يحرم لاستواء العدول فى موجب القبول ولأنّ فى ذلك مشقه على الناس بما يلحق من كلفه الاقتصار.

الشرح:

[١] ذكروا أنّ اظهار القاضى الانقباض فى وجه الخصوم المانع عن لحنهم بالحجّه والتفطن بها وتحريرها على وجه الكمال مكروه.

أقول: ينبغى أن يراد من الانقباض ما لم يكن بحيث كان فيه مهانه المؤمنين والتجبر عليهم، فإنّ هذا أمر فى نفسه غير جائز، سواء أكان من القاضى أم غيره. وإذا لم يكن كذلك فيمكن أن يقال أنّه لا يجوز للقاضى فعل ما يوجب دهشه المترافعين إليه بحيث يغفلان أو يغفل أحدهما عن ذكر ما هو دخيل فى الافصاح عن مورد منازعتهما، فإنّ هذا ينافى مشروعيه القضاء وايصال الحق لأهله وفى غير ذلك فلا موجب للكراهه أيضاً.

و ممّا ذكرنا يظهر الحال فى اللين الخارج عن المتعارف والموجب لجراه المتخاصمين على ما فيه نوع مهانه للقاضى أو لقضائه.

[٢] لا يخفى أنّ ترتيب قوم للشهادة إن كان بحيث لا تقبل الشهاده من غيرهم حتى مع التمكن من احراز عدالتهم، فهذا ابطال لحقوق الناس وتضييع لها وقد جعل القضاء لرعايه حقوق الناس واستيفائها، وإن كان المراد أنّه يطلب من الناس أن يجعلوا لمعاملاتهم وحقوقهم شهوداً منهم دون غيرهم فالاستجاب له لذلك لالزوم لها على الناس، ولكن لا كراهه فيه فيما إذا لم يكن فى تعيينهم لجعل غيرهم من العدول موضع التهمه، بل كان التعيين لتسهيل أمر القضاء وعدم تأخيره إلى تعديل الشهود، وقيل: إنّ أوّل من رتب للشهادة قوماً بعض القضاء من العامه.

ص: ٧٥

وهنا مسائل:

الأولى: الإمام يقضى بعلمه مطلقاً [١] وغيره من القضاة يقضى بعلمه فى حقوق

الشرح:

وكيف ما كان فليس مراد الشيخ قدس سره من منعه الصورة التى ذكرنا عدم الكراهة فيها أيضاً، فلاحظ كلامه المنقول عنه فى مبسوطه تجده موافقاً لما ذكرنا.

[١] وجوب اتباع حكم الإمام عليه السلام على الرعية ونفوذه بعد كون طاعته عليه السلام كطاعه النبى صلى الله عليه وآله من أصول مذهبنا ولم يخالف فيه أحد منّا، وأما جواز قضائه بعلمه فهو أيضاً ممّا لا ينبغى التأمل فيه، فإنّ القضاء المزبور داخل فى القضاء بالحق والحكم بالعدل فيدخل فى قوله سبحانه: «وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ» (١)، ولقول علىّ لشريح فى قضيه درع طلحه: «ويحكك أو: ويلك انّ إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا»، (٢) ولقتله عليه السلام خصم النبى صلى الله عليه وآله قضاءً بعلمه. (٣)

امام يقضى بعلمه مطلقاً

بل يظهر من بعض الروايات المعتبرة أنّ حكم النبى صلى الله عليه وآله وسلم بعلمه كان مفروغاً عنه بين الناس كصحيحه محمد بن قيس وفى خبر حسين بن خالد أو صحيحه عن أبى عبدالله عليه السلام: «سمعتة يقول: الواجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزني أو يشرب الخمر أن يقيم عليه الحد ولا يحتاج إلى بينة مع نظره لأنّه أمين الله فى خلقه»، (٤) وفى ذيله دلالة على أنّ ذلك بالإضافة إلى حقوق الله، وأما حقوق الناس فاستيفاء الحق فيها يكون بمطالبه صاحبه.

وكيف كان فلا موجب لتطويل الكلام فى المقام، وما نقل السيد قدس سره عن أبى على ابن الجنيد من الخلاف لا يعتنى به، فإنّ خلافه مبنى على اجتهاده المخدوش، وهو أنّ

ص: ٧٦

١- (١) المائدة: ٤٢ .

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦: ١٩٤.

٣- (٣) المصدر نفسه: الباب ١٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢٠٠.

٤- (٤) المصدر نفسه: الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٣: ٣٤٤.

الناس وفي حقوق الله سبحانه على قولين أصحهما القضاء [١]، ويجوز أن يحكم في ذلك كله من غير حضور شاهد يشهد الحكم.

الشرح:

الله سبحانه قد أوجب للمؤمنين حقوقاً لم تثبت بينهم وبين الكفار والمرتدين كالمناكح والمواريث والذبائح وغير ذلك ووجدنا الله تعالى قد أطلع نبيه على من يبطن الكفر ويظهر الإسلام فكان يعلمه ولم يبين النبي صلى الله عليه وآله أحوال هؤلاء الأشخاص لسائر المؤمنين ليمنعوا عن مناكحتهم وإرثهم وذبائحهم إلى غير ذلك.

ووجه الخدشه أن الكفر باطناً لا يمنع عن الحكم بالإسلام، فإن الموضوع لترتيب الحقوق المزبوره هو الاعتراف بالشهادتين من غير اظهار الخلاف بتكذيب نفسه في اعترافه.

[١] صريح كلام السيد قدس سره جواز الحكم من الحاكم بعلمه في حقوق الناس عند الإماميه ولو من غير الإمام عليه السلام، حيث ذكر في الجواب عن الاشكال بأنه كيف تدعون الاجماع على جواز الحكم مع أن أبا علي ابن الجنيد يصرح بالخلاف، بأن خلاف ابن الجنيد لاجتهاد مخدوش وأنه لا يخفى اتفاق الإماميه على الانكار على أبي بكر، حيث طلب البيه من الزهراء عليها السلام على دعواها بأن فذك نحله أبيها مع علمه بصدقها لعصمتها عليها السلام.

والمتحصل: جواز قضاء غير النبي صلى الله عليه وآله وغير الإمام عليه السلام بعلمه في حقوق الناس أيضاً من القطعيات في كلمات جملة من الأصحاب، وقد نقل الاجماع عليه وعلى جوازه في حقوق الله في الانتصار والخلاف والغنيه والسرائر.

و على كل حال يقع الكلام في المقام في جواز الحكم من القاضى بعلمه تكليفاً، و في نفوذ ذلك الحكم على المتخاصمين وغيرهما وضعاً، وأنه يجوز للقاضى اجراء حدود الله على مرتكبى موجباتها فيما إذا كان ثبوتها بعلمه، والكلام في الأولين فيما

الشرح:

إذا كانت المخاصمه فى الموضوعات، وأما فيما إذا كان من الشبهات الحكيمه فلا كلام فى جواز الحكم و نفوذه على ما تقدم سابقاً.

فنقول: الحكم بعلمه فى حقوق الناس داخل فى الحكم بالعدل والقضاء بالقسط فيجوز بل ينفذ لاطلاق قوله عليه السلام : جعلته حاكماً أو قاضياً، بعد عدم الدليل على تقييد ذلك بكون الحكم بغير علم وكذا الحال فيما إذا كان حكمه فى حدود الله أخذاً بقوله سبحانه: «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ»^(١) وغيره بعد كون الخطاب للحكام على ما يأتى.

وما يقال فى المقام فى وجه المنع إما راجع إلى عدم جواز الحكم من القاضى بعلمه كما قيل بأن الحكم بعلمه يجعل القاضى موضع التهمه، وإمّا راجع إلى الحكم الوضعى بدعوى أنّ الطريق المألوف فى القضاء فى حقوق الناس وغيره غير علمه، كما يستفاد ذلك من صحيحه هشام بن الحكم عن أبى عبدالله عليه السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله : إنّما أفضى بينكم بالبينات والأيمان»^(٢)، وما ورد فى الرجل الذى رأى الفجور بزوجه.^(٣)

ولكن شيئاً من ذلك لا يصلح مانعاً، فإنّ قضيته جعل الحاكم موضع التهمه، فلا مورد لها فيما إذا عرف القاضى بالديانه وتعصبه فى دين الله، بل مطلقاً بعد عرفان عدالته، وإلاّ لكان تعديله الشاهد بعلمه أو تجريحه غير جائز للتهمه الموهومه، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف و المناقشه فى مسأله جرحه و تعديله بل لا بدّ من انتهائهما بعلمه كما لا يخفى.

ص: ٧٨

١- (١) النور: ٢.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١: ١٦٩.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٤٥ من أبواب حد الزنا، الحديث ١: ٤١٣.

الشرح:

وأما قوله صلى الله عليه وآله: «إنما أفضى بينكم»، فقد تقدم جواز قضاء النبي بعلمه و وقوعه، و قضايا مولانا أمير المؤمنين عليه السلام مشهوره معروفه عند العوام فضلاً عن الخواص، فيكون الحصر في الصحيحه غالباً، والصحيحه ناظره إلى عدم تغير الواقع بحكمه صلى الله عليه وآله على طبق البيئات والأيمان كما يشهد بذلك ذيلها، وقد يكون القضاء باعتراف الخصم وقراره، مع أنّ الحكم به لا يكون داخلاً في شيء من البيئه والأيمان.

أضف إلى ذلك احتمال كون البيئه في الصحيحه بمعناها اللغوى، فتعم علم القاضى كما يفصح عن ذلك غير واحد من الآيات كقوله سبحانه: «قُلْ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي» (١) وقوله: «فَقَدْ جَاءَكُمْ بَيِّنَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ» (٢) و «أَرَأَيْتُمْ إِن كُنتَ عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي» (٣) إلى غير ذلك مما استعمل فيه البيئه بمعنى موضح الواقع والأمر والحق.

لا- يقال: لا يحتمل كون البيئه في الصحيحه بالمعنى اللغوى، وإلا لم يصح أفراد الأيمان عن البيئات حيث إنّ الأيمان أيضاً من موضح الحق والواقع.

فإنه يقال: عطف الأيمان على البيئات لا ينافى كونها بمعنى موضحات الأمر حيث إنّ البيئه ظاهرها موضح الأمر، والواقع مع قطع النظر عن مقام القضاء ولا يكون الأيمان كذلك فإنها موضحات بلحاظ مقام القضاء في حقوق الناس، وما ورد فيمن رأى الفجور بزوجه ناظر إلى عدم جواز اجراء الحدّ لغير الحاكم، وأنه لا بدّ من ثبوت الفجور عنده، نعم يمكن أن يستفاد منه أنه لا بأس بالرجل أن يقتل من فجر بامرأته بعد ثبوته عند الحاكم.

و بالجمله: فليس في البين ما يمنع عن القضاء بالعلم بأن يكون له طريق مألوف

١- (١) الأنعام: ٥٧.

٢- (٢) الأنعام: ١٥٧.

٣- (٣) هود: ٢٨.

الشرح:

لا يدخل فيه علم القاضى بل اعتبار البينه فى حق القاضى العالم بالحق والواقع غير ممكن.

وما يقال بأنه: لا يجوز الحكم فى حقوق الله بالعلم لأنّ حقوق الله مبتنيه على المسامحه، ويدل عليها ما رويعن النبى صلى الله عليه وآله فى قضيه الملاءنه: «ولو كنت راجماً بغير بينه لرجمتها» (١)، ولذا حكى عن بعض اختصاص الجواز بحقوق الناس، ولا يمكن المساعده عليه فإنه لم يثبت فى حقوق الله إلاّ أنّ للقاضى المنع من ثبوت موجب الحدّ باعتراف المرتكب، لا أنّ علم القاضى لا يكون طريقاً لثبوته.

وربما يستدل على جواز القضاء بالعلم بأنه إذا طلق الرجل امرأته عند القاضى ثلاث مرات بحيث لا يجوز له الرجوع إليها إلاّ بعد النكاح من المحلّل، ثم جحد الرجل الطلاق ولم تتمكن زوجته من اقامه الشهاده على طلاقها كذلك فإنه يتوجه اليمين إلى الزوج، فإنّ حكم الحاكم المزبور بكون المرأه زوجته فهذا حكم بالباطل والزور، وإن لم يحكم بشىء لزم ترك القضاء، وقد تقدم وجوبه عيناً أو كفايه، فيتعين القضاء بعلمه وإن ترك القضاء بالعلم مستلزم لعدم انكار المنكر وعدم وجوب اظهار الحق مع امكانه وإذا لم يجز ذلك يتعين الحكم بعلمه.

أقول: يمكن المناقشه فيما ذكر بأنه لو ثبت انحصار طريق القضاء بالبينه والحلف والاقرار يمكن للقاضى العالم بحقيقه الحال أحد أمرين:

الأول: أن يحوّل الواقعه إلى قاض آخر، ويحضر عنده ليشهد بما علمه من أمر الطلاق أو غيره، إذا كان معه شاهد آخر.

الثانى: أن يأمر الزوج باعترافه بالطلاق والتوبه والرجوع عن انكاره، ويعزّره على

ص: ٨٠

الشرح:

كذبه وانكاره؛ حتى يعترف بالحال، ونذكر ان شاء الله تعالى أنّ ما يذكر من أنّ الاقرار بالاكراه لا يكون نافذاً لا يشمل الفرض ممّا يعلم القاضى انّ اقراره ولو باكراهه مطابق للواقع.

وقد يقال فى وجه عدم جواز القضاء بالعلم: بأنّ العلم إنّما يكون طريقاً بالذات إلى متعلّقه بالاضافه إلى العالم، فيكون علم القاضى طريقاً إلى الواقع بالاضافه إلى نفسه، وجواز القضاء ليس من أثر الواقع، بل أثر احرازه كما يفصح عن ذلك قوله عليه السلام فى تقسيم القضاء: «رجل قضى بالحق وهو يعلم» (١)، وقوله عليه السلام: «من أفتى الناس بغير علم لعنته ملائكه السماء» (٢) لعدم احتمال الفرق بين الافتاء والقضاء من هذه الجهة، وإذا كان احراز الواقع موضوعاً لجواز القضاء فيمكن أن يختص الموضوع بما إذا كان الاحراز بالبينه أو الحلف، كما هو مقتضى قوله صلى الله عليه وآله: «إنّما أفضى بينكم بالبينات والأيمان»، ولا يمكن التعدى إلى العلم بالقضاء بعلمه الوجدانى، فضلاً عن دعوى الأولويه لاحتمال الخصوصيه فى البينه لكونها طريقاً إلى الواقع مطلقاً لا بالاضافه إلى شخص دون شخص بخلاف العلم، فإنّه طريق بالاضافه إلى العالم فقط أضف إلى ذلك ماتقدم من أنّ القضاء بعلمه يجعله موضع التهمه.

أقول: كون الموضوع لجواز القضاء والافتاء احراز الواقع لانفس ثبوت الشىء واقعاً صحيح، لكن هذا لا يمنع عن حكمه بعلمه فكما أنّ علمه طريق إلى الواقع بالاضافه كذلك البينه فى موارد قضائه بها وإلّا ربّما يكون كل من المتخاصمين جازماً بما يدعى أو ينكر فلا يكون اعتبار بالبينه بالاضافه إليهما، وأمّا دلالة الحصر فقد تقدم أنّه اضافى وقد ذكر للدلاله على تغيّر الواقع بالقضاء بها أو بالحلف كما تقدم الجواب عن

الشرح:

كون القضاء بالعلم يجعل القاضى موضع التهمه، كما فى موارد قضائه فى اختلاف المترافعين فى واقعه لاختلافهما فى الحكم الشرعى لكلى تلك الواقعه فتدبر.

وبتعبير آخر كما أنّ حكم القاضى فى موارد اختلاف المتخاصمين فى حكم كلى الواقعه لا- يكون بالبينه واليمين كذلك فى مورد اختلافهما فى الموضوع مع علم القاضى بواقع الأمر، حيث إنّ القاضى فى موارد عدم علمه بواقع الأمر عند اختلافهما فى الموضوع يتمسك بالحجّه المعتبره فى حق الشاك، ويجعل من يكون قوله موافقاً لتلك الحجّه المعتبره المدعى عليه ومن يكون قوله مخالفاً لها المدعى فيطلب من الثانى البينه ومع عدمها تصل النوبه إلى طلب الحلف من المدعى عليه، ومع علم القاضى بالواقع لا تكون لتلك الحجّه موضوعاً، بل يكون قضاؤه فى الواقعه باحرازه الصغرى والكبرى كما فى موارد الخصومه للإختلاف فى حكم كليها فيعمّه قضائه فيها مادلاً على مشروعيه القضاء بالسنة العادله كما لا يخفى.

ثمّ إنّه قد ذكر فى المسالك أنّه بناءً على عدم جواز قضاء القاضى بعلمه يستثنى موارد: منها تزكيه الشهود وجرحهم لتلا يلزم الدور أو التسلسل، ومنها الاقرار فى مجلس القضاء وإن لم يسمع ذلك الاقرار غير القاضى، بل قد يقال باستثناء اقرار الخصم مطلقاً ولو لم يكن فى مجلس القضاء، ومنها العلم بخطأ الشهود وكذبهم، ومنها أن يشهد مع الحاكم آخر فإنّه لا يقصر الحاكم عن الشاهد، ومنها تعزير من أساء أدبه فى مجلسه، وإن لم يعلم به غيره.

أقول: أمّا قضيه التعديل والجرح فقد تقدم الكلام فيه، وأنّ القاضى يعمل فيهما على طبق علمه لا محاله، وتقدم أيضاً أنّ علمه باقرار الخصم سواء أكان فى مجلس القضاء أم غيره موجب للحكم، ويظهر ذلك من بعض الروايات، خصوصاً الوارده

الثانيه: إذا أقام المدعى بينه ولم يعرف الحاكم عدالتهما فالتمس المدعى حبس المنكر لُبْعِدِ لها، قال الشيخ رحمهم الله: يجوز حبسه [١] لقيام البيّنه بما ادعاه، وفيه اشكال من حيث لم يثبت البيّنه حق يوجب العقوبه.

الشرح:

في ثبوت بعض موجبات الحدود، وكذلك الحال في علمه بخطأ الشهود أو كذبهم.

وأما أنّ الحاكم يحسب شاهداً وأنّه إذا شهد معه آخر يجوز الحكم فلا يمكن المساعدة عليه فيما إذا كان المراد ان يقضى بشهادته مع آخر، لأنّ ظاهر الأدلّه كون الشاهدين غير القاضى، وخروج القاضى عن الشاهدين كخروج المدعى والمدعى عليه عنهما.

[١] إذا أقام المدعى بدين له على غيره شاهدين ولم يعرف الحاكم عدالتهما، واحتاج المدعى إلى اثبات عدالتهما، فالتمس من الحاكم حبس المدعى عليه حتى تثبت عدالتهما قال الشيخ قدس سره: يجوز للحاكم الاجابه بحبس المدعى عليه لقيام البيّنه بدعواه، واستشكل الماتن قدس سره بأنّه لم يثبت بشهادتهما الدين ليحبس المديون لادائه أو ثبوت اعساره.

وبتعبير آخر إنّما يجوز حبس المديون بالدين الحال عليه ليؤديه أو يحرز عسره كما يدل على ذلك مثل موثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه: «أنّ علياً عليه السلام كان يحبس في الدين فإذا تبين له حاجه و افلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالاً» (١)، وإذا لم يثبت الدين فلا موجب لجواز حبسه بعد كون الأصل براءه ذمه المدعى عليه.

و وجه في الجواهر كلام الشيخ بأنّه يرى ثبوت الدين بالبيّنه التي لم يعرف فسقها، وإن جاز للحاكم طلب المدعى بتزكيه الشاهدين لاسترايته أو التماس الغريم أو للاستظهار أو نحو ذلك، ثمّ قال: إنّ المعتبر في الشاهد العداله، ولا يكفي مجرد عدم ظهور الفسق، وأنّه ما لم يثبت الدين فلا يجوز حبس المدعى عليه ولا مطالبه الكفيل.

ص: ٨٣

الثالثة: لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال، وأمر بحبسه، فعند حضور الحاكم الثانى ينظر [١] فإن كان الحكم موافقاً للحق لزم وإلا أبطله، سواء كان مستند الحكم قطعياً أو اجتهادياً، وكذا كل حكم قضى به الأول وبان للثانى فيه الخطأ فإنه ينقضه، وكذا لو حكم هو ثم تبين الخطأ فإنه يبطل الأول ويستأنف الحكم بما علمه حقاً.

الشرح:

وفيه: إن توجيه كلام الشيخ بما ذكر لا يرجع إلى محصل. فإنه لو كان الأصل فى الشاهد العدالة أو أن المعتبر فى الشهادة عدم ظهور فسق الشاهد لا يكون للحاكم مطالبه المدعى بتزكيه الشاهدين واثبات حالهما واقعاً، فإن طلب ذلك منه يكون كطلبه باثبات نسبهما وغير ذلك من الأمور الراجعة إليهما، مما لا يجب على المدعى الاستجابة لطلبه.

وأما ما ذكره قدس سره من أنه ما دام لم يثبت الدين لم يحز مطالبه المدعى عليه بالكفيل، فلا يمكن المساعدة عليه فإن مطالبته بالكفيل لا تتوقف على ثبوت الدين، بل يجوز مطالبه الكفيل من المدعى عليه ليحضر مجلس الحكم لانتهاء المخاصمه وفصلها سواء أكان الحكم فيه بثبوت الحق أم براءة المدعى عليه وقد اعترف رحمهم الله فى باب الكفاله بمشروعيتها فى الحقوق ومنها حق الدعوى، ولعل مراده فى المقام عدم جواز مطالبه الكفيل بالدين لابق الدعوى.

[١] ذكر قدس سره فى المسألة أموراً ثلاثة:

الأول: إن الحاكم الأول إذا حكم على أحد بضمان مال وحبسه لاستيفاء المال يجب على الحاكم الثانى النظر فى أمر المحبوس، فإن كان الحكم الأول حقاً ألزم عليه المال، وإن لم يكن حقاً أبطل الأول وخلص سبيل المحبوس سواء أكان مستند حكم الحاكم الثانى قطعياً أم اجتهادياً.

الثانى: إنه إذا حكم الحاكم الأول بحكم وفصل الخصومه فى واقعه لا يجب على

الشرح:

الثاني النظر فيها، ولكن لو نظر وبان له خطأ الأول في حكمه أبطله.

الثالث: إنه لو حكم هو بنفسه في واقعه بحكم ثم بان له خطائه في حكمه نقضه ويستأنف الحكم فيها بما يراه حقاً.

وقد ذكر في الجواهر في ذيل الأمر الأول أنه وان جزم بوجوب النظر في المسالك بل يظهر من عباراتهم عند تعرضهم لكون النظر في المحبوسين من آداب القاضى تسالمهم عليه، إلا أنه مع ذلك يشكل وجوب النظر لنفوذ القضاء الأول ويعمه ما دل على عدم جواز ردّه ويحمل على الصحيح، فيكون حبس الحاكم الثاني واستيفاء المال منه نظير التصرف في المال الذيأخذه الشخص المزبور بحكم الحاكم الأول فيأنه لا يجب النظر فيأمر ذلك المال والتفتيش عن صحه الحكم الأول، بل لايجوزالنظر مع امتناع المحكوم له عن المرافعه عنده، لكن الأقوى عدم البأس بتجديد المرافعه مع تراضيهما، وينفذ الحكم الثاني ولو كان مستنده اجتهاداً.

أقول: إذا تحقق الحكم من الحاكم الأول على طبق موازين القضاء عنده يعمه ما دل على نفوذ الحكم، فيجوز للحاكم الثاني تنفيذ ذلك الحكم فيما إذا لم ينفذه الحاكم الأول ويكون تنفيذه لكونه عملاً بالحكم المزبور الذيعمه خطاب النفوذ، بل لا يجوز له إيقافه، فإن إيقاف تنفيذه ردّ للحكم المشروع، نعم يجوز للثاني النظر في تلك الواقعة تكليفاً فيما إذا رضى المحكوم له بالحضور، ولكن لا يكون الحكم من الثاني بخلاف الأول مشروعاً ونافذاً إلا إذا تبين للحاكم الثاني خطأ الأول بأن ظهر له عدم رعايه الأول موازين القضاء، كما إذا كان في المسألة دليل بحيث لا يقبل الاجتهاد على خلافه ولا يكون الحكم المزبور إلا بالتقصير وعدم رعايه موازين القضاء، فإن في هذا الفرض ينقض ذلك الحكم ولايجوز له تنفيذه لأن الحكم المزبور ليس من

عدم جواز نقض حكم الحاكم إلا مع ثبوت خطئه

الرابعة: ليس على الحاكم تتبع حكم من كان قبله لكن لو زعم المحكوم عليه أن الأول حكم عليه بالجور، لزمه النظر فيه [١]، وكذا لو ثبت عنده ما يبطل حكم الأول أبطله، سواء كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس.

الشرح:

حكمهم، بل حكم بالجور والباطل حتى ولو احتمل مطابقتها للحكم الواقعي.

نعم احراز التقصير في القضاء والغفلة عن موازين القضاء لا يتيسر غالباً إلا فيما كان في البين مثل الدلالة القطعية التي يصل إليها الفاحص بالفحص القليل، أو يكون من الحاكم الأول الغفلة الظاهرة في ملاحظته موازين القضاء، بحيث لا يحتمل الاجتهاد على خلافها.

ومما ذكرنا يظهر أنه لا يسقط نفوذ القضاء الأول ولو بتراضى المتخاصمين إلا فيما ذكرنا وعدم النفوذ فيه لا يحتاج إلى رضاهما كما لا يخفى، كما ظهر أن على الحاكم الثاني تنفيذ ما حكم به الحاكم الأول في موارد نفوذه؛ حيث إن مقتضى ما دل على نفوذه عدم الفرق بين المتخاصمين والحاكم الثاني.

وبالجملة: نظر الحاكم الثاني لا اعتبار به في الواقعة التي انتهت الخصومه فيها بالحكم من الحاكم الأول بالحكم منه أولاً.

[١] ذكر في المسألة أموراً ثلاثة:

الأول: عدم وجوب النظر على الحاكم الثاني في القضاء الصادر عن الحاكم الأول.

الثاني: أنه لو ادعى المحكوم عليه بقضاء الحاكم السابق جوره عليه في قضائه وجب على الثاني النظر في قضائه.

الثالث: أن كل حكم من الحاكم السابق ينقض على تقدير ظهور خطئه في قضائه للحاكم الثاني، من غير فرق بين حقوق الناس وحقوق الله، مشيراً إلى خلاف بعض

ص: ٨٦

الشرح:

فى حقوق الناس، حيث قالوا انّ النقص فى حقوق الناس يحتاج إلى مطالبه المستحق.

وذكر فى الجواهر فى وجه الأمر الأول انّ عدم وجوب النظر على الحاكم الثانى مقتضى حمل قضاء الحاكم الأول على الصّحّه.

أقول: ماتقدم من الماتن قدس سره من وجوب النظر فى أمر المحبوس بالقضاء من الحاكم السابق لا ينافى ما ذكر فى المسأله من عدم وجوب النظر على الحاكم الثانى، فى حكم القاضى الأول؛ وذلك فإنّ وجوب النظر فى أمر المحبوس باعتبار انّ استيفاء الدين منه يتوقف على ثبوت الحق عليه عند الحاكم الثانى، ولذا يجب النظر فى أمره، حيث إنّ مجرد ثبوت الحق عند القاضى الأول لا يوجب كون الثانى ولياً على الاستيفاء، بخلاف ما ذكر فى هذه المسأله فإنّ المفروض فيها انتهاء الواقعه السابقه حكماً واستيفاءً، ولكن قد عرفت ما فى الفرق فلا نعيد.

وأما ما ذكر صاحب الجواهر قدس سره فى وجه عدم وجوب النظر على الحاكم الثانى، فيمكن أن يقال بعد الحاجه إلى اجراء اصاله الصّحّه فى القضاء السابق، بل لولم تكن أصاله الصّحّه فيه لما كان النظر فيه واجباً على الحاكم اللاحق، لأنّ العمده فى وجوب النظر والقضاء هو وجوب القيام بأمر انهاء المنازعه بين الناس واستيفاء الحقوق لذويها ممّن عليه، ولذا ذكرنا سابقاً أنّه لو أمكن فصل الخصومه بترغيب المتخاصمين بالمصالحه لما وجب القضاء.

وعليه فالوقائع السابقه التى انتهت المخاصمه فيها بالقضاء النافذ بين المتخاصمين بالقضاء فيها خارج عن وظيفه القاضى الثانى، سواء أكان قضاؤه فيها صحيحاً أم خطأً عنده، ولذا ذكرنا أنّه لا يجوز له نقض حكمه وانّ حكمه نافذ حتى على القاضى الثانى.

الشرح:

نعم لو نظر و وجد حكمه بغير ما أنزل الله و بغير موازين القضاء من جهة تقصيره يجوز له النقض بل يجب، و لعل مراده قدس سره من الحمل على الصحه نفى هذا القسم من الفساد، هذا بالاضافه إلى المخاصمات.

وأما بالاضافه إلى حقوق الله والحدود فليس فيها إلا أنّ للحاكم اجرائها بعد ثبوت موجباتها عنده، ولا دليل على نفوذ قضائه و حكمه فيها بالثبوت أو النفي، وعليه فان اراد الحاكم اجراء الحدّ على من حكم الأول بثبوت موجه في حقّه فاللازم عليه احراز ثبوته.

اللهم إلا أن يقال: إنّ الحكم بثبوت الموجب من شؤون القاضى ولو لم يكن حكمه بالثبوت نافذاً في حق الغير لما جاز للحداد اجراء الحدّ بأمر القاضياً مع احرازه ثبوت الموجب.

وذكر في وجه الأمر الثانى: إنّ دعوى المحكوم عليه بأنّ الحاكم السابق قد حكم عليه بالجور مسموعه فأنّه يعمه قوله صلى الله عليه و آله: «البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه»^(١)، من غير أن يكون فى البين ما يوجب رفع اليد عن العموم.

لا يقال: دعوى الجور على القاضى الأول وكذا استئناف القضاء فى تلك الواقعة ردّ على القاضى الأول فلا يجوز، وأيضاً لو جاز دعوى الجور على القاضى الأول لجاز دعواه فى قضاء الأخير أيضاً، وهذا سدّ لباب فصل الخصومه بالقضاء، والقول بأنّ دعوى القضاء بالجور تسمع فيما إذا كانت الدعوى بعد عزل القاضى الأول بحيث تكون الدعوى عليه بعد انقضاء ولايته على الحكم نظير دعوى المولى عليه بعد بلوغه

الخامسة: إذا ادعى رجل أن المعزول قضى عليه بشهادته فاسقين وجب احضاره [١] وإن لم يُقم المدعى بينه، فإن حضر واعترف به أُلزم، وإن قال: لم أحكم إلا بشهادته عدلين قال الشيخ: يكلف البيّنه لأنه اعترف بنقل المال وهو يدعى بما يزيل الضمان عنه، وهو يشكّل لما أن الظاهر استظهار الحكّام في الأحكام فيكون القول قوله مع يمينه لأنه يدعى الظاهر.

الشرح:

على وليّه بالاضافه إلى بعض ما وقع أيام ولايته، لا يمكن المساعدة عليه، فإنّه لو كان السماع ردّاً للقضاء فلا يجوز قبل العزل وبعده، وإن لم يكن ردّاً فلا وجه لعدم سماعه حتى على القاضى الأخير أيضاً، مع أنّ مسأله العزل لا تجرى بالاضافه إلى من كان قضاؤه بالنصب العام.

والظاهر أنّه ليس بردّ، فإن منصرف الرد انكار الحكم على القاضى عملاً مع كون قضائه على الموازين، ولا يعمّ ما إذا كانت الدعوى خطأه وخروجه عن موازين القضاء فى قضائه.

[١] حاصل ما ذكره قدس سره فى المسأله أنّ دعوى المحكوم عليه عند الحاكم الثانى بأنّ الحاكم الأوّل قد حكم عليه بشهادته فاسقين مسموعه سواء أقام بينه على دعواه أم لا، فإنّه ليس من شرط سماع الدعوى اقامه البيّنه بها، ولا خصوصيه للمقام ليمتاز بها عن سائر الدعاوى.

وعلى ذلك فعلى الحاكم الفعلى احضار الحاكم الأوّل، فإن اعترف بما يدعيه المحكوم عليه أُلزم بالمال إن أخذه أو استوفى بحكمه وإن لم يعترف بأنّ ذكر أنّه لم يحكم إلا بشهادته العدلين، فقال الشيخ قدس سره: يكلف الحاكم المزبور باقامه البيّنه بما ذكره لأنّه يعترف بأخذ المال من المحكوم عليه ويدعى عدم ضمانه فى ذلك، ويلزم على ذلك أنّه لو لم يقم البيّنه يحلف المحكوم عليه ويلزم الحاكم بضمنان المال.

السادسه: إذا افتقر الحاكم إلى مترجم لم يقبل إلا شاهدان عدلان [١] ولا يقتنع بالواحد عملاً بالمتفق عليه.

الشرح:

ولكن مقتضى أصالة الصحه في حكمه تجعله منكرًا، فعلى المحكوم عليه المدعى اقامه البينه بما يدعيه، ولعل هذا هو المراد من قول الماتن قدس سره: إن الظاهر استظهار الحكام في أحكامهم، وأيضاً إلتزام الحاكم بالمال مع اعترافه ينحصر بما إذا كان اعترافه بما يوجب الضمان، كما إذا اعترف بأنه حكم مع علمه بفسق الشاهدين أو عدم احرازه عدالتهم.

و ممّا ذكرنا يظهر أنه تسمع دعوى المحكوم عليه على القاضى الأول، فيما إذا ادعى أنه حكم عليه بشهادة الفاسقين مع علمه بفسقهما أو عدم احرازه عدالتهم، فإنه في هذا الفرض لو اعترف القاضى بما يدعيه الزم بالمال ويمكن للمحكوم عليه المخاصمه مع المحكوم له أيضاً فيما إذا ادعى أنه كان يعلم بأن حكم القاضى بشهادة فاسقين أو بشهادة من لم يكن عدالتهم محرزاً له عند حكمه، وفي غير ذلك لا مورد لسماع الدعوى، والله سبحانه هو العالم.

[١] ذكر قدس سره أنه لو احتاج الحاكم إلى مترجم يعتبر التعدد فيه بأن يكونا رجلين عدلين لا يكتفى بالعدل الواحد، لأن كفايه المتعدد متفق عليه وكفايه الواحد غير محرز. وربما يقال بأن كفايه الواحد وعدمها مبنيان على كون الترجمة من قسم الشهاده أو من قبيل الروايه فيعتبر التعدد على الأول ويكتفى بالواحد على الثانى.

فالعمده التكلم فى المائز بين الشهاده والخبر ليرى دخول الترجمة فى أى منهما، وقد قيل ان الشهاده قسم من الخبر وكل مورد ثبت فيه اعتبار التعدد فيؤخذ فيه التعدد وفى غيره يكتفى بالواحد كما هو مقتضى ما دلّ على اعتبار خبر العدل.

وأورد على ذلك فى الجواهر بأن الروايه غير الشهاده فى العرف بحيث يكون

الشرح:

اطلاق الشهادة ولا يكون اعتبار التعدد وعدمه مائراً بينهما عند العرف بحيث يكون اطلاق الشهادة دائراً مدار اعتباره، وأن الظاهر دخول ترجمه في الشهادة بعضاً كما أنها قد تكون روايه، فإنه إن كان المقصود من ترجمه اثبات ما يترتب عليه حكم الحاكم كشهادة الشاهد فتكون شهاده كالشهادة بالبيع أو النكاح أو الزنا وشرب الخمر فيعتبر التعدد.

وأما إذا كان المقصود ترجمه دعوى المدعى أو جواب المدعى عليه ونحو ذلك، كترجمه فتوى المفتي لمقلديه أو ترجمه سؤال السائل عن المجتهد فيكتفى فيه بالواحد.

وبالجملة: الميزان في تمييز أفراد الشهادة عن أفراد الروايه المقابله في العرف فما كان من الأول يعتبر فيه التعدد، وفي غيره يكتفى بالواحد أخذاً بقوله سبحانه: «وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ»^(١) في الأول ربّما دلّ على اعتبار خبر العدل في الثاني، ولو اشتبه فرد بينهما فيلحق بالشهادة عملاً بالمتفق عليه، ولا دلاله لآيه النبأ على اعتبار قول العدل ونبئه مطلقاً بحيث لا يعتبر فيه التعدد لأنّ غايه مدلولها عدم اعتبار التبين فيه في مقابل اعتباره في العمل على نيا الفاسق، ومن الظاهر عدم منافاه ذلك مع اعتبار التعدد كما هو مورد نزول الآيه.

ثم ذكر في آخر كلامه قدس سره أنه يمكن أن يقال باعتبار التعدد في كل ما له دخل في القضاء أخذاً بقوله صلى الله عليه و آله: «إنما أفضى بينكم بالبينات»، وقوله عليه السلام: «استخراج الحقوق بشهاده رجلين الخ»^(٢)، وعلى ذلك فيعتبر في ترجمه التعدد لا باعتبار أنها ترجمه،

ص: ٩١

١- (١) الطلاق: ٢.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٤: ١٧٦.

الشرح:

بل من حيث إنها ترجمه للشهادة أو دعوى المدعى أو اعتراف الخصم إلى غير ذلك مما له دخل في موضوع القضاء انتهى.

أقول: لا- ينبغى التأويل في أن الشهادة قسم من الخبر، فإنَّ الشاهد يخبر بالواقعه الخارجيه فيكون راوياً ومخبراً بها، ولكن يعتبر حضوره الواقعه التي يخبر بها، ولو كان حضور الواقعه بمشاهدتها يعتبر المشاهده، وفيما كان الحضور لها بسماعها يعتبر سماعها إلى غير ذلك والاستعمالات الشائعه في الكتاب المجيد وغيره، مثل قوله سبحانه: «وَلْيَشْهَدْ عَدَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ» (١) و «مَا كُنْتُ قَاطِعَهُ أَمْرًا حَتَّى تَشْهَدُونِ» (٢) و «وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» (٣) إلى غير ذلك تفصح عن اعتبار الحضور والاخبار عن حس.

وليس المراد أن الشهاده لا- تستعمل في الخبر بالشىء بمجرد الاعتقاد والعلم كقول القائل: أشهد ان لا إله إلا الله ونحوه، بل المراد انصراف الشهاده إلى ما ذكر من قسم الخبر، ويعتبر في الخبر بالشىء العلم به، وإلا لدخل القول المزبور في الكذب أو في مثل قوله سبحانه: «لَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ» (٤) إلا أن مجرد العلم واحراز الشىء لا يوجب دخول الخبر به في عنوان الشهاده به، بل يعتبر في صدقها العلم بالواقعه بحضورها.

فكل واقعه اعتبر في ثبوتها الشهاده يعتبر في المخبر بها التعدد والعلم بها حسيًا، وفيما لا يثبت فيه إلا اعتبار خبر العدل والثقه يعتبر الخبر بها سواء أكان بحس الواقعه أم الاخبار بها مع الواسطه ولا يعتبر الخبر فيما كان المنشأ للعلم مجرد الحدس إلا فيما إذا

ص: ٩٢

١- (١) النور: ٢.

٢- (٢) النمل: ٣٢.

٣- (٣) الطلاق: ٢.

٤- (٤) الاسراء: ٣٦.

السابعه: إذا اتخذ القاضى كاتباً وجب أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً عادلاً بصيراً ليؤمن انخداعه [١]، وإن كان مع ذلك فقيهاً كان حسناً.

الشرح:

اندرج الخبر المزبور فى قول أهل الخبره.

ثم لا يخفى أن المترجم لا يشهد بالواقعه التى شهد بها الشاهدان؛ لأنه لم يحضر تلك الواقعه وتقبل ترجمه العدلين شهود الزنا، ولا تكون أيضاً من الشهاده على الشهاده، حيث إن الترجمة تقبل فى الشهاده بحدود الله مع أنه لا يسمع فى الحدود الشهاده على الشهاده، بل الترجمة تفسير لشهادة الشاهد والياتيان بالمرادف لكلامهما.

وما فى كلام الجواهر قدس سره من أن الظاهر اعتبار التعدد فى المترجم لأن الترجمة نظير شهادة الفرع لا يمكن المساعده عليه، وكذا ما ذكره أخيراً من اعتبار التعدد فى كل ما له دخل فى القضاء أخذاً بقوله صلى الله عليه وآله، وذلك فإن ظاهره حصر فصل الخصومه فى الواقعه المتخاصم فيها بالبينه، وأما تعيين الواقعه وتمييز المدعى والمنكر فيها فلا دلالة على كون ذلك بالبينه.

والمتحصل أن المترجم للشهادة الواقعه عند الحاكم ولغيرها لا يدخل فى البينه والشاهد للمدعى أو غيره ليعتبر فيه التعدد، بل مقتضى سيره العقلانيه الاعتماد فى ترجمه على الثقة العارف بلغه الشاهدين أو غيرهما، والله سبحانه هو العالم.

[١] ذكر قدس سره أن القاضى إذا اتخذ كاتباً فيعتبر كونه مسلماً بالغاً عاقلاً عادلاً بصيراً لئلا ينخدع، ومجرد كونه مسلماً عاقلاً بالغاً عادلاً غير كافٍ، بل يعتبر كونه بصيراً بحيث لا ينخدع، فإن الكاتب أمين القضاء، فيعتبر كونه على الصفات المزبوره، ولو كان فقيهاً أيضاً لكان حسناً لأن الفقيه كمال للشخص.

وأضاف فى الجواهر أنه ينبغي أن يكون جيد الكتابه بلاخلاف أجده فى شىء من ذلك، ثم قال: ولكن قد يقال: لا موجب لاعتبار الأوصاف فى الكاتب لأن كتابه القضاء

الثامنة: الحاكم إن عرف عداله الشاهدين حكم [١] وإن عرف فسقهما اطرح و إن جهل الأمر يبحث عنهما، وكذا لو عرف اسلامهما وجهل عدالتهما توقّف حتى يتحقق

الشرح:

لا- تكون حجّه بنفسها لا- للقاضى المزبور ولا- لغيره، بحيث يعتمد عليها فى الحكم ثانياً، فيما إذا امتنع المحكوم عليه عن انفاذ القضاء بدعوى عدم الحكم عليه.

وبالجملة: ثمره الكتابه تذكر القاضى بقضائه فإن تذكّر قضائه فلا يحتاج إلى الأوصاف، وإن لم يتذكر فلا تفيد الأوصاف، وأجاب عن ذلك بأن ثمره الكتابه لا تنحصر بما يكون التذكرفيه دخيلاً بل ربّما تكون الكتابه مراسله إلى قاض آخر أو أمراً أو نهياً للسائرین ممّا يكون فيه تغيير وزياده ونقيصه، وإذا كان القاضى بحيث لا- يتمكن من ملاحظتها ثانياً فلا بدّ من أن يكون كاتبها بالأوصاف المزبوره.

أقول: يمكن تزوير قضاء القاضى وكتابته بتحريف فتكون ذريعه لدعوى المحكوم عليه بطلان قضائه وكونه على خلاف الموازين ولو مستقبلاً فاعتبار الأوصاف فى الكاتب منع عن وقوع ذلك.

[١] ذكر قدس سره فى هذه المسأله أمور لعلّها لا تناسب آداب القاضى بل تناسب كيفيه الحكم.

فمنها: أنّ القاضى إذا عرف عداله الشاهدين سواء أكان عرفانه عدالتهما بشهاده الشاهدين بعدالتهما من غير ثبوت جرح أم باختلاطه مع الشاهدين وعرفانه عدالتهما وجداناً يحكم على طبق شهادتهما، كما أنّه لو عرف فسقهما كما ذكر طرح شهادتهما، وإذا لم يعلم حالهما من حيث الفسق والعداله يبحث عن حالهما حتى يتحقق أحدهما.

ولكن ذكر الشيخ قدس سره فى الخلاف جواز الحكم بشهاده من علم اسلامه ولم يعلم فسقه، وبه روايه شاذه لم يعمل بهامعظم الأصحاب، ويستفاد من كلامه قدس سره إنّ الفحص

الشرح:

عن عداله الشاهدين وظيفه الحاكم وأنه لا يطالب المدعى بالتعديل.

ويقال بانه يظهر ذلك ممّا ورد في حكاية فعل النبي صلى الله عليه و آله في التفسير المنسوب إلى الحسن بن على العسكري: وأنه كان يرسل شخصين من قبله لا يعلم أحدهما الآخر يسألان قبيلتهما عن حالهما، فإن جاء بمدح وثناء حكم، وإن جاء بشرّ ستر عليهما ودعا الخصمين إلى الصلح، وإن لم يكن لهما قبيله سأل الخصم عنهما فإن زكاهما حكم وإلا طرهما. (1)

وفيه أنّ الروايه لضعف السند غير قابله للاعتماد عليها ولادلالة لها أيضاً على أنّ الفحص عن عداله الشاهدين وظيفه الحاكم لأنّ فعله صلى الله عليه و آله لعله لتسهيل الأمر للمدعى المكلف باقامه البيّنه على دعواه. فإنّ ظاهر ما ورد في أنّ البيّنه على المدعى أنّ عليه اثبات أنّها شاهدان عدلان، وايضاً ما ورد في ذيلها من حكمه صلى الله عليه و آله مع تزكيه الخصم لا يلتزم به، فإنّ مجرد تزكيته لا تكفى في احراز كون شهادتهما بينه، كما لا يكون اعترافاً من الخصم بما يشهدان به ليقال ثبوت الدعوى لا اعتراف الخصم بها، فإنّه يمكن أن يزكّيهما ويخطّئهما بما يقولان، وعلى كل تقدير فإنّ بحث الحاكم وثبت عنده عداله الشاهدين يحكم بما شهدا به، ومع عدم ثبوتها لا يمكن الحكم بشهادتهما سواء أظهر الجرح أم لا، وكذا لو علم اسلامهما بل وإيمانهما ولم يعرف عدالتهما، فإنّ مجرد الإيمان مع عدم احراز الفسق لا تكون عداله، ودعوى أنّ الأصل في المؤمن العداله لا أساس لها وإن قال به الشيخ قدس سره وحكى عن الاسكافي والمفيد قدس سرهما .

وقد يقال في وجه ذلك إنّ الإسلام والإيمان مع عدم ظهور الفسق عداله، أو أنّه لا يشترط في قبول الشهاده العداله بل المعبر في الشاهد الإسلام والإيمان مع عدم

ص: ٩٥

ما بينى عليه من عداله أو جرح، وقال فى الخلاف: يحكم وبه روايه شاذه ولو حكم بالظاهر ثم تبين فسقهما وقت الحكم نقض حكمه [١].

الشرح:

ظهور الفسق، كما هو مقتضى قوله سبحانه: «وَأَشْهَدُوا شَاهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ» (١)، فإن مدلوله كفايه الشاهدين من المسلمين وآيه النبأ قد دلت على الغناء خبر الفاسق أكان فى مقام الشهاده أو غيرها، واستصحاب عدم الفسق يدخل الشاهد فى عموم المستثنى منه، لا يقال: قوله سبحانه: «وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ» (٢) مقتضاه اعتبار العداله فى الشاهد وبه يقيد الاطلاق فى الآيه الأولى، فإنه يقال: لادلاله للآيه على كونها مقيدة لأن الوصف لا مفهوم له.

أقول: لا يخفى ما فيه فإن صحيحه ابن أبى يعفور الآتية قد علقت قبول الشهاده على عداله الشخص المنكشفه بحسن الظاهر، كما إنها تنافى كون العداله اسلام الشخص وعدم ظهور فسقه، كما أنها تنافى كون الأصل فى المسلم أو المؤمن العداله، وكذا غيرها من الروايات، وحمل فعل المسلم على الصحه بمعنى أنه لا يعصى الله سبحانه فيما أمكن أمر آخر ولا يرتبط بمسأله ترتيب آثار العداله على الفاعل، وما ذكر قدس سره من الروايه الشاذه سوف نتعرض لها فى بحث الشهادات، وسنذكر أنها معرض عنها ومعارضه بما أشرنا إليها من الروايات وموافقه للعامة فتطرح.

[١] لعل المراد أنه إذا حكم القاضى فى واقعه بشهادة شاهدين قد أحرز عدالتهما بوجه معتبر كما كان فى البين بينه بعدالتهما أو باعتقاده عدالتهما الحاصل بالخلطه أو غيرها، ثم بان بعد الحكم فسقهما عند الحاكم، فإنه ينقض حكمه ويتمكن المحكوم

ص: ٩٤

١- (١) البقره: ٢٨٢.

٢- (٢) الطلاق: ٢.

الشرح:

عليه من ترك العمل بقضائه، فيحتاج إلى تجديد الدعوى؛ والوجه في النقض انكشاف عدم كون الحكم بالبينه العادله فلا يكون نافذاً، فيلزم انشاء الإلغاء واعلانه لثلا يفوت على المحكوم حق أو يتوجه إليه ضرر.

وقد يناقش في النقض بأنه غير جائز، لأنّ الحكم كان على موازين القضاء بنظر القاضى حين قضائه.

وبتعبير آخر: الموضوع لنفوذ حكمه كونه بشهاده رجلين قد أحرز عدالتهم عند حكمه لا- العداله الواقعيه، فيكون نظير جواز الاقتداء، حيث إنّ الموضوع له احراز عداله الإمام عند الإقتداء بصلاته لاعدالته الواقعيه، ولذا لا يكون انكشاف فسق الإمام موجباً لبطلان صلاه المأموم.

ولكن لا يخفى أنّ الموضوع للحكم النافذ كونه بالبينه أيشهاده العدلين، ونظر القاضى واحرازه طريق إلى ما هو الموضوع لنفوذ حكمه وجوازه، وبانكشاف عدم عداله الشاهدين يعلم عدم تحقق الحكم النافذ، ودعوى أنّ العداله احرازها شرط لم يعلم لها وجه صحيح، بل الأمر في الائتمام أيضاً كذلك حيث إنّ الموضوع لجواز الائتمام عداله الإمام.

وما في بعض الروايات: «لاتصلّ إلأخلف من تثق بدينه»^(١)، لا- يدل على كون الموضوع لجواز الائتمام الوثوق بعداله الإمام، حيث إنّ ظاهره أخذ الوثوق والعلم و نحوهما في خطاب الحكم بما هو طريق لا لدخله في موضوع الحكم، ولا أقل من حملة على ذلك جمعاً بين الروايات وعدم اعاده الصلاه بعد انكشاف بطلان الجماعه لحديث لاتعاد، والروايه الوارده لاتتعدى عن مدلول الحديث.

ص: ٩٧

١- (١) الوسائل: ٤، الباب ١٠ من أبواب صلاه الجماعه، الحديث ٣٨٩: ٢.

الشرح:

هذا كله فيما إذا انكشف فسق الشاهدين أو أحدهما حال الشهاده، أمّا إذا انكشف طريان الفسق بعد الحكم أو قبله وبعد الشهاده فلا موجب لجواز النقض؛ لأنّ الحكم كان بالبينه العادله، وكذا فيما لم يعلم طريان الفسق حال شهادتهما أو بعده، فإنّ مقتضى الاستصحاب فى عدالتهما حال شهادتهما مقتضاه نفوذ القضاء بشهادتهما، بل يمكن الأخذ بأصالة الصّحّه فى حكمه كما لا يخفى.

وقد ذكر فى الجواهر أنّ ما ذكر فيما اتفق العلم للحاكم بفسق الشاهدين، أمّا إذا عثر المحكوم عليه بعد القضاء على جارح الشاهدين وأراد تجديد الدعوى فإنّه لا يجوز التجديد فإنّ جوازه يناقض نفوذ القضاء وفصل الخصومه، ويكشف عن ذلك قولهم بأنّه يمهل ثلاثه أيام لو ادعى وجود الجارح، فإنّ مقتضاه أنّه لا يفيد الظفر بالجارح بعد تلك المدّه فيما حكم الحاكم، ولا يوجب دعواه الجارح بعد المدّه توقف الحاكم عن حكمه.

أقول: هذا فيما إذا قيل بأنّ الاتيان بالجارح وظيفه المحكوم عليه، وإذا لم يأت به وقت الحكم وحكم القاضى فى الواقعه فلا ينقض الحكم، نظير ما إذا حكم فى واقعه بحلف المنكر مع عدم اتيان المدعى بالبينه ثم ظفر بالبينه فإنّ الظفر عليها لا يفيد بعد الحكم، كما يشهد بذلك بعض الروايات، وكذا فيما إذا قيل بأنّ الفحص عن الجارح وظيفه الحاكم وقد فحص عنه بالمقدار اللازم.

أمّا إذا ادعى المحكوم عليه ترك القاضى الفحص عن الجارح مع وجوده حال الحكم أو تمكن الحاكم من احراز حال الشاهدين للشياخ المفيد للعلم بفسقهما فهذا يدخل فيما تقدم من دعوى المحكوم عليه أنّ الحاكم قد حكم عليه مع فسق الشاهدين أو عدم ثبوت عدالتهما.

عدم جواز التعديل على حسن الظاهر فى التعديل

ولا يجوز التعويل فى الشهاده على حسن الظاهر [١]، وينبغى أن يكون السؤال عن

الشرح:

[١] حاصله عدم جواز الشهاده بعداله شخص اعتماداً على حسن ظاهره، بأن لا يرى المعاشر له فى غير خفاياه إلا الخير والمواظبه على وظائفه الشرعيه كالصلاه فى أوقاتها، لأنّ العداله كإعسار الشخص يمكن اختلاف خفايا الشخص مع ظاهره، وربّ شخص ظاهره الفقر وفقد المال وباطنه على خلاف ظاهره، وكذا الحال فى العداله خصوصاً فى ما إذا كان متصدياً لبعض ما هو من شؤون العادل، كالإمامه فى الصلاه، بل يعتبر فى احراز عداله الشخص المعرفه المتقادمه بباطنه، بأن يعرف أنّ باطنه وخفاياه أيضاً حسن كظاهره فتكون المعرفه كذلك بطول المعاشره ليتمكن له احراز ملكه العداله، هذا بحسب احرازها.

وأما بحسب أداء الشهاده بها فتكفى الشهاده بها مطلقه، أيلا حاجه إلى تفسير عدالته بأن يصرّح له ملكه اجتناب الكبائر التى هى عباره عن المعاصى الفلانيه وانه يترك الإصرار على الصغائر التى هى عباره عن المعاصى الفلانيه، فإنّ التفسير كذلك لا يحتمل اعتباره لعسره نوعاً وينبغى للحاكم أن يسأل الشاهد بعداله الشاهد سرّاً لأنّ السؤال وأداء الشهاده سرّاً يجعل الشاهد بالعداله بعيداً عن التهمه، بأنّه يشهد بالعداله حياءً أو خوفاً وتقيه، أو لغير ذلك من الدواعى، هذا كلّ فى التعديل.

وأما الجرح فلا بدّ من تفسيره فى مقام أداء الشهاده، لعدم العسر، حيث يكفى فى الجرح ذكر سبب واحد للفسق، خلافاً للشيخ قدس سره، حيث اكتفى فيه أيضاً بالاطلاق لعدم حاجه معرفه فسق الشخص إلى المعرفه الباطنه المتقادمه لحصول الفسق بفعل واحد وكفايه احرازه به.

أقول: لا ينبغى التأمّل فى أنّ حسن الظاهر طريق معتبر إلى عداله الشخص، ومع احراز القاضى حسن ظاهره بالوجدان يقبل شهادته، فيكون قيام البينه بالحسن كعلمه

التركيه سرّاً فإنه أبعد من التهمه ويثبت مطلقه [١]، ويفتقر إلى المعرفه الباطنه المتقدمه ولا يثبت الجرح إلا مفسراً، وفي الخلاف يثبت مطلقاً.

الشرح:

وجداناً بها كما هو ظاهر صحيحه ابن أبي يعفور (١)، وفي موثقه سماعه بن مهران عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: من عامل الناس فلم يظلمهم، وحدثهم فلم يكذبهم، ووعدهم فلم يخلفهم كان ممن حرمت غيبته وكملت مروته وظهر عدله ووجبت اخوته»، ولا تنافى بينها وبين الصحيحه لتعدد حسن الظاهر المجعول كل منهما طريقاً إلى عداله الشخص.

ثم إنه بما أن حسن الظاهر طريق إلى العداله فلا يعتبر في صوره العلم بباطن الشخص وكون خفاياه على خلاف ظاهره، كما أنه لا يسقط هذا الطريق عن الاعتبار بالعلم اجمالاً بأنه قد صدر عن الشخص في خفاياه بعض الحرام ولو صغيراً في بعض الأوقات.

لأن مع احتمال التوبه يكون حسن ظاهره معتبراً لاحتمال اصابه حسن الباطن ولو قلنا كما هو الصحيح بأن الصغيره أيضاً بلا توبه كالكبيره بدونها قاده في العداله كما هو غير بعيد، على ما يأتي في بحث العداله في مباحث الشهادات.

[١] قيل في وجه التفرقه بين التزيه والجرح باعتبار التفسير في الثاني دون الأول بأن التفسير في الأول يحتاج إلى تعداد الكبائر والاصرار على الصغائر والشهاده بالترك بالملكه الحاصله له وترك ما ينافى المروه، وهذا أمر حرجي على المزكى لا يحتمل اعتباره، بخلاف الجرح فإنه يكفي في ثبوته سبب واحد، ولأن الاختلاف في كون بعض المعاصي كبيره أم لا، يوجب بيان السبب ليرى الحاكم إنه موجب للفسق أم لا.

وأورد على ذلك في الجواهر بما حاصله: إن الاختلاف في كون بعض المعاصي

ص: ١٠٠

الشرح:

كبيره كما أنّها توجب فسق فاعلها عند من يراها كبيره، كذلك أنّها لا تقدر في العداله مع عدم الاصرار عليها عند من لا يراها كبيره، وإذا شهد المزكى بالعداله واحتمل القاضى أنّ الشخص يرتكب ما يراه كبيره ممّا لا يراه المزكى أنّها كبيره فكيف يقبل شهادته بالعداله مطلقه ولا يقبل شهادته بالفسق بلا تفسير.

ثمّ قال: الأقوى كفايه الاطلاق في الشهاده بالعداله والفسق، لأنّ الحاكم يحرز كلّاً من المزكى والجرح عارف بالمعاصى الكبيره والصغيره وما ينافى المروه وما لا ينافيها، وإلّا لم يصحّ لهما الشهاده بالعداله بالفسق ومع احرازه كذلك لا موجب لسؤاله عنهما التفسير، وذلك فإنّ الاحراز فيما إذا علم الحاكم بأنّ كلّاً من المزكى والجرح يعرف أسباب الجرح والتعديل على طبق مذهبه بأن كانا مقلدين للحاكم المزبور أو من يوافقه في الفتوى، بل الوجه في كفايه الاطلاق ما هو معلوم من طريقه الشرع من حمل شهاده المزكى والجرح على العدل والفسق الواقعيين، ولو مع اختلاف الاجتهاد في الواقع، نظير سائر الموارد من الشهاده بالملك أو الطهاره أو الزواج وغير ذلك من موارد الشهاده بالمسببات مع وقوع الاختلاف في بعض أسبابها.

وأنكر بعض الأعظم هذا الكلام وذكر أنّ السيره على قبول الشهاده بالعدل أو بالفسق أو الملك أو غيرها ممّا وقع الخلاف في أسبابه مطلقاً غير محرز، بل المحرز ثبوتها فيما لا اختلاف في الأسباب أو علم بالقرائن اتفاق المذهبيين.

أقول: مقتضى السيره هو الحمل على الواقع إلّا مع احراز الاختلاف، ومعه لا يفرق بين التعديل والجرح.

ثمّ إنّ ظاهر كلماتهم اعتبار البيئه في التعديل والجرح ولكن لا يبعد دعوى اعتبار خبر العدل الواحد؛ لأنّه طريق معتبر في الأحكام والموضوعات التي لا يدخل

ولا يحتاج الجرح إلى تقادم معرفه ويكفى العلم بموجب الجرح، ولو اختلف الشهود في الجرح والتعديل قدّم الجرح لأنّه شهادة بما يخفى على الآخرين، ولو تعارضت البيتان في الجرح والتعديل قال في الخلاف: توقف الحاكم، ولو قيل: يعمل على الجرح كان حسناً [١].

الشرح:

في عنوان الدعوى وبعض الموضوعات التي اعتبر الشارع في ثبوتها طريقاً خاصاً، ولذلك يمكن للحاكم في التعديل والجرح الاعتماد على الاستصحاب، ولو كانت عداله المخبر أو الشاهد من قبيل الدعاوى لما أمكن اعتماده عليه فيهما، وأيضاً يشكل التعديل أو الجرح فيما إذا تعارضت البيته وخبر العدل، كما هو الحال في تعارض خبر عدل في الأحكام مع خبر عدلين آخرين.

[١] ومراده قدس سره إنّ الجرح شهاده بما يخفى على الآخرين والمزكى في الغالب يشهد بأنّه لم ير من الشاهد المعصيه والجرح يشهد بأنّه يراها منه، ولا منافاه بين عدم رؤيه شخص ورؤيه شخص آخر.

وفي الجواهر: أنّه يتم فيما إذا لم يعين الجراح وقت المعصيه، وأمّا مع التعيين وشهاده المزكى أنّه كان في ذلك الوقت في المسجد أو غيره من الأمكنه فيقع التعارض لا محاله.

أقول: مع أنّه قد يقدم قول المزكى كما إذا ذكر الجراح أنّه رأى منه المعصيه الفلانيه وقال المزكى أنّه عدل فعلاً وأنّه لو وقع منه ما ذكرت فقد تاب منه فعلاً ولكن مع تعارض ما أخبرا به أيضاً تكون النتيجة تقديم قول الجراح؛ لأنّه إذا لم تتم البيته على المدعى عليه تصل النوبه إلى استحلافه.

وعن الشيخ قدس سره في الخلاف أنّه مع اختلاف الشهود في التزكيه والجرح توقف الحاكم عن الحكم، ويأمر المتخاصمين بالمصالحه، ولا يتوجه اليمين إلى المنكر؛

ص: ١٠٢

التاسعه: لأبأس بتفریق الشهود [١]، ويستحب فيمن لا قوه عنده.

الشرح:

لاحتمال كون الشهاده بالدعوى بينه ومعها لاتصل النوبه إلى اليمين.

وفيه أنه لو تم ذلك لاقتضى التوقف عن الحكم أيضاً فيما كان لدعوى المدعى شاهدان لم يثبت عدالتهما لعدم المزكى لهما.

والحلّ إنّ شهاده العدلين إنّما تكون بينه فعلاً- للحاكم فيما إذا تمكن من احراز عدالتهما، مع أنه يمكن احراز عدم عدالتهما بالاستصحاب الجارى فى عدم حدوث ملكه العداله أو حسن الظاهر أو الاستقامه فى الدين لهما، لأنّ كلّ ذلك من الأمر الحادث المسبوق بالعدم، ولا- يعارض باستصحاب عدم حدوث الفسق، حيث أنّ الفسق لا- أثر له فى المقام، وأنّ الموضوع والمستند لحكم القاضى عداله الشاهدين كما تقدم.

[١] ذكر فى الجواهر أنه لا يجوز للقاضى تفریق الشهود والسؤال عن كل واحد من غير علم الآخر عن خصوصيات الواقعه التى يشهدون بها ليعلم صدقهم باتفاق كلمتهم أو كذبهم باختلاف قولهم وتشتت كلامهم أو بغير ذلك، ويستحب ذلك فى مورد الريبه، كما إذا لم يكن للشاهد قوه عقل بحيث يحتمل تلبيس الأمر عليه أو توافق الشهود على الشهاده غلطاً، كما يشهد بذلك فعل دانيال عليه الصلاه والسلام فى شهود الزنا(١)، وما فعل داود عليه الصلاه والسلام فى منكرى قتل صاحبهم وأخذهم ماله(٢)، أضف إلى ذلك قوله سبحانه لنبىه صلى الله عليه و آله من الأخذ بهداهم بقوله: «فَبِهْدَاهُمْ أَقْتَدِهِ».(٣)

لايقال: قد نسخت الأحكام الثابته فى الشرائع السابقه بشريعتنا، فاستجاب التفریق

ص: ١٠٣

١- (١) الكافى ٧:٤٢٥، التهذيب ٦:٣٠٨.

٢- (٢) الكافى ٧:٣٧٢.

٣- (٣) الانعام: ٩٠.

الشرح:

فى شرعهم لا يقتضى الاستحباب فى شريعتنا، فإنه يقال ليس المراد من نسخ الشرائع السابقه بشريعتنا نسخ كل واحد واحد من تلك الأحكام، ولا ينافى الأمر ببعض ما كان فى تلك الشرائع. وأيضاً يلاحظ المروى من فعل على عليه السلام فى سبعة خرجوا فى سفر ولم يرجع واحد منهم من تفريق الستة الراجعين(١)، بل يظهر منه أنه يجوز للقاضى التوسل إلى معرفه الحق بكل وسيله مباحه فى نفسها كالتكبيره فى الناس ونحوها. وفى المسالك أنّ التفريق قبل أن تتم البينه فى الواقعه وقبل طلب الحكم، كما إذا كان التفريق قبل تركيه الشهود، وإلا- لم يجوز ترك الحكم والتفتيش عن الحق حتى فى فرض ثبوت الريبه. فإنّ مجرد الريبه لا تمنع عن الحكم بعد تمام مقدمات الحكم وطلب المدعى، ودعوى أنه لا دلالة فى البين على وجوب الحكم على القاضى مع ثبوت الريبه وإن طلب المدعى الحكم، كما عن بعض، لا يمكن المساعده عليها.

وعلى ذلك فاللازم حمل جواز التفريق واستحبابه فى كلام المصنف قدس سره إلى ما قبل تمام مقدمات الحكم، أو على مقام أداء الشهاده، حيث إنّ أداء الشهاده تفريقاً أحد فردى الأداء، والقاضى مخير بينهما، ويستحب الاداء التفريقى مع ثبوت الريبه؛ انتهى.

أقول: إذا تمت مقدمات الحكم وطلب المدعى القضاء فلا دليل على عدم جواز تأخير القضاء فيما إذا كان فى البين ريبه إذا احتل القاضى تدارك المظلمه والعلم بالواقع مع التأخير وتفريق الشهود والسؤال من كل واحد منهم من غير اطلاع الآخرين، فإنّ هذا التأخير لا- ينافى القيام بالقسط والحكم بما أنزل الله، ولا- الدليل السابق المذكور على وجوب القضاء حفظاً للأمن واستيفاء حقوق بعض الناس من بعضهم الآخرين.

ص: ١٠٤

١- (١) الكافى ٧: ٣١٧، والوسائل: ١٨، الباب ٢٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢٠٤: ١.

العاشرة: لا يشهد شاهد بالجرح إلا مع المشاهدة لفعل ما يقدح في العدالة أو أن يشيع ذلك في الناس شياعاً موجباً للعلم [١]، ولا يعول على سماع ذلك من الواحد والعشره لعدم اليقين بخبرهم.

الشرح:

نعم المنقول من دانيال عليه السلام ظاهره تفريق أهل الدعوى في سماع دعواهم، ولكن صدر الروايه الوارده في قضاء على عليه السلام في قضيه اليتيمه من قبيل تفريق الشهود، إلا أن الزنا حيث لا يثبت بشهادة النساء منفرده فيمكن أن يكون تفريقهن للتوسل إلى الواقع ودفع المظلمه المحتمل من غير أن يكون في البين تأخير القضاء.

ويستفاد من المروى في قضيه داود عليه السلام أنه يجوز للقاضي محاكمه المتهم بنظره لتدارك المظلمه المحتمل وقوعها، وإن لم يكن دعوى من ذى الحق لعدم جزمه بدعواه.

ويقوى هذا الجواز فيما كان في البين اقتضاء التحفظ على أمر النظام وأمن البلاد، والله سبحانه هو العالم.

[١] لا يخفى أن الفسق كغيره من الأمور يعتبر في الشهاده به من احرازه حساً، والمراد حسّ المشهود به أو حسّ مالا ينفك عن المشهود به عاده، ولذا يمكن الشهاده بالشىء اعتماداً على الاستفاضه الموجهه للعلم به عاده، حيث لا تنفك هذه الاستفاضه عن ثبوته، بخلاف الشهاده بالشىء اعتماداً على استصحابه أو خبر العدل به ونحو ذلك مما لا يكون حساً بذلك الشىء ولا علماً به عاده، نعم لو كان ذلك الشىء ممّا يعتبر فيه الخبر به فيمكن الاعتماد على الاخبار به، وقد تقدم أن عداله الشاهد يعتبر فيه الخبر به ولا يتعين الشهاده به، ولذا يمكن للقاضي الاعتماد على استصحاب عداله الشاهد، كما يعتمد في تعديل الرواه وتوثيقهم على نقل القدماء من أهل الرجال في تشخيص حال الرواه.

الشرح:

ودعوى الاجماع على اعتبار الشهاده فى ثبوت العداله، كما عن جماعه، لا يمكن المساعده عليها، وكيف تمكن هذه الدعوى مع تصريحهم بجواز اعتماد القاضى على الاستصحاب فى عداله الشاهد.

نعم يعتبر فى ثبوت الفسق الموجب للحد أو التعزير، الشهاده، على ما تقرّر فى بحث الحدود.

ثم إنّ ما ذكرنا من اعتبار الحسن فى الشهاده هو القاعده الأوليه. وقد يقال بجواز الشهاده ببعض الامور مع عدم الحسن بها كالشهادة بالملك اعتماداً على اليد وبالعداله اعتماداً على حسن الظاهر، ونحو ذلك ممّا قيل بأنّ ذلك مقتضى الأدله الخاصيه الوارده فى مواردّها، ويأتى البحث فى بعضها أو جلّها فى بحث الشهادات ان شاء الله تعالى.

وقد ذكر فى الجواهر أنّه لا يكفى فى شهاده بالفسق مجرّد مشاهدته الفعل المحرم، بل يعتبر العلم بصدوره عنه على وجه المعصيه، ولا اعتبار بالظن بصدوره عنه كذلك، ودعوى أنّ للأفعال ظهوراً كالأقوال، فكما يمكن الاعتماد على الظهور فى الثانى يعتمد على الظهور فى الأول لا يمكن المساعده عليها؛ فإنّ الفعل بما هو ليس له ظهور وإنّما يحصل الظهور من بعض المقارنات، فإنّ أفاد تلك المقارنات العلم فهو، وإلاّ فلا. يجوز الشهاده بالفسق، لأنّه من الظن الذى لا يغنى من الحق شيئاً، نعم لاعبره بالاحتمال الذى لا يعتدّ به ولا ينافى الجزم فى العاده.

أقول: دلالة الفعل كدلاله اللفظ بالاضافه إلى مدلول الفعل انشاءً أو اخباراً بالدلاله العرفيه فاعطاء المال الفقير ظاهره تملكه إياه، فيجوز له تملكه الغير مجاناً أو بلا-عوض، وأمّا كون الفاعل ملتفتاً إلى عنوان الفعل حين الارتكاب أو غافل عنه أو أنّه كان مكرهاً على ارتكابه أو مضطراً أم لا، فمثل ذلك لا تدخل فى دلالة الفعل لا عقلاً

الشرح:

ولاعرفاً، فلا بد من احراز ذلك من الخارج.

بقي في المقام أمور:

منها: أنّ الشاهدين في الواقعة إذا كانا عدلين عند القاضي ولكن اعترف المدعى بفسقهما فهل يجوز للحاكم الحكم بشهادتهما؟ فقد يقال بجوازه فإنّ ميزان القضاء احراز القاضي كون شهادتهما بينه، والمفروض تحقق ذلك فلا إعتبار باحراز المدعى أو اعترافه كما لا اعتبار بنظر خصمه، وقد يقال: بأنّه لا يصحّ له الحكم لاعتراف المدعى بعدم الأثر لشهادتهما، حيث إنّ المعتبر في القضاء عدالة الشاهدين واقعاً، واحراز القاضي يعتبر طريقاً، لا أنّه تمام الموضوع لجواز القضاء.

أقول: احراز القاضي عدالة الشاهدين وإن كان موضوعاً لجواز القضاء بشهادتهما تكليفاً إلا أنّ المدعى مع عدم احرازه ثبوت حقه واقعاً لا يمكن أن يرتب على قضائه أثر الواقع والقضاء النافذ، فلا يجوز له مطالبه القاضي بحبس المدعى عليه بالدين الذي شهد به الشاهدان، كما يجوز للمدعى عليه الإمتناع عن أداء الدين المزبور أخذاً باعترافه فسق الشاهدين وكون القضاء ليس على الموازين.

ومنها: ما ذكره جماعة أنّه يجوز للحاكم الحكم مع عدم احراز عدالة الشاهدين بالاعتماد على تصديق المدعى عليه عدالتهم، لأنّ اعترافه بعدلهم اعتراف بثبوت الحكم النافذ بشهادتهما، ويدلّ على ذلك ما عن تفسير العسكري عليه السلام من فعل رسول الله صلى الله عليه وآله واقباله على المدعى عليه وسؤاله ما تقول فيهما؟ فإن قال: ما عرفنا إلاّ خيراً غير أنّهما قد غلطا فيها شهدا على أنفذ شهادتهما. (1)

ص: ١٠٧

ولو ثبت عداله الشاهد حكم باستمرار عدالته حتى يتبين ماينافيهما، وقيل: إن مضت مده يمكن تغير حال الشاهد فيها استأنف البحث عنه ولاحدّ لذلك بل بحسب ما يراه الحاكم.

الحاديه عشره: ينبغي أن يجمع قضايا كل اسبوع [١] ووثائقه وحججه ويكتب عليها، فإذا اجتمع ما لشهر كتب عليه من شهر كذا، فإذا اجتمع ما لسنة جمعه ثم كتب عليه قضاء سنة كذا.

الشرح:

ولكن تقدم ان الروايه لا- يمكن الاعتماد عليها كما تقدم، وان نفوذ الحكم فرع جوازه تكليفاً وإذا لم يحرز القاضى عداله الشاهدين بوجه معتبر فلا يجوز له القضاء تكليفاً ليكون ذلك الحكم نافذاً على المدعى عليه باعترافه أو بدونه.

[١] المراد من جمع قضايا كل اسبوع جمعها فى الكتابه وضبطها فى ديوان الحكم بأن يكتب ولو بأمره كاتبه كل واحد من الوقائع المرفوعه إليه وأربابها بأسمائهم وحكمه فيها، وأنه قد حكم فى الوقعه الفلانيه بكذا بالبينه الفلانيه أو باقرار المدعى عليه أو بيمين المنكر أو اليمين المردوده، ثم يجمعها ويكتب عليها أنّها قضايا القاضى فلان بن فلان فى اسبوع كذا من شهر كذا ومن سنه كذا.

وإذا جمع قضايا الشهر يكتب عليها إنّها قضايا فلان بن فلان فى شهر كذا من سنه كذا واذا جمع قضايا الشهر يكتب عليها انها قضايا القاضى فلان بن فلان فى سنه كذا، كل ذلك لتسهيل المراجعه إلى الوقعه المرفوعه إليه وحكمه فيها عند الحاجه منه أو من غيره، يعنى القاضى الذى يجىء من بعده، فإنّ الكتابه وان لم تكن من شرائط القضاء ونفوذّه، إلا أنّها من آدابه ومستحباته، لأنّ بها نوع سعى فى حوائج الناس وتحفظ على حقوقهم.

بل لا يبعد وجوبها إذا طلبها وليّ الأمر الذى نصبه للقضاء رعايه للأمن وحقوق

الشرح:

الناس، و مع عدم الأمر يستظهر مطلوبيتها واستحبابها من معتبره عقبه بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام حيث سأل عليه السلام غيلان بن جامع قال: «كيف تقضى يا غيلان؟ فأجاب: أكتب هذا ما قضى به فلان بن فلان لفلان بن فلان يوم كذا من شهر كذا من سنه كذا ثم أطرحة في الدواوين، قال: قلت: هذا هو الحتم من القضاء» (١) بل يستظهر من قوله سبحانه: «إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ آءِجَلٍ مِّمَّيْ فَأَكْتَبُواهُ وَ لِيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ» الآية (٢)، بدعوى أنّ القضاء أولى بالتحفظ عليه من الدين، وإذا كانت كتابه الدين للتحفظ مطلوبه فهي فيأمر القضاء أولى.

هذا بالإضافة إلى الكتابه للإيداع في الديوان، وأما إذا طلب المحكوم له كتابته لتكون حجة عنده فلا دليل على وجوب الاجابه، حتى فيما إذا بذل الملتمس المال، وان نسب وجوبها إلى الأشهر، إلا أنه لا دليل عليه فضلاً عن وجوبها مجاناً، والتمسك في ذلك بقوله تعالى: «وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ» (٣) لا- يمكن المساعدة عليه، فإنّ الوجوب في مورد الآية غير ثابت فضلاً عن التعدي عنه إلى المقام، حيث إنّ الكتابه ليست شرطاً في الدين ولا واجباً فيه.

نعم إذا توقف وصول المحكوم له إلى حقه عليها، كما إذا نصب ولي الأمر لانفاذ القضاء شخصاً آخر لا يعلم الحق إلا بالكتابته أو شرط عليه في الانفاذ كتابه القاضي لزم الكتابه، وهذا أمر آخر، ويجوز للقاضي أخذ الأجره على الكتابه كما تقدم سابقاً، والوجه في اللزوم أنّ القضاء بغير انفاذه لا- يثمر فيأمن البلاد واستيفاء بعض الناس حقوقهم من بعضهم الآخر ولكن الواجب الكتابه لا اعطاء القرطاس والمداد ونحوه.

ص: ١٠٩

١- (١) الكافي ٧: ٤٢٩.

٢- (٢) البقره: ٢٨٢.

٣- (٣) البقره: ٢٨٢.

الثانيه عشره، كل موضع وجب على الحاكم فيه كتابه المحضر فإن حمل له من بيت المال ما يصرفه في ذلك وجب عليه الكتابه، وكذا ان أحضر الملتمس ذلك من خاصه ولا يجب على الحاكم دفع القرطاس من خاصه.

الثالثه عشره: يكره للحاكم أن يعنت الشهود [١] إذا كانوا من ذوى البصائر، والأديان القويه مثل أن يفزق بينهم، لأن في ذلك غضاً منهم، ويستحب ذلك في موضع الريبه.

الرابعه عشره: لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد [٢]، وهو أن يداخله في التلّفظ بالشهاده أو يتعقبه، بل يكف عنه حتى ينهى ما عنده، وإن تردد. ولو توقف في الشهاده لم يجز له ترغيبه إلى الإقدام على الإقامه، ولا تزهيده في إقامتها وكذا لا يجوز إيقاف عزم الغريم عن الإقرار، لأنه ظلم لغريمه. ويجوز ذلك في حقوق الله تعالى، فان الرسول صلى الله عليه وآله قال لما عز! عند اعترافه بالزنا «لعلك قبلتها لعلك لمستها» وهو تعريض بايثار الاستتار الشرح:

نظير ما يقال من أن الواجب هو تكفين الميت لا- اعطاء الكفن فإنه مقتضى قاعده نفي الضرر، وأيضاً الواجب نفس الكتابه لا الكتابه مجاناً، وقد ذكرنا في بحث أخذ الأجره على الواجبات أن مجرد وجوب فعل على مكلف لا يمنع عن أخذه الأجره عليه ممن يستفيد من ذلك الفعل، بل المانع عدم المالىه لذلك الفعل أو الغاء الشارع المالىه بايجابه على المكلف مجاناً، حيث يدخل بذلك أخذ الأجره عليه في أكل المال بالباطل.

[١] الاعنات: ادخال المشقه والأمر الشاق ولو بملاحظه حال الشخص، كما لو كان الشاهدان من أهل البصيره والذهن والقوى، فيكون التفريق بينهما في مقام اداء الشهاده والاستفسار والاستقصاء من خصوصيات المشهود به، بحيث يوهم كون شهادتهما مورد الريبه مكروهاً، بخلاف ما إذا كان الشاهد في شهادته مورد الريبه، فإن التفريق والسؤال عن خصوصيات المشهود به مرغوب إليه كما تقدم.

[٢] حاصله أنه لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد بأن يتداخل أثناء شهاده الشاهد

الشرح:

بكلام ليتكلم به فى شهادته، أو يعرض عمّا يريد التكلم به، أو يتكلم الحاكم بكلام عند تمام شهادته ليجعله الشاهد تتمه لشهادته، كل ذلك بقصد ايقاع الشاهد و هدايته إلى شهاده تنفع المدعى أو تضرّه، ولو بأن تكون مسموعه أو مردوده.

وعن المسالك عدم الفرق فى عدم جواز ذلك بين كون الشاهد مریداً التكلم به فى ضمن شهادته أو تعقيبها به أم لا وقزّره فى الجواهر فيما كان قصد الحاكم من مداخلته ما ذكر من انتفاع المدعى أو تضرّره وكون شهادته مسموعه أو مردوده، و أضاف إليه عدم الفرق فيما ذكر بين مداخله القاضى وغيره سوى الخصم حيث يجوز له المداخله.

والوجه فى عدم الجواز أنّ فى المداخله المزبوره تضييع حق وترويج باطل ونحوهما ممّا هو معلوم حرمة من غير الحاكم فضلاً عن الحاكم.

نعم إذا لم يكن فى المداخله المزبوره تضييع حق أو ترويج باطل أو غيرهما من الحرام بل كان من الإعانه على ابراز مقصده ونحو ذلك فيشكل الحكم بحرمة والأصل الجواز.

وأيضاً لو تردد الشاهد أثناء شهادته لم يجز للحاكم ترغيبه فى الشهاده باقامتها أو إكمالها، كما لايجوز تزهيده فى الشهاده وايقاعه فى الشك فى المشهود به بعد كونه جازماً بالشهادة به.

والوجه فى عدم الجواز بأنّ الأوّل أمر بالمنكر، حيث لايجوز الشهاده مع التردد، وفى الثانى نهى عن المعروف أى اقامه الشهاده، ولا يختص هذا بالشاهد، بل لايجوز ايقاف الخصم عن اقراره بحق المدعى فإنّه ظلم لغريمه.

نعم يجوز هذا الايقاف فى حدود الله، كما يظهر ذلك ممّا فعله النبى صلى الله عليه و آله فى قضيه ماعز عند اعترافه بالزنا: «لعلك قبلتها» (1) على المروى فيها.

ص: ١١١

الخامسة عشره: يكره أن يضيّف أحد الخصمين دون صاحبه [١].

السادسة عشره: الرّشوه حرام [٢] على آخذها ويأثم الدافع لها إن توصّل بها إلى الحكم له بالباطل ولو كان إلى حق لم يأثم، ويجب على المرتشى إعادته الرشوه إلى صاحبها ولو تلفت قبل وصولها إليه ضمنها له.

الشرح:

أقول: يظهر ذلك من صحيحه مالك بن عطيه وغيرها أيضاً من المرويات فى الحدود.

وما ذكر من عدم جواز الترغيب فى اقامتها فيما إذا لم يحرز الحاكم إنّه عالم بالحق والواقع وإنّه كان حاضراً فى الواقعه وإنّ تردّده فى اقامتها بسبب تردّده فى بعض الخصوصيات التى لا- دخل لها فى ثبوت الموضوع كزمان الواقعه ومكانها فالأظهر فى مثل ذلك جواز الترغيب، فإنّه داخل فى الأمر بالمعروف، وكذا يجوز ترهيدته فيما إذا احتمل أنّ اقامتها لعدم التفاته فعلاً بما يجب على الشاهد رعايته كالعلم بالواقعه بالحسّ خصوصاً إذا كان الترهيد قبل اقامتها، فإنّ هذا الترهيد غير داخل فى النهى عن المعروف.

[١] يكره للقاضى أن يضيّف أحد الخصمين دون صاحبه، لما فى ذلك تهمة ميل القاضى إليه. وفى معتبره السكونى: «إنّ رجلاً نزل بأمر المؤمنين عليه السلام فمكث عنده أياماً ثمّ تقدم إليه فى خصومه لم يذكرها له، فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم، قال: تحوّل عنّا فإنّ رسول الله نهى أن يضاف الخصم إلّا- و معه خصمه» (١)، ومناسبه الحكم و الموضوع مقتضاها الكراهه؛ لأنّ الضيافه المزبوره لادخل لها فى الخصومه والقضاء إلّا نحو ايها الميّل إليه كما لا يخفى.

[٢] قد تكلمنا فى المكاسب المحرّمه فى حكم الرشا الحكم، بالاضافه إلى

ص: ١١٢

السابعه عشره: إذا التمس الخصم احضار خصمه مجلس الحكم أحضره [١] إذا كان حاضراً، سواء كان حرّر المدعى دعواه أو لم يحزرها، وأمّا لو كان غائباً لم يعده الحاكم حتى يحزّر الدعوى، والفرق المشقه فى الثانى وعدمها فى الأوّل، هذا إذا كان فى بعض مواضع ولايته وليس له هناك خليفه يحكم، وإن كان فى غير ولايته أثبت الحكم عليه بالحجه وإن كان غائباً، ولو ادعى على امرأه فإن كانت برزه فهى كالرجل، وإن كانت مخدّره بعث إليها من ينوبه فى الحكم بينها وبين غريمها.

الشرح:

الراشى والمرشى تكليفاً وفى حكمه وضعاً وبيان مصاديقه، وكذا فى حكم الهديه للقاضى، ولا حاجه إلى اعادته فى المقام.

[١] وحاصله أنه إذا طلب أحد الخصمين من القاضى احضار خصمه مجلس الحكم وكان ذلك الخصم حاضراً فى البلد لزم على الحاكم الاجابه باحضاره، بلافرق بين التماسه قبل تحرير دعواه أو بعده، وبلافرق بين كون خصمه من ذوى الشرف والمرّوات وعدمه، وبلافرق بين كون الاحضار بكتابه يدفعها إلى المدعى أو إلى غيره من أعوانه أو أعوان الحكومه، ومع امتناعه عن الحضور استعان بهم على احضاره، كل ذلك مقتضى اطلاق كلامه قدس سره وادعى على وجوب الاجابه لالتماس الخصم ولو قبل تحرير الدعوى فى صورته كون الخصم حاضراً فى البلد الاجماع، وان خالف الاسكافى فيما إذا كان الخصم من أهل الشرف والمرّوات.

و أمّا إذا لم يكن الخصم حاضراً فى البلد فلا يجب على الحاكم أن يعده أى أن يمهلّه للحضور إلاّ مع تحرير الدعوى و وجدان القاضى دعواه مسموعه، والفرق بين حاضر البلد والغائب عنه تيسّر الحضور فى الحاضر وعدم تيسّره فى الغائب.

والاحضار بعد تحرير الدعوى يختص بما إذا كان الغائب فى موضع يدخل فى ولايه القاضى ولم يكن فيه للقاضى خليفه، ولو كان فيه خليفه له يقال تسمع القاضى

الشرح:

بينه المدعى إن كانت، وأرسل إلى خليفته أن يحكم في واقعهما.

وإن لم يكن ذلك البلد داخلاً في ولايته حكم في الواقعة مع غياب الخصم ان كانت للمدعى بينه كما سيأتى فى القضاء على الغائب، وإن رضى المدعى بالحضور إلى ذلك البلد ليحكم القاضى فى ذلك البلد بينهما أرجع الواقعة إلى ذلك الحاكم.

هذا كله فيما إذا كان الخصم رجلاً أمياً إذا كانت امرأه فان كانت برزه يعنى من النساء التى من عاداتهن البروز لحوائجهن وحضور مجالس الرجال فهى كالرجل فيما ذكر، وأمياً إذا كانت مخدره تمتنع من الخروج إلى حوائجها من غير ضروره ولا تخرج إلى مجالس الرجال بعث إليها من يثق به ليحكم بينها وبين غريمها.

أقول: لا موجب على القاضى فى توجيه الطلب إلى الخصم بالحضور مجلس الحكم قبل تحرير المدعى دعواه من غير فرق بين حضور الخصم وغيابه؛ لأنه ما دام لم يثبت كون دعواه مسموعه، لا يثبت للمدعى حقّ الدعوى ومن الظاهر أنّ تيسر الحضور وعدمه لا يوجب الحق فى الاول دون الثانى مع انه ربّما يكون الحضور للمخاصمه أمراً صعباً وخرجياً للخصم، كما إذا كان من أهل المروه ومعروفاً بعدم اعتدائه على الناس فى حقوقهم وأموالهم، ولذا قيل إنه لا يوجه إليه الطلب.

نعم لو علم القاضى بأنّ دعوى المدعى مسموعه بقريته حاله يمكن دعوى لزوم احضار خصمه مع امكانه سواء أكان حاضراً فى البلد أم غائباً عنه، كما أنّه لا فرق بين المرأة والرجل، حيث يمكن للمرأة المخدره أو الرجل الذى من أهل المروه والشرف التوكيل فى المخاصمه.

ثمّ إنّ ثبوت ما ذكر فى حق القاضى المنسوب بالنصب الخاص، أمّا من يحكم فى الواقعة المرفوعه إليه بالنصب العام فوجوب الاجابه له عند طلب الخصم منه احضار

... ..

الشرح:

خصمه مع تمكنه عليه لا يخلو من قوه، بناءً على ماتقدم من وجوب القيام بأمر بالقضاء بين الناس وفصل الخصومه بينهم، واستيفاء حقوق بعضهم من بعض، والله سبحانه هو العالم.

ص: ١١٥

النظر الثالث:

ص: ١١٧

النظر الثالث:

فى كئفه الحكم.

وفه مقاصد:

المقصد الأول: فى وظائف الحاكم، وهى سبع:

الأولى: التسوية بين الخصمين [١] فى السلام والجلوس والنظر والكلام والانصات والعدل فى الحكم، ولا تجب التسوية فى الميل بالقلب لتعذره غالباً، وإنما تجب التسوية مع التساوى فى الإسلام أو الكفر، ولو كان أحدهما مسلماً جاز أن يكون الذمى قائماً وإنما تجب التسوية والمسلم قاعداً أو أعلى منزلاً.

الشرح:

[١] ذكر قدس سره أنه يجب على القاضى التسوية بين الخصمين فى السلام بدءاً أو رداً، والجلوس بأن يجلسهما فى مكان لا يعدّ مكان أحدهما أعلى المجلس والآخر أسفله، بل مقتضى عبارته أنّهما لو جلسا كذلك كلفهما بالجلوس سواء، كما هو ظاهر التسوية بينهما اللازمه رعايتها على القاضى، ويدخل فيها التسوية فى النظر إليهما بأن لا يختص نظره إلى أحدهما أو يكون أكثر منه إلى الآخر، وفى الكلام معهما سواء أكان الكلام راجعاً إلى المشاجره أم غيرها، وفى الانصات والاستماع إليهما عند تكلمهما، كما يجب على القاضى العدل فى الحكم بينهما.

أقول: العدل فى الحكم بينهما ممياً لا ينبغى التأميل فى اعتباره لقوله سبحانه: «وَإِذَا حَكَّمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (١)، ولكن لا يعرف من العدل فى الحكم إلا الحكم على موازين القضاء وترك الجور فيه وإلا يكون الحكم باطلاً غير نافذ.

ص: ١١٩

الشرح:

أمّا غيره من التسويه فى السلام والجلوس والنظر والكلام والانصات فوجوبها منسوب إلى الصدوقين وإلى الأشهر أو المشهور بين المتأخرين بل مطلقاً، كما يجد الناظر فى كلمات الأصحاب، ويستدلّ على ذلك بمعتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: مَنْ ابتلى بالقضاء فليواس بينهم فى الاشاره وفى النظر وفى المجلس». (١) وقد تقدمت معتبرته فى اضافته أحد الخصمين (١)، ولعلّ ما ذكر فى المعتبره من باب المثال والمراد التسويه بينهم ولو فى غير ذلك من كيفية المعاشرة والاكرام، لثلا يتوهم أحدهما ميل القاضى إلى الآخر، وأنّه يقضى له ولو بالجور عليه، كما يظهر ذلك ممّا ورد فى خبر سلمه بن كهيل من قول على عليه السلام لشريح: «ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك حتى لا يطمع قريبك فى حيفك ولا يئأس عدوك من عدلك». (٢)

والظاهر أنّ الايهام المزبور حكمه فى رعايه التسويه، فيعمّ لزومها حتى ما إذا عرف القاضى بأنّه لا يعدل عن الحق والحكم على موازين القضاء حتى مع أقرب الناس إليه، وأيضاً يختصّ التسويه بما إذا كان المتخاصمان مسلمين، ولو كان أحدهما مسلماً فلا يجب رعايتها.

نعم يتعين الحكم بالعدل وعدم الجور لما تقدم وعدم رعايه التسويه لعدم كون الكافر أهلاً للاكرام ولا يكون مساوياً للمؤمن، وفى المرويعن على عليه السلام: «أنّه جلس فى جنب شريح فى حكمه له مع يهودى فى درع وقال: لو كان خصمى مسلماً لجلست معه بين يديك ولكن قد سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: لا تساوهم فى المجلس». (٤)

ص: ١٢٠

١- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب آداب القاضى، الحديث ١٥٥: ١.

٢- (٣) المغنيلابن قدامه ٤٤٤: ١١.

الشرح:

كما أنّ التسويه تختص بالأفعال ولا تعم الميل القلبي بأن لا يحب أن يكون الحق والحكم على طبق موازين القضاء لصالح فلان من المتخاصمين وأن يظهر التسويه بالاضافه إلى ذلك أيضاً من صحيحه أبي حمزه الثمالى عن أبي جعفر عليه السلام فى حكاية قاض فى بنى اسرائيل (١).

والوجه فى عدم الوجوب كون التكليف فى التسويه فى الميل القلبيأمرأ حرجياً وشاقاً، ولا يمكن أن يعتمد على الصحيحه فى الحكم بلزوم التسويه فى الميل القلبي بالاضافه إلينا بل غايتها ثبوت ذلك فى بنى اسرائيل، وتصدى الإمام عليه السلام لنقلها لا يدل على بقاء ذلك الحكم بحده بل يكفى بقاء أصل مطلوبيتها وقد كان فى بنى اسرائيل من التكليف الشاقه وليكن هذا منها خصوصاً بملاحظه قوله سبحانه: «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (٢).

والمتحصل أنّ الموجب لهلاك القاضى ميله عن موازين القضاء فى حكمه. وفى معتبره السكونى عن أبى عبدالله عليه السلام «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: يبدالله فوق رأس الحاكم ترفرف بالرحمه، فإذا حاف وكله الله على نفسه» (٣)، بناءً على أنّ المراد بالحاكم القاضى أو مایعمه، بل يكفى فى ذلك قوله سبحانه: «كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا» (٤).

ولكن الانصاف أن التسويه فى الجلوس والنظر والكلام والانصات وغير ذلك من حسن المعاشره من الآداب المستحبه للقاضى، كما نقل ذلك عن الديلمى والعلامة

ص: ١٢١

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٩ من أبواب آداب القاضى، الحديث ١: ١٦٤.

٢- (٢) الحج: ٧٨.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٩ من أبواب القاضى، الحديث ١: ١٦٤.

٤- (٤) المائدة: ٨.

الثانية: لا يجوز أن يُلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه [١] ولا أن يهديه لوجه الحجاج، لأن ذلك يفتح باب المنازعه وقد نصب لسدها.

الشرح:

وغيرهما، ولا يتعين رعايتها، لأن الظاهر أن الأمر بها لدفع ايها أحد المتخاصمين إنه يراعى جانب الآخر ويعدل عن الحكم بالحق، وهذا ليس من الملاك الملزم، خصوصاً بعد ما علم المتخاصمان من القاضى العدل فى حكمه، وأنه لا يعدل عن القضاء بموازينه فى أى قضيه ترفع إليه.

[١] ذكر قدس سره أنه لا يجوز للقاضى أن يلقن أحد الخصمين ما يضر خصمه بأن يلقنه ما يكون موجباً لسماع دعواه، كما إذا قال المدعى إن له بيد خصمه مالاً فسكت قال له الحاكم لا بد من أنك رأيت المال المزبور وتتمكن من توصيفه وتعيينه والداعى له إلى هذا القول تلقين المدعى أن يضم تعيين المال إلى دعواه، ليتمكن سماعها، أو يلقن أحد الخصمين طريق الاحتجاج، كأن يقول لمن يريد انكار الدين عليه بدعوى الاداء: أنك ما اقتضت من مدعى المال عليك بداعى تلقينه أن له مع علمه بفراغ ذمته انكار أصل الاقتراض لجواز الكذب فيما إذا توقف عليه دفع الضرر ولو كان مالياً، والوجه فى عدم الجواز أن القاضى جعل لسد المنازعه، وتلقينه فى الأول فتح لبابها، كما أن تلقينه طريق الاحتجاج اضرار أو فيه ضرر لخصمه فإن مقتضى الاستصحاب بقاء الدين على عهده مدعى الاداء.

أقول: تلقينه طريق الاحتجاج لا يجوز فيما إذا لم يحرز القاضى صدق مدعى الاداء، أمّا مع علمه فالتلقين المزبور اعانه للمظلوم وانتصار له، وما قيل من أنه مع احراز الصدق لا يحتاج إلى التلقين فإن للحاكم أن يحكم بعلمه يدفعه امكان المانع عن حكمه من غير انكار المنكر، فيكون تلقينه طريق الاحتجاج مقدمه لإيصال الحق إلى صاحبه.

ص: ١٢٢

الثالثة: إذا سكت الخصمان استحب أن يقول لهما تكلمًا [١] أو ليتكلم المدعى، ولو أحسّ منهما باحتشامه أمر من يقول ذلك. ويكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لما يتضمن من إيحاش الآخر.

الرابعة: إذا ترفع الخصمان وكان الحكم واضحاً لزمه القضاء ويستحب ترغيبهما في الصلح [٢] فإن أبا إلا المناجزة حكم بينهما وإن اشكل آخر الحكم حتى يتضح،

الشرح:

وأيضاً تلقينه ما يصحح دعوى المدعى لم يعلم عدم جوازه فإن التلقين المزبور وإن يوجب فتح باب المرافعة، ولكن مجرد ذلك ليس مانعاً عن جوازه، لأنّ القاضي جعل لفصل المنازعة لا لسدّها، كما لا يخفى.

[١] ذكر قدس سره أنه إذا سكت الخصمان الحاضران مجلس القضاء استحب للقاضي أن يوجه إليهما الخطاب بقوله تكلمًا أو ليتكلم المدعى منكما، ولو أحسّ القاضي إنّ الخصمين قد دخلاهما الخجل والاستحياء من القاضي، يقول لمن يقول لهما تكلمًا أو ليتكلم المدعى منكما، ويكره للقاضي أن يوجه خطابه إلى أحدهما بقوله تكلم؛ لأنّ توجيه الخطاب إلى أحدهما بخصوصه ادخال الآخر في الوحشه.

أقول: لم يعلم الوجه في ترتب أمره لمن يقول لهما ذلك على احساسه بأنّ سكوتهما لاحتشامه. ولعلّ توجيه الخطاب إليهما داخل في عنوان المعاشرة بالمعروف، ويستحب بذلك العنوان، ولكن قوله قدس سره: ويكره توجيه الخطاب إلى أحدهما ينافي ما سبق من وجوب التسوية بين الخصمين في الكلام ودعوى استثناء ذلك من العموم المزبور كما ترى!

وكيف ما كان فقد تقدم عدم الدليل على عدم الجواز فيكون توجيهه إلى أحدهما تركاً للاستحباب.

[٢] يستحب للقاضي دعوه المتخاصمين قبل الحكم للصلح بينهما؛ لأنّه داخل

ولاحد للتأخير إلا الوضوح.

الخامسة: إذا ورد الخصوم مترتين بِيَدَيِ بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ [١]، فإن وردوا جميعاً قيل: يقرع بينهم، وقيل: يكتب أسماء المدعين ولا يحتاج إلى ذكر الخصوم، وقيل: يذكرهم أيضاً لتحضر الحكومه معه وليس بمعتد، ويجعلها تحت ساتر ثم يخرج رقعته ويستدعى صاحبها، وقيل: إنما تكتب أسماؤهم مع تعسر القرعه بالكثرة.

الشرح:

فى الأمر بالمعروف، بل الصلح والإصلاح فى نفسه أمر مستحب، وفى صحيحه هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام: «لإن أصلح بين اثنين أحب إلى من أتصدق بدينارين» (١)، ويمكن أن يستظهر ذلك من قوله سبحانه: «وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَتَتَّقُوا وَتُضِيلُوا بَيْنَ النَّاسِ» (٢)، وإذا سئل المدعى المناجزه حكم بينهما على ماتقدم من وجوب القضاء وفصل الخصومه بين الناس.

وإذا أشكل الحكم بينهما لعدم احراز القاضى المدعى من المنكر فى الواقعه أو عدم تشخيصه الكبرى فيما كان منشأ اختلافهما الاختلاف فى الكبرى فلا يجوز له الحكم؛ لأنه من القضاء بغير علم، فيؤخر القضاء فى الواقعه إلى وضوح الحكم و خروج قضائه عن القضاء بغير علم وعن كونه قضاءً بغير موازينه.

[١] قيل إن البدء بالأول لكونه أحق بالسبق، وعلى ذلك فإن كان السابق واحداً تعين وان لم يحرز السابق أو وردوا جميعاً يقرع بينهم بكتابه اسم كل واحد منهم فى رقعته وجمع القاضى تلك الرقع تحت الساتر ويخرج واحداً واحداً وإذا خرج اسم واحد أجرى الحكم بينه وبين خصمه، بعد سماع دعواه ومطالبته القضاء بينهما، ولا يحتاج إلى كتابه أسماء الخصوم مع أصحاب الدعوى لأن القضاء ومطالبته حق للمدعى.

ص: ١٢٤

١- (١) الوسائل: ١٣، الباب ١ من أحكام الصلح، الحديث ١٦٢: ١.

٢- (٢) البقره: ٢٢٤.

السادسه: إذا قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم تسمع [١] حتى يجيب عن الدعوى وينتهى الحكومه ثم يستأنف هو.

الشرح:

وقيل بذكر الخصوم معهم لتحضروا مع أصحاب الدعوى للحكم، ولكنه ضعيف لما تقدم من عدم كونهم أهل الحق ليخرج الحق لهم بالقرعه، وربما قيل: إن كتابه أسماء المدعين كما ذكر بعد تعذر القرعه أو تعسره لكثرة المدعين وإلا يقرع بينهم بما هو المعروف من وضع الرقاع فى بنادق من طين ونحوه وسترها، ولكن لا يخفى أن كلا النحويين من القرعه فيما بينهم، فلا يتوقف اختيار كتابه الأسماء كما ذكر على تعذر الأول أو تعسره.

نعم الكلام فى تعيين اصل القرعه وعدم تخيير القاضى فى اختيار الأول، فالأول فيما وردوا جميعاً، بل مع ورودهم مترتبين، فإن ورود أولاً - لا - يوجب الحق الملزم للسابق حتى تجب القرعه لا -خراجه وما تقدم من لزوم التسويه على تقدير القول به لا ينافى التخيير فى المقام، فإنها بالاضافه إلى المتخاصمين فى واقعه لا بين الخصم فى واقعه وبين خصم للآخر فى واقعه أخرى، وهذا فيما إذا لم يشترط على القاضى فى نصبه تقديم السابق، وإلا فعليه رعايته مع احراز السابق، والله سبحانه هو العالم.

[١] إذا قطع الخصم دعوى خصمه بدعوى أخرى لا تسمع منه حتى يجيب عن الدعوى ويحكم القاضى فيها. وكذا إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى، بمعنى أنه لا تسمع دعوى خصمه حتى يجيب عن تلك الدعوى بالانكار أو بالاعتذار أو بغيرهما ويحكم القاضى فيها، وكل ذلك بملاحظه ان السابق والمبادر بطرح دعواه لسبقه فى دعواه أحق بالقضاء بناءً على ما تقدم من كون ذلك موجباً للحق الملزم ولا يبعد كون ذلك من الآداب إلا إذا احتل القاضى الارتباط بين الدعويين، بحيث يظهر من الاستماع إلى الثانيه الحال فى بعض الخصوصيات فى الدعوى الأولى.

ص: ١٢٥

السابعه: إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى، ولو ابتدرا بالدعوى سَمِعَ من الذى عن يمين صاحبه، ولو اتفق مسافر وحاضر فهما سواء [١] ما لم يستتزر أحدهما الشرح:

ولو ابتدرا معاً فالذى على يمين خصمه أولى بالدعوى، وقد حكى على ذلك الاجماع عن السيد والشيخ قدس سرهم، ويستدل على ذلك بخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «قضى رسول الله صلى الله عليه وآله أن يقدم صاحب اليمين فى المجلس بالكلام» (١)، وصحيحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا تقدمت مع خصم الى والٍ أو الى قاضٍ فكن عن يمينه» (٢).

ولكن لا يخفى أن الخبر لضعف سنده وعدم تمام دلالة لا يمكن الاعتماد عليه؛ فإنَّ سند الصدوق قدس سره إلى محمد بن مسلم فيه على بن أحمد بن عبد الله عن أبيه، وابن الجنيد وان روى الخبر عن كتاب الحسن بن محبوب ولكن سنده إلى كتابه غير معلوم لنا، مع أن المراد بصاحب اليمين من كان جالساً يمين خصمه ليمين القاضى غير ظاهر أمّا صحيحه عبد الله بن سنان فلا دلالة لها على حكم طرح الدعوى وأحقه صاحب اليمين فى طرحها؛ لأنَّ المحتمل أن يكون الجلوس بيمين الخصم مستحباً فى نفسه، ولذا ذكر فى الوسائل عنوان الباب: استحباب القيام عن يمين الخصم ويستحب للقاضى أن يقدم الذى عن يمين خصمه بالكلام، وأمّا دعوى الاجماع فيظهر الحال فيها بمراجعته كلمات الأصحاب، وعدم كونه على تقديره مدر كياً.

[١] يعنى إذا كان أحد المدعين حاضراً والآخر مسافراً، فلا يكون المسافر أحق بالقضاء بينه وبين خصمه من الحاضر، فيقرع بينهما فى سماع الدعوى ما لم يكن تأخير المسافر مضرّاً بحاله، وإلاّ يقدم.

ص: ١٢٦

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٥ من أبواب آداب القاضى، الحديث ٢ و ١٦٠: ١.

٢- (٢) المستدرک: ١٧، الباب ١١ من أبواب القاضى، الحديث ٢: ٣٥٨.

بالتأخير، فيقدم دفعاً للضرر، ويكره للحاكم أن يشفع في اسقاط حق أو ابطال[١].

الشرح:

وقيل: ان تضرر المسافر لا يوجب سقوط حق الحاضر، كما في الازدحام على سائر الحقوق المشتركة، ويجاب بأن التأخير في المقام حتى القاضى وترجيحه، ومع عدم المرجح الشرعى يرجع إلى القرعة فى حق تأخيره ولزوم الضرر على أحدهما دون الآخر مرجح شرعى فى حق تأخيره، ومثل المسافر المرأه التى تضرر بالتأخير عن بيتها.

ولكن لا يخفى أن لزوم الممانعه عن تضرر الآخر مطلقاً غير محرز.

[١] ذكر قدس سره أنه يكره للقاضى الشفاعة إلى أحد الخصمين فى اسقاط حقه بعد ثبوته بحكمه أو ابطاله حقه فى الدعوى على خصمه قبل حكمه، ويستدل على ذلك بما عن النبى صلى الله عليه و آله حيث سأله أسامه حاه لبعض من خصمه إليه فقال: «يا أسامه لا تسألنى حاه إذا جلست مجلس القضاء فإنّ الحقوق ليس فيها شفاعة».(١)

وعلى ذلك فقد يتراءى التنافى بين ذلك وبين ما تقدم من أنه يستحب للقاضى ترغيب المتخاصمين فى الصلح الموجب للاغماض عن بعض الحق، وربما يجمع بينهما بجعل الصلح أمراً متوسطاً بين الاسقاط وعدمه أو ترغيبهما فى الصلح ببعث القاضى شخصاً فى ترغيبهما، أو كون الترغيب إلى الصلح مستثنى من الحكم المزبور لكون الصلح أمراً مرغوباً إليه وكون اصلاح ذات البين أفضل من الصدقه، خصوصاً فيما كان الترغيب قبل ثبوت الحق، حيث إنّ ظاهر الروايه مع ضعف طريقه الشفاعة بعد ثبوته كما لا يخفى.

ص: ١٢٧

١- (١) المستدرک: ١٧، الباب ١١ من أبواب القاضى، الحديث ٢: ٣٥٨.

المقصد الثانى: فى مسائل متعلقه بالدعوى، وهى خمس:

الأولى: قال الشيخ لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهوله [١]، مثل أن يدعى فرساً أو ثوباً ويقبل الاقرار بالمجهول ويلزم تفسيره، وفى الأول اشكال، وأما لو كانت الدعوى

الشرح:

[١] المحكى عن الشيخ وأبى الصلاح وبنى حمزه وزهره وأدریس والعلامة فى التحرير والتذكرة لا تسمع الدعوى فيما إذا كان المدعى به مجهولاً- لم يعينه المدعى أو لم يصفه بما يرفع جهالته، كما إذا ادعى أن له على الآخر فرساً أو ثوباً من غير ذكر خصوصياته وأوصافه، وعلل ذلك بعدم الفائدة فى سماعها، حتى فيما لو أقر به خصمه، حيث لا يمكن أخذ المعترف بشيء معين.

وأورد على ذلك بأنهم ذكروا سماع الاقرار بالمجهول، ويكلف المعترف بالتفسير، فإن فسره بشيء معين أخذه به لنفوذ اقراره على نفسه، ومع عدم تفسيره يؤخذ بما يصدق عليه عنوان المدعى به، وعلى ذلك فاللازم سماع دعوى المدعى لإمكان اعتراف خصمه به، فيلزم لسماع الاقرار بالمجهول سماع الدعوى المجهوله.

و دعوى الفرق بين الاقرار بالمجهول والدعوى المجهوله حيث إنه لو لم يسمع الاقرار بالمجهول لأدى ذلك فى بعض الأحيان إلى رجوع المعترف عن اعترافه، وفيه ذهاب حق الغير، بخلاف الدعوى المجهوله، فإن الزامه بالتفسير لا- يوجب رفع يده عن دعواه أو ذهاب حق الغير عليه، ولكن لا يخفى ما فيها، حيث إن المدعى قد لا يتمكن من تفسير دعواه وتعيين المدعى به لنسيانه، فعدم سماع دعواه يوجب رفع يده عنها، وان يضيع حقه على الغير.

وقال بعض: أنه لو كانت الجهاله فى الدعوى بحيث توجب خروج ما يذكرة عن عنوان الدعوى على الغير فى بعض احتمالاتها فلا تسمع، إلا مع رفعه ذلك الاحتمال. وإذا قال إنه أتلف على ثوباً واحتمل كونه ممّا لا مائته له فلا تسمع دعواه، بخلاف ما اذا

وصيه سَمِعَتْ وإن كانت مجهوله لأن الوصيه بالمجهول جائزه، ولا بدّ من ايراد الدعوى بصيغه الجزم [١] فلو قال: أظنّ أو اتوهم لم تُسمع، وكان بعض من عاصرناه يسمعها في التهمه ويحلف المنكر، وهو بعيد عن شبه الدعوى.

الشرح:

قال أتلف على ثوباً من أموالى، وقال بعض آخر: أنه لو كان المدعى به من القيميات وفرض تلفه فيعتبر فى سماع دعواه تعيين قيمه التي يدعيها على خصمه، وإن كان مثلياً فيعتبر تعيين أوصافه بما يعتبر فى بيعه سلفاً ولا يعتبر تعيين قيمه وإن كان من الأثمان فيعتبر جنسه ووصفه ونقده وقدره.

قال فى الدروس تبعاً للشيخ قدس سره: لا يعتبر فى بيع شىء بثمن تعيين نقده لانصرافه إلى نقد البلد بخلاف الدعوى فإنه يعتبر فى سماعها تعيين النقد لأن الدعوى إخبار عن الماضى فيحتمل النقود المختلفه بخلاف البيع حيث إنه إنشاء وإيجاب فى الحال ينصرف اطلاقه إلى نقد البلد، وأما دعوى الوصيه فإنها تسمع وان كانت الوصيه المدعى بها لم تتعين لصحة الوصيه بالمجهول.

أقول: لا يعتبر فى سماع الدعوى ارتفاع الجهاله عنها، بل لو كانت الدعوى بحيث مع اقرار الخصم يلزم بالتفسير، ومع اعتذاره عن التفسير بالنسيان ونحوه يلزم بما يصدق عليه عنوان المدعى به، كان هذا كافياً كما تقدم، ولا دليل على اعتبار الأزيد من ذلك، ومما ذكر يظهر وجه المناقشه فيما ذكره فى الدروس ولا حاجة إلى الاعاده.

[١] ذكروا فى سماع الدعوى بالزام الخصم بالجواب كون دعواه جازمه، فلا تسمع فيما كانت على وجه التردد أو الظن، كما إذا قال: أحتمل أو أظن أنّ لى عند زيد أو عليه مالا، ويقال فى وجه اعتبار الجزم تاره بعدم صدق الدعوى بدونه.

فإنها الاخبار الجازم، وأخرى بأن من لآزم الدعوى شرعاً أنه إذا رد المنكر اليمين على المدعى أو نكل أن يتمكن من الحلف عليها.

الشرح:

ولكن لا- يخفى ما فى الاستدلال بهما، فإنّ صدق المنازعه والمخاصمه، بل صدق الدعوى فى موارد الاتهام ظاهر، وجواز ردّ الحلف أو الرد بالنكول يثبت فى غير موارد الجزم أيضاً، غايه الأمر لا يجوز للمدعى فى تلك الموارد الحلف بحقه لعدم علمه، فيلزم إيقاف الدعوى أو سقوطها كما يأتى.

نعم قد يستدل على عدم سماع الدعوى مع عدم الجزم بوجه آخر، وهو: أنّ الأماره أو الأصل الجارى فى الواقعه عند القاضى يعتبر فى حق المدعى المزبور أيضاً لفرض عدم علمه بالواقع، ومقتضى الاعتبار فى حقه أيضاً عدم جواز الزام خصمه بشىء.

ولكن هذا الاستدلال لا- يوجب عدم سماع دعواه فيما إذا كان فى البين بينه، أو يحتمل أن يعترف بحقه لو كان خصمه ملزماً بالجواب لاحتماله علمه بالواقع وثبوت حقه. اللهم إلا- أن يقال إنّ مع البينه بحقه تكون دعواه جازمه لأنها علم بالواقع، وأما مع عدمها فاحتماله له علم خصمه بحقه على تقديره لا يفيد شياً فى سماع دعواه حيث إنّ الاماره أو الأصل حجه لعدم ثبوت الحق له ليطلب به الآخر أو يدعى عليه.

نعم لا يجوز لمن لا جزم له بحقه ولكن كان مقتضى الأصل المعتبر ثبوت حقه أن يوجه الدعوى إلى غريمه اعتماداً عليه، كما إذا استدان منه آخر وشكّ فى أنه أذى ما عليه من الدين أم لا فيجوز له الأخذ باستصحاب بقاء الدين على عهده ويوجه إليه الطلب بالوفاء، فالقول بعدم سماع الدعوى على الغير فى هذه الصوره بلاوجه، وكذا ما كان له عند غيره مالا فاحتمل عدم رده عليه ونحو ذلك.

وبالجملة: فالقول باعتبار الجزم فى سماع الدعوى على الاطلاق لايمكن المساعده عليه.

ثمّ إنّه لا يجوز له فى موارد عدم سماع الدعوى بغير جزم ابراز الدعوى بصوره

... .

الشرح:

الجزم فإن الإخبار عن جزم يدخل فى الكذب، والتوريه لا تنفعه مع عدم جزمه، فلو علم القاضى أنه غير جازم فى دعواه وأنه أبرزها بصوره الجزم فلا يرتب عليه أثراً.

نعم مع عدم علمه بذلك يكون ظاهر قوله معتبراً فى كونها على نحو الجزم كان كاذباً أو مؤرياً، وهذا بخلاف موارد الدعوى اعتماداً على الأصل المعتبر، فإنه يجوز فيها الدعوى بنحو الجزم مع كون مفاد الأصل التعبد بالعلم.

وقد يقال: ان عدم سماع الدعوى مع عدم الجزم يختص بما إذا كان من يدعى عليه مأموناً، وأما إذا كان متهماً فتسمع الدعوى فى موارد الاتهام، كما فى دعوى القتل والسرقة ونحوهما فيما كان المدعى عليه غير مأمون، وعن بعضهم تخصيص السماع فى المال الذى يكون بيد المدعى عليه للعمل فيه للمدعى أو استيفائه منه حقه أو بوجه العاريه والوديعة، فإن صاحب المال إذا اتهمه بالخيانة بامساك المال أو اتلافه أو الافراط والتفريط فيه وكان متهماً غير مأمون تسمع دعواه، وإن لم يكن اتهمه على نحو الجزم.

أقول: مدلول الروايات التى وردت فى ضمان الأجير غير المأمون لا يرتبط بسماع الدعوى، بل مفادها أن الأجير ضامن لما تلف بيده، إلا إذا أقام بينه أنه لم يحصل منه افراط وتفريط واتلاف من غير توقف الضمان على حلف المالك. وهذا الحكم وان التزم به جماعه ولم يلتزم به الأكثر بل المشهور ببعض الروايات الظاهره فى خلافه، إلا أنه على كل تقدير خارج عن البحث فى المقام.

بقى فى المقام أمر، وهو أنه إذا تردد المدعى عليه بين اثنين أو أكثر كما إذا قال: قتل ابنى أحد هذين، أو سرق أحدهما مالى، أو أن أحدهما مديون لى، فهل على القاضى سماع الدعوى بمطالبتهما بالجواب أو أنه يعتبر فى سماعها تعيين المدعى عليه؟

فقد يقال بعدم السماع لعدم وجوب الجواب على كل منهما لعدم توجه الدعوى

الشرح:

إليه بل لعدم فائده الجواب لو قال كل منهما نعم واحد مّا كذلك، حيث إنّ الاقرار كذلك لا يوجب على المقرّ شيئاً، فإنّه ليس من الاقرار على النفس، بل الاقرار المزبور جامع بين الشهاده على الغير والاقرار على النفس، بل لو كان للمدعى بينه على دعواه، وشهدت تلك البيّنه بالحق من غير تعيين من عليه الحق لا تفيد شيئاً، إذ البيّنه لا تزيد على علم القاضى بالحال وأنّه لا يمكن له الحكم على أحدهما بذلك العلم الاجمالياً فى موارد خاصه، كتقسيط الديه عليهما أخذاً بما ورد فى الميت يوجد بين أهل قريه ونحوهما.

ويظهر من المحقق فى باب القصاص السماع فى مثل دعوى القتل، قال: ولو قال قتله أحد هذين سماع، إذ لا ضرر فى احلافهما ولو أقامت بينه سمعت لا ثبات للوث. وفى المسالك: الوجه فى سماع هذه الدعوى عدم تضررها باحلافهما بخلاف عدم سماع الدعوى، حيث إنّ المدعى يتضرر بذهاب حقه لإخفاء القاتل قتله غالباً حتى لا يدعى عليه غالباً، وكذلك غير القتل من السرقة والخيانه والاتلاف فإنّه فى أمثال هذه تسمع الدعوى على المرّد بخلاف دعوى القرض والبيع ونحوهما ممّا لا يكون فى الغالب إلاّ ظاهراً فإنّه لا تسمع فى هذه الموارد الدعوى على المرّد واحتمل السماع حيث إنّ الانسان عرضه للنسيان ولا يتوجه من سماع الدعوى ضرر على المدعى عليهم ولا يثبت بالبيّنه بالمرّد الحق على أحدهم بل يثبت اللوث يعنى التهمه ويتعين من عليه الحق بالحلف.

أقول: لو ثبت أنّ مع ثبوت الحق على المرّد بين محصورين يقسّط ذلك الحق عليهم أو يخرج من عليه الحق بالقرعه تسمع الدعوى على المرّد، حيث يثبت التقسيط أو الاخراج بالقرعه باقرارهم، وكذا مع نكولهما أو ردّهما اليمين على المدعى.

الشرح:

وأما إذا لم يثبت التقسيط والاخراج بالقرعة كما هو كذلك بالاضافه إلى التقسيط في غير مورد القتل، وكذا الاخراج بالقرعة لو لم تتم دعوى استفادته من بعض ماورد فيها، بل من الآيه المباركه في قضيه يونس على نيناو آله وعليه الصلاه والسلام فمقتضى الأصل من ناحيه عدم ثبوته على كل واحد منهما أو منهم كما ذكروا في مثل الجنابه المرذده بين شخصين عدم مطالبه أى منهما أو منهم بشىء.

لا يقال: لا يجرى في المقام الأصل في ناحيه عدم الاشتغال في حق كل واحد لكون جريانه كذلك ضرر على المدعى، كما أنّ حديث نفي الضرر ينفي الأحكام الواقعيه عند كونها ضرريّه كذلك ينفي الأحكام الظاهريه الموجبه للضرر.

وبتعبير آخر حكومه قاعده نفيه على حدّ سواء بالاضافه إلى الأحكام المجعوله واقعيه كانت أو ظاهريه.

فإنّه يقال: لو سلم ذلك فمن المقرّر في محلّه أنّه لاحكومه لقاعده نفي الضرر في موارد تعارض الضررين الموجب لعدم كون الرفع امتناناً والمقام منه، فإنّه كما أنّ في جريان الاستصحاب في حقّ كل منهما ضرراً على المدعى فرفع الاستصحاب أيضاً فيه ضرر على المدعى عليهم.

ومما ذكرنا يظهر الحال في سماع الدعوى مع التردد في صاحب الحق، كما لو ادعى اثنان أنّ لأحدهما على فلان حقّ كذا، وأنّه بناءً على التقسيط أو الاخراج بالقرعه تسمع الدعوى، بل السماع في الفرض أظهر، حيث يمكن أن يوكل أحدهما الآخر في الدعوى عليه، ومع هذا التوكيل يمكن للوكيل توجيه الدعوى الجازمه إليه، غايه الأمر مع استيفاء الحق باعترافه أو بنكوله أو برده اليمين يقسط ذلك الحق لهما، أو يخرج صاحبه بالقرعه، والله سبحانه هو العالم.

الثانية: قال إذا كان المُدعى به من الأثمان، افتقر الى ذكر جنسه ووصفه ونقده. إن كان عَرَضاً مثلياً، ضَبَطَهُ بالصفات، ولم يفتقر الى ذكر قيمته، وذكر قيمه أحوط. وإن لم يكن مثلياً، فلا- بد من ذكر قيمه، وفي الكل إشكال ينشأ من مساواه الدعوى بالإقرار.

الثالثة: إذا تمت الدعوى هل يطالب المدعى عليه بالجواب أو يتوقف ذلك على التماس المدعى؟ فيه تردد [١] والوجه أنه يتوقف لأنه حق له فيقف على المطالبه.

الشرح:

[١] ذكر قدس سره أنه إذا تمت الدعوى من المدعى فهل على القاضي أن يطالب المدعى عليه بالجواب أو أن مطالبته يتوقف على التماس المدعى، ففي ذلك تردد، فإن الشيخ قدس سره حكى عنه قولان، ولكن الوجه أنه يتوقف على التماسه فإن الجواب يرجع إلى حق المدعى فيتوقف على مطالبته.

وذكر في الجواهر: أن الأوجه خلاف ذلك، وأن مطالبه الحاكم لا- يتوقف على التماس المدعى للأصل، وأن الجواب حق للحاكم فإنه المكلف على فصل الخصومه المتوقف على المطالبه بالجواب.

وعن الشهيد الثاني وجه آخر لعدم التوقف وهو قيام القرينه الحاليه على مطالبه المدعى واراوته الجواب؛ إذ الانسان لا يحضر بخصمه مجلس الحكم إلا لاراوته فصل الخصومه المتوقف على سماع القاضي جواب خصمه، وأورد في الجواهر في هذا الوجه بأن مقتضاه توقف المطالبه بالاتماس ولو كان ذلك الالتماس بشاهد الحال.

أقول: إن كان المراد بالأصل الأصل العملى فلاينبغى التأمل فيأن مقتضاه عدم وجوب مطالبه المدعى عليه بالجواب عند التماس المدعى حيث إن الوجوب فى الفرض محرز ومع عدم التماسه مدفوع بأصالة البرائه.

وإن كان المراد منه الاطلاق فى مثل قوله سبحانه: «كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ» (١) فقد

ص: ١٣٤

الرابعه: لو ادعى أحد الرعيه على القاضى، فإن كان هناك إمام رافعه إليه وإن لم يكن وكان فى غير ولايته رافعه إلى قاضى تلك الولاية وإن كان فى ولايته رافعه إلى خليفته [١].

الشرح:

تقدم انّ وجوب القضاء على القاضى مشروط بمطالبتة منه، ولا يجب عليه احضار المتخاصمين من غير مراجعتهم إلى أو التماس المدعى القضاء، وعلى ذلك فمع مطالبه القضاء فعلى القاضى أن يطالب خصمه بالجواب التمس المدعى أو لم يتمس.

[١] حاصله أنه إذا كان لأحد الرعيه دعوى مال أو حق على القاضى تسمع تلك الدعوى على القاضى كما تسمع دعوى أحد الرعيه على مثله، كما يشهد بذلك ما نقل عن على عليه السلام من حضوره مع خصمه عند شريح، وثبت منصب القضاء لا ينافى ما ثبت فى الشرع من كون البيّنه على المدعى واليمين على من ادعى عليه.

وعلى ذلك فإن كان فى البين إمام رفع الرعيه المزبوره المحاكمه إليه، وإن لم يكن الإمام فى متناول يده، وكان المدعى فى غير ولايه خصمه رفع دعواه إلى قاضى ذلك البلد ويجب على القاضى المخاصم الحضور إلى ذلك القاضى ولو بوكيله، أما إذا كان المدعى فى بلد خصمه رفع دعواه إلى خليفه خصمه، ولو طالب المدعى خصمه بالحضور إلى غير خليفته من قاضى بلد آخر لم يجب عليه الاجابه؛ لأنّ قضاء خليفته نافذ فى حقهما لخروج الخليفه عن طرف المخاصمه، كما أنه ليس وكيلاً عن القاضى ليجري عليه حكم موكله، كما يشهد بذلك حضور على عليه السلام مع خصمه عند شريح.

أقول: قد تقدم إنّ تعيين القاضى للمدعى، حيث إنه صاحب الدعوى، فله اثبات حقه بأى طريق وعليه لو كان للقاضى المدعى عليه خليفه فله طرح دعواه عند قاضى بلد آخر، ويجب على القاضى المدعى عليه الحضور عنده مع عدم كونه ضرورياً أو حرجياً، ويكون قضائه نافذاً فى حقهما، وإن فرض نصب ذلك القاضى لأهل ذلك البلد

الخامسة: يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدي الحاكم [١] ولو قاما بين يديه كان جائزاً.

المقصد الثالث: في جواب المدعى عليه. وهو إما اقرار أو انكار أو سكوت [٢].

الشرح:

لأن المراد بالأهل من حلّ فيه. وإن كان وطنه غيره، كما في المسافر، ويجري ذلك في اختلاف أحد رعيه مثله، ولا فرق فيما ذكر بين كون الدعوى على القاضى المال وغيره من الحق أو القضاء عليه بالجور بما يوجب ضمانه ولو من بيت المال، وقد تقدم الكلام في ذلك آنفاً.

[١] قيل: إن الجلوس كذلك يوافق الأدب فيستحب، كما أنه لو قاما بين يديه جاز، لأنه ليس في القيام بين يديه ما ينافي كرامه القاضى، وربما يؤيد الجلوس بين يديه بالمروى عن علي عليه السلام في قضيه مخاصمته مع اليهودى وجلوسه بجنب شريح: «لو كان خصمى مسلماً لجلست معه بين يديك» (١)، والنقل ضعيف كما تقدم؛ ولذا يصلح للتأييد.

[٢] ادخال السكوت في جواب المدعى عليه لا يخلو عن المسامحه، ولذا ذكر أن المراد بالجواب ما يصدر عن المدعى عليه بعد الدعوى عليه فإنّ الجواب بهذا المعنى يطلق على السكوت أو أنّ السكوت مع الاصرار عليه يجعل المدعى عليه ناكلاً فيردّ معه اليمين على المدعى، فالسكوت مع الاصرار عليه كالإنكار و كأنّه بمنزله الجواب بالانكار وترك اليمين.

أقول: اطلاق الجواب على السكوت لا يخرج عن المسامحه وكونه مع الاصرار عليه كالانكار والنكول عن اليمين يدخله في الانكار حكماً فيكون اطلاق الجواب عليه بالعنايه، وأيضاً لا ينحصر الجواب بما ذكر، بل يمكن أن يجيب بلا أدري وسيأتى

ص: ١٣٦

أما الاقرار: فيلزم [١] إذا كان جائز التصرف.

الشرح:

الكلام فيه فيما أجاب به فلا وجه لحذفه عن أقسام الجواب، اللهم إلا أن يقال المهم في المقام الجواب المترتب عليه الأثر والجواب بلا أدري لا أثر له كما يأتي.

[١] ذكر قدس سره أنه إذا أجاب الخصم بالاقرار بالمدعى به يثبت الدعوى به، فيما إذا كان المقر واجداً لشرائط نفوذ الاقرار.

ويبقى الكلام في أنه يجوز الحكم في الواقع بمجرد سماع الحكم اقرار المدعى عليه أو يتوقف على التماس المدعى، قيل والقائل الشيخ قدس سره في المبسوط عدم جواز الحكم إلا بعد مطالبه المدعى لأن الحكم حق للمدعى فيتوقف على مطالبته.

أقول: ينبغي التكلم في المقام في جهات: نفوذ اقرار المدعى عليه والحاجه بعد الاقرار إلى حكم الحاكم وما يترتب على الحكم بعده.

أما الوجه الأول: فلا ينبغي التأمل في نفوذ اقرار الشخص على نفسه إذا كان المعترف على الأوصاف المعتره فيه المذكوره في باب الاقرار، كما يشهد بذلك استقرار السيره العقلانيه على أخذ المقر على نفسه باعترافه من غير ثبوت الردع، بل المنقول عن النبي صلى الله عليه وآله قوله: «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١)، وقد ورد في الروايات المتفرقه في أبواب مختلفه ما يشهد على نفوذ اعتراف الشخص على نفسه، كالتى وردت فيمن أقر بارتكابه موجب الحد، وكالتى وردت في اعتراف بعض الورثه بالوصيه للغير، وماورد في عدم سماع الاقرار مع الاكراه على المقر، وماورد في عدم سماع شهاده الفاسق إلا على نفسه إلى غير ذلك.

وأما الوجه الثانيه: فقد يقال في المقام: بأن ثبوت الحق بالاقرار لا يتوقف على حكم الحاكم، وأنه إذا كانت العين بيد المقر فيجوز له أخذها من يده بمجرد اعترافه،

ص: ١٣٧

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب الاقرار، الحديث ٢: ١٣٣.

... ..

الشرح:

كما أنه لو كان من قبيل الدين فيجوز له المطالبة به بخلاف البينه فإن اعتبارها بالاضافه إلى الحاكم خاصه لأن المدعى عالم بحقه كما هو فرض دعواه وخصمه منكر لحقه ولما يشهد به البينه ولو بادعائه خطأ الشاهدين.

وبتعبير آخر البينه بنفسها لا ترفع الخصومه بين الخصمين بخلاف اعتراف الخصم، فإن مع الاعتراف لا خصومه ليحتاج فصلها إلى الحكم.

أقول: ربما يكون جواب الخصم اعترافاً بالحق بنظر القاضى ولا يلتفت إليه المدعى، وربما يكون اعترافه مع عدم الشرائط أو بعضها بنظر القاضى، وربما يدعى المعترف أن اعترافه كان بنحو الاشتباه فيمتنع عن ايصال حق المدعى إليه فالقطع لكل ذلك يكون بحكم الحاكم، كما أنه إذا حكم الحاكم فى الواقع يكون حكمه نافذاً حتى بالاضافه إلى السائرين ممن لم يعلموا باقرار الخصم للمدعى.

ومما ذكرنا يظهر الحال فى صحه حكم الحاكم ونفوذه حتى فيما إذا اعترف الخصم بالدين عليه وأداه إلى المدعى بعد اعترافه وقبل حكم الحاكم، لأن حكم الحاكم بالدين وأنه اذاه قاطع لنشوب المنازعه والمخاصمه بينهما بعد ذلك ولو بدعوى أن الاعتراف والدفع وقع منه خطأ.

أما الكلام فى الجبهه الثالثه: فقد تقدم أن المترتب على قضاء القاضى انهاء المخاصمه، ثم إن للقاضى أن يتصدى بعد القضاء لتنفيذه إذا وجد المدعى عليه ممتنعاً عن العمل بمقتضاه، لأن هذا داخل فى الأمور الحسيه التى من شؤون الفقيه إذا تمكن عليه، كما هو الحال فى القاضى المنصب بالنصب الخاص، بل يظهر من بعض الروايات أن التنفيذ يدخل فى شؤون القاضى بأن يتصدى لبيع مال المديون الممتنع فى اداء دينه ونحو ذلك على نحو ما يأتى.

وهل يحكم به عليه من دون مسأله المدعى [١]؟ قيل: لا لأنه حق له فلا يستوفياً بمسأله.

وصوره الحكم أن يقول: ألزمتك أو قضيت عليك أو ادفع إليه ماله [٢].

الشرح:

نعم لو كان في البين من هو منصوب ممن له ولايه شرعيه لاستيفاء الحقوق وتنفيذ قضاء القاضى لم يكن للقاضى التصدى للتنفيذ، بل عليه ايصال قضائه في الواقعه إليه ولو بالكتابه كما تقدم.

[١] لم يثبت أنّ الحكم في الواقعه بعد رفعها إلى القاضى للحكم حق للمدعى، بأن لا يجوز ولا ينفذ قبل مسأله، بل مقتضى ما ورد في ميزان القضاء جواز الحكم بعد تمامه، فيعمه ما دلّ على نفوذه من غير فرق بين تمام الميزان بالاقرار النافذ أو غيره من تمام البيئه التى اقامها المدعى بدعواه أو استحلاف المدعى عليه، كما إذا لم يقم بيئه على دعواه.

وبالجملة: جواز الحكم يترتب على تمام ميزانه بعد رفع الواقعه إليه للحكم فيها، سواء أكان المنتفع بالحكم المزبور هو المدعى أو المدعى عليه، وكما أنّ الحكم مع انتفاع المدعى عليه أو عدم انتفاعه من حق المدعى عليه كذلك الحال بالاضافه إلى المدعى.

[٢] قد ذكرنا سابقاً الفرق بين الفتوى والقضاء، وأنّ الافتاء هو تعيين المجتهد الكبرى الشرعيه المجمعوله المستفاده بنظره من مدارك الأحكام، فيعتبر هذا التعيين بالاضافه إلى العامى على ما هو المقرر في باب الاجتهاد والتقليد، ويكون تطبيقها على مواردنا بيده.

وإنّ القضاء سواء أكانت المخاصمه في الواقعه الخارجيه ناشئه عن الاختلاف في تعيين الكبرى الشرعيه كما إذا اختلفت الزوجه مع سائر الورثه في ارثها من العقار

ص: ١٣٩

ولو التمس أن يكتب له بالإقرار لم يكتب حتى يعلم اسمه ونسبه أو يُشهد شاهداً عدل [١]، ولو شهد عليه بالحلية جاز ولم يفتقر إلى معرفه النسب واكتفى بذكر حليته.

الشرح:

بأن قالت: إنها ترث منها، وأنكر ذلك سائر الورثة، أم كانت ناشئه عن الاختلاف في تحقق الموضوع أو المتعلق كما في دعوى امرأه أنها زوجته أبيهم المتوفى ونفيهم كونها زوجته هو تعيين الحكم الجزئي في الواقعة، سواء أكان بتطبيق الكبرى الكلية المجعوله في الشرع بتلك الواقعة أم بتعيين الموضوع والمتعلق لتمام الميثب أو النافى لهما بقصد انهاء الخلاف وقطع الخصومه.

والظاهر عدم الفرق بين أن يكون انشاء الحكم الجزئي بالتلفظ أو بالكتابة وكان انشاؤه بالدلاله المطابقه أو التراميه، وكذا الحكم بتحقق الموضوع أو المتعلق بقصد انائها.

[١] يظهر ممّا تقدم الحال في كتابه القاضى حكمه بعد انشائه أو كتابه اقرار المعترف بوجه، حيث ذكرنا أنّ الكتابه بعد الحكم لا تدخل في القضاء، ولكن إذا توقف تنفيذه على كتابته أو التمس بها المحكوم له حتى لا يتمكن خصمه من تجديد المخاصمه بدعوى عدم القضاء وأراد القاضى كتابته مباشره أو تسبيباً فعليه أن يكتب بنحو يؤمن من التزوير بأن يكتب فيها اسم المقر ونسبه وكذا في كتابه الحكم فيكتب: أنّ فلان بن فلان قد اعترف عندى بكذا، ويشهد على اسمه ونسبه شاهداً عدل ولو عيّن القاضى المقر مع عدم معرفته باسمه ونسبه وعدم قيام شاهدي عدل بوصفه المميز له عن غيره، بنحو لا يمكن الاشتباه عاده كفى، كأن يكتب أنّه اعترف عندى من يكون عينه اليسرى مقلوعه ولونه أسود ورجله اليمنى مقطوعه بكذا وكذا لفلان بن فلان. كلّ ذلك للأمن من التزوير أو خوف تجديد المخاصمه.

ص: ١٤٠

ولو ادعى الإعسار [١] كشف عن حاله فإن استبان فقره أنظره وفي تسليمه إلى غرمائه ليستعملوه أو يؤاجروه روايتان أشهرهما الانظار حتى يوسر، وهل يحبس حتى يتبين حاله؟ فيه تفصيل ذكر في باب المفلس.

الشرح:

وقد تقدم أيضاً أنّ الكتابه ولو في مورد توقف انهاء المخاصمه خارجاً وتنفيذها عليها لا يمنع عن أخذ الأجره عليها؛ لأنّ مجرد الوجوب لا يمنع عن أخذ الأجره، نعم إذا كان القاضى منصوباً واشترط عليه كتابه القضاء أو أمر بها ولى الامر لزم رعايه الشرط والأمر.

[١] ثمّ إنّ الموسر إذا امتنع عن اداء ما عليه بعد الحكم أُجبر عليه، ومع مماطلته أو اصراره على الامتناع فالمذكور في كلام جمله من الأصحاب جواز عقوبته بالتغليظ عليه في القول، ولو التمس غريمه حبسه حبس، بل ادعى بعضهم عدم الخلاف في ذلك.

ولعل الظاهر منهم أنّ للحاكم التخيير بين حبسه وتصديده للاداء من ماله، ولكن في موثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه: «أنّ عليّاً عليه السلام كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه ثمّ يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص فإنّ أبي فيقسم بينهم» (١)، وفي بعض النسخ «كان يحبس الرجل إذا التوى» ولعله الصحيح، فالمتيقن من صورته تصديده الاداء عدم امكان اجباره ولو بالحبس والتغليظ له و حبسه لمماطلته و منعه عن المنكر والزامه باداء ما عليه من مال الغير.

ولو ادعى الإعسار فقد ذكر الماتن قدس سره أنّه كشف الحاكم حاله، فإن ظهر فقده المال أمهله، ولا يجوز مع ظهور فقره تسليمه إلى غريمه ليستعمله بازاء الدين أو يوجره ولو مع مطالبته بهذا التسليم، وأن يظهر ذلك ولو مع عدم المطالبه من روايه إلا أنّ الأشهر هو الأنظار.

ص: ١٤١

الشرح:

ولعلّ الأخذ بروايه الانظار لموافقتهما الكتاب المجيد قال الله سبحانه: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ»^(١)، وفي موثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه: «أَنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يَحْبِسُ فِي الدِّينِ فَإِذَا تَبَيَّنَ لَهُ حَاجُهُ وَأَفْلَاسُ خُلِّي سَبِيلَهُ حَتَّى يَسْتَفِيدَ مَالًا»^(٢)، وفي معتبره السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «إِنَّ امْرَأَهُ اسْتَعَدَّتْ عَلَيَّ زَوْجَهَا أَنَّهُ لَا يَنْفِقُ عَلَيْهَا وَكَانَ زَوْجَهَا مَعْسِرًا فَأَبَى أَنْ يَحْبِسَهُ وَقَالَ: «إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا»^(٣).

ولكن مع ذلك عن الشيخ في النهاية أنه يدفع إلى غرمائه ليوجروه أو يستعملوه، لمعتبره السكوني عن جعفر عن أبيه «أَنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يَحْبِسُ فِي الدِّينِ ثُمَّ يَنْظُرُ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أُعْطِيَ الْغَرْمَاءَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ دَفَعَهُ إِلَى الْغَرْمَاءِ فَيَقُولُ لَهُمْ: اصْنَعُوا بِهِ مَا شِئْتُمْ، إِنْ شِئْتُمْ اجْرُوهُ، وَإِنْ شِئْتُمْ اسْتَعْمَلُوهُ»^(٤)، وقد ظهر ممّا تقدم ضعفه.

أضف إلى ذلك أنّ الأصل عدم ولاية الحاكم عليه بالتسليم وعدم ولاية الغريم بالايجار، نعم لو كان المديون من أرباب الحرف والصناعة وطلب الغريم استيجاره للعمل وجب على المديون القبول إذا كان في العمل له أداء دينه كلاً أو بعضاً، بخلاف العمل لغيره، ولا- يبعد جواز اجباره على الاجاره المزبوره؛ لأنّ المراد باخلاء السبيل اطلاقه عن الحبس ليستفيد مالا، فلا ينافى الإجار عليها مع اطلاقه عن الحبس.

ثم هل للحاكم حبس المديون المدعى الاعسار حتى يتبين حاله؟ عن جماعه منهم المصنّف في كتاب المفلس التفصيل، وهو أنّه إذا احرز المال لمدعى الاعسار

ص: ١٤٢

١- (١) البقره: ٢٨٠.

٢- (٣) الوسائل: ١٣، الباب ٧ من أبواب الحجر، الحديث ٣: ١٤٨.

الشرح:

سابقاً ولو بثبوت دعواه عليه كما إذا كانت مخاصمه مع غريمه وقد أثبت الاقتراض على خصمه ففي مثل ذلك لا تقبل دعوى اعساره بل يحبس حتى يظهر حاله ولو بقيام البيئه باعساره بتلف أمواله أو تلف ذلك المال ويخلى سبيله، وأما إذا لم يعلم المال له سابقاً كما إذا ادعى عليه أنه قتل دابته فأقر به وادعى اعساره، وفي الفرض لا يحبس ولعله لاستصحاب عدم المال، غايه الأمر لو ادعى غريمه عليه أنه موسر ونكل عن الحلف على عدم يساره يحبسه الحاكم مع ردّ اليمين على مدعى يساره أو بمجرّد نكوله على الخلاف في جواز الحكم بمجرّد النكول أو أنه يكون بعد ردّ اليمين.

ولكن عن بعض أنّ مقتضى موثقه غياث بن إبراهيم المتقدمه عدم الفرق في جواز الحبس إلى تبيين العسر بين الفرضين، ودعوى عدم الاطلاق لها فإنّ مدلولها نقل الفعل ولعلّ الفعل كان في فرض احراز المال للمديون سابقاً أو في فرض دعوى المال بالاقتراض ونحوه يدفعها أنّ الحكايه لبيان وظيفه القاضى ولو كان ذلك في بعض الفروض تعرّض عليه السلام لذكره.

أضف إلى ذلك أنّ ما قيل من أنّ استصحاب عدم المال له لا يثبت عسره، فإنّ الاستصحاب المزبور ينفع في مثل اعطاء الزكاه حيث إنّ الفقر المعتبر في مستحق الزكاه عدم ملكه قوت السنه وعدم الحرفه له، بحيث يتمكن معها على تحصيل قوتها، ويمكن اثبات عدم الملك وعدم الحرفه كذلك بالاستصحاب، بخلاف العسر، فإنّه العجز عن أداء الدين اللازم لعدم المال، ولا يمكن ذلك بالاستصحاب.

وهل حبس المديون يختصّ بما إذا كان رجلاً أو يعم المرأه أيضاً؟ يمكن دعوى الاطلاق فيما تقدم، نعم لا يحبس الوالد لدين ولده، بل الوالد له لدين ولدها، لمنافاه طلب حبسهما لمصاحبتهما بالمعروف، وفي صحيحه الحسين بن أبى العلاء قال:

وأما الانكار:

فإذا قال: لا حق له على، فإن كان المدعى يعلم أنه موضع المطالبة بالبينه [١] فالحاكم بالخيار، إن شاء قال للمدعى أنك بينه، وإن شاء سكت وأما إذا كان المدعى لا يعلم أنه موضع المطالبة بالبينه وجب أن يقول الحاكم ذلك أو معناه، فإن لم تكن له بينه عزفه الحاكم أن له اليمين.

الشرح:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما يحل للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف إلى أن قال: أو كان رسول الله صلى الله عليه وآله يحبس الأب لابن».

وكذلك يشكل جواز حبس المدينون المريض مع كون الحبس مضرًا بحاله بناءً على تأخير اقامه الحد على المريض حتى برئه، كما سيأتي في باب الحدود، وكذا فيما إذا كان في البين مانع آخر ككونه أجيراً للغير ويكون الحبس منافياً للعمل لذلك الغير.

[١] إذا أجاز المدعى عليه بالانكار فعلى المدعى اثبات دعواه بالبينه، ويطلبها الحاكم مقدمه لحكمه بالثبوت، نعم إذا علم المدعى أن إقامه البينه بدعواه وظيفته لا- يجب على القاضى سؤال البينه عنه، بل يجوز له أن يسكت، كما هو ظاهر المصنّف قدس سره، ولكن لا يبعد لزوم المطالبة مطلقاً، لأنّ القضاء فصل الخصومه وإنهائها ومع عدم المطالبة يبقى في البين اعتذار المدعى لتجديدها، بأنه كان لى بينه فلم أحضرها أيضاً انتظاراً لمطالبه الحاكم.

نعم لو كان المدعى عالماً بأن احضارها أيضاً لا يتوقف على مطالبه الحاكم لا يجب على القاضى سؤالها وإن يحتمل ذلك في موارد أيضاً سداً لباب تجديد المنازعه بدعوى المدعى الجهل بأن وظيفته اقامه البينه أو احضارها بلامطالبه القاضى ولكنه ضعيف كما يظهر ذلك بالتأمل، نعم لو احتمل القاضى جهله ذكر له أن عليه احضار البينه.

الشرح:

وأُمياً إذا لم تكن للمدعى بينه، أى لم يقيم البينه بدعواه بعد المطالبه، والمراد من البينه المثبت لحقه، سواء كان شاهديعدل أم غيرهما، كشهاده العدل ويمينه، كما إذا كانت الدعوى مالا، يذكر الحاكم للمدعيان له استحلاف المدعى عليه إذا لم يعرف أن له ذلك، فإنه يعتبر فى القضاء بحلف المنكر استحلاف المدعى، فإذا تبرع المنكر بالحلف أو أحلفه الحاكم بلا مطالبه المدعى فلا يجوز الحكم، كما عليه المشهور قديماً وحديثاً، بل قولاً واحداً.

ويشهد لذلك موثقه عبدالله بن أبى يعفور عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا- حق له قبله ذهب اليمين بحق المدعى فلا- دعوى له. قلت له: وإن كانت عليه بينه عادله؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه ما كان له وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعاه قبله مما قد استحلفه عليه». (١)

وفى خبر خضر بن عمرو النخعى عن أبى عبدالله عليه السلام فى الرجل يكون له على الرجل المال فيجحده؟ قال: «ان استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً، وإن تركه ولم يستحلفه فهو على حقه». (٢)

لا يقال: ظاهر الموثقه وإن كان ما ذكر من كون الاستحلاف حق للمدعى فلا ينفذ حكم الحاكم بتبرع المدعى عليه بالحلف أو بمجرد احلاف الحاكم، وكذا خبر النخعى، إلا أن ظاهرهما أن ما يترتب عليه سقوط الحق هو يمين المدعى عليه بعد استحلاف المدعى، من غير حاجه إلى حكم الحاكم.

ص: ١٤٥

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٨.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ١٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٩.

الشرح:

وبتعبير آخر ظاهرهما عدم الحاجة إلى حكم الحاكم في إنهاء الخصومه وسقوط حق الدعوى.

فيأنه يقال: ظاهر الموثقه ونحوها بيان وظيفه الحاكم عند حلف المنكر باستحلاف المدعى، وأنه يحكم بانقضاء الخصومه وانهاؤها، خصوصاً بملاحظه قوله صلى الله عليه و آله : «إنما أقضى بينكم بالبينات والأيمان»^(١)، وليست ناظره إلى عدم الحاجة إلى الحكم بمجرد حصول الحلف، كما أن ما دلّ على ثبوت الحق بالبينه لا ينفى التوقف على الحكم فى موارد المخاصمه.

والمتحصل: أن طلب اليمين حق للمدعى على المنكر، فمع عدم اقامته البينه بدعواه فله مطالبه المنكر باليمين، وله حق تأخير الواقعه وايقافها كما هو ظاهر الموثقه.

ولا يبعد أن يقال: إن هذا فيما إذا كانت دعواه ثبوت الحق له، كما هو ظاهرها وظاهر غيرها. وأما إذا كانت دعواه سقوط ما كان عليه من حق الغير، كما إذا ادعى اداء ما كان من دين الغير عليه الثابت باعترافه أو بالبينه، وأنكر الدائن ادائه فإن لم يقم البينه بالاداء ولم يرض بيمين الدائن لإرادته تأخير الواقعه وايقاف الحكم فللحاكم احلاف الدائن على عدم الاداء وحكمه ببقاء الدين.

وفى صحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبدالله عليه السلام قال: فى كتاب على عليه السلام : «إن نبياً من الأنبياء شكأ إلى ربّه كيف اقضى فيما لم أر ولم أشهد؟ قال: فأوحى الله إليه: أحكم بينهم بكتابى وأضفهم إلى اسمى فحلفهم به، وقال: هذا لمن لم تقم له بينه»^(٢) فإن ظاهرها كظاهر غيرها أن التحليف وظيفه الحاكم مع عدم اقامه المدعى البينه،

ص: ١٤٦

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٩.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٧.

ولا يحلف المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعيّ أنّه حق له فيتوقف استيفاءه على المطالبه، ولو تبرّع هو أو تبرع الحاكم بإحلافه لم يعتد بتلك اليمين وأعادها الحاكم إن التمس المدعى.

ثم المنكر إما أن يحلف أو يردّ أو ينكل، فإذا حلف سقطت الدعوى ولو ظفر المدعى بعد ذلك بمال الغريم لم يحلّ له مقاصته [١] ولو عاود المطالبه أثم ولم تسمع دعواه، ولو أقام بينه بما حلف عليه المنكر لم تسمع، وقيل يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين.

الشرح:

فيرفع اليد عن الاطلاق بمطالبة المدعى فيما كان دعواه ثبوت حق له على الغير ويؤخذ في غيره بالاطلاق.

[١] أما سقوط الدعوى وعدم سماع تجديدها فقد تقدم الكلام فيه وأنه مقتضى نفوذ القضاء وعدم سماع اليينه بعده، وأما عدم جواز المقاصه من مال الغريم فتدل عليه موثقه ابن أبى يعفور المتقدمه حيث ذكر عليه السلام فيها: «وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعا قبله ممّا استحلفه عليه»، ولكن بما أنّ القضاء بحلف المنكر أو غيرها لا يغيّر الواقع عمّا هو عليه لقول رسول الله صلى الله عليه وآله: «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان، وبعضكم ألحن بحجته من بعض آخر، فأيّما رجل قطع له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعه من النار» (١).

يقال: إنّ المراد بذهاب الحق ذهابه في دار الدنيا، بمعنى أنّه لا يجوز له في دارها ترتيب آثار الحق له من جواز المطالبه والتقاص به، وفي خبر النخعي المتقدم: «وان استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً وان تركه ولم يستحلفه فهو على حقه»، ونحوه ما في خبر عبدالله بن وضاح قال: «كانت بينى وبين رجل من اليهود معامله فخاننى بألف

ص: ١٤٧

الشرح:

درهم إلى أن قال: فكتب أبو الحسن عليه السلام لا- تأخذ منه شيئاً إن كان ظلمك فلا تظلمه ولولا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك ولكنك رضيت بيمينه الحديث»(١)، ولكن مورد الخبر القضاء غير النافذ كما لا يخفى.

وفى صحيحه سليمان بن خالد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع لى عنده مال فكابرنى عليه وحلف ثم وقع له عندى مال آخذه لمكان مالى الذى آخذه وأجحدته وأحلف عليه كما صنع؟ قال: إن خانك فلا تخنه ولا تدخل فيما عتبه عليه»(٢).

ولكن فى معتبره أبى بكر الحضرمى قال: «قلت له: رجل لى عليه دراهم فجحذنى وحلف عليها، أيجوز لىان وقع له قبلى دراهم أن آخذ منه بقدر حقى؟ قال: فقال: نعم ولكن لهذا الكلام الحديث»(٣).

ولكن لا يخفى أنّ المعتره بناءً على نقل الشيخ مضمرة، وعلى روايه الكلينى والصدوق قدس سرهما مسنده، وعن أبى عبد الله عليه السلام ولكن ليس على نقلهما فرض حلف وعلى تقديره أيضاً تكون موثقه ابن أبى يعفور موجبه للجمع بين صحيحه سليمان بن خالد والمعتبره، حيث يحمل الصحيحه على صوره الحلف بالاستحلاف ومعتبره أبى بكر على الحلف تبرعاً.

و دعوى بما أنّ الحلف لا يوجب ذهاب حق المحق واقعاً فالموثقه ناظره إلى ذهابه من حيث الدعوى والمطالبه فلا دلالة لها على عدم جواز المقاصه، وصحيحه سليمان بن خالد ظهورها يناسب الكراهه فلا تنافى معتبره أبى بكر لا يمكن المساعده

ص: ١٤٨

١- (١) المصدر نفسه: الباب ١٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ١٨٠.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٨٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٧: ٢٠٤.

٣- (٣) المصدر نفسه: الحديث ٢٠٣: ٤.

وقيل: إن نسي بينه وبينه شئ سمعت وإن أحلف والأول هو المروي، وكذا لو أقام بعد الإحلاف شاهداً وبذل معه اليمين وهنا أولى، وأما لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته [١] وحلّ مقاصته مما يجده له مع امتناعه عن التسليم.

الشرح:

عليه، فإنّ حمل الموثقه على ما ذكر خلاف ظاهرها فإنّ ظاهرها تفريع نفى حق الدعوى على ذهاب ما يدعيه من الحق، ويلزم على ذلك عدم جواز المقاصه فلاحظ.

ثمّ إنّ الظاهر عدم جواز المقاصه من مال الغريم بعد استحلافه بلا فرق بين كون ما ادّعاه المدعى من الحق له ديناً أو عيناً. بل الظاهر عدم جواز الامساک فيما لو ظفر المدعى بعد ذلك بنفس العين التي ادّعاها على ذي اليد الحالف، فإنّ لم تخرج العين عن ملكه واقعاً فيما لو كان صادقاً في دعوا وانّ القضاء لا يبطل الملكيه الواقعيه، كما يشهد بذلك صحيحه هشام المتقدمه وغيرها: «فأیما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإثمّا قطعت له به قطعه من النار»، إلاّ أنّه لا يجوز له تكليفاً بل وضعاً ما ينافي القضاء ويعدّ معارضه للمنكر الحالف.

نعم يجوز للمدعى المزبور ما لا ينافي نقضه ولا يعد معارضه له، كما إذا استعار العين المزبوره من الحالف المنكر من يعتقد أنّها ملك المدعى، فإنّ الاستيدان من المدعى والاذن للمستأذن لا يعد نقضاً ولا معارضه للمنكر والله سبحانه هو العالم.

[١] بلاخلاف ظاهر، فإنّ جواز مطالبه المنكر بالمال عليه مع تكذيبه نفسه ولو بعد الحلف والقضاء مقتضى نفوذ اقراره، ويبطل اليمين الذي حكم بها بذهاب حق المدعى.

لا- يقال: ما دلّ على نفوذ الاقرار مع ما دلّ على أنّ الحلف من المدعى عليه يذهب بحق المدعى متعارضان بالعموم من وجه لافتراقهما في الاقرار غير المسبوق بالحلف وفي الحلف غير الملحق بالاقرار ويجمعان في الاقرار المسبوق بالحلف على

وإن ردّ اليمين على المدعى لزمه الحلف [١] ولو نكل سقطت دعواه.

الشرح:

النفي ويتعين الأخذ بما دل على أنّ اليمين يذهب بها الحق، لعدم عموم لفظي معتبر أو اطلاق كذلك في ناحيه نفوذ الاقرار، بل العموم مأخوذ من موارد مختلفه فيكون اصطليادياً فلا يكون محرزاً مع الاطلاق أو العموم اللفظي على خلافه، ودعوى انصراف ما دلّ على أنّ اليمين يذهب بها الحق عن صورته تكذيب الحالف نفسه بعد ذلك لم يعلم لها وجه غير ما قيل من أنّ المرتكز فيأذهان المتشرعه وغيرهم الزام المقرّ على نفسه باعترافه.

فيأنه يقال: مضافاً إلى ما ذكر في وجه الانصراف أنه يتعين الأخذ بمقتضى تكذيب نفسه واعترافه بحق المدعى، سواء أكان تكذيبه واعترافه عند الحاكم أم عند المدعى، كما يشهد بذلك معتبره مسمع بن أبي سيار قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنت استودعت رجلاً مالاً فجحديني وحلف لي عليه، ثم إنّه جائني بعد ذلك بستتين بالمال الذي أودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذ و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فهي لك مع مالك واجعلني في حلّ، فأخذت منه المال وأبيت أن أخذ منه الربح وأوقفت المال الذي كنت استودعته وأتيت حتى استطلع رأيك، فماترى؟ فقال: خذ نصف الربح وأعطه النصف وحلّه فإنّ هذا الرجل تائب والله يحب التوابين» (١)، فإنّها كالصريح في جواز الأخذ بالحق مع اعتراف الحالف المنكر، ولو كان اعترافه برد المال أو غيره كما لا يخفى.

[١] لا خلاف فيأنه يجوز للمدعى عليه ردّ اليمين على المدعى في الجملة، وأنّه إذا ردّها عليه فإن حلف المدعى على حقه ثبت وان نكل سقط حقه ودعواه.

ويشهد ذلك غير واحد من الروايات، كصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام

ص: ١٥٠

الشرح:

فى الرجل يدعى ولا بينه له؟ قال: «يستحلفه، فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له»^(١)، وصحيحه جميل عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا أقام المدعى بينه فليس عليه يمين، وإن لم يقم بينه فردّ عليه الذى ادعى عليه اليمين فأبى فلاحق له»^(٢)، وفى روايه عبدالرحمان بن أبى عبد الله قال: «قلت للشيخ: خبرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه بماله، قال: فيمين المدعى عليه فإن حلف فلاحق له وان ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلاحق له»^(٣)، ولا يبعد اعتبار هذه سنداً كما يأتى ونحوها غيرها، ومدلولها كما ذكرنا أنّ نكول المدعى عن اليمين المردوده كافٍ فى حكم الحاكم بسقوط حقّه، سواء أكان نكوله للإبراء عن الحلف وان كان صادقاً أم كانت دعواه بنحو التهمه وعدم العلم كما فى دعوى التفريط على من كان ماله بيد الآخر عاربه أو وديعه على ماتقدم.

وقد يقال: إنّ حلف المنكر حق للمدعى إلا أنه حكم شرعى فيجوز للمدعى اسقاطه بمعنى ابراء المدعى عليه من الحلف نظير ابراء الدائن لمدينه، وهذا الأبراء والاسقاط بمنزله الاستيفاء فيجوز معه الحكم ببراءه عهده المدعى عليه عمّا كان يدعى عليه سواء أكان ديناً أم عيناً.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإن مقتضى مثل قوله صلى الله عليه وآله: «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان» لزوم اليمين فى القضاء، وكذا الاطلاق فى مثل قوله عليه السلام: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قبله ذهب اليمين بحق المدعى»^(٤)، حيث لو كان الأبراء عن الحلف كالحلف لزم تقييد فاستحلفه بذكر العدل

ص: ١٥١

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ و١٧٦: ٦.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٣.

٣- (٣) المصدر نفسه: الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٩.

الشرح:

كقوله أو ابرأه.

وبتعبير آخر: المستفاد من الروايات كون رضا المدعى بحلف المنكر شرط في صحته الحلف يعنى جواز الحكم معه، نظير رضا الأب في نكاح الباكراه، لا أنّ الحلف المزبور كالدين على المديون حق للمدعى، ولذا لا يترتب على عدم استحلافه إلا إيقاف الواقعة لو لم يسقط حق دعواه.

وتوهم أنّ عدم استحلاف المدعى بنفسه يوجب سقوط دعواه فلا يجوز له تجديد الدعوى بعد ذلك استناداً إلى معتبره عبيد بن زراره عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الرجل يدعى عليه الحق ولا بينه للمدعى، قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلاحق له»^(١)، بدعوى أنّ ضمير الفاعل يرجع إلى المدعى، فاسد فإن ظاهرها رجوع الضمير إلى المدعى عليه، ولا أقل من احتمال مقتضى ما دل على أنّ القضاء بالبينه والأيمان عدم سقوط الدعوى وعدم حصول القضاء بترك الاستحلاف، ولا ينافى ذلك القضاء بنكول المدعى عن اليمين المردوده لقيام الدليل عليه كما تقدم.

بقي في المقام أمر، وهو أنّ الظاهر اختصاص جواز ردّ اليمين على المدعى بما إذا كانت الدعوى ماله، حيث يجوز للمكلف أن يتحمل الضرر المالي احترازاً عن اليمين، ولو كان صادقاً أمّا إذا كانت الدعوى عليه غير المال كما إذا ادعى رجل على امرأه أنّها زوجته فانكرتها فعلى المرأة الحلف على نفى الزوجيه، ولا يجوز له ردّ اليمين على المدعى لأنّ ما ورد في تخيير المدعى عليه بين الحلف وردّه على المدعى وارده في دعوى الحق الظاهر في المال، غايه الأمر سواء أكان ديناً أم عيناً. ولا يبعد أن يقال لا دليل على كون اليمين المردوده من مدرّك القضاء في غير دعوى المال أخذاً بقولهم عليهم السلام:

ص: ١٥٢

١- (١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٦: ١.

وإن نكل المنكر بمعنى أنه لم يحلف ولم يردّ، قال الحاكم [١]: إن حلفت و إلاّ جعلتك ناكلاً ويكرّر ذلك ثلاثاً، استظهاراً لا فرضاً، فإن أصرّ قيل: يقضى عليه بالنكول وقيل بل يرد اليمين على المدعى فإن حلف ثبت حقه وإن امتنع سقط، والأوّل أظهر وهو المروى.

الشرح:

«البيّنه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه» (١) فإن مقتضاه كما أنّ البيّنه من المدعى عليه لا تكون مدرّكاً للقضاء كذلك اليمين من المدعى حتى ما لو كانت مردوده برّد المدعى عليه وقد رفع اليد عن ذلك في دعوى الأموال.

و دعوى الاطلاق في بعض الروايات كقوله عليه السلام في صحيحه هشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ترد اليمين على المدعى» (٢)، لا يمكن المساعدة عليها فإن مقتضاها جواز ردّ اليمين على المدعى تكليفاً أيضاً مع أنّه ذكرنا عدم امكان الإلتزام بجواز الردّ تكليفاً في مثل دعوى الزوجيه حتى يؤخذ بلازمه، وهو نفوذ القضاء باليمين المردوده، والله سبحانه هو العالم.

[١] إذا لم يحلف المدعى عليه المنكر ولم يردّ اليمين على المدعى، فظاهر المصنّف قدس سره أنّه يجب على الحاكم أن يقول للمنكر ما مضمونه ان حلفت أو ردّدت اليمين فهو، وإلاّ يجري عليك حكم الناكل، وأنّ القول المزبور مرّه لازم وتكراره ثلاث مرات مستحب استظهاراً لنكوله، وعن بعض التصريح باستحباب القول المزبور ولا يجب حتى مرّه.

أقول: اللانزم أن يعلم المنكر أنّ عليه اليمين أو ردّها إلى المدعى، أمّا إذا لم يفعل فماذا يفعل القاضى فلا يعتبر علم المنكر بذلك، بل استحباب القول المزبور أيضاً

ص: ١٥٣

١- (١) الوسائل ج ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٠.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣: ١٧٦.

الشرح:

لا يخلو عن الاشكال.

ودعوى أنّ استحبابه للتسامح فيأدله السنن لفتوى جماعه، يدفعها أنّ أدله التسامح لا تثبت استحباب الفعل، وعلى تقديره فلاتعمّ إلاّ موارد بلوغ الخبر المتعارف عن المعصوم عليه السلام .

ويمكن أن يقال نفوذ الحكم مع نكول المنكر مروى كما يأتي ومقتضى اطلاقه عدم اعتبار القول المزبور والنكول المستفاد من المروى هو امتناع المنكر عن الحلف والرد كما يأتي.

وكيف ما كان، فإذا نكل المنكر أو أصرّ عليه يحكم بثبوت دعوى المدعى كما عليه جماعه من قدماء أصحابنا ومتأخريهم، بل هذا هو المنسوب إلى الأشهر أو المشهور، وعن جماعه أخرى أنّ الحاكم يردّ اليمين معه على المدعى فإن حلف على الحق له حكم بالثبوت وإلاّ فلا حقّ له، بل نسب ذلك أيضاً إلى الأكثر وعن الخلاف والغنيه الاجماع عليه.

ويستدلّ على الأوّل بوجوه:

الأوّل: إنّ مقتضى الأصل عدم اشتراط حكمه بحلف المدعى مع نكول المنكر، والثاني أنّه مقتضى ما دلّ على أنّ البيئه على المدعى واليمين على المدعى عليه هو عدم مطالبه المدعى باليمين ويرفع اليد عن ذلك فيما إذا ردّ المدعى عليه اليمين عليه.

ولا- يخفى أنّ شيئاً من الوجهين لم يتم، فإنّ مقتضى الأصل عدم نفوذ الحكم بدون ردّ اليمين على المدعى و حلفه عليه فإنّ جواز الحكم ونفوذه معه متيقّن وبدونه غير محرز، ومقتضى الأصل عدم نفوذه واعتباره، نظير مايشك في اعتبارشئ في معامله لم يكن لدليل اعتبارها اطلاق أو عموم يدفع به اعتباره فيها ولا يقاس المقام

الشرح:

كالمعاملات بالشرط في اعتبار شيء في متعلق التكليف؛ حيث إن مقتضى الاصل العملي فيه عدم الاشتراط كما هو المقرر في بحث الأصول العملية من علم الأصول.

وكذا مقتضى ما دلّ على أنّ البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه هو عدم اعتبار يمين المدعى، إلا أنّ ما دلّ على عدم القضاء إلا بالبينة واليمين مقتضاه عدم جواز القضاء بدون يمين المدعى عليه، فيرفع اليد عنه ما إذا ردّ المدعى عليه اليمين على المدعى أو ردّها الحاكم عليه. وبدونه يؤخذ بمقتضاها معاً وهو عدم نفوذ الحكم بلا بينة ولا يمين ولو كانت مردوده من المدعى عليه أو الحاكم.

والوجه الثالث صحيحه محمد بن مسلم الواردة في كيفية احلاف الأخرس، حيث ورد فيها «أنّ علياً عليه السلام كتب الحلف ثمّ غسله وأمر الأخرس بشربه فامتنع فألزمه الدين»^(١)، حيث إنّ مقتضاه جواز حكم الحاكم بمجرد امتناع المنكر عن الحلف.

لا يقال: مقتضى ما ورد في كيفية احلاف الأخرس جواز الحكم بمجرد امتناع المدعى عليه عن الحلف ولو لم يمتنع عن ردّ اليمين على المدعى.

فإنّه يقال: على تقدير هذا الاطلاق يرفع اليد عنه بما دلّ على أنّ للمنكر ردّ اليمين على المدعى عليه، فإن حلف فهو وإن أبى سقطت دعواه وبطل حقه.

أقول: الصحيح في الجواب عن الاستدلال بالصحيحه منع اطلاقها، وأنّه بمجرد نكول المدعى عليه للحاكم أن يحكم عليه، فإنّها وردت في مقام بيان كيفية احلاف المدعى عليه الأخرس لافى مقام جميع ما يلزم في الحكم على الأخرس المدعى عليه، والواقعه قضيه خارجيه، فلعلّ الإمام عليه السلام بعد تركه شرب الحلف أمره برد اليمين على المدعى فحلف، أو ردّها عليه الإمام عليه السلام فحلف، ثمّ ألزمه بالدين.

ص: ١٥٥

١- (١) الوسائل ج: ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢٢٢.

الشرح:

وقد يقال: غايه دلاله الصحيحه على جواز الحكم بمجرد نكول المنكر أنها بالاطلاق يعنى عدم ورود ردّ الإمام عليه السلام اليمين على المدعى ولكن مقتضى صحيحه هشام عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: تردّ اليمين على المدعى»^(١)، هو لزوم ردّها على المدعى فى الحكم كان ذلك بردّ المدعى عليه أو الحاكم، وقد تقدم أنّ الرد ابتداءً للمدعى عليه.

وبالجملة: مقتضى صحيحه محمد بن مسلم الواردة فى احلاف الأخرس جواز الحكم مع نكول المدعى عليه، ولكن مقتضاها ذلك باطلاق، ومقتضى اطلاق صحيحه هشام لزوم ردّ اليمين فى الحكم ولو من الحاكم، بعد تساقط الاطلاقين يرجع إلى مقتضى الأدله الأوليه التى ذكرناه فى الجواب عن الوجه الثانى، وقلنا بعدم جواز الحكم بلا- ردّ اليمين على المدعى ولو من الحاكم، ولو فرض عدم تمامه أيضاً يرجع إلى مقتضى الأصل العملى، وقد ذكرنا فى الجواب عن الوجه الأوّل أنّه الاشتراط.

وقد يقال: فى وجه ردّ الحاكم اليمين على المدعى بأنّه ولى الممتنع والمنكر فيما إذا امتنع عن ردّ اليمين فيردها الحاكم ولايه عليه، ولا- يخفى ما فيه، فإنّ الثابت من حق المدعى على المنكر الاستحلاف فله أن لا يطالبه بالحلف كما تقدم، أمّا ردّ اليمين على المدعى فهو مسقط لحق المدعى على المدعى عليه؛ ولذا لو امتنع المدعى عن الحلف بعده أو قال لا أريد ردّ الحلف سقطت دعواه، وولايه الحاكم على الممتنع فيما كان ذلك حقاً للغير على الممتنع.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّه ربّما يستدل لجواز الحكم بمجرد نكول المدعى عليه بخبر عبدالرحمان بن أبى عبدالله «قال: قلت للشيخ عليه السلام: خبّرني عن الرجل يدعى قبل

ولو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت إليه [١].

الشرح:

الرجل الحق فلا يكون له بينه بماله، قال: فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلاحق له وإن لم يحلف فعليه الحديث» (١)، فإن مدلوله جواز الحكم على المدعى عليه بمجرد تركه ما عليه من الحلف غايه الأمر ترفع اليد عن اطلاقه صورته رده اليمين المدعى فلم يحلف.

وفيه: أن الرواية في سندها ياسين الضرير البصرى ولم يوثق، ولم يثبت كونه من المعاريف، مع أن الصدوق قدس سره نقل في الفقيه بعد قوله: فإن حلف فلاحق له، وان رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلاحق له بل نقل في الوسائل عن الكافي كما في الفقيه (٢) وجعل: وإن لم يحلف فعليه، نسخه، وعلى ذلك فلا يمكن الاعتماد عليها حيث لم يثبت النقل.

وقد تقدم أن مقتضى الاطلاق في صحيحه هشام تعين الرد على المدعى كان الراد هو المدعى عليه أو الحاكم، بل لزوم الرد مع امتناع المنكر عن الحلف والرد مقتضى الأصل، والله سبحانه هو العالم.

[١] قيل: هذا بناء على كفايه نكوله في حكم الحاكم، أما بناء على رد الحاكم اليمين على المدعى فيقبل بذله ما دام لم يحلف المدعى، ولا يبعد ذلك، فإنه قد تقدم أن مع حلف المدعى باليمين المردوده يثبت ميزان القضاء بالحق وإن ما دل على أن ميزان القضاء بينه من المدعى ومع عدم اقامتها اليمين من المنكر يرفع اليد عن اطلاقه بما إذا دل على أن حلف المدعى على حقه بعد رد اليمين عليه ميزان لثبوتها وابائه موجب لسقوطه، وإذا لم يحصل هذا الحلف والاباء فيؤخذ بالاطلاق المزبور، ومقتضاه نفوذ

ص: ١٥٧

١- (١) الوسائل: ج ١٨، الباب من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٣: ١.

٢- (٢) الكافي ٧: ٤١٥، التهذيب ٦: ٢٢٩، الفقيه ٣: ٣٨.

الشرح:

بذل اليمين من المنكر.

ودعوى أنه إنما يفيد بذل اليمين من المنكر إذا لم يحكم الحاكم بكونه ناكلاً وإلا فلا فائده لبذل المنكر اليمين لا يخفى ما فيها، فإن المفروض أنه لم يثبت أن نكول المنكر ميزان القضاء بل الثابت أن حلف المدعى بعد الرد عليه وابعائه ميزان القضاء بثبوت الحق أو سقوطه وإذا لم يحصل هذا الميزان الذي اعتبره في طول عدم حلف المدعى عليه وحلف المدعى عليه على نفي الحق ثبت ميزان القضاء بسقوط الحق والنكول بنفسه ليس مورد المخاصمه ليكون حكم القاضي فيه فاصلاً.

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما إذا رجع المنكر عن رد اليمين على المدعى وحلف على نفي الحق قبل حلف المدعى على ثبوته فإن مقتضى قوله (صلوات الله وسلامه عليه): «البينة للمدعى واليمين على من أنكر»، نفوذ هذا الحلف من المنكر، وفي موثقه ابن أبي يعفور: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له» (١)، فإن عمومها يعمّ المقام.

ونظير ذلك ما إذا لم يقيم المدعى البينة بدعواه، ولكن قبل حلف المدعى عليه على نفي حقه أقامها كما إذا حضر مجلس القضاء اتفاقاً شاهدان كان كل منهما عالماً بحقه فشهدا، فإن شهادتهما في الفرض داخله في قوله عليه السلام: «البينة على المدعى» وأنها ميزان القضاء بثبوت الحق.

بقي في المقام أمور:

منها: ما إذا طلب المنكر الامهال في اختيار الحلف أو رد اليمين، فهل يجوز للحاكم أو يتعين عليه الامهال له أو لا يسمع طلب؟

ص: ١٥٨

الشرح:

فبقول: لا ينبغي التأمل في جوازه فيما إذا رضى المدعى بالتأخير؛ لأنّ الحلف فيما إذا كانت دعواه ثبوت الحق على الغير حق له فيكون له التأخير في المطالبه، أمّا إذا لم يرض بذلك فالإمهال من الحاكم مشكل فيما إذا كان في الحضور ثانياً نفقه السفر ونحوها، بل لا يبعد أن يكون مقتضى مثل معتبره عبيد بن زراره عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الرجل يدعى عليه الحق ولا بينه للمدعى؟ قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق»^(١) عدم الحق للمنكر في الاستمهال.

ومنها: ما هو المنسوب إلى الشهره من أنّ ردّ المنكر اليمين على المدعى فيما إذا كانت دعواه لنفسه وكونها جزميه، أمّا إذا كانت لغيره كما إذا كان المدعى ولياً أو وكيلاً أو وصياً وادعى على الغير مالاً - للمولّى عليه أو لموكله أو الوصيه بالمال الذي بيد الوارث وأنكرها الغير أو الوارث فإنّه لا - يكون مورد لردّ الحلف، بل يتعين على المنكر الحلف على نفي الحق، وإلا - فيحكم الحاكم بثبوته بمجرد نكوله وامتناعه عن الحلف، وكذا فيما كانت دعواه غير جزميه كدعوى التهمه في اتلاف ماله الذي كان بيد الغير أمانه أو عاريه أو اجاره.

والوجه في ذلك أنّ ما ورد في أنّ البينه على المدعى واليمين على من أنكر مقتضاه تعيين اليمين على المدعى عليه، غاية الأمر قد رفع اليد عن دلائلها على تعينها عليه بما دل على أنّ له ردّ اليمين على صاحب الحق المدعى، وإذا لم يكن المدعى صاحب الحق كما في دعوى الولي والوصى والوكيل فلا موضوع لردّ اليمين، وكذا ما ورد في ردّ اليمين فظاهاه أنّ للمنكر ردّ اليمين إلى المدعى الذي يرى نفسه صاحب الحق، والدعوى فيما إذا كانت بنحو التهمه لا يرى المدعى نفسه صاحب الحق، بل غايته أنّه

ص: ١٥٩

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٦: ٢.

الشرح:

يظن أنّ له الحق على المدعى عليه.

وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «فى الرجل يدعى ولا- بينه له؟ قال: يستحلفه، فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حقّ له» (١)، وفى معتبره عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام: «فى الرجل يدعى عليه الحق ولا بينه للمدعى؟ قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلاحق له» (١)، إلى غير ذلك ممّا ظاهره الردّ على المدعى الذى يرى نفسه صاحب الحق، وفى غيره يؤخذ بما تقدم ممّا يكون مقتضاه تعيين الحلف على المدعى عليه.

أقول: الأظهر جواز ردّ اليمين على المدعى فى موارد كونه وليّاً أو وصياً أو حتى إذا كان وكيلاً، وذكر صاحب الحق فى أكثر الروايات الواردة فى ردّها لا يمنع عن الردّ عليهم فإنّ ظاهرها صاحب الحق أصاله أو بالولاية والوصاية أو حتى بالوكالة، ويجوز لهم الحلف باليمين المردودة فإنّه لا- يعتبر فى الحلف إلاّ العلم بما يحلف عليه، ولو ادعى عدم ظهورها فى العموم واختصاصها بصاحب الحق بالأصالة لكان طالب الحلف من المنكر فيما إذا كان المدعى وليّاً أو وصياً مشكلاً؛ لأنّ الوارد فى موثقه عبد الله بن أبى يعفور: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حق قبله ذهب اليمين بحق المدعى».

أضف إلى ذلك اطلاق صحيحه هشام المتقدمه عن أبى عبد الله عليه السلام: «قال: ترد اليمين على المدعى» (٣)، فإنّه وإن قلنا سابقاً إنّ لا يمكن الأخذ باطلاقها بالإضافه إلى موارد الدعوى فى غير الأموال، إلاّ أنّ الأخذ باطلاقها من حيث كون المدعى

ص: ١٦٠

الشرح:

فيها صاحب المال بالأصالة أو بالولاية والوصاية أو الوكالة بلا مانع.

ولا- يبعد أيضاً أن يقال في موارد كون المدعى وكيلًا يكون الرد عليه رداً على الموكل أيضاً، وإذا رد المنكر الحلف عليه فإن حضر الموكل وحلف على حقه ثبت حيث إن التوكيل يوجب استناد الدعوى إلى الموكل أيضاً، فيكون سقوط حقه بإباء الوكيل والموكل عن اليمين المردوده وثبوتة بحلف أحدهما.

وأما في موارد الدعوى على الغير تهمه فيما إذا كان المال بيد الغير فلامورد لرد المنكر اليمين على المدعى، بل المنكر فيها إذا أقام البينه بعدم الخيانه وتلف المال بلا- تفريط أو حلف عليه فهو أن كلاً منهما تسقط دعواه وإن لم يقم بينه أو لم يحلف فهو ضامن للمال.

وهذا كما ذكرنا استفيد مما ورد في ضمان الأجير وفي صحيحه عبدالله بن مسكان عن أبي بصير، كما تقدم، قال: «لا يضمن الصائغ والقصارو لا الحائك إلا أن يكونوا متهمين فيجيئون بالبينه ويستحلف لعله يستخرج منه شىء» مع ملاحظه ما ورد في أنهم إن أقاموا البينه فهو وإلا فيضمنون حيث تقيد الثانيه بالأولى فتكون النتيجة لزوم اقامه البينه بالتلف من غير افراط أو الحلف عليه وإلا فيضمن.

نعم الموارد التي أشرنا إليها من سماع الدعوى فيها بنحو عدم الجزم مع عدم كون من بيده المال أجيراً، كدعوى التهمه على الودعى والمرتهن والمستعير والوكيل وعامل المضاربه، يمكن القول فيها بأنه لا يستفاد الحكم فيها مما ورد في اتهام الأجير بل هي باقيه في دعوى المال على الغير مع فرض كونه أميناً من قبل المدعى فيجرى عليها رد اليمين على المدعى، غايه الأمر إذا لم يحلف المدعى على حقه ولو لعدم علمه بالحال سقطت دعواه، كسقوط دعواه بيمين الأمين، ولكن لا يبعد التعدى منها

ولو كان للمدعى بينه لم يقل الحاكم احضرها [١] لأن الحق له، وقيل يجوز وهو حسن.

ومع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدعى، ومع الإقامه بالشهاده لا يحكم إلا بمسأله المدعى أيضاً.

الشرح:

إلى موارد كون من بيده المال متهماً بلا فرق بين الأجير وغيره، ويؤيده ماورد فى دعوى المرتهن تلف الرهن.

[١] نسب عدم الجواز إلى الأكثر وإلى جماعه كالشيخ فى المبسوط وابن ادريس فى السرائر، كما نسب الجواز إلى بعض كظاهر المهذب، وعن بعضهم التفصيل كالعلامة فى المختلف والشهيد فى الدروس بين علم المدعى بأن له حق الاحضار فلا يجوز، وبين جهله فيجوز.

ويظهر من تعليل عدم الجواز بأن احضارها حق للمدعى كون المراد بقوله احضرها أمر المدعى والزامه باحضار البيّنه، ومن الظاهر أن الزامه باحضارها غير جائز سواء أكان عالماً بأن له حق الاحضار أم لا، حيث ان الممتنع عن أداء حق يؤمر ويجبر عليه ولكن الممتنع عن استيفاء حقه والانتفاع به لا يجبر عليه.

نعم إذا كان الأمر بنحو الارشاد إلى أن للمدعى احضار البيّنه واقامه الشهاده بدعواه لا بأس به بالاضافه إلى المدعى العالم، ويجب بالاضافه إلى الجاهل؛ لأنّ فى تعليم الجاهل تمكيناً له على الوصول إلى حقه، وقد شرع القضاء له.

وأما الالزام فلا يجوز؛ لأنّ له العدول عن دعواه أو رضاه بحلف خصمه، ولو مع تمكّنه على اثبات دعواه بالبيّنه، كما يدل عليه ما فى موثقه عبدالله بن أبى يعفور من قوله: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف ان لا حق له قبله

الشرح:

ذهب اليمين بحق المدعى» (١).

نعم لا أثر الحلف المنكر أو استحلافه بعد احضار البيه وشهادتها، لمثل قوله عليه السلام في صحيحه سليمان بن خالد الوارده في الاحلاف: «هذا لمن لم تقم له بيته» (٢) فإن ظاهره تمام الشهاده وحصول ملاك القضاء، لا مجرد احضار البيه.

واحضارها مجلس الحكم وقوله هذه بينتي كاف في وجوب الشهاده على الشاهدين، كما هو مقتضى قوله سبحانه: «وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ» (٣)، «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» (٤) فللحاكم طلب الشهاده منهما ولا دليل على كون الطلب حق المدعى، كما لا يكون حكم الحاكم بعد تمام الشهاده حقاً للمدعيأخذاً بقوله سبحانه: «كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ» (٥) ولوجوب القضاء وفصل الخصومه واستيفاء حقوق الناس لبعضهم من بعض، فلا يكون اداء الشهاده والحكم بعده من حق المدعى.

ولكن لا بأس بالصلح بينهما بعد اداء الشهاده بل بعد الحكم حيث إن الصلح جائز بين المسلمين كما إن للمدعى اسقاط حقه قبل اداء الشهاده أو بعدها وكذا قبل حكم الحاكم وبعده.

وبالجملة: ما ذكر الماتن قدس سره من أن الحاكم لا يسأل الشهاده إلا بعد التماس المدعى وكذا لا يحكم إلا بعد التماسه، لا يمكن مساعدته عليه فإن ذلك من وظائف الحاكم واداء الشهاده وظيفه الشاهد مع طلب الشهاده منه.

ص: ١٦٣

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٩: ١.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٦٧: ١.

٣- (٣) الطلاق: ٢.

٤- (٤) البقره: ٢٨٢.

٥- (٥) النساء: ١٣٥.

وبعد أن يعرف عداله البيه يقول هل عندك جرح [١]، فإن قال: نعم وسأل الإنظار في اثباته أنظره ثلاثاً فإن تعذر الجرح حكم بعد سؤال المدعى.

الشرح:

[١] إذا كان القاضي عالماً بعداله الشاهدين وبعد ادائهما شهادتهما يتم عنده ميزان القضاء فله الحكم بثبوت الدعوى ولا يعتنى بشهاده الجرح فضلاً عن احتمال وجوده لأن مع علم القاضي بعداله الشاهدين لا تكون بينه الجرح معتبره في حق القاضي، أما إذا لم يعلم القاضي بعدالتهما، وإنما يقبل شهادتهما لوجود بينه التزكيه أو حسن الظاهر.

فقد يقال: يجوز له الحكم أيضاً لحصول ملاك ميزان القضاء وأصالة عدم الجرح. غايه الأمر يكون للخصم دعوى فسق الشاهدين واثبات فسقهما ومع اثباته ولو بعد الحكم ينقض الحاكم حكمه؛ لأن عدم نقض الحكم بالبينه القائم بعدالحكم فيما إذا كان الحكم السابق برضى المدعى بحلف المنكر.

ولكن المنسوب إلى المشهور أنه لو ادعى الخصم وجود الجرح أنظره الحاكم ثلاثه أيام من غير تفصيل بين بعد المسافه وقربها.

وفى روايه سلمه بن كهيل عن على عليه السلام من قوله: «واجعل لمن ادعى شهوداً غيباً امدأ بينهما» (١)، وظاهرها جعل الإنظار بحيث يناسب احضارها فيكون الانظار بالثلاثه بلا مستند يصلح الاعتماد عليه.

كما أنّ روايه سلمه بن كهيل لا يمكن الاعتماد عليها لضعف سندها وعدم دلالتها على حكم المقام، فإنّ المقام فى الامهال فيما إذا ادعى الخصم البيه له بالجرح، وظاهر الروايه امهال المدعى إذا كان له شهود غيب بحقه.

ولا يبعد أن يقال: إنّ مع تمام ميزان القضاء بشهاده شاهدين المحرز

ص: ١٦٤

ولا يستحلف المدعى مع البيه إلا أن تكون الشهاده على ميت [١]، فيستحلف على بقاء الحق في ذمته استظهاراً.

الشرح:

عدالتهما بالبيه لا- موجب لوقف القضاء، حتى إذا ادعى الخصم أن له بينه الجارح، غايه الأمر إذا ظهر فسق الشاهدين وخلاف بينه التزكيه يلغى الحكم؛ لانكشاف كون الحكم لم يكن بالبيه العادله، ولا يقاس بقيام البيه بالحق بعد الحكم بحلف المنكر أو نكول المدعى عن اليمين مع ردها عليه؛ لماتقدم من سقوط الحق باليمين المزبوره وإن هذا اليمين تثبت الحق إذا ردت على المدعى، ومع نكوله تكون موجبه لسقوط حقه.

وبتعبير آخر لم يكن احضار المدعى البيه بعد تمام الحكم بالحلف كاشفاً عن عدم كون الحكم السابق عند صدوره بميزان القضاء بخلاف صوره العلم بفسق شاهدى الدعوى أو قيام بيته الجارح لهما في زمان شهادتهما بحق المدعى.

[١] لا خلاف بين أصحابنا أنه لا اعتبار بيمين المدعى مع اقامته البيه بدعواه ويشهد لذلك مثل قوله صلى الله عليه وآله : البيه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه» (١)، حيث إن التفصيل قاطع الشركه، وفي صحيحه محمد بن مسلم «قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يقيم البيه على حقه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» (٢)، وفي خبر أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا أقام الرجل البيه على حقه فليس عليه يمين الحديث» (٣).

ونقل عن بعض العايمه اعتبار اليمين مع بينه المدعى، ويوافق ذلك ما فى خبر سلمه بن كهيل من قوله عليه السلام لشريح «ورد اليمين على المدعى مع بينته فإن ذلك أجلى للعمى وأثبت فى القضاء» (٤) ومع ضعفه سنداً، ومعارضته مع ما تقدم، وكونه على وفاق

ص: ١٦٥

- ١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١: ١٧٠.
- ٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٨ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١: ١٧٧.
- ٣- (٣) المصدر نفسه: الحديث ٤: ١٧٨.

الشرح:

العامه لا- يمكن الاعتماد عليه. بل في حمله على الاستحباب حتى مع طلب المدعى عليه ورضا المدعى مشكل؛ لظهوره في الحكم الوضعى واعتباره في القضاء.

وكيف كان فقد استثنى الأصحاب من الحكم الدعوى على الميت بالدين عليه فإنه لو أقام المدعى البيه بدعواه في ثبوتها انضمام يمين المدعى بالبيه، ومع عدم أحدهما لا تثبت الدعوى، وقد يقال: بعدم تعرض الأصحاب لهذا الاستثناء قبل المصنف غير الشيخ قدس سره .

ويدل على اعتبار ضم اليمين صحيحه الصفار إلى أبي محمد عليه السلام: «هل تقبل شهادة الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين وكتب: أيجوز للوصيان يشهد لوارث الميت صغيراً أو كبيراً وهو القابض للصغير وليس للكبير بقابض؟ فوقع عليه السلام: نعم وينبغى للوصى أن يشهد بالحق ولا يكتم الشهاده، وكتب: أو تقبل شهادة الوصى على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقع عليه السلام: نعم من بعد يمين»^(١).

والاستدلال بما في الذيل، حيث إن ظاهره اجتماع شرط الشاهد في الوصى من غير جهه كونه وصياً وجوابه عليه السلام بقبول شهادته مع شهادة عدل آخر من بعد يمين مقتضاه اعتبار يمين المدعى، كما ذكر في صدرها، ولا- يضّر ما في الصدر من اعتبار اليمين في الدعوى للميت على الحي، لأنّ عدم امكان الأخذ بما في الصدر لما دلّ على عدم اعتبار اليمين مع البيه للمدعيلا يوجب طرح غيره من الحكم الوارد فيها.

لا يقال: لا يمكن الأخذ بما في ذيلها أيضاً لمعارضته بصحيحه أخرى للصفار «قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل أوصيالى ولده وفيهم كبار قد أدر كوا وفيهم

الشرح:

صغار، أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن صحَّ على الميت بشهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار؟ فوقَّع عليه السلام: نعم على الأكبر من الولد أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك»^(١)، حيث إنَّ ظاهر هذه اداء الدين على الميت في صورته اثبات مدعيه بشهود عدول ولو كان ضم اليمين مع الشهود العدول معتبراً تعرض عليه السلام لاعتبار الضم في الجواب.

فإنَّه يقال: غايه دلالة هذه الصحيحة على عدم اعتبار ضم اليمين إلى البينة في الدعوى على الميت بالاطلاق بعدم ذكر ذلك في الجواب فيرفع اليد عنه بالتقييد الوارد في صحيحته المتقدمه، مع أنَّ من المحتمل جداً أن يكون ما في الكلام السائل بشهود عدول قيماً لقضاء الكبار.

ويظهر اعتبار الضم من روايه عبدالرحمان بن أبي عبدالله «قال: قلت للشيخ عليه السلام إلى أن قال: قال عليه السلام: وإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينه فعلى المدعى اليمين بالله الذي لا اله إلا هو لقد مات فلان وإنَّ حقَّه لعله فإن حلف وإلا- فلاحقَّ له، لأننا لاندرى لعله قد أوفاه بينه لانعلم موضعها أو غير بينه قبل الموت، فمن ثمَّ صارت عليه اليمين مع البينه فإن ادعى بلا- بينه فلاحقَّ له لأنَّ المدعى عليه ليس بحى ولو كان حياً لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه فمن ثمَّ لم يثبت الحق»^(٢).

ولكن في سندها ياسين الضرير، ولم يثبت له توثيق، وربما يناقش فيها بعدم ثبوت ان المسؤول فيها هو الإمام عليه السلام ولعله غيره، وبان اعتبار اليمين بالله على النحو الوارد فيها غير معتبر.

ص: ١٦٧

١- (١) المصدر نفسه: ج ١٣ الباب ٥٠ من أبواب الوصايا، الحديث ٤٣٨:١.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٣:١.

الشرح:

ومثلها روايه سليمان بن حفص المروزي قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في رجل مات وله ورثه فجاء رجل فادعى عليه مالاً- وأنّ عنده الرهن، فكتب عليه السلام: إن كان له على الميت مال ولا بينه له عليه فليأخذ ماله بما في يده وليرد الباقي على ورثته ومتى أقرّ بما عنده أخذ به وطولب بالبينه على دعواه وأوفى حقه بعد اليمين ومتى لم يقم البينه والورثه ينكرون فله عليهم يمين علم يحلفون بالله ما يعلمون أنّه على ميّتهم حقاً^(١)، والوجه في كونها مثل السابق عدم ثبوت توثيق لسليمان بن حفص.

والظاهر أنّ المذكور في صدر الجواب هو أنّ مثل هذا الشخص إذا لم يمكنه اثبات الدين على الميت يأخذ ما عنده من الرهن تقاضياً وردّ الزائد عن حقه على الورثه من غير اقرار بأنّ ما عنده كان رهناً لأبيهم، وإلاّ يؤخذ باقراره بالرهن من غير أن يثبت له حق على الميت.

ثمّ إنّه قد وقع الكلام في أنّ اعتبار يمين المدعى في الدعوى على الميت مطلقاً أو أنّه يختص بما إذا كان المدعى على الميت يدعى عليه الحق لنفسه فلو كان المدعى عليه وصى ميت آخر. كما إذا قال لوصى ميت أنّ من أوصى إليّ له مال كذا على ميّتكم وأقام البينه بما ادعاه فأنّه لو كان ثبوت الدين على ميت موقوفاً على اليمين مطلقاً حتى في مثل الفرض لم يثبت الدين عليه؛ لأنّ يمين الوصيلا يفيد شيئاً حيث لم يعهد ثبوت مال لأخر بيمين شخص ثالث، وأنما المعهود ثبوته يمين صاحب الحق خاصة كما قيل.

وكذا فيما كان المدعى على الميت ورثه ميت آخر كما إذا قالوا: لميّتنا على ميّتكم مقدار كذا من المال وأقاموا البينه بمدّعاهم، فإنّه لا يمكن للورثه المدّعين الحلف على بقاء المال على عهده الميت المدعى عليه، حيث إنّ غاية الأمر أنّهم يعلمون بثبوت

الشرح:

الدين عليه لابقائه. ومن المحتمل أنّ الميّت الدائن قد ابرأ الميتم المديون.

واحتمال جواز الحلف للورثة اعتماداً على الاستصحاب في الدين كجواز الشهادة بالملك اعتماداً على قاعده اليد بلاوجه؛ لأنّ منصرف أدله اعتبار اليمين بالعلم كونه بنحو الجزم والبت لا بنحو التعبد، وجواز الشهادة بقاعده اليد لم يثبت، وعلى تقدير القول به فهو لدليل خاص كما يأتي.

و ذكر في الجواهر قدس سره (١) أنّ ثبوت الدين على الميتم كثبوت الدين على الحيّ يكون بالبينه ويعتبر يمين المدعى استظهاراً لبقاء دينه فيما إذا كان المدعى على الميتم صاحب الحق وأنّ عدم ثبوت المال بالبينه مخالف للذوق الفقهي، ويفصح عن كون اعتبار اليمين استظهارياً لبقاء الدين الثابت بالبينه قوله عليه السلام في قويعبدالرحمان: «فعلى المدعى اليمين بالله الذيل إليه إلا هو لقد مات فلان وأنّ حقّه لعليه فإن حلف وإلا فلاحق له» (٢) وأنّ هذا الحلف للمدعيّنه صاحب الحق على الميتم فلا يعم غيره، وحمل المفروض فيه على المثال كما عن بعض غير ظاهر.

أقول: دعوى دلالة روايه عبدالرحمان بن أبي عبدالله على عدم الحاجة إلى ضم اليمين فيما إذا لم يكن المدعى دعواه الحق لنفسه على الميتم لا يمكن المساعدة عليها، فإنّ غايه القول أنّها لا تدل على ضمّ اليمين إلى البينه في الفرض أيضاً، فيؤخذ بالاطلاق من صحيحه الصفار المتقدمه، ومقتضاه اعتبارالضم مطلقاً.

نعم دلالتها على ثبوت الدين ايضاً على الميتم بالبينه واعتبارضم اليمين لاحتمال عدم بقاء الدين الثابت فلاحاجه إلى ضم اليمين مع العلم ببقائه على ذمته على تقدير الثبوت وأنّه لا بدّ من يمين المدعى إذا ثبت الدين على ميّتهم باقرارهم و لكن قالوا

ص: ١٦٩

١- (١) الجواهر ٤٠: ١٩٥.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٣: ١.

... ..

الشرح:

نحتمل عدم بقائه لاحتمال الابداء والابراء قبل موته، كما هو مقتضى تعليل اعتبار ضم اليمين فيها تامه ودعوى أن ما ورد فيها حكمه لا تعليل لا يمكن المساعدة عليها، لعدم القرينه على أن الوارد فيها حكمه، إلا أنها لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها.

ومقتضى صحيحه الصفار المتقدمه أن سقوط الاستصحاب في بقاء الدين عن الاعتبار فيما إذا ثبت الدين بالبينه ولا تعم ما إذا ثبت باقرار الورثه أو علمهم بأصل ثبوت الدين، كما أن مقتضاها اعتبار ضم اليمين إلى البينه حتى لو اعترف الورثه والوصى ببقاء الدين على الميت على تقدير الثبوت، كما لا يخفى.

وعلى ذلك فتسميه اليمين من المدعى استظهارياً بمعنى أن اليمين تعتبر فيما إذا احتل براءه عهده الميت بالوفاء ونحوه قبل موته وأن اليمين تعتبر في موارد اقرار الورثه بأصل ثبوت الدين كما لو قالوا نحتمل الوفاء أو الابراء قبل موت ميتهم أو شهدت البينه على اقرار الميت بالدين كما تقدم، لا يمكن المساعدة عليها كما التزم بذلك وأنه يعتبر الضم مطلقاً صاحب المستند قدس سره، لكن لا لما ذكره من كون ما ورد في روايه عبدالرحمان حكمه لا تعليل، بل لما ذكرنا من ضعف سندها.

بقي في المقام أمور:

الأول: قد ذكرنا أن العمده في القول باعتبار ضم اليمين من المدعى إلى بينته هو صحيحه الصفار المتقدمه، وأنها لاتعم موارد ثبوت الدين بعلم الحاكم أو اعتراف الوصى والورثه والشياخ المفيد للعلم، فهل يمكن في هذه الموارد حكم الحاكم بثبوت الدين على الميت فعلاً بحيث يخرج عن تركته فيما إذا احتل الحاكم أو المعترف بأصل الدين حصول الابراء أو الوفاء قبل موت الميت أو أنه لا يصح للحاكم هذا الحكم؟

الشرح:

الأظهر هو الثاني؛ لأن مقتضى قوله صلى الله عليه وآله: «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان»^(١)، منضمّاً إلى قولهم عليهما السلام: «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه»^(٢) عدم جواز القضاء بمجرد الاستصحاب أو غيره من القواعد المقررة للشاك، بل يتعين أن يكون مدرك القضاء البينة أو اليمين غايه الأمر رفعنا اليد عن ذلك فيما إذا علم القاضى جزماً بثبوت الحق وصحة دعوى المدعى أو كان عالماً بالواقع أو حصل الاعتراف من الخصم بدعوى المدعى وثبوت الحق له فعلاً، ومن المفروض أنه مع احتمال البقاء والارتفاع لا يحصل شيء من ملاك حكمه.

وعلى ذلك فيصح في الموارد المزبوره الحكم بأن الدين كان ثابتاً على الميت وبعد ثبوت الدين السابق بالحكم كما في موارد علم القاضى و باقرار الوصى والوارث يجب العمل من الوارث والوصى على طبق الاستصحاب فللحاكم الزامهما بالعمل به، كما تقدم في موارد عدم سماع الدعوى مع عدم الجزم فلو ظفرا ولو بعد ذلك بالبينة على الوفاء أو الأبراء أو قد علما بأحد هما فلهما الترافع مع المدعى لعدم حصول القضاء بالدين على الميت عند موته ليقال عدم انتقاض هذا الحكم، كما أنّ المدعى على الميت إذا وجد البينة على الدين فله اثباته بها منضمّاً إلى يمينه، لما ذكرنا من عدم كون كل ذلك من تجديد المخاصمه بعد فصلها.

الثانى: يقع الكلام فى أنّ ضم اليمين إلى بينه المدعى على الميت يختص بما إذا كانت الدعوى عليه ديناً فلا يحتاج إلى ضم اليمين فيما كانت دعواه العين التى كانت بيد المورث أو المنفعه أو الحق كحق الخيار.

ص: ١٧١

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٦٩: ١.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧١: ٥.

الشرح:

فقد يقال بالاختصاص لاختصاص روايه عبدالرحمان بن أبي عبدالله بالدين، حيث ورد فيها الحلف على أنه مات وحقه عليه، وظاهر بقاء الحق عليه هو الدين، وكذا ما ورد فيها من التعليل بأنه لاندرى لعله أوفاه ودعوى أن ذكر احتمال الوفاء بالدين من باب المثال، والمعيار احتمال عدم ثبوت مال أو حق على الميت أو عند الميت عند موته لا يمكن المساعدة عليها، خصوصاً بملاحظه الفرق بين البينه القائم بالدين والقائم بكون العين للغير. فإنَّ بينه الدين تعتمد غالباً في بقائه على الاستصحاب بخلاف الشهاده بكون العين للغير.

لا يقال: قد تقدم ضعف الروايه سنداً وان المستند في اشتراط الضم هو صحيحه الصفار ومقتضاها توقف ثبوت الدعوى على الميت على ضم اليمين، من غير فرق بين كون الدعوى ديناً أو غيره.

فإنه يقال: لا- يمكن أن يستفاد من الصحيحه أيضاً اعتبارالضم في غير الدين فيكون المرجع في غيره اطلاق ما دل على ثبوت الدعوى وحصول ميزان القضاء بالينه، والوجه في عدم امكان الاستفاده أن الصدوق قدس سره رواها هكذا: «أو تقبل شهاده الوصى على الميت بدين مع عدل آخر، قال عليه السلام: نعم من بعد يمين»^(١) ومقتضى الاختلاف بين النقلين بالزياده والنقيصه الأخذ بالزياده ولا أقل من اجمال الصحيحه من هذه الجهه.

بل لا يبعد أن يقال: انّ على نقل الكليني قدس سره أيضاً ظاهرها دعوى الدين على الميت حيث تكون الدعوى في العين على الوارث لوقوع العين بيدهم وانحلال العاربه

ص: ١٧٢

الشرح:

ونحوها التي كانت موجهة لجريان يد الميت عليها فالشهادة على الميت والدعوى عليه ظاهرها موارد الدين لا العين ونحوها وقد تقدم أنّ المناقشة في التمسك في اعتبار ضم اليمين بصحيحه الصفار باحتمال أن يكون المراد من اليمين فيها يمين الشاهد لا المدعى غير صحيحه فإنه قد ذكر في صدرها في شهاده الوصى للميت يمين المدعى وظاهر الدليل اعتبار تلك اليمين فلاحظ.

وقد تحصل مما ذكرنا أنه لو شهدت البيّنه بأنّ العين التي كانت بيد الميت كانت عاريه عنده أو وديعه أو غصباً إلى أن مات يحكم القاضي على العين بأنها ملك المدعى بلا حجة إلى ضم يمينه.

أمّا إذا شهدت أنها كانت للمدعى في السابق ولا تدرى ما كانت عليه عند موت المورث يثبت بالبينه الملك السابق، فيحكم به ويلزم الورثة العمل بمقتضى الاستصحاب فيما إذا اعترفوا بالملك السابق واحتملوا الانتقال بعد ذلك لسقوط يد الميت عن الاعتبار مع اعترافهم بالملك السابق للمدعى.

أمّا إذا قالوا مع قيام البيّنه بالملك السابق للمدعى أو مع اعترافهم بملكه السابق بأنّ العين عند موت مورثهم كان ملكاً له لا للمدعى فلهم على المدعى الحلف على عدمه لانقلاب الدعوى بالبينه المزبوره أو بالاعتراف، وأن لا يخلو الانقلاب في صوره البيّنه بالملك السابق عن المناقشه. وإذا لم تكن في البين إلاّ دعوى المدعى العين وجواب الورثة بعدم علمهم بالحال، فيأتى الكلام في ذلك في جواب المدعى عليه بلا أدري ان شاء الله تعالى.

الثالث: المنسوب إلى المشهور أنّ الدين على الميت كالدين على الحيّ يثبت بشهاده واحد ويمين المدعى، وعليه اختلفوا في الحاجة في ثبوت دعوى الدين على

الشرح:

الميت بشاهد ويمين المدعى إلى يمين أخرى من المدعى على بقاء الدين عليه إلى أن مات أو أنه لا حاجة مع ثبوت الدعوى بشاهد ويمين إلى الأخرى للتداخل، فقد يقال بالحاجة لأنَّ اليمين الأولى مع شهادته عدل تثبت أصل الدين واليمين الأخرى لاستظهار بقاء الدين عليه إلى موته كما يقال إذا كانت شهادته والشاهد واليمين أول مره على الدين على الميت إلى أن مات ففي الحاجة إلى اليمين الأخرى اشكال للزوم تكرار اليمين بلا فائده.

أقول: لو ثبت أن حلف المدعى مع شهادته عدل بينه فلا يبعد أن يقال بلزوم تكرار اليمين، حيث يعمه قوله عليه السلام ما في روايه عبدالرحمان، وان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينه فعلى المدعى يمين، فيكون كما إذا ثبت الدين على الميت بشاهد عدل وامرأتين عادلتين، كما هو ظاهر ما ورد في سماع شهادته النساء مع الرجال في الماليات أو الدين خاصة.

وأما إذا قيل بعدم قيام دليل التنزيل فلازم ذلك عدم ثبوت الدين على الميت بشاهد واحد، ولو مع يمين المدعى بأكثر من مره لقوله عليه السلام في ذيل الروايه: «فإن ادعى بلا بينه فلاحق له»^(١).

لا يقال: ما ورد في ثبوت دعوى المال بشهادته الواحد مع يمين المدعى مقتضاه ثبوت الدين بهما في الفرض أيضاً، بل ظاهره أنَّهما بينه، خصوصاً بملاحظه ما ورد من أنَّ البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه، وإنَّ الحكم باليمين فيما إذا لم يقم المدعى البينه بدعواه.

ص: ١٧٤

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٣: ١.

الشرح:

فإنه يقال: نعم ما ورد في ثبوت الدين أو مطلق المال بشهادة عدل مع يمين المدعى أو بشهادة رجل وامرأتين ويمين المدعى ظاهره كون ما ذكر بينه، إلا أن مقتضى صحيحه محمد بن يحيى اعتبار تعدد الشاهد في بينه على دين الميت، وذلك فإن الدين عليه لو ثبت بشهادة عدل ويمين المدعى ولو مع تكرار اليمين لم يكن وجه لتقييد قبول شهادته الوصي على الميت بما إذا كان معه عدل آخر ويمين المدعى، فمقتضى الصحيحه أن قبول شهادته الوصي مع عدل آخر يحتاج إلى يمين المدعى، وهذا نوع تخصيص في أدله اعتبار بينه في الدعاوى، ولذا يحتاج إلى ضمها حتى ما لو علم أن الميت على تقدير كونه مديوناً لم يوفيه وأنه قد مات والدين عليه، فدعوى كون اليمين استظهارياً، كما هو ظاهر خبر عبدالرحمان بن أبي عبدالله المتقدمه لا يمكن المساعدة عليها.

نعم لو كان في البين خطاب يكون مدلوله تنزيل يمين المدعى في موارد دعوى المال أو الدين على الغير منزله شهادة عدل لا يمكن القول بكفايه شهادة واحد ويمين المدعى في الدعوى على الميت أيضاً بعموم التنزيل.

ولكن يمكن المناقشه في الجواب بأن كون شهادة عدل آخر مع شهادة الوصي لم يؤخذ قيماً في جواب الإمام عليه السلام ليكون مقتضاه أن شهادة الوصي بدون انضمام شهادة عدل آخر ولو مع يمين المدعى لا يثبت الدين على الميت، بل قد ذكر ذلك في كلام السائل بفرضه شهادة الوصي مع شهادة عدل آخر فذكر عليه السلام أن شهادتهما لا تنفيذ إلا مع يمين المدعى على الدين على الميت.

نعم ذكر ذلك قيماً في الجواب في صدر الروايه في فرض الدعوى للميت على الحي فذكر عليه السلام تثبت الدعوى إذا انضم إلى شهادة الوصي شهادة عدل آخر مع يمين

الشرح:

المدعى، ومن الظاهر أنّ الصدر غير معمول به فإنه لا يعتبر فى دعوى الورثة على حى بالدين لمورثهم عليه مع شهاده العدلين يمين الورثة فلا بد من أن يترك أو يحمل على عدم قبول شهاده الوصى مطلقاً أو فى صوره اختلال بعض شرائط الشاهد فيه.

والمتحصل: أنه لا يبعد القول بثبوت الدين على الميت بشهاده عدل ويمين المدعى، كثبوته بهما على الحى والفرق بينهما أنّ الدين على الحى يثبت بشهاده العدلين ولكن الدين لا يثبت على الميت بمجرد شهادتهما بل لابد من ضم اليمين.

ومما ذكرنا يظهر أنه لو ادعى الوارث على ميت بدين لمورثهم وكان بينهم عدلان يثبت الدين على الميت المدعى عليه بشهادتهما مع اليمين من كل واحد منهم، فإنّ دعوى العدلين بالاضافه إلى سهام الوارث يحسب بينه فتثبت سهامهم بضم اليمين منهم كما إذا دعوى كل منهما بالاضافه إلى دعوى الآخر يحسب شهاده عدل واحد يضم إليهما يمينه.

وبتعبير آخر: كل من الوارث بالاضافه إلى سهمه من الدين على الميت مدّع، ودعواه بالاضافه إلى سهام الآخرين شهاده. لكن هذا مبنى على أنّ المأخوذ لا يكون مشاعاً بين جميع الورثة بأن يختص كل واحد من الورثة بما يأخذه من الدين بمقدار سهمه، وإلا تدخل شهاده العدلين من الورثة فى شهاده الشريك لشريكه و هى غير مسموعه كما يأتى فى الشهادات.

الرابع: أنّ ما تقدم من توقف ثبوت الدين على الميت على ضم يمين المدعى لا يجرى إذا كان ثبوت الدين عليه باقرار الميت بالدين له عليه قبل موته، حيث إنّ اعترافه قبل موته نافذ.

ولو شهدت على صبي أو مجنون أو غائب ففي ضم اليمين إلى البيئه تردّد أشبهه أنه لا يمين [١].

الشرح:

نعم إذا كان اعترافه في مرض موته وكان متهماً في اقراره فلا ينفذ ذلك الاقرار، كما يشهد بذلك غير واحد من الروايات كصحيحه منصور ابن حازم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً؟ فقال: إن كان الميت مرضياً فاعطه الذي أوصى له» (١)، وتمام الكلام في كتاب الوصيه.

[١] المنسوب إلى الأكثر بل إلى المشهور الحاجه إلى ضم يمين المدعى بالبيئه في موارد دعوى الدين على مثل الميت ممّن لا لسان كالصبي والمجنون والغائب، وعن جماعه بل عن أكثر المتأخرين عدم الحاجه، ويستدل على الحاجه بالتعليل الوارد في روايه عبدالرحمان بن أبي عبدالله (٢) المتقدمه، ولكن لا يخفى أن الصبي والمجنون ليسا من أهل الوفاء ليندرج احتمال وفائهما في التعليل المزبور، بل الدعوى متوجهه إلى وليهما.

والغائب وإن لم يكن له لسان إلا أنه على حجته إذا جاء، ففي صحيحه جميل: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيئه وبياع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب، ويكون الغائب على حجته إذا قدم، ولا يدفع المال إلى الذي أقام البيئه إلا بكفلاء».

وبالجملة: الميت لا لسان له أصلاً والغائب لا لسان له فعلاً، فلا يمكن التعدي ممّا ورد في الأوّل إلى الثاني.

هذا مع ضعف الروايه سنداً والعمده في دعوى الدين على الميت صحيحه محمد بن يحيى الوارده في شهاده الوصي، ولم يرد فيها تعليل.

ص: ١٧٧

١- (١) الوسائل: ١٣، الباب ١٦ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٣٧٦: ١.

٢- (٢) المصدر نفسه: ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٣: ١.

ويدفع الحاكم من مال الغائب قدرالحق بعد تكفيل القابض بالمال [١].

الشرح:

[١] قد ذكر هذا الحكم فى كلماتهم ويستدل على ذلك بصحيحه جميل عن جماعه من أصحابنا، عنهما عليهما السلام قال: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيئه وبيع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ويكون الغائب على حجته إذا قدم، قال: لا يدفع المال إلى الذى أقام البيئه إلا بكفلاء» (١).

والشيخ قدس سره وإن رواها بسند فيه ضعف (٢)، إلا أن السند الآخر صحيح، حيث روى عن جعفر بن محمد بن قولويه عن أبيه عن سعد بن عبدالله عن أيوب بن نوح عن محمد بن أبي عمير عن جميل، أضف إلى ذلك أن له قدس سره إلى جميع كتب محمد بن أبي عمير ورواياته التى منها هذه الروايه طريق صحيح، على ما ذكره فى الفهرست، ولا يضر باعتبارها التعبير عنها بالمرسله، فإنّ الارسال بمثل ما فى الروايه من التعبير بالعدّه والجماعه وغير واحد ظاهره عدم انحصار راويها بواحد أو اثنين، ومع كثره رواته لا يخلو رواته عن الثقة والعدل، كما يظهر بوضوح بملاحظه من روى عنه جميل. وفيما رواه بسند آخر عن جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام مثله إلا أنه «زاد إذا لم يكن ملياً» (٣).

ومقتضى الجمع بين الكفاله و عدم ملاءه المدعى إنّ المراد بالكفاله التكفيل بمعنى ضمانه المال المدفوع إليه و إلا فبمجرد الكفاله لا تفيد فى تدارك مايفوت على الغائب أحياناً إلا أن السند فى تقييد الكفاله بعدم الملاءه لا يخلو عن الضعف ومناسبه المقام موجه لرفع اليد عن اعتبار الكفاله بمعناها الظاهر المعروف.

ص: ١٧٨

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢١٦: ١.

٢- (٢) التهذيب: ٦/٢٩٦، الاستبصار: ٣/٤٧.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢١٧: ٤.

ولو ذكر المدعيان له بينه غائبه خيره الحاكم بين الصبر وبين إحلاف الغريم [١] وليس له ملازمته ولا مطالبته بكفيل.

الشرح:

وما يقال من أنه لا يمكن الأخذ بظاهر مرسله جميل فإن مقتضاها اعتبار تعدد الكفيل لا يمكن المساعدة عليه، فإن ظاهرها بمناسبة الحكم والموضوع اراده الجنس من الجمع المحلى باللام، فلا مجال في الحكم في المقام، وإن كان لا يبعد كما تقدم أن يكون المراد من الكفيل فيه هو الكفيل بالمال.

ومما ذكرنا يظهر أنه لا مجال لتوقف في الحكم بما في روايه أبي البخترين جعفر عن أبيه عن علي قال: «لا يقضى على غائب» (١)، فإنه مضافاً إلى ضعف سنده مطلق قابل للتقييد بما إذا لم يكن للمدعى كفيل.

بقي في المقام أمر، وهو أنه إذا كانت دعوى المدعى على الغائب سقوط حق الغائب عنه، كما إذا طالب وكيل الغائب المدين لموكله عن المدين وادعى المدين أنه أده لموكله فإن كان للمدعى بينه بالاداء أو بالابراء فهو وإلا يجب عليه الاداء إلى الوكيل وليس له احلاف الوكيل على عدم الاداء أو الابراء، نعم لو ادعى عليه علمه بالاداء والابراء فله احلاف الوكيل على عدم علمه.

ويمكن أن يقال: أنه مع عدم اليقين له بالاداء أو الابراء وإن يكلف بالاداء إلى الوكيل إلا أنه للأخذ باقرار المدين بالدين عليه للموكل وعدم اثباته الاداء والابراء لا لثبوت القضاء في الواقعه وعليه يبقى له على الموكل حق دعوى الأداء.

[١] إذا كان للمدعى بينه حاضره بحيث حصل القضاء بها وثبت الدين على المنكر فلا كلام، أما إذا ذكر المدعى أن له بينه غائبه بدينه خيره الحاكم بين احضار اليقين وبين احلاف المنكر لأن كلاً من احضارها واستحلاف الغريم حق للمدعى فله اختيار

ص: ١٧٩

وأما السكوت: فإن اعتمده أُلزم الجواب فإن عاند حبس حتى يبين [١]، وقيل: يجبر حتى يجيب، وقيل: يقول الحاكم إما أجبت و إلا- جعلتك ناكلاً و وردت اليمين على المدعى فإن أصر ردّ الحاكم اليمين على المدعى، والأول مروياً بالأخير بناءً على عدم القضاء بالنكول.

الشرح:

أحدهما وقد تقدم أنّ حلف المنكر مدرك للقضاء مع عدم اقامه المدعى اليه بدعواه لامع عدمها، ولكن لو لم يستحلف وطلب تأخير القضاء إلى احضارها لا يكون له ملازمه الغريم بنحو لا يجوز تلك الملازمه مع عدم الخصومه فضلاً عن أن يطلب حبسه أو يطلب الكفيل، لأنّ الملازمه فرع ثبوت الحق وحبسه فرع امتناعه عن اداء ما ثبت عليه من الدين، وكذا مطالبه الكفيل.

ولكن ربّما يقال: لا بأس بجواز مطالبه المدعى المزبور الكفيل عن خصمه لخوفه من ضياع حقه ولا تتوقف الكفاله على ثبوت الدين بل تصحّ مع الدين المحتمل، وفيه أنّ صحّه الكفاله مع الدين المحتمل لا يوجب جواز الزام الخصم بالكفاله على الدين المحتمل.

[١] يبقى الكلام فيما إذا لم يجب الخصم عن الدعوى بأن سكت أو أجاب بأنى لا أدرى. فنقول:

لوسكت ولم يجب فالمشهور بين المتأخرين أنه يلزم بالجواب، فإن عاند حبس حتى يجيب، وينسب ذلك إلى الشيخين وابن حمزه أيضاً، وقد ذكر الماتن قدس سره أنّ هذا مروى، وقد تلقى بعض هذا الكلام بالروايه المرسله، ولكن لا يخفى ما فيه.

فإنه يحتمل أن يكون مراده روايه (لئى الواجد تحل عقوبته)، بدعوى أنّها تعمّ واجد الجواب أيضاً، وقد تقدم فى بحث حكم الممتنع عن اداء الدين ولو بدعوى الاعسار أنّ ظاهرها واجد المال، وقيل: إنّ الزامه بالجواب بعد عناده يكون للأمر

الشرح:

بالمعروف والنهي عن المنكر بمراتبهما ولو بالانتهاج إلى الضرب والاهانه، ويدخل فيهما حبسه.

وفى قول آخر نسب إلى الشيخ قدس سره في المبسوط وابن ادريس والقاضي في مهذبته وعن العلامة في القواعد، أنّ الحاكم يقول له إمّا أجبته وإلا جعلتك ناكلاً وردت اليمين على المدعى، ومع اصراره على السكوت وبعد تكراره ثلاثاً، يردّ اليمين على المدعى، فإن حلف ثبت حقه وإلا سقط.

ولكن قد يناقش في هذا القول بأنّ السكوت لا يعدّ نكولاً ورد اليمين من الخصم أو الحاكم يكون مع الانكار والنكول لا مطلقاً وتدفع المناقشه بأنّه لم يرد في الروايات عنوان النكول، بل الوارد فيها ردّ المدعى عليه اليمين، كما في صحيحه محمد بن مسلم (١)، أو أنّه يرد اليمين على المدعى، كما في صحيحه هشام المتقدمه (٢)، وهذه تعم ما إذا كان الرادّ هو المدعى عليه أو الحاكم.

وبتعبير آخر مقتضى الروايات الداله على أنّ البيئه للمدعى واليمين على المدعى عليه كون طلب الحلف في فرض سكوت المدعى عليه أيضاً من حق المدعى؛ فإن طلب المدعى هذا الحق وأبى المدعى عليه عن ادائه يردّ الحاكم اليمين على المدعى أخذاً بصحيحه هشام.

وما ورد في بعض الروايات «البيئه للمدعى واليمين على من أنكر» (٣)، لا ينافي ماتقدم لعدم المنافاه بينهما، فيكون اليمين من المدعى عليه منكراً أو ساكتاً من حق المدعى.

ص: ١٨١

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٦: ١.

٢- (٢) المصدر نفسه: الحديث ١٧٦: ٣.

٣- (٣) مستدرک الوسائل: ١٧، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣٦٨: ٤.

الشرح:

وقد يقال بعدم الحاجة إلى ردّ الحاكم اليمين على المدعى باصراره على سكوته وعدم جوابه، بل يحكم الحاكم بثبوت دعوى المدعى، ويستظهر ذلك من صحيحه محمد بن مسلم الواردة في كيفية احناف الأخرس، حيث ورد فيها: «أنّ علياً عليه السلام كتب الحلف ثم غسله وأمر الأخرس أن يشربه فامتنع فألزمه الدين»^(١)، وظاهر الصحيحه أنّ أبا عبد الله عليه السلام في مقام بيان كيفية القضاء فيما إذا كان المدعى عليه أخرس ولم يكن للمدعى بينه، فقله عليه السلام في مقام بيان هذا الحكم: «فامتنع فالزمه بالدين»، ظاهره أنّ مع امتناع الخصم عن الحلف وردّه على المدعى يحكم بثبوت الدعوى بلا حاجة إلى ردّ الحاكم اليمين.

وكذا يستدلّ على ذلك بمعتبره عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل يدعى عليه الحق ولا بينه للمدعى؟ قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل شيئاً من ذلك فلاحق له في الاعتراض بثبوت الدعوى.

وبالجملة: اصرار المدعى عليه بسكوته وعدم جوابه عن دعوى المدعى يكون امتناعاً عن الحلف وعن ردّه على المدعى فيحكم بثبوت الدعوى.

ولكن لا يخفى أنّ صحيحه محمد بن مسلم في مقام بيان كيفية احناف الأخرس فيما إذا لم يكن للمدعى بينه و كان الأخرس منكراً، أمّا أنّ الأخرس مع امتناعه عن الحلف يحتاج إلى الحكم إلى رد اليمين على المدعى من قبل الحاكم أو من قبله فليست في مقام بيان ذلك، كما يظهر ذلك بملاحظه السؤال في صدرها.

وأما معتبره عبيد بن زرارة فلم يظهر أنّ المراد من قوله عليه السلام: «فلاحق له» نفى

الشرح:

الحق للمدعى له لو لم نقل بظهوره فى نفي الحق للرجل المدعى كما سئل عن حقه مع عدم بينه له بذلك الحق وذكر الإمام عليه السلام أنّ له أن يستحلف المدعى عليه فيحلف أو يرد المدعى عليه اليمين على المدعى المزبور فيحلف هو، فإن لم يفعل أى لم يحلف المدعى بعد ردّ اليمين عليه فلاحق له، يعنى يسقط حقه، فيكون موافقاً لما فى غيرها كصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «فى الرجل يدعى ولا بينه له؟ قال: يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له» (١) هذا أوّلاً.

وثانياً: سلّمنا ظهورها فيأنّ امتناع المدعى عليه عن الحلف وعن ردّه على المدعى يوجب ثبوت دعوى المدعى، لكن هذه الدلالة بالاطلاق، حيث تقبل التقييد بأنّه إذا لم يفعل وردّ الحاكم اليمين على المدعى فحلف فلاحق له فى الاعتراض، كما أنّ دلاله صحيحه هشام عن أبى عبدالله عليه السلام «تردّ اليمين على المدعى» (٢) مطلقه يدل على أنّ القضاء لا يكون إلاّ برد اليمين مع عدم اقامه المدعى بينه بدعواه، سواء أردّه المدعى عليه أم ردّه الحاكم وبعد سقوط الاطلاق من الجانبين يرجع إلى أصله عدم نفوذ القضاء بلايينه ولايمين.

وربّما يستدل على ردّ الحاكم اليمين مع سكوته عن الجواب بأنّ الحاكم له ردّ اليمين على المدعى فيما إذا كان المدعى عليه منكراً ولم يحلف ولم يردّ اليمين فيكون ردّ الحاكم مع سكوته أولى، ولكن لا- يخفى أنّ ردّ الحاكم اعتباره مع انكار المدعى عليه ونكوله عن الحلف أو الردّ أوّل الكلام وثانياً ما لا يخفى فى دعوى الأولويّه.

وقد ظهر ممّا ذكرنا ان الحكم بأنّ المدعى عليه مع اصراره على السكوت يحبس أو يجبر بالجواب بمراتب الأمر بالمعروف غير تام، فيما إذا كان ردّ اليمين من المدعى

الشرح:

عليه والحاكم جائراً، كما فى دعوى الأموال، وأما فيما لا يجوز للمدعى عليه ردّ اليمين، كما فى دعوى الزوجيه ونحوها فالأجبار بالجواب متعين والله العالم.

وإذا أجاب المدعى عليه بلا- أدرى وأنه جاهل بالحال فقد يقال: أنه إذا لم يكذبه المدعى فى دعوى الجهل بالحال فليس له احلافه، وإلاّ أحلفه على عدم العلم ويقال فى وجهه أنه لا يمكن أن يستحلف على نفى الحق الواقعى؛ لأنه يدعى الجهل بالحال وأنه لا يتمكن من الحلف عليه لعدم علمه، وهذا فيما إذا صدّقه المدعى فى دعواه الجهل واضح، كما إذا لم يصدّقه ولم يكذّبه فإنّه لا يجوز له احلافه أيضاً لعدم كون المدعى جازماً بعلمه بالحال، وقد تقدم اعتبار الجزم فى سماع الدعوى نعم إذا كذّبه فى دعوى الجهل بأن قال أنت عالم بحقّى فله حينئذ الحلافه على عدم علمه بالحال.

وقد يقال بأن المدعى فى الفرض بما أنه جازم بحقّه على خصمه فدعواه فى الحق عليه مسموعه، وبما أنّ حق المدعى لا ينحصر فى خصوص استحلاف المدعى عليه، بل حقّه حلفه أو رد الحلف عليه لما تقدم من أنّ الحق للمدعى لا ينحصر بما إذا كان خصمه منكراً، بل على المدعى عليه أمّا اليمين أو ردّها على المدعى، والمدعى عليه متمكن عن الردّ على المدعى وان لم يتمكن من الحلف مباشره فيتعين عليه الردّ أخذاً بما دلّ على أنّ المدعى عليه يحلف أو يرد اليمين وعلى ذلك فلاتفيده دعوى الجهل بالحال سواء كذّبه المدعى أو صدّقه أو قال لا أصدّقه ولا أكذّبه لأنّ غاية تصديقه أنه قد نسى الدين عليه، وهذا لا يوجب عدم سماع دعواه بالدين عليه إذا كانت جزميه ماهو الفرض.

نعم إنّما يتم ذلك فيما إذا كانت الدعوى حقاً مالياً يجوز على المدعى عليه فيها ردّ اليمين على المدعى، أما فى مثل دعوى الزوجيه فلاتسمع دعوى المدعى مع عدم

الشرح:

البينه بدعواه وتصديقه بأن المدعى عليه جاهل بالحال وأنه نسيه أو مع عدم تكذيبه في جوابه بلا أدري، حيث يعترف بأنه ليس له حق الاستحلاف لعدم تمكن المدعى عليه من الحلف. نعم لو ادعى عليه العلم بالحال يكون له استحلاف المدعى عليه على عدم علمه بالحال.

ويؤيد ذلك ما في ذيل روايه عبدالرحمان بن أبي عبدالله المتقدمه في حكم الدعوى على الميت فإنه قد ورد فيها: «فإن ادعى بلايينه فلاحق له لأن المدعى عليه ليس بحى ولو كان حياً لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه»^(١)، ومقتضى التعليل أن مع الدعوى على الحى لا يخلو أمر المدعى عليه عن التزامه بالحق باعترافه به أو اليمين على نفيه أو برد اليمين على المدعى.

ودعوى أن مورد الاخبار الوارده في رد اليمين هو ما إذا أمكن للمدعى عليه الحلف ففي مثل ذلك شرع رد اليمين على المدعى وأنه كيف تكون دعوى المدعى مسموعه مع عدم البينه بدعواه وتصديقه بأن خصمه يعمل على طبق وظيفته الشرعيه من أصاله عدم اشتغال ذمته بشيء لا يمكن المساعده عليها، فإن الوارد في تلك الاخبار يمين المدعى عليه واطلاقه يعم المنكر وغيره إلا أن يقال بعدم صدق الدعوى مع اعتراف الشخص بأن الآخر يعمل على وظيفته الشرعيه وهو كماترى.

نعم إذا أجاب خصمه بلا- أدري فلا يجوز له مطالبته باليمين أو الرد في الموارد التي ذكرنا عدم جواز رد اليمين على المدعى فيها، فلا تسمع فيها الدعوى إلا بالبينه أو اعتراف خصمه إلا أن يدعى على خصمه، العلم بالحال، وفي الفرض يجب عليه الحلف على نفي علمه وإلا يجبر على الاعتراف بحق المدعى أو على الحلف على نفي

ص: ١٨٥

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١: ١٧٣.

ولو كان به آفه من طرش أو خرس [١] توصل إلى معرفه جوابه بالاشاره المفيده لليقين ولو استغلقت اشارته بحيث يحتاج إلى المترجم لم يكف الواحد وافتقر فى الشهاده باشارته إلى مترجمين عدلين.

الشرح:

علمه، على ماتقدم فى امتناع من يمتنع عن الجواب عن دعوى المدعى بالسكوت.

لكن مع ذلك لايبعد دعوى أن حق المدعى من المدعى عليه ينحصر باحلافه، والرد على المدعى حق للمدعى عليه لا للمدعى وإذا اعترف المدعى بأن خصمه لا يدري أو قال لا أدري أنه عالم بحقيام لا فهذا اعتراف منه بعدم حق له فى الاستحلاف، فلاموجب للرد على المدعى فى الفرض، والله العالم.

[١] يعنى لو كان للمدعى عليه طرش لايسمع ما يقال بحيث يتميز، أو خرس لا يتكلم، توصل إلى معرفه جوابه باشارته التى تفيد اليقين بمراده من الإقرار والإنكار، ولو لم يمكن حصول اليقين بمراده بحيث احتيج إلى مترجم فلا بد من مترجمين عدلين؛ لأن ترجمتهما شهادة بجواب الخصم.

أقول: الترجمة ليست شهادة ولذا تسمع ترجمه الشهاده الشاهدين فى حقوق الله ولو كانت شهادة لم تقبل لعدم اعتبار الشهاده بالشهادة فى حقوق الله، بل إنها بيان مراد الغير من فعله أو قوله فيعتبر أن يكون من أهل خبره ذلك، ويكفى فيه الوثاقه فلا يعتبر فيه العدالة فضلاً عن التعدد. ولعل ما ذكر فى الجواهر من أن الترجمة من قرينه الظن بالمراد لا الشهاده راجع إلى ما ذكرنا.

استدراك: بقى مما يقول المدعى عليه فى الجواب أمر، وهو أنه إذا أجاب المدعى عليه بأن المال للغير، يعنى لفلان ولو صدقه الغير اعترافه وقال نعم المال لى يكون المقر له خصماً للمدعى، فإن أقام بينه بأن المال له أخذ المال سواء أكان بيده أم بيد المقر وليس للمدعى بعد أخذه المال دعوى على المقر، حيث إنه قد أخذ ماله، أما إذا لم يكن

مسائل تتعلق بالحكم على الغائب:

الأولى: يُقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً [١] مسافراً كان وحاضراً، وقيل يعتبر في الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم.

الشرح:

له بينه فإن حلف المقر له على عدم كون المال له سقط دعواه المال على المقر له كما يسقط دعواه مطلقاً إذا ردّ المقر له الحلف عليه فلم يحلف أو ردّه الحاكم عليه فلم يحلف؛ لأنّ عدم حلفه اسقاط لحقه في دعوى العين، فلا يبقى للدعوى على المقر مورد.

ويجوز له الدعوى على المقر فيما إذا حلف المقر له على نفي دعواه، كما أنّه يجوز له دعوى العين من الابتداء على المقر بأنّه قد دفع ماله إلى الغير أو اتلفه عليه باقراره بأنّ العين للآخر ولو حلف المقر على أنّه لم يدفع ماله إلى الغير وانه لم يتلف عليه المال باقراره فهو وإلا فيرد اليمين على المدعى أو ردّها الحاكم عليه بنكوله فحلف أنّ العين كانت له يغرم للمدعى بدل المال، كما هو مقتضى ثبوت إتلاف المقرّ على المدعى ماله باقراره أنّ العين للمقر له، هذا كلّه فيما إذا صدق المقرّ له المقر في اعترافه، أمّا إذا قال بأنّ المال لا أدري أنّه ليأم لا ينحصر خصم المدعى على المقرّ.

فإن كان للمدعى بينه أخذ بدل العين من المقرّ لاتلافه العين على المدعى باقراره بأنّ العين للغير، وكذا إذا لم تكن بينه ولم يحلف المقر على عدم كون العين له وأنّه لم يتلف عليه ماله باقراره بأنّها للغير بل ردّ اليمين عليه أو ردّها الحاكم عليه بعد نكول المقرّ، والله سبحانه هو العالم.

[١] الوارد في جواز القضاء هو عنوان الغائب لاعنوان المسافر ليدعى انصرافه إلى ما يكون السفر شرعياً، بل لا يبعد صدقه على الحاضر في البلد إذا تم اعلامه بالحضور بالمرافعه وأخفى نفسه وامتنع عن الحضور لصدق الغائب عليه عرفاً. أمّا إذا

الشرح:

لم يتم الاعلام ولم يحضر لعدم اطلاعه بالدعوى عليه فظاهر اطلاق كلمات جملة من الأصحاب جواز الحكم عليه، ولكن في جواز القضاء عليه تأملاً، ومثل الممتنع عن الحضور بعد اعلامه من تعذر عليه الحضور بنفسه بعد اعلامه، حيث إن تعذر حضوره بنفسه لا يوجب أن لا يصدق عليه عنوان الغائب، خصوصاً فيما كان متمكناً على التوكيل في المرافعة.

ثم إن ظاهر القضاء هو فصل الخصومه فلا يعم موارد الحكم بثبوت موجب الحد كالزنا واللواط وغيرهما مما يترتب على مرتكبه الحد، فلاحاجه في الحكم بعدم مشروعيه القضاء في حدود الله سبحانه إلى التشبث بحديث درء الحدود بالشبهه (١) أو بغيره كما لا يخفى.

نعم قد يقال: إذا ترتب على ثبوت المدعى به كل من التغريم والحد كمدعوى السرقة فبالحكم على الغائب بسرقة المال يثبت الموضوع لاجراء الحد أيضاً، حيث إنه لا دليل على أن القضاء بثبوت موجب الحد يحتاج إلى حضوره من يجرى عليه الحد.

ويمكن دفعه بأن الدليل على اعتبار الحضور هو أن للشخص أن يبطل الحجّة التي هي مستند ثبوت موجب الحد، وبما أن المعلوم من مذاق الشعر أن بناء الحدود على التخفيف والممانعة عن ثبوت موجب مهما كان سبيل لها، كما يظهر ذلك من الروايات الواردة في ثبوت الزنا بالاقرار بأربع مرات (٢)، فلا يجوز للحاكم أن يأذن الحداد أو يوكل شخصاً في اجراء الحد على الغائب الذي لم يحضر مجلس ثبوت الحد، مع احتمال له أن عنده ما يوجب بطلان الحجّة المزبوره ولا مانع عن تفكيك ثبوت التغريم عن ثبوت الحد إذا كان الثبوت تعبدياً.

ص: ١٨٨

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٤:٣٣٦.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ١٦ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٥ و ٣٢٨:٦.

الثانية: يقضى على الغائب فى حقوق الناس كالدون والعقود، ولا يقضى فى حقوق الله تعالى كالزنا واللواط لأنها مبيته على التخفيف، ولو اشتمل الحكم على الحقين قضى بما يختص الناس، كالسرقة يقضى بالغرم وفى القضاء بالقطع تردد.

الثالثة: لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل فادعى الغريم التسليم إلى الموكل ولا بينه، ففى الإلزام تردد [١] بين الوقوف فى الحكم لاحتمال الاداء وبين الحكم والغاء دعواه لأن التوقف يؤدى إلى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء، والأول أشبه.

الشرح:

[١] إذا كان صاحب الحق غائباً وطالب وكيله الغريم بحق موكله، وادعى الغريم أنه قد أدى المال لموكله أو أن موكله قد أبرأه ولم يكن لدعواه بينه فهل للوكيل الزام الغريم بالاداء أو ليس له الزامه به؟

فقد يقال: أنه لا يحكم على الغريم بلزوم الاداء من غير فرق بين ثبوت الدين عليه باعترافه أو بينه لاحتمال ادائه أو ابراء موكله.

وقد يقال: إنه لو لم يحكم بلزوم الاداء لم يكن مطالبه الحق بالوكلاء ولا يفيد دعوى الغريم بلا بينه بعد اعترافه بالدين عليه أو قيام بينه به وذكر أصحاب هذا القول بأنه ليس للغريم احلاف الوكيل على عدم الاداء إلى موكله أو عدم ابرائه؛ لأن دعوى الاداء أو الابراء متوجه إلى الموكل الغائب لا إلى وكيله. نعم لو ادعى الغريم على الوكيل علمه بالاداء المزبور أو الإبراء حلف على عدم علمه.

أقول: فى النفس ممّا ذكر من الزام الغريم بالاداء شىء، فإنّ حكم الحاكم بالاشتغال فعلاً، وأنّ الغريم ملزم بالاداء لا يستند إلى بينه القائمه بثبوت أصل الدين ولا باقرار الغريم بثبوت سابقاً، حيث لا مخاصمه فى الثبوت سابقاً، بل يستند إلى الاستصحاب، والاستصحاب غير داخل فى مدرك القضاء، إلا أن يقال أنّ مع اعتراف الغريم بالوكاله للوكيل عن موكله مع عدم دعواه على الوكيل العلم بالاداء أو الابراء

المقصد الرابع: فى كيفية الاستحلاف والبحث فى أمور ثلاثة:

الأول: فى اليمين: ولا يستحلف أحد إلا بالله ولو كان كافراً [١].

الشرح:

اعترافاً بأنه يعمل بوظيفته الوكاليه شرعاً، فيلزم بالاداء مع عدم البيئه له، كما هو الحال فى دعواه ابراء الموكل أيضاً.

[١] البحث فى كيفية الاستحلاف وما يترتب على اليمين يقع فى أمور:

الأول فى اليمين وما يحلف به، الثانى: فى يمين المنكر والمدعى، والثالث: فى اليمين مع الشاهد الواحد.

أمّا الأول: فظاهر الأصحاب من غير خلاف يعرف أنه لا يصحّ الحلف ولا يترتب عليه الأثر من سقوط الدعوى والحق أو ثبوته بغير الله سبحانه كالنبي صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام والمشاهد المشرفه والكتب المنزله وغير ذلك ممّا له حرمة، وظاهرهم عدم تعين لفظ الجلاله، بل يجوز بكلّ من أسمائه تعالى.

وفى صحيحه محمد بن مسلم قال: «قلت لأبى جعفر عليه السلام: قول الله عزّوجلّ: «وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ» (١) و«وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ» (٢) وما أشبه ذلك فقال: إنّ لله عزّوجلّ أن يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا إلاّ به» (٣)، ونحوها صحيحه على بن مهزيار (٤)، وفى صحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «فى كتاب علىّ أنّ نبياً من الأنبياء شكّا إلى ربّه فقال: ياربّ كيف أقضى فيما لم أر ولم أشهد؟ قال: فأوحى الله إليه: احكم بينهم بكتابى وأضفهم إلى اسمى فحلفهم به وقال: هذا لمن تقم له بينه» (٥) وقريب منها غيرها.

ص: ١٩٠

١- (١) الليل: ١.

٢- (٢) النجم: ١.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٣٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ و ٣: ١٩١.

٤- (٤) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ و ١٧٩: ٢.

وقيل: لا يقتصر في المجوسى على لفظ الجلاله بل يُضمّ إلى هذه اللفظه الشريفه ما يزيل الاحتمال لأنه يسمّى النور الهاً [١]، ولا يجوز الإحلاف بغير أسماء الله (سبحانه) الشرح:

ومقتضى مثل هذه الروايات جواز الحلف بكل اسم الله (سبحانه)، بل مقتضاها عدم اعتبار العريه، وأنه يصح الحلف بكل اسم يرادف اسمه (سبحانه) من سائر اللغات، خصوصاً بملاحظه ما فى كتاب على عليه السلام من شكايه نبى من الانبياء والوحى إليه حيث لم يقيد فيها بكون النبى عربياً ولهذا يكون دعوى انصراف اسم الله إلى لفظ الجلاله بلا موجب.

وأيضاً لا يبعد جواز الحلف بكل دالّ عليه سبحانه كقوله: والذي أنزل المطر وأنبت الأرض لصدق الحلف بالله (سبحانه) عليه، بل يصدق أنه حلف باسمه سبحانه؛ لأنّ المراد بالاسم ليس العلم الشخصى، فإنّ أسماء الله (سبحانه) ليس كلّها من قبيل العلم الشخصى.

ثم إنّ المراد بعدم صحّه الحلف بغير الله (سبحانه) عدم جواز ترتب القضاء وغيره من وجوب الوفاء به وترتب الكفاره على حثه، أمّا الحلف المعاملى بأن يصلح ما يدعيه من الحق بحلف غريمه بغير الله (سبحانه) من سائر المحترمات فلا بأس به، كما إذا قال لمدعى الاداء أصالح دينى بأن تحلف لى بالاداء بصاحب رايه الحسين، أخذاً بما دل على نفوذ الصلح ونفوذ.

نعم إذا كان الحلف بشىء أمراً محرّماً على ما قيل فى الحلف بالطلاق والعتاق والبراءه فلا يجوز لعدم شمول وجوب الوفاء بالعقد على الفرض المزبور، كما إذا صالح حقّه على الآخر بشره الخمر.

[١] قال الشيخ فى المبسوط أنه يطلب فى استحلاف المجوسيان يضيف إلى لفظ الجلاله أمراً لينحصر مدلوله بالله (سبحانه) والله الذى خلق النور والظلمه أو بالله

كالكتب المنزله والرسل المعظمه والأماكن المشرفه ولو رأى الحاكم احلاف الذمى بما يقتضيه دينه أردع، جاز.

الشرح:

الذى خلق كل شىء، ووجه الإضافه أن المجوسى يرى النور إلهاً، فلعل فى حلفه أراد النور فلا يكون حالفاً بالله (سبحانه).

وناقش فى الجواهر بما حاصله: أن اضافه خالق النور أو كل شىء إلى لفظ الجلاله لا تقتضى أن يريد المجوسى الحالف ذاته المقدسه مع أن المعتبر فى الحلف اراده المحلف لا الحالف، ولو طلب الحاكم الحلف بالله (سبحانه) وعلمنا أن الحالف يريد بلفظ الجلاله غير ذاته المقدسه فلا يضر فى القضاء والحكم، والحاصل أن الاطلاق فى الروايات الوارده فى الحلف بالله مقتضاها عدم اعتبار الزيادة والاضافه.

أقول: مقتضى الاطلاق وإن كان ما ذكره فيما إذا احتمل اجابه المجوسى أو غيره بالحلف الذى يطلبه الحاكم، أما إذا علم خلافه وأنه أراد غيره فلا يكفى فى القضاء لعدم صدق الحلف بالله عزوجل عليه.

ودعوى أن الحلف يتبع اراده المحلف دون الحالف لا يمكن المساعده عليها؛ لأن حلف بالله سبحانه فعل الحالف، أضف إلى ذلك صحيحه صفوان قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يحلف وضميره على غير ما حلف عليه؟ قال: اليمين على الضمير» (١)، فإنها وإن كانت ناظره إلى قصد الحالف فى المحلوف عليه إلا أنه لا يحتمل الفرق بينه وبين المحلوف به. ونحوها صحيحه اسماعيل بن سعد الأشعري. (١)

نعم فى روايه الصدوق اليمين على الضمير يعنى ضمير المظلوم (٣)، لكن هذه

ص: ١٩٢

الشرح:

لا تكون قرينه على رفع اليد عن ظهورالصحيحين لاحتمال كون التفسير من الصدوق قدس سره مع ضعف سندها؛ لأنّ سنده إلى اسماعيل بن سعد الأشعري مجهول.

وبالجملة: ظاهر الأصحاب، بل المصرح به في كلام الأكثر عدم الفرق في القضاء بالحلف بالله بين الحالف المسلم والكافر بأقسامه.

وتشهد لذلك جملة من الروايات كصحيحه سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا يحلف الرجل اليهودى ولا النصرانى ولا- المجوسى بغير الله إن الله عزوجل يقول: «فَاخُكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ» (١)» (٢)، وصحيحه الحلبي قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن أهل الملل يستحلفون فقال: لا تحلفوهم إلا بالله عزوجل» (٣)، وموثقه سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته هل يصلح لأحد أن يحلف أحداً من اليهود والنصارى والمجوس بالهتيم؟ قال: لا يصلح لأحد أن يحلف أحداً إلا بالله عزوجل» (٤) واطلاق هذه يعم غير الطوائف الثلاثة أيضاً.

لكن في مقابلها ما ظاهره جواز حلف أهل سائر الأديان بما يعتقدون، وفي معتبره السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام استحلف يهودياً بالتوراه التي أنزلت على موسى عليه السلام» (٥).

وربما يقال إنها في واقعه خاصه، ويحتمل اختصاصه بالإمام عليه السلام، أو أنّ المراد أنه عليه السلام استحلفه بمنزل التوراه على موسى عليه السلام، أو أنّ استحلاف المزبور وقع تغليظاً بأن استحلفه به زياده على الحلف بالله، لكن كل ذلك كما ترى، وفي صحيحه محمد بن

ص: ١٩٣

١- (١) المائدة: ٤٨.

٢- (٢) الوسائل: ١٦، الباب ٣٢ من أبواب الأيمان، الحديث ١ و ٣ و ٥: ١٩٦.

٣- (٣) المصدر نفسه: الحديث ١٩٨: ٤.

الشرح:

مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «سألته عن الأحكام فقال: في كل دين ما يستحلفون به»^(١)، وفي صحيحه محمد بن قيس قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: قضى على عليه السلام فيمن استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلفه بكتابه وملته»^(٢).

ولهذا ذكر جماعه منهم الماتن قدس سره أنه لو رأى الحاكم أنّ احلاف الذمى بما يقتضيه دينه أردع جاز بلافرق بين أن يكون المترافعان ذميين أو تكون المرافعه بين المسلم والذمى.

لا يقال: كيف يجوز القضاء بحلفهم بما يعتقدون وإن كان حلفهم به أردع مع أنّ الطائفة الأولى تدل على عدم جواز احلاف أحد بغير أسماء الله (سبحانه).

فإنه يقال: لا معارضه بين الطائفتين، فإنّ الطائفة الثانية أخص بالاضافه إلى الأولى، حيث إنّ الطائفة الأولى تمنع عن احلافهم بغير الله عزّوجلّ، سواء أكان بما يعتقدون به من كتابهم ودينهم أم بغيره، والثانية أى المجوّزه تختص بما يعتقدون به من كتابهم ودينهم فيرفع اليد عن اطلاق الأولى بالثانية، وعلى تقدير الاغماض فالطائفة الثانية كالنص في جواز احلافهم بكتابتهم ودينتهم وظاهر الأولى المنع فيرفع اليد عن ظهور المنع بثبوت بالترخيص في الحلف بما يعتقدون، فيكون المراد بالمنع أولويه اختيار الاستحلاف بالله عزّوجلّ، وعلى تقدير المعارضه فلا ترجيح للأولى على الثانية، فيرجع بعد تساقطهما إلى الاطلاق في قوله صلى الله عليه وآله: «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان»^(٣).

اللهمّ إلا أن يقال: أنّ المراد بالأيمان انحلالها بحسب الحالفين لبحسب أنواع

ص: ١٩٤

١- (١) الوسائل: ١٦، الباب ٣٢ من أبواب الأيمان، الحديث ٧٤ و ١٩٨: ٨.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٦٩: ١.

الشرح:

الحلف كما هو الحال في البيئات. وظاهر صحيحه سليمان بن خالد هو المرجع بعد تساقط الاطلاقين، حيث ورد فيها أحكم بينهم بكتابي وأضفهم إلى اسمي فحلفهم به، إلا أنك قد عرفت أنه لاتصل النوبه إلى المعارضه، فالأظهر جواز حلفهم بما يعتقدون من كتابهم ودينهم بلافرق بين كونه أردع أم لا، إلا أن الأولى بل الأحوط استحلافهم باسم الله سبحانه والله العالم.

بقي في المقام أمران:

الأول: قد يقال إن احلاف الكافر بالله (سبحانه) أو بما يعتقد على كراهيه أو بدونها فيما إذا كان ذمياً، أما الحربى سواء أكان من أهل الكتاب أم كان من أهل الشرك والالحاد فلا تسمع دعواه على المسلم، ولاتحتاج دعوى المسلم عليه إلى البيئه لتصل النوبه مع عدمها إلى حلف الحربى، وذلك فإنه لا- حرمه للكافر الحربى والمشرک والملحد نفساً و عرضاً ومالاً- والقضاء وفصل الخصومه لا يصال الحق إلى المحق أو رفع يد غير المحق عن حق الغير فلا موجب لاحلاف الحربى أصلاً.

نعم إذا لم يتمكن المسلم فى مورد التخلص من الحربى إلا بالقضاء أو استحلافه فيكون الواقع صورته القضاء والاستحلاف وسيله للانقاذ أو التخلص منه لا للقضاء الشرعى، وعليه فيجوز الانقاذ والتخلص بكل وسيله مشروعه ومنها احلافه بما يعتقد. ودعوى أن الملحد والمشرک ربّما يكون معاهداً فيحتاج إلى القضاء لا يمكن المساعده عليها؛ لأنّ غايه المعاهده ثبوت الحكم التكليفى يعنى عدم جواز التعرض عليه نفساً و عرضاً ومالاً أيضاً، ولا يوجب ثبوت الحكم الوضعى يعنى الضمان.

الثانى: قد يقال: بعدم جواز الحلف بغير الله (سبحانه) تكليفاً من غير فرق بين مقام القضاء وغيره وأنّه لا يترتب على الحلف المزبور أثر من جواز القضاء وكفاره الحنث،

الشرح:

بل لا تجوز المصالحه بالحلف بغير الله لحرمة.

ويستظهر عدم جوازه من بعض الروايات، كصحيحه على بن مهزيارقال: «قلت لأبى جعفرالثانى عليه السلام: جعلت فداك فى قول الله عزوجل: «وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ * وَالنَّهَارِ إِذَا تَجَلَّىٰ» وقوله عزوجل: «وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ» وماأشبه هذا؟

فقال: إنَّ لله عزوجل يقسم من خلقه بماشاء وليس لخلقه أن يقسموا إلا به عزوجل»(١)، ونحوها صحيحه محمد بن مسلم(١)، وفى روايه الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبى صلى الله عليه وآله فى حديث المناهى: «أنه نهى أن يحلف الرجل بغير الله، وقال: من حلف بغير الله فليس من الله فى شىء، ونهى أن يحلف الرجل بسوره من كتاب الله عزوجل وقال: من حلف بسوره من كتاب الله فعليه بكل آيه منها كفاره يمين فمن شاء برّ ومن شاء فجر، ونهى أن يقول الرجل للرجل لاوحياتك وحياء فلان»(٣)، وعن غوالى اللآلى عن النبى صلى الله عليه وآله: «من حلف بغير الله أشرك، وفيآخر: فقد كفر». (٤)

وظاهرعباره الماتن يعطى عدم الجواز، وعن الدروس والروضه وفى تحريمه أى الحلف بغير الله فى غير الدعوى نظر من الخبر والحمل على الكراهه، وأما الحلف بالطلاق والعتاق والبراءه فحرام قطعاً.

أقول: القول بالتحريم ضعيف، غايته لجريان السيره القطعيه من المتشرعه الحلف بسائر المحترمات ولو كان هذا أمراً محرماً لكانت حرمة من المسلمات، وفى صحيحه صفوان بن يحيى عن أبى جرير القمى قال: «قلت لأبى الحسن عليه السلام جعلت

ص: ١٩٦

ويستحب للحاكم تقديم العظه على اليمين [١] والتخويف من عاقبتها، ويكفى أن يقول: قل: والله ماله قبلي حق، وقد يغلظ اليمين بالقول والزمان والمكان، لكن ذلك غير لازم ولو التمس المدعى بل هو مستحب استظهاراً في الحكم.

الشرح:

فداك قد عرفت انقطاعي إلى أبيك ثم إليك ثم حلفت له وحق رسول الله صلى الله عليه وآله وحق فلان وفلان حتى انتهيت إليه أنه لا يخرج ما تخبرني به إلى أحد من الناس وسألته عن أبيه أحي هو أم ميت؟ فقال: قد والله مات إلى أن قال: قلت: فأنت الإمام؟ قال: نعم. (١)

ولو كان الحلف بغير الله محرماً لمنع الإمام عليه السلام الحلف بحق رسول الله صلى الله عليه وآله وسائر الأئمة، بل كان المناسب لصفوان أن يذكر له حرمه هذا الحلف، وفي معتبره مروك بن عبيد عن محمد بن يزيد الطبري قال: «كنت قائماً على رأس الرضا عليه السلام بخراسان إلى أن قال: فقال: بلغني أن الناس يقولون إننا نزع من الناس عبيد لنا، وقرابتي من رسول الله صلى الله عليه وآله ماقلته قط ولا سمعت أحداً من آبائي ولكني أقول: ان الناس عبيد لنا في الطاعة موال لنا في الدين». (٢)

والمتحصل: أن ما ورد في صحيحه على بن مهزيار وغيرها يكون المراد منه أن ما يترتب على حلف العباد من حرمه الحنث وقطع المخاصمه به لا يترتب على غير الحلف بالله أو على استحباب اختيار الحلف بالله في مقام الحاجة إلى الحلف أو تعيينه، كما في الحلف الذي يترتب عليه القضاء.

[١] يستحب للحاكم أن يقدم على اليمين وعظ من عليه اليمين بكراهه اليمين الصادقه، ولو بدعوه المتخاصمين إلى المصالحه والتخويف من اليمين الكاذبه ومنع جحد حق الناس عليه والتعدى عليهم بما في الآيات والروايات نظير قوله سبحانه:

ص: ١٩٧

الشرح:

«وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ» (١)، وما في معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله : من أجل الله أن يحلف به أعطاه الله خيراً ممّا ذهب منه»، وما في صحيحه محمد بن يحيى الخزاز قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا- تحلفوا بالله صادقين ولا كاذبين» (٢)، وما في صحيحه أبي عبيدة الحذاء وغيرها من «أنّ اليمين الكاذبه وقطيعه الرحم تذران البلاد بلاقع من أهلها» (٣) أى خاليه من أهلها و «إنّ الحلف بالله كاذباً مبارزه لله سبحانه» (٤) وغير ذلك.

حيث إنّ مقتضى قوله سبحانه: «وَذَكَّرْ فَإِنَّ الذُّكْرَى تَنْفَعُ الْمُؤْمِنِينَ» (٥)، وما دلّ على الاحتياط فى حقوق الناس هو استحباب العظه والتخويف ممّا يترتب على اليمين كاذباً.

وممّا ذكر يظهر وجه استحباب التغليظ فى اليمين قولاً- وزماناً ومكاناً، ووجه الظهور أنّ المراد بالتغليظ طلب الحاكم ممّن عليه اليمين الغلظه فى اليمين فإنّ هذا التغليظ نوع احتياط فى اوصول الحقوق إلى ذويها وقد شرع القضاء لغايه فصل الخصومه والتمكين على وصول ذى الحق إلى حقه.

ولا يبعد استفاده التغليظ قولاً ممّا ورد فى احلاف الأخرس (٦)، وما روى فى قرب الاسناد عن الحسن بن ظريف عن الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: «أنّ علياً عليه السلام كان يستحلف النصارى واليهود فى بيعتهم وكنائسهم والمجوس فى بيوت

ص: ١٩٨

١- (١) البقره: ٢٢٤.

٢- (٢) الوسائل ج ١٦، الباب ٤ من أبواب الأيمان، الحديث ١: ١٤٤.

٣- (٣) المصدر نفسه: الحديث ٤: ١٤٥.

٤- (٤) الذاريات: ٥٥.

٥- (٥) الوسائل: ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١: ٢٢٢.

فالتغليظ بالقول مثل أن يقول: قل: والله الذى لا إله إلا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المِدرِك المُهَلِك، الذى يعلم من السرّ ما يعلمه من العلانيه، ما لهذا المدعى على شىء ممّا ادعاه، ويجوز التغليظ بغير هذه الألفاظ مما يراه الحاكم.

وبالمكان كالمسجد والحرم وما شاكلة من الأماكن المعظمه.

وبالزمان كيوم الجمعة والعيد وغيرهما من الأوقات المكرّمه.

ويغلّظ على الكافر بالأماكن التى يعتقد شرفها والأزمان التى يرى حرمتها، ويستحب التغليظ فى الحقوق كلّها وإن قلت، عدا المال فإنّه لا يغلّظ فيه بمادون نصاب القطع.

فرعان:

الأول: لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لم يجبر ولم يتحقق بامتناعه نكول [١].

الشرح:

نيرانهم ويقول: شدّدوا عليهم احتياطاً للمسلمين» (١) ولعلّ فى قوله سبحانه: «تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ» إشاره إلى التغليظ من حيث الزمان، والمكان وقد ورد أيضاً التغليظ فى الدعوى على الميت.

وبالجملة: فالمنسوب إلى المشهور استحباب التغليظ فى اليمين وأنّه ثابت فى جميع الحقوق عدا المال فإنّه لا تغليظ فيما دون نصاب القطع من المال.

ويستدل على الاستثناء بروايه محمد بن مسلم وزراره عنهما عليهما السلام جميعاً قالوا: «لا يحلف أحد عند قبر النبى صلى الله عليه و آله على أقل ممّا يجب فيه القطع» (٢)، ولكن الدلاله مبتنيه على كون لا يحلف بالتشديد، أضف إلى ذلك ضعف سندها.

[١] المشهور ان استحباب التغليظ للحاكم بأن يطلب ممّن عليه اليمين المغلظه وأمّا الحالف فلا- استحباب فى حقّه بل يكره التغليظ منه، كما يكره الحلف وعليه فلو

ص: ١٩٩

١- (١) المصدر نفسه: الباب ٢٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ٢١٩.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢١٩.

الشرح:

امتنع الحالف عن تغليظ يمينه وحلف بدونه لا يكون ناكلاً بل على الحاكم القضاء فى الواقعه بذلك الحلف و ذلك أخذاً بما دلّ على نفوذ القضاء بالبينات والأيمان بعد رفع اليد عن اطلاقه بالاضافه إلى الحلف بغير الله سبحانه والحلف بغير مطالبه المدعى.

وفى صحيحه أبى حمزه عن على بن الحسين عليهما السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله لا تحلفوا إلا بالله ومن حلف بالله فليصدق ومن لم يصدق فليس من الله ومن حلف له بالله فليرض ومن حلف له بالله فلم يرض فليس من الله عز وجل» (١)

فإن إطلاقها يعمّ صورته طلب اليمين المغلظه.

وبالجملة: الثابت من الروايات أن ما على المدعى عليه مع عدم اقامه المدعى اليينه بدعواه اليمين على نفي الدعوى وإن للمدعى أن يطلبها من خصمه وأما كون اليمين المغلظه حقاً له فلم يثبت ذلك، نعم قد يناقش بأنه لا يجتمع الاستحباب للحاكم مع عدم وجوب الاجابه على من عليه اليمين.

ويؤيد وجوب الاجابه بما ورد فى استحلاف الأخرس وبما ورد فى اليمين الاستظهارى لظهورهما فى كون ترك اليمين المغلظه نكولاً. ومسقطاً للدعوى على الميت، حيث ورد فى روايه عبدالرحمان بن أبى عبدالله المتقدمه الوارده فى دعوى الدين على الميت بعد اقامه اليينه به: «فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله إلا هو لقد مات فلان وإن حقه لعليه فإن حلف وإلا فلاحق له» (٢).

أقول: امكان التفكيك بين الاستحباب للحاكم وعدم وجوب الاجابه على من عليه يمين ظاهر، بل لا يبعد القول بعدم وجوب الاجابه بالتغليظ زماناً أو مكاناً، وإن قيل

ص: ٢٠٠

١- (١) الوسائل: ١٦، الباب ٦ من أبواب الأيمان.

٢- (٢) الوسائل، ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١: ١٧٢.

الثانى: لو حلف لا يجيب إلى التغليظ فالتمس خصمه لم ينحل يمينه [١].

الشرح:

بوجوب الاجابه فيهما، فإنّ عدم وجوب الاجابه مقتضى الاطلاق المتقدم وكون التغليظ استظهاراً يناسب عدم وجوب الاجابه فإنّ من عليه اليمين اقدمه على اليمين المغلّظه مع علمه بعدم وجوب التغليظ عليه يناسب صدقه فى عدم ثبوت الحق عليه أو ثبوت ما يحلف عليه من الحق.

وما ورد فى الدعوى على الميit ظاهره أنّه يتعين على الحاكم المطالبه بالحلف بنحو التغليظ وأنّه لا يكون مجرد الحلف بالله مدرکاً لقضائه، لا أنّ الحاكم إذا طلب الحلف المغلظ يكون عليه ذلك الحلف، كما هو المدعى، مع أنّه قد تقدمت المناقشه فى سندها، أمّا ما ورد فى حلف الأخرس فإنّها واقعه خاصه ولعلّه عليه السلام قد أحرز امتناعه عن الحلف لا بما هو حلف مغلّظ.

وبالجملة فإن لم يطلب المدعى الحلف من المدعى عليه حتى صار زمان يرى حرمة أو دخل فى مكان كذلك فوجوب الاجابه على المدعى عليه بما أنّه اجابه على الاستحلاف ولا بأس به إذا اجتمعت فى الزمان المزبور أو المكان المزبور سائر شرائط الاستحلاف، أمّا إذا طلب فى مجلس الحكم أن يحلف فى ذلك المكان أو ذلك الزمان فلا يجب عليه الاجابه إلا على نفس الحلف.

[١] ذكر قدس سره أنّ التغليظ وإن كان يستحب للحاكم إلا فيما تقدم فى المال الأقل من نصاب القطع إلا أنّه مكروه بالاضافه إلى الحالف بحيث لا ينحل يمينه فيما إذا حلف على ترك التغليظ فى حلفه فإنّ الحلف على شىء إنّما ينحل فيما إذا صار المحلوف عليه مرجوحاً فى زمان العمل وترك التغليظ لا يصير مرجوحاً ولو مع استدعاء المدعى أو طلب الحاكم.

لا يقال: على ذلك لو حلف على ترك الحلف واتفق المرافعه بينه وبين غريمه

الشرح:

و وصلت النوبه إلى طلب الحلف منه فاللازم أن يردّ اليمين على خصمه لعدم انحلال حلفه.

فإنّه يقال: بانحلال حلفه في الفرض والانحلال واضح في موارد عدم جواز ردّ اليمين على المدعى لعدم كون الدعوى في المال بل في مورد دعوى المال عليه أيضاً انحلاله مقتضى نفى الضرر بخلاف الحلف على ترك التغليظ.

اللهم إلا أن يقال: إنّه لم تثبت كراهه التغليظ في فرض الحلف، إنّما الثابت كراهه الحلف وإنّ المطلوب تركه اجلالاً لله سبحانه ولو بتحمل الضرر كما هو المستفاد ممّا تقدم كمعتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله من أجلّ الله سبحانه أن يحلف به أعطاه الله خيراً ممّا ذهب منه»^(١)، وفي موثقه أبي أيوب الخزاز قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا تحلفوا صادقين ولا كاذبين فإنّه عزّ وجلّ يقول: «وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ»^(٢)»^(٣)، إلى غير ذلك.

وعليه فلو حلف على ترك اليمين المغلظه بأن لا يحلف بالله سبحانه مغلظاً ينعقد الحلف فإنّه من الحلف على ترك المكروه، وإن حلف أنّه إذا حلف بالله سبحانه في مورد فلا يجعله مغلظاً فصّحه هذا الحلف مبينه على كون ترك التغليظ مع فرض الحلف اجلالاً لله سبحانه أيضاً ولا يخلوا عن تأمل.

و دعوى أنّ التغليظ مع طلب الحاكم ولو بالتماس المدعى اجابه للمؤمن والاجابه له مستحب لا يمكن المساعدة عليها، فإنّه لم يثبت استحباب اجابه المؤمن

ص: ٢٠٢

١- (١) الوسائل، ١٦، الباب ١ من أبواب الأيمان، الحديث ١٤٠: ٣.

٢- (٢) البقره: ٢٢٤.

٣- (٣) الوسائل، ١٦، الباب ١ من أبواب الأيمان، الحديث ٥: ١٤٠.

وحلف الأخرس بالإشارة [١] وقيل توضع يده على اسم الله في المصحف أو يكتب اسم الله سبحانه وتوضع يده عليه.

وقيل يكتب اليمين في لوح ويغسل ويؤمر بشربه بعد إعلامه فإن شربه كان حالفاً وإن امتنع ألزم الحق استناداً إلى حكم على عليه السلام في واقعه الأخرس.

الشرح:

في ترك المستحب وفعل المكروه كما لو دعاه مؤمن والتمس منه ترك صلاه الليل ونحوها، نعم ورد ذلك فيمن صام ندباً و دعاه أخيه المؤمن إلى الأكل.

[١] المشهور عند الأصحاب أنّ حلف الأخرس بالإشارة المفهمه كغيره من انشاءاته وقراءته في الصلاه وتليته وغير ذلك، وفي معتبره السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام: «أنّ علياً عليه السلام قال: تلبيه الأخرس وتشهده وقراءه القرآن في الصلاه تحريك لسانه وإشارته باصبعه» (١) وظاهرها اعتبار تحريك اللسان، مع أنه لم يرد فيها ذكر غير التلبيه والصلاه وقراءه القرآن، فيكون التعدي إلى مثل الحلف لعدم احتمال الفرق أو الوثوق بعدمه.

ويشكل الوثوق فضلاً عن عدم احتمال الفرق بملاحظه صحيحه محمد بن مسلم الوارده في حلف الأخرس حيث ورد فيها بعد السؤال عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه الدين وأنكر وليس للمدعى بينه، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: الحمد لله الذي لم يخرجني من الدنيا حتى بينت للأئمّه جميع ما تحتاج إليه إلى أن قال: كتب الحلف وغسله ثم أمره بشربه» (٢) ولذا نسب الماتن قدس سره الحلف كذلك إلى بعض، كما نسب إلى بعض اعتبار وضع الأخرس اصبعه على اسم الله في المصحف أو غيره، ولعلّ الوضع كذلك محقق للإشارة إلى الحلف باصبعه.

ص: ٢٠٣

١- (١) المصدر نفسه: ٩: الباب ٣٩، من أبواب الاحرام، الحديث ١: ٣٩.

٢- (٢) الوسائل، ج ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢٢٢: ١.

ولا يستحلف الحاكم أحداً إلا في مجلس قضاؤه [١] إلا مع العذر كالمرض المانع وشبهه، فحينئذ يستنيب الحاكم من يحلفه في منزله وكذا المرأه التيلا عاده لها بالبروز إلى مجمع الرجال أو الممنوعه بأحد الأعذار.

الشرح:

والمتحصل: أن المستفاد من الصحيحه أن استحلاف الأخرس يحصل بما ورد فيها ومقتضى الجمع بينها وبين المعتبره أن ما ورد في الصحيحه داخل في اشاره الأخرس ولو حكماً، وحيث لم يعهد من أحد من الأصحاب القول بتعين ما ورد في استحلاف الأخرس فالأحوط ضم الاشاره إليه، والله سبحانه هو العالم.

[١] الظاهر عندهم أنه يعتبر صدور الحلف ممن عليه اليمين عند الحاكم في مجلس قضاؤه بطلب من الحاكم فلا يجوز للحاكم أن يوكل شخصاً آخر في استحلافه، ويستدل على ذلك بأصالة عدم انقطاع الخصومه ونفوذ الحكم بغير الحلف المزبور مع عدم عموم أو اطلاق يقتضى نفوذ الحكم مع التوكيل في الاستحلاف، بل ظاهر صحيحه سليمان بن خالد كون الحلف بطلب الحاكم بالمباشره حيث ورد فيها: «أن نبياً من الأنبياء شكى إلى ربّه فقال: ياربّ كيف أفضى فيما لم أر ولم أشهد؟ فأوحى الله إليه: احكم بينهم بكتابي وأضفهم إلى اسمي فحلفهم به» (١).

ولكن لا يخفى أنه لو كانت المباشره في الطلب والحلف في مجلس القضاء معتبره لما كان فرق بين صورتى الاختيار والعذر، حيث إنه لو لم يمكن حضور من عليه اليمين مجلس الحاكم أو كان فيه عسر لكان على الحاكم في نفوذ حكمه الحضور عند من عليه اليمين وجعل منزله مجلس قضاؤه في الواقعه، ومع عدم امكان ذلك ليوقف الحكم في الواقعه كسائر موارد ايقافه، فلا وجه لتفصيل الماتن وغيره بين الصورتين.

وبالجملة: مقتضى الأصل العملى المزبور أو ما يدعى استظهاره من صحيحه

ص: ٢٠٤

١- (١) الوسائل، ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٦٧: ١.

البحث الثاني: في يمين المنكر والمدعى.

اليمين تتوجه على المنكر [١] تعويلاً على الخبر وعلى المدعى مع الرد ومع الشاهد الواحد، وقد تتوجه مع اللوث في دعوى الدم ولا يمين للمنكر مع بينه المدعي لتفاد التهمة عنها ومع فقدها فالمنكر مستند إلى البرائه الأصلية فهو أولى باليمين.

الشرح:

سليمان بن خالد عدم الفرق بين صورتى الاختيار والعذر.

ولكن الأظهر أنه لا يعتبر في الحلف أن يكون في مجلس القضاء حتى في حال الاختيار، فإن مقتضى ما ورد في مدرك القضاء كونه بالبينه من المدعى ومع عدم اقامتها بحلف المدعى عليه، سواء أكان الحلف عند الحاكم أو عند وكيله فإن غايه ما ثبت اعتباره أن يكون الاحلاف من الحاكم بعد مطالبه المدعى والطلب كما يكون بالمباشره كذلك يكون بالتسبيب، فإن فعل الوكيل ينسب إلى موكله.

والحاصل: أنه لا يعتبر كون الاستحلاف في مجلس القضاء بل لا يبعد أن يكون الأمر في سماع البينه كذلك بأن يوكل الحاكم شخصاً أو أشخاصاً لسماع شهاده الشاهدين، فيكون حكمه بعد احرازه شهادتهما حكماً بالبينه.

[١] يتوجه اليمين على المنكر من المتخاصمين بلاخلاف يعرف أو ينقل لقوله صلى الله عليه وآله: «البينه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه» (١) كما في صحيحه جميل وهشام عن أبي عبدالله عليه السلام، وقوله عليه السلام في صحيحه بريد بن معاويه: «الحقوق كلها البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه إلا في الدم خاصه» (١)، وفي صحيحه جميل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا أقام المدعى البينه فليس عليه يمين وإن لم يقم البينه فرد عليه الذى ادعى عليه اليمين فأبى فلاحق له» (٣) ومثل هذه الأخيره تدلّ

ص: ٢٠٥

الشرح:

على توجه اليمين على المدعى مع رد المنكر الحلف عليه، أو حتى مع نكوله على ماتقدم. ويتوجه اليمين أيضاً على المدعى فى دعوى المال إذا كان له شاهد واحد كما يأتى.

ويتوجه على المدعى وقيلته فى دعواه القتل أو الجرح مع اللوث المعبر عنها بالقسامه على ما يأتى فى بحث ثبوت دعوى القتل، وقد علل الماتن قدس سره عدم الحاجه إلى اليمين مع البيئه للمدعى بعدم التهمه فى البيئه، وعلل وصول النوبه مع عدمها إلى يمين المنكر باستناده إلى البراءه الأصلية، فيكون أولى بها، ولكن التعليل فى كلا الحكمين ضعيف، فإن مع إقامة المدعى البيئه بدعواه يتم ملاك القضاء على ماتقدم من الروايات المشار إليها، وقد ذكر فيها أن المطلوب منه البيئه: المدعى، وأن المطلوب منه اليمين: هو المدعى عليه، وفى روايه منصور عن أبى عبدالله عليه السلام، حيث ورد فيها: «لأن الله عزوجل إنما أمر أن تطلب البيئه من المدعى، فإن كانت له بيئه وإلا فيمين الذى هو فى يده، هكذا أمر الله عزوجل» (١).

والحاصل: أن مقتضى الروايات أن مع البيئه للمدعى يتم ملاك القضاء والشبهه فى البيئه توجب الفحص عن حال البيئه لا ضم يمين المدعى ومع عدم تمام البيئه تصل النوبه إلى يمين المدعى عليه سواء كان المدعى عليه قوله مطابقاً لأصالة البرائه، أو غيرها من الأمور المعتره فى حق القاضى المزبور عدم علمه بالواقعه المرفوعه إليه.

أما ما فى روايه سلمه بن كهيل (٢) من احلاف المدعى مع البيئه له فلا يمكن

ص: ٢٠٦

١- (١) الوسائل، ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٤:١٧١.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٤:١٧٨.

الشرح:

الاعتماد عليها؛ لضعفها سنداً، ومع الغمض يحمل اليمين على الاستحباب بقريته ما دلّ على أنّ مع البيه يتم موضوع القضاء وأنّ اليمين على المدعى عليه مع عدمها، ومع الإغماض عن ذلك أيضاً يكون الترجيح مع الروايات الداله على الاكتفاء فى القضاء بينه المدعى؛ لأنّ ضم اليمين إليها مذهب العامه.

وبالجملة: ضم اليمين إلى البيه ثبت اعتباره فى الدعوى على الميت، وفى غيرها يؤخذ بمقتضى الروايات المشار إليها.

ثمّ إنّه يعتبر فى الحلف كونه على نحو القطع والبتّ، وعليه فهل يجوز للحالف الحلف كذلك فيما كان مستنده أماره معتبره فى حقه أو أصل معتبر كذلك كقاعده اليد وأصالة الصحه أو الاستصحاب مع أنّه قد ورد فى الروايات عدم جواز الحلف على غير العلم؟

لا يبعد أن يقال بجواز الحلف فيما إذا كان مقتضى دليل اعتبار الأماره أو الأصل العلم بالواقع، حيث إنّ الأماره أو الأصل المحرز بدليل الاعتبار يقوم مقام العلم المأخوذ فى الموضوع للحكم بنحو الطريقيه وأما بناءً على أنّ المجعول والمستفاد من دليل الاعتبار جعل الحكم التكليفى الظاهرى الطريقياً أو جعل المنجزيه والمعذرّيه فالحلف استناداً عليه مشكل؛ لعدم العلم بالمحلوف عليه.

ولعل قول الماتن بعد ذلك: ومع توجهها يلزم الحلف على القطع مطرداً، مقتضى اعتباره وقوع الحلف فى الموارد المزبوره أيضاً على نحو البتّ، ولايكفى فيها الحلف على عدم العلم، بل قوله فى المقام فالمنكر مستند إلى البراءه الأصلية يقرب من الصراحه فى ذلك، ولكنه كما ترى.

ومع توجيهها يلزمه الحلف على القطع مطرداً [١] إلا- على نفى فعل الغير فإنها على نفى العلم، فلو ادعى على ابتياع أو قرض أو جنايه فأنكر حلف على الجزم. ولو ادعى على أبيه الميت لم يتوجه اليمين ما لم يدع عليه العلم فيكفيه الحلف أنه لا يعلم وكذا لو قيل قبض وكيلك.

الشرح:

[١] ظاهره أن مع توجه اليمين على أحد الخصمين في مرافعه فاللازم عليه أن يحلف على نحو القطع والبت بأن يحلف على ثبوت المدعى به، كما في اليمين المردودة إلى المدعى أو على نفيه، كما في يمين المنكر، واستثنى من اعتبار وقوع الحلف على القطع مورداً واحداً، هو الحلف على نفى فعل الغير، فإن المعتبر فيه أن يحلف على نفى علمه به.

ولكن لا يخفى ما في الاستثناء فإن المدعى به فيما إذا كان من فعل الغير فلا تسمع الدعوى على الخصم إلا بالبينه، كما تقدم في مسأله ما إذا أجاب المدعى عليه بأنه لا أدري، نعم لو ادعى على الخصم أنه يعلم بوقوع فعل الغير فأنكر فعليه الحلف على نفى علمه، وهذا العلم يوجب سقوط دعوى العلم عليه، ولا يوجب عدم سماع دعوى فعل الغير، كما إذا وجد المدعى بعد ذلك بينه على ذلك الفعل على ماتقدم.

وعلى ذلك فلا يتوجه في مورد دعوى فعل الغير حلف على الخصم، ومع دعوى العلم عليه يتوجه إليه اليمين على نفى المدعى به الثاني، وهو دعوى العلم عليه، فيكون حلفه على عدم علمه حلفاً على القطع والبت.

وبالجملة: فمع توجه الحلف يكون الحلف في كل مورد على نحو القطع والبت بلا استثناء، ولا- يتوجه الحلف في مورد دعوى فعل الغير بلا دعوى العلم به على الخصم أصلاً، ويشهد لما ذكرنا ما فرّعه بعد ذلك على هذا الاعتبار، وقال: ولو ادعى على أبيه الميت لم يتوجه إلى الابن اليمين إلا مع دعوى علمه بدين أبيه.

ص: ٢٠٨

الشرح:

هذا ما يتعلّق بالعبارهِ، وأما أصل اعتبار وقوع الحلف على نحو الجزم والبت فإنّ ظاهر ما دلّ على أنّ البيّنه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه وقوع الحلف على نفى المدعى به كما أنّ على المدعى اقامه البيّنه عليه، وكذا ما دلّ على رد اليمين على المدعى وقوع الحلف منه على ما ادعاه وبضميمه ما دلّ على أنّه لا يحلف الرجل إلّا على علمه ولا يستحلف إلّا على علمه أنّه إنّما يتوجه اليمين على من ادعى عليه من علمه بما يحلف عليه.

والمتحصّل: أنّه لا فرق في الحلف على فعل نفسه أو غيره فيأثّه لا يترتب على نفى العلم إلّا سقوط دعوى العلم، نعم لو رد المنكر العلم اليمين على مدعى العلم عليه فحلف ثبت ذلك الفعل وهذا مشترك بين ما إذا كانت الدعوى فعله أو فعل غيره.

ثمّ إنّ المصنّف قدس سره قد فرّع على ما ذكره من اعتبار الجزم والبت في الحلف على نفى فعله وكفايه الحلف على نفى العلم في فعل غيره أنّه لو ادعى عليه ابتداءً أو قرضاً أو جنائياً يعتبر الحلف على نفىه بنحو الجزم والبت لأنّ المدعى به فعله، بخلاف ما إذا ادعى على أبيه الميت بما ذكر فيأثّه يكفي فيه الحلف على نفى علمه به مع دعوى العلم على الابن، وكذا الحال فيما قال من عليه الحق قبض وكيلك حقك، فإنّه يكفي أن يحلف الموكل على عدم علمه بقبض الوكيل مع دعوى العلم عليه.

وقال في الجواهر في ذيل ذلك: إنّ لو يتضمّن الدعوى دعوى العلم على الموكل فلامورد لليمين، بل إن كانت للمدعى بيّنه بدعواه وإلّا فلا تسمع، ونقل عن كشف اللثام أنّ الموكل حتى مع حلفه على عدم علمه بقبض وكيله فللمدعى اثبات قبضه أو أن يحلف على البراءة، وأورد عليه بأنّه لا مورد لحلف مدعى القبض على البراءة بلا رضا الموكل بيمينه، بل مع رضاه أيضاً بمعنى أنّه لا يترتب على حلفه بالبراءة القضاء بها، أمّا

الشرح:

مع عدم رضاه فظاهر لعدم تحقق رد اليمين، وكذا مع رضاه لأن رضاه لا يجعل يمين البرائه بقبض الوكيل يميناً مردوده فإنَّ اليمين المردوده تكون برد من يتوجه إليه اليمين والموكل في الفرض لا يتوجه إليه اليمين على نفى القبض، إلا أن يدعى كفايه رضا المدعى عليه بحلف المدعى في ردّها، وإن لم يكن المدعى عليه ممّن يتوجّه إليه اليمين.

أقول: إذا كان المدعى به فعل الغير، وأجاب المدعى بعدم علمه به فلا يتوجه إليه اليمين على النفي، أمّا إذا أنكر وقوع الفعل فعليه الحلف على عدم وقوع الفعل، أو ردّ الحلف على المدعى، نعم لا يجتمع الحلف على عدم العلم مع اليمين المردوده، إلا مع مصالحه الموكل الحالف حقّه بحلف المدعى على القبض أو على البراءة وتدخل اليمين في اليمين المعاملية لا في اليمين المردوده.

وتعزّض صاحب الجواهر قدس سره في المقام لفرع، وتكلّم في الحلف فيه أنّه على نفى العلم لكونه من فعل الغير أو أنّه من الحلف على فعل نفسه ليعتبر فيه الحلف على نحو البت والجزم، وهو ما إذا ادّعى على عبده جنايه بما يتوجه استحقاق العبد أو استحقاق بعضه فهل للمولى الحلف على عدم علمه بجنايته أو يتعين عليه الحلف على نفيها بنحو البت، ومنشأ الاحتمالين هو أنّ الدعوى المزبوره على المولى لكونه هو الغريم والعبد كسائر أمواله مملوك له، أو أنّ المدعى به من فعل الغير.

ونقل عن كشف اللثام أنّه بناءً على كونها من فعل الغير يتعين اثباتها بالبينه سواء أحلف المولى نفى علمه أم اعترف المدعى بعدم علمه وبناءً على كون المولى هو الغريم تثبت الجنايه بحلف المدعى مع نكول المولى عن الحلف على نفى الجنايه، ولا يكفي حلفه على عدم علمه.

أمّا المدعى ولا شاهد له فلا يمين عليه إلا مع الرد أو مع النكول على قول، فإن ردّها المنكر توجهت فيحلف على الجزم ولونكل سقطت دعواه اجماعاً [١].

ولو ردّ المنكر اليمين ثمّ بذلها قبل الإحلاف قال الشيخ: ليس له ذلك إلا برضا المدعى [٢] وفيه تردد منشأه أنّ ذلك تفويض لا اسقاط.

الشرح:

واختار قدس سره أنّ الحلف فى الدعوى المزبوره حلف الغريم ونقل عن المسالك أنّه بنى الوجهان على تعلق ارش الجنايه برقبه العبد فقط أو برقبته وذمته، بحيث يتبع العبد بعد عتقه بما فضل ارش جنايته، فإن قيل بالأوّل يكون المولى هو الغريم، و على الثانى يكون الحلف على نفي العلم.

أقول: يظهر الحال فى الفرع ممّا ذكرنا من عدم الفرق بين فعل نفسه وفعل غيره، فإن كان منكراً يتوجه إليه اليمين على نفي المدعى به، وإن أجاب بالجهل بالحال فليس عليه حلف إلا مع دعوى العلم عليه فمعها يحلف على عدم علمه، والله سبحانه هو العالم.

[١] قد تقدّم الكلام فى ذلك فلا حاجة إلى الإعادة.

[٢] لو ردّ المنكر اليمين على المدعى، فأحلفه الحاكم ثبت الحق المدعى به، ولا أثر لبذل المنكر الحلف بعد ذلك بلاخلاف يعرف أو ينقل، ويشهد لذلك مفهوم الشرطيه فى صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «فى الرجل يدعى ولا بينه له؟ قال: يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له» (١)، فإنّ مفهومها إذا حلف صاحب الحق مع ردّ اليمين عليه ثبت حقه.

وأمّا إذا بذل المنكر الحلف قبل احلاف المدعى، فهل يكون رجوعه عن ردّ اليمين وحلفه نافذاً؟ ذكر الشيخ قدس سره إنّ رجوعه وبذله غير نافذ إلا برضا المدعى وكان

ص: ٢١١

ويكفي مع الإنكار الحلف على نفى الاستحقاق لأنه يأتي على الدعوى [١] فلو ادعى عليه غضباً أو اجاره مثلاً فأجاب بأنى لم أغضب ولم أستأجر قيل يلزمه الحلف على وفق الجواب لأنه لم يجب به إلا- وهو قادر على الحلف عليه، والوجه أنه إن تطوع بذلك الشرح:

ردّ اليمين على المدعى اسقاط لحقه.

ولكن الصحيح نفوذ حلفه فإنه لا- يستفاد مّياً ورد في ردّ اليمين على المدعى إلاّ تفويض اليمين فإذا رجع عن تفويضه وبذل الحلف فيتم الموضوع للقضاء فى الواقعه كما هو مقتضى قوله صلى الله عليه و آله : «البينه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه»، وقد تقدم أنّ الحلف على المدعى عليه ليس حقاً لا للمدعى عليه ولا للمدعى، حتى يقبل الاسقاط منهما، غايه الأمر ثبت أنه يجوز للمدعى عدم المطالبه بالقضاء بترك المطالبه بحلف المدعى عليه، كما يجوز للمدعى عليه ردّ اليمين على المدعى مع مطالبته الحلف، ولو كان ردّ اليمين بمجرد اسقاطاً لا ينفع فى عوده رضا المدعى كما لا يخفى.

[١] لا- يعتبر فى حلف المنكر أن يكون المحلوف عليه نفى خصوص ما ذكره المدعى فى دعواه، كما لا- يعتبر فيه أن يكون المحلوف عليه خصوص ما أجاب به عن دعوى المدعى وإذا قال المدعى أقرضتك الألف فأجاب بأنى ما اقترضت منك ألفاً ولا- غير ألف وحلف أنه لا- يستحق عليه مالاً- كفى فى ترتب الحكم عليه من جواز القضاء ببراءه ذمته، حيث إنّ الحلف المزبور يصدق عليه أنه حلف على نفى دعواه، فإنّ نفى العام نفى للخاص أيضاً.

وربّما يقال بأنه تعتبر مطابقه المحلوف عليه بما ذكره فى الجواب، ولو ادعى عليه غضباً أو اجاره أو قرضاً فأجاب بأنى ماغصبت ولم أستأجر أو لم اقترض فاللازم أن يحلف على نفى الغضب والاستيجار والاقتراض؛ لأنّ الجواب بالخاص مقتضاه أنه

صحّ وان اقتصر على نفي الاستحقاق كفى. ولو ادعى المنكر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب مدعياً والمدعى منكرًا [١] فيكفى المدعى اليمين على بقاء الحق ولو حلف على نفي ذلك كان أكد لكنه غير لازم.

الشرح:

متمكن على الحلف عليه، ولكنه كما ترى، فإن مقتضاه جواز الحلف على طبق الجواب لا تعين ذلك، والموضوع لجواز القضاء اليمين على نفي ما يدعيه المدعى كان اليمين على نفيه بعنوانه الخاص أو بعنوان يدخل فيه.

[١] لو ذكر منكر الدين أنّ الغير قد أبرأ ذمته أو أنه قد قبض دينه تنقلب الدعوى فيصير مدعياً، فعليه اثبات الإبراء أو الإقباض، ومدعى الدين منكرًا، يتوجه إليه اليمين على بقاء حقه أو على عدم الإبراء أو القبض، وهذا ظاهر.

ولكن في المقام أمر وهو ما تقدم من أنه يعتبر في نفوذ الحلف عن المنكر كونه برضا المدعى ومطالبته، وعليه فلو لم يطالب الذي صار مدعياً بدعوى الإبراء والقبض عمّن صار منكرًا بانكار الإبراء والإقباض بأن أراد إيقاف الدعوى فهل يمكن لمنكر الإبراء والإقباض استيفاء دينه ومطالبه المدعى بالدين، مع أنّ ظاهر الأصحاب أنّ استحلاف المنكر حق للمدعى وإذا تبرّع بالحلف فلا يصحّ القضاء به، ومقتضى ذلك أنّ للمدعى إيقاف القضاء بتركه مطالبه المنكر بالحلف.

وفي موثقه عبدالله بن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه السلام: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا- حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له» (١)، وفي روايه خضر النخعي عن أبي عبدالله عليه السلام: «فى الرجل يكون له على الرجل المال فيججده؟ قال: إن استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً» (٢)، وظهورها فى

ص: ٢١٣

١- (١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٨.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ١٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٩.

وكل ما يتوجه الجواب عن الدعوى فيه يتوجه معه اليمين [١] ويقضى على المنكر

الشرح:

اعتبار مطالبه المدعى الحلف غير منكر، وفي صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام «في الرجل يدعى ولا بينه له؟ قال: يستحلفه» (١) وظاهرها أيضاً اعتبار طلب المدعى صاحبه باليمين إلى غير ذلك.

ولكن لا يبعد أن يقال مقتضى وجوب القضاء وفصل الخصومه بين الناس مع ملاحظه ما دلّ على أنّ مدرك القضاء البينه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه، أنّ على القاضى مطالبه المدعى بالينه، كما أنّ عليه مطالبه المدعى عليه باليمين مع عدم اقامه المدعى البينه، وكما أنّ رضا المنكر غير دخيل فى مطالبه المدعى بالينه كذلك لا دخل لرضا المدعى فى مطالبه المنكر باليمين، غاية الأمر يرفع اليد عن الاطلاق فى ناحيه طلب اليمين عن المنكر بالروايات المتقدمه، ومدلولها ما إذا كان الشخص مدعياً للحق له وخصمه منكرًا للحق عليه، أمّا إذا انعكس الأمر بأن كان المدعى يدعى سقوط حق الغير وخصمه ينكر سقوط حقه فهذه الصوره خارجه عن مدلولها، بل لو قلنا بأنّ اعتبار رضى المدعى بيمين المنكر على القاعده لأنّ المدعى صاحب الحق فله إيقاف المطالبه بحقه ولو بعدم مطالبه المنكر لحقه بالحلف، فيختص ذلك بما إذا كانت الدعوى ثبوت الحق لا سقوط حق الغير.

وعلى ذلك فللقاضى فى الفرض مطالبه المنكر للإبراء والقبض بالحلف على بقاء حقه وبعده يقضى ويلزم مدعى الإبراء والقبض بالأداء.

نعم إذا طلب المدعى تأخير القضاء لاحضار بينته بالإبراء أو القبض فللحاكم الامهال بنحو لا يوجب الاهمال فى أداء حقوق الناس.

[١] ذكر قدس سره أنّ كل مورد يتعين فيه على الخصم الجواب عن الدعوى بالاقرار أو

ص: ٢١٤

١- (١) المصدر نفسه: الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٦.

به مع النكول كالعق والنسب والنكاح وغير ذلك. هذا على القول بالقضاء بالنكول، وعلى القول الآخر ترد اليمين على المدعى ويقضى له مع اليمين وعليه مع النكول.

الشرح:

بالانكار أو حتى بقوله لا أعلم بأن كانت الدعوى عليه مسموعه يتوجه إليه الحلف، ولو بأن يحلف على عدم علمه على ماتقدم.

فلا يتعين الجواب فيما لا تسمع الدعوى كدعوى موجب الحد على أحد بلايينه، كما يأتي فإنه لا يتوجه في دعواه اليمين، وإذا توجه اليمين إلى المنكر فنكل يحكم بثبوت الدعوى بمجرد النكول أو مع رد اليمين على المدعى على خلاف ما تقدم، وذكر أنه مع اعتبار الرد أن حلف المدعى تثبت دعواه وإن نكل أي امتنع عن الحلف سقطت دعواه بلا فرق في ذلك كله بين كون الدعوى بالمال أو بغيره من حقوق الناس، كدعوى العتق والنسب والنكاح والطلاق والرجوع فيه والايلاء وغير ذلك. خلافاً لبعض العامه، حيث قالوا بعدم توجه اليمين في غير الأموال وعللوه بأن تحليف الخصم لإقراره أو نكوله ليحكم القاضي بالنكول، فإن نكوله بمنزله البذل والاباحه، ولا مورد لهما في غير الأموال ونحوها. وعن بعض آخر منهم أن اليمين لا يتوجه على الخصم، إلا فيما إذا تثبت الدعوى بشاهدين ذكرين، فإن غيرها يلحق بدعوى الحد.

أقول: ما ذكره قدس سره من الملازمه بين سماع الدعوى واستحقاق الجواب عنها وبين الحلف عليه وان كان صحيحاً كما هو مقتضى قوله صلى الله عليه وآله: «البينه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه»^(١)، وقوله: «إنما أقضى بينكم بالبينات والأيمان»^(٢)، إلا أن دعوى مثل النسب يختص سماعها بما إذا ترتب عليها الحق للمدعى كالإرث ووجوب النفقه ونحوهما، ولو لم تتضمن دعواه مطالبه حق أو سقوط ما عليه من الحق للغير فلا تكون

ص: ٢١٥

١- (١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٠.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٩.

الأولى: لا- يتوجه اليمين على الوارث ما لم يدع عليه العلم بموت المورث والعلم بالحق وأنه ترك في يده مالاً [١]، ولو ساعد المدعى على عدم أحد هذه الأمور، لم يتوجه، ولو ادعى عليه العلم بموته أو بالحق، كفاه الحلف أنه لا يعلم، نعم لو أثبت الحق والوفاء، وادعى في يده مالاً، حلف الوارث على القطع.

الشرح:

في البين دعوى على الغير.

ومن هذا القبيل دعوى الزوجه الظهار أو الايلاء على زوجها، فإنها تسمع دعواها لتضمنها مطالبه ما على زوجها أو سقوط ماله عليها، وكذا لامورد لتوجه اليمين في مثل ما إذا ادعى الزوج طلاق زوجته أو الرجوع في طلاقها، مع فرض عدم انقضاء عدتها حين دعوى الرجوع، فإن قبول قوله فيهما لدخوله في قاعده «من ملك شيئاً ملك الاقراربه».

وأيضاً قد تقدم أن رد اليمين على المدعى من المنكر أو من الحاكم في موارد دعوى المال أو ما يرجع إليها صحيح، أما في غيرها فمشكل، بل الحكم بالنكول فيها أيضاً كذلك.

[١] إذا ادعى على الوارث بدين له على المورث يتوجه اليمين إلى الوارث فيما إذا فرض في دعواه اجتماع أمور ثلاثة علم الوارث بموت المورث وبالدين له عليه، ووجود التركة بيده كلاً أو بعضاً، وإذا ساعد المدعى أي صدق الوارث في عدم أحد هذه الأمور الثلاثة لم يتوجه إلى الوارث يمين أصلاً، كما إنه إذا كانت التركة بيد الوارث وادعى علمه بموت المورث أو بالدين له عليه يكفى الوارث الحلف على عدم علمه، ولو أحرز الموت والدين وادعى التركة يلزم على الوارث الحلف على عدم كونها بيده، لأن المال بيد الوارث من فعل الوارث، فيعتبر في الحلف عليه البت بخلاف دعوى

الثانية: إذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه [١] ويستوى فى ذلك دعوى المال والجنايه.

الشرح:

الدين على المورث أو دعوى موته.

لا يقال: مقتضى روايه عبدالرحمان بن أبى عبدالله (١) عدم سماع الدعوى على الميت بلايينه، وان تضمنت دعواه الأمور الثلاثة فضلاً عن توجه اليمين على الوارث، حيث ورد فيها وان ادعى بلايينه فلاحق له لأن المدعى عليه ليس بحى.

فإنه يقال: لو تضمنت الدعوى الأمور الثلاثة تكون الدعوى على الوارث أيضاً فمن ثم تتوجه اليمين على الوارث، بل يمكن القول كما تقدم بسماع الدعوى فيما إذا أحرز الموت ووجود التركة بيد الوارث ولم يعترف المدعى بجهل الوارث بالدين له على المورث فإنه تصدق فى الفرض الدعوى على الوارث نعم إذا أجاب الوارث بلا- أدرى فلامورد لليمين ولاحق للمدعى بلايينه. وإذا أجاب بنفى الدين يتوجه إليه اليمين على النفى، كما أنه لو اعترف يؤخذ باعترافه.

والحاصل: ان الدعوى تكون على الميت خاصة، فيما إذا اعترف المدعى بجهل الوارث بالدين، فلا تسمع بلايينه كما هو ظاهر الروايه.

[١] وذلك فإن دعوى الجنايه على العبد دعوى استرقاقه أو مطالبه المولى بالفداء، فتكون متوجهه إلى المولى، وكذا الحال فى دعوى المال الموجود بيد العبد، فإن المال المزبور ملك المولى أو أن ولايه التصرف فيه للمولى دون العبد، فتكون دعواه على مالكه أو الولي به، ولاعبره فى أمثال ذلك باعتراف العبد أو انكاره، ولا يتوجه إليه الحلف، بل ثبوتها باعتراف المولى ويتوجه إليه اليمين مع انكاره أو انكار العلم بها، نعم مع حلفه على عدم علمه تسقط دعوى العلم لا أصل الدعوى على ماتقدم.

ص: ٢١٧

الثالثة: لا تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن البينة [١] ولا يتوجه اليمين على المنكر، نعم لو قذفه بالزنا ولا بينه فادّعه عليه قال فى المبسوط: جاز أن يحلف ليثبت الحدّ على القاذف، وفيه اشكال، إذ لا يمين فى الحد.

الشرح:

نعم إذا كانت دعوى المال منحصره بما فى ذمه العبد، كما فى دعوى الإتلاف عليه فلا يكون للمولى شأن فى هذه الدعوى، ولا يكون اعترافه نافذاً فى حق العبد ولا يتوجه إليه حلف، بل العبرة فى ثبوت المال على ذمته حيث يؤخذ منه بعد عتقه أو انعقائه باعتراف العبد وفى سقوطها بحلفه على نفيها.

ومما ذكرنا يظهر أنه لو كانت للدعوى جهتان، كما فى دعوى القتل على العبد عمداً، فينفذ اعتراف المولى بالاضافه إلى الاسترقاق، فيكون لأولياء الدم استرقاقه، وأما القصاص فلا، لأنّ ازهاق روح العبد ليس من اقرار المولى على نفسه، بل على نفس الغير والمولى لا سلطان له فى غير ملكيته، بل ينفذ اعتراف العبد بالاضافه إلى القصاص ولكن بنحو لا ينافى ملك المولى بأن يقتص منه بعد عتقه، وبذلك يظهر الخلل فى اطلاق كلام الماتن وغيره.

[١] يأتى أنه يعتبر فى سماع الدعوى بحيث يلزم الجواب مع عدم البينة للمدعى كون المدعى به حقاً للمدعى أو لمن يتعلّق به ولا يه أو وكاله أو وصايه أو سقوط حق للغير عليه أو على من يتعلّق به، كما فى دعوى الأموال وغيرها من حقوق الناس، أمّا حدود الله سبحانه فلا تكون من قبيل الحق لأحد ليطلبها أربابها، بل هى من حقوق الله سبحانه، فالمطلع على مرتكب موجباتها مع عدم تمكنه على اثبات الإرتكاب لا يجب عليه اظهاره ولو عند الحاكم كما لا يجب على المرتكب هذا الاظهار، كما يشهد لذلك صحيحه أبى العباس قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام أتى النبى صلى الله عليه و آله رجل فقال: إني زنيت إلى

الشرح:

أن قال: فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : لو استتر ثم تاب كان خيراً له»(١) ونحوها غيرها.

بل لا يبعد القول بعدم جواز الاظهار من غير المتمكن على الإثبات ولو عند القاضى فيما كان المرتكب غير متجاهر بالفسق، أخذاً بما دلّ على حرمة الاغتياب، كما أنه لو أظهر مع حرمة أو مع جوازه فلا يجب على القاضى المطالبه بالجواب، فإنّ الموضوع فى الحدود لا يزيد على سائر الشبهات الموضوعيه فى عدم لزوم الفحص عنها مع ورود درء الحدود بالشبهات، والأمر بالستر على مرتكب السوء، وفى مرسله الصدوق: «ادروا الحدود بالشبهات ولاشفاعه ولاكفاله ولايمين فى حدّ». (٢)

نعم يجوز الاظهار مع التمكن على الاثبات، بل يجب حسبه، وفيما أمره ولى المسلمين به منعاً عن المنكر، ويكون الاظهار عند الحاكم من قبيل الشهاده بالإرتكاب لا من قبيل الدعوى على الغير، ويظهر ذلك ممّا ورد فى رفع مفطر الصوم وغيره إلى الإمام.

ولا فرق أيضاً فى جواز الإظهار أو وجوبه أو تحريمه بين موجبات الحد وموجبات التعزير. ويختص ما ذكر بما إذا كان الحد من حقوق الله سبحانه فقط، وأمّا إذا كان من حق الناس كحدّ القذف فالمطالبه به بدعوى القذف على الغير وان يدخل فى الدعوى على الغير، ولكنه لا تسمع الدعوى فيه أيضاً بلايينه ولا يتوجه فيه يمين على منكره، وفى معتبره غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن أمير المؤمنين عليه السلام فى حديث قال: «لا يستحلف صاحب الحد»(٣)،

ص: ٢١٩

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٦ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٥:٣٢٨.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ١:٣٣٦.

٣- (٣) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٢:٣٣٥.

الشرح:

ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين كون الحد من حقوق الله فقط أو من حق الناس أيضاً.

وبالجملة: فالمخبر عن الغير بأنه ارتكب موجب الحد لا- يكون من المدعى حقيقه في غير ما كان الحد من حق الناس، كحدّ القذف، ولو اجتمعت في المخبر شرائط الشهاده يكون من الشهود، ولذا ذكر جماعه أنه لو شهد الزوج بزنا زوجته مع ثلاثه شهود يثبت زناها، وان كان ما ذكره مورد تأمل، كما يأتي في بحث الحدود ان شاء الله تعالى.

ثم إنّ المدعى به قد تجتمع فيه جهتان يكون من حق الله سبحانه لكونه موجباً للحد على فرض وقوعه ويكون من حق الناس، فيترتب عليه ضمان المال مثلاً فيجرى على كل من الجهتين حكمها، كما إذا ادعى على الغير سرقة المال فتسمع دعواه بالاضافه إلى ضمان المال فإن أقام شاهداً واحداً وحلف على سرقة يثبت ضمانه، وإذا حلف سقطت دعواه، وإن ردّ اليمين على المدعى أو ردّها الحاكم مع نكوله وحلف المدعى ثبتت السرقة، ولكن لا يترتب على ثبوت الدعوى بشاهد ويمين أو باليمين المردوده قطع يده؛ لعدم الإعتبار في الحدود باليمين، ولو مع الشاهد الواحد أو كانت مردوده.

ثم إنه قد ذكر الشيخ قدس سره في المبسوط أنه لو قذف الآخر بلائینه بزناه بأن قال له: يا زانى، ثم ادعى عند الحاكم بأنه قد زنى أنه يجوز للمقذوف أن يحلف على عدم زناه ليثبت على قاذفه حدّ القذف.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنه ليس في الحدود يمين فلا يحتاج في ثبوت حد القذف عليه إلى حلف المقذوف على عدم زناه، وفي معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن

الرابعه: منكر السرقة يتوجه عليه اليمين، لإسقاط الغرم [١] ولو نكل لزمه المال دون القطع بناءً على القضاء بالنكول وهو الأظهر وإلا حلف المدعى ولا يثبت الحد على القولين وكذا لو أقام شاهداً وحلف.

الخامسه: لو كان له بينه فأعرض عنها، و التمس يمين المنكر أو قال: اسقطت البيئه وقنعت باليمين فهل له الرجوع؟ قيل: لا [٢] وفيه تردد ولعل الأقرب الجواز وكذا البحث لو أقام شاهداً فأعرض عنه وقنع بيمين المنكر.

الشرح:

على عليه السلام «في ثلاثه شهدوا على رجل بالزنا، فقال على عليه السلام: أين الرابع؟ قالوا الآن يجيء فقال على عليه السلام: حدّوهم فليس في الحدود نظره ساعه» (١)، وفي صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «قال أمير المؤمنين عليه السلام لا يجلد رجل ولا امرأه حتى يشهد عليهما أربعة شهود على الايلاج والاخراج، وقال: لا أكون أول الشهود الأربعة أخشى الروعه أن ينكل بعضهم فأجلد» (٢)، وظاهرهما في كون الشهاده بالزنا مع عدم تمامها يوجب جريان حد القذف على الشاهد لا يقبل المناقشه.

[١] قد ظهر ما في المسأله ممّا تقدم فلا نعيد.

[٢] لو كان للمدعى بينه فأعرض عنها و التمس اليمين عن المنكر، أو قال: أسقطت البيئه وقبلت باليمين، ثم رجع وأراد اقامه البيئه فهل تسمع تلك البيئه أم لا؟ فعن الشيخ قدس سره في المبسوط والمحكى عن ابن ادريس أنّها لا تسمع؛ لأنّ اقامه البيئه كانت من حقه وقد أسقطها كسائر الحقوق في أنّه لا يرجع فيها بعد اسقاطها. ولكن الصحيح سماعها فيما إذا كان رجوع المدعى قبل تمام اليمين من المنكر.

والوجه في ذلك أنّ مع اقامه البيئه لا تصل النوبه إلى يمين المنكر، وجواز

ص: ٢٢١

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٤ من أبواب حد الزنا، الحديث ٣٧٢: ٨.

٢- (٢) المصدر نفسه: الحديث ٣٧٣: ١١.

السادسه: لو ادعى صاحب النصاب إبداله فإثناء الحول قبل قوله ولايمين [١] وكذا لو خرص عليه فادعى النقصان.

الشرح:

اقامتها للمدعى حكمى لا- حَقَّى، كما هو مقتضى قوله صلى الله عليه و آله : «البينه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه» (١)، فيما إذا لم يقيم المدعى البينه مع ضميمه قوله صلى الله عليه و آله : «إنما أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان» (٢)، فإنّ اقامه البينه تعم المفروض فى المقام، وإنّما ترفع اليد ما إذا حلف المنكر على النفى، فإنّه لا تسمع بعد ذلك البينه لتمام ملاك القضاء قبل اقامتها على ماتقدم من أنّه إذا رضى صاحب الحق بيمين صاحبه فحلف فلا حق له.

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما كان شاهد واحد بدعواه فإنّ للمدعى اثبات دعواه بشهاده الشاهد بضم يمينه، وإذا طلب الحلف عن خصمه وقبل حلفه رجع وحلف بحقه، فمع شهاده الواحد يتم ملاك القضاء، كما عليه المشهور.

[١] لو ادعى صاحب النصاب ابداله أثناء الحول قبل قوله ولا- يمين عليه، وكذا لو خرص عليه فادعى النقصان لينتقص من مقدار الزكاه لكون اعتبار الخرص فى تعيين مقدار الزكاه طريقي، والظاهر أنّ الحكم فى بابى الزكاه والخمس متسالم عليه بين الأصحاب قديماً وحديثاً ولا- يكون قول مالك النصاب من دعوى الإبدال أو دعوى الخطأ فى الخرص، بل كلّما ذكر صاحب المال عدم تعلق الزكاه أو الخمس بماله أو عيّن مقداره أو ذكر سقوطه بادائه يقبل قوله.

وفى صحيحه بريد بن معاويه قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: بعث أمير المؤمنين عليه السلام مصدّقاً من الكوفه إلى باديتها إلى أن قال: قال: ثم قل لهم: يا عباد الله

ص: ٢٢٢

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١٧٠: ١.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٢ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١٦٨: ١.

الشرح:

أرسلنى إليكم ولى الله لآخذ منكم حق الله فى أموالكم فهل لله فى أموالكم من حق فتؤدّوه إلى وليه؟ فإن قال لك قائل: لا، فلا تراجع» (١). وفى موثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السلام قال: «كان على عليه السلام إذا بعث مصدّقه قال له: إذا أتيت على ربّ المال فقل تصدّق رحمك الله ممّا أعطاك الله فإن ولى عنك فلا تراجع» (٢)، ولعلّ ظاهرها الإعراض عن المصدّق بالإعتذار بعدم الزكاه فى ماله.

وذكر بعض الأصحاب: أنّ المراد بسماع قول صاحب المال بلا يمين فى نفى الزكاه والخمس عن ماله صورته عدم العلم بكذبه، أمّا إذا علم كذبه سواء أكان العالم الفقير أم عامل الزكاه أو الحاكم فلاموجب لرفع اليد عمّا دلّ على الحلف على المنكر، حيث يمكن للفقير أو العامل بل الحاكم دعوى الزكاه فى ماله، وإذا كان المدعى فقيراً يكون هو صاحب الحق لأنّه شريك مع المالك من حيث إنّه فرد من الطبيعى، غايه الأمر أنّ المالك ليس ملزماً بالدفع إليه، بل يجوز له الدفع إلى فرد آخر وكذا العامل أو الحاكم فإنّه مطالبه الوكيل والولى.

أقول: أمّا الفقير فلاموجب لعدّ قوله من الدعوى على الغير، بل يكون من باب الإخبار والشهادة، ولو انضم إليه قول غيره، وكانا عدلين، لكان من البيّنه بكون المال متعلق الزكاه؛ وذلك فإنّ الفقير ليس مالكاً للزكاه، حيث إنّ الزكاه ملك الجامع بين الأصناف الثمانية، كما أنّه ليس له ولايه على الزكاه وإنّما يدخل فى أحد العناوين المقرّره مصرفاً للزكاه، نظير الفقير فى اعطاء الكفاره، ولا يظن لأحد التزامه بأنّ قول الفقير بأنّ على فلان كفاره يكون من الدعوى المسموعه على الغير.

ص: ٢٢٣

١- (١) الوسائل: ٦، الباب ١٤ من أبواب زكاه الانعام، الحديث ١: ٨٨.

٢- (٢) المصدر نفسه: الحديث ٥: ٩٠.

الشرح:

نعم إذا احزر الحاكم بالزكاة فيما بيده أو على عهده أو شهد العدلان عنده بذلك و أنكره ربّ المال فهل ربّ المال الحلف على عدم الزكاة أو ادائها؟ فقد يستظهر من بعض الروايات قبول قوله، ولو مع العلم بكذبه، وكأنّ لقول صاحب المال موضوعيه، وفي موثقه سماعه قال: «سألته عن الرجل يكون معه المال مضاربه هل عليه في ذلك المال زكاة إذا كان يتجر به؟ فقال: ينبغي له أن يقول لصاحب المال زكوه فإن قالوا إنا نركه فليس عليه غير ذلك وإن هم أمروه بأن يزكّيه فليفعل، قلت: أرأيت لو قالوا انا نركيه والرجل يعلم أنّهم لا يزكونه، فقال: إذا هم أقرّوا بأنهم يزكونه فليس عليه غير ذلك وان هم قالوا: إنا لا نركيه فلا ينبغي له أن يقبل ذلك المال ولا يعمل به حتى يزكوه» (١).

ولكن لا يخفى ظاهرها زكاة التجاره ولعدم كونها من الزكاة الواجبه عندنا، عبّر عليه السلام بينبغى ولاينبغى وأنّه يسمع قولهم مع العلم بكذبهم، وطلب الحلف من ربّ المال على اخراجه الزكاة أو عدم تعلّقها لا- موجب له مع الجهل بالحال، ومع العلم بها وانكاره فإنّ مع الجهل فالسمع بلايمين مقتضى صحيحه بريد وموثقه غياث المتقدمتين، ومع العلم بكذبه فلائّن الحاكم له الولايه على الزكاة وأخذها من شؤونه، فإن علم بوجودها في المال أو على عهده الغير فله اجباره على اخراجها، وإلا- فله التصدى بذلك، وما دلّ على أنّ اليمين على من ادعى عليه أو على المدعى مع ردّها عليه ظاهره الواقعه المرفوعه إلى الحاكم، ولا يعم الواقعه التي يكون التصدى بها للحاكم بما هو حاكم.

قال في المستند: لو علم تعلّق الزكاة بما له وعدم اخراجها كان لمن شأنه ذلك أن

ص: ٢٢٤

١- (١) الوسائل: ٦، الباب ١٥ من أبواب ماتحب فيه الزكاة، الحديث ٥٠: ١.

الشرح:

يكلفه بالأداء أو يأخذ منه، وهل تقوم شهادته العدلين مقام العلم أم لا؟ صرح فى الشرائع بالأول ومقتضى الأصل هو الثانى.

ثم إنه قد ثبتت الولاية بالاضافه إلى الزكاه وصرفها على مصارفها للنبي الأكرم والأئمه صلوات الله عليهم أجمعين كمايفصح عن ذلك قوله سبحانه: «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ» (١)، فإن الأمر بالأخذ يعم صورته امتناعهم والأخذ منهم قهراً عليهم ولا ينافيه ما فى الذيل من الصلاه عليهم؛ لأنها طلب الرحمة وعدم امساك النعمه عليهم فيناسب العاصى من الأمه أيضاً.

ويظهر من الروايات الكثيره الوارده فى موارد مختلفه أنّ لرب المال أيضاً الولاية على صرف زكاته على مصارفها منها ما ورد فى جواز اعطائه زكاتها أقاربه من الذين لا يجب عليه نفقتهم، ومنها ما ورد فى جواز قضاء دين الأب عن الزكاه، ومنها ما ورد فى اعطاء الفقير حتى يغنيه، وما ورد فى سماع قول رب المال إلى غير ذلك والنتيجه ثبوت الولاية على الصرف لكل من رب المال ولإمام عليه السلام .

ولو قيل بالنيابه للفقير أو للأعلم فى زمان الغيبه فيجوز للفقير أو الأعلم ما كان جائزاً للنبي والإمام عليه السلام من أخذ الزكاه من رب المال مع امتناعه ولو قهراً عليه، كما أنه لو أمر بنقل الزكاه إليه كان أمره كأمر الإمام عليه السلام فى وجوب الاتباع.

وأما لو بُنى على عدم النيابة، وإنّ الثابت فى حق الفقيه مايدخل فى الأمور الحسينيه التى ذكرنا فى بحث ولاية الفقيه من أهمها تنظيم أمر البلاد وتأمين بلاد المسلمين والدفاع عن الحوزه الإسلاميه وذكرنا أنّ مع وضع فقيه يده على الأمر الحسينى فلايجوز للآخرين مزاحمته فلايثبت الولاية للفقير بالاضافه إلى الزكاه، لأنّ

ص: ٢٢٥

الشرح:

مع ثبوت الولاية لرب المال لا يدخل أمر الزكاة في الأمور الحسبية إلا إذا امتنع رب المال عن اخراجها وكان لصرفها على مواردنا ضروره كما أنه لو توقف حفظ نظام البلاد والحوزه الإسلاميه على أخذ الزكاة وصرفها على مواردنا دخل أخذها وصرفها في ولايه الفقيه المتصدى لحفظها وترتيب أمنها، ومع امتناع رب المال من ادائها يكون على الفقيه أو المأذون من قبله التصدى لأخذ الزكاة ولو بالجبر.

ذكر في العروه: الأفضل بل الأحوط نقل الزكاة إلى الفقيه الجامع للشرائط في زمن الغيبه لا سيما إذا طلبها لأنه أعرف بمواقعها، ولكن الأقوى عدم وجوبه فيجوز للمالك مباشرة أو بالاستنابه والتوكيل تفريقها على الفقراء وصرفها في مصارفها، نعم لو طلبها الفقيه على وجه الإيجاب بأن يكون هناك ما يقتضى وجوب صرفها في مصرف بحسب الخصوصيات الموجهه لذلك وكان مقلداً له يجب الدفع إليه، حيث إنه تكليفه الشرعياً للمجرد طلبه، وإن كان أحوط، كما ذكرنا، بخلاف ما إذا طلبها الإمام عليه السلام في زمان الحضور، فإنه يجب الدفع إليه بمجرد طلبه من حيث وجوب طاعته.

أقول: التقييد بكونه مقلداً له لكون ايجابه مع عدم التقليد عن لا يكون من التكليف الشرعى المعتبر في حق غير مقلده.

وبتعبير آخر: لو كان فتوى الفقيه المزبور ان طلب الفقيه الزكاة ولو مع الموجب المزبور كطلب الإمام عليه السلام في وجوب الاجابه فلا يجب الاتباع على غير مقلده.

وأما بالاضافه إلى الخمس فمقتضى الآيه المباركه بضميمه ما ورد في تفسيرها على أنّ لرب المال أن يعطى نصفه الفقراء والمساكين وأبناء السبيل من الهاشميين ونقل النصف الآخر إلى الإمام عليه السلام ، إلا أنّ مقتضى الروايات الوارده في أنّ لنا الخمس

وكذا لو ادعى الذمى الإسلام قبل الحول [١] أما لو ادعى الصّغير الحربى الإنبات الشّرح:

والأمر بنقله أو دفعه إلى وكلائهم عدم ثبوت الولايه لرب المال فى زمان الحضور، ويكون الأمر كذلك فى زمان الغيبه أيضاً لو قيل بنيابه الفقيه.

وأما إذا قيل بعدم ثبوت نيابته فيجوز لرب المال دفع سهم الساده الأيتام والمساكين وأبناء السبيل من الهاشميين أخذاً بمقتضى الآيه وما هو بمفادها، فإنّ المقدار الثابت فى رفع اليد عن مقتضاها زمان الحضور، وأما بالاضافه إلى السهم المبارك فالتصرّف فيه من التصرّف فى ملك الغير، ويكون منوطاً باحراز الرضا والاذن، ولا يحصل هذا الاحراز إلاّ بالرجوع إلى من يقلّمده، والعمل على طبق ما يعينه.

ويجرى فى فرض امتناع ربّ المال عن اخراج الخمس ما ذكرنا فى فرض الامتناع عن اخراج الزكاه، والله سبحانه هو العالم.

[١] هذا الفرع مبنى على أنّ الإسلام بعد الحول لا يوجب سقوط الجزيه أمّا بناءً على سقوطها باسلام الذمى سواء أكان قبل الحول أم بعده قبل اعطاء الجزيه، كما عليه المشهور والأظهر عندالماتن قدس سره على ما ذكره فى كتاب الجهاد فلا يدخل الفرض فى سماع القول.

ويشهد لذلك مع الإغماض عن النبوى الدال على أنّ الإسلام يجب ما قبله، والدال على أنّه ليس على المسلم جزيه (١) ظاهر الآيه المباركه فيأخذ الجزيه حال كون المأخوذ منه صاغراً والأخذ حال الذل لا يناسب شرف المسلم، وصحيحه زراره قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ما حدّ الجزيه على أهل الكتاب وهل عليهم فى ذلك شىء موظّف لا ينبغي أن يجوز إلى غيره؟ إلى أن قال عليه السلام: فالجزيه تؤخذ منهم على قدر ما يطيقون له أن يأخذهم به حتى يسلموا فإنّ الله عزّوجلّ قال: «حَتَّى يُعْطُوا الْجِزِيَةَ عَن

ص: ٢٢٧

بعلاج لا بسنٌ ليتخلص عن القتل، فيه تردد [١] ولعل الأقرب أنه لا يقبل إلا مع البيه.

الشرح:

يَدِ وَهُمْ صَاغِرُونَ» (١)، كيف يكون صاغراً وهو يكثرث لما يؤخذ منه حتى يجد ذلاً لما أخذ منه فيألم لذلك فيسلم» (٢) فإن ظاهرها أيضاً أنّ بالإسلام ينتهى أخذ الجزية بلافق بين حيلان الحول عليه كافرأ أم لا، وما هو المنسوب إلى الحلبي وبعض آخر من عدم كون الإسلام بعد الحول مسقطاً للجزية لا يمكن المساعدة عليه.

ولكن بناءً عليه فدعوى الذمى اسلامه قبل الحول لسماع قوله بلاموجب لعدم كون المقام من صغريات قاعده من ملك شيئاً، فرفع اليد عن الاستصحاب فى ناحيه كفره إلى آخر السنه بلا- وجه، ولو لم نقل باشتغال العهده بالجزية من أول الحول، كما لا يخفى.

ودعوى أنّ الإسلام من الحق بين العبد وربّه ولا يعلم إلا من قبل العبد يدفعها بأنّ الإسلام عبارته عن اظهار الشهادتين ويمكن فيه الاشهاد.

[١] إذا أسر الكافر الحرباً أثناء القتال وادعى صغره وإنّ الإنبات بعانته كان بالعلاج فسماع قوله مبنى على القول بأنّ الموجب للبلوغ هو الإنبات الطبيعى الحاصل بالطعن فى السن لا مطلق الإنبات، ولو كان بالعلاج؛ إذ لو كان الموضوع للبلوغ مطلق الإنبات فلا مورد للسماع لإحراز بلوغه ولزوم قتله.

وفى صحيحه الكناسى قال: «قلت لأبى جعفر عليه السلام: متى يجوز للأب أن يزوّج ابنته ولا- يستأمرها؟ إلى أن قال: قلت: فالغلام يجرى فى ذلك مجرى الجارية؟ فقال: يا أبا خالد إنّ الغلام إذا زوّجه أبوه ولم يدرك كان بالخيار إذا أدرك وبلغ خمسة عشره»

ص: ٢٢٨

١- (١) التوبه: ٢٩.

٢- (٢) الوسائل: ١١، الباب ٦٨ من أبواب جهاد العود، الحديث ١: ١١٣.

... ..

الشرح:

سنه أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته قبل ذلك»^(١).

ولا يبعد ظهورها في الانبات الطبيعي، كما لا يبعد ذلك حتى في البلوغ بالإحتلام، ولا يضر بالاستدلال اشتغالها على حكم لا يعمل به، وهو ثبوت الخيار للصغير بعد بلوغها فيما إذا زوجه أبوه في صغره إن لم يمكن تقييده بما إذا زوجه بالصغيره.

والمتحصل إذا فرض انصراف الإنبات إلى الطبيعي فسماع دعوى الحربى صغره وأنّ الانبات كان بالعلاج فيما إذا احتمل صدقه لاستصحاب صغره وعدم تحقق الإنبات الطبيعي ومقتضاه دخوله فيمن لا- يقتل، حتى حال قيام الحرب، كما هو ظاهر النص و الفتوى، وفي صحيحه أبي حمزه الثمالي أو محمد بن حمران وجميل معاً عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وآله إذا أراد أن يبعث سريه إلى أن قال: ولا- تغلوا ولا- تمتلوا ولا- تغدروا ولا تقتلوا شيخاً فانياً ولا صبياً ولا امرأه ولا تقطعوا شجراً إلا أن تضطروا إليها»^(٢)، ونحوها غيرها.

وعلى ذلك فلا موضوعيته لدعوى الحربى، بل كل من احتمل صغره لايجوز قتله فدعواه الانبات بالعلاج موجب له لنقداح احتمال صغره.

وربما يقال بسماع دعوى البلوغ بالاحتلام فإنّ الاحتلام ممّا لايعلم إلا من قبل الشخص فيقبل قوله فيه، ويورد عليه بأنّ سماع قوله دورى لأنّ سماع القول موقوف على احراز البلوغ فإنّ الصبى لا يعتبر قوله ولو توقف البلوغ يعنى احرازه على سماع قوله لدار.

ص: ٢٢٩

١- (١) الوسائل ج: ١٤، الباب ٦ من أولياء العقد، الحديث ٩: ٢٠٩.

٢- (٢) الوسائل: ١١، الباب ١٥ من أبواب جهادالعدو، الحديث ٢: ٤٣.

الشرح:

ولكن لا- يخفى أنّ البلوغ حتى بالإحتلام يمكن احرازه بغير قوله، ومعه لا موجب لرفع اليد عن الاستصحاب فى صغره فيحكم عليه بعدم جواز قتله أو سائر ما يترتب على الصغر من عدم صحّحه عقده وإيقاعه إلى غير ذلك.

ثمّ إنه قد حكى فى الجواهر عن غايه المراد والمسالك موارد تلحق بسماع الدعوى فيها، كما إذا ادعى بنوه صغير ولا منازع له، ويمكن استظهار القبول فيه من صحّحه عبدالرحمان بن الحجاج قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحميل فقال: وأى شىء الحميل؟ قلت: المرأه تسبى من أهلها ومعها الولد الصغير فتقول: هو ابنى، والرجل يسبى فيلقى أخاه فيقول: هو أخى وليس لهم بينه إلاّ قولهم؟ قال: فقال: ما يقول الناس فيهم عندكم؟ قلت: لا- يورثونهم لأنّه لم يكن لهم على ولا دتّهم بينه وإنّما هى ولاده الشرك، فقال: سبحان الله إذا جاءت بابنها أو بابنتها ولم تنزل مقره به الحديث» (1).

ومنها: مدعيّته من أهل الكتاب لتؤخذ منه الجزية، وربّما يستدل على ذلك ما عن النبي صلى الله عليه و آله فى بعض الروايات المعتبره من أمره السرايا بقبول الجزية من باذليها (2)، مع أنّه لا- يعلم فى الغالب أنّ الباذلين من أهل الكتاب إلاّ باقرارهم، وربّما يذكر أيضاً أنّ الدين أمر قليلا- يعرف إلاّ من قبل صاحبه ولكن قد تقدم ما فيه ويؤيد السماع ما ورد فى بعض الروايات من سؤال على عليه السلام ما أخذوا على الافطار فى شهر رمضان عن دينهم.

ومنها: مدعى تقدم الإسلام على الزنا بالمسلمه حذراً من القتل، ولعلّه لدرء الحد بالشبهه وجريان الحد جلدًا لاعترافه باستحقاقه.

ص: ٢٣٠

١- (١) الكافي ١٦٥: ٧.

٢- (٢) سنن بيهقى ٩: ١٨٤.

الشرح:

ومنها: مدعى فعل الصلاة والصيام خوفاً من التعزير، ولعله لأنّ التعزير كالحّد يرتفع بالشبهه.

ومنها: مدعى ايقاع العمل المستأجر عليه إذا كان من الأعمال المشروطة بالنيه كالحج والصلاه، وفيه أنّ المدعى فيما إذا كان ثقه فوقوع العمل منه يحرز بقوله، وأمّا صحته فيكفى في احرازها أصاله الصحه، أمّا إذا لم يكن ثقه فمجرد كون النيه أمراً قلبياً لا يكفى في احراز الوقوع و احراز براءه ذمه الميت.

ومنها: دعوى الولى اخراج ما كلف به من نفقه وغيرها والوكيل بفعل ما وكلّ فيه، ولا يبعد سماع قولهما مع عدم الانكار عليهما من المولى عليه والموكل، وإلّا فيحتاج إلى الاثبات.

ومنها: دعوى مالك الدار لو نازعه المستعير والمستأجر في ملكيه الكنز على قول مشهور، وهذه أيضاً لا توجب سماع دعواها بلايمين. غايه الأمر بما أنّ يد المالك أقوى من يد المستعير، والمستأجر بحسب المالك منكرّاً في الواقعه لموافقته قوله مع مقتضى قاعده اليد.

ومنها: دعوى أنّ احراز الطعام للقوت، والوجه في سماعها أنّ الموضوع للإكراه على البيع حبس الطعام زمان ضروره الناس تربصاً للغلاء، ومقتضى الأصل عدم حصول الموضوع لجواز الاكراه عليه.

ومنها: قول المدعى مع نكول المنكر على القول بالقضاء به، ولكن قد تقدم أنّ نكول المنكر ليس من ملاك القضاء، بل يرد اليمين معه على المدعى، فإن حلف فهو، وإلّا سقطت دعواه.

ومنها: مدعى الغلط في اعطاء الزائد عن الحق لا التبرع والسماع لأنه مقتضى

الشرح:

الاستصحاب فى عدم تملك الزائد ولا يعارضه الاستصحاب فى عدم الخطأ فإنه لا يثبت التعمد بالتبرع.

ومنها: دعوى المحلل الاصابه ليلزم على مالکها الاستبراء، وهذا يدخل فى دعوى المرأة أنها فى العده.

ومنها: دعوى المرأة أنها فى الحيض أو الطهر أو فى العده أو أنها خليه وفى صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: «العده والحيض للنساء إذا ادعت صدقت» (١)، ونحوها غيرها، وربما يظهر من معتبره السكونياً ذلك ما لم تكن متهمه (٢)، ويلحق بما ذكر دعوى المرأة عدم الزوج كما فى صحيحه ميسر.

ومنها: دعوى الظئر أنه الولد، وفى صحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبدالله عليه السلام «فى رجل استأجر ظئراً فغابت بولده سنين ثم إنها جاءت به فأنكرته أمه وزعم أهلها أنهم لا يعرفونه؟ قال: ليس عليها شىء الظئر مأمونه» (٣)، ويلحق بذلك دعوى ملك المال بلامنازع فى غير اللقطه لخبر الكيس.

ومنها: ما إذا ادعى أن ما بيد زيد ماله قد سرقه منه وقال زيد أنه كان ماله، ولكنه وهبه له لا أنه سرقه. فإنه قد تقدم عدم قطع يد مدعى الهبه لعدم ثبوت السرقة لا- لسماع قوله نعم يجوز لمدعى السرقة أخذ المال المزبور ولو كان من بيده المال من ذوى الأرحام لعدم ثبوت الهبه أيضاً، ومما ذكر يظهر الحال فى منكر موجب الرجم أو مدعى الاكراه فيه أو الجهاله مع احتمالهما فى حقه وكذا فى مدعى الضروره فى الكون مع

ص: ٢٣٢

١- (١) الوسائل ج: ١٥، الباب ٢٤ من أبواب العدد، الحديث ١: ٤٤.

٢- (٢) الوسائل ج: ١، الباب ٤٧ من أبواب الحيض .

٣- (٣) المصدر نفسه ج: ١٥، الباب ٨٠ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ١: ١٨٩.

السابعه: لو مات ولاوارث له، وظهر له شاهد بدين[١] قيل يحبس حتى يحلف، أو يقرّ لتعذر اليمين في طرف المشهود له وكذا لو ادعى الوصيّان الميت أوصى للفقراء، وشهد واحد وأنكر الوارث، وفي الموضوعين اشكال لأنّ السجن عقوبه لم يثبت موجبها.

الشرح:

الأجنبي مجردين ومنكر القذف مع عدم البيه لمدعى القذف.

ومنها: مدعى ردّ الوديعه في المشهور، ولكن قد ذكرنا في بحث الوديعه أنه يسمع قول الودعى في صورته التلف في عدم الخيانه، كما في سائر حالات كون مال الغير بيد الشخص بنحو الأمانه، أمّا رد الواجب عليه فعليه اثباته كغيره.

ومنها: مدعى تقدم العيب مع شهادته الحال، ووجهه أنّ مع شهادته الحال بنحو ظهوره يقدم قول المشتري لإحراز صدقه.

وقد تقدم من جميع ما ذكرنا أنه لا يستفاد من الموارد الكليّه لا قاعده قبول الشخص في نفى موجب الحد والتعزير أو قبول ما كان قوله اخباراً بينه وبين ربّه أو لا يعلم إلاّ من قبله ولم يكن فيه ضرر على الغير.

[١] إذا مات شخص لاوارث له بأن يكون تركته على تقديرها للإمام أو المسلمين وشهد واحد بالدين له على حى وأنكر الدين ذلك الحى قال الشيخ في محكى المبسوط أنّه يحبس المنكر حتى يحلف على برائته أو يقرّ بالدين، وذلك لعدم امكان ان يرّد الحاكم مع نكوله اليمين إلى المشهود له، فإنّ المشهود له ميّت ولا يمكن أيضاً ردها على الإمام عليه السلام أو على المسلمين.

ويجرى مثل ذلك يعنى حبس المنكر إلى أن يحلف على النفي او يعترف فيما إذا ادعى وصى الميت على ورثته أنّه أوصى بكذا للفقراء وأنكر الورثه الوصيه فإنّ الورثه يحبسون إلى أن يحلفوا على نفي الوصيه أو يعترفوا بها، وذلك فإنّ ردّ الحاكم مع نكول الورثه على الوصى غير ممكن لعدم جواز أن يحلف الوصى عن الميت.

الشرح:

وقد أورد الماتن قدس سره على ما ذكره في المبسوط بأنّ السجن عقوبه لم يثبت موجبها، وذكر في الجواهر في ذيل ذلك أنّه قد ثبت موجب العقوبه، فإنّ الدعوى المسموعه تقتضى من المنكر اليمين أو أداء الدين، وبما أنّه لم يأت بما هو مقتضاه فيستحق الحبس.

أقول: ما ذكر في الفرعين مبنى على ردّ اليمين مع نكول المنكر عن بذله على المدعى وإلا فاللازم الحكم بثبوت الدين للميت على الحى والحكم بثبوت الوصيه للفقراء بمجرد نكول الحيا والورثه عن اليمين.

قد ذكر بعضهم أنّه وإن لا يحكم بثبوت الدعوى بمجرد نكول المنكر في سائر الموارد، لكن مجرد نكوله عن اليمين في مثل الفرعين ممّا لا يمكن ردّها على المدعى كافٍ في الحكم بثبوتها.

كما أنّه ذكر بعض آخر أنّه ليس في مثل الفرعين توجه اليمين على المنكر، فإنّه إنّما يتوجه اليمين عليه فيما إذا أمكن له ردّها على المدعى، وفي مثل هذين الموردين يوقف الدعوى إلى أن يوجد بينه بها.

ولكن ضعف كل من القولين ظاهر، لأنّ ما ورد فيآته يرد اليمين على المدعى ظاهره عدم جواز القضاء بمجرد نكول المنكر عن اليمين، كما أنّه قد تقدم عدم اختصاص توجه اليمين على المنكر بموارد جواز ردّه على المدعى وموارد عدم جوازه مع موارد جوازه سيان.

والصحيح في المقام أنّ ردّ الحاكم على الوصى اليمين مع نكول الورثه المنكرين متعين وإذا حلف بها ثبتت الوصيه، ودعوى أنّ المدعى إنّما يحلف على فعل نفسه لا يمكن مساعدته عليها، لما تقدم من جواز الحلف على البت والقطع مع العلم، سواء

الثامنة: لومات وعليه دين يحيط بالتركة، لم ينتقل إلى الوارث وكانت في حكم مال الميت، وإن لم يحطّ انتقل إليه ما فضل عن الدين، وفي الحالين للوارث المحاكمه على من يدعيه لموروثه [١] لأنه قام مقامه.

الشرح:

أكان المحلوف عليه فعله أم فعل غيره، كما هو الحال في حلف الولي والوكيل، بل لاجابه مع فرض شهاده عدل آخر إلى مسأله رد اليمين، فإنّ شهاده الواحد مع يمين المدعى تثبت دعوى المال.

وأما مسأله دعوى الدين لميت لاوارث له فهي راجعه إلى نفس الحاكم فإن تصدى لأمر تركته من شؤونه فإن أحرز بوجه معتبر أنّ الحى مديون للميت المزبور أخذ المال منه بلا حاجه إلى القضاء وإن لم يحرز ذلك، كما هو فرض شهاده واحد أو وجدانه مكتوباً في مذكراته، فيما إذا احتمل أنّ ضبطه كان بلا موجب فمقتضى أصاله براءه ذمه الحى الجارىه عند الحاكم لأمر مال الإمام عليه السلام عدم أخذ الحى المزبور بشيء، والله سبحانه هو العالم.

[١] لو كان للميت دين يحيط بتركته لم تنتقل التركة إلى الوارث، بل تبقى على ملك الميت وعدم انتقالها إلى الورثه لأنّ الإرث بعد الدين، وأما عدم انتقالها إلى الدائن فإنّ الدائن يملك على ذمه الميت فتبقى التركة على ملك الميت ليوفى بها دينه.

ويترتب على ذلك أنّه لو حصل للتركة نماء بعد ذلك وقبل صرفها على دينه يكون ذلك النماء أيضاً ملكاً للميت، فتصرف على دينه، فيما كان دينه أكثر من تركته، بخلاف ما إذا قيل بانتقال التركة إلى الوارث، ولو مع الدين المستوعب، فإنّه يكون النماء المتجدد ملك الورثه، ولا يصرف على دينه، وكذا الحال فيما زادت التركة عن دين الميت فإنّه لا ينتقل مقدار الدين إلى الوارث، وهذا هو القول الأظهر فى المسأله، والقول الآخر أنّ التركة تنتقل إلى الورثه بزعم أنّ المال لا يبقى بلا مالك والميت لا يملك.

الشرح:

وعلى الأول من القولين ففي الحالين أى ما إذا كان الدين مستوعباً للتركة أو كانت التركة أزيد لو لم يكن للميت تركة إلا على ذمه زيد وكان على الميت دين لعمرو فانكر زيد الدين عليه للميت فهل طرف المخاصمه مع زيد هو الوارث أو عمرو؟

ذكر الماتن قدس سره أنّ طرف المخاصمه مع زيد هو الوارث لا عمرو لأنّ الوارث يقوم مقام الميت فلو كان للدين على زيد شاهد واحد يحلف الوارث مع ذلك الشاهد، ويثبت الدين على زيد لثبوت الدعوى المالى بشاهد واحد ويمين المدعى، وأمّا عمرو فليس طرف المخاصمه، لأنّه ما على ذمه زيد ليس بملكه وان تعلّق به حقّه، فإنّ المفروض بقاء التركة فى المفروض بتمامها أو بمقدار الدين على ملك الميت .

نعم ذكر فى القواعد أنّه لو امتنع الوارث عن المرافعه يجوز للدائن يعنى عمرو فى الفرض المحاكمه مع زيد، ولكن لا- يجوز له الحلف مع الشاهد الواحد أو باليمين المردوده، بل يجوز له احلاف زيد على عدم اشتغال ذمته للميت. فلو حلف زيد على عدم الدين للميت تسقط دعوى زيد لادعوى الوارث، فيمكن للوارث بعد ذلك اثبات الدين على زيد بشهاده واحد ويمينه أو باليمين المردوده.

وإذا أخذ الوارث الدين لمورثه من زيد كان لعمرو مطالبه الوارث بالدين على مورثه لبقاء المال على ملك المورث ولزوم صرفه فيأداء دينه، وهل يجوز لعمرو مطالبه زيد بالمال قبل أخذ الوارث؟ فيه اشكال.

وذكر فى الجواهر فى وجه الاشكال توهم سقوط الدين عن زيد باحلاف عمرو قبل ذلك، وأجاب عنه بأنّ الساقط بالاحلاف حق الدعوى على زيد لا المطالبه بالمال الثابت على عهده زيد باثبات الوارث، ولذا لا فرق فى جواز مطالبته بين أخذ الوارث وعدمه.

الشرح:

ولكن ناقش قدس سره في جواز مطالبه عمرو زيدا أو الوارث بأن اليمين على الإبراء من زيد قد فوتت تركه بالاضافه إلى عمرو أن الميت ليس له تركه بالاضافه إليه ليطالبها وفاءً للدين، وإن كان له تركه بالاضافه إلى الوارث، وناقش أيضاً في حلف الوارث مع الشاهد الواحد أو باليمين المردوده بأن يمينه عن الغير، حيث إن المال لم ينتقل في الفرض إلى ملكه وانتقاله إليه بإبراء الدائنين الميت لا يوجب كون حلفه بالفعل عن نفسه، ولو كان الانتقال التقديرى موجباً لكون حلفه عن نفسه لجاز حلف عمرو أيضاً، لكون ما على ذمه زيد ملكه على تقدير وفاء دين الميت به انتهى.

أقول: إذا كان على الميت دين يحيط بتركته و كانت تركته منحصره بما له على عهده الآخر فليس للدائن مطالبه الورثه بالوفاء، لأن ما على عهده الآخر ملك للميت يتعين الدين على الميت فيه، وليس للوارث شأن فيه، ولذا ليس للوارث مخاصمه المديون للميت في الفرض، وانتقاله إلى الوارث على تقدير ابراء الميت عما على عهده لا يصحح طرح الدعوى قبل الابراء.

نعم إذا كان الوارث وصياً للميت في استيفاء ماله واداء ما عليه يجوز له مخاصمه المدين للميت، وهذا خارج عن الفرض، كما أنه يخرج عنه ما إذا أخذ الوارث الوكالة عن الدائن في طرح الدعوى على المدين للميت.

وبالجملة: فللدائن مطالبه المدين للميت ومخاصمته، وكذا الحال فيما كان ما للميت على ذمه الآخر أكثر من الدين، ولكن ذكر الوارث بأنه لا يدرى أن لمورثه مال بذمه الآخر.

نعم إذا اعترف الوارث بأن للمورث على عهده الآخر أكثر من الدين عليه، أو كان بيد الوارث تركه أخرى فطرف المخاصمه مع المدين للميت هو الوارث، حيث إن

البحث الثالث: فى اليمين مع الشاهد. يقضى بالشاهد واليمين فى الجملة [١] استناداً الى قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله وقضاء على عليه السلام بعده.

الشرح:

الدائن لا يستحق عن التركة إلا الدين له بنحو الكلى فى المعين فللوارث اداء ذلك الكلى وتعيينه فى كل من ابعاض التركة.

نعم إذا امتنع الوارث عن المخاصمه مع مدين الميت فيجوز للدائن مطالبه بوفاء ما عليه من الدين للميت؛ لأن امتناع الورثه عن المحاكمه اسقاط لحقه فى تعيين الدين على الميت فى أبعاض تركته.

[١] لاختلاف عندنا فى ثبوت الدعوى بشهاده عدل واحد ويمين المدعى فى الجملة، وعلى ذلك اتفاق الأصحاب قديماً و حديثاً، وبذلك نطقت الروايات وأنه قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بهما وعلى عليه السلام، والمشهور على أن الثابت بهما دعوى المال عيناً أو ديناً، وكذا كل دعوى يكون المقصود بها المال، كدعوى البيع والاجاره والهبة إلى غير ذلك، ولكن عن جماعه كالشيخ فى النهايه والاستبصار وابنى زهره والبراج اختصاص الثبوت بدعوى الدين، وعن السبزوارى ثبوت حقوق الناس بهما مطلقاً، ولولم تكن من دعوى المال أو المقصود منها المال كالطلاق والعتاق والنسب والوصيه إليه إلى غير ذلك، حيث مال إلى ذلك فى آخر كلامه، واستثنى المورد الذى تم فيه الإجماع على عدم قبول شهاده الواحد مع اليمين.

والروايات الواردة فى المقام على طائفتين :

الأولى: ما يظهر منها الاختصاص بالدين أو أن الثبوت بهما فى الدين، وفى موثقه أبى بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له عند الرجل الحق وله شاهد واحد قال: فقال: كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقضى بشاهد واحد ويمين صاحب الحق و ذلك

الشرح:

فى الدين»(١)، وفى صحيحه حماد بن عثمان قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كان على عليه السلام يجيز فى الدين شهاده رجل ويمين المدعى»(٢)، وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وآله يجيز فى الدين شهاده رجل واحد ويمين صاحب الدين ولم يجز فى الهلال إلا شاهدى عدل»(٣)، إلى غير ذلك.

الثانيه: ما يظهر منه ثبوت حقوق الناس بهما، كصحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهاده الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله عز وجل أو رؤيه الهلال فلا»(٤).

ومعتبره منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق»(٥) بناءً على عدم اراده الدين من الحق.

ولو لم يكن فى البين صحيحه محمد بن مسلم كالصريحه فى الاطلاق يتعين الجمع بين الطائفتين بحمل الاطلاق فى الطائفة الثانيه على القيد فى الطائفة الأولى، ولكن معها لا يمكن ذلك، بل يتعين أن تحمل الأولى على أن قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله قد وقع بشاهد ويمين فى الدين لا- أن ثبوت الدعوى بهما يختص بالدين، كما يحمل على ذلك ما ورد فى معتبره داود بن الحصين (٦) وغيرها مما يلحق بالطائفة الأولى.

لا يقال: مع الاغماض عن صحيحه محمد بن مسلم أيضاً لا يمكن الاختصاص؛ لأنّ اعتراض على عليه السلام على قضاء شريح فى قضيه درع طلحه شاهد لثبوت دعوى العين

ص: ٢٣٩

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١١١: ١٩٣.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٤، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٥: ٥.

٣- (٣) المصدر نفسه: الحديث ١٢: ١٩٦.

٤- (٤) المصدر نفسه: الحديث ١٩٣: ٢.

٥- (٥) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب كيفية الشهادات، الحديث ٢٦٥: ٣٥.

الشرح:

بشاهد ويمين، حيث ذكر (سلام الله عليه) فيها: «ثم اتيتك بالحسن فشهد فقلت: هذا واحد ولا أفضى بشهاده واحد يكون معه آخر وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بشهاده واحد ويمين»^(١).

فإنه يقال: لم تكن دعوى على عليه السلام درع طلحه من موارد المحاكمه، كما ذكرنا سابقاً، ويشير إلى ذلك ما فى ذيل الحديث: «ويلك أو ويحك أن إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من ذلك»، واعتراضه عليه السلام كان مبنياً على عدم جعل شريح شهاده الواحد مع يمين المدعى ميزان القضاء ولو فى دعوى الدين، كما يظهر ذلك من استشهاده عليه السلام بقضاء رسول الله صلى الله عليه وآله .

نعم يمكن أن يقال: إن فى صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج دلاله أو اشاره إلى عدم اختصاص الثبوت بدعوى الدين أو المال وهو أنه عليه السلام قد ذكر فى ردّ حكم بن عتيبه وسلمه بن كهيل قول الله: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ»^(٢) هو أن لا-تقبلوا شهاده واحد مع اليمين^(٣).

وحاصل جوابه عليه السلام: أن الله قد أمر بأخذ شاهدين عدلين فى تحمل الشهاده بالطلاق أو النكاح لا فى مقام ادائها ويمكن أن يتعين فى مقام التحمل الشاهدين ولا- يعتبر فى مقام الاداء لاحتمال أن يكون حكمه التعدد فى التحمل لأجل أنه لو نسي أحدهما الشهاده يكون الآخر على ذكر منها، وعلى ذلك فلو كان اعتبار شهاده الواحد مع يمين المدعى مختصاً بالدين لكان الأنسب أن يذكر عليه السلام فى الردّ عليهما بأن الآيه ناظره إلى الطلاق أو النكاح واعتبار شهاده الواحد واليمين يختص بالدين.

ص: ٢٤٠

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٤، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٤: ٦.

٢- (٢) الطلاق: ٢.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٤: ٦.

الشرح:

لا يقال: آية التداين بقريته ما فيها من ذكر وجه اعتبار المرأتين مع الرجل من قوله سبحانه: «أَنْ تَصِلَ إِخِيْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِخِيْدَاهُمَا الْأَخْرَى» (١) ظاهرها عدم اعتبار شهادة الواحد ويمين المدعى فى الدين أيضاً.

فإنه يقال: لا دلالة فى الآية المباركة أيضاً على عدم سماع شهادة الواحد مع يمين المدعى إذا لم يمكن فى مقام الاداء شهادة رجل وامرأتين، بل على تقدير الإغماض فالظهور اطلاقى يرفع اليد عنه بما ورد فى قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله بهما، كما يدل عليه ما ورد فى معتبره داود بن الحصين (٢) وغيرها مما تقدم.

والحاصل: مقتضى الجمع بين الطائفتين الإلتزام بثبوت الدعوى فى حقوق الناس كافةً بشهادة الواحد ويمين المدعى، إلا إذا تم فى مورد الإجماع على خلافه، كما ذكره فى الجواهر أيضاً. فما عن المشهور من اختصاص السماع بدعوى المال لا يخلو عن المناقشة، فإنه إن كان مرادهم المقصود من الدعوى هو المال فيدخل فيها جملة من الحقوق غير المالية كدعوى الوكالة فيما كان غرض المدعى المطالبة بالأجره، وكذا دعوى الوصاية فيما كان غرض المدعى الأكل بالمعروف، ودعوى النسب فيما كان الغرض من دعواها الارث أو النفقه إلى غير ذلك.

وإن كان مرادهم أن يكون المدعى به فى نفسه مالا فلاوجه فى خلافهم وترددهم فى ثبوت النكاح، ودعوى الوقف بهما. ثم إن الظاهر من حقوق الناس مقابل حقوق الله التى يدخل فيها الحدود ومع التردد فى مورد أنه من حقوق الناس أو حقوق الله يرجع فيه إلى الأصل ومقتضاه عدم اعتبار شهادة الواحد، ويمين المدعى بينه، لو لم

ص: ٢٤١

١- (١) البقره: ٢٨٢.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣٥: ٢٦٥.

ويشترط شهاده الشاهد أولاً، وثبوت عدالته ثم اليمين [١] ولو بدأ باليمين، وقعت لاغيه، وافتقر إلى اعادةها بعد الإقامه.

الشرح:

نقل بظهور البيئه فى خصوص شهاده العدلين من مثل قولهم عليهما السلام: «البينه على المدعى واليمين على من أنكر» (١)، وإن قولهم: واليمين على من أنكر ظاهره عدم اعتبار يمين المدعى فى القضاء.

[١] المنسوب إلى المشهور بل نفى الخلاف فيأنه يعتبر فى ثبوت الدعوى بشاهد ويمين وقوع اليمين بعد شهاده الشاهد وثبوت عدالته، فإنّه وإن لا يعتبر الترتيب بين شهاده الشاهد وثبوت عدالته إلا أنه يعتبر وقوع اليمين بعدهما، فلو حلف المدعى أولاً وقع لغواً، فعليه اعاده اليمين بعدهما، ونسب فى كشف اللثام الاعتبار إلى قطع الأصحاب.

ويستدلّ على ذلك بوجوه بعضها استحسانيه، كالمذكور فى المسالك بأنّ وظيفه المدعى اثبات مدّعه بالبينه ولو بدأ بشهاده الواحد تنقص البينه ويكون لها تكميلها باليمين للنص، بخلاف ما إذا عكس الأمر فإنّ الحلف ليس من البدء بما هو وظيفه المدعى فلا يعتبر.

وفيه أنّ النص قد دلّ على ثبوت الدعوى بشاهد ويمين ولم يعتبر فيه تقديم الشهاده فتكون وظيفه المدعى اقامه البينه ومع عدمها الشاهد واليمين، نظير ما ورد من أنّ على المدعى فى دعواه المال شهاده رجلين أو شهاده رجل وامرأتين، حيث لا تدل على وقوع شهاده الرجل قبل شهاده المرأتين.

وذكر فى كشف اللثام أنّ اليمين تكون حجه المدعى إذا قوى جانبه، ومع حصول شهاده العدل الواحد أولاً يقوى جانبه فتعتبر اليمين منه دون العكس، كما أنّ اليمين تثبت بها الدعوى بمجردا إذا قوى جانبه بنكول المنكر. وفيه أنّ ما ذكر مجرد دعوى

ص: ٢٤٢

الشرح:

لم يشهد بهاشيء من الروايات.

نعم قد يذكر أنه قد ورد في الروايات ذكر الشاهد قبل ذكر اليمين، فتكون ظاهره في اعتبار وقوع الشهادة قبل اليمين.

وفيه: أن الوارد في جملة منها عطف يمين المدعى على شهادته رجل واحد بالواو العاطفه أو بلفظ مع ولا دلالة لهما على الترتيب بل في روايه عباد بن صهيب عن أبيه عن الصادق عن آبائه: «أن رسول الله صلى الله عليه وآله قضى باليمين مع الشاهد الواحد» (١)، وروايه العباس بن هلال عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: «أن جعفر بن محمد عليهما السلام قال له أبوحنيفه: كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد». (٢)

وقد يذكر في وجه تقديم شهادته الواحد أنه لا اطلاق في روايات الباب، فإنها وارده في مقام نفى حصر ثبوت الدعوى بالبينه، وإنه يكفي في القضاء في الدين أو الحق المالى شهادته الواحد ويمين المدعى، ولذا لم يذكر فيها تمام مايعتبر في ثبوت الدعوى بهما، وإن الثبوت فيما إذا لم يتمكن المدعى من اقامه البينه.

وفيه: أنه لا قرينه في البين على كون تمام الروايات مهمله، مع أن الأصل في كل خطاب كون المتكلم به في مقام البيان من جهه قيود الموضوع والحكم، وفي صحيحه أحمد بن محمد ابن أبي نصر البزنطى قال: «سمعت الرضا عليه السلام يقول: قال أبوحنيفه لأبى عبدالله عليه السلام تجيزون شهادته واحد ويمين؟ قال: نعم قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وقضى به على عليه السلام بين أظهركم». (٣)

فإنه وإن كان لدعوى الإهمال فيها مجال، ولكن لا مجال لدعواه في مثل صحيحه منصور بن حازم عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقضى بشاهد واحد مع

الشرح:

يمين صاحب الحق»^(١)، ومعتبره داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن شهادة النساء في النكاح بلا رجل معهنّ إلى أن قال: فقلت: أنى ذكر الله تعالى قوله: «فَرَجِلٌ وَأَمْرَأَتَانِ»^(٢)، فقال: ذلك في الدين إذا لم يكن رجلاين فرجل وامرأتان ورجل واحد ويمين المدعى إذا لم يكن امرأتان، وقضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وأمير المؤمنين عليه السلام بعده عندكم»^(٣).

وبالجملة: التأمل في اعتبار تقديم الشهادة بل منع اعتباره، كما عن صاحب المستند هو الأظهر، وليس المراد من يمين على صدق الشاهد فيما شهد حتى لا يكون للحلف موضوع قبل الشهادة، بل المراد اليمين على أنه حقه ثابت، وفي صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن رسول الله صلى الله عليه وآله أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب يحلف بالله أن حقه لحق»^(٤)، وظاهر الحلف على ثبوت حقه لا الحلف على صدق الشاهد فيما وقع منه من الشهادة.

نعم في المقام كلام، وهو أن يمين المدعى تقوم مقام الشاهد الآخر، بحيث تكون اليمين احد جزئى المثبت للحق، أو أن مثبتة شهادة الشاهد ويمين المدعى شرط في شهادته ويتفرع على الأول أن الشاهد إذا رجع عن شهادته بعد القضاء بها يغرم نصف المال، وعلى الثاني أنه يغرم تمام المال، لكن ظاهر الروايات كون اليمين احد جزئى المثبت للحق، خصوصاً بملاحظه معتبره داود بن الحصين، حيث إن ظاهرها قيام اليمين مقام شهادة المرأتين القائمته شهادتهما مقام شهادة عدل آخر من البيّنه.

ص: ٢٤٤

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٣: ٢.

٢- (٢) البقره: ٢٨٢.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٦٥: ٣٥.

٤- (٤) المصدر نفسه: الباب ١٥ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٨: ٣.

ويثبت الحكم بذلك في الأموال [١]: كالدين والقرض والغصب، وفي المعاوضات: كالبيع، والصرف، والصلح، والإجاره، والقراض، والهبة، والوصيه له، والجنايه الموجهه للديه: كالخطاء، وعمد الخطاء، وقتل الوالد ولده، والحر العبد، وكسر العظام، والجايفه والمأمومه، وضابطه ما كان مالاً، أو المقصود منه المال، وفي النكاح تردد أمّا الخلع والطلاق والرجعه والعتق والتدبير والكتابه والنسب والوكاله والوصيه إليه وعيوب النساء، فلا. وفي الوقف اشكال، منشأه النظر إلى من ينتقل إليه، والأشبهه القبول، لانتقاله إلى الموقوف عليهم.

الشرح:

[١] ظاهر كلام الماتن قدس سره أنه يثبت بشهاده عدل واحد ويمين المدعى ما إذا كان نفس المدعى به مالاً أو أمراً يكون المقصود بذلك الأمر عند الناس دعوى تملك المال عيناً أو ديناً أو منفعه، كدعوى البيع، والوصيه له، والهبة، والقرض، والغصب في مال تالف أو غيره، والجنايه الموجهه للديه، والأرش، ودعوى الإجاره، وغيرها ممّا يعبر عنها بالحقوق الماليه.

وأنه لا يثبت بهما ما يكون المدعى به أمراً لا يكون المقصود بذلك الأمر عند الناس المال وان ترتب عليه تملك المال، كما في دعوى الخلع والطلاق والرجعه والتدبير والكتابه والنسب والوصيه إليه و عيوب النساء وقد تقدم أنّ هذا القول هو المنسوب إلى المشهور، وفي مقابل ذلك اختصاص الثابت بشهاده الواحد ويمين المدعى بموارد دعوى الدين وعموم الثبوت بهما مالم يكن من حدود الله سبحانه وأن يطلق عليه حق الناس، كدعوى القذف، أو كان مثل رؤيه الهلال ممّا لا يكون فيها دعوى حق على الغير، أو كان فيها هذه الدعوى، ولكن قام دليل خاص أو اجماع على عدم اعتبار شاهد ويمين فيها.

وذكر صاحب الجواهر قدس سره أنّ كل مورد تشريع فيه ردّ يمين المنكر على المدعى

ولا يثبت دعوى الجماعه مع الشاهد، إلا مع حلف كل واحد منهم [١] ولو امتنع

الشرح:

ثبت الدعوى فيه بشهاده الواحد ويمين المدعى، حيث إن الظاهر كون هذه اليمين يمين المنكر قد صارت إلى المدعى الذى له شاهد واحد، وعلى ذلك فالأمر فى المسأله دائر بين القولين الاختصاص بالدين أو التعميم لكل حق.

أقول: لم يظهر أن يمين المدعى مع شهاده الواحد دائر مدار جواز رد اليمين، وقد تقدم أن طائفه من الروايات ظاهرها اختصاص الثبوت بهما بالدين، ولكن فى مقابلها صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (١) من ثبوت حقوق الناس بهما، فالأمر دائر بين أن يكون المراد من حقوق الناس دعوى الدين كما ذكرنا انصراف الحق إلى الدين فى الروايات الوارده فى رد اليمين على المدعى، وبين أن يحمل ما ورد ما ظاهره الاختصاص بالدين على أن القضاء الواقع بشاهد ويمين من رسول الله صلى الله عليه وآله قد وقع فى الدين لا أنه يختص الثبوت بهما بالدين. وقد ذكرنا أنه يمكن استظهار ثبوت المال بهما ولو كان عيناً من صحيحه عبدالرحمان ابن الحجاج (٢)، بل ما يكون المقصود منه مالا.

وقد ظهر مما ذكرنا أن التردد فى دعوى النكاح لا وجه له فإنه ربما يكون غرض مدعيه المال كما فى فرض موت أحد الزوجين إلا أن المقصود من النكاح عند الناس هو الزوجيه لا المال، نظير دعوى الوصايه إليه، والله سبحانه هو العالم.

[١] لو ادعى جماعه مالاً مشتركاً بينهم بسبب واحد كالإرث واقاموا شاهداً واحداً فلا يكفى فى ثبوت دعواهم حلف واحد منهم مع شهاده الشاهد لهم، بل يعتبر فى ثبوتها حلف كل واحد منهم، لأن الدعوى المزبوره وان كانت بحسب الصوره واحده، إلا أن كلاً منهم مدعٍ بالاضافه إلى حصته من ذلك المال، والشاهد الواحد يشهد

ص: ٢٤٦

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١٩٦: ١٢.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١٩٤: ٦.

البعض، ثبت نصيب من حلف دون الممتنع ولا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقيناً،

الشرح:

بالحصه لكلّ منهم ، فيلزم حلف كل منهم على حصته.

ووحده السبب لا توجب الإكتفاء بحلف واحد فإنّه مضافاً إلى ما تقدم من أن الثابت بشهاده الواحد ويمين المدعى المال دون السبب ان السبب فيه أيضاً انحلال، فثبوتّه بالإضافه إلى بعض لا يلزم ثبوتّه بالإضافه إلى الآخرين بحسب الظاهر.

فما عن المقدس البغدادي من كفايه حلف واحد من بعضهم، وإلا فلا يثبت حقّ الحالف أيضاً بدون حلف الآخرين لا يمكن المساعده عليه، بل المحكى في كلمات بعض التسالم على الحكم من الأصحاب، نعم ربّما يحتمل أن تثبت حصه كلّ منهم بالحلف الواحد فيما كان الحالف ولياً عليهم أو وكيلاً عنهم في الدعوى، ولكنّه أيضاً لا يخلو من تأمل، وقد تقدم جواز حلف الولي بل الوكيل في الدعوى مع علمه بالحال.

وعلى ذلك ففيما حلف البعض وامتنع الآخرون تثبت حصه الحالف ولو باعها من المدعى عليه وأخذ ثمنها فلا ينبغي التأمل في عدم شركه الممتنعين عن الحلف في الثمن المزبور، لأنّ المبيع هو الحصه، وكذا إذا ما باعها من غير المدعى عليه، أمّا إذا أخذ مقدار حصته وكان المدعى به عيناً شارك، في المأخوذ بقيه الشركاء، لأنّ أخذ مقدار حصته وكان المدعى به عيناً شارك، في المأخوذ بقيه الشركاء، لأنّ أخذ مقدار حصته من العين لا يعين حصته فيه، لبطلان القسمة مع غير المالك.

وبالجملة: فالمقدار المأخوذ مال مشترك باعتراف الحالف، كما أنّ الباقي من العين عند المدعى عليه باقٍ على الإشاعه بين الجميع.

وأما إذا كان المدعى به ديناً على عهده المدعى عليه تتعين حصته في المأخوذ، لأنّ الدين إنّما يتعين بما في الخارج بقصد الدافع وإذا قصد المدعى عليه دفع دينه للحالف يكون المأخوذ ملك الحالف، وتبقى حصه الآخر على ذمّته.

الشرح:

لا يقال: كيف يختص الدين بالمدفوع إليه الحالف ولا يشترك فيه سائر الورثة مع أنّ الأصحاب ذكروا عدم جواز قسمه الدين المشترك قبل أخذه واستفادوا ذلك من الروايات الواردة من أنّ التالف من الدين يذهب على كل الشركاء والواصل منه يكون مشتركاً بينهم ولو مع قسمه الديان، وفي موثقه غياث بن ابراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام: «في رجلين بينهما مال منه بايديهما ومنه ما غائب عنهما فاقتهما الذي بايديهما واحتال كل واحد منهما بنصيبه فقبض أحدهما ولم يقبض الآخر قال ما قبض أحدهما فهو بينهما و ما ذهب فهو بينهما» وقریب منها غيرها.

فإنه يقال: الروايات المشار إليها لا تعمّ المقام، فإنّ المفروض فيها ما إذا كان لاثنين مالاً بدمه الواحد أو المتعدد واقتسما ذلك الدين قبل أخذه، بأن قال أحد الشريكين لصاحبه أنّ ما لنا ما في ذمه فلان من الدين المشترك لك وما على عهده الآخر لى، أو قال ما يؤخذ من المديون من القسط الأول من الدين لك والقسط الثانى لى، وكان دفع المديون وفاءً لما عليه من الدين لهما، وفي مثل ذلك لو تلف بعض الدين يحسب عليهما لبطلان القسمه أو انحلالها بتلف البعض.

أمّا إذا دفع من عليه المال للآخر ما عليه بقصد وفاء ما عليه له، يتعين الدين له بالدفع ولا يدخل فى المفروض فيها لتلف ما للآخر عليه بامتناعه عن الحلف، وكأنه اتلف ماله على الآخر بالامتناع المزبور.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّ امتناع المدعى مع الشاهد الواحد عن الحلف، ليس كامتناعه عن اليمين المردوده عليه، فإنّ امتناعه عن اليمين المردوده يوجب سقوط دعواه، فيحكم القاضى ببراءه ذمه المدعى عليه، فلا يفيد الظفر بعد ذلك بالبينه، على

ولا يثبت مالاً لغيره [١]، فلو ادّعى غريم الميِّت مالاً له على آخر، مع شاهد فإن حلف الوارث ثبت وإن امتنع لم يحلف الغريم وكذا لو ادّعى رهناً، وأقام شاهداً أنه للراهن لم يحلف لأن يمينه لإثبات مال الغير.

الشرح:

ما تقدم، وهذا بخلاف اليمين مع الشاهد، حيث إن يمينه في المقام إقامه المثبت لدعواه كإقامه البيه وامتناعه عن إقامه البيه ليس بمعنى طلب اليمين عن المنكر والرضا بيمينه، فيكون امتناعه عن الحلف بلاطلب اليمين عن المنكر من إيقاف الدعوى، ولو ظفر بعد ذلك بشاهد آخر أو أنه مات وقام وارثه لبذل اليمين ليأخذ حصه مورثه جاز.

[١] ذكر قدس سره اعتبار أمرين في الحلف المترتب عليه جواز القضاء:

الأول: كون المحلوف عليه امرأ يقينياً سواء أكان الحلف على النفي أم الإثبات وسواء أكانت اليمين مردوده أم غيرها.

الثاني: أنه يعتبر في الحلف أن لا يكون المحلوف عليه لغير الحالف، بأن يحلف على مال للغير وإن تعلق حقه به، ولأجله تصح له الدعوى فيه.

أقول: إن كان المراد من الأمر الأول، عدم جواز الحلف بمجرد وجدان ضبط المحلوف عليه في كتابته أو كتابه مورثه مع احتمال كونه بلا- موجب أو نحو ذلك مما لا يكون حجّه معتبره فالأمر ظاهر، لما تقدم من الروايات الظاهره في اعتبار علم الحالف وأنه لا- يمين إلا- على العلم، وإن كان المراد اعتبار خصوص وصف اليقين بحيث لا يجوز الحلف اعتماداً على الحجج مع كون مفاد دليل اعتبارها أنها علم بالواقع فلا يمكن المساعده عليه كالاستصحاب، حيث مفاد خطاب اعتباره أنّ اليقين بالحاله السابقه يقين ببقائها وأنّ اليقين السابق يعتبر علماً بالبقاء، نعم لا- يجوز الحلف اعتماداً على مثل اصاله البراءه مما يكون مفادها مجرد الحكم الظاهري.

ص: ٢٤٩

الشرح:

وما عن صاحب الجواهر من الاستشكال في جواز الحلف اعتماداً على الاستصحاب بل تقويته عدم الجواز فيه تأمل، وقد تقدم جواز الحلف اعتماداً على قاعده اليد و وروده في معتبره حفص بن غياث.

وأما ما ذكر من الأمر الثاني وهو عدم جواز الحلف على المال للغير سواء أكان عيناً أم على العهده فقد نسب ذلك إلى الشهره، وعن كاشف اللثام جواز حلف الولي على المال للمولى عليه.

ويستدل على عدم الاعتبار بما في الروايات في ثبوت الحق بشاهد ويمين صاحب الحق كما في معتبره منصور بن حازم(١)، ويمين صاحب الدين كما في صحيحه محمد بن مسلم(٢)، مع أن الأصل عدم ثبوت الدعوى وعدم نفوذ القضاء بغير يمين صاحب الحق.

ولكن الأظهر عدم الفرق في الحلف سواء أكانت اليمين مردوده أم مع الشاهد بين كونه على المال للحالف أو للغير فيما إذا تعلق للحالف الحق بذلك المال أو بدعواه، كما في الولي والوكيل في الدعوى.

وما ذكر من الروايات وإن كان ظاهرها حلف من يدعى أنه مالك المال، إلا أنها لا تصلح لتقييد الاطلاق في البعض الأخرى كصحيحه حماد بن عثمان قال: «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: كان على عليه السلام يجيز في الدين شهاده رجل ويمين المدعى»(٣)، وصحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهاده الرجل

ص: ٢٥٠

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٣: ٢.

٢- (٢) المصدر نفسه: الحديث ٥ و ١٩٥: ١١.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٥: ١١.

ولو ادعى الجماعه مالاً لمورثهم وحلفوا مع شاهدهم تثبت الدعوى [١] وقسم بينهم على الفريضة ولو كان وصيه قسموه بالسويه، إلا أن يثبت التفضيل وإن امتنعوا لم يحكم لهم، ولو حلف بعض أخذ، ولم يكن للممتنع معه شركه، ولو كان فى الجمله مولى عليه، يوقف نصيبه فإن كمل ورشد حلف واستحق، وإن امتنع لم يحكم له وإن مات قبل ذلك كان لوارثه الحلف واستيفاء نصيبه.

الشرح:

الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم». (١) وصحيحه هشام عن أبى عبد الله عليه السلام: «ترد اليمين على المدعى». (٢)

والوجه فى عدم صلاحها للتقييد كون الغالب فى المدعى بالمال صاحبه فلا تمنع عن الأخذ بالاطلاق فى الطائفه الثانيه مع أنه لا تنافى بين الاطلاق والتقييد لكونهما من المثبتين مع انحلال الحكم.

والحاصل: أن مع الاطلاق لا تصل النوبه إلى الأصل العملى، أضف إلى كل ذلك صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج الوارده فى اعتراض على عليه السلام على قضاء شريح فى درع طلحه (٣)، مع أن الحلف عليه مع الشاهد الواحد لم يكن من حلف المالك بناءً على ما ذكروا من توجه اعتراضه عليه السلام إليه فى قضائه المفروض فى الروايه.

[١] ثم إن الماتن قدس سره قد فرع على الأمر الثانى فروعاً:

الأول: ما إذا ادعى غريم الميت يعنى الدائن عليه مالاً للميت على آخر، وكان له شاهد، فإنه لا يحلف الدائن على ذلك المال للميت على الغير وان يصح له طرح الدعوى على الغير لتعلق حقه بذلك المال مطلقاً او مع امتناع الوارث عن المخاصمه مع ذلك الآخر على ما تقدم والحلف مع الشاهد يجوز للوارث.

ص: ٢٥١

١- (١) المصدر نفسه: الحديث ١٢:١٩٦.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣:١٧٦.

٣- (٣) المصدر نفسه: الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦:١٩٤.

مسائل خمس: الأولى: لو قال: هذه الجارية مملوكتي وأم ولدى حلف مع شاهده ويثبت رقيتها[١] دون الولد لأنه ليس مالاً ويثبت لها حكم أم الولد بإقراره.

الشرح:

أقول: قد تقدم الكلام في ذلك فلا نعيد.

الثاني: مالو ادعى على الآخر أن المال الموجود بيده ملك الغير وأنه قد رهن عنده بالدين له عليه فإنه لا يجوز له ان يحلف على أن المال للمديون لأن حلفه يكون لثبوت المال للغير.

الثالث: ما إذا ادعى جماعه أن المال بيد الآخر أو عهدته لمورثهم واقاموا شاهداً واحداً فإنهم يحلفون مع الشاهد ويقتسمون المال على اسهم الإرث ولو ادعوا أنه وصيه لهم يقتسمونه بالسويه مع عدم ثبوت القرينه على التفصيل ولو امتنع بعضهم عن الحلف أخذ الحالفين أسهمهم ولا يشارك الممتنع في المأخوذ، ولو كان في جملة الجماعه قاصر لا يحلف وليه، لأن حلفه للغير، بل يأخذ غيره سهمه، ويوقف الدعوى بالاضافه إليه، ويتنظر بلوغه، فلو حلف بعد البلوغ أخذ ماله عن المدعى عليه، وإن مات قبل حلفه قام وارثه مقامه.

أقول: إن الحالف فيما أخذ العين المدعى بها كلاً أو بعضاً يشترك فيه الجميع لبطلان القسمه مع غير المالك مع اعتراف الحالف بأن المال على الاشاعه بين الجميع، وذكرنا في المقام عدم الفرق بين الولي وغيره في جواز الحلف، بل لا يجوز في الفرض للولي ايقاف الدعوى بامتناعه عن الحلف لأنه من تضييع مال المولى عليه.

[١] لو كانت بيد زيد جاريه وادعى آخر عليه أن الجارية مملوكته وأنها أم ولده واقام شاهداً وحلف أنها أم ولده فلا ينبغي التأمل في أنه يثبت بهما أنها مملوكته، وأما ولدها فيبقى في يد زيد؛ لأن مدعى الجارية لم يدع ملكيه الولد له، بل ادعى النسب، وهو على ما تقدم لا يثبت بشاهد ويمين. نعم لا يجوز للمدعى بيع الجارية أخذاً

الثانية: لو ادعى بعض الورثة أن الميِّت وقف عليهم داراً [١] وعلى نسلهم، فإن حلف المدَّعون مع شاهدهم، قُضى لهم وإن امتنعوا حكم بها ميراثاً، وكان نصيب المدعين وقفاً ولو حلف بعض ثبت نصيب الحالف وقفاً، وكان الباقي طلقاً، يقضى منه الديون ويخرج الوصايا وما فضل ميراثاً وما يحصل من الفاضل للمدَّعين يكون وقفاً.

الشرح:

بإعترافه بأنها أم ولد يترتب عليها حكمها من عدم جواز البيع وغيره.

والمتحصل: أنه يبقى الولد بيد المدعى عليه، فيحكم بكونه ملكاً له، أخذاً بمقتضى يده عليه. نعم إذا انتقل ذلك الولد إلى المدعى بالارث من ذى اليد أو المصالحه أو غيرهما يحكم بكونه حراً، أخذاً على المدعى بإعترافه السابق، وربما يناقش فيما ذكر ببعض الاعتراضات، ولا ثمره مهمه للتعرض لها.

[١] لو ادعى بعض الورثة أن الدار الفلانية التي كانت لمورثهم قد وقفها المورث عليهم وعلى نسلهم، كما هو مقتضى الوقف الخاص وأقاموا شاهداً واحداً، فإن حلفوا قضى بهما لهم بالوقف، فيخرج دين الميِّت من غيرها، كما يخرج وصاياه من غيرها من ثلث التركة الباقية بعد أداء الدين ويقسم باقى التركة على جميع الورثة على اسهم الارث، ولولم يكن له تركه غير الدار فهو ممن لا تركه له، فلاموضوع لاجراج ديونه ووصاياه وارثه، وإذا امتنع مدعى الوقف عن الحلف مع الشاهد بأن لم يحلف من المدَّعين بالوقف حتى واحد منهم تدخل الدار المزبوره فى تركه الميِّت فيخرج منها ديونه ويصرف من ثلثها وصاياه ويكون الباقي لجميع الورثة المدَّعين بالوقف وغيرهم على اسهم الارث، غايه الأمر يؤخذ المدعون باقرارهم بأن الدار ليست من الملك المطلق لهم حتى يتمكنوا على بيعها.

ولو لم يكن للميِّت مال آخر غير تلك الدار وحلف بعض المدعين بالوقف عليهم دون البعض الآخر كما إذا كانوا أربع اخوه وادعى اثنان منهم الوقف عليهما

ص: ٢٥٣

ولو انقراض الممتنع، كان للبطن التي تأخذه بعده [١] الحلف مع الشاهد، ولا يبطل حقهم بامتناع الأول.

الشرح:

وأقاما شاهداً واحداً وحلف احدهما وامتنع الآخر يثبت الوقف في نصف الدار كما هو تقضى ادعائهما أن تمام الدار وقف عليهما حيث إن مقتضاه كون كل منهما مدعياً بأن نصف الدار بنحو الإشاعه وقف عليه فيخرج دين الميت من نصفها الآخر وينفذ وصاياه من ثلث الباقي من بعد اداء الدين ويجعل ثلثي الباقي من النصف ثلاثه اسهم سهمان منه لغير المدعين وسهم للمدعى غير الحالف نعم يؤخذ غير الحالف باقراره بأن ملكه غير طلق على ما تقدم.

مثلاً يكون الدار المزبوره اثني عشر سهماً، وبحلف احد المدعين يثبت له ستة اسهم وهي نصف الدار، وتبقى ستة أسهم، وإذا صرف ثلاثه من الستة الباقيه في ديون الميت و وصاياه يبقى ثلثه اسهم، سهم واحد للممتنع عن الحلف وسهمان للآخرين.

ولكن ظاهر المصنف قدس سره كجماعه من الأصحاب أن الباقي بعد اخراج الدين و وصاياه يقسم على جميع الورثه حتى الحالف، ولا يمكن المساعده عليه، فإن الحالف معترف بأنه لا سهم له من الباقي، وأنه ليس له من الدار إلا نصفها حيث إنها وقف عليه وعلى اخيه والمنكرين للوقف وإن يعترفون بإرث الحالف إلا أنه يقولان بأن سهمه أقل من النصف.

[١] ذكر قدس سره أنه إذا إنقراض الممتنع عن الحلف كان للبطن الذي يصير حصه الممتنع إليه الحلف على الوقفيه، فتأخذ الحصه بتمامها، لأن امتناع السابق لا يوجب سقوط دعوى الوقف في النصف الثاني من الدار.

أقول: في المسأله فرضان:

الأول: أن يكون بعض الاخوه ممن لم يدع الوقفيه كان منكرًا للوقفيه على

الثالثة: إذا ادعى الوقفية عليه وعلى أولاده، بعده وحلف مع شاهده تثبت الدعوى، ولا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفه، لأن الثبوت الأول أغنى عن تجديده وكذا إذا انقضت البطون، وصار إلى الفقراء أو المصالح، وأمّا لو ادعى التشريك بينه وبين أولاده افتقر البطن الثاني إلى اليمين [١] لأن البطن الثاني بعد وجودها تعود كالموجوده وقت الشرح:

المدعين بها وبما أنه ثبتت دعوى الوقفية في نصف الدار بشاهد ويمين حلفوا على نفى الوقفية، وفي هذا الفرض لا مجال لنقض الحكم السابق بعدم الوقفية بالاضافه إلى نصفها الآخر، غاية الأمر من انتقلت إليه حصه الممتنع عن الحلف من نصفها لاعترافه بالوقف أيضاً يلزم باقراره به بالاضافه إلى تلك الحصه التي فرضنا أنها الواحد من ثلاثه.

الثاني: أن يكون جريان حكم التركة على نصف الدار لا يقاف الدعوى و عدم مطالبه الممتنع عن الحلف بالحلف عن المنكرين أو أن البعض لم يكن منكراً للوقفية ولا مقرأً بها، كما إذا قالوا لانعلم الحال، وفي هذا الفرض يمكن أن يقال بأنّ للبطن اللاحق من نسل الممتنع أن يحلف على الوقفية ويأخذ النصف الثاني من الدار، ولكن قد يناقش في هذا أيضاً بأنه لا مورد لحلف البطن اللاحق، لأنّ الحكم بالوقفية في النصف الثاني يكون من الوقف المنقطع الأول.

ولكن لا يخفى أنّ الشاهد واليمين تثبتان الوقفية من الأول كاثبات البيئه، حيث إنّ الوقف تمليكي فيأخذ البطن اللاحق النصف من الدار وماتلف من منافعها في يد الآخرين مما كان ملكاً للممتنع عن الحلف، اللهم إلا أن يقال أن امتناعه عن الحلف كان اسقاطاً لاحترام تلك المنافع فلا يضمن الآخرين عليه بها.

[١] ذكر في الجواهر أنه إذا انقضت الحالف وصار الوقف إلى البطن اللاحق فيحتاج ثبوت الوقف على اللاحق إلى حلفه، لأنّ الوقف ثبت بالاضافه إلى الحالف الماضي والبطن اللاحق لا يتلقى الملك من السابق كما في الإرث ليكفي في الانتقال

الدعوى فلو ادعى ثلاثة إخوه، أنّ الوقف عليهم وعلى أولادهم مشتركاً فحلفوا مع الشاهد، ثم صار لأحدهم ولد، فقد صار الوقف أربعاً ولا تثبت حصه هذا الولد ما لم يحلف، لأنه يتلقى الوقف، عن الواقف فهو كما لو كان موجوداً وقت الدعوى ويوقف له الربع، فإن كمل وحلف أخذ.

وإن امتنع قال الشيخ يرجع ربه على الإخوه، لأنهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم، وبامتناعه جرى مجرى المعدوم، وفيه إشكال ينشأ من اعتراف الإخوه بعدم استحقاق الربع ولو مات أحد الإخوه قبل بلوغ الطفل، عزل له الثلث من حين وفاه الميت، لأنّ الوقف صار أثلاثاً، وقد كان له الربع إلى حين الوفاة فإن بلغ وحلف اخذ الجميع وإن ردّ، كان الربع إلى حين الوفاة لورثه الميت والاخوين والثلث من حين الوفاة لأخوين وفيه أيضاً اشكال كالاول.

الشرح:

إلى اللاحق ثبوت الملك للسابق بل يتلقى من الواقف فيلزم في ثبوت الوقف بالاضافه إليه الحلف.

وفيه: أنّ الوقف وإن ينحل بالاضافه إلى الموقوف عليه المتعدد كما إذا وقف العين على زيد وعمرو ومن بعدهما على اولادهما نسلاً بعد نسل فيكون نصفها وقفاً لزيد ونصفها الآخر لعمرو، إلا أنّ الوقف لا ينحل إلى التعدد بالاضافه إلى البطون التاليه، ولذا يكفى في تحقق القبض قبض البطن الموجود وعلى ذلك وكما أنّ مع البيئه بالوقف تثبت الوقف التمليكى وكذلك بشاهد ويمين، وقد تقدم عدم صحه ما بنوا عليه الحكم فى امثال المقام من أنّ الحلف على ملك الغير غير صحيح، فإنّ ظاهر الروايات أنّ الحلف مع شاهد واحد يقوم مقام البيئه وتثبت بها الدعاوى المالىه أو غيرها أيضاً كتبوتها بالبيئه و ان الحلف يصح على العلم فيما كان مدعياً ولايه أو وكاله.

والظاهر عدم الفرق فى عدم الحاجه إلى الحلف من البطن اللاحق سواء أكان

الرابعه: لو ادعى عبداً وذكر أنه كان له وأعتقه [١] فأنكر المتشبه قال الشيخ: يحلف مع شاهده ويستنقذه وهو بعيد لأنه لا يدعى مالاً.

الخامسه: لو ادعى عليه القتل وأقام شاهداً، فإن كان خطأً أو عمد الخطأ، حلف وحكم له [٢] وإن كان عمداً موجباً للقصاص، لم يثبت باليمين الواحده وكانت شهاده الشاهد لوثاً، وجاز له إثبات دعواه بالقسامه.

الشرح:

الوقف بالاضافه إلى البطن اللاحق على وجه التشريك أم بنحو الترتب وانقضاء البطن الموجود.

[١] لو كان بيد شخص عبداً فادعى عليه آخر أن العبد المزبور كان له وأنه اعتقه فهو حر واقام بذلك شاهداً فهل يثبت كونه حراً بحلف المدعى مع ذلك الشاهد الواحد؟ قال الشيخ قدس سره نعم؛ لأن الملك السابق يثبت بشاهد ويمين فيحكم بكونه حراً أخذاً عليه بإقراره، ولكن لا يخفى ما فيه لعدم تحقق الدعوى على الغير في الفرض ليقال بثبوتها بشاهد ويمين. ودعوى ولاء العتق مما لا يثبت بشاهد ويمين، كما هو المفروض. نعم إذا كان المدعى المزبور عدلاً، وشهد معه آخر بما ذكر يثبت عند الحاكم كونه حراً غير مملوك، فيأخذه ويخلى سبيله بناءً على ترتب ولاء العتق لا يوجب ردّ شهادته.

[٢] لو ادعى أن فلاناً قتل مورثه خطأً أو بنحو شبه العمد، وأقام شاهداً واحداً وحلف على القتل تثبت لديه على العاقله في الأول وعلى القاتل في الثاني فإن لديه ما يثبت بشاهد ويمين. بخلاف ما إذا ادعى عليه القتل عمداً واقام شاهداً، فإنه لا يثبت القصاص بشاهد ويمين، بل وجود شاهد واحد يوجب اللوث، فيثبت القتل العمدي في المورد بالقسامه.

ص: ٢٥٧

الشرح:

لا يقال: بناءً على ثبوت حق الناس بشاهد ويمين يثبت القصاص، فإنه من حق الناس.

فإنه يقال: لا يثبت القصاص بشاهد ويمين ولو كان من حق الناس، فإن ذلك مقتضى ما ورد في ثبوت القتل بالبينه، ومع عدمها في مورد اللوث على المدعى عليه بالبينه بالنفى ومع عدمها تعتبر القسامه، بل لا يبعد أن يكون الأمر كذلك بالاضافه إلى القتل خطأً أو شبه الخطأ، فيعتبر في ثبوت الدية على العاقله أو على القاتل القسامه، ولا يكفي مجرد شاهد ويمين. وتام الكلام في كتاب القصاص و الديات، ان شاء الله تعالى.

تشتمل على فصلين

الأول

فى كتاب قاض إلى قاض

إنهاء حكم الحاكم إلى الآخر إما بالكتابة أو القول أو الشهاده.

أما الكتابه فلا عبره [١] بها لإمكان التشبيه.

الشرح:

[١] قد يتحقق القضاء وفصل الخصومه عن قاض وينهى القاضى المزبور ويبلغه إلى قاض آخر ليحكم الآخر به ايضاً، وربما يكون الداعى إلى ذلك عدم تجديد المخاصمه عنده، او تنفيذ الحاكم الآخر قضاءه، أو أنه قد حكم للمدعى مع غياب المدعى عليه، وحيث إن الغائب على حجته ويمكن له إقامة الدعوى على المدعى عنده فيكون على علم من قضائه فى الواقعه المرفوعه إلى القضاء قبل ذلك.

والإبلاغ والإنهاء يكون على وجوه:

الأول: أن يكتب الحاكم الأول إلى الثانى بصوره حكمه وأنه قد حكم فى الواقعه الفلانيه للمدعى المزبور على فلان ويذكر اسمه و رسمه بكذا وكذا ولاسيما أن يذكر مدرك قضائه من شهاده العدلين أم شهاده واحد ويمين المدعى أو غير ذلك.

الثانى: أن يذكر الحاكم الأول للثاني أنه قد حكم فى الواقعه الفلانيه المرفوعه إليه و يذكر خصوصياتها بكذا وكذا.

الثالث: أن يأخذ الحاكم الأول شهاده الشاهدين بقضائه ليشهدا عند الحاكم الآخر به.

وأما القول مشافهه فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت ففي القضاء به تردد، نص الشيخ في الخلاف، أنه لا يقبل.

الشرح:

أما الإبلاغ والإنهاء بالكتابه فالمشهور على عدم اعتباره بها سواء أكان في البين شهاده شاهدين أنه كتابته ام لا، وسواء أكان الكتاب مختماً بخاتمه ام لا؛ لأن الكتابه تحتل التزوير وعدم القصد بما رسمه، وفي موثقه السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام: «أنه كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض فى حد ولا فى غيره حتى وليت بنو اميه فأجازوا بالبينات» (١)، ونحوها روايه طلحه بن زيد (٢)، خلافاً لأبى على، فجوزها فى حقوق الناس دون حقوق الله تعالى. وعن الأردبيلى موافقته مع العلم بكتابه قاصداً لمعناها.

أقول: إذا أحرز الحاكم الثانى أن ما وصل إليه كتابه القاضى الأول وأنه قد كتبه بعد قضائه فلا فرق بينها وبين أخباره بحكمه مشافهه و ما فى الروايتين محمول على صورته عدم احراز ذلك مع ضعف الثانيه سنداً.

وأما اخبار الحاكم بحكمه الحاكم الثانى، كما إذا قال له قد حكمت فى الواقعة الفلانيه لفلان على فلان بكذا، فعن الشيخ قدس سره فى الخلاف بعدم الاعتبار بالخبر ولا يصلح سنداً للحكم من الحاكم الثانى و تردد فيه الماتن قدس سره وإن قوى القبول فيما بعد و سيأتى التعرض له.

وأما الحكم اعتماداً على البينه بالحكم من الحاكم الأول بأن يشهد عدلان بأن الحاكم الأول قد حكم بحضورهما بكذا لفلان على فلان فقد ذكر الماتن قدس سره فى جوازه وجوهاً:

الأول: الحاجه إلى الحكم من الحاكم الثانى وتنفيذه يقتضى ذلك، فإن الحقوق

وأما الشهادة فإن شهدت البيه بالحكم، بإشهاده إياهما على حكمه، تعين القبول لأن ذلك مما تمس الحاجة إليه إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها في البلاد المتباعدة الشرح:

لأربابها في البلاد المتباعدة أمر غالب و استيفائها يحتاج إلى وسيله في رفع الحكم من حاكم إلى حاكم آخر، حيث أن تنقل الشاهدين بأصل الحق في البلاد متعسر أو متعذر غالباً، فيكون رفع حكم الحاكم بشهادتهما إلى حاكم آخر بشهادة الشاهدين بحكمه من أتم الوسيله.

لا يقال: يمكن الحكم من الحاكم الثاني بوجه آخر، وهو شهاده الفرع على شهاده الأصل بالحق عند الحاكم الثاني ليكون انفاذه وحكمه من الحكم بالبيئه.

فإنه يقال: تعسير التنقل أو تعذره يجرى في شاهدى الفرع أيضاً؛ لأن قبول شهاده الفرع يختص بالمرتبه الثانيه وشهاده المرتبه غير مقبوله عندهم بل شهاده الفرع بالمرتبه الثانيه ايضاً لا تكفى في ثبوت كل الدعاوى كما يأتى.

الثانى: أنه لو لم تسمع الشهاده بالحكم بأن يتوقف الحكم من الحاكم الثانى بأصل الحق على البيئه به عنده أو على الشهاده بالشهاده بالحق بالمرتبه الثانيه كما يعبر عنها بشهاده الفرع لبطل اقامه الحجج لذوى الحقوق مع تطاول الأزمنه، حيث يتوقف الحكم من الحاكم الثانى على قيام البيئه عنده بالحق أو الشهاده بالشهاده به، وبتتالى الأزمنه يموت الحاكم الأول وشهود الحق أصلاً وفرعاً وتنقطع الحججه بالحق.

أقول: عدم انقطاع الحججه بالحق لا يتوقف على حكم الحاكم اللاحق بالحق ليقال أن حكمه به يتوقف على البيئه عنده أو الإقرار أو اليمين المردوده، بل تبقى الحججه فى الأزمنه المتتاليه بحكم اللاحق بأن هذه الواقعه قد حكم فيها بكذا السابق عليه وان حكمه نافذ، سواء أحصل له العلم بحكم السابق بسماعه منه مشافهه أم بغيره حتى من

غالب، وتكليف شهود الأصل التنقل متعذّر او متعسّر فلا بدّ من وسيله إلى استيفائها مع تباعد الغرماء ولاوسيله إلا رفع الأحكام إلى الحكّام وأتمّ ذلك احتياطاً ما صوّرناه.

الشرح:

خصوصيات كتابه القاضى السابق كما تقدم أم بقيام البيئه عنده بالحكم من الحاكم السابق.

وبالجملة: فمقتضى ما تقدم من لزوم التصدى كفايه لإيصال حقوق الناس بعضهم إلى بعض ونفوذ القضاء وعدم جواز نقضه لزوم تنفيذ الحكم الصادر عن الحاكم الأوّل.

ومما ذكرنا يظهر ضعف ما ذكر الماتن قدس سره فى الوجه الثالث، وهو أنّه لو لم تسمع الشهاده بالحكم اتصلت المنازعه بين المتخاصمين فى خصومه واحده حيث يمكن للمدعى عليه فيها طرح الخصومه عند حاكم آخر، ووجه الظهور ان مقتضى ما تقدم تنفيذ الحاكم الآخر الحكم الصادر عن الأوّل لا- الحكم فى تلك الخصومه ثانياً بثبوت الحق للمحكوم له بلا بينه عنده بالحق.

الثالث: أنّ المتنازعين لو اعترفا بأنّ الحاكم قد حكم فى واقعهما بكذا الزمهما الحاكم الثانى بالعمل على طبق حكمه، فتكون البيئه بحكمه أيضاً كذلك، ومقتضى ذلك لزوم تنفيذ الحكم الصادر عن الأوّل.

فتحصل من جميع ما ذكرنا، أنّ إلزام الحاكم الثانى المحكوم عليه فى حكم الحاكم الأوّل بالعمل عليه مشروع بل لازم، فإنّه مقتضى نفوذ ذلك الحكم وعدم جواز ردّه والإلزام بالعمل عليه داخل فى الأمر بالمعروف، وأنّ تنفيذه من شؤون القاضى والحاكم لكونه من استيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض سواء أكان الحكم عنه أم عن الحاكم قبله.

بل لا تبعد مشروعيه حكمه بثبوت الحكم عن الحاكم السابق فيما إذا طلب

لا يقال: يتوصل إلى ذلك بالشهادة على شهود الأصل، لأننا نقول قد لايساعد شهود الفرع على التنقل والشهادة الثالثة لا تسمع ولأنه لو لم يُسرع إنهاء الأحكام بطلت الحجج مع تطاول المدد ولأن المنع من ذلك يوّدَى إلى استمرار الخصومه في الواقعه الواحده بأن الشرح:

المحكوم له وأحرزه الحاكم وجداناً أو بشهادة الشاهدين.

لا- يقال: هذا خارج عمّا دل على نفوذ القضاء في موارد المخاصمه، فإن مقتضاه القضاء في مورد المنازعه لا في ثبوت القضاء وعدمه.

فإنه يقال: الغرض من القضاء انهاء الخصومه واستيفاء الحقوق، وهذا لا يتم إلاّ بحكم الثانى بثبوت الحكم عن الحاكم السابق وإلاّ لاستمرت المنازعه، نعم القضاء بثبوت الحق للمحكوم له في تلك الواقعه اعتماداً على الحكم من الحاكم السابق لم تعلم مشروعيته، فضلاً عن نفوذه، فإنه من القضاء بلا بينه ولاعلم منه.

ثم إن ظاهر المصنّف قدس سره أنه يعتبر في حكم الحاكم الثانى بنفوذ الحكم الأوّل حضور شاهدى الحكم المخاصمه المرفوعه إلى الحاكم الأوّل وسماعهما الحكم بشهادته على حكمه، ولو كان حضورهما في تلك الواقعه اتفاقياً، ولم يطلب منهما تحمل الشهاده فلا يعتبر شهادتهما. ولكن لا يخفى ما فيه، فإنه لا يعتبر في سماع البينه إلاّ الاخبار بالواقع المشهود بها عن حسّ، و عليه فلو لم يحضر إلاّ انشاء نفس الحكم الصادر من القاضى السابق بعد أن يستمع المرافعه بين المتخاصمين سمع شهادتهما بالحكم.

بقى في المقام أمور:

منها: أنه قد تقدم أنه على الحاكم الثانى الحكم التنفيذى وانفاذ الحكم من الحاكم السابق مع ثبوت ذلك الحكم عنده بوجه معتبر، فإنه مع ثبوته كذلك يكون الزام المتخاصمين بالعمل به داخلاً في الأمر بالمعروف والمنع عن المنكر يعنى ردّ قضاء

الشرح:

الحاكم الأول كما أنّ عليه الحكم التنفيذي لثلاً- تستمر المنازعه، أضف إلى ذلك: أنّ إنفاذ القضاء الصحيح من الحاكم من شؤون القضاء.

وأما إذا لم يثبت الحكم السابق بأن شهد الشاهدان أنّ حق زيد على عمرو بكذا كان ثابتاً عند الحاكم الفلاني، أو أنّ الحاكم الأول ذكر لهما هذا الحق اخباراً فلامورد للحكم التنفيذي من الحاكم الثاني ولا للتنفيذ لعدم احرازالحكم من الأول، ومجرد ثبوت حق لزيد على عمرو لا يلزم ثبوته عند الحاكم الآخر، بل يعتبر في الحكم من الحاكم الآخر إقامه المدعى اليه بحقه أو إقرار خصمه أو اليمين المردوده على ما مرّ، بل لا يشرع القضاء في الواقعه ثانياً بعد القضاء النافذ سابقاً.

ومنها: أنّه لو تغيّر حال الحاكم الأول بعد حكمه بموت أو عزل لم يقدر ذلك في انفاذ الحاكم الآخر حكمه بخلاف ما لو تغيّر حاله بفسق، فإنّه لو سبق الإنفاذ على الفسق فهو وإلا فلا ينفذ بل يتعين تجديد المرافعه عند الحاكم الثاني، وذكروا في وجه الفرق أنّ فسقه يكشف عن سوء حاله حال قضائه بخلاف الموت والعزل ونحوهما وفي الفرق ما لا يخفى.

وهذا بالاضافه إلى تغيّر حال الحاكم الأول، وأما تغيّر حال الحاكم الثاني فلا يقدر في الحكم من الحاكم السابق، وكلّما ثبت الحكم السابق عند حاكم آخر يترتب عليه جواز الانفاذ أو وجوبه.

ومنها: أنّ قضاء التنفيذ يختص بما إذا كان الحكم للحاكم الأول في حقوق الناس، فلا يشرع ذلك في الحدود ونحوها من حقوق الله سبحانه، وذكر في الجواهر بلا خلاف، بل حكى غير واحد الاجماع عليه وهو الحجّه، لا- ما قيل من درء الحدود بالشبهه فإنّه لا تكون شبهه بعد قيام اليه.

يرافعه المحكوم عليه إلى الآخر فإن لم ينفذ الثاني ما حكم به الأول اتصلت المنازعه. ولأنَّ الغريمين لو تصادقا إن حاكماً حكم عليهما، الزمهما الحاكم ما حكم الأول فكذا ما لو قامت البيئه لأنها تثبت ما لو اقرَّ الغريم به لزم.

لا يقال: فتوى الأصحاب أنَّه لا يجوز كتاب قاض إلى قاض ولا العمل به، وروايه طلحه بن زيد والسكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: أنَّ علياً عليه السلام كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض لا في حدِّ ولا في غيره، حتَّى وليت بنواميّه فأجازوا بالبيئات.

الشرح:

أقول: ما تقدم أنَّ الالتزام بالقضاء التنفيذي لقطع المنازعه وعدم استمرارها في طول الزمان، وهذا لا يجري في الحدود بل ذكرنا سابقاً أنَّه لا مورد للقضاء في الحدود، حيث إنَّ موجب الحد مع احرازه بما هو معتبر فيه بترتب عليه اجراء الحد وإلا فلا، وعلى ذلك فإن كان الحاكم الآخر وكياً في اجراء الحد من الحاكم الذي ثبت عنده موجهه، وإلا فاستيفاء الحد اعتماداً على ثبوت الموضوع عند حاكم آخر لا دليل عليه.

منها: ما ذكر من صورته الانهاء أن يخبر الشاهدان بما شهداه من الواقعة وما سمعا من الحاكم ويقولان أشهدنا الحاكم الفلاني، ولو أحالا- الحاكم الثاني على الكتابه وبعد قراءته الحاكم الثاني الكتاب لهما قالا اشهدنا الحاكم الفلاني بأنَّه قد ذكر ما في الكتاب كفى في الإنهاء.

أقول: قد تقدم صدق الشهاده بحكم الحاكم الأول فيما إذا لم يشهدا المرافعه قبل الحكم، ولا الحكم، بل إذا استمعا للمرافعه والحكم جاز شهادتهما.

ص: ٢٦٥

لأننا نجيب عن الأوّل بمنع دعوى الإجماع، على خلاف موضع النزاع، لأنّ المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض ليس منعاً من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته ونحن نقول فلا عبره عندنا بالكتاب مختوماً كان أو مفتوحاً و إلى جواز ما ذكرنا أو ما الشيخ أبو جعفر رحمه الله في الخلاف.

ونجيب عن الرواية بالطعن في سندها فإنّ طلحه بترى والسكونى عامى ومع تسليمها نقول بموجبها فإننا لا نعمل بالكتاب أصلاً ولو شهد به فكأنّ الكتاب ملغى.

إذا عرفت هذا، فالعمل بذلك مقصور على حقوق الناس دون الحدود وغيرها من حقوق الله.

ثمّ ما ينهاى إلى الحاكم أمران: أحدهما حكم وقع بين المتخاصمين والثانى إثبات دعوى مدّع على غائب.

أمّا الأوّل: فإن حضر شاهداً لإنهاء خصومه الخصمين وسمعا ما حكم به الحاكم واشهدهما على حكمه، ثمّ شهدا بالحكم عند الآخر ثبت بشهادتهما حكم ذلك الحاكم، وانفذ ما ثبت عنده، لا أنّه يحكم بصحة الحكم فى نفس الأمر إذا لا علم له بذلك بل الفائدة فيه قطع خصومه الخصمين لو عادوا المنازعة فى تلك الواقعة وإن لم يحضرا الخصومه فحكى لهما الواقعة، وصوره الحكم، وسمّى المتحاكين بأسمائهما وآبائهما وصفاتهما واشهدهما على الحكم ففيه تردّد والقبول أولى لأنّ حكمه كما كان ماضياً كان إخباره ماضياً.

وأما الثانى وهو إثبات دعوى المدّعى، فإن حضر الشاهدان الدعوى وإقامه الشهاده والحكم بما شهدا به، وأشهدهما على نفسه بالحكم، وشهدا بذلك عند الآخر قبلها وأنفذ الحكم، ولو لم يحضرا الواقعة وأشهدهما بما صورته: ادّعى على فلان بن فلان الفلانى كذا، وشهد له بدعواه فلان وفلان ويذكر عدالتهما أو تركيتهما فحكمت أو أمضيت ففى الحكم به تردّد، مع أنّ القبول ارجح، خصوصاً مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى

وشهاده الشهود، أمّا لو اخبر حاكماً آخر، بأنّه ثبت عنده كذا، لم يحكم به الثانى وليس كذلك لو قال حكمت، فإنّ فيه تردّداً.

وصوره الإنهاء أن يقصّ الشاهدان ما شاهدها من الواقعه، وما سمعاه من لفظ الحاكم، ويقولان: وأشهدنا على نفسه أنّه حكم بذلك وأمضاه، ولو احالاً على الكتاب بعد قراءته وقالوا: شهدنا الحاكم فلان على نفسه أنّه حكم بذلك جاز.

ولابدّ من ضبط الشىء المشهود به بما يرفع الجهالة عنه ولو اشتبه على الثانى، أوقف الحكم حتى يوضحه المدعى ولو تغيّرت حال الأوّل بموت أو عزل، لم يقدر ذلك فى العمل بحكمه، وإن تغيّرت بفسق لم يعمل بحكمه، ويقرّ ما سبق إنفاذه على زمان فسقه ولا- أثر لتغير حال المكتوب إليه فى الكتاب بل كلّ من قامت عنده اليّنه بأن الأوّل حكم به وأشهدهم به، عمل بها إذا للازم لكلّ حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام.

مسائل ثلاث:

الاولى: إذا قرّر المحكوم عليه أنّه هو المشهود عليه، ألزم [١] ولو أنكر، وكانت الشهاده بوصف يحتمل الاتفاق عليه غالباً فالقول قوله مع يمينه ما لم يُقم المدعى اليّنه وإن كان الوصف مما يتعذر اتفاهه إلا نادراً، لم يلتفت إلى انكاره لأنّه خلاف الظاهر.

ولو ادعى أنّ فى البلد مساوياً له فى الاسم والنسب كُلف ابانته فياثباته فإن كان المساوياً سيئلاً فإن اعترف أنّه الغريم ألزم واطلق الأوّل وإن أنكر، وقف الحكم حتى يتبين، وإن كان المساوياً يميناً، وهناك دلاله تشهد بالبرائه، إمّا لأنّ الغريم لم يعاصر وإمّا لأنّ تاريخ الحق متأخر عن موته ألزم الأوّل، وإن احتمل، وقف الحكم حتى يتبين.

الشرح:

[١] لو شهد شاهداً الحكم بأنّ الحاكم قد أجرى الحكم على هذا المعين خارجاً فلا اشكال، أمّا إذا شهدا أنّه أجرى الحكم على العنوان بأن قالوا- أنّه حكم بالألف على أحمد بن محمد بن جعفر فإن اعترف الشخص بأنّه المحكوم عليه ألزم بالحق عملاً باعتراه.

ص: ٢٦٧

الشرح:

أمّا إذا أنكر المحكوم عليه ولم تكن شهاده الشاهدين بالحكم على عينه، كما هو الفرض، وكان العنوان ممّا يحتمل عادة اتفاق غير واحد فيه فلا ينبغي التأميل فيأنّ القول المنكر مع يمينه ما لم يقيم المدعى بينه بأنّه المراد من العنوان أو أحرز ذلك الحاكم الثانى من طريق آخر، وإذا اعترف بأنّه المراد من العنوان المذكور فى الحكم ولكن لم يعترف بالحق عليه فقد قيل لم يلزم؛ لأنّ القضاء على عنوان يغلب فيه الاشتراك قضاء مبهم محكوم بالفساد فلا يلزم المعترف بأنّه المراد من العنوان ما لم يعترف بالحق عليه ليؤخذ بإقراره بالحق عليه ولعل هذا خلاف ظاهر اطلاق الماتن قدس سره وصریح الدروس، كما هو الأظهر، فإنّ الحكم المزبور نافذ مع اعتراف الشخص بأنّه المراد من العنوان أو ثبوت ذلك بطريق آخر لصدق القضاء والحكم عليه وإنكاره الحق بعد اعترافه بالقضاء عليه بذلك الحق لا يفيد له شيئاً.

أمّا إذا لم يكن العنوان المذكور على المحكوم عليه ممّا يتفق غيره إلا نادراً لم يلتفت إلى إنكاره ويلزم بالحق الذى قضى به عليه الحاكم الأوّل أخذاً بظاهر العنوان، و هل يحتاج فى الزامه بالحق إلى حلف المدعى على أنّه المحكوم عليه دون غيره أو لا يحتاج إليه الأوفق بقاعده اليمين على المنكر مع عدم السببه للمدعى هو الحلف؛ لأنّ من له الحق لموافقه قوله الظاهر يكون منكراً بالاضافه إلى دعوى الغريم بأنّ المراد بالعنوان ليس هو بل غيره، اللهم إلا أن يقال بانصراف ما دل على تلك القاعده عن مثل هذا المورد من الخلاف، وأنّه كما يؤخذ بظاهر كلام القاضى فى غير ناحيه المدعى عليه كذلك يؤخذ به فى ناحيه المدعى عليه.

نعم إذا كان العنوان المحكوم عليه ممّا لا يقع فيه الاشتراك إلا نادراً، وادعى المعنون بذلك العنوان مع عدم اعترافه بالحق عليه ولا بكونه هو المراد فى حكم

الثانية: للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض [١] ولولم يكن عليه الشرح:

الحاكم أنّ في البلد شخصاً آخر معنون بذلك العنوان أيضاً فقد ذكر الماتن قدس سره أنّه يكلف أن يعين ذلك الشخص المساوى له في العنوان فإن عيّنه واعترف ذلك المساوى بأنّه المراد من العنوان في حكم الحاكم الأول ألزم بالحق وأطلق الأول وإن أنكر انه المراد من العنوان المحكوم عليه يوقف في الحكم الصادر عن الأول حتى يتعين المحكوم عليه.

وقد ناقش في الجواهر في كلا الفرضين، أمّا في الأول فلائ المحكوم له ادعى الحق على الأول، فمع عدم سقوط هذه الدعوى كيف يطلق من قبل الحاكم الثاني. وفي الثاني بأنّه كيف يوقف الحكم مع كون الدعوى على المعنوين بالعنوان، كما إذا كان المدعى وارث صاحب الحق وقلنا بجواز هذه الدعوى وعدم جواز ردّ الحلف فيه على المدعى، فإنّه في الفرض إن حلفا على النفي فهو وإلا الزما بالحق.

أقول: يمكن أن تكون المرافعة عند الحاكم الأول من صاحب الحق وغريمه، وقد ذكر الحاكم الأول عند شاهدي الحكم عنوانه، ثمّ إنّ وارث صاحب الحق رفع الواقعة إلى الحاكم الثاني طلباً لا- نفاذ الحكم الصادر عن الحاكم الأول و لظهور العنوان فيمن عيّنه احضره عند الحاكم الثاني، و اذا ذكر الحاضر للحاكم الثاني إنّ في البلد من هو مساو لهذا العنوان وأحضره الحاكم واعترف بأنّه هو المراد من المحكوم عليه في قضاء الحاكم الأول يطلق الحاكم الأول ويلزم الثاني لاعترافه بالقضاء عليه، ولولم يعترف الثاني بالقضاء عليه يتعين إيقاف دعوى الوارث لما يأتى أنّ من شرط سماع الدعوى تعيين المدعى عليه بلا- فرق بين دعوى الوارث أو غيره.

وما ذكر الماتن قدس سره من تكليف الحاضر الأول المنكر للقضاء عليه بابانه المساوى، فوجبها عليه شرطى لغرض اسقاط الدعوى عليه أو إبطالها.

[١] قيل: إنّ المشهود عليه في عين أو دين له الامتناع عن تسليم تلك العين أو الوفاء بالدين، حتى يتمّ الإشهاد بالقبض، فإنّ وجوب التسليم قبل الإشهاد ضرر عليه

بالحق شاهد، قيل لا يلزم الإشهاد ولو قيل يلزم، كان حسناً، حسماً لماده المنازعه أو كراهية لتوجه اليمين.

الثالثة: لا يجب على المدعى دفع الحجّة مع الوفاء لأنها حجه له [١] لو خرج المقبوض مستحقاً، وكذا القول في البائع إذا التمس المشتري كتاب الأصل لأنه حجّه له على البائع الأول بالثمن لو خرج المبيع مستحقاً.

الشرح:

وإذا كان المشهود به عيناً، فهل يضمن تلك العين زمان جواز الامتناع عن التسليم؟ فيه وجهان.

أقول: في الامساک حتى يتم الاشهاد فيه أيضاً ضرر على المالك، وقد يقال إنّ جواز الامتناع فيما كان عليه بالحق شاهد وأما إذا لم يكن فلا ملزم لإلزام القابض بالإشهاد؛ لأنّ المشهود عليه يمكنه انكار أصل الحق فيما لو عاد القابض إلى الدعوى عليه.

وذكر الماتن قدس سره: أنّ القول بجواز الزام القابض بالاشهاد مطلقاً حسن؛ حسماً لماده المنازعه وكراهه توجه اليمين.

أقول: كراهيه توجه اليمين لا يوجب ردع اليد عمّا دلّ على عدم جواز التأخير في اداء الدين مع التمكن عليه أو وجوب ردّ المال على صاحبه مع عدم رضاه بالامساک، وحسم ماده المنازعه لا يكون أيضاً موجباً لذلك، خصوصاً مع امكان عود المنازعه بموت شاهد القبض.

نعم، لا يبعد أن يقال: إنّ في الموارد التي يمكن أن يكون القبض فيها في معرض الإنكار، ومعه يخسر دافع العين والدين يكون الواجب الرد أو الاداء المتعارف كان بالإشهاد أو غيره.

[١] لا يجب على الدائن الحجّه للدين إلى المديون مع وفائه الدين، لأنّ الحجّه

الشرح:

ملك الدائن «والناس مسلطون على أموالهم»، وربما يظهر أنّ ما دفع إلى الدائن وفاءً ملكاً للغير، فيؤخذ من الدائن، فيفيد الدائن الحجة المزبوره.

وكذلك الحال فيما إذا اشترى المتاع من بايعه، وأخذ من البائع كتاب البيع، ثم باع المشتري المتاع من آخر فطالب المشتري الثاني بايعه أي المشتري الأول بدفع كتاب الأصل فلا يجب عليه الدفع؛ لأنّ الكتاب ملكه ويفيده لو ظهر المتاع مستحقاً للغير، حيث يأخذ به البائع الأول بالثمن المدفوع إليه. نعم لو طالب المدين الدائن باعطاء الحجة لقبضه الدين عليه والمشتري الثاني كتاب البيع الثاني وكان اشتراط دفعهما أمراً ارتكازياً في الدين والبيع أو غيرهما من المعاملات لزم العمل به.

الفصل الثانى

فى لواحق من أحكام القسمة

والنظر فى القاسم، والمقسوم، والكيفيه، واللواحق.

أمّا الأول:

فيستحب للإمام أن ينصب قاسماً كما كان لعلى عليه السلام ويشترط فيه البلوغ، وكمال العقل، والإيمان، والعداله، والمعرفه بالحساب، [١] ولا يشترط الحريره، ولو تراضى الخصمان بقاسم، لم تشترط العداله، وفى التراضى بقسمة الكافر نظر أقربه الجواز، كما لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم.

الشرح:

[١] يقع الكلام فى لواحق مباحث القضاء من القسمة وأحكامها، والوجه فى لحوقها بمباحث القضاء مايقال بمناسبه القضاء القسمة، حيث إنّ الحاكم لا يستغنى عن القسام لمايتفق عليه فى موارد المخاصمه قسمة المال المشترك. وعلى كلّ يقع الكلام فى هذا الفصل من كتاب القضاء فى القاسم والأُمور المعتبره فيه والمال الذى تتعلق به القسمة المعبر عنه بالمقسوم وكيفيه القسمة و فى بعض لواحقها، أى بعض الأمور التى قد تقع بعد القسمة.

وقد تكلم أكثرالأصحاب فى القسمة فياًواخر مباحث الشركه وعزّفوها بأنّها تمييز حق الشركاء والأولى تعريفها بأنّها تعيين حصه الشركاء فى بعض المال المشترك خارجاً، والوجه فى الأوليه ظهور التمييز فى أنّ للحق واقعاً معيّناً يتمييز

الشرح:

بالقسمه، مع أنه لا يكون في موارد الشركه بنحو الإشاعه واقع معيّن.

ثم إن القسمه عقد مفاده تعيين الحصص في البعض المعين من المال المشترك، وأن المنشأ ابتداءً هذا التعيين، ولا تدخل في البيع، بأن يقال كما هو المنسوب إلى بعض أن القسمه مبادله حصه الآخرين في بعض المال المشترك بحصّته في البعض الآخر من ذلك المال، ويلزم على ذلك أن يترتب على القسمه ما يترتب على البيع والمعاوضه من ثبوت خيار المجلس وحرمة الربا فيما كان العوضان من جنس واحد مكيلاً أو موزوناً بخلاف ما ذكرنا من أنها في حقيقتها تعيين الحصص في الأبعاض الخارجيه من المال المشترك.

نعم التعاوض لازم القسمه لا أن مفادها المعاوضه، ويكفي في مشروعيتها القسمه ولزومها بعد ما عليها سيره العقلاء وبنائهم في المال المشترك قوله عزّ من قائل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١)، حيث إن المراد بالعقد العهد والالتزام ولو بنحو المشدود.

كما يدل على مشروعيتها ولو في الجملة قوله سبحانه: «وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ»^(٢) لو لم نقل بدلالته على المشروعيه في كل مال مشترك.

نعم قوله سبحانه: «وَبَيَّنَّهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ»^(٣) غايه دلالاته على قبول الماء بنحو من القسمه، كما أن مثل النبوى الوارد في الشفعه فإذا وقعت أو حددت الحدود وعرفت الطرق فلاشفعه مقتضاه مشروعيتها في الأراضى المشتركه.

وذكر الماتن قدس سره أن الإمام يستحب له أن ينصب قاسماً، كما كان القاسم لعلى عليه السلام وقيل إن اسمه عبدالله بن يحيى وأن الظاهر هو الحضرمي الذي قال له عليه السلام يوم

ص: ٢٧٤

١- (١) المائدة: ١.

٢- (٢) النساء: ٨.

٣- (٣) القمر: ٢٨.

الشرح:

الجمال: «فإنك وأباك من شرطه الخميس وأبشر بالجنه».

ويقال في وجه استحبابه أن نضبه من مصالح المسلمين، ولذا يعطى الأجره من بيت المال المصروفه على مصالحهم، وأنه يعتبر فيه البلوغ وكمال العقل والإيمان والعداله ومعرفه الحساب واعتبار معرفته بالحساب ظاهر، لأنّ القسمة تتوقف على تعديل السهام واعتبار عدالته لأن نضبه قساماً من اعطاء الولايه ولزوم قبول قوله والفاستق لا يستحقها لا يقبل قوله، والحرية غير معتبره في اعطائها، نعم يعتبر اذن مولاه ورضاه بتصدية لها.

أقول: كون نصب القسام من اعطاء الولايه بأن تكون القاسميه للأموال المشتركة من المناصب لا من قبيل التوكيل أو الاستيجار غير ظاهر، وكون القاسم لعل عليه السلام لم يثبت أنه كان بنحو نصب القاضى ولولم يكن بنحو التوكيل أو الاستيجار، ولو شك في كونهما منصباً فالأصل عدمه.

والحاصل: يجوز للحاكم استيجار شخص أو توكيله لقسمة المال المشترك فيما إذا طلبوها من الحاكم أو أمر بها الحاكم، كما في صورته امتناع بعض الشركاء عن القسمة، ولذا يجوز للشركاء توكيل غير ذلك القاسم في القسمة، لأنّ الولايه في القسمة لشركاء، فإنهم ملاك المال المشترك والقسمة تصرّف في المال المشترك نعم إذا امتنع بعض الشركاء عن القسمة أجبره الحاكم عليها ولو لم يمثل يتصدى بقسمته ولو بالتوكيل لولايته على الممتنع.

ولا تعتبر العدالة في الوكيل، كما لا يعتبر فيه الايمان والإسلام، والتوكيل في المقام لا يزيد عليه في سائر المقامات، نعم توكيل الحاكم شخصاً ينبغي أن يكون بتلك الصفات تحفظاً على كرامته المقام. وعلى ذلك فيمكن للشركاء ايكال أمر القسمة إلى

والمنصوب من قبل الإمام، تمضى قسمته بنفس القرعه [١] ولا يشترط رضاها بعدها وفي غيره يقف اللزوم على الرضا بعد القرعه، وفي هذا اشكال، من حيث إن القرعه وسيله إلى تعيين الحق، وقد قارنها الرضا.

الشرح:

غير بالغ ولا يقدرح في ذلك عدم صحه عقد الصبى، لأن قسمه الصبى باذن الشركاء وأمره بها تدخل في عقد الشركاء فيعمها قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

[١] ذكر جماعه من الأصحاب كالماتن قدس سره أنه إذا كانت القسمه من قاسم نصبه الإمام تمضى قسمته بنفس القرعه التياجراها القاسم فلا يجوز للشركاء الامتناع عن القسمه الحاصله بها، بخلاف ما إذا كانت القسمه بقرعه الوكيل عن الشركاء أو بفعل الشركاء، فإنه يعتبر رضاهم بالقسمه بعد القرعه وناقش الماتن قدس سره في هذه التفرقه بأن رضا الشركاء بالقسمه حال القرعه يوجب تحقق القسمه والقرعه التى وسيله إلى تعيين سهامهم أجريت برضاهم.

وقد يقال في وجه التفرقه، بأن قرعه المنصوب من قبل الإمام بمنزله حكمه فتكون نافذه بخلاف القرعه من غيره، فإن مقتضى الأصل بقاء الشركه فى المال إلى أن يحصل اليقين بارتفاعها، وهو يحصل برضا هم بالقسمه حتى بعد القرعه.

أقول: قد تقدم أن القسمه من العقود عند العقلاء، فمع تحققها بالقرعه برضاء الشركاء التى من قبل انشاء المعامله بالفعل يحكم بنفوذها، أخذاً بالعموم فى قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١)، يعنى العهد، ولا- تصل النوبه إلى الأصل العملى. ومع قطع النظر عن ذلك فلا- تكون قرعه القاسم المنصوب من قبل الإمام إلا كالقرعه من الوكيل للشركاء، فإن كان فعل الوكيل بعد تحققه لازماً لزم القسمه فى كلا الفرضين، وإلا فلا، وما دلّ على نفوذ القضاء وعدم جواز نقضه لايعم القسمه، فإن القسمه هى التى يجبر

ص: ٢٧٤

ويجزى القاسم الواحد، إذا لم يكن في القسمة ردّ [١]، ولا بدّ من اثنين في قسمة الرد لأنها تتضمن تقويماً، فلا ينفرد به الواحد ويسقط اعتبار الثاني مع رضا الشريك

الشرح:

الحاكم الممتنع من الشركاء عليها.

ثم إن مقتضى عموم قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نفوذ القسمة بالتراضي القولى من الشركاء فى تعيين حصصهم من غير قرعه والالتزام باعتبار القرعه فى حصول القسمة بلا موجب، سواء أُريد من الاشتراط الشرط الخارجى أم ما ذكر كصاحب الجواهر من كونها شرطاً داخلياً للقسمة، بحيث لا يصدق عنوان القسمة بدونها، ولكن شىء من الأمرين غير ثابت، بل الأظهر عدم اعتبارها فى القسمة، ولم يرد فى شىء من أخبار القرعه أنها معينه فى قسمة المال المشترك.

بل قيل فى الأخبار ما يكون ظاهراً فى حصول القسمة بدونها، كالتى وردت فى قسمة الدين المشترك كموثقه غياث عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام: «عن رجلين بينهما مال بأيديهما ومنه غائب فاقسما الذى بأيديهما وأحال كل واحد منهما نصيبه فاقضى أحدهما ولم يقتض الآخر» الحديث، ولكن فى ظهورها فى قسمة ما بأيديهما بالقرعه أو بلا قرعه تأمل، بل منع، حيث إنَّها وارده فى السؤال عن حكم آخروهو قسمة مال الغائب يعنى الدين كما لا يخفى.

[١] ذكر الماتن قدس سره كجماعه أنه لا- يعتبر فى القاسم التعدد إلا فى قسمة الرد، وعلل اعتبار التعدد فى قسمة الرد بأنها تتضمن التقويم ويعتبر فى المقوم الداخلى قوله فى الشهادة التعدد وأردفه بقوله ولو رضى الشريكان بتقسيم واحد كفى، ولا يحتاج إلى ضم الآخر حيث إنَّ الحق لهما.

أقول: قد ذكرنا فى بحث ارش العيب من الخيارات أنّ الرجوع إلى المقوم فيما كان الرجوع إليه من الرجوع إلى أهل الخبره لا يعتبر فيه التعدد، لاعتبار قول أهل

الشرح:

الخبره مع عدم المعارضه بمثله، وهذا ممّا اجرت عليه سيره العقلاء، فيكون قوله نظيراً لاعتبار خبر الثقة في الأحكام، حيث إنّ مع السيره على اعتباره علماً لا- يعمّه مثل قوله سبحانه: «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ» (١) ومع السيره أيضاً على اعتبار قول أهل الخبره في الموضوعات لا يمنعها ما في روايه مصدق بن صدقه: «الأشياء كلّها على ذلك إلا أن يستبين غير هذا أو تقوم به البيه» كما أنّها لا تمنع عن اعتبار قول ذي اليد وغيره ممّا يلتزم باعتباره في الموضوعات.

وعلى ذلك ينحصر اعتبار التعدد في القاسم على موارد دخول التقويم في الشهاده، كما إذا لم يكن تعيين المال من أى جنس أو ماليته بأى مقدار محتاجاً إلى الحدس من أهله.

وثانياً: إنّ القسّمه لا- تتضمن التقويم، بل تتوقف عليه في غير قسّمه الإفراز، فلا- يعتبر التعدّد في القاسم، بل يعتبر في المقوم، ولو قوم المال اثنان وقسّمه واحد حصلت القسّمه.

وثالثاً: أنّ القسّمه تضمّنّها أو توقّفها على التقوم لا- ينحصر على قسّمه الردّ، بل تعمّ قسّمه التعديل أيضاً، فلا وجه لتخصيص التضمن بقسّمه الردّ إلا أن يراد بها ما تعمّ قسّمه التعديل بأن كان المراد غير قسّمه الإفراز ولكن هذا الاطلاق غير معروف.

وبالجملة قد تقدم سابقاً أنّ ايكال القسّمه إلى شخص الاذن له في انشاء القسّمه كان المأذون أو الأجير واحداً أو متعدداً.

ص: ٢٧٨

وأجره القسّام من بيت المال [١] فإن لم يكن إمام، أو كان ولا سعه في بيت المال، كانت أجرته على المتقاسمين.

الشرح:

[١] إذا طلب الشركاء القسمة من الحاكم فلا يبعد أن يقال بان ضمان أجره القاسم عليهم إلا أن يرى الحاكم في إعطائها من بيت المال صلاحاً، كما في موارد الاجبار على القسمة بعضاً أو كلاً، وقد قيد بعضهم كون الأجره من بيت المال بما إذا لم يكن القاسم ممّن يرتزق من بيت المال، وإلا فلا يستحق أجره على عمله مع أمر الحاكم بالقسمة ولعلّه لظهور أمره في طلبها مجاناً.

وما قيل في الفرق بين الارتزاق من بيت المال وأخذ الأجره على العمل منها من أنّ أخذ الأجره تكون في موارد اختصاص منفعه عمل العامل بالغير، كما في المقام بخلاف الارتزاق، فإنّ منفعه عمله لا تختص بالغير بل يعمّ نفسه أيضاً كالمؤدّن حيث ينتفع هو وغيره من اذانه لا- يخفى ما فيه، فإنّه يجري الارتزاق من بيت المال فيما إذا كان المنتفع بعمله غيره، ولكن الشارع شرع العمل مجاناً كالتصدى لتغسيل الموتى ودفنهم، بل كالتصدى للقضاء على ما تقدم.

ثم إنّه إذا استأجره الشركاء على القسمة بإجاره واحده أو أمروه بالقسمة ولو بأن استأجره واحد من الشركاء عن نفسه اصاله وعن سائر الشركاء وكاله أو أمره بالقسمة كذلك فلا ينبغي التأمّل فيأن الأجره على جميع الشركاء بحسب سهامهم، إلاّ مع بنائهم كون الأجره على الرؤوس لا- بحسب السهام، حيث إنّ مع عدم بنائهم كذلك ظاهر أمر المتعدد واحداً بالقسمة هو ضمان الأجره بحسب السهام، ولعلّ وجه الظهور أنّ العمل لصاحب السهم الزائد أكثر وأنّه لو كانت القسمة على الرؤوس فربّما لا يبقى على بعض الشركاء من المال المشترك شيء، كما إذا كانت السهام كثيره مختلفه بالزياده

ص: ٢٧٩

فإن استأجره كل واحد بأجره معينه فلا بحث وإن استأجروه في عقد واحد، ولم يعينوا نصيب كل واحد من الاجره، لزمهم الأجره بالحصص وكذا لو لم يقدرُوا أجره، كان له أجره المثل عليهم بالحصص لا بالسويه.

الشرح:

والنقيصه باختلاف فاحش، بحيث يذهب السهم الأدنى باجره القسمه على تقدير كونها على الرؤوس.

نعم إذا استأجره أحد الشريكين على تعيين حصته من حصه صاحبه يستشكل في جواز أن يؤجر نفسه ثانياً على تعيين حصه الآخر، حيث إن العمل بالاجاره الأوليه الواجبه عليه على الفرض يتوقف على تعيين حصه الشريك الآخر فلا يجوز له أخذ الأجره عليه، فإنه من أخذ الأجره على الواجب، ويجرى هذا الاشكال فيما إذا كان المال مشتركاً بين ثلاثة، فإنه إذا استأجره اثنان منهم على تعيين حصتهما فلا يجوز له الايجار من ثالث.

أقول: لا يبعد أن يلتزم ببطلان الاجاره الثانيه لأن الواجب لا يجوز أخذ الأجره عليه، فإنه قد ذكرنا في بحث أخذ الأجره على الواجبات أن مجرد وجوب الفعل ما لم يكن ايجابه عليه بنحو المجانيه لا يمنع عن أخذ الأجره عليه، أضف إلى ذلك أن تعيين حصه المستأجر يلازم تعيين حصه الآخر، لا أن تعيين حصه الآخر مقدّمه للعمل المستأجر عليه.

بل لأن أخذ الأجره على تعيين الحصه للشريك الآخر بعد الاستئجار على تعيين حصه الشريك الأول من أكل المال بالباطل عرفاً، حيث إن الإتيان بالعمل المستأجر عليه يلازم ذلك التعيين.

ص: ٢٨٠

الثانى فى المقسوم:

هو اما متساوى الأجزاء، كذوات الأمثال مثل الحبوب والادهان أو متفاوتها كالأشجار والعقار.

فالأول: يجبر الممتنع [١] مع مطالبه الشريك بالقسمه، لأنّ الإنسان له ولايه الانتفاع الشرح:

[١] إذا كان المال المشترك متساوى الأجزاء بأن كان مثلياً فيجبر الممتنع عن القسمه عليها عند مطالبه سائر الشركاء القسمه بلاخلاف، بل عليه الاتفاق، وأضاف فى الجواهر إلى ذكر الاتفاق قاعده وجوب ايصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر فى الإيصال، كما هو الفرض فى قسمه الاجبار المفروض فى المقام، وذكر الماتن قدس سره بأنّ الانسان له ولايه الانتفاع بماله والانفراد به أكمل نفعاً.

أقول: أمّا دعوى الإجماع فعلى تقديره مدركى، ولا أقل من احتمال كون المدرك له ما ذكر فى قاعدتين وغيرهما.

وأمّا القاعدتان فشىء منهما غير تام؛ لأنّ حق الشريك هو الحصة من المال بنحو الإشاعه، لا بنحو المعين، وصيرورتها معيناً يتوقف على القسمه، والقسمه نوع عقد مشروع من الشركاء يكون بالتراضى، ويحكم بالبطلان مع الإكراه عليهم أو على بعضهم، كما هو مقتضى رفع الإكراه فى سائر العقود والمعاملات.

و أمّا دعوى جواز الاجبار عليه لكون الانفراد أكمل نفعاً فهى تشبيه دعوى جواز الاجبار على البيع فيما كان الثمن أكمل نفعاً للبائع، والعمده فى المقام جريان السيره العقلانيه على أنّ لكل من الشركاء حق افراز ماله عن الآخرين ولو مع الاجبار فيما لم يكن ضرراً فى القسمه على سائر الشركاء. والضرر كما يأتى نقص ماله الحصة مع خروجها عن الإشاعه إلى التعيين و كذلك فيما كان الشىء غير قابل للقسمه الخارجيه فإنها جاريه على قسمه ماليته ولو بالبيع وتقسيم ثمنه إذا لم يقدم أحد الشريكين على

بماله، والانفراد أكمل نفعاً، ويقسم كيلاً و وزناً متساوياً أو متفاضلاً ربوياً كان أو غيره لأن القسمه تمييز حق لا بيع [١].

الشرح:

شراء حصه صاحبه، وفي صورته الضرر ولو لبعض الشركاء السيره غير محرز، واحتمال جواز الاجبار مدفوع بما تقدم من اعتبار التراضي في العقد وعدم امضائه مع الاكراه عليه.

وذكر في الجواهر في المقام أنه لا فرق في المال المشترك المزبور كونه مثلياً بين الجامد والمائع، وفي المائع بين كونه ممّا مسّته النار للعقد أى الثخونه كالعصير يمسه النار ليصير دبساً أو رباً، أو مسّته للتصفيه كالعسل والسمن، خلافاً لبعض العامه، حيث منعوا القسمه في الثانى حتى مع عدم التفاضل، لأنه لا يجوز بيع المائع المزبور بعضه ببعض ولو مع المماثله والقسمه داخله في البيع، وعن كشف اللثام مثل ذلك، وقال بعده أنّ هذه خرافه في خرافه، حيث إنّ الالتزام بعدم جواز معاوضه مائع مسّته النار بمثله خرافه. والالتزام بكون القسمه بيعاً خرافه أخرى.

[١] ذكر قدس سره أنّ المثلى يقسم بين الشركاء على حساب الحصص بالكيل والوزن متساوياً أو متفاضلاً، كما إذا كان المال المشترك صبرتين من الحنطه إحداهما جيده والأخرى رديه، بحيث تساوى قيمه الجيده ضعف قيمه الرديه، فإنّه يجوز لأحد الشريكين أن يعين حصته في الرديه، بحيث يكون مقدار سهمه خارجاً ضعف السهم لشريك الآخر بحسب الكيل والوزن، وحيث إنّ القسمه ليست بيعاً جاز ذلك وأيضاً بما أنّ القسمه ليست بيعاً فيجوز أن يوضع بعض المال في احدى كفتى الميزان والبعض الآخر في كفته الأخرى حتى تتعادلا من غير علم بوزن كل منهما.

ثمّ إنّ احتمال كون المراد من المتفاضل أن يأخذ أحد الشريكين زائداً على حصّته ولو بهبه الآخر الزائد ضعيف غايته؛ لأنّ الهبه لا تدخل في عنوان القسمه.

والثاني: إمّا أن يستتصرّ الكلّ أو البعض أو لا يستتصرّ أحدهم، وفي الأوّل لا يجبر الممتنع [١] كالجواهر والعقائد الضيّقه، وفي الثاني إن التمس المستتصرّ، اجبر من لا يتضرر وإن امتنع المتضرر لم يجبر ويتحقّق الضرر المانع من الإيجاب، بعدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة، وقيل بنقصان قيمه وهو اشبه وللشيخ قولان.

الشرح:

[١] إذا كان المال المشترك مختلفاً في أجزائه، ولو بحسب قيمه، فإنّ تضرّر كلّ من الشريكين بالقسمة فلا يجبر أحدهما عليه ولو طلبها الآخر، بل تصح قسمتها مع تراضيهما فقط، وكذا فيما إذا تضرّر أحد الشريكين فإنّه لا يجبر المتضرر لو طلبها الآخر. نعم لو رضى به المتضرر وطلبها وجبت على الآخر الإجابة وليس المراد بالضرر سقوط الحصه عن الانتفاع بعد التعيين، بل يعم النقص في ماليتها كما هو المعهود من الضرر في الأموال.

ويستدل على عدم وجوب الإجابة وعدم جواز الاجبار في صورتين بقاعده نفي الضرر، ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّه لم يرد في وجوب الإجابة على طلب القسمة من أحد الشريكين وجواز الاجبار عليها خطاب خاص أو عام لتكون قاعده نفي الضرر حاكماً على اطلاق ذلك الخطاب أو عمومه بالاضافه إلى صورته الضرر، بل ذكرنا أنّ مقتضى حديث رفع الإكراه أو عدم حلّ مال الغير إلّا- بطييه نفسه وإنّ حرمة مال المسلم كحرمة دمه عدم مشروعيه القسمة الإيجابيه، غايه الأمر يرفع عن ذلك في صورته عدم الضرر في القسمة أو مطالبته المتضرر للسيره العقلانيه الثابته في المال المشترك من وجوب الإجابة وجواز الاجبار عليها، وأمّا مع الضرر على كلّ منهما أو طلب غير المتضرر فلا موجب لجواز الاجبار.

ثمّ إنّ المشهور إنّ القسمة إنّما يعتبر في وجوب الاجبار عليها مع عدم الضرر أو مع مطالبه المتضرر إذا كانت تعديليه لا تتضمن رد المال من أحد الشريكين، أمّا إذا كانت

ثمّ المقسوم إن لم يكن فيه ردّ ولا ضرر، اجبر الممتنع، ويسمى قسمه اجبار وإن تضمنت أحدهما، لم يجبر ويسمى قسمه تراض، ويقسم الثوب الذى لا ينقص قيمته بالقطع، كما يقسم الأرض وإن كان ينقص قيمته بالقطع لم يقسم لحصول الضرر بالقسمه، ويقسم الثياب والعبيد بعد التعديل بالقيمه قسمه اجبار، وإذا سألا الحاكم القسمه ولهما بينه بالملك، قسم وإن كانت يدهما عليه، ولا منازع لهما، قال الشيخ فى المبسوط لا يقسم وقال فى الخلاف يقسم وهو الأشبه، لأن التصرف دلالة الملك [١].

الشرح:

متضمنه لردّ لمال من أحدهما فلا يجبر عليها حتى مع عدم الضرر يعتبر فيها تراضى الشريكين مطلقاً، ويستدل على عدم جواز الاجبار فى القسمه الرديه بأنها تتضمن المعاوضه وتمليك المال فيعتبر فيها التراضى.

ولكن لا يخفى عدم الفرق بين القسمه الافرازيه والتعديليه والقسمه الرديه فى أنّ القسمه حقيقتها أمر واحد فى جميعها، وهى تعيين الحصة خارجاً، فالمعاوضه غير منشأه ليعتبر فيها التراضى، بل قهريه تبعيه يعبر عنها بالتعاوض، ومقتضى السيره المشار إليها عدم الفرق فى الحكم بين الأقسام مع عدم الضرر، كما إذا كانت لهما داران ضيقتان على نحو الاشاعه وتكون قيمه احدهما ألفين وقيمه الأخرى ألفاً وخمسائه فيضاف إلى الأدنى خمسائه أخرى، فيقرع بينهما فمن أصابته الدار الأدنى يأخذ من صاحبه مائتين وخمسين، وإنما تحتاج إلى القرعه مع عدم تراضيهما بدونها، وإذا لم تمكن هذه القسمه ولو لعدم المال تباع الداران، ويقسم ثمنهما بينهما كل ذلك بالسيره المشار إليها.

[١] إذا سأل الشريكان الحاكم أو غيره قسمه المال المشترك بينهما فإن كان لهما بينه بملكهما ذلك المال قسمه بينهما، لأنّ البيه حجه للقسمه التى قيل إنها بمنزله الحكم فى فصل الخصومه ورفع الخلاف بخلاف ما إذا لم يكن لهما بينه بأن كان

الثالث: فى كىفبه القسمه بالحصص. إن تساوت قدرأً وقيمه فالقسمه بتعديلها على السهام[١] لأنه يتضمن القيمه كالدأر يكون بين اثنين وقيمتها متساويه وعند التعديل يكون القاسم مختيراً بين الإخراج على الأسماء، والإخراج على السهام.

أمأ الأول فهو أن يكتب كل نصيب فى رقعته ويصف كل واحد بما يميزه عن الآخر ويجعل ذلك مصوناً فى سائر كالمشمع والطين ويأمر من لم يطلع على الصوره بإخراج أحدهما على اسم احد المتقاسمين فماخرج فله.

الشرح:

الطريق إلى مالكتيهما يدهما بالمال فإنه يذكر أنه لا يقسم لأن الحكم لا يجوز بغير البينه والقسمه بمنزله الحكم ولاحتمال أن يحصل لهما منازع.

وفيه: أن القسمه حتى من الحاكم لا تكون حكماً، بل هى تعيين الحصه من المال المشترك فى أبعاضه، وتحسب نوعاً من المعامله توجد بالمباشره والتوكيل، وإذا ظهر أن المتقاسمين أو أحدهما لم يكن شريكاً ينكشف بطلانها نظير انكشاف عدم الملك فى سائر المعاملات.

ولو ادعى أحد على المتقاسمين أو على أحدهما قبل القسمه أو بعدها تسمع دعواه هذا أولاً، وثانياً لو فرض أن القسمه بمنزله الحكم أو نوع منه فلا تجوز بالاستناد إلى قاعده اليد، فلأزم ذلك عدم جواز القسمه بالينه بالملك أيضاً، لأن الحكم يصح بينه المدعى خاصه، ولا يكفى فيه مطلق البينه وبينه المتقاسمين فى الفرض غير داخل فى بينه المدعى، حيث إن يدهما على المال.

[١] إذا كان سهم أحد الشريكين مساوياً مع سهم الشريك الآخر من حيث المقدار و القيمه من المال المشترك على تقدير جعله حصتين كما فى الأرض المتساويه الأجزاء من حيث القدر والقيمه فإنها إذا كانت مشتركه بين اثنين بالمناصفه يجعلها القاسم نصفين، ثم يخرج القرعه باسم الشركاء أو السهام.

ص: ٢٨٥

وأما الثاني: فهو أن يكتب كل اسم في رقعته، ويصونهما ويخرج على سهم من السهمين فمن خرج اسمه فله ذلك السهم.

وإن تساوت قدرًا لأقيمته عدلت السهام قيمه والغى القدر حتى لو كان الثلثان بقيمته مساويًا للثلث لجعل الثلث محاذيًا للثلثين وكيفية القرعه عليه كما صورناه.

الشرح:

أمّا الأول يعنى اخراجها باسم الشركاء فيكتب كلاً من نصفى الأرض فى رقعته، بحيث يميّزه عن النصف الآخر، ويجعل كلاً من الرقعتين بحيث لا- يمحو كتابتها فى ساتر من شمع أو طين أو نحوهما، ثم يؤمر من لا يطلع على كتابتهما باخراج أحدهما باسم أحد الشريكين.

وأمّا الثانى أى اخراجها باسم السهام فيكتب اسم أحد الشريكين فى رقعته، واسم الشريك الآخر فى رقعته أخرى، ويجعل كلاً منهما فى ساتر، كما تقدم، ثم يؤمر من لا يطلع على كتابتهما باخراج إحداهما لأحد السهمين المعينين خارجاً.

أمّا إذا كانت السهام متساويه فى المقدار من المال المشترك، لكن المقدار المساوى للسهم منه لا يكون مساوياً لمقدار السهم الآخر فى قيمه، مثل إذا كانت الأرض المشتركة بين الإثنين بالمناصفه مختلفه فإجزائها بحسب قيمه، بحيث يساويثلثها من جانب ثلثى الباقي بحسب قيمه، وفى هذا الفرض تعدل السهام بحسب قيمه لا المقدار، كما فى الصورة السابقه بأن يجعل ثلثها من ذلك الجانب سهماً و ثلثيها الباقيين سهماً آخر، ثم يخرج القرعه باسم الشريكين أو باسم السهام على ماتقدم.

و إذا كانت السهام مختلفه قدرًا لا قيمه، كما إذا كانت الأرض المتساويه أجزائها بحسب قيمه مشتركه بين ثلاثه أسهم أحدهم نصفها وسهم الثانى منهم ثلثها وسهم الثالث سدسها، وفى مثل ذلك يعدل المال المشترك على أقل السهام بأن تجعل الأرض

وإن تساوت الحصص، قيمه لا- قدرأً، مثل أن يكون لواحد النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس، وقيمه أجزاء ذلك الملك متساوية، سوّيت السهام على أقلهم نصيباً، فجعلت اسداساً ثم كم تكتب رقعته؟ فيه تردد بين أن يكتب بعدد الشركاء أو بعدد السهام والأقرب الاقتصار على عدد الشركاء، لحصول المراد به، فالزيادة كلفه.

الشرح:

المزبوره سته أسهم خارجيه، ويعين لإبتداء السهام طرفاً بالتراضى أو بحكم القاسم، ثم يقرع بكتابه أسماء الشركاء فى الرقع، وهل تكون الرقع بعدد الشركاء بأن يكتب اسم كل شريك فى رقعته فيكون فى الفرض ثلاث رقع ومن له ثلثها فى رقتين واسم من له السدس فى رقعته فتحصل ست رقع؟

الظاهر الاكتفاء بالأول لحصول الغرض كما نذكر، ثم يؤمر من لا يطالع على كتابتها باخراج احداها، فإن خرجت باسم الشريك بالنصف يأخذ من ابتداء السهام بثلاثه منها، ثم يخرج رقعته أخرى فإن خرج باسم الشريك بالثلث يأخذ سهم الرابع وسهم الخامس والسهم الباقي لصاحب السدس وهكذا، ولو جعل الرقع ستاً فإن خرج اسم صاحب النصف يعطى تمام سهامه، ثم لو خرج اسمه ثانياً أو ثالثاً يلغى الرقعته الخارجه، وفائده زياده الرقع مع أنه يلغى ثانيها وثالثها لتكثير حظه فى الخروج لأن أكثر المال له هكذا قيل، ولكن لا يخفى ما فيه بعد تعديل السهام وعدم جواز تفريق سهام شخص.

وبالجمله: يخرج الرقع فى هذه الصوره على السهام، ويكتب فى الرقع أسماء الشركاء ولا تخرج على أسماء الشركاء بأن يكتب السهام فى الرقع حذراً من تفرّق السهام.

وإذا اختلفت السهام قدرأً وقيمه عدّل المال المشترك على أقل السهام بحسب قيمه، ثم يعين السهام بكتابه أسماء الشركاء فى الرقع كما تقدم فى الصوره السابقه،

ص: ٢٨٧

إذا عرفت هذا، فإنه يكتب ثلاث رقع لكل اسم رقعته، ويجعل للسهم أول وثان وهكذا إلى الأخير، والخيار في تعيين ذلك إلى المتقاسمين ولو تعاسروا، عينه القاسم، ثم يخرج رقعته، فإن تضمنت اسم صاحب النصف، فله الثلاثة الأول. ثم يخرج ثانيه، فإن خرج صاحب الثلث، فله السهمان الآخران. ولا يحتاج إلى إخراج الثالث بل لصاحبها ما بقي، وكذا لو خرج اسم صاحب الثلث أولاً، كان له السهمان الأولان ثم يخرج أخرى، فإن خرج صاحب النصف فله الثالث والرابع والخامس ولا يحتاج إلى إخراج أخرى لأن السادس تعين لصاحبها.

الشرح:

وقد يقال بإمكان إخراج القرعة على الأسماء بأن يكتب السهم في الرقع بالنحو التالي ففي رقعته نصف المال، وفي الأخرى ثلثه وفي الثالثة سدسه، ويعين مبدأ السهم المخرجه بالتراضي، أو بتعين القاسم أو بالقرعة الأخرى على المبداء، فيؤمر من لا يطلع على الحال فيها بإخراج رقعته من الرقع الثلاث ثم يؤمر بإخراج الثانيه، ولكن لا يخفى أن هذه عبارته أخرى لكتابه أسماء الشركاء وإخراجها على السهم.

وأما كتابه السهم الستة على الرقع الستة ثم إخراجها فقد تقدم أنه قد يوجب التفريق على واحد في سهامه، كما إذا ظهر السهم الثاني أو الخامس باسم صاحب السدس، أو ظهر الخامس باسم صاحب النصف بعد خروج السهم الرابع باسم صاحب السدس، وهكذا.

أقول: يقع الكلام في المقام في جهتين: الأولى في وجه اعتبار قسمه السهم بالقرعة وهل الدليل على مشروعيه القرعة تعم مثل المقام مِمَّا لا يكون للحق فيه واقع معين أم لا؟ والثانية في انحصار طريق القسمة في المال المشترك على القرعة بما تقدم من الكيفية من الرقع وكتابتها والستر عليها، أم أنها تصدق ولو لم تكن بالكيفية المتقدمة.

ص: ٢٨٨

وهكذا لو خرج اسم صاحب السدس أولاً كان له السهم الأول ثم يخرج أخرى فإن كان صاحب الثلث كان له الثاني و الثالث، والباقي لصاحب النصف ولو خرج في الثانيه صاحب النصف، كان له الثاني والثالث والرابع، وبقي الآخران لصاحب الثلث من غير احتياج إلى إخراج اسمه، ولا يخرج في هذه على السهام، بل على الأسماء إذ لا يؤمن ان يؤدي إلى تفرق السهام وهو ضرر، ولو اختلفت السهام والقيمه، عدلت السهام تقويماً وميزت على قدر سهم أقلهم نصيباً وأقرع عليها كما صورناه.

الشرح:

أما الجبهه الأولى: فقد يقال أن مشروعيه القرعه تنحصر بما إذا كان للشئ واقع معين فيستكشف الواقع المجهول لنا بالقرعه.

وبتعبير آخر: تخرج القرعه الحق الواقعي، ومع عدم التعيين للشئ واقعاً كما في المال المشترك فلا دليل على كونها معينه، ويجاب عن ذلك بأن في روايات القرعه ما يدل على جريانها حتى فيما لم يكن للشئ واقع معين، وفي صحيحه إبراهيم بن عمر اليماني عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حرّ فورث ثلاثة قال: يقرع بينهم فمن أصابه القرعه اعتق قال: والقرعه سنّه» (١).

ولكن في الاعتماد على الصحيحه اشكال، فإنه لا- عتق إلا- بعد ملك كما في غير واحد من الروايات المعتمده سنداً ودلاله، فلا يكون عتق الواحد قبل الملك صحيحاً ليحمل المعتق على الطبيعي المقيد بالواحد، ويتعين ذلك الطبيعي بالقرعه، وفي صحيحه منصور بن حازم «قال: سأل بعض أصحابنا أبا عبدالله عليه السلام عن مسأله فقال: هذه تخرج في القرعه، ثم قال: فأى قضيه أعدل من القرعه إذا فوضوا أمرهم إلى الله عز وجلّ أليس الله يقول: «فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ» (٢)» (٣).

ص: ٢٨٩

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٨٧: ٢.

٢- (٢) الصافات: ١٤١.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩١: ١٧.

وأما لو كانت قسمه رد، وهي المفتقره إلى ردّ في مقابله بناء أو شجر أو بشر، فلا تصحّ

الشرح:

وأورد على الاستدلال بهذه الصحيحه بأنّ من كان مطلوب الحوت كان معيناً واقعاً، وأجيب بأنّ الأمر وإن كان كذلك واقعاً إلاّ أنّ أهل السفينه اعتقدوا أنّ واحداً لا بعينه مطلوب الحوت فساهموا لتعيين الواحد لا بعينه وإلاّ فلو كانوا عالمين بأنّ الحوت يطلب يونس عليه السلام لأخذوه وألقوه في البحر.

أقول: لا يخفى ما في الاستدلال بها فإنّ أهل السفينه وإن لم يعتقدوا بأنّ يونس عليه السلام مطلوب للحوت، إلاّ أنّه من المحتمل أنّهم اعتقدوا كما نقل أنّ واحداً معيناً يطلبه الحوت وهم لا يعرفونه بعينه، واستعملوا القرعه في إخراجه.

وبالجملة: لا تثبت بالروايه مشروعيه القرعه في تعيين ما ليس له واقع معين.

نعم يظهر العموم عن صحيحه حريز عن محمد عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يكون له المملوكون فيوصى بعتق ثلثهم قال: كان على عليه السلام يسهم بينهم (١)» حيث إنّ شركه الميت مع سائر الورثه في الثلث بنحو الإشاعه، والروايه ظاهرها تعيين سهم الوصيه، بالقرعه ولكن في سندها اشكالاً فإنّ محمد الذي يروي عنه حريز يحتمل كونه محمد بن مروان الذي روى غير حريز عن محمد بن مروان مثلها، كما يحتمل كونه غيره.

وبالجملة: لا يتعين محمد في محمد ابن مسلم.

ولكن لا يبعد أن يقال: إن تعيين السهام بها خارجاً في موارد الميز لبعضها ولو قهراً مع عدم التراضي بين الشركاء بنحو آخر للسيره الجاريه من العقلاء عليها، كما ذكرنا نظيرها في الإلزام بالقسمه مع طلب بعض الشركاء مع عدم الضرر، وهذا المقدار مع عدم ثبوت الردع كافٍ في الحكم بمشروعيتها، كما أن مقتضاها عدم اعتبار رضا

ص: ٢٩٠

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٣ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١٨٨: ٣.

القسمه مالم يتراضيا جميعاً [١] لما يتضمّن من الضميمة التي لا تستقر إلا بالتراضى وإذا اتّفقا على الرد، وعُدّلت السهام فهل يلزم بنفس القرعه، قيل لا-، لأنها تتضمن معاوضه ولا يعلم كلّ واحد من يحصل له العوض، فيفتقر إلى الرضا بعد العلم بما ميزته القرعه.

مسائل ثلاث:

الاولى: لو كان لدار علو و سفلى، فطلب أحد الشريكين قسمتها [٢] بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب من العلو و السفلى بموجب التعديل جاز، واجبر الممتنع مع انتفاء الضرر ولو طلب انفراده بالسفلى أو العلو، لم يجبر الممتنع وكذا لو طلب قسمه كلّ منهما منفرداً.

الشرح:

الشركاء بعدها بالقسمه الحاصله بها، بل لا يعتبر رضا جميعهم بها قبل اجرائها فى موارد جواز الاجبار بالقسمه على ماتقدم، ومما ذكر يظهر الكلام فى الجبهه الثانيه وانّ القرعه تحصل ولو بفقد بعض ما تقدم.

[١] قد تقدم ما فيه فلا يحتاج إلى الاعاده.

[٢] إذا كانت الدار مشتركه بين اثنين وكان لها علو وسفلى وطلب أحد الشريكين القسمه يكون المطلوب من قسمتها على أنحاء:

الأول: أن يطلب قسمتها على حصتهما، بحيث يكون لكل منهما نصيب خاص من كل العلو والسفلى، و تجوز هذه المطالبه بمعنى أنه يجبر الشريك على هذه القسمه مع عدم الضرر فيها.

الثانى: أن يكون المطلوب من قسمتها بحيث ينفرد أحدهما بالسفلى والآخر بالعلو ويذكر أنّ هذا النحو من القسمه لا يجبر عليها بل تحتاج إلى التراضى ولو مع عدم الضرر، ويقال فى وجه ذلك أنّ القسمه بالنحو الأول داخله فى القسمه افرازاً.

وبالنحو الثانى: داخله فى القسمه تعديلاً، ومع امكان قسمه المال المشترك افرازاً لا يجوز الاجبار على القسمه تعديلاً كما يأتى.

ص: ٢٩١

الثانية: لو كان بينهما أرض وزرع فطلب قسمه الأرض حسب اجبر الممتنع [١] لأن الزرع كالمتاع فى الدار ولو طلب قسمه الزرع قال الشيخ لم يجبر الآخر لأن تعديل ذلك بالسهم غير ممكن وفيه اشكال من حيث امكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهاله أما لو كان بذراً لم يظهر لم يصح القسمه لتحقق الجهاله ولو كان سنبلاً قال أيضاً لا يصح وهو مشكل لجواز بيع الزرع عندنا.

الشرح:

أقول: الكبرى وإن كانت كما ذكر؛ لأن عمده الدليل على جواز الاجبار على القسمه، السيره العقلانيه و مقتضاها تقديم القسمه الافرازيه إلا ان كون الأول قسمه افرازيه غير صحيح، ومع كونها تعديليه أيضاً يجبر على الجامع بين القسمتين، ومع عدم التراضى بأحد النحويين يعين أحدهما بالقرعه مع عدم الضرر كما هو الفرض. نعم فى مثل الشقق المتعارفه فى عصرنا الحاضر تحسب كل طبقه مالا مستقلاً ويأتى حكمها.

الثالث: ما إذا كان المطلوب قسمه كل من العلو و السفلى منفرداً، بأن يقسم السفلى مع قطع النظر عن العلو، والعلو مع قطع النظر عن السفلى و كأنهما مالان مستقلان يكون كل واحد منهما مشتركاً بينهما، وهذه القسمه تحتاج إلى التراضى، ولا يجبر عليها؛ لأن تقسيمها كذلك بحيث يكون السفلى من الجانب الأول للآخر غير داخل فى قسمتها المتعارفه، لأن الدار تحسب بجميع أجزائها مالا واحداً مشتركاً.

[١] إذا اشترك اثنان فى أرض وزرعها يحسب كل من الأرض والزرع مالا مستقلاً، و لذا لو طلب أحدهما قسمه الأرض خاصه يجبر الآخر عليها مع عدم الضرر سواء أكانت قسمتها قسمه تعديل أم إفراز، أما إذا طلب أحدهما قسمه الزرع خاصه فالمحكى عن الشيخ قدس سره إنه لا يجبر الآخر على القسمه لعدم إمكانها فى الزرع لأن القسمه تتوقف على تعديل السهام و تعديلها فى الزرع عاده غير ممكن وناقش الماتن قدس سره فيه بأن كلامه لا يخلو عن اشكال فإن الذى لا يمكن فى الزرع عاده هو التعديل عيناً و أما التعديل قيمه فهو أمر ممكن. نعم فيما كان بذراً لم تصح قسمته لتحقق الجهاله فى المقسوم.

ص: ٢٩٢

الثالثه: لو كان بينهما قرحان متعدده، وطلب واحد قسمتها بعضاً في بعض لم يجبر الممتنع [١] ولو طلب قسمه كل واحد بانفراده أُجبر الآخر، وكذا لو كان بينهما حبوب

مختلفه ويقسم القراح الواحد، وإن اختلفت أشجار اقطاعه، كالدار الواسعه إذا اختلفت ابنتها ولا يقسم الدكاكين المتجاوره بعضها في بعض قسمه اجبار، لأنها املاك متعدده، يُقصد كل واحد منها بالسكنى على انفراده فهي كالأقرحه المتباعده.

الشرح:

أقول: لعل المراد بالجهاله عدم امكان تعديل السهام حتى قيمه، ولا يبعد أن يقال: إن المال المشترك إذا كان حياً مستوراً في الأرض لم يخضر أو مع اخضراره أيضاً المسمى بالبذر في بعض الكلمات غير قابل للقسمه، لأن البذر قبل صيرورته قصبلاً أو سنبلاً لا يعتبر مالاً حتى يعدل السهام قيمته وإن يكون ملكاً اللهم إلا أن يقال عدم المايه بلحاظ الحاله الفعلية لا بلحاظ اشتراك بقائه ليصير قصبلاً أو سنبلاً أو حنطه و شعيراً كما لا يخفى.

ولو صار الزرع سنبلاً فالمحكي في كلام الماتن عن الشيخ قدس سره عدم صحه قسمته ولعله لعدم امكان تعديل السهام ولو بالقيمه ولكن ضعفه الماتن عليه السلام بجواز بيع الزرع قصبلاً كان أو سنبلاً وكان جواز البيع يلزم التقويم الذي يدخل فيه تعديل السهام بالقيمه ولكن لا يخفى أن جواز البيع يلزم التقويم لا تعديل السهام في أبعاض العين العين قيمه كما يظهر ذلك للمتأمل.

[١] المشهور بين الأصحاب كما قيل إن الأملاك المتعدده التي يعد كل واحد منها ملكاً و مالاً مستقلاً إذا كان كل واحد منها مشتركاً بين اثنين أو أزيد وطلب أحد الشريكين الآخر بقسمه بعضها في بعض بأن يكون بعضها بتمامه ملكاً له، و بعضها الآخر بتمامه ملكاً للشريك الآخر، كما إذا كان لهما قطعات أربع من الأرض الخاليه من الشجر المعبر عن كل واحد منها بالقراح، وطلب أن تكون قطعتان منها له و القطعتان

الشرح:

للآخر، أو كان في الخارج صبرتان احدهما حنطه والأخرى شعير وكل منهما مشترك بين اثنين بالمناصفه فطلب احدهما القسمه، بأن تكون احدى الصبرتين بتمامها له والأخرى بتمامها لصاحبه، وكذا إذا كانت لهما غير ذلك من الدكاكين والدور المتعدده، ففي مثل ذلك لا يجبر الآخر على هذه القسمه حتى فيما لم يكن في البين ضرر، بخلاف ما إذا طلب قسمه كل منها بأن يكون بعض كل منها لواحد وبعضه الآخر للآخر فإنه يجبر على هذه القسمه مع عدم الضرر.

وعلّلوا ذلك بأن هذا النحو من القسمه قسمه افراز ومع امكانها لا يجبر على القسمه بالنحو الأول الداخلة في القسمه التعديليه، لأنّ للمالك أن يتحفظ بحصّته من المال ولو مع اجابته لطلب القسمه أو طلبها. نعم مع عدم امكان القسمه إلا بالنحو الأول كما في الثياب المتعدده المشتركه كل واحد منها بينهما وكالدواب والكتب وغير ذلك جاز الاجبار عليها، واستثنوا من جواز الاجبار القسمه بالردّ والتزموا بعدم جواز الاجبار عليها حتى ولو يمكن غيرها.

بل استشكلوا في صحه قسمه الرد مع امكان القسمه بالافراز أو بالتعديل حتى مع التراضى، فإنه مع امكان غيره لاتصدق عليها القسمه ولذا ذكر بعضهم عدم صحتها حينئذٍ إلا بايقاع المصالحة المفيده فائدها.

ثمّ إنه إذا طلب أحد الشريكين قسمه المال المشترك بينهما بالقسمه بالنحو الثاني وجبت الاجابه لها و جاز الإِجبار عليها ولو كانت القسمه بالاضافه إلى توابعه من النحو الأول يعنى من قسمه بعض التوابع المشتركه فى البعض الأخرى، كما إذا كانت الدار واسعه فيها أشجار مختلفه وأبنيه متعدده، وإلى ذلك ينظر كلام الماتن قدس سره ويقسم القراح

الرابع: فى اللواحق وهى ثلاثة:

الأول: إذا ادعى بعد القسمة الغلط عليه، لم تُسمع دعواه [١] فإن اقامت بينه سمعت، و حكم ببطلان القسمة، لأنّ فائدتها تميّز الحق ولم يحصل ولو عدمها، فالتمس اليمين، كان له، إن ادعى على شريكه العلم بالغلط.

الشرح:

الواحد وان اختلفت أشجار اقطاعه كالدار الواسعه إذا اختلفت أبنيتها.

أقول: قد تقدم أنه إذا لم تمكن القسمة بالإفراز والتعديل يجوز لأحد الشريكين مطالبه الآخر بالقسمة الرديه، ويجب على الآخر القبول، غايه الأمر إذا طلب كل منهما الحصة الخاليه عن الرد أو الضميمة بها الرد يقرع بينهما ومع عدم امكان هذا النحو من القسمة ولو لعدم المال لواحد منهما للضم للطرف الناقص يباع المال المشترك و يقسم الثمن لهما على ما أشرنا إليه من السيره العقلانيه.

[١] إذا ادعى أحد الشريكين على الآخر وقوع الغلط لم تسمع إلاّ مع البيّنه به فيما أجاب الآخر بلا أدري، أمّا إذا كان نافيّاً للغلط أو ادعى عليه علمه بالغلط يتوجه اليمين على الآخر بالحلف على نفي الغلط أو على عدم علمه بالغلط؛ لأنّ أصاله الصحه الجاريه فى القسمة تجعل من يدعى الغلط مدعياً فى دعواه فعليه اثباته، ومع جواب الآخر بلا أدري و اعتراف المدعى بعدم العلم لم يتوجه الدعوى على الآخر. بل الأمر كذلك حتى مع قوله بأنّه لا يدري أنّ الآخر يعلم الغلط أم لا، لأنّ قوله هذا مساوٍ بأنّ الآخر مع عدم علمه به يعمل على وظيفته.

والماتن كغيره قدس سرهم لم يتعرض لصوره نفي الآخر الغلط، فإنّه قد ذكرنا أنّ مع نفيه يتوجه إليه اليمين على نفيه وعدم تعرضهم له لما بنوا عليه فى موارد الدعوى على الغير فى فعل الآخر من أنّه لا تسمع الدعوى إلاّ مع البيّنه، حيث لا يمكن فيها للمدعى عليه اليمين على فعل الآخر وهو القاسم فى المقام، ولكن قد عرفت ما فيه.

الثانى: إذا اقتسما، ثم ظهر البعض مستحقاً فإن كان معيّناً فى أحدهما، بطلت القسمة [١] لبقاء الشركه فى النصيب الآخر ولو كان فيهما بالسويه لم تبطل لأنّ فائده الشرح:

وبالجملة: إنّما لاتسمع الدعوى فى المقام كسائر المقامات مع عدم بينه للمدعى فيما إذا أجب الخصم بلا أدرى لا مطلقاً.

ثمّ إنّ الخصم فى دعوى الغلط هو الشريك الآخر سواء أكانت القسمة عن قاسم منصوب أم بتوكيل من المتقاسمين أو كانت بفعل الشريكين. نعم إذا كان القاسم غيرهما بالأجره على المدعى أو على الشريكين فللدعوى عليه وجه لاسترداد الأجره أو دعوى سقوطها عن عهده المدعى، ولعل ما ذكر فى القواعد يرجع إلى ذلك.

أمّا التفرقه فى سماع الدعوى بين القسمة اجباراً فتسمع دعوى الغلط مع بينه بل بدونها أيضاً على ما تقدم وبين القسمة بالتراضى فإنّها لا- تسمع لأنّ التراضى حصل منهما بتعيين حصتهما بما وقع فلا يمكن المساعدة عليه؛ فإنّ التراضى بما وقع مبنى على التعديل وهو غير حاصل على دعوى مدعى الغلط.

[١] إذا ظهر بعد القسمة بعض المال مستحقاً للغير فإنّ أوجب ردّ ذلك البعض على مستحقّه بطلان التعديل بطلت القسمة، كما إذا اقتسما الأموال المتعدده المشتركه بينهما بتقسيم التعديل وتعيين حصه أحدهما فى بعضها بحصه الآخر فى المال الآخر وظهر المدفوع إلى أحدهما مستحقاً للغير، وكذا إذا ظهر لمن وقعت حصته على بعضها أنّها ملك للغير، وكذا فى المدفوع إلى الآخر من الشريكين مع اختلاف المالين المستحقين للغير فى قيمه، أمّا إذا كان كل منهما مساوياً مع الآخر فى قيمه فلا تبطل القسمة لعدم بطلان التعديل، نعم إذا أوجب ذلك خروج الباقي للشريكين عن التعديل فى قيمه لبقاء دارٍ لاحدهما بلا طريق ماء ونحوه بطلت القسمة ببطلان التعديل.

القسمه باقيه وهو افراز كل واحد من الحقيين، ولو كان فيهما لا بالسويه بطلت لتحقق الشركه، وإن كان المستحق مشاعاً معهما فللشيخ قولان: أحدهما لا تبطل فيما زاد عن المستحق والثاني تبطل لأنها وقعت من دون إذن الشريك وهو أشبه.

الشرح:

هذا كله فيما إذا ظهر البعض المعين مستحقاً للغير، وأما إذا ظهر بعض المال بنحو الاشاعه مستحقاً للغير، كما إذا قسمت التركة بين أخوين، ثم ظهر أخ ثالث، فيقال مع تساوى نسبه المال المستحق للغير تبطل القسمه بالاضافه إلى حصه الأخ الثالث، بمعنى أن الثالث يشترك في كل ما وصل إلى كل من الأخوين بالثلث.

وبتعبير آخر: القسمه صحيحه بالاضافه إلى حصتي الأخوين المتقاسمين.

وعن الشيخ قدس سره فيأحد قوله أنها تبطل من أصلها، لأن القسمه من المعاملات وقد وقعت بلا إذن الشريك الثالث حتى فيما كان الثالث شريكاً في حصته أحدهما خاصه، كما إذا قسمت التركة بين أخ الميت و زوجته ثم ظهرت للميت زوجه أخرى.

نعم يختص البطلان بما إذا لم يجرز الثالث تلك القسمه وإلا صحت القسمه ويكون شريكاً مع كل من الأخوين في ما بيده بالثلث في الأول ومع ما بيد الزوجه بالمنصفه في الثاني، لأن صحه المعامله الفضوليه لا تختص بغير القسمه بل تجرى فيها أيضاً، كما هو مقتضى وجوب الوفاء بالعقود بعد اجازة أربابها.

وظاهر بعض الكلمات عدم الحاجه إلى الاجازة أيضاً فيما إذا كانت النسبه متساويه بالاضافه إلى حصتي المتقاسمتين، كما إذا كان المال المشترك ثلاث دواب تساوى قيمه احداها قيمتى الآخرين فاققسما بينهما بقسمه التعديل بأن أخذ أحد الشريكين الدابتين والآخر تلك الواحده، فإن الغير في الفرض يملك من كل دابه ثلثها والنسبه بعد القسمه أيضاً باقيه بحالها، ولكن الأظهر بطلان القسمه في الفرض أيضاً مع عدم اجازة الغير، وذلك فإن النسبه ولو كانت باقيه بحالها إلا أن قسمه الشريكين مع

الثالث: لو قسّم الورثه التركه، ثم ظهر على الميت دين فإن قام الورثه بالدين لم تبطل القسّمه [١] وإن امتنعوا، نقضت وقضى منها بالدين.

الشرح:

الغير تختلف مع قسّمه كل الشركاء، فإنّ القسّمه فى الفرض تكون بقسّمه الرد لا محاله، ولكن الشريكين اقتسموا بقسّمه التعديل. فالصحيح هو أنّه إذا كانت القسّمه بين الشريكين المتقاسمين قسّمه افراز لا- تحتاج إلى القرعه بين الشركاء، كما كان المال المشترك صبره من الحنطه التى بعد قسّمها إلى الحصتين يكون للغير ثلث الحبه من كل حبه، فالقسّمه المزبوره لا تحتاج إلى اجازة الغير لبقاء مال الغير بحاله حتى فى مقام القسّمه مع كل منهما، أمّا إذا كانت القسّمه تعديليه أو افرازيه تحتاج كالتعديليه إلى القرعه مع تشاح الشركاء كالارض التى تشاح فى الأخذ من شرقها أو غربها أو من وسطها أو كانت القسّمه رديه فلا تجوز القسّمه إلا بإجازة الغير.

[١] بأن أدى الورثه الدين من اموالهم فيكون الفرض كما إذا أدى الأجنبي دين الميت تبرعاً أو ابراء الدائن ذمته فإنّه بعد ذلك لا يكون على الميت دين فتكون تركته للورثه فتصح القسّمه الحاصله قبل ذلك.

ويلحق بذلك ما لو ضمن الورثه الدين على الميت للغرماء فإنّه بناءً على ما هو الصحيح عندنا من انتقال الدين إلى ذمه الضامن مع عقد الضمان تبرء ذمه الميت فتصح القسّمه السابقه.

وقيل: إنّ هذا فيما إذا لم يكن الدين مستوعباً للتركه، حيث إنّ مع عدم الاستيعاب يدخل الفرض فى المسأله السابقه يعنى الثانيه تقريباً وأنّما الفرق بين المفروض والمتقدم فى المسأله السابقه هو أنّ ما يستحقه الغير فى تلك المسأله كان من الحصه المشاعه وفى الفرض من قبيل الكللى فى المعين، أمّا مع كون الدين مستوعباً فلا يحكم

الشرح:

بلزوم القسمة لأدنى مع الاستيعاب لا تكون التركة ملكاً للورثة لتكون قسمتها من تقسيم المال المشترك ويدخل في لزوم الوفاء بالقسمة التي تدخل في المعاملة والعقد، بل يكون الورثة مالكين بعد حصولها نظير مسأله من باع شيئاً ثم ملك.

أقول: صحه القسمة مع عدم استيعاب الدين أيضاً مورد المناقشه، فإن القسمة بالاضافه إلى مقدار الدين نظير مسأله من باع شيئاً ثم ملك، وبيان ذلك أن مع عدم استيعاب الدين أيضاً لا تنتقل جميع التركة إلى ملك الورثة ويكون استثناء مقدارها عن التركة بنحو الكلى في المعين.

وبتعبير آخر: يكون الفرض كتقسيم الورثة تركه الميت قبل موته بلا- فرق بين صورته استيعاب الدين وعدمها، والأحوط لو لم يكن أظهر اعتبار التراضي بالقسمة السابقه أو اجازتها من الحاكم إذا كانت قسمة اجبار.

ثم إنه يذكر في المقام أنه لو أدى بعض الورثة من ماله دين الميت بمقدار سهمه وامتنع البعض الآخر يباع على الممتنع ما وصل إليه من التركة بمقدار سهمه من الدين ويقال كما عن صاحب الجواهر قدس سره أنه إذا بطلت القسمة بالاضافه إلى ما يباع فلا تصح القسمة المزبوره.

أقول: مع الغمض عن المناقشه السابقه لا يكون في الفرض اشكال آخر، وذلك فإنه قد تقدم أنه يجوز للورثة تملك التركة باداء دين ما على الميت من أموالهم فما يباع من التركة التي بيد الممتنع يكون مقابلاً- لما تملكه سائر الورثة من التركة باداء دين ميتهم فيحصل التعديل في بقيه التركة مع عدم الاستيعاب كما هو المفروض.

النظر الرابع:

ص: ٣٠١

النظر الرابع:

فى أحكام الدعوى

وهو يستدعى بيان مقدمه ومقاصد.

أما المقدمة فتشتمل على فصلين:

الأول

فى المدعى

وهو الذى يترك لو ترك الخصومه [١] وقيل هو الذى يدعى خلاف الأصل، أو أمراً خفياً وكيف عرفناه، فالمنكر فى مقابلته.

الشرح:

[١] قد ورد فى الروايات أنه يكون القضاء بالبينه للمدعى واليمين على من ادعى عليه إذا لم يقم المدعى البينه، فيقع الكلام فى المقام فى الميزان لكون أحد المتخاصمين مدعياً ليطلب منه البينه، واليمين من خصمه مع عدمها. هذا بالاضافه إلى غير الموارد التى قام دليل خاص فيها على كيفية الحكم على ما يأتى، وذكر صاحب الجواهر قدس سره أنه لو اشتبه فى مورد الأمر ولم يتبين فيه المدعى من المدعى عليه ينحصر الاثبات بالبينه لأنها حجج شرعية ومع فرض تعارض البينه فيه بأن كان لكل منها بينه يعمل على المرجح ومع عدمه تتعين القرعه فى العمل بها.

أقول: تتضح حقيقه الحال وما فيه بعد تتميم المقال فى ميزان تشخيص المدعى من المدعى عليه، وقد ذكر الماتن قدس سره فى الميزان أن الذى يترك لو ترك الخصومه بمعنى أن خصمه لا يراجع له لو لم يراجع هو خصمه هو المدعى.

الشرح:

وأورد على هذا التعريف بأنه يصدق في موارد دعوى الحق على الغير خاصة، أما في موارد دعوى سقوط ما كان للغير عليه من الحق فلا، فإنه لو ترك دعوى سقوط الدين عن عهده لأخذه الآخر وطلب منه الدين.

وقد يعتذر عن الايراد بأن ما ذكر في تعريف المدعى للاشاره إلى تمييز الدعوى ببعض الجهات وإلا ففي الحقيقه ليس للدعوى على الغير حقيقه شرعيه، بل الدعوى على معناها اللغوى العرفى وهو الاخبار الجازم المتضمن للحق له على الغير أو سقوط ما كان للغير عليه.

وقد يجاب عن الايراد بأن المراد من تركه لو ترك الدعوى عدم مطالبته بشيء من جهه الدعوى فلا ينافى مطالبته من جهه أخرى كثبوت المال على عهده.

وفيه: أن التعريف قد ذكر للمدعى فى مقابل المنكر، وهو الذيلا يترك إذا ترك انكاره ومعنى عدم تركه مطالبته بالحق عليه للغير، فقد تحصل مما ذكر أن التعريف المزبور لا يكون ملاكاً لتشخيص المدعى عن المنكر.

وقد يقال فى ميزان كون أحد المتخاصمين مدعيًا والآخر منكرًا: إن المدعى من يكون قوله مخالفاً للأصل فيكون المدعى عليه والمنكر من يكون قوله موافقاً للأصل.

وقد يورد على هذا التعريف بأنه إن أُريد من الأصل جميع الأصول فمن المقطوع عدم اعتبار جميع الأصول فى كون شخص مدعيًا والآخر منكرًا وان أُريد بعضها فيمكن أن يكون قول أحد المتخاصمين مخالفاً لأصل وموافقاً لأصل آخر، كما يمكن أن يكون قول أحد المتخاصمين مخالفاً لأصل وقول الآخر أيضاً مخالفاً لأصل آخر.

ولكن لا يخفى ضعف هذا الايراد فإن المراد بالأصل هو الأصل المعبر الجارى

الشرح:

فى حق الشاك، والأصول المتعدده إذا كانت بعضها موضوعيه وبعضها حكميه لا تصل النوبه إلى الأصل الحكمى مع جريان الأصل الموضوعى.

وبتعبير آخر: تشخيص المدعى من المنكر لتطلب البيئه من المدعى يكون من وظيفه الحاكم الشرعى المزبور جهله بواقع الحال فى الواقعه المرفوعه إليه، فيأخذ فى تلك الواقعه بالأصل المعترف فى حق الشاك فمن يوافق قوله مع ذلك الأصل المعترف لا يحتاج قوله إلى اثبات ومن يخالف قوله ذلك الأصل فيطالبه بالبيئه.

وممّا ذكر يظهر الجواب عمّا إذا كان قول أحد الخصمين موافقاً لأصل والقول الآخر موافقاً لأصل آخر، ووجه الظهور أنّه إذا كان أحد الأصلين موضوعياً والآخر حكماً فلا تصل النوبه إلى الحكمى، وإلا تكون الواقعه من موارد التداعى لا الدعوى والانكار.

والصحيح فى الايراد عليه أنّه لا يختص المدعى بمن لا يوافق قوله الأصل والمدعى عليه بمن يوافق قوله الأصل، بل يعم المدعى كل من يكون قوله محتاجاً إلى الاثبات لكونه مخالفاً لما اعتبر فى حق الشاك، سواء أكان أصلاً عملياً أم اماره كقاعده اليد، ولعلّه لذلك عطف الماتن قدس سره كغيره المخالفه للظاهر على خلاف الأصل كما إذا اعتبر الشارع ظاهر الحال فى مورد أو حكم بحلف من يكون قوله موافقاً له بحيث يفهم منه اعتبار ذلك الظاهر.

والحاصل: لا- يختلف الشرع والعرف فى معنى الدعوى على الغير بحيث يوصف احدهما مدعياً والآخر مدعى عليه، فكل من يذكر ثبوت الحق ونحوه له على الغير أو ارتفاع حق الغير عنه بحيث يحتاج إلى اثبات ما يذكره هو المدعى فالمقام نظير ما ذكرنا فى المعاملات بالمعنى الأخص من أنّ لفظ البيع مثلاً يستعمل فى كلام الشارع

الشرح:

فيما يستعمل فيه عند العرف، غاية الأمر يختلف نظرهما في مصاديقه بحيث يرى العرف تمليك الخمر بالعوض بيعاً أو المنابذه بيعاً ولا يعتبرهما الشارع.

والوجه في كون المقام نظيرها أنّ المدعى في دعواه على الغير يطالب بحق له عليه أو يخبر عن سقوط ما للغير عليه من الحق، والمراد بالحق في المقام ما يعمّ المال على العهده والخارج وغيرهما مما يقع مورد المخاصمه والمنازعه والمطالبه كدعوى الزوجيه والوصايه والطلاق إلى غير ذلك ممّا يكون عند العقلاء ملزماً باثباتها على الغير، فربّما يكون ما يذكره عند العقلاء محتاجاً إلى الاثبات ولكن يكون الأمر عند الشارع بالعكس وذلك لموافقته لما اعتبر الشارع في حق الشاك.

وعلى ذلك فإن أسلم الزوجان قبل الدخول فقال الزوج أسلمنا معاً فالنكاح باقٍ وقالت الزوجه أسلمت قبلك فلا نكاح، فإنّ الاستصحاب في ناحيه عدم اسلامهما معاً يعارضه عدم اسلام الزوجه قبل زوجها فإنّ اسلامهما معاً موضوع لبقاء نكاحهما واسلامها قبل اسلام زوجها موضوع لزواله فتصل النوبه إلى استصحاب بقاء نكاحهما ويوافق قول الزوج فتكون المرأه مدعيه لزوال النكاح فعليها اثباته.

وقيل: إن قولها يوافق الظاهر لأنّ اسلامهما معاً خلاف الظاهر يعنى أمراً بعيداً، ولكن لا يخفى ما فيه فإنّ موافقه الظاهر توجب كون من يوافقه منكراً، ولا- يلاحظ معها موافقه الأصل، لأنّ الظاهر من قبيل الأماره ولا تصل النوبه إلى الأصل مع اعتباره، وكذا فيما لو حكم الشارع بتقديم قول من يوافق ذلك الظاهر وأما مع عدم ثبوت شيء من الأمرين كما هو الصحيح فلا اعتبار به في تشخيص المدعى عن المدعى عليه.

وذكر صاحب الجواهر قدس سره أنّ المتعين هو القول بأنّ المدعى من ينشأ الخصومه

الشرح:

فى حق له أو فى الخروج عن حق للغير كان عليه سواء كان قوله مخالفاً للأصل والظاهر أم موافقاً لاحدهما، وسواء ترك مع تركه أم لم يترك، وعلى ذلك فى مسألة اسلام الزوجين قبل الدخول لو كان مصب الدعوى تقارن اسلامهما أو تقدم اسلام الزوجه فكل منهما مدعٍ فيكون المورد من موارد التحالف، وإن كان مصب الدعوى بقاء الزوجيه وعدم بقائها فالمرأه مدعيه.

أقول: إذا كان أحد المتخاصمين منشأ الخصومه فى حق له على الغير أو سقوط حق آخر كان عليه يكون قوله مخالفاً للأصل لا محاله، لأن ثبوت الحق كسقوطه أمر حادث مسبق بالعدم.

وأما قوله قدس سره أنه لو كان مصب الدعوى تقارن اسلامهما أو تقدم اسلامهما يكون كل منهما مدعياً ومنكراً فلا يخفى ما فيه، فإنه إذا كان كل منهما مدعياً بالاضافه الى قوله ومنكراً بالاضافه إلى قول الآخر تكون الوظيفه مع عدم البينه التحالف، ولا معنى للتحالف فى مثل المقام ممّا لا يمكن الحكم معه، وإنما يعتبر التحالف فيما إذا أمكن فصل الخصومه معه بسقوط الدعويين.

أضف إلى ذلك أنّ مجرد الاختلاف فى مصب القولين كما فى قول أحدهما تقارن اسلامهما وقول الآخر تقدم اسلامها لا يوجب صدق الدعوى ما لم يتضمن دعوى الحق له أو سقوط ما كان للغير من الحق.

ثم لا يخفى أنه ربما يسمع قوله شخص أو أحد المتخاصمين مع اليمين أو بدونها مع كونه مدعياً عرفاً، كما إذا ادعى الودعى ردّ الوديعه وأنكر صاحبها ردّها، فإن الأكثر التزموا فى المسأله بتقديم قول الودعى وأنه يحلف على الردّ، كما إذا ادعى الأمين تلف المال وقال المالك بقاءه وعدم تلفه فإن ثبوت مثل هذا الحكم لا يدلّ على أنّ للمدعى

ويشترط البلوغ والعقل [١] وأن يدعى لنفسه، أو لمن له ولاية الدعوى عنه ما يصح

الشرح:

معنى شرعياً، بل الحكم فى هذه الموارد إما لأن الشارع منع من اتهام الأمين مطلقاً كما قيل من أن الأصل فى الأمين عدم خيانه فيكون قول من يخالفه دعوى، أو أنه من قبيل التخصيص فى قولهم البيئه على المدعى واليمين على المدعى عليه.

ومما ذكرنا يظهر أنه يختلف صدق المدعى والمدعى عليه باعتبار تضمن القول مطالبه الحق أو سقوطه، فلو اختلفا وقال مالك المال أنه وهب المال وقال صاحبه أنه باعه منه وأخذ الثمن وكان غرض البائع من دعوى الهبة الرجوع لبقاء عين المال وغرض صاحبه أنه لا يجوز له الرجوع لبيع المال وقبض الثمن، فيكون المدعى هو المالك لجريان الاستصحاب فى ناحيه عدم الهبه، ولا يجرى الاستصحاب فى ناحيه البيع لاعتراض المالك بعدم استحقاقه المطالبه بالثمن واثبات الهبه بالاستصحاب فى عدم البيع مثبت.

وأما إذا كان المال تالفاً وقال المالك أن الواقع بينهما كان بيعاً بكذا فله المطالبه بالثمن وقال الآخر أنه كانت هبه فلا يستحق عليه شيئاً فالمالك مدع، لأن الاستصحاب يجرى فى ناحيه عدم البيع ولا يعارضه الاستصحاب فى ناحيه عدم الهبه لعدم الأثر للهبه فى الفرض واثبات البيع بنفيها من الأصل المثبت.

وما يقال من أن الميزان فى تشخيص المدعى عن المنكر مصب الدعوى، ينبغى أن يراد منه الغرض والمقصود فيما لا مورد للأصل فى المصّب إلاّ بلحاظ أثر هو الغرض والمقصود.

[١] حاصل ما ذكره قدس سره أنه يعتبر فى المدعى أن يكون بالغاً عاقلاً وأن يدعى لنفسه أو لمن له ولاية الدعوى عنه وأن يدعى ما يصح منه تملكه ولو ولاية أو وكالة. وهذه القيود الأربعة معتبره فى كون شخص مدعياً ثم أردف على هذه القيود ولا بد من كون

منه تملكه فهذه قيود اربعة، فلا تسمع دعوى الصغير ولا المجنون ولا دعواه مالا لغيره إلا

الشرح:

الدعوى صحيحه لازمه وكأن مراده قدس سره أن القيود الأربعة معتبره فى كون شخص مدعياً باضافه كون دعواه صحيحه لازمه. وكيف ما كان يقع الكلام فيما يعتبر فى المدعى فنقول: لا ينبغى التأمل فى اعتبار البلوغ والعقل فى سماع الدعوى لو كان المراد من سماعها القضاء فى الواقعه وفصل الخصومه والمرافعه فيها فإن المتصدى لواقعتهما مرافعه وليئها، نعم فيما إذا لم يمكن لولى الصبى المرافعه كما إذا ادعى الصبى أن الغير جنى عليه بالجراحه أو سلب ثيابه ونحو ذلك أو حتى ما إذا ادعى أن الغير يظلمه فى التصرف فى أمواله ووضع يده عليها من غير ولايه أو وصايه أو يتلف عليه أمواله حتى مع الولايه والوصايه فلا يبعد سماعها فيما إذا حضر بينه أو ذكر أن له بينه أو احتمال القاضى علمه بظلامته إذا فحص الأمر فلا يبعد السماع بهذا المعنى، حفظاً للنظام ودفعاً للظلامه إذا ثبتت. ولكن هذا غير السماع للقضاء فى واقعه الصبى، فإن الصبى لا يستحلف ولا يعتبر اقراره ولا يرد عليه اليمين ولا يجوز عليه أمره، اللهم إلا أن يقال: أن عدم السماع بهذا المعنى يجرى عندهم فى دعوى الوكيل بل لولى أيضاً على ما تقدم.

وقد ذكروا أيضاً أنه لا تسمع الدعوى فيما إذا ادعى مالا للغير على شخص مع عدم الولايه والوكاله والوصايه بالاضافه إلى ذلك الغير، ويناقش فى ذلك بموارد دعوى المرتهن على غاصب العين المرهونه و دعوى الودعى والمستعير ونحوهما على غاصب الوديعه والعاريه، ويجاب عن ذلك بتعلق حق الرهن أو الوديعه أو العاريه عنده، ولذا تسمع دعواها، ولكن يستشكل بأنه إذا ثبت عند الحاكم كونها رهناً عنده بالشهود أو اليمين المردوده فلا يثبت كونها ملكاً لذلك الغير، لأن الدعوى بالاضافه إلى ملكيه الغير تبرعته.

ص: ٣٠٩

الشرح:

ويمكن الجواب عن ذلك بان اعطاء المدين رهناً أو إيداع شخص عنده مالاً أو دفعه إليه عارياً أو استيجار شخص للاحتطاب له ونحو ذلك يتضمن الاذن من المالك الدافع أو المستأجر في حفظ ماله بأيّ نحو يكون به حفظه حتى ما كان بالمرافعه، وهذا المقدار من الاذن كافٍ في التوكيل في المرافعه التي يحفظ بها المال.

والمتحصل فيما كانت الدعوى تبرعياً بحيث لا يتعلّق بها المدعى فلا تدخل الواقعة في الخصومه المنازعه التي أمر أطرافها برفعها إلى العالم بالأحكام ونهى عن رفعها إلى قضاء الجور.

ولا ينتقض ذلك بموارد رفع الواقعة بالقضاء حسبه فإنّ الدعوى فيها مسموعه بلا كلام، ووجه عدم الانتقاض كما أنّ في مورد التصرف في مال الغير حسبه يكون للمتصرف ولاية ذلك التصرف كما هو المقرر في بحث الولاية وكذلك في مورد لزوم المرافعه يكون للمحتسب ولاية الدعوى في ذلك المال لمالكه القاصر أو الغائب.

ثمّ إنّه ربّما باعتبار الرشد في المدعى فلا تسمع دعوى السفیه، كما عن الاردبیلی وغيره، ولعلّ مراده ومراد غيره قدس سرهم الدعوى الماليه، وإلا فلا وجه لعدم سماع دعواه على الغير بقذفه أو الجنایه عليه وكذا دعوى النكاح ونحوه ممّا لا يكون تصرفاً مالياً بل لعدم موجب لعدم سماع دعواه المالى إذا لم تنتهى إلى تصرف في أمواله، كما إذا ادعى على الغير بأنّه قد باع من ولى المال الفلانى ويمتنع عن الإقباض.

وبالجملة: فيما كانت الدعوى منتهيه إلى تصرف مالى من السفیه في أمواله فلا تسمع تلك الدعوى لعدم تمكنه على ذلك التصرف، وأمّا غيره فيدخل فيما دلّ على مشروعیه القضاء وفصل الخصومه والأمر بالقيام بالقسط والعدل بين الناس.

أن يكون وكيلاً أو وصياً أو ولياً أو حاكماً أو أميناً لحاكم، ولا تسمع دعوى المسلم خمرًا أو خنزيرًا [١]. ولا بد من كون الدعوى صحيحة لازمه [٢] فلو ادعى هبه، لم تسمع حتى يدعى الإقباض وكذا لو ادعى رهناً.

الشرح:

[١] عدم سماع دعوى المسلم فيما إذا كان المدعى به الخمر أو الخنزير على العهد ظاهر، فإنه لا يثبت على ذمه أحد للمسلم شيء منهما لعدم المآليه لهما شرعاً والعهد تكون مضمونه بالمآل ومثل ذلك يدخل فى الدعوى الممتنع شرعاً، أمآ إذا ادعى ثمن الخمر أو الخنزير على عهده الغير كما إذا باع الخمر أو الخنزير على عهده الغير كما إذا باع الخمر أو الخنزير من كافر حال كفره أيضاً ثم أسلم، فإنه بعد الاسلام يستحق الثمن على عهده الكافر أو حتى ما إذا أسلم ذلك الكافر أيضاً.

وفى صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام «قال: سألته عن رجلين نصرانيين باع أحدهما خمرًا أو خنزيرًا إلى أجل فأسلما قبل أن يقبضا الثمن هل يحلّ له ثمنه بعد الإسلام؟ قال: إنّما له الثمن فلا بأس أن يأخذه» (١).

وأما إذا كان المدعى به الخمر أو الخنزير خارجاً فاطلاق كثير من الأصحاب أنّها لا تسمع؛ لأنّ المسلم لا يملك الخمر أو الخنزير، ولا بد من حمل كلامهم على صورته عدم امكان تخليل الخمر، وإلا يثبت حق الاختصاص أو المآل ولو لم تكن بها مآليه شرعاً.

[٢] ظاهر عطف اللزوم على الصحة وإن كان تغايرهما وأنه يعتبر فى سماع الدعوى كون المدعى به تاماً وكونه لازماً، إلا أنّ التفريع على اعتبارهما بقوله فلو ادعى هبه لم تسمع حتى يدعى الإقباض لا يناسب التغاير، فإنّ الهبه المقبوضه لا تكون لازمه

ص: ٣١١

الشرح:

لجواز الرجوع فيها.

ولا يخفى أنّ التصريح بالصحة في الدعوى غير معتبر لظهور دعوى أيّ المعامله في صحتها، ولذا يحمل الاقرار بها على الصحيح، ولعله لذلك اكتفى في الدروس باعتبار اللزوم وقال: كل دعوى ملزمه معلومه فهي مسموعه فلا تصح دعوى الهبه بلا اقباض وكذا دعوى الرهن ولا دعوى البيع من غير أن ينضم إلى قوله ويلزمك تسليم المبيع، فإنّ مع عدم هذا الضم لا تكون الدعوى ملزمه لجواز فسخه بخيار المجلس.

وعن صاحب الجواهر قدس سره: أنّ المراد باللزوم الصحة، فيكون عطف اللزوم على الصحة تفسيرياً، وأنّه لا أجد في ذلك خلافاً، ونقل عن الأردبيلي قدس سره: أنّه ما المانع عن سماع دعوى الرهن أو الهبه بلا دعوى اقباض حيث يمكن للمدعى اثبات عقد الرهن أو الهبه أولاً ثمّ يدعى الاقباض وأنّه لو كان كون المدعى به أمراً لازماً غير معنى الصحة فلا يفيد ضمّ دعوى الاقباض أيضاً فإنّ المتهم فيما كان غير ذي رحم يمكن للواهب الرجوع فيها فلا يلزم بضمّ دعوى الاقباض، ويلزم أيضاً عدم سماع دعوى البيع قبل انقضاء المجلس وزمان الخيار، ولا أظن أن يلتزم به أحد.

وقال: إنّ عقد الهبه أو الرهن بلا اقباض ليس بصحيح، أيّ إذا أثر ولا يعتبر في سماع الدعوى إلاّ كونها على تقدير ثبوتها ذات أثر يستحقّه المدعى، وهذا حاصل مع ضمّ دعوى الاقباض وان أمكن رجوع الواهب فيها، ومراد الدروس باللزوم ليس بمعنى عدم امكان الرجوع بالفسخ أو الاقاله ونحوهما، بل بحيث يكون للدعوى أثر يستحقّه المدعى على تقدير ثبوتها وضمّ قوله يلزمك تسليمه بمعنى أنّك لم تفسخ البيع إلى الآن بخيار المجلس أو غيره، لا أنّه لا يمكن الفسخ بعد ذلك أصلاً.

أقول: يعتبر في صدق الدعوى على الغير أن يكون للمدعى به أثر فعلاً أو

لو ادعى المنكر فسق الحاكم، أو الشهود، ولا يبينه فادعى علم المشهود له، ففي توجه اليمين على نفي العلم تردد، أشبهه عدم التوجه [١] لأنه ليس حقاً لازماً ولا يثبت بالنكول ولا باليمين المردوده، ولأنه يثير فساداً.

الشرح:

مستقبلاً، ومع عدم الأثر له كذلك لا - معنى للدعوى عليه ولا مورد فيه للمخاصمه كما إذا ذكر لصاحب المتاع أنك وهبتي ولكن لم تقبض، وكذا لا - مورد للدعوى فيما إذا كانت الخصومه بنفسها موجبه للانحلال المدعى به كما إذا قالت الزوجه لزوجها أيام عدتها الرجعيه إنك طلقتنى، وقال: ما طلقتك، ومن هذا القبيل إذا قال المتهم للواهب: أنك وهبتي هذا المال الذى بيدى، قال: ما وهبتك، أو قال شخص لآخر: أنك أوصيت إلى، قال: ما أوصيتك، ففي مثل هذه الموارد لا مورد للدعوى ولا للمرافعه ورفع الخصومه إلى الحاكم للقضاء.

وما فى كلمات الأصحاب فى دعوى الهبه المقبوضه لم يفرضوا أن المدعى عليه فى دعواها هو الواهب ليكون انكاره الهبه رجوعاً، بل يمكن أن يكون المدعى عليه الوارث كما لا يخفى.

نعم لو كان مع انحلال المدعى به أيضاً حق للمدعى كما فى دعوى البيع على صاحبه فى زمان خيار صاحبه مع قبضه الثمن تكون دعوى البيع عليه الزاماً بأحد الأمرين إما الوفاء وإما ردّ الثمن.

[١] لو ادعى المنكر على المدعى علمه بفسق الحاكم أو الشهود له، ولم يكن للمنكر بينه لاثبات فسق الحاكم عند حاكم آخر أو اثبات فسق الشهود عند الحاكم الأول أو الآخر فلا تسمع دعواه، أى لا يتوجه اليمين على المدعى بأن يحلف على عدم علمه بفسقهما، وإذا لم تسمع دعوى المنكر فى الفرض فلا يترتب على نكول المدعى ثبوت دعوى المنكر على القول بثبوت الدعوى بمجرد النكول، ولا باليمين المردوده

الشرح:

بناءً على عدم كفايه نكول المدعى عليه بمجرّده فى الحكم بثبوت الدعوى.

وذكر رحمه الله فى وجه عدم السماع وجهين:

الأول: أنّ الدعوى ليست ملزومه على المدعى بمعنى أنّه لو كان عالماً بفسق الشهود أو الحاكم لا يضّرّ علمه هذا باستيفاء حقه من المنكر لثبوت حقه، واقعاً ولا ينافى أيضاً بأنّه لو اعترف المشهود له بفسق الحاكم أو الشهود يلزم باقراره.

الوجه الثانى: أنّ سماع دعوى المنكر علم المشهود له بالحال، يعنى فسق الحاكم أو الشاهد يوجب الفساد، حيث إنّ السماع بلا بينه جرأه على الاستطاله على الحكّام والقده فى الشهود.

أقول: لم يظهر الوجه فى عدم لزوم الدعوى على المحكوم له علمه بفسق الحاكم عندحكمه، لما تقدّم من أنّ المراد بلزوم أن يكون للمدعى به أثر عملى وفى ما نحن فيه الأثر موجود وهو جواز المنكر عن العمل بقضائه بعدم اعطاء الحق للمشهود له أو استرداده منه ثانياً، ولذا لو اعترف المشهود له بذلك ترتب عليه هذا الأثر بلا كلام، وهكذا الحال فى الدعوى على المحكوم له علمه بفسق الشهود له.

نعم يمكن أن يقال بعدم سماع دعوى الفسق على المدعى المحكوم له بلا بينه فإنّ هذا يوجب اجترأ الناس على نقض الأحكام الصادره عن القضاء وامتناع الشهود عن الحضور للشهاده حذراً من القده فىهم، ولو اغمض عن ذلك فلا موجب لرفع اليد فى المقام عن اطلاق ما دلّ على أنّ البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه.

وربّما يعلّل عدم السماع فى المقام بأنّه لا يمكن فى المقام الحكم بىطلان القضاء الأول بنكول المدعى عن الحلف على عدم علمه بفسق الحاكم أو فسق الشهود له، كما لا يمكن الحكم بذلك باليمين المردوده عن المحكوم له إلى المنكر المدعى بعلم

وكذا لو التمس المنكر يمين المدعى، منضمه إلى الشهاده، لم يجب اجابته لنهوض البيئه بثبوت الحق [١].

الشرح:

المحكوم له، ويستظهر ذلك من عبارته الماتن أيضاً حيث إنه قدس سره لم يأت بال «فاء» في قوله لا يثبت بالنكول ولا باليمين المردوده، بل أتى بال «واو» وقال: ولا يثبت بالنكول واليمين المردوده، ولكن التعليل ضعيف فإنه لا مانع عن الالتزام بعد توجه اليمين على نفي العلم بالمحكوم له أن يحكم ببطلان الحكم بنكوله أو باليمين المردوده.

[١] على المشهور، والوجه في ذلك أن المدعى يثبت دعواه بالبيئه، فلا يحتاج إلى ضم اليمين كما هو مقتضى التفصيل الوارد بأن البيئه على المدعى واليمين على المدعى عليه بعد تقييده بأن اليمين على المدعى عليه فيما لم يتم المدعى البيئه بحقه، ويشهد لذلك صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يقيم البيئه على حقه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» (١)، ونحوها صحيحه أبي العباس (١).

نعم في خبر سلمه بن كهيل عن علي عليه السلام في آداب القضاء قوله عليه السلام لشريح: «ورد اليمين على المدعى مع بينته فإن ذلك أجلى للعمى وأثبت في القضاء» (٢)، ولكن قد تقدم ضعف سنده، ومع الغمض عنه يحمل على الاستحباب جمعاً، بل لظهور كونه أثبت للقضاء وأجلى للعمى فيه كما لا يخفى.

أمّا ما في مكاتبه الصفار إلى أبي محمّد عليه السلام «هل تقبل شهاده الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين» (٤) فقد تقدم سابقاً أنها معرض عنها عند المشهور، ومع الاغماض عنه أنها وارده

ص: ٣١٥

١- (٢) المصدر نفسه: الحديث ٤: ١٧٨.

٢- (٣) المصدر نفسه: الباب ٢٨ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٣: ١.

الشرح:

فى شهادة الوصى للميت فيمكن أن يكون وجه الحاجه عدم سماع شهاده الوصى للميت، ولذا يحتاج إلى يمين المدعى أو يرفع اليد عن الاطلاق المتقدم فيما كان أحد الشاهدين للميت وصيته.

ثم إنه لا فرق فى عدم وجوب الاجابه بين موارد دعوى الدين على المدعى عليه أو دعوى العين، كما هو مقتضى اطلاق ما تقدم.

وعن القواعد أنه بعد أن ذكر الحكم المزبور قال: لو التمس المنكر بعد اقامه البيه عليه استحلاف المدعى على الاستحقاق أُجيب إليه، ولو التمس المنكر يمين المدعى مع الشهاده لم يلزم اجابته.

وفسره فى الجواهر أن المراد بالثانى موارد دعوى العين وأن المنكر الذى بيده العين لو التمس يمين المدعى مع بيئته لم يلزم اجابته لأن البيه تثبت الملكيه الفعلية للمدعى وتكون معارضة مع يد المنكر فتقدم على اليد لأنه لا اعتبار باليد مع البيه على خلافها، والمراد بالفقره الأولى دعوى الدين فإن المنكر المدعى بالبراءه عن الدين لو التمس الحلف بأن يحلف المدعى على استحقاقه الدين عليه بعد البيه بأصل الدين أُجيب إليه الحاقاً للمورد بمورد الدعوى على الميت، لأن البيه فى المقام أيضاً قد شهدت بأصل الدين، غايه الأمر فرق بينهما من جهه أخرى، وهو أن الدعوى على الميت تحتاج إلى اليمين مع البيه المعبر عنها بيمين الاستظهار بلافق بين سؤال المدعى عليهم أم لا، بخلاف المقام فإن استحقاق اليمين موقوف على سؤال المنكر.

ثم نقل عن المبسوط ما ظاهره أنه لو طلب المنكر الحلف على بقاء الدين وعدم سقوطه أُجيب إليه، أما إذا طلب الحلف على أصل ثبوت الدين بأن قال أنه برىء من الأول لم يلزم الجواب، ووجه الظهور أنه تعرض الشيخ قدس سره لكيفيه حلف المدعى

وفى الإلزام بالجواب عن دعوى الإقرار تردد[١] منشأه أنّ الإقرار لا يثبت حقاً فى نفس الأمر بل إذا ثبت قضى به ظاهراً.

الشرح:

والمحلوف عليه فيها بقاء الدين على العهد.

أقول: لو كان المنكر لأصل الدين مدعياً بأنّه قد أبرأه دايته، أو أنّه اقتضى دينه فهذه دعوى على دايته ولو لم يكن انكاره الأوّل تكديباً لهذه الدعوى، كما إذا اعتذر عن انكاره بعدم البيّنه له بالابراء أو الاقتضاء واعتقاده عدم تمام البيّنه للمدعى يكون له استحلاف المدعى فيما إذا شهدت بينته بأصل الدين، وأمّا إذا لم يكن مدعياً بأن قال: أنّى احتمل ابرائه عهدتى ونحوه فلا تسمع ليتوجه إلى خصمه اليمين.

والحاصل: لا يقاس المقام بالدعوى على الميت، حيث لا يعتبر فى المدعى عليه البيّنه مجرّده، والتعليل الوارد فيه فى الحاجة إلى يمين المدعى مع ضعف مستنده لا يعمّ المقام، فإنّ من عليه الدين فى المقام حىّ فعليه اقامه البيّنه على اداء دينه كما لا يخفى.

[١] إذا لم تكن الدعوى على الغير ثبوت الحق له واقعاً، بل كانت دعواه أن ذلك الغير اعترف بأنّ له حقّ كذا عليه أو مال كذا بيده فهل يتوجه اليمين إلى الخصم فيما أنكر اعترافه أو أنّه لا تسمع الدعوى المزبوره إلا بقيام البيّنه باعترافه بالحق؟

قيل: لا- تسمع دعوى الإقرار بدونها فإنّه يعتبر فى توجه اليمين على المنكر أن يدعى عليه الحق الواقعى والاقرار وأن يؤخذ به المقرّ إلا أنّه لا يقتضى ثبوت الحق واقعاً، فلا تكون دعوى اعترافه اخباراً بثبوت الحق الواقعى له.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ صدق الدعوى على دعوى الاقرار ظاهر، حيث إنّ الخصم يؤخذ به على تقدير تصديق دعوى الاقرار ظاهر، حيث إنّ الخصم يؤخذ به على تقدير تصديق دعوى الاقرار وقد تقدم أنّه لا يعتبر فى المدعى به إلا كونه ذا أثر

ولا تفتقر صحه الدعوى إلى الكشف، فى النكاح ولا غيره[١] وربما افتقرت إلى الشرح:

فيعمه قولهم عليهم السلام «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه»(١)، ويظهر ذلك عن القواعد والمسالك والايضاح وغيرها.

و على ذلك فإن نكل المنكر يحكم ثبوت الحق ولو بعد ردّ اليمين على مدعى اقراره سواء حلف المدعى على اعترافه أو على ثبوت الحق له واقعاً، لأنّ اعتراف خصمه طريق إلى ثبوت ذلك الحق له فيكون حلفه عليه مع العلم وإن لم يعلم الحق بسببه الواقعى، كما لا يبعد عدم الزام الخصم بخصوص الحلف على عدم اقراره له بل يكفى حلفه على عدم الحق عليه أو عنده.

وهذا نظير ما يقال: إنه إذا ادعى عليه الاقتراض أو البيع منه نسيه ليثبت اشتغال ذمته يجوز له الحلف على براءه ذمته.

لا يقال: إذا كان مقترضاً أو مشترياً، ولكن قد أدى ما عليه يتعين الحلف على البراءه، ولا يجوز له الحلف على عدم الاقتراض أو الشراء.

فإنه يقال: قد ذكر فى بحث حرمه الكذب الكلام فى جواز الكذب والحلف كاذباً لدفع الضرر عن نفسه وماله وعرضه، فيدخل المقام فى تلك الكبرى.

[١] ذكر قدس سره أنه لا يتوقف سماع الدعوى بلزوم مطالبه الجواب عن الخصم وتوجه اليمين إليه مع انكاره على الكشف عن خصوصيات المدعى به.

وقال فى الجواهر فى ذيل ذلك: لا يتوقف سماع دعوى الملك على بيان سببه سواء ادعى العين أو الدين بلاخلاف، بل الاجماع على قسميه على ذلك، بل قيل أنه لا خلاف فى ذلك عند العامه أيضاً، وكذا إذا كان المدعى به النكاح أو غيره من العقود بأن يتوقف سماع دعوى النكاح أو الزوجيه على الكشف عن خصوصياته بأن يقول

ص: ٣١٨

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧١: ٥.

ذلك فى دعوى القتل [١] لأنّ فائته لا يستدرک.

الشرح:

وقع فى زمان كذا و مكان كذا بعقد دائم فى حضور فلان وفلان و نحو ذلك، بلاخلاف عندنا، وعن الشافعى الحاجه إلى الكشف فى النكاح مطلقاً فى وجهه، وفى وجه آخر يحتاج إلى الكشف فيما كان المدعى به الزوجيه، أمّا إذا كان النكاح فلا يحتاج، وعن بعض أصحابه أنّ الكشف مستحب، وعن بعض آخر من أصحابه أنّ الحاجه إلى الكشف فيما كان المدعى به النكاح حدوداً وأمّا إذا ادعى بقاءه فلا يفتقر إلى الكشف. وللشافعى أيضاً قول بالاحتياج إلى الكشف فى غير النكاح من العقود مطلقاً، وفى وجه آخر فيما إذا كانت الدعوى متعلقه بالجاريه وذلك للاحتياط فى الفروج.

أقول: صدق الدعوى على الغير التى تكون البينه فيها على المدعى واليمين على المدعى عليه لا تتوقف على الكشف، والتفصيل فى دعوى الملك من غير فرق بين دعوى العين أو الدين، وكذا غير الملك، إلاّ أنّه يلزم أن تكون الدعوى متضمنه بما يطالب الآخر به أو سقوط ما كان للآخر عليه، وعلى ذلك فمجرد قول المرأه أنّها زوجه فلان من غير أن تتضمن مطالبته بصدقها أو غيره لا يحسب أنّها دعوى عن الرجل، حيث تحتمل الزوجيه الانقطاع، ومعه لا يكون مجرد الكشف عنها مطالبه الرجل بشىء، نعم لا يعتبر أن يكون الكشف قبل سؤال الحاكم أو ارشاده بأنّ الدعوى أن يقول انسان شيئاً يطالب خصمه به، وهذا بخلاف دعوى الرجل زوجيه امرأه فان دعواها تتضمن مطالبه المرأه بحق الاستمتاع منها.

[١] ظاهر كلامه قدس سره أنه قد يفتقر سماع الدعوى فى القتل إلى الكشف عن الخصوصيات وعلله بأنّ فائته لا يستدرک، وأضاف عليه فى الجواهر اختلاف أسبابه قيل فلا بدّ من وصف القتل بالعمد أو الخطأ وبأنّ قتله وحده أو مع غيره بالمباشره أو التسبيب، وحكى عن المبسوط الاتفاق على ذلك، وقال إن لم يثبت الاجماع على ذلك

ص: ٣١٩

عدم اعتبار التفصيل في صحة الدعوى

ولو اقتصر على قولها هذا زوجي كفى في دعوى النكاح ولا يفتقر ذلك إلى دعوى شيء من حقوق الزوجية لأن ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجية [١] ولو انكر النكاح لزمه اليمين ولو نكل قضى عليه على القول بالنكول وعلى القول الآخر ترد اليمين عليها فإذا حلفت ثبت الزوجية وكذا السياق لو كان هو المدعى.

الشرح:

فلا يخلو اعتبار الكشف عن الاشكال لأن الاعتبار وعدم سماع الدعوى قد يوجب ذهاب دم امرىء مسلم. كما إذا نسي المدعى الخصوصيه أو لم يتعرض لها لتردده فيها.

بل قد يقال: إذا أحرز القتل فيمكن احراز كونه خطأ بالأصل، ولذا قال في الدروس والمصنّف في كتاب القصاص الأقرب الاكتفاء في دعوى القتل بعدم التفصيل وكما عن الأردبيلي قدس سره، بل ربما يظهر من المصنّف رحمه الله في المقام التأمل في اطلاق اعتبار التفصيل، حيث عبّر بكلمه ربما افتقرت إلى ذلك في دعوى القتل.

وبالجملة: لا فرق بين دعوى القتل وغيره وأنه إذا فرض عدم ترتب أثر على الكلى في غيره أيضاً لم تسمع الدعوى به وإلا سمعت.

أقول: ما ذكره قدس سره أخيراً لعله ما ذكرناه في ذيل قول الماتن قدس سره ولا يفتقر صحه الدعوى إلى الكشف في النكاح.

[١] ذكر قدس سره أنه لو قالت المرأة في مقام الدعوى أنّ هذا زوجي لكفى في السماع ولا يتوقف على شيء من حقوق الزوجية، لأن قولها هذا زوجي يتضمن المطالبه بتلك الحقوق، ولا يخفى أنّ هذا ما ذكرنا سابقاً من اعتبار ظهور الدعوى في مطالبه الآخر بحق أو مطالبته برفع اليد عمّا كان له من الحق سواء أكان هذا بالمذكر في الدعوى أم بقريته المقام، هذا في قول الزوجه، أمّا إذا ادّعى الرجل زوجيه امرأه فقد تقدم أنّ قوله: هذه زوجتي، يكون بمجرد دعوى عليها.

الشرح:

وكيف ما كان فقد ذكر قدس سره كما عليه المشهور في كلامهم: أنّ الرجل إذا أنكر كونه زوجاً لها يتوجه إليه اليمين مع عدم البينه للمرأة كما هو الفرض، وإنه لو حلف على عدم الزوجية سقطت دعواها ولو نكل يحكم بكونه زوجاً لها بناءً على أنّ النكول كافٍ في الحكم في ثبوت المدعى به. وعلى القول الآخر يرد اليمين على المرأة ويحكم بثبوت دعواها بحلفها، وكذا الكلام فيما كان الرجل مدعياً بأن قال: هذه زوجتي، وأنكرتها المرأة، فتوجه اليمين على المرأة، فإن حلفت سقطت دعواها، وإن نكلت يحكم بثبوت الزوجية بمجرد النكول أو مع حلف الرجل برّد اليمين عليه على القولين، وعن العلامة في التحرير: أنّه لو حلفت المرأة على الزوجية يشكل القول بجواز تمكين الرجل منها لإقرار الرجل بحرمة ذلك عليه وأنها ليست بزوجه ومن حكم الحاكم بالزوجية.

أقول: يجرى الاشكال فيما إذا كان الرجل مدعياً وإنه لا يجوز للمرأة تمكين الرجل من نفسها لاعترافها بأنه أجنبي.

وذكر في الجواهر في ذيل كون الرجل مدعياً والمرأة منكره أنّ مع الحكم بثبوت الزوجية بمجرد نكولها أو مع اليمين المردودة على الرجل أنّه يثبت على الرجل المهر بوطئها إن قهرها أو قلنا بوجوب التمكين عليها مع حكم الحاكم بالزوجية، أو كانت المرأة معتقدة بوجوب التمكين مع الحكم وإنّ المرأة لا تستحق شيئاً بدون الوطى لاعترافها بعدم استحقاقها بشيء من المهر بدون الوطى، وفي كشف اللثام يجب في هذا الفرض معنى كون الرجل مدعياً نفقتها عليه لحبس المرأة على الرجل، وقال: وفيه نظر؛ انتهى.

ولا يخفى أنّه لو كانت هي المدعيّة للزوجية وأثبتها بالنكول أو اليمين المردودة عليها يجوز لها الزام الزوج بنفقتها لكونها زوجه بزعمها وأثبتتها بالحكم والمفروض

الشرح:

تمكينها من الرجل، وهذا تمام الموضوع للزوم النفقه على الزوج.

بخلاف ما إذا كان الرجل مدعياً لها وأثبتها بنكولها أو باليمين المردوده عليه، فإنه لا يجوز لها الزام بنفقتها لاعترافها بأنها لا تستحق النفقه عليه، ومجرد حبسها عليه لا يوجب الفرق بين المهر مع عدم الدخول وبين نفقتها، فإنها كما لا تستحق مع عدم الدخول المهر أخذاً باعترافها كذلك الأمر في نفقتها ولو مع الجبر عليها بالدخول، والأمر في ميراثها من زوجها كذلك.

ثم إن الأشكال في الميراث وجواز التمكين والمطالبه بالنفقه تجرى حتى فيما إذا أثبت المدعى بالزوجه بالبينه، كما يظهر وجهه للمتأمل.

وظاهر كلماتهم كما ذكرنا سابقاً ويظهر من كلام الماتن قدس سره أيضاً أنّ اليمين فيما إذا توجهت على المدعى عليه فله ردّها على المدعى فإن حلف ثبتت دعواه، وإلا سقطت وإنه إذا لم يحلف المدعى عليه ولم يردها على المدعى يحكم بثبوت الدعوى أيضاً بالنكول أو باليمين المردوده من قبل الحاكم بلافرق بين دعوى الماليات أو الأعراض والنفوس والأطراف. بل عن بعض دعوى عدم الخلاف أو اتفاق الأصحاب عليه.

ويستدل على ذلك بعده روايات، منها صحيحه محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام «في الرجل يدعى ولا بينه له؟ قال: يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له» (١)، ونحوها معتبره عبيد بن زراره عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يدعى عليه الحق ولا بينه للمدعى؟ قال: يستحلف أو يرده اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلاحق له» (٢)، فإن مقتضى الإطلاق فيها عدم الفرق بين كون الحق مالاً أو

الشرح:

غيره، وفي صحيحه هشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «تردّ اليمين على المدعى».(١)

وقد ذكرنا سابقاً أنّ المراد بالحق في مثلها دعوى المال ديناً أو حتى عيناً بقريته أمرين:

أحدهما: كثره اراده المال من الحق عند اطلاقها، كما في جملة من الروايات الواردة في ثبوت دعوى الحق بشاهد ويمين، وما ورد في الدعوى على الميت كروايه عبدالرحمان بن أبي عبدالله المتقدمه(٢)، ونظير مرسله أبان عن رجل عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يدعى عليه الحق وليس لصاحب الحق بينه؟ قال: يستحلف المدعى عليه فإن أبي أن يحلف وقال: أنا أرد اليمين عليك لصاحب الحق فإن ذلك واجب على صاحب الحق أن يحلف ويأخذ ماله».(٣) ولا يحتاج في اثبات كون اطلاق الحق يراد به المال إلى ملاحظه السند في الروايات الداله عليه كما يظهر وجهه للمتأمل، فإن تعارف الاستعمال لا يحتاج إلى ثبوت وثاقه الراوى.

وثانيهما: وهو العمده ظهور بعض الروايات كمعتبره عبيد بن زراره في تخيير المدعى عليه بين الحلف والرد، ولا يمكن الالتزام بذلك إلا في مثل الماليات، فإن رد اليمين من المنكر لقتل العمد على مدعيه ممّا لا يحتمل جوازه، وكذا في موارد دعوى الزوجيه المأمور كل من المتخاصمين بحفظ الفرج. وعلى ذلك فلا يبعد الالتزام باختصاص مسأله ردّ اليمين إلى الدعاوى الماليه وفي غيرها مع ابراء المنكر عن اليمين يجبر على الاقرار أو الحلف، ومع عدم امكانه يقف القضاء، ولو قيل باطلاق ردّ اليمين فلا ينبغي التأمل في عدم جواز ردّها على المدعى من المنكر العالم بالحال في الموارد المشار إليها.

ص: ٣٢٣

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ٣.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١٧٦: ٥.

٣- (٣) المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١٧٣: ١.

ولو ادعى أنّ هذه بنت أمته، لم تسمع [١] دعواه لاحتمال أن تلد في ملك غيره، ثم تصير له وكذا لو قال، ولدتها في ملكي لاحتمال أن تكون حرة وملكاً لغيره وكذا لا تسمع البيّنه بذلك، ما لم يصرّح بأنّ البنت ملكه وكذا البيّنه.

الشرح:

[١] ذكر أنّه لا تسمع الدعوى فيما إذا قال هذه بنت أمته، فإنّ القول المزبور لا يعدّ دعوى بملكه البنت لاحتمال كونها بنتاً لأمته ولم تكن مملوكه له، كما إذا صارت أمّها ملكاً له بعد أن تلدها في ملك غيره، وكذا لا تسمع الدعوى بأنّها ولدتها في ملكه لاحتمال كون البنت حرة، كما إذا وطئها حرّشبهه أو بالتحليل أو ملكاً لغيره ولو بالشرط في شراء أمّها أو غير ذلك.

والحاصل: سماع دعوى ملك البنت يحتاج إلى ذكر أنّ البنت ملكه، وكذا يعتبر في سماع البيّنه بملك البنت تصريح الشهود بأنّ البنت ملكه ومثل القول في بنت الأمه، القول في ثمره النخل، ولو قال هذه مشيراً إلى ما في الخارج ثمره نخلي لا تسمع ما لم يذكر أنّها ملكي، وكذلك الأمر في الاقرار فإنّه إذا اعترف بأنّ ما بيده ثمره نخل فلان، أو أنّ هذه البنت بنت المملوكه فلان فلا يلزم بأنّ الثمره أو البنت بيده ملك الغير، وهذا فيما فسّر اقراره بنحو لا ينافي كون الثمره أو البنت ملكاً لنفسه وليس كذلك الاعتراف بأنّ الغزل بيده من قطن فلان أو الدقيق بيده من حنطه فلان، فإنّه يلزم باعترافه ويحكم بأنّ الغزل أو الدقيق لفلان، والفرق أنّ الغزل أو الدقيق نفس القطن والحنطه قد تغيّر وصفهما بخلاف الثمره فإنّه من النماء المنفصل وكذا بنت الأمه.

أقول: ينبغي التعرّض لأُمور تتعلّق بكلامه قدس سره :

الأوّل: ما ذكره أنّها لا يسمع قوله فيما كذا قال مشيراً إلى البنت ولدتها أمّها في ملكي، فإنّه نقل في الجواهر عن لقطه المبسوط والتذكرة سماع الدعوى والبيّنه، بل في التذكرة دعوى الاجماع عليه، وذكر في وجه السماع ولعله لاصاله تبعيه النماء للأصل

ص: ٣٢٤

ومثله لو قال: هذه ثمره نخلى. وكذا لو أقر له من الثمره فى يده، أو بنت المملوكه، الشرح:

ولكن هذا الأصل يعتمد عليه مع عدم يد الآخر على النماء حيث لا اعتبار للأصل المزبور ولا بغيره ممّا هو أقوى من هذا الأصل، وكلام الأصحاب فى المقام فى الدعوى على الآخر فىكون المفروض فى كلامهم كون البنت بيد الآخر، ولا يقاس بباب اللقطه المزبور فيه عدم اليد لآخر أو اعترافه بأن ما بيده ليس ملكاً له.

أقول: انقطاع الأصل المزبور بقاعده اليد يوجب أن يكون صاحب اليد هو المدعى عليه، ومن قال للآخر: ما بيدك من البنت ولدتها أمها فى ملكى مدّعياً، لا أن لا تسمع دعواه.

وبالجملة: لو كان لقوله فى مقام الدعوى هذه البنت ولدتها أمها فى ملكى ظهور فى دعوى ملكيته البنت لملك الأم كما هو المفروض فاللازم سماع الدعوى، بل الأمر كذلك لو قال فى مقام الدعوى أنّها بنت أمته وإن لم يكن هذا الظهور بأن لم يكن القول المزبور فى ذلك المقام، كما إذا كانت البنت بيده وقال ذلك جواباً عمّن يدعى ملكيه البنت يكون ظاهره الإنكار، وقد تقدم أنّه لا يعتبر فى سماع الدعوى وترتيب ما يترتب عليها إلاّ ظهور قوله فى الدعوى على الغير ولو كان الظهور بقريته المقام.

الثانى: أنّه قد قيد الماتن قدس سره عدم سماع الاقرار بأن ما بيده من الثمره نخل فلان أو البنت بنت المملوكه لفلان بما إذا فسّر المقرّ قوله بما لا ينافى مالكيته نفسه للثمره والبنت، ومقتضاه أنّه إذا لم يفسّر المقرّ قوله يكون اقراراً بملكيه الغير للثمره أو البنت.

وعليه فىشكل الأمر بين كونهما بيد الغير وقال: أنّها ثمره نخلى أو بنت مملوكتى فلا تسمع لأنّه لا يكون دعوى على الغير وبين كونهما بيده وقال الثمره لنخل زيد أو البنت بنت أمه زيد فىحسب مع عدم التفسير اقراراً على نفسه، مع أنّه لو اعتبر الظهور لاعتبر فى كلا المقامين وان اشترط التصريح لم يقيد عدم سماع الاقرار بصوره التفسير

لم يحكم عليه بالإقرار، لو فسره بما ينافي الملك. ولا كذا لو قال: هذا الغزل من؟ قطن فلان، أو هذا الدقيق من حنطته.

الشرح:

بل لا يسمع مطلقاً كعدم سماع الدعوى.

وقد تعرّض للاشكال فى المسالك وذكر أنّ العلامه فى القواعد والتحرير تبع المصنّف رحمه الله فى تقييد الإقرار، وأجاب فى الجواهر عن الاشكال بأنّه لا يظهر من عبارته المصنّف أو العلامه اعتبار التفسير بنحو التقييد فى عدم سماع الإقرار بأنّ يعقب قوله هذه ثمرة نخلتك بقوله ولكنها ملكى بلا فصل، بحيث لو فسّره بقوله ولكنها ملكى بعد حين لم يسمع التفسير لأنّه من الإنكار بعد الإقرار، بل المراد أنّه لا يحكم على القول المزبور بأنّه اقرار ولو فسّره بعد حين بما لا ينافي الملك و ليس ذلك إلا لعدم كونه اقراراً بملك الغير فى نفسه.

أقول: ما ذكر الماتن قدس سره فى الغزل والحنطه قرينه واضح على كون مراده من التفسير غير صورته عدم التعقيب بلا فصل وإنّه لا يكون اقراراً مطلقاً.

الثالث: أنّه قدس سره ذكر أنّ هذا الغزل من قطن زيد أو هذا الدقيق من حنطته يسمع ويلزم بالإقرار، ولكن لا بدّ من حمل ذلك على صورته عدم تعقيبه بلا فصل بما لا ينافي ملكيته نفسه، كأن يقول: قطن فلان أى اشتريته منه، وكذا فى الحنطه، وهذا ما ذكرنا أنّ ما ذكره فى الغزل والدقيق قرينه على أنّ المراد من التفسير فى الثمره والبنت صورته عدم التعقيب.

ص: ٣٢٤

فی التوصل إلى الحقّ [١]

من كانت دعواه عيناً فی يد انسان، فله انتزاعها و لو قهراً، ما لم يكن فتنه، ولا يقف

الشرح:

[١] قد ذكر تقسيم الحق إلى العقوبة والمال، فالأوّل كالقصاص وحدّ القذف، وادعى أنّ الاستيفاء في الأوّل يحتاج إلى مراجعته القاضي والحاكم، لعظم خطره والاحتياط فيه وإنّ استيفاءه من وظيفة الحاكم على ما تقتضيه السياسه وزجر الناس.

وفى الكفايه لا أعرف فى ذلك خلافاً، وفى الجواهر أنّ اطلاق السلطان على ولى الدم فى قوله سبحانه: «وَمَنْ قُتِلَ مُظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوِئِيهِ سُلْطٰناً» (١) وتسلط الناس على استيفاء حقوقهم اسقاطاً واستيفاءً يقتضى عدم اعتبارالرفع إلى الحاكم مع معلوميه الحال واقرار من عليه الحق، كما يقتضى أنّ المباشر للاستيفاء من له الحق لا الحاكم.

أقول: يأتى فى باب الحدود أنّ اجراء الحد من وظيفة الحاكم لا فرق بين كونه من حق الناس كالقذف أو غيره لاطلاق بعض ما ورد فيه، بل يظهر من بعض الروايات أنّ حق القصاص أيضاً كذلك، فيكون المراد من سلطنه ولى الدم اتباع نظره فى الاستيفاء والاسقاط، كما هو كذلك فى حق القذف أيضاً، نعم قد ورد فى بعض الحدود الترخيص للكّل فى اجرائها مع كونها من حدود الله سبحانه كالحد فى سب النبى صلى الله عليه و آله

ص: ٣٢٧

الشرح:

وسائر المعصومين عليهم السلام ، وكذا في حد ارتداد الرجل عن فطره، وتمام الكلام في محلّه، والكلام في المقام في الحق المالى.

فقد ذكر الماتن قدس سره كغيره أنّ من كانت دعواه عيناً بيد الغير مع اعتراف ذلك الغير بأنّها أو مع عدم اعترافه يجوز للمدعى أخذها منه قهراً ما لم تكن فتنه، ولا- يحتاج الأخذ إلى الاذن من الحاكم الشرعى، و ربّما قيل وإن استلزم الأخذ ضرراً على المأخوذ منه كتمزيق ثوبه وكسر القفل ونحو ذلك، بل وإن أثار فتنه بنحو لاتصل مرتبه يمكن معها دعوى العلم من مذاق الشارع بعدم جواز فعل يترتب عليه الفساد المزبور، حتى ما إذا كان الفعل مع قطع النظر عن هذا الترتب من المباح أو المستحب بل الواجب، ولا- يعتبر أن يكون ترتب الفساد المزبور بنحو المعلوميه، بل يكفي في عدم الجواز كونه مظنه لذلك الفساد، كما يظهر ذلك ممّا ورد في بيع الوقف أنّه حصل من الاختلاف تلف الأنفس والأموال و ربّما يشير إليه قوله سبحانه: «إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ» (١).

أقول: إذا كان من بيده المال معترفاً بأنّ المال له أو على علم بأنّه له فلا ينبغي التأمل في جواز الأخذ ولو قهراً عليه وان استلزم ذلك الضرر على الممسك بالمال بلاحق لسقوط حرمه ما يتلف عليه في الأخذ المزبور، بل يجوز الأخذ بأى ضرر عليه فيما إذا كان ذلك للدفاع عن ماله كما إذا توقف الأخذ على ذلك.

وأما إذا لم يكن المأخوذ منه معترفاً ولاعالمياً بأنّ المال بيده للغير فإن أمكن أخذ ماله من يد الممسك به من غير أن يستلزم التصرف في مال آخر للممسك أو ضرر

ذلك على اذن الحاكم ولو كان الحق ديناً، و كان الغريم مقرراً باذلاً لم يستقل المدعى بانتزاعه [١] من دون الحاكم، لأن الغريم مخير في جهات القضاء، فلا يتعين الحق في شيء دون تعيينه، او تعيين الحاكم مع امتناعه.

الشرح:

بكسر قفله و نحوه ففي جواز الأخذ مع امكان المراجعة إلى الحاكم والأخذ بقضائه ولو كان جائراً اشكال، لعدم اضطراره إلى التصرف المحرم لترتفع حرمة.

نعم لا تبعد المقاصه في الفرض من ماله لاطلاق بعض الروايات الواردة كصحيحه أبي العباس البقباق «أن شهاباً ما راه في رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس: فقلت له: خذها مكان الألف الذي أخذ منك فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبي عبدالله عليه السلام فذكر له ذلك، فقال: أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف». (١) فإنها تعم صورته كون الألف الذهاب عيناً أو ديناً، كما تعم صورته بقاء الألف وعدمه. وفي صحيحه داود ابن رزين قال: «قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام أني أخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدابه الفارهه فيبعثون فيأخذونها ثم يقع لهم عندي المال فلي أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلك ولا تزدد عليه» (٢) فإنها تعم صورته امكان الأخذ بماله بالقضاء وعدمه.

[١] يملك الدائن في موارد الدين المال على ذمه المدين، وانطبق ما في ذمته على المال الخارجي يتوقف على قصد المدافع بالمال المدفوع خارجاً اداء ما بذمه المدين سواء كان المدافع هو المدين أو وكيله أو وليه أو المتبرع، ويتعين المال المدفوع في الاداء بقبض الدائن مباشره أو توكيلاً أو ولايه أو اجازته الدائن القبض الواقع فضولاً.

وبالجملة: يكون اداء الدين وتعيينه في المال الخارجي بقصد الاداء من المدافع وقبض المستحق كما ذكر، حيث إن اداء الدين من العناوين القصدية، فلا يتحقق إلا

ص: ٣٢٩

الشرح:

بالقصد من الدافع والقبض من المستحق.

نعم لو قام دليل في مورد على تعيين ما على العهده بمجرد العزل بدون قبض المستحق كتعيين زكاه الفطره بالعزل يؤخذ به في مورد دلالتة، وربما احتمل بعضهم في تعيين اداء الدين في القبض الخارجى قصد المستحق أيضاً التسلم بأن يلتفت حين القبض أنّ الدفع إليه بعنوان الوفاء بالدين، ومع عدم التفاته يشكل الالتزام بالوفاء، ولكن الصحيح عدم اعتبار ذلك بل الملاك في تحققه قبضه، ويشهد لذلك صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج عن أبي الحسن عليه السلام «في الرجل يكون عند بعض أهل بيته المال لا تنام فيدفعه إليه إلى أن قال: هل يجزيه أن يدفعه إلى صاحبه على وجه الصلّه ولا يعلمه أنّه أخذ له مالاً فقال: يجزيه» بل الالتزام بعدم اعتبار قصد القابض لا يحتاج إلى الاحتجاج بها، لصدق الوفاء بالدين بدون عرفاً.

ومما ذكرنا يظهر أنّه لو وقع بيد الدائن مال من المدين، ولو كان من جنس ما على عهده المدين، وبمقداره لا يتعين الدين في ذلك المال، ولو مع قصد الدائن تملكه بعنوان الأخذ بدينه نعم لو فعل ذلك وأجاز المديون يتحقق باجازه وفاء ما عليه من الدين لجريان الفضوليه في القبض أيضاً كما ذكر في محلّه. وعلى ذلك ففيما إذا كان اداء الدين بمال المدين فلا بدّ من تصديه مباشره أو توكيلاً أو يتصدى بذلك من له ولايه عليه، كما إذا كان المدين غائباً أو ممتنعاً فإنّ للحاكم الولايه على الغائب والممتنع، هذا بحسب القاعده الأوليه.

ولكن وردت روايات بجواز تقاص الدائن دينه من مال المدين إذا وقع بيده، والكلام في مقدار دلالة تلك الروايات، ولا ينبغي التأمل في أنّه إذا كان المدين معترفاً بالدين وبأذلاً له فلا يجوز التقاص ممّا يقع بيد الدائن من ماله، بل لو فرض في هذا

الشرح:

الفرض عذر للمدين كالغيبه والحبس تصدى لاداء دينه الحاكم، وهذه الصوره خارجه عن الروايات المشار إليها.

كما أنه لا ينبغي التأمل في جواز التقاص فيما إذا جحد المدين على دائته الدين، فامتنع عن ادائه، فإن هذا الفرض مدلولها تعييناً، وفي معتبره أبي بكر الحضرمي عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: قلت له: رجل كان له على رجل مال فجحده إياه وذهب به ثم صار بعد ذلك للرجل الذي ذهب بماله مال قبله يأخذه مكان ماله الذي ذهب به منه ذلك الرجل؟ قال: نعم» (١).

نعم تأمّل بعضهم في شمولها لما إذا كان المدين معترفاً بالدين ولكن يمتنع عن ادائه ولو بالمماطلة اللاحقه بالامتناع، أو كان جاحداً ولكن للدائن بينه وبينه فيمكن له استيفاء الدين بالمحاكمه إلى الحاكم، ولكن الأظهر جواز التقاص في الصورتين لإطلاق بعض الروايات أمّا بالاضافه إلى الامتناع كصحيحه أبي البقباق المتقدمه فإنها باطلاقها تعم الامتناع عن الاداء كما لا يخفى وأمّا بالاضافه إلى صوره جحوده ولو مع البينه للدائن فإطلاق معتبره أبي بكر المتقدمه. وفي خبر جميل بن دراج «قال: سألت أبا عبدالله عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذي جحده يأخذه وإن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال: نعم» (٢).

وأمّا الصوره الخامسه: فهي ما إذا كان امتناع المدين عن الاداء بحق، كما إذا لم يعلم ثبوت المال على عهده، فإنه يقال بعدم جواز التقاص في الفرض بل يترافعان، ولكن لا يخفى أن إطلاق صحيحه أبي البقباق يشمل الفرض أيضاً لصدق أنه ذهب ألف أو

ص: ٣٣١

١- (١) الوسائل: ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥: ٢٠٤.

٢- (٢) الوسائل: ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٠: ٢٠٥.

الشرح:

غيره من ماله، كما يصدق في صورتى الجحود والامتناع عن ظلم، فإنّ عدم العلم بالدين عليه لنسيانه أو اعتقاده الاداء ونحو ذلك لا يمنع عن صدق الحق.

لا يقال: لو فرض الاطلاق فيما دلّ على جواز التقاص يرفع اليد عنه بالأخبار الوارده بالمراجعه إلى من نصبه عليه السلام قاضياً ولو فرض التعارض بين الطائفتين بالعموم وجه لخروج صورتى الجحود والامتناع عن ظلم عن مدلول تلك الأخبار لعدم الجهل فيهما بالحكم أو الموضوع ليرفع إلى من يعلم من قضاياهم عليهم السلام وخروج غير الماليات عن مدلول الأخبار الوارده فى التقاص، ويجتمعان فى صورته الامتناع عن الاداء بحق فى الماليات يرجع بعد سقوط الاطلاق من الجانبين إلى ما دلّ عدم جواز التصرف فى مال الغير وتملكه بلارضاً مالكة، خصوصاً إذا كان للدائن بينه بالدين على الممتنع المزبور.

أقول: يمكن المناقشه فيما ذكر بأنّ الأخبار الوارده فى الأمر بالمراجعه إلى من يعلم قضاياهم عليهم السلام فى مقام بيان طريق الوصول إلى الحق وفصل الخصومه فى مقابل النهى عن المراجعه والمرافعه إلى قضاءه الجور، وأنّه لا يجوز الوصول إلى الحق وفصل الخصومه بالمراجعه إليهم.

أمّا إذا كان للوصول إلى الحق طريق آخر غير المراجعه إلى أولئك القضاء فلا- تكون هذه الأخبار ناظره إلى هذه الصوره، خصوصاً فيما إذا كان صاحب الحق عالماً بأنّه لا يصل إلى حقه بالمراجعه إلى القضاء لعدم الشاهد بدينه على الغير، والإطلاق فى أخبار جواز التقاص تعيّن طريق الوصول إلى حقه فيما إذا وقع مال من عليه الحق بيده أضف إلى ذلك صدق الجحود فى بعض موارد الامتناع بغير عدوان، كما إذا نسى الاستدانه أو اعتقد الاداء كما لا يخفى.

ولو كان المدين جاحداً وللغريم بينه تثبت عند الحاكم، والوصول إليه ممكن، ففي جواز الأخذ تردد، أشبهه الجواز، وهو الذي ذكره الشيخ في الخلاف والمبسوط، وعليه دلّ عموم الإذن في الاقتصاص، ولو لم يكن له بينه، أو تعذر الوصول إلى الحاكم، ووجد الغريم من جنس ماله اقتص مستقلاً بالاستيفاء [١] نعم لو كان المال وديعه عنده، ففي جواز الاقتصاص تردد، أشبهه الكراهه، ولو كان المال من غير الجنس الموجود، جاز أخذه بالقيمة العدل، ويسقط اعتبار رضا المالك بالطاؤه كما يسقط اعتبار رضاه في الجنس.

الشرح:

[١] يجوز الاقتصاص على ما تقدم فيما إذا كان ما وقع بيده من مال المدين من جنس ما عليه ولا خلاف في ذلك، إلا إذا كان ما وقع بيده من مال المدين وديعه، فإنه قد ذكر بعضهم أنه لا يقتص من مال الوديعة، واعتمدوا في ذلك على بعض الروايات المانعه عن الاقتصاص من الوديعة كصحيحه معاوية بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: قلت له: الرجل يكون لى عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالاً ألى أن آخذ مالى عنده؟ قال: لا، هذه الخيانه» (١) ونحوها غيرها. ولكن لا بدّ من حملها على الكراهه بقرينه صحيحه أبي البقباق المتقدمه المجوزه للاقتصاص من الوديعة. وأمّا إذا كان المال الواقع بيده من غير جنس المدين فيجوز الاقتصاص منه أيضاً استقلالاً، كما هو ظاهر المصنّف أيضاً.

ولكن ربّما يقال إنه لا بدّ في جواز الاقتصاص من غير الجنس من الاستئذان من الحاكم الشرعى، حيث إنه وليّ الجاحد والممتنع، ولكن لا يخفى ضعفه لأنّ مع اذن الشارع في الاقتصاص ولو من غير الجنس، كما هو ظاهر صحيحه داود بن رزين الوارده في الاقتصاص ممّا أخذوا منه من الجاربه والدابه الفارهه والإطلاق في معتبره أبي بكر الحضرمى لا حاجه إلى الاستئذان من المالك أو الولى، وعلى ذلك لو كان

ص: ٣٣٣

١- (١) الوسائل: ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١١: ٢٠٥.

ويجوز أن يتولى بيعها [١] وقبض دينه من ثمنها، دفعاً لمشقه التربص بها ولو تلف قبل البيع قال الشيخ الالقي بمذهبنا أنه لا يضمنها والوجه الضمان، لأنه قبض لم يأذن فيه المالك [٢] ويتقاصن بقيمتها مع التلف.

الشرح:

المأخوذ أزيد في مالته ممّا ذهب منه فاللزام إيصال الباقي الزائد من حقه إلى مالكة بأى وسيلة، ففي صحيحه داود بن رزين «خذ مثل ذلك ولا تزرد عليه» (١)، وفي روايه على بن سليمان «ويسلم الباقي إليه إن شاء الله». (٢)

[١] جواز بيع المال والتقاصن من ثمنه مقتضى الاطلاق في بعض الروايات كالتى ورد في صحيحه داود بن رزين «ثم يقع لهم عندى المال فلى أن أخذه؟ قال: خذ مثل ذلك ولا تزرد عليه»، فإن مقتضى تجويز أخذ المثل فيما كان المال الواقع بيده متاعاً بيعه، والأخذ من ثمنه بمقدار قيمه ما أخذ منه كالدابه أو الجاربه.

[٢] إذا قبض المال من غريمه عاريه أو وديعه و نحوهما ممّا لاضمان فيها، ثم بدا له فى التقاصن فالأظهر عدم الضمان، أخذاً بما دل على عدم الضمان فيها، والمفروض أن ما بداله من المقاصه ليست خيانه حيث إن الشارع قد أذن فيها. نعم إذا أخذه من الأول بقصد المقاصه من المأخوذ فيمكن أن يناقش فى تحقق تلك لعناوين، بل المأخوذ يكون أشبه بالقبوض بالسوم، فإن رضا الشارع بالأخذ كرضا المالك بالأخذ فى المأخوذ بالسوم فى أنه لا يمنع عن الضمان.

بقى فى المقام أمر وهو أن جواز التقاصن لا يختص بالتقاصن مباشره، فيجوز أن يوكل غيره فيه، لأن فعل الوكيل يستند إلى الموكل، فيكون أخذه أخذاً منه، ولكن الوكيل لابد من احراز أن لموكله حقاً ليجوز له التقاصن وأصاله الصّحه فى التوكيل تجرى بعد احراز ولايه الموكل على التقاصن، ولا تثبت بها ولايه الموكل، ويجوز التقاصن

ص: ٣٣٤

الاولى: من ادعى ما لا يد ل احد عليه قضى له [١] ومن بابه أن يكون كيس بين جماعه، فيسألون هل هو لكم؟ فيقولون لا، ويقول واحد منهم هو لى فإنه يقضى به لمن ادعاه.

الشرح:

للولى أيضاً، فلو كان للصغير أو المجنون مال عند آخر فجحده أو امتنع عن الاداء والرد، جاز التقاص لوليها، حيث إن كل فعل لا يمكن أن يقوم به المالك لصغره وجنونه يقوم به وليه، ولا تبعد دعوى أن ما فى صحيحه داود بن رزين من قوله «أنى أخالط السلطان فتكون عندى الجارية فيأخذونها»^(١)، يعم ما إذا كانت عنده ما أخذوه مال موكله أو المولى عليه، و ممّا ذكرنا يظهر أنه يجوز للحاكم الشرعى المقاصه من مال الممتنع عن اداء الحقوق الواجبه عليه والله سبحانه هو العالم.

[١] ذكروا ذلك، ويستدل عليه مضافاً إلى أن سماع دعوى بلا- معارض بسيره العقلاء، وبصحيحه منصور بن حازم عن أبى عبدالله عليه السلام «قلت: عشره كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم: لا، وقال واحد منهم: هولى، فلمن هو؟ قال: للذى ادعاه»^(٢).

وربما يناقش فيها بأن الكيس المزبور فيها كان بيد جميعهم، فتكون دعوى واحد منهم ملكيته مع اعتراف السائرين بأنه ليس لهم من دعوى ذى اليد، والمفروض فى المسأله ما إذا لم يكن بالمال يد، ويناقش أيضاً بأن ظاهرها دعوى الملكيه بعد الانكار، حيث إن ظاهر فقالوا كلهم لا وقال: واحد منهم هو لى أن دعواه كانت بعد النفى، ولكن لا يخفى أن مجرد الجلوس فى مكان يقع مال فى وسطهم مع كونه اتفاقاً كما يتفق مثله

ص: ٣٣٥

١- (١) الوسائل: ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢٠٢: ١.

٢- (٢) الوسائل: ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢٠٠: ١.

الثانية: لو انكسرت سفينه فى البحر، فما اخرج به البحر، فهو لاهله، وما اخرج بالغوص فهو لمخرجه [١] وبه روايه فى سندها ضعف.

الشرح:

كثيراً لا يتحقق اليد والاستيلاء بالمال، فالحكم بكونه لمدعيه فى الفرض ظاهره سماع دعوى الملكيه مع عدم المعارض لها، ويترتب على ذلك أنه لو ادعاه بعد ذلك شخص آخر يحسب ذلك الشخص مدعيًا، ومن أخذه بدعواه سابقاً يكون منكراً.

وذكر فى دفع المناقشه الثانيه: أنّ الدعوى وإن كانت بعد الانكار إلاّ أنّه تجرى أصاله الصّحه فى كل من النفى السابق والدعوى اللاحقه بكون النفى قبل التذكر والدعوى بعده نظير ما إذا أنكر الرجل زوجته امرأه ثمّ أقرّ بها، فإنّ الحاكم لا يمنع الرجل عن التمكين بالمرأه أخذاً بانكاره الزوجيه أوّلاً.

أقول: دعوى أنّ ظاهر الصحيحه دعوى الملكيه بعد الانكار لا يمكن المساعده عليها، بل ظاهر أنّ قوله واحد استثناء عمّا ذكر قبل ذلك من قول كلّهم: لا، وهذا النحو من الاستثناء تعبير متعارف فى الاستعمالات العرفيه.

وأما مسأله تمكين الرجل من المرأه المدعيه للزوجيه باقراره بها ولو بعد انكاره فهو لثبوت الزوجيه التى ادعتها المرأه، فيترتب عليها أثارها، ومنها جواز تمكين نفسه منها فيلغى انكاره السابق نظير ما إذا ادعى عليه آخر بأنّه قد باع داره منه بكذا فأنكر بيع الدار ثمّ أقرّ به، فإنّه لا معنى لأن يقال يجب عليه بعد اقراره بالبيع تسليم داره من مدعى الشراء ولكن لا يجوز له الزام المشتري بتسليم الثمن، لأنّ انكاره السابق اقرار بعدم استحقاقه الثمن.

[١] لو انكسرت سفينه فى البحر وغرقت مع متاعها أو سقط متاعها فى البحر فما أخرج به البحر من متاعها فهو لمالكه وما يخرج بالغوص فهو لمن أخرج به، وظاهر الماتن الافتاء به كجملة من الأصحاب مع ضعف الروايه الداله عليه عنده.

الشرح:

ولكن فى المقام روايتان: إحداهما ما رواه الشيخ بإسناده عن محمّد بن أحمد ابن يحيى عن أبى عبد الله عن منصور بن عباس عن الحسن بن على بن يقطين عن أمية بن عمر عن الشعيرى «قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن سفينة انكسرت فى البحر فأخرج بعضها بالغوص وأخرج البحر بعض ما غرق فيها، فقال: أمّا ما أخرج البحر فهو لأهله، الله أخرجهم، وأمّا ما أُخرج بالغوص فهو لهم وهم أحقّ به» (١).

وهذه الرواية ضعيفاً سنداً، لأنّ أبا عبد الله الراوى عن منصور بن عباس هو محمد بن أحمد الرازى الجامورانى، وقد ضعفه القميون باستثناءه من رجال نادر الحكمه، ومنصور بن عباس أيضاً ضعيف، كما هو ظاهر النجاشى، وأميه بن عمرو واقفى لم تثبت وثاقته.

وقد نوقش فى دلالتها أيضاً لاحتمال كون المراد بضمير الجمع أصحاب السفينه، فيكون مدلولها أنّ ما أخرج البحر أو الغوص فهو لأصحاب السفينه، والتفصيل بالاضافه إلى سبب الخروج فقط و أنّه قد يكون البحر وقد يكون الغوص، ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ التفصيل فى سبب الخروج من غير دخله فى الحكم كالتفصيل فى زمان الخروج بين كونه ليلاً أو نهاراً.

وممّا ذكر يظهر الحال فى روايه أُخرى، وهى ما رواه الكلينى عن على بن ابراهيم عن أبيه عن النوفلى عن السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث عن أمير المؤمنين عليه السلام «قال: وإذا غرقت السفينه وما فيها فأصابه الناس فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله وهم أحقّ به وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه فهو لهم» (٢)، وسندها لا بأس به،

ص: ٣٣٧

١- (١) الوسائل: ١٧، الباب ١١ من أبواب اللقطه، الحديث ٢: ٣٦٢.

٢- (٢) الوسائل: ١٧، الباب ١١ من أبواب اللقطه، الحديث ٢: ٣٦٢.

الشرح:

ولا يعد اتحاد الروایتین والاختلاف فی سند الشیخ قدس سره والکلینی إلى إسماعیل بن أبی زیاد السکونی الشعیری.

نعم ربّما یستظهر من قوله علیه السلام: «وترکه صاحبه» أنّ الوجه فی تملک ما یرج بالغوص اعراض مالکة، فیکون نظیر مفاد صحیحه عبدالله بن سنان عن أبی عبدالله علیه السلام «قال: من أصاب مالاً أو بعیراً فی فلاة من الأرض قد کلت وقامت وسیبها صاحبها مما لم یتبعه فأخذها غیره فأقام علیها وأنفق نفقته حتی أحيها من الکلال ومن الموت فهی له ولا سبیل له علیها وإنما هی مثل الشیء المباح» (١).

ص: ٣٣٨

١- (١) المصدر نفسه: ١٨، الباب ١٣ من أبواب اللقطة، الحدیث ٢: ٣٦٤.

فى الاختلاف فى دعوى الاملاك

وفيه مسائل:

الاولى: لو تنازعا عيناً فى يدهما، ولا بينه قُضى بها بينهما نصفين [١] وقيل يحلف كل منهما لصاحبه.

الشرح:

[١] لو كانت عين بيد اثنين وادعى كل منهما بلا بينه أنّ تمامها له فيحكم بأنّ لكل منهما نصفه. وهل يحتاج الحكم بذلك إلى حلف كل منهما على نفي دعوى الآخر أو لا يحتاج؟ ظاهر الماتن قدس سره عدم الحاجة، كما هو المحكى عن الخلاف والغنيه والكافى، بل فى الأوّل دعوى الاجماع عليه، والمنسوب إلى المشهور توقف الحكم على حلف كل منهما، ولو حلف أحدهما دون الآخر يقضى للحالف بكلّ العين.

واستظهر عدم الحاجة من المرسل المروي عن النبي صلى الله عليه وآله: «أنّ رجلين تنازعا دابة ليس لأحدهما بينه فجعلها النبي صلى الله عليه وآله بينهما» (١).

ووجه الاستظهار لم يقيد الحكم فى مقام الحكايه الجعل بعد حلفهما، ولو قيل بعدم احراز أنّ الحكايه فى مقام بيان نحو القضاء ليؤخذ باطلاقها فلا أقل من اشعارها بعدم الحاجة.

وفيه: أنّ دعوى الاجماع فى المقام غير تامه، فضلاً عن كونه تعدياً، والمرسل

ص: ٣٣٩

الشرح:

لضعف سنده وعدم الجابر له غير قابل للاعتماد عليه، ومقتضى قولهم عليهم السلام: «البيّنه للمدعى واليمين على المدعى عليه»^(١)، اعتبار حلف كل منهما على نفى دعوى الآخر، فإنّ كلّاً منهما بالاضافه إلى العين ذو اليد على حد سواء فاليد من كل منهما على نصفها المشاع، فيحسب بالاضافه إلى نصفها منكرّاً وبالاضافه إلى نصفها الآخر مدعيّاً، ومع عدم البيّنه كما هو الفرض تصل النوبه إلى حلف المنكر، ليم ملاك القضاء، ولأنّه قد ورد اعتبار الحلف فى فرض اقامه كل منهما البيّنه على دعواه فالفرض أولى منه فى الحاجه إلى الحلف.

ويتفرع على ذلك أنّه إذا حلف أحدهما وامتنع الآخر عن الحلف أن يقضى بتمام العين للحالف، وهل الحكم بأنّها للحالف يحتاج إلى حلفه الآخر على أنّ تمام العين له، حيث إنّ حلفه الأوّل يسقط دعوى الآخر بالاضافه إلى ما بيده، واثبات دعواه بأنّ تمام العين له يحتاج إلى اليمين المردوده من خصمه أو من الحاكم أو يفصل بين نكول الثانى فيحتاج الأوّل إلى الحلف ثانياً على أنّ العين له، وبين نكول الأوّل فإنّ الحلف من الثانى بأنّ تمام العين له يكون معنوئاً بالحلف على نفى دعوى الغير واليمين المردوده ولو من الحاكم على دعواه فالأظهر التفصيل ولذا يقرع بينهما فى الاستحلاف لو تشاحا فيمن يبدء الحلف.

ولو امتنعا عن اليمين يحكم أيضاً بأنّ العين لهما بالمناصفه، وربّما يصير ذلك منشأ الوهم فى كون الحكم بأنّ العين لهما بالمناصفه لا يحتاج إلى الحلف من كل منهما، فإنّه مقتضى يدهما على العين حتى مع نكولهما، ويدفع الوهم بأنّ الحكم بكونها بينهما بمقتضى يدهما ليس قضاءً، بخلاف صورته حلفهما أو نكولهما فإنّه قضاء

ص: ٣٤٠

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٥: ١٧١.

الشرح:

فلا يفيد أحدهما الظفر بالبينه بدعواه بعد ذلك.

وذكر في الجواهر في عدم الحاجة إلى الحلف وجهاً آخر، وهو أنّ المقام لا يدخل في كبرى البينه على المدعى واليمين على المنكر، وذلك فإنّ يد كلّ منهما على تمام العين لعدم تصور يد كل منهما على نصفها مشاعاً إلاّ يكون يدهما بتمامها، ومع يد كل منهما على تمام العين لا- يكون منهما المدعى والمدعى عليه لتساوى كل منهما مع الآخر، وكما أنّ دعوى واحد بملكه العين يوجب الحكم بكونها له كذلك فيما كانت اليد ملغاه كما في المقام.

وحيث لا- يمكن العمل في جميع المال بدعوى كل منهما يعمل بها في نصف المال بلا حاجة إلى اليمين، لأنّه ليس في البين المدعى عليه ليتوجه إليه اليمين. نعم كون يد كل منهما على العين يوجب كون كل واحد منهما المدعى عليه بالاضافه إلى دعوى شخص ثالث لا يد له بالعين.

وبالجملة: معلوميه التباين بين المدعى والمدعى عليه مع كون يد كل منهما في الفرض على تمام العين توجب أن لا يكون المقام من صغريات الكبرى الواردة في الروايات (البينه على المدعى واليمين على من أنكر)، كما لا يكون من موارد التحالف، حيث إنّ مورد التحالف ما إذا كان أحدهما مدعياً بالاضافه إلى شيء والمدعى عليه بالاضافه إلى شيء آخر والآخر بالعكس، وفي المقام المدعى به أمر واحد وهو ملكيته تمام العين التي بيد كل منهما.

أقول: لا- يخفى ما فيه، فإنّ يد كل منهما على تمام العين وان كان أمراً صحيحاً إلاّ أنّ اليد من كل منهما على تمامها ليست استقلاله، بل ضمنه في ضمن يدهما فتحسب في هذه الموارد اليد الاستقلاليه مع عدم تعيين السهم بحسب عدد الأيدي، فلو كانوا ثلاثاً

ولو كانت يد احدهما عليها قضى بها للمتشبث، مع يمينه ان التمسها الخصم [١] الشرح:

فتكون اليد الاستقلالية لكل منهم بثالث المال، وهكذا فيكون كل من المتعدد بالاضافه إلى ما يحسب عليه بيده استقلالاً المدعى عليه، وبالاضافه إلى ما للأخر مدعياً كما تقدم.

ويلزم على ما ذكره قدس سره أن يحكم بتمام العين لأحدهما فيما إذا كانت دعواه ملكيه تمام العين وقال الآخر لا أدري واقع الحال ونصف العين لى ظاهراً بحسب يدي على العين مثل يدك عليها كما إذا كانت العين بيد شخصين فماتاً معاً ولكل منهما وارث وضعا يدهما عليه وادعى احدهما على الآخر أنّ تمام العين كانت لمورثه والوجه في اللزوم عدم المعارض لدعواه والغاء يد كل منهما بالاضافه إلى دعوى الآخر.

وذكر قدس سره أنه لو قيل بالحلف من كل منهما لصاحبه فيمكن أن يقال: إنّ الحلف ليس لكون منهما منكراً يتوجه إليه اليمين بالاضافه إلى دعوى الآخر بل لتقديم أحد السببين للملك على السبب الآخر كما في تقديم احدى البيئتين على الأخرى، فلو حلف أحدهما دون الآخر يحكم بتمام العين له لتقديم احدهما بخلاف حلفهما أو تركهما الحلف وليس الحلف من يمين الانكار ليرتب عليها ردّها إلى المدعى مع نكول المنكر. فلو حلف أحدهما على أنّ تمام العين له ونكل الآخر يحكم بأنّ تمامها للحالف بلا حاجه إلى ردّ اليمين عليه ثانياً.

أقول: لا وجه لهذا الاحتمال، لأنّ الترجيح بالحلف يحتاج إلى قيام الدليل عليه وليس في البين ما يدلّ على كون الحلف مرجحاً لاحدى الدعويين أو لأحدى اليدين فالاحتمال المزبور ساقط من أصله.

[١] والوجه في ذلك أنّ من بيده المال بمقتضى موافقه قوله اليد يحسب منكراً والآخر مدعياً، فيحلف المتشبث مع استحلافه وتسقط به دعوى الآخر، وإذا نكل وقلنا بالحكم بمجرد النكول أو ردّ اليمين هو أو الحاكم على المدعى وحلف ثبتت دعواه، وإلا سقطت على ما تقدم.

ولو كانت يدهما خارجه [١] فان صدق من هي في يده احدهما أحلف وقضى له.

الشرح:

[١] ولو كانت العين بيد ثالث، وكانت يد كل منهما خارجه عن العين بالمره فإن اعترف من بيده المال لاحدهما المعين بأن العين له صار المقر له منكراً والآخر مدعياً، وإذا حلف المقر له على نفى كونها للمدعى سقطت دعواه ويحكم بأن العين له دون الآخر قضاءً.

وقد يناقش في توجه اليمين إلى المقر له بأنه ليس هو المدعى عليه في دعوى الآخر بل دعواه كدعوى المقر له ابتداءً متوجهه إلى من كانت العين بيده فاللازم أن يتوجه اليمين إليه غايه الأمر للمدعى الآخر أن يتوجه دعوى جديده على المقر له بعد انتزاعه العين ممن كانت بيده، كما في استيناف الدعوى على من أخذ العين ممن كانت بيده باليمين المردوده مثلاً أو بشاهد ويمين.

وبالجملة: أن للمدعى الآخر احلاف المعترف بالعين للغير ليسقط دعواه عليه كما أن له احلاف المقر له بتجديد الدعوى عليه وأجيب عن المناقشه بأن الدعوى تتبع العين فالدعوى وان كانت متوجهه في الابتداء إلى من كانت العين بيده إلا أن بعد صيرورتها للمقر له تنصرف إليه، فلاتكون للمدعى الآخر دعوى بالاضافه إلى المعترف الذي كانت بيده.

وأورد في الجواهر على الجواب بأن الكلام في المقام في المدعى عليه وأنه من كانت العين بيده أولاً او المقر له وليس الكلام في المدعى به، يعنى دعوى العين ليقال أنها كانت بيد المقر وصارت بيد المقر بعد الانتزاع، وعلى ذلك فقبل تصديق من كانت العين بيده قبل اعترافه للمقر له فله اليمين على المعترف، لا- لأخذ العين التي صارت لغيره باعترافه، بل لفائده الغرم مع نكوله لاتلافه العين عليه باعترافه.

أقول: كانت الدعوى الأولى على من كانت العين بيده دعوى العين، وقد

الشرح:

انصرفت تلك الدعوى إلى المقر له باعتراف ذى اليد ودعوى الاتلاف بالاقرار لغايه الغرم دعوى أخرى يأتي الكلام فيها وليست عين الدعوى السابقه.

ثم قال قدس سره : بناءً على انصراف الدعوى إلى المقر به يكون للمدعى الآخر احلاف كل من المقر له ومن كانت العين بيده، ولكن احلاف المقر له لسقوط دعوى العين عليه واحلاف من كانت العين بيده لدعوى الغرم لا- لسقوط دعوى العين عليه لانصرافها على الفرض إلى المقر له، ويتفرع على ذلك أنه لو حلف المقر له يحكم بأن العين له من غير حاجه فى هذا الحكم إلى حلف من كانت بيده وإنما يكون حلفه لدفع الغرم عن نفسه، ولكن فى القواعد أنه لو كانت العين بيد ثالث حكم بها لمن يصدقه بعد اليمين منهما وظاهره توقف الحكم بأن العين للمقر له و سقوط دعوى الآخر على كلا الحلفين، ولكن يحتمل أن تكون كلمه منهما فى عباره القواعد متعلقه بقوله يصدقه يعنى لو كانت العين بيد ثالث حكم لمن يصدقه الثالث من المدعين بعد اليمين، أى يمين المقر له فىكون مطابقاً لعباره المصنف، ولكن فى كشف اللثام أن من كانت بيده المال يحلف على المدعى الآخر، فيما إذا ادعى عليه المدعى الآخر أنك كنت عالماً بالحال عند اقرارك وكنت تعلم بأن العين لى لا للمقر له.

أقول: المدعى عليه من يكون قوله موافقاً للحجه المعتبره على ما تقدم والمدعى من يكون قوله على خلاف تلك الحجه ومن الظاهر أنه بعد اقرار ذى اليد لاحدهما المعين يكون قوله هذا العين لى مطابقاً للحجه المعتبره يعنى الاقرار المعتبره، فىكون قول الآخر مخالفاً له فىكون فى دعوى العين المقر له منكراً والآخر مدعياً، ويخرج ذو اليد السابق عن أطراف هذه الدعوى، وإنما يكون ذواليد المدعى عليه بالاضافه إلى دعوى الاتلاف عليه باقراره العين للمقر له وهذه الدعوى لا مورد لها إلا بعد سماع

وإن قال هي لهما قضى بها بينهما نصفين، واحلف كل منهما لصاحبه [١] ولو الشرح:

الاقرار وسقوط دعوى ملك العين على المقر له فتكون دعوى أخرى غير الدعوى السابق قبل الاقرار.

وهل لهذه الدعوى يعنى دعوى الاتلاف على المقر مجال مع ثبوت أن العين كانت للمقر له ولم تكن للمدعى الآخر كما هو فرض حلف المقر له على نفي دعوى العين، فالظاهر عدم المجال لها بعد ثبوت أن العين لم تكن له لأن تتلف عليه.

نعم للمدعى الآخر دعوى الخيانه على المقر فى اقراره نظير دعوى الخيانه على المقر وليست الخيانه إلا دعوى العلم على المقر وأنه كان يعلم بأن المال ليس للمقر له وأنها كانت له وهذا ما ذكره كاشف اللثام، ويظهر من كلمات الأصحاب أيضاً والله العالم.

[١] ولو قال من بيده العين أنها لهما قضى أن العين بينهما بالمناصفه بعد حلف كل منهما لصاحبه بأن العين ليست له فإن الفرض نظير ما إذا كانت العين بيدهما وادعى كل منهما ملكيه تمام العين، والعجب من الماتن قدس سره أنه حكم بكون العين لهما بالمناصفه من غير حاجه إلى الحلف منهما، وظاهره فى المقام الحاجه إلى الحلف منهما.

وقد ظهر مما ذكرنا سابقاً أن الحكم بكون العين بينهما بالمناصفه بلا يمين ليس حكماً قضائياً بالاضافه إلى دعوى كل منهما بأن تمام العين له الحكم القضائى يتوقف على حلفهما، وعليه فلو حلف أحدهما دون الآخر يحكم بأن العين له مع تكرار الحلف بالحلف على الاثبات فيما كان الناكل هو الثانى بعد حلف الأول على النفى، ولا يبعد عدم الحاجه إلى التكرار لو كان الناكل هو الأول، حيث إن حلف الثانى بأن تمام العين له حلف على نفي دعوى الأول فى نصفه وحلف على ثبوت دعواه بالاضافه إلى دعواه فى نصفهما الآخر.

الشرح:

وفى كشف اللثام أنه بعد الحكم بأن تمام العين لأحدهما لحلفه ونكول الآخر فإن ادعى الحالف على الثالث الذى كانت العين بيده علمه عنده اقراره بأن تمام العين له و نكل الثالث عن الحلف على نفي علمه غرم للحالف نصف العين فيكون للحالف تمام العين. ويدل نصفها.

وأورد على ذلك فى الجواهر بأنه بعد انتزاع الحالف تمام العين لا- موجب لغرم الثالث لاعترافه بأنه لا يستحق أزيد من تمام العين، اللهم إلا أن يقال انتزاع نصف العين من الناكل باليمين المردوده كانتزاعه من يده بالمعاوضه، وكما أن الانتزاع بالمعاوضه لا- يمنع عن دعوى العلم على الثالث كذلك انتزاعها باليمين المردوده ولكن هذا التنظير ضعيف، لأن الانتزاع من المدعى لها باليمين المردوده غير الانتزاع منه بالمعاوضه فى أن الثاني لا ينافى دعوى الغرامه على الثالث.

ومن ذلك أنه لو ادعى أحدهما على من بيده العين بأن تمامها له، ولكن اعترف ذواليد بأنها له ولزيد وادعى المدعى على من كانت بيده العين علمه بأن تمام العين له ونكل ذواليد عن الحلف على نفي علمه وحلف المدعى فإنه يأخذ من الثالث بدل النصف الآخر الذى اعترف به لزيد قبل ذلك، وإذا ادعى بعد ذلك على زيد بأن تمام العين له فنكل زيد وحلف المدعى فإنه ينتزع العين فتكون تمامها له، فيلزم على ما ذكر ارجاع الغرم إلى الثالث لوصول حقه إليه بتمامه لأن حقه ليس بأزيد من العين بتمامها.

أقول: الأظهر أنه إذا ادعى على الثالث علمه بكون تمام العين له ومع ذلك أقر بأنها له ولزيد وفرض أن الثالث نكل عن الحلف على نفي علمه وحلف هو على علمه وأخذ منه بدل نصفها تقع المبادله القهريه بين البديل المزبور ونصف العين فلا تسمع دعواه بعد ذلك على زيد بأن تمام العين له، كما أنه إذا ادعى على زيد بتمام العين وأخذ

دفعهما اقرت في يده [١].

الشرح:

منها تمامها ولو باليمين المردوده لاتسمع دعواه على الثالث دعوى العلم لوصول تمام حقه إليه على ما تقدم.

[١] دفع الثالث المتداعيين تاره بإنكاره بكون العين لهما من غير أن ينفي ملكيه نفسه فلا ينبغي التأمل في الفرض من كون من بيده العين المدعى عليه بالاضافه إلى دعوى كل منهما، فيحلف لكل منهما وأقرت العين بيده.

ولو نكل عن الحلف لهما ففي الجواهر يكون الفرض كما لا يد لأحد بالعين فيحكم بكونها بينهما بالمناصفه، فيما لو حلفا أو نكلا، كما أنه لو حلف أحدهما ونكل الآخر فيحكم بكون العين للحالف.

أقول: لا- يخفى ما فيه فإنّ مع نكول المدعيين بعد نكول من بيده العين تسقط دعواهما بملكيه العين ويحكم بأنّ العين للثالث الذي بيده العين لاعتبار يده، بل الحكم بالتصنيف فيما إذا حلفا أيضاً مشكل فإنّ كلاً منهما قد أثبت باليمين المردوده بعد نكول الثالث أنه ما لك لتمام العين، فيحكم بالعين للحالف أولاً وببدله للحالف ثانياً، نظير ما أقرّ بتمامها للأول ثمّ أقرّ بها للثاني، وقد تقدم أنه مع تشاحهما في الحلف أوّلاً يقرع بينهما وإن قال من بيده العين أنّها ليست لى أو لا أعرف مالکها أو أنّها لأحد كما فلا ينبغي التأمل في عدم كون الثالث منكرًا ليتوجه إليه اليمين، كما أنه لا يكون دعوى كل واحد منهما من دعوى ملكيه مال لا يد عليه ولا معارض لها لمعارضه دعوى كل منهما بدعوى الآخر.

فهل يرجع إلى قاعده العدل والانصاف فيحكم بتصنيفها أو إلى القرعه أو يفصل فيرجع إلى القاعده فيما إذا قال ليس لى أو لا أعرف مالکها ويرجع إلى القرعه فيما لو أجاب بأنّها لأحد كما؟ لا يبعد الرجوع إلى القرعه في الأخير لإخراج الحق المجهول منهما وفي الأولين إلى قاعده العدل لكون دعوى كل منهما مملكه للمال لولا

الثانية: يتحقق التعارض في الشهاده، مع تحقق التضاد[١] مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد ويشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمره او يشهدان بأنه باع ثوباً مخصوصاً لعمره و غدوه، ويشهد آخران ببيعه بعينه لخالد في ذلك الوقت، ومهما امكن التوفيق بين الشهاداتتين، وفق فإن تحقق التعارض، فإما أن يكون العين في يدهما أو يد أحدهما او في يد ثالث.

الشرح:

المعارضه، بل ربّما يقال بالتنصيف حتى في فرض الإقرار لاحدهما من غير تعيين، ويستظهر ذلك من معتبره السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام «في رجل أقرّ عنه موته لفلان و فلان لأحدهما عندى ألف درهم ثم مات في تلك الحال فقال علي عليه السلام أقيم البيئه فله المال وإن لم يقم واحد منهما البيئه فالمال بينهما نصفان» بدعوى الوثوق بعدم الفرق بين موردها ومورد الكلام في المقام في الحكم.

[١] لا ينبغي التأمل في أنّ التعارض بين البيئتين يكون بالتنافي والتضاد بين مدلوليهما، بحيث يكون ثبوت مدلول كل منهما ملازماً لانتفاء مدلول الأخر، والملا-ك في المدلول ظهور كل منهما، وما يقال مع التوفيق بينهما ويؤخذ بهما غير صحيح فيما كان التوفيق بغير الجمع العرفي بأن يكون بتأويلهما أو تأويل أحدهما من غير قرينه عرفيه فإنّ الإعتبار بالظهور لا بالتأويل.

و على ذلك ففيما شهدت بينه بأنّ العين الخارجيه لفلان وشهدت الأخرى أنّها لشخص آخر ففي ذلك صور:

الأولى: أن تكون العين المزبوره بيدهما، الثانيه: أن تكون بيد أحدهما، الثالثه: أن تكون بيد ثالث، والرابعه: أن لا تكون يد عليها أصلاً.

أمّا الصوره الأولى: فقد ذكر الماتن قدس سره فيها أنّه يقضى بها لهما بالمناصفه، وعلل ذلك بأنّ لكل منهما يد بالاضافه إلى نصف العين على ماتقدم فتعتبر بينه كل منهما

الشرح:

بالإضافة إلى نصف الآخر، فيكون كل منهما مالكا لما بيد الآخر بقيام البيئه ونتيجه ذلك هو الحكم بالمنصفه قضاءً بالبيئه.

أقول: ينبغي الكلام في هذه الصوره في جهتين:

الأولى: أن مقتضى القواعد الأولى في القضاء ما ذكره الماتن قدس سره أم لا.

الثانيه: هل في المقام دليل خاص على خلاف مقتضى تلك القواعد أم لا؟

أمّا الجبهه الأولى: فالظاهر عدم اعتبار شيء من البيئتين، فإنه قد تقدم أن مع كون العين بيدهما يكون كل منهما بالإضافة إلى دعوى الآخر منكرًا في نصف العين ومدعيًا بالإضافة إلى نصفها الآخر، ومن الظاهر أن بيئه المدعى تكون معتبره، ولا تصل النوبه معها إلى حلف المنكر فيما لم تكن مبتلاه بالمعارض، فإن قوله صلوات الله عليه وآله «البيئه على المدعى واليمين على المنكر» و «أقصى بينكم بالبيئات والأيمان»، ظاهره البيئه التي تكون بينه مع قطع النظر عن القضاء، ولما ذكرنا لا يمكن المساعده على ما ذكر في المتن من أنه أقام كل واحد على ما بيد الآخر بيئه فيقضى لكل بما بيد الآخر.

وبتعبير آخر: بيئه المنكر وإن لم تكن مدركًا للقضاء إلا أنها تمنع عن اعتبار بيئه المدعى مع المعارضه، فيكون الفرض كما إذا لم يكن في البين بيئه فيحكم بتصنيف العين بينهما بمقتضى اعتبار يد كل منهما على نصف العين، ولكن هذا الحكم ليس بنحو القضاء وفصل الخصومه، بل فصلها يتوقف على الحلف فإن حلفا فهي لهما بالمنصفه وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فيحكم بأن العين للحالف.

ودعوى أن بيئه كل منهما معتبره بالإضافة إلى ما بيده من النصف، لأن اليد عليه مرجحه لها فلا يمكن المساعده عليها لاحتياج ترجيح كل منهما بالإضافة إلى ما بيده من النصف على البيئه الأخرى ولو في بعض مدلولها إلى قيام الدليل، والأصل في تعارض الأمارات هو سقوطها.

الشرح:

وأما الجبهه الثانيه ففي معتبره اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام «أن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام في دابه في أيديهما وأقام كل واحد منهما البيئه أنها نتجت عنده فأحلفهما على عليه السلام فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف فقضى بها للحالف فقيل له: فلو لم تكن في يد واحد منهما وأقاما البيئه؟ فقال: أحلفهما فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين الحديث» (١)، والروايه كما أشرنا معتبره، فإن غياث بن كلوب وان كان من العامه إلا أنه يظهر من الشيخ قدس سره في العده توثيقه، والحسن بن موسى الخشاب من المعاريف مع ظهور كلام النجاشي في مدحه، ومضمونها مطابق لما تقدم من أن حلف كل منهما مع كون العين بيدهما على القاعده ولو كان في الروايات الآتيه ما يخالف المعتبره بالإطلاق فيرفع اليد عن إطلاقها بماورد في صدر المعتبره، نعم يمكن أن يستظهر من صدرها عدم الحاجه إلى تكرار الحلف مع نكول الآخر.

لا يقال: ماتقدم من عدم الاعتبار بيئه المدعى مع تعارضها بيئه المنكر ينافيه روايه منصور «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل في يده شاه فجاء رجل فادعاهما فأقام البيئه العدول أنها ولدت عنده لم يهب ولم يبع وجاء الذي في يده بالبيئه مثلهم عدول أنها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام: حقها للمدعى ولا أقبل من الذي في يده بيئه لأن الله عز وجل امر أن يطلب البيئه من المدعى فإن كانت له بيئه وإلا فيمين الذي هو في يده هكذا أمر الله عز وجل». (٢)

أقول: الروايه ضعيفه سنداً، فإن محمد بن حفص الراوي عن منصور بن حازم

ص: ٣٥٠

ففى الاوّل يقضى بها بينهما نصفين، لأنّ يد كل واحد على النصف، وقد أقام الآخر بيّنه، فيقضى له بما فى يد غريمه.

وفى الثانى يقضى بها للخارج دون المتشبث [١] إن شهدتا لهما بالملك المطلق وفيه قول آخر ذكر فى الخلاف بعيد ولو شهدتا بالسبب قيل يقضى لصاحب اليد لقضاء على عليه السلام فى الدابه وقيل يقضى للخارج لأنّه لا بينه على ذى اليد كما لايمين على المدعى عملاً بقوله صلى الله عليه وآله «واليمين على من انكر» والتفصيل قاطع للشركه وهو اولى.

الشرح:

مجهول، ولا يمكن أن يكون وكيل الناحيه، كما قيل، مع أنّها معارضه بما فى ذيل معتبره اسحاق من قوله «قيل فإن كانت فى يد أحدهما وأقاما جميعاً البيّنه؟ قال: أقضى بها للحالف الذى هى فى يده» وعلى ذلك فيؤخذ بمقتضى ذيل المعتبره، بل على تقدير المعارضه يؤخذ بالقاعده التى أشرنا إليها.

[١] ذكر قدس سره أنه لو كانت العين فى يد أحدهما، وأقام كل منهما البيّنه بالملك المطلق له بأن شهدت كل من البيّنتين بأنّ العين ملك من غير ذكر سببه يقضى بأنّ العين ملك لمن لم تكن العين فى يده، وكذلك فيما إذا شهدت كل من البيّنتين بالسبب.

واستدل على ذلك أنّ من فى يده العين منكر لموافق قوله اليد على العين بخلاف الآخر فإنّه يحسب مدّعياً، لأنّه يدعى خلاف يد غريمه، ومقتضى قوله صلى الله عليه وآله : «البيّنه للمدعى واليمين على من أنكر» أنّه لا اعتبار فى مفروض الكلام لبيّنه المنكر، كما أنّه لا تصل النوبه إلى حلفه لأنّ المدعى قد أقام البيّنه بما ادّعاه، ومقتضى التفصيل بين المدعى والمنكر بطلب البيّنه من الأوّل والحلف من الثانى أنّه لا اعتبار بينه المنكر ولا بحلف المدعى. وربّما يحكى عن الشيخ قدس سره بتقديم بيّنه الداخلى لكون بيّنته أقوى لتعاضدها باليد، ولمعتبره غياث بن إبراهيم فى فرض ذكر السبب فإنّه روى غياث بن إبراهيم عن أبى عبدالله عليه السلام «أنّ أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان فى دابه

ص: ٣٥١

الشرح:

وكلاهما أقاما البيئه أنه انتجها، ففضى بها للذى فى يده وقال: لولم تكن فى يده جعلتها نصفين بينهما» (١).

أقول: قد ظهر ممّا تقدم عدم صحه استدلال الماتن قدس سره وأنه لا اعتبار فى الفرض لبيئه المدعى، حيث إنّ البيئه المبتلاه بالمعارض لا تكون بينه يقضى بها، والتفصيل بين المدعى والمدعى عليه، يقطع الشركه فى مدرك القضاء، ولا يدلّ على عدم اسقاط بينه المنكر المدعى عن الاعتبار، وعلى ذلك فالمتعين العمل بما تقدم وروده فى ذيل موثقه اسحقاق بن عمّار من أنه يحكم بالعين لذى اليد مع حلفه، ويرفع اليد عن اطلاق معتبره غياث بن إبراهيم، حيث لم يرد فيها الحاجه إلى حلف ذى اليد، ولا خصوصيه لذكر السبب للملك، بل ظاهر المعتبره أنّ ذكر السبب لبيان أنّ المشهود به فى كل من البيئتين الملك فعلاً لا فى السابق.

وأما ما عن الماتن قدس سره من أنه ترجح بينه المتشبهت فيما إذا شهدت بالسبب ولم تشهد بينه الخارج إلا بالملك المطلق فلا يمكن المساعده عليه، فإنّ مقتضى ما تقدم أن لا تعتبر بينه المتشبهت ولو مع ذكر السبب كما هو مقتضى خبر البيئه على المدعى واليمين على من أنكر بناءً على ما ذكره قبل ذلك، والترجيح بالسبب أو بغيره مع عدم وروده فى خطاب شرعى معتبر بلا موجب.

وقد يناقش فيما تقدم من أنه يحكم للمتنازعين بالمناصفه فى العين مع كونها بيدهما ويحكم بها للمتشبهت مع حلفه على نفى دعوى الآخر فى فرض اقامه كلّ منهما البيئه الحكيمين مخالفان لما استفاد من صحيحه عبدالرحمان بن أبى عبدالله عن أبى

ص: ٣٥٢

الشرح:

عبدالله عليه السلام قال: «كان على عليه السلام إذا أتاه رجلان بشهود عدلهم سواء وعددهم، أقرع بينهما على أيهما تصير اليمين وكان يقول: أَللّهُمَّ رَبَّ السَّمَاوَاتِ السَّبْعِ أَيُّهُم كَانَ لَهُ الْحَقُّ فَأَدَّاهُ إِلَيْهِ ثُمَّ يَجْعَلُ الْحَقَّ لِلَّذِي يَصِيرُ إِلَيْهِ الْيَمِينُ إِذَا حَلَفَ» (١).

وما استفاد من موثقه سماعه عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى عَلِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي دَابِهِ فزعم كل واحد منهما أنها نتجت على مذوده وأقام كل واحد منهما بينه سواء في العدد فأقرع بينهما سهمين على كل واحد منهما بعلامه ثم قال: أَللّهُمَّ رَبَّ السَّمَاوَاتِ السَّبْعِ وَرَبَّ الْأَرْضِينَ السَّبْعِ وَرَبَّ الْعَرْشِ الْعَظِيمِ عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ أَيُّهُمَا كَانَ صَاحِبَ الدَابِهِ وَهُوَ أَوْلَى بِهَا فَأَسْأَلُكَ أَنْ يَقْرَعَ وَتَخْرُجَ سَهْمُهُ أَحَدَهُمَا فَقَضَى لَهُ بِهَا» (٢)، وفي صحيحه الحلبي قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجلين شهدا على أمر وجاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا؟ قال: يقرع بينهم فأَيُّهُم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالحق» (٣)، والحلف ممن أخرجته القرعة وإن لم يذكر في الموثقه، ولكن يحمل على الصحيحتين جمعاً.

وبالجملة: فمقتضى هذه الروايات أن مع تساوى البيتين يقرع للحالف، سواء أكان العين في أيديهما أم في يد واحد منهما أم لم يكن في أيديهما أصلاً، فتكون المعارضه بينها وبين معتبره اسحاق بن عمّار المتقدمه الداله على توجه اليمين على كل من المتداعيين فيما إذا أقاما بينه سواء أكان المال في أيديهما أم لم يكن، وأنه إذا كانت العين بيد واحد منهما يحلف من تكون العين بيده.

ص: ٣٥٣

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٥: ١٨٣.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٢ و ١١: ١٨٥.

الشرح:

ولا يمكن حمل المعتبره على صورته اختلاف البيئتين في الوصف والعدد، وحمل الصحيحتين والموثقه على صورته تساويهما، حيث إن اختلاف البيئتين يناسب التقديم لا توجه اليمين إلى كل منهما مع أنه لم يعهد الفتوى بذلك التفصيل من أصحابنا.

أقول: يمكن الجواب عن المناقشه بوجهين:

الأول: أنه لم يفرض في صحيحتي عبدالرحمان بن أبي عبدالله والحلبى اختلاف المتخاصمين في ملكيه العين والموثقه وان كانت وارده في الاختلاف في ملكيتها إلا أنها حكاية واقعه خاصه، ولعل على عليه السلام طلب فيها تراضيها بالقرعه فأقرع، ويؤيد ذلك أنه حكم في العين بمجرد خروج السهم بالملكيه، وعلى ذلك فتحمل الصحيحتين على غير المخاصمه في ملكيه العين برفع اليد عن اطلاقهما، فإن معتبره اسحاق بن عمار المتقدمه وارده في خصوص التنازع في ملكيتها.

الوجه الثانى: ولعله الأظهر أن معتبره غياث بن إبراهيم المتقدم، ظاهرها بيان حكم صورتين: إحداهما: أن تكون العين بيد أحدهما واقامتها اليه على ملكيتها، وقد حكم فيها الإمام عليه السلام بتقديم من كانت يده على العين.

وثانيتها: ما إذا كانت العين بيدهما معاً وفي هذه الصوره حكم عليه السلام بأن المال نصفين، حيث ورد فيها فقضى بها للذى فى يده، وقال لو لم تكن فى يده جعلت بينهما نصفين، وظاهر هذا الكلام أنه لو لم تكن بيده خاصه بأن تكون فى أيدهما ولو كان المراد صورته عدم اليد عليها أصلاً لعبر عليه السلام ولو لم تكن فى أيديهما.

ويؤيد ذلك المروى عن دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين عليه السلام «أنه قضى فى البيئتين تختلفان فى الشىء الواحد يدعيه الرجلان أنه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بينه كل

أمّا لو شهدت للمتشبث بالسبب، وللخارج بالملك المطلق، فإنّه يقضى لصاحب اليد سواء كان السبب ممّا لا يتكرّر كالنتاج ونساجه الثوب الكتان، أو يتكرّر كالبيع والصياغه، وقيل بل يقضى للخارج، وان شهدت بينته بالملك المطلق، عملاً بالخبر والأوّل اشبه.

الشرح:

واحد منهما وليس في أيديهما، فأما ما كان في أيديهما فهو بينهما نصفان وإن كان في يدى أحدهما فإنما البينه فيه للمدعى واليمين على المدعى عليه^(١) والتأييد راجع إلى خروج صورتى كون المال في أيديهما أو في يدى واحد عن الأخبار المتقدمه الظاهره باطلاقها في اعتبار القرعه في فرض اقامتها البينه سواء أكان المال بيد واحد أم بيدها أم لم تكن يد. لهما عليه.

وبالجملة: يؤخذ في صورتى كون العين بأيديهما أو بيد واحد منهما بمعتبره غياث بن إبراهيم وما ورد في صدر معتبره اسحاق بن عمار وما ورد في ذيلها، فيقيّد بها اطلاق الروايات الوارده في القرعه بين المتنازعين فيما إذا أقام كل منهما بينه بملكه العين، والوجه في التقييد كون معتبره غياث بن إبراهيم أخص منها لشمولها على ما إذا لم يكن المال في أيديهما أصلاً وعدم شمول المعتبره لهذا الفرض، وبما أنّ صدر معتبره اسحاق بن عمار و ذيلها مساوق لمعتبره غياث فيلحقان بها.

ولو فرض أنّ معتبره غياث أيضاً تشمل ما إذا لم تكن العين في أيديهما بدعوى أنّ قوله عليه السلام ولو لم تكن في يده عام يشمل ما إذا كان في أيديهما وما إذا لم يكن في أيديهما أصلاً لوقعت المعارضه بين الطائفتين، الطائفة الأولى معتبره اسحاق بن عمار وغياث، والثانيه الروايات الوارده في اعتبار القرعه، وبعد تساقطهما يرجع إلى مقتضى القاعده الأوليه ومقتضاها كما تقدم اعتبار التحالف بلا فرق بين اختلاف واعتبار حلف

ص: ٣٥٥

١- (١) المستدرک: ٣: الباب ١٠ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١، ص ١٩٩.

ولو كانت في يد ثالث قُضى بأرجح البيّتين [١] عدالته. فان تساويا قُضى لأكثرهما شهوداً و مع التساوى عدداً وعدالته يقرع بينهما، فمن خرج اسمه احلف وقضى له، ولو امتنع أحلف الآخر وقضى له وإن نكلا قُضى به بينهما بالسويه وقال في المبسوط يقضى بالقرعه، إن شهدتا بالملك المطلق ويقسم بينهما إن شهدتا بالملك المقيّد، ولو اختصت إحداهما بالتقييد قُضى بها دون الأخرى، والاول أنسب بالمنقول.

الشرح:

من تكون العين بيده بلا فرق بين اختلاف البيّتين وعدمه.

[١] لو كانت العين بيد ثالث وادعى كل منهما ملكيتها وأقاما بينه بدعواهما فإن اعترف ذواليد بها لأحد هما يكون المعترف له هو المنكر والآخر هو المدعى، وبما أنّ بينه المدعى فيما إذا ابتلت بالمعارض لا تعتبر فيحلف المعترف له على نفي دعوى غريمه كما إذا تقدم في فرض كونها بيده، وأما إذا أقرّ لهما معاً يكون الفرض كما إذا كانت العين في أيديهما وأقاما كل منهما بينه بأنّ العين له فيحكم بالمنصفه لهما مع حلفهما أو نكولهما وللحالف إذا نكل الآخر على ما تقدم.

وإن قال الثالث الذي بيده العين: أنّها ليست لى ولكن لا أدري لمن هي فتلغى يده عليها، فيكون الفرض كما إذا ادّعى مالا لا يد فيه لأحدهما هي الصورة الرابعه من الصور المتقدمه. وقد ورد في معتبره اسحاق بن عمّار المتقدمه «ف قيل له فلو لم تكن في يد واحد منهما و أقاما بينه؟ فقال: أحلفهما فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين» (١)، فيؤخذ بها بناءً على عدم المعارضه بين الطائفتين بتقييد اطلاق الطائفه الداله على الاقراع بغير التنازع في ملكيه العين. بل يحكم بالمنصفه أيضاً في صورته نكولهما بناءً على أنّ ما ورد في معتبره غياث بن إبراهيم من قوله عليه السلام: «ولو لم تكن في يده جعلتها نصفين» (٢)، يعمّ صورته عدم

ويتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين [١] ولا يتحقق بين شاهدين الشرح:

كون العين بيد المتنازعين ونكولهما عن الحلف، ولكن على تقدير الالتزام بالمعارضه وعدم العموم والاطلاق بالاضافه إلى صورته نكولهما حتى في معتبره غياث بن إبراهيم تدخل صورتان في فرض ما إذا ادعى عيناً ليست لها يد ولا مدع آخر، فيقسم بينهما بقاعده العدل الجارية في سيره العقلاء في مثل المقام أو يقرع بينهما أخذاً بما ورد في القرع «بأنها تخرج سهم المحق وأى قضيه أعدل من القرع إذا فوّضوا أمرهم إلى الله عزّوجلّ». (١)

وبالجملة: ما ذكره الماتن قدس سره من الترجيح بين البيتين لا يمكن المساعدة عليه بوجه.

بقي في المقام أمر، وهو أنه إذا لم تكن العين التي تنازعا فيها فيأيديهما ولا بيد واحد منهما ولكن أقام أحدهما البيئه بملكيتها له فإنه لا ينبغي التأمل في الحكم بمقتضى البيئه. ولكن قد يتبادر إلى الذهن أن الحكم المزبور ليس حاكماً قضائياً لأن الآخر ليس بالمدعى عليه لعدم مطابقه قوله بأن المال لي للحجه لا بنفسه ولا بلانزمه من نفى ملكيه صاحب البيئه؛ لأن أصله عدم ملكيه صاحب البيئه لولاها لم تثبت أنه المالك والحكم على طبق البيئه إنما يكون قضاءً فيما إذا كان الآخر المدعى عليه في الواقعه، ولذا ذكرنا أنه لو لم تكن العين بيدهما ولا يد واحد منهما وادعى ولم تكن أيضاً بيئه لهما ولا لأحدهما يؤخذ بمقتضى قاعده العدل أو بالإقراع والأخذ بالقاعده أو الإقراع في الملكيه قضاءً حتى لا تسمع الدعوى بعد ذلك إذا ظفر أحدهما بالبيئه على قوله.

[١] المشهور بين الأصحاب جريان التعارض بين البيتين وما يتبعه فيما إذا شهد رجلان عدلان بالعين لواحد وشهد عدل وامرأتان بها للآخر بناءً على اعتبار شهادته امرأتين مع رجل في دعوى العين أيضاً وعدم اختصاص اعتبارها بالدين. ولكن

ص: ٣٥٧

وشاهد ويمين، وربما قال الشيخ نادراً يتعارضان ويقرع بينهما، ولا بين شاهد وامرأتين وشاهد ويمين، بل يقضى بالشاهدين والشاهد والمرأتين، دون الشاهد واليمين.

الشرح:

لا تجرى فيما إذا كان لأحدهما شهادة رجلين وللآخر شهادة رجل مع يمينه أو شهادة امرأتين مع يمينه، بل لو كان الأمر كذلك تؤخذ بمقتضى البينه على ضوء ما تقدم.

والوجه في ذلك أنّ ظاهر الروايات المتقدمة في تعارض البينتين صورته تعدد الشاهد لكل من المتنازعين، فلا تعمّ ما إذا كانت لأحدهما بينه وللآخر شاهد ويمين، وكذا ما إذا كانت لأحدهما شهادة رجلين وامرأتين وللآخر شهادة امرأتين واليمين لارتكاز أنّ المرأتين في حكم رجل واحد في الشهادة. وقد تقدم الأشكال في اعتبار شهادة امرأتين مع رجل في الشهادة بالعين، وعليه يشكل جريان التعارض السابق فيما إذا كان لأحدهما شهادة رجلين وللآخر شهادة رجل وامرأتين، ولكن استظهرنا اعتبار شهادة رجل واحد مع يمين المدعى أو شهادة امرأتين مع يمينه في موارد العين أيضاً، ولا ينافى التفكيك بين شهادة المرأتين مع الرجل وبين شهادة الرجل مع يمين المدعى في موارد الشهادة بملكيه العين معتبره داود بن الحصين عن أبي عبدالله عليه السلام حيث ورد فيها «فقلت أنى ذكر الله تعالى قوله: «فَرَجِلٌ وَامْرَأَتَانِ» (١) فقال ذلك في الدين إذا لم يكن فرجل وامرأتان ورجل واحد ويمين المدعى إذا لم يكن امرأتان».

وذلك فإنّ غايتها عدم دلالتها على اعتبار شهادة رجل ويمين المدعى في غير الدين، ولا ينافى التعميم بحسب دلالة سائر ما تقدم، نعم لا بأس بالالتزام بدلالاتها على الطولية في الاعتبار فلا يكون اعتبار مع البينه بشيء بشهادة رجل واحد ويمين المدعى الآخر بخلافه و لازم ذلك أن تقدم شهادة رجلين فيما إذا تعارض مع شهادة رجل وامرأتين.

ص: ٣٥٨

وكل موضع قضينا فيه بالقسمه فأنما هو في موضع يمكن فرضها كالأموال [١] دون ما يمتنع، كما اذا تداعى رجلان زوجه.

الشرح:

ولكن التفريع غير صحيح، وذلك فإن الطوليه المستفاده منها بمعنى عدم وجدان المدعى بالدين شهاده رجلين، وأما عدم الاعتبار بشهاده رجل وامرأتين فيما إذا وجد المدعى الآخر رجلين للشهاده فلا دلالة للمعتبره على ذلك أصلاً.

فالعمده في وجه عدم معارضه بينه أحد المدعين في العين مع شهاده رجل للمدعى الآخر مع يمينه ما تقدم من انصراف أخبار التعارض إلى صورته تعدد الشاهد لكل من المتنازعين في العين.

[١] ذكر أنّ كل موضع يقضى فيه بالقسمه والتحالف أو النكول أو غيرهما إنّما هو في مورد قابل للقسمه، أمّا ما لا يمكن فيه القسمه كما إذا ادعى رجل زوجه امرأه وأقام شاهدين بها وادعى آخر زوجيتها أيضاً وأقام شاهدين بها فلا يدخل فيما تقدم.

أقول: كان أولى ابدال فرض القسمه بفرض الشركه، ولعلّ مراده من القسمه الأعم من قسمه العين والقيمه.

وقد يقال في التنازع في زوجه المرأه أنّ مع نكولهما يخلى سبيلها واستشكل بعضهم بما إذا علم أنّها زوجه لأحدهما بل مع عدم العلم أيضاً، فإنّ البيّتين وإن تساقطتا بالاضافه إلى مدلوليهما المطابقين إلا أنّهما تنفيان بالالتزام كونه خليه أو زوجه لثالث.

وقد يقال بأنّها اعترفت لأحدهما بعينه يحكم بأنّها زوجه له أخذاً باعترافهما وإن لم تعترف لأحدهما يقرع بينهما، ولا يحتاج من خرج بالقرعه إلى الحلف، حيث إنّ القرعه لتعيين الزوج لها لا من يصير إليه الحلف، وفي روايه داود ابن أبي يزيد العطار عن بعض رجاله عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل كانت له امرأه فجاء رجل بشهود أنّ

الشرح:

هذه المرأة امرأه فلان وجاء آخران فشهدا أنّها امرأه فلان، فاعتدل الشهود و عدّلوا قال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو المحق وهو أولى بها»(١)، وظهرها عدم الحاجة إلى اليمين بعد القرعه.

أقول: إنّها لضعفها سنداً غير قابله للاعتماد عليها ومقتضى بعض الروايات المعتبره في مثل دعوى الزوجيه الإقراع بين المتنازعين مع اعتبار ضم اليمين، وفي صحيحه الحلبي المتقدمه «عن رجلين شهدا على أمر وجاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا؟ قال: يقرع بينهم فأيتهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالحق»(١)، وفي صحيحه عبدالرحمان بن أبي عبدالله المتقدمه «كان على عليه السلام إذا أتاه رجلان بشهود عدلهم سواء وعددهم أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين الحديث»(٣)، بناءً على ما تقدم من عدم اختصاصها بدعوى الحق المدعى ظهوره في المال وظاهر التقييد في حكايته عليه السلام الإقراع بصورة تساوى البيتين في العدد أنّ مع عدم تساويهما تُرجح ما هو أكثر شهوداً، ولكن بما أنّ لادلاله لها على الحكم بمجرد الترجيح فالمتيقن ضم اليمين، فيختص الإقراع بصورة تساوى البيتين كما هو ظاهر الفرض في صحيحه الحلبي.

ولا- دليل في المقام أنّ مع نكول من رجحت بيته أو أخرجتها القرعه يرد اليمين على المدعى الآخر ومع نكوله أيضاً يقرع مّره ثانيه ليتعين الزوج كما هو المذكور في كلام بعض الأصحاب، لأنّ ما ورد في حلف الآخر وردّ اليمين في موردين، أحدهما التنازع في العين في ملكيتها، والثاني ردّ اليمين من المنكر إذا ردّها على المدعى هو أو

ص: ٣٦٠

والشهادة بقديم المُلك اولى من الشهاده بالحادث، [١] مثل أن تشهد إحداهما بالملك فى الحال، والأخرى بقديمه، او احدهما بالقديم والاخرى بالاقدم، فالترجيح لجانب الاقدم وكذا الشهاده بالملك اولى من الشهاده باليد لأنها محتمله وكذا الشهاده بسبب الملك اولى بالشهادة بالتصرف.

الشرح:

الحاكم والمفروض فى المقام من الحلف هو حلف المدعى الذى ثبت دعواه بالبينه بضم اليمين أو بالقرعه بضمها.

وعلى ذلك فإن حلف من رجحت بينته أو أخرجتها القرعه ثبتت الزوجيه، وإلا- يحكم بأنها خليه فيما إذا لم تعلم بزوجيتها لأحدهما اجمالاً كما هو مقتضى الأصل، وما ذكر من دلاله البينتين التزاماً فقد ذكرنا فى بحث الأصول أنه لا مجال للدلاله الالتزاميه مع سقوط المدلول المطابقى عن الاعتبار بالمعارضه فى البيئات وغيرها من الأمارات.

ومما ذكرنا يظهر أنها لو اعترف بزوجيتها لأحد المدعين معيناً ثبتت الزوجيه بينهما باعترافهما، يعنى باعتراف كل منهما بالحق للآخر عليه، وعلى ذلك فىكون طرف المدعى الآخر كل من المعترفين، فأيهما حلف على نفى دعواه لسقوط بينته عن الاعتبار بالمعارضه سقطت دعواه.

[١] ذكر قدس سره لترجيح احدى البينتين المتعارضتين على الأخرى مرجحات:

الأول: أن تشهد احدى البينتين بالملك لأحد المتنازعين فعلاً، والأخرى بقدم الملك للمتنازع الآخر.

الثانى: أن تشهد احدهما بقدم الملك لأحدهما والأخرى بالملك الأقدم للآخر ويسمى كلا الفرضين بالترجيح بالتاريخ، وعلل الترجيح فى بعض الكلمات بأن البينتين تتعارضان فى الملك فى الحال فى الفرض الأول وفى الحال، والقديم

الشرح:

فى الفرض الثانى ولكن الملك بالاضافه الى الماضى فى الأوّل والأقدم فى الثانى بلامعارض لاختصاص احدى البيتين به، فيستصحب ذلك الملك.

وربما يستدل على ذلك بما ورد فى روايه عبدالله بن سنان عن أبى عبدالله عليه السلام: «كان أيضاً اى على عليه السلام إذا اختصم إليه الخصمان فى جاريه فزعم أحدهما أنه اشتراها وزعم الآخر أنه أنتجها فكانا إذا أقاما البيئه جميعاً قضى بها للذى انتجت عنده» (١).

أقول: أمّا الروايه فلضعفها سنداً واحتمال اختصاص الحكم فى التنازع فى الجاريه لا يمكن أن تكون سنداً للترجيح بالتاريخ، والصحيح لو كانت شهاده احدهما بالملك السابق فقط، كما يوهم ظاهر المتن ولكن من أقامها كان نزاعه مع الآخر فى الملك فى الحال فلا- تفيده البيئه بملك القديم، بل يحكم بثبوت دعوى المدعى الآخر بملك الحال ببينه به من غير فرق بين كون العين بيد صاحب البيئه بملك القديم أو بيد شخص ثالث، نعم إذا كانت العين بيدهما او بيد صاحب البيئه بملك الحال فعليه أن يحلف لصاحب البيئه بملك القديم، لأنه يحسب منكرًا إذا كان المال بيده بالاضافه إلى دعوى الآخر فى تمام المال أو بالاضافه إلى ما بيده من النصف، وقد تقدم أنّ بيئه المنكر لا تغنى عن الحلف، أمّا إذا كانت بينه الملك القديم تشهد باستمرار الملك له من قديم الزمان إلى الحال، ولعلّه مراد الماتن قدس سره ففى الفرض البيئتان متعارضتان وبما أنّ لكل من المتنازعين بيئه فتدخل الخصومه فيما وردت فى معتبره اسحاق بن عمّار ومعتبره غياث بن إبراهيم، فيؤخذ بهما على ما تقدم، وإن نوقش فى ذلك بأنّ المفروض فى المعتبرتين وغيرهما عدم اختلاف البيئتين من حيث تاريخ المشهود به،

ص: ٣٤٢

الشرح:

والمفروض فى المقام اختلافهما فلا- يعمل فى الفرض على ما تقدم من الصور فيما إذا تنازعا فى عين ولم يكن لأحدهما بينه بدعى أنه بعد تساقط البيئتين كما هو فرض عدم الدليل على الترجيح بالتاريخ ليكون المفروض من صغرياته، وذلك فإنه لا بأس فى الفرض بالأخذ بصحيحه عبدالرحمان والحلبى والحكم بالإقراع ليتعين الحال منهما.

فلا يقال شهاده احدى البيئتين بالاضافه إلى الملك الماضى بلا معارض، فيؤخذ به ويستصحب ونتيجه ذلك نتيجه تقديم البيئه الشاهده بملك القديم. مضافاً إلى أنه لا مجال لدعى ثبوت الملكيه فى الماضى لعدم التعارض بالاضافه إليها، والوجه فى عدم المجال أن الملكيه فى الماضى مدلول بينه مبتلاه بالمعارض، وليس الملكيه السابقه مدلولاً مع قطع النظر عن الملكيه الحالتيه لتحلّ البيئه القائمه بملك القديم إلى بيئتين احدهما مبتلاه بالمعارض دون الأخرى.

الثالث من المرجحات: الترجيح بحسب المدلول بأن يكون مدلول احدى البيئتين ملك العين لأحدهما و مدلول الأخرى كونها بيد الآخر حيث تقدم بينه الملك بدعى أن اليد على العين أعم، فيمكن كونها للعاريه والوكاله وغيرهما.

ولا- يخفى أن بينه الملك وإن يؤخذ بها، ولكن الأخذ ليس لترجيحها على البيئه الأخرى، فإن بينه اليد لاتزيد على العلم الوجدانى بأن العين بيد من يدعى الآخر عليه ملكيتها، فيكون صاحب بينه اليد أو بينه التصرف، حيث إن التصرف مرجعه إلى اليد منكراً وصاحب بينه الملك مدعياً بلاتعارض بين البيئتين، بل التعارض بين قولى المتنازعين.

والحاصل: أن لفرض خارج عن مدلول الأخبار المتقدمه الظاهره فى فرض

الثالثة: لو ادعى شيئاً، فقال المدعى عليه هو لفلان اندفعت عنه المخاصمه [١]

الشرح:

التعارض بين البيتين، فيؤخذ فيه بقاعده البيه للمدعى بعد صيروره الآخر منكراً بيّنه اليد أو التصرف.

ونظير ذلك ما إذا شهدت احدى البيتين بسبب الملك لأحدهما والأخرى بالتصرف من الآخر، حيث إنّ التصرف عباره أخرى عن كون العين بيد ذلك الآخر.

[١] لو كانت العين بيد واحد وادعاها آخرا بأن قال كل منهما أنّها لى واعترف ذو اليد بها لأحدهما المعين فلا ينبغي التأمل فى نفوذ اقراره على نفسه، وملكيه غير المقر له غير محرزه، ليقال أنّ الاقرار هو على الغير أيضاً بل عدم الملكيه للغير محرز بالأصل، فيحكم بأنّ العين للمقر له فتتوجه دعوى غير المقر له بملكيه تلك العين إلى المقر له.

وهل لهذا المدعى أن يقول فليحلف ذو اليد على أنه لم يكن عالماً بأنّ العين لى.

وبتعبير آخر: هل تسمع دعوى العلم على المقر؟ ذكر الماتن قدس سره تسمع لأنّه إذا لم يحلف ذو اليد وردّ اليمين هو أو الحاكم على مدعى العلم عليه فحلف يغرم ذو اليد قيمه العين؛ لأنّه حال بين العين ومالكها بالاقرار للآخر وذكره الحيلولة ظاهره سماع دعوى العين حتى مع بقاء العين بيد المقر له.

وذكر فى المسالك بعد تقييد السماع بصوره تلف العين أنّ السماع مبنى على أنّ اعتراف ذى اليد بأنّه يعلم بأنّ العين كانت لمدعى العلم عليه يوجب غرم قيمه، أمّا إذا بنى على أنّ اقراره بذلك لا يوجب الغرم، كما عليه الشيخ فى احد قوليه، فسماع دعوى العلم مبنى على أنّ اليمين المردوده من ذى اليد المقرّ لاحدهما بالعين بمنزله البيه، أمّا إذا قيل بأنّ اليمين المردوده كإقراره فلا تسمع لعدم الفائده فى الدعوى المزبوره على تقدير كونها كالاقرار؛ لأنّه لو اعترف المقرّ بأنّه كان يعلم لا يوجب هذا الاقرار غرماً،

حاضرًا كان المقر له او غائبًا فإن قال المدعى احلفوه أنه لا يعلم أنها لى، توجهت اليمين، لأن فائدتها الغرم لو امتنع لا القضاء بالعين لو نكل او ردّ وقال الشيخ: لا يحلف ولا يغرم لو نكل والأقرب أنه يغرم، لأنه حال بين المالك وماله، باقراره لغيره ولو أنكر المقر له حفظها الشرح:

فكيف ما هو بمنزلته، يعنى اليمين المردوده بخلاف ما إذا قلنا بأن اليمين المردوده كالبينه فإنه تسمع دعوى العلم؛ لأنه إذا قامت البينه بعد اعترافه بالعين للمقرّ له مع تلف العين بأنه كان يعلم بأنها للمدعى الآخر أخذ البدل على ما هو المقرّر فى باب تعاقب الأيدى على عين مع فرض تلفها، فتكون اليمين المردوده مثل قيام تلك البينه.

وناقش فى الجواهر بعد الإغماض عن تقييد السماع بصوره تلف العين بأنه لو قيل بأن اليمين المردوده كالبينه القائمة بالدعوى فلا تسمع دعوى العلم، فإنّ البينه التى يوجب قيامها ضمان المقرّ هى البينه القائمة بأنّ العين كانت للمدعى الآخر، كما هو المعروف فى باب الإقرار، لا البينه القائمة بأنّ ذا اليد كان يعتقد عند اقراره لأحد المدعين أنّ مالك العين هو المدعى الآخر واليمين المردوده بمنزله البينه على الدعوى المزبور كونها دعوى العلم على المقرّ لا دعوى أنّ العين كان له، فإنّ هذه الدعوى تتوجه إلى المقرّ له كما تقدّم.

أقول: قد تقدم أنه لا مجال لدعوى العلم على المقرّ فيما إذا أخذ المدعى الآخر العين من المقرّ له مع بقائها أو بدلها مع تلفها، فإنه قد وصل إليه ما كان مالكا لها من نفس العين أو بدلها، وإذا لم يأخذ من المقرّ له ولو بتركه الدعوى عليه فيمكن له دعوى العلم على المقرّ، حيث إنّ دعوى العلم عليه يعدّ من دعوى الائتلاف وادخاله فى الخساره لنفوذ اقرار ذى اليد، ولا يفرق أيضاً فى سماع هذه الدعوى بين بقاء العين وعدمه، والله سبحانه هو العالم.

الحاكم، [١] لأنها خرجت عن ملك المقر ولم تدخل في ملك المقر له، ولو اقام المدعى الشرح:

[١] ولو أنكر المقر له كون العين له يسمع انكاره؛ لأنه اعتراف على نفسه، وعلى الحاكم أن يحفظ العين حتى يحرز مالها، ولو أقام مدعيها بينه أو شاهداً وحلف معه على أن العين له يحكم بأنها له، وإلا تبقى بيد الحاكم، فيعمل فيها بوظيفه المال المجهول مالكة. واحتمل العلامة في القواعد دفعها إلى من يدعيها ولو لم تكن له بينه أو شاهد بلا حوجه إلى يمينه؛ لأن دعواه من دعوى ملكه عين بلا معارض ولا يخفى ما فيه فإن دعوى ملكه المال تسمع فيما لم يكن بيد من يكون وظيفته ايصاله إلى مالكة، كما هو المقر في باب اللقطة والمال المجهول مالكة.

والمحكي في الجواهر عن بعض العامة أنه لو نفى المقر له كون المال له يقال للمقر أنك نفيت المال عن كونه لك، وقد ردّه المقر له أو نفى كونه له، فإن لم تقرّ به لمعروف بحيث تنصرف الخصومه إليه أو لم تدعيه لنفسك جعلناك ناكلاً، وإذا حلف المدعى استحق المال.

ولا يخفى أن الذي يردّ مع نكوله اليمين على المدعى هو من يتوجه إليه اليمين ويمتنع عن الحلف، ومع اعتراف المقرّ بأنه ليس المال له يدخل المال في المجهول مالكة، ولا يتوجه إليه يمين.

والمحكي عن العلامة في التحرير أن العين تترك في يد المقرّ حتى تقوم الحجة بأنها لغيره؛ لأنّ اقراره بأنّ المال لغيره قد بطل بانكار المقرّ له، وفيه أيضاً أنّ اقرار المقرّ بأنّ المال ليس له لم يبطل وإنما بطل قوله بأنّ المال للآخر الذي عينه.

ثمّ إنه لو رجع المقرّ له عن انكاره وصدّق المقرّ بأنّ العين له، فعن التذكرة أنّ المقرّ له يأخذ المال لزوال حكم انكاره بتصديقه ثانياً وبقي اقرار المقرّ بلا معارض. ولا يخفى ما فيه أيضاً، فإنه لا دليل على سماع تصديقه بعد انكاره فإنّ انكاره اعتراف

بينه قُضِيَ له وأما لو أقرّ المدعى عليه بها لمجهول، لم تندفع الخصومه وألزم البيان [١].

الشرح:

على نفسه بخلاف تصديقه، نظير ما إذا رجع ذو اليد المقرّ عن اقراره بأنّ المال لغيري فقال بل المال لى.

والمتحصل يأخذ الحاكم العين المزبوره ويعمل فيها بالتوظيفه فى المال المجهول مالكة.

أقول: الوجه فى أخذ الحاكم العين مع أنّ المال المجهول مالكة إذا كان بيد انسان لا يؤخذ منه هو أنّ اعتراف ذى اليد بأنّه لفلان مع انكار ذلك الفلان كونه له يعدّ من عدوان ذى اليد فى ذلك المال، فيؤخذ منه ولولم يكن منه اقرار ومن المقرّ له انكار لم يؤخذ منه لحمل يده فى المال على الصّحة.

[١] لو أقرّ من بيده العين بأنّها ليست له بل للغير ولكن لم يعين ذلك الغير ذكر الماتن قدس سره أنّه لا تندفع الخصومه عنه، بل يلزم بالبيان.

أقول: يكفى فى دفع الخصومه عنه اعترافه بأنّ العين للغير غايه الأمر لو كان قوله أنّها للغير بحيث خرج المدعى من اطراف الاحتمال كما إذا قال إنّها ليست لى ولا لك بل للغير تتوجه الدعوى إلى المالك الغائب، فإن كانت للمدعى بينه أو شاهد وحلف معه يأخذ العين ويحكم بأنّها له مع أخذ الكفيل كما فى الدعوى على الغائب، ولو لم يكن له شاهد ويمين يترك العين بيد المقرّ فيما لو احتمل الصّحة فى يده عليها، بخلاف ما لو أقرّ أنّ يده على العين عاديه فإنّ الحاكم يأخذها كما مرّ.

والحاصل: أنّ الدعوى فى الفرض تنصرف عمّن فى يده العين إلا أن يدعى عليه بأنّه يعلم بأنّها للمدعى.

أمّا إذا كان قوله وليست لى العين بحيث لم يخرج المدعى عن أطراف الاحتمال كما لو قال: لأدرى لمن هو لك أو لغيرك، فإن كان للمدعى بينه أو شاهد وحلف معه

الرابعه: إذا ادعى أنه آجره الدابه، و ادعى آخر أنه اودعه اياها تحقق التعارض [١] مع قيام البينتين بالدعويين، وعمل بالقرعه مع تساوى البينتين في عدم الترجيح.

الشرح:

أخذها ولا- يحتاج في الدفع إليه في الفرض إلى الكفاله لعدم احراز كون دعواه على الغائب، كما في دفع اللقطه والمجهول المالك إلى من أقام الحجّه بأنه المالك، وما ذكر الماتن قدس سره من أنه لو أقر من بيده المال للغير من غير تعيين يلزم بالبيان، فلا- أرى له وجهاً صحيحاً بعد ما ذكرنا اندفاع الخصومه عنه بالاقرار المزبور والدعوى عليه بأنه يعلم أنّ مالکها هو المدعى دعوى أخرى غير دعوى ملكيه المال عليه على ما تقدم.

[١] ظاهر كلامه قدس سره أنه فيما لو قال أحد المتنازعين في العين التي بيد زيد آجرتها منه، وقال الآخر: أودعتها عنده، يكون غرض كل منهما من دعوى الاجاره والوديعه ملكيه العين له لا- لذى اليد ولا- للمدعى الآخر، فمع تساوى البينتين يقرع بين المتنازعين على ماتقدم، وإلا يحلف من تكون بينته أرجح.

وفي الجواهر إن خرج أحدهما بالقرعه يحلف ويحكم بأن العين له، ومع عدم حلفه يحلف الآخر، ومع نكولهما أيضاً يقتسمان. وعلى ذلك يكون المفروض في المقام من صغريات دعوى الاملاك، لا الاختلاف في العقود.

أقول: هذا فيما إذا كان ظاهر كل من البينتين هو الشهاده بالمالك للمشهود له بالتصرّف، وإلا فمجرد الشهاده بتصرّف لا توجب تحقق التعارض بين البينتين في الملك، ليدخل المفروض في المقام فيما ورد في معتبرتي اسحاق بن عمّار وغيث ابن إبراهيم، أو ما دلّ على الاقراع في تعارض البينتين مطلقاً، حيث إنّ ظاهرها تعارض البيئنه في المدعى به.

ثمّ إنّه قد ذكرنا أنّ المفروض في المقام لايدخل في الاختلاف في العقود نظير ما إذا كانت عين بيد زيد وادعى أنه استأجرها من عمرو وقال عمرو لا بل هي عاريه، فإنّ هذا الاختلاف من الاختلاف في العقود ويقدم قول المالك ولو مع البيئنه لكل منهما،

الشرح:

لأنَّ من بيده العين معترف بأنَّها ليست له، بل أنَّه يملك منفعتها من المالك يعنى عمرو، والمالك ينكره، وبما أنَّ بينه المدعى مبتلاه بالمعارض فيحلف المالك على نفى الإجاره، كما أنَّه لو انعكس الأمر وادعى المالك أنَّه استأجرها سنه وقال من بيده العين أنَّه أودعها عنده يحلف ذواليد؛ لأنَّ المالك يدعى عليه الأجره، والأصل عدم وقوع الاجاره.

وما يقال أنَّه يقدم قول المالك لأنَّ الأصل فى الأموال ضمان المنافع والأعيان بضمان معاملى أم بغيره ويستفاد ذلك من الروايات المتفرقه والسيره لا- يمكن المساعدة عليه؛ فإنَّ الثابت موارد وضع اليد على مال الغير بلا ثبوت الاذن من المالك فى الوضع أو ثبوت عقد موجب للضمان بنفسه أو بالاشتراط، والمفروض فى المقام اذن المالك فى وضع اليد، والأصل عدم ثبوت الاجاره.

هذا كلّه بحسب القاعده الأوّليه، ويمكن أن يدعى مع قيام البينه لقول كل من المالك ومن بيده العين يدخل الفرض فى مدلول صحيحه عبدالرحمان المتقدمه الداله على أنَّ مع تساوى البينتين فى الوصف والعدد يخرج من يقع له الحلف على غريمه بالقرعه، ونحوها صحيحه داود بن سرحان عن أبى عبدالله عليه السلام: «فى شاهدين شهدا على أمر واحد، وجاء آخران فشهدا على غير الذى شهدا عليه واختلفوا قال يقرع بينهم فأيتهم قرع عليه اليمين وهو أولى بالقضاء» (١)، وصحيحه الحلبي المتقدمه عن أبى عبدالله عليه السلام: «عن رجلين شهدا على أمر وجاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا قال: يقرع بينهم فأيتهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالحق» (٢)، ومع اختلاف البيتين فى العدد يحلف من كان عدد شهوده أكثر على ما تقدم.

الخامسة: لو ادعى داراً في يد انسان واقام بينه أنها كانت في يده امس، او منذ شهر قيل لا يسمع هذه البيهه [١] وكذا لو شهدت له بالملك امس، لأن ظاهر اليد الآن الملك،

الشرح:

وبالجمله: لا يختص ما تقدم في تعارض البيهتين بدعوى الاملاك بل يجرى ما دلّ على الترجيح بالعدد والاقراع مع التساوى في موارد الاختلاف في العقود ولكنها موهومه، فإنّ ظاهر ما ورد في الترجيح أو الاقراع ما إذا كان التنازع في أمر يتردد أمره بين شخصين أو أكثر.

[١] لو كانت دارٌ في يد زيد وادعاها عمرو واقام بينه فشهدت بأنّ الدار كانت بيد عمرو قبل شهر أو أنّها كانت لعمرو قبل شهرين من غير أن تشهد بملكيتها له فعلاً فقد يقال كما هو ظاهر الماتن قدس سره أنّه تسمع هذه البيهه، حيث يثبت بها ملك عمرو سابقاً، ويستصحب هذا الملك، فيثبت أنّها ملك عمرو فعلاً- فتكون البيهه مع الاستصحاب المزبور مثبته لملكها لعمرو فتؤخذ الدار من زيد وتعطى لعمرو.

أقول: لا- تسمع البيهه المزبوره حتى إذا شهدت بأنّ الدار كانت لعمرو قبل شهر والوجه. في ذلك أنّ القضاء بكون الدار لأى منهما لا بد أن يستند إلى بيهه المدعى، ومع عدمها تصل النوبه إلى يمين المدعى عليه بعد تمييز المدعى عليه عن المدعى.

ونقول في تمييز المدعى عليه في المقام أنّ البيهه بأنّ الدار كانت لعمرو قبل شهر لا تثبت الملك لعمرو فعلاً ولا تجعل عمرواً لمدعى عليه، لأنّه شهدت بالسابق ولا يستصحب الملك السابق في مقابل اليد الفعلية لزيد لحكومته قاعده اليد على الاستصحاب، كما هو المقرر في محلّه، ومقتضى اليد الحاليه لزيد أنّ الدار ملك له فعلاً، فيكون عمرو مدعياً، وبما أنّه لا بينه له بملكه الدار فعلاً تصل النوبه إلى احلاف ذى اليد، ومع حلفه تسقط دعوى عمرو.

هذا فيما إذا لم يعترف زيد بأنّ الدار اشتراها من عمرو وإلاّ تنقلب الدعوى فيصير

فلا يدفع بالمحتمل وفيه اشكال، ولعلّ الأقرب القبول وأما لو شهدت بينه المدعى أنّ صاحب اليد غضبها أو استأجرها منه حكم بها لأنها شهدت بالملك، وسبب يد الثانى ولو قال غضبني اياها وقال آخر بل أقرّ لى بها، واقاما بينه قُضى للمغضوب منه [١] ولم يضمن

الشرح:

عمرو المدعى عليه وزيد هو المدعى، وذلك فإنه لا اعتبار باليد فيما كان صاحبها معترفاً بأنّ المال انتقل إليه من مدعيه، ويكون متقضى الاستصحاب بقاء الملك القديم بعد سقوط اعتبار اليد، وقول عمرو مطابق لذلك الاستصحاب، فيحلف على عدم نقلها إلى زيد.

ونظير ذلك ما لو شهدت البينه بأنّ زيداً اعترف بأنّ العين كانت لعمرو فاشتراها منه، فإنّ ثبوت اعترافه بالبينه يوجب سقوط يده الحاليه على العين عن الاعتبار، وهذا هو الفارق بين شهاده البينه بأنّ الدار كانت قبل شهر لعمرو، حيث لا توجب هذه الشهاده سقوط اليد الحاليه عن الاعتبار، وبين البينه باعتراف زيد بأنّ الدار كانت لعمرو فاشتراها منه.

ونظير البينه باعتراف زيد الشهاده بأنّ يد زيد كانت على العين يد عدوان أو يد استيجار فى الدار، فإنه يستصحب بقاء الدار على ملك عمرو، ولا يكون هذا من تقديم الاستصحاب على اليد الفعلية، بل اليد المحرزه حالها سابقاً غير معتبره فى الملكيه الفعلية فيما إذا كان المالك سابقاً منكرراً لانتقالها أو مطلقاً على ما ذكر فى محلّه.

[١] ذكر قدس سره أنه لو كانت العين بيد شخص، وادعى عمرو عليه بأنه قد غضبها منه وأن يده فيها يد غضب، وادعى زيد أنّ العين له، حيث إنّ ذا اليد اعترف بأنها له، وأقام كل من عمرو وزيد بينه، عمرو بالغضب منه وزيد بالاقرار له، أنه يحكم بأنّ العين لعمرو ولا يخسر ذو اليد لزيد البدل حيث إنّ ما تقدم من أن المقرّ يغرم للمقرّ له البدل يختص بما إذا كان دفع العين إلى أحد المتنازعين باقراره أيضاً، كما إذا أقرّ للعين بعمرو ثم أقرّ

المقرّر لأنّ الحيلولة لم تحصل باقراره بل بالبينة.

الشرح:

بها لزيد، فإنّه يخسر لزيد بدلها، ولكن دفع العين إلى عمرو في مفروض الماتن قدس سره بالبينة التي شهدت بأنّ العين مغبوبه من عمرو فلا يكون اقرار ذى اليد بعد ذلك بأنّها لزيد اقراراً باتلاف العين له، كما في صوره الاقرار بعد الاقرار.

ص: ٣٧٢

إذا اتفقا على استئجار دارٍ معينه شهرًا معينًا واختلفا في الأجره واقام كل منهما بيته بما قدره، فإن تقدّم تاريخ أحدهما عمِل به [١] لأنّ الشانى يكون باطلاً وإن كان التاريخ واحداً، تحقّق التعارض إذ لا يمكن في الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين وحينئذٍ يقرع الشرح:

[١] قد تقدم أنّ مع فرض التعارض بين البيتين لا يكون تقدم التاريخ مرجحاً لاحدهما أو معيناً، كما إذا علم وقوع عقد ايجار واحد، فكل من البيتين تنفى وقوع الآخر وتقدم التاريخ في احدهما وتأخره في الأخرى لا يوجب سقوط دالتهما الالتزاميه أو ارتفاع تلك الدلاله عمّا يعين التاريخ في التأخر، وعلى ذلك فلا فرق بين اتحادهما في التاريخ أو اختلافهما.

وقد يقال إنّ في موارد الاختلاف في الأجره، سواء أكان الاختلاف بالزياده والنقيصه أم بالتباين، كما إذا عيّنت احدهما الأجره بالدينار والأخرى بالدرهم يكون الحكم هو التحالف بلا- فرق بين كون المخاصمه قبل استيفاء المنفعه أم بعده؛ وذلك فإنّ المعيار في كون أحد المتخاصمين مدعياً والآخر منكرًا هو ملاحظه مصب الدعوى، لا الغرض المترتب على ذلك المصّب، والمراد بالمصّب ما يذكره المتخاصمان، وعليه فلو ادعى مالك الدار أنّ الأجره في عقد الاجاره عشره، والآخر أنّ الأجره في عقدها خمسه فكل منهما يدعى عقداً خاصاً، حيث يختلف عقد عن عقد

بينهما، ويحكم لمن خرج اسمه مع يمينه هذا اختيار شيخنا في المبسوط وقال آخر يقضى بيمينه الموجر، لأن القول قول المستأجر لو لم يكن بينه إذ هو يخالف على ما في ذمه المستأجر فيكون القول قوله.

ومن كان القول قوله مع عدم البينة، كانت البينة في طرف المدعى وحيث نقول: هو مدع زياده، وقد أقام البينة بها فيجب أن يثبت وفي القولين تردّد.

الشرح:

آخر باختلافهما في أحد العوضين، فدعوى المالك أنه استأجرها بعشره، كما أنها تنفى بالأصل كذلك دعوى الآخر أنه استأجرها بخمسه. ولا- اعتبار في الأصل الجارى في عدم اشتغال ذمه المستأجر بالخمسه الزائده، فإنه لا اعتبار في تشخيص المدعى عن المدعى عليه بالأصل الجارى في الغرض، بل الملاك فيه بالأصل أو القاعده الجارية في نفس مصب الدعوى، فإن كان قول أحد المتخاصمين موافقاً للأصل أو القاعده الجارية فيه فهو المدعى عليه، فتطلب البينة من الآخر، وإن كان قول كل منهما مخالفاً للأصل أو القاعده الجارية فيه فكل منهما مدّع و منكر، فتصل النوبه إلى التحالف.

وهذا ظاهر كلام الشيخ قدس سره في المبسوط، واحتمله الماتن والعلامة ومال إليه في جامع المقاصد، وعليه فعند اختلافهما في مقدار الأجره المسماه والبينه لكل منهما يخرج من يقدم بينته ويحلف صاحبها، أما مع عدم البينه لواحد منهما فيحلفان، ويحكم بانفساخ عقد الإجاره، فإن كانت المخاصمه بعد الاستيفاء يملك مالك الدار اجره المثل إلا إذا كان مايدعيه من الأجره أقل من اجره المثل فإنه يحكم بالأقل أخذاً باعترافه بأنه لا يستحق الزائد، وأما إذا كانت قبل الاستيفاء فترجع الدار بمنافعها إلى مالكيها ولاشئ على المستأجر.

لا- يقال: يترتب على ما ذكر أنه لو ادعى المقرض أنه أقرضه عشره، وقال الآخر: اقترضت خمسه، أن يحكم بالتحالف لاختلاف العقدين، وكذلك فيما إذا اختلفا في

الشرح:

الإبراء، فقال المدين أبرأتني من الألف، وقال الدائن: أبرأتك من المائة مع أنه يظهر اتفاقهم على تقديم قول منكر الزيادة في القرض والإبراء، وبذلك أجاب الشهيد الثاني في المسالك عن القول بالتحالف في مسأله الاختلاف في مقدار الأجره المسماه.

فإنه يقال: لو تسالما على جريان عقد قرض واحد، واختلفا في أن متعلق العقد كان العشره أو الخمسه فيحكم بعد التحالف بتصنيف الخمسه الزائده لقاعده التنصيف، أما إذا ادعى الدائن أقرضتك عشره ولم يذكر أنه باقتراض واحد أو متعدد، وقال المديون أنه اقترض خمسه فالمورد من موارد الدعوى والانكار، ويظهر من كلام صاحب الجواهر اختيار ذلك في المقام.

ولكن المحكى عن مفتاح الكرامه أنه نسب إلى المشهور أنه يلاحظ في تعيين المدعى عن المنكر الغرض، لامصب الدعوى؛ فإن كان قول أحد المتخاصمين موافقاً للأصل أو القاعده بحسب الغرض فهو المدعى عليه، والآخر مدّع، وإن كان قول كل منهما مخالفاً يكون من مورد التحالف، وعلى ذلك تكون مسأله الاختلاف في مقدار الأجره أو مقدار المال المقترض أو مقدار المال المبرء من موارد الدعوى والانكار.

أقول: هذه المسأله يعنى كون المعيار في تشخيص الدعوى والانكار مصب الدعوى أو الغرض وإن لم تكن معنونه في كلمات الأصحاب استقلالاً، إلا أنه استظهر القولين من كلمات الأصحاب في موارد الاختلاف في العقود، وقد تقدم سابقاً أنه لم يرد في الروايات غير كون البيئه على المدعى واليمين على من ادعى عليه، ومن يقول بملاحظه مصب الدعوى يلتزم بأن صدق عنوانى المدعى والمدعى عليه بملاحظته كما أنه يلتزم من يقول بملاحظه الغرض بأن صدقهما بلحاظه.

ولكن بعد التسالم على أن الشارع لم يخترع في الدعوى على الغير اصطلاحاً، بل

الشرح:

هى بمعناها العرفى موضوع للحكم فمعنى الدعوى على الغير عرفاً أن يكون قوله مشتملاً لمطالبه الغير بحق مالى أو غيره أو ثبوت ما يزول معه ما كان للغير من الحق مما يحتاج كل من الحق وثبوت المزيل عند العقلاء إلى الإثبات من غير فرق بين أن يذكر ذلك الحق أو المزيل بالدلالة المطابقية أو بالدلالة الالتزامية، بخلاف المدعى عليه فإن قوله لا يشمل مطالبه الغير بحق، لم يثبت أو ينفى أن يكون عليه للغير حق ولعدم مخالفه قوله الحجّة المعتبره فى حق الجاهل، ومنه القاضى بينهما لا يحتاج قوله إلى الإثبات.

ثم إنّ الحجّة عند الجهل بالواقعه تختلف فقد يكون ما هو الحجّة شرعاً عند الجهل بالواقعه ممّا لا يعتبره العقلاء، وقد يكون ما يعتبره العقلاء مردوداً من قبل الشارع فيرتب على ذلك أن يكون المدعى عليه فى المورد الثانى عندهم مدعياً بحسب الشرع، كما إذا اتّفقا على جريان عقد على العين الخارجيه واختلفا فى كونه بيعاً لها بألف أو اجارتها عشر سنوات بألف، فالمالك يدعى أنّه استأجرها والآخر يدعى أنّه اشتراها ربّما أنّ الاستصحاب حجّه شرعاً عند الجهل بالواقعه وأنّه أصل عملى لا يثبت به اللوازم فيكون مالك العين منكرّاً لمطابقه قوله مع استصحاب عدم البيع وعلى الآخر اثباته، ولا يعارض الاستصحاب فى ناحيه عدم البيع بالاستصحاب فى ناحيه عدم اجارتها؛ لأنّ الاستصحاب فى ناحيه عدم الاجاره لا أثر له للعلم بأنّ الآخر يملك منفعه العين فى عشر سنوات إمّا استقلالاً أو تبعاً لمالك العين، كما أنّ المالك يملك الألف إمّا اجاره أو ثمناً والمفروض أنّ الاستصحاب فى عدم الاجاره لا يثبت وقوع البيع، فيبقى الاستصحاب فى ناحيه عدم البيع بلا معارض، من غير فرق بين طرح الدعوى كما ذكر أو طرحها بأن قال المالك العين بيد القابض أمانه بالاستئجار وقول الآخر أنّ يده عليها

الشرح:

يد ملك بالشراء منه.

والحاصل: إن أراد القائل باعتبار مصب الدعوى أن مع جريان الأصل أو القاعده في المصب الحاكمه على القاعده أو الأصل الجارى في الغرض يلاحظ الأصل الحاكم أو القاعده الجارى في المصب الحاكمه على ما في ناحيه الغرض فهو صحيح، كما ذكرنا، حيث لا اعتبار بالأصل المسبب مع وجود الأصل الجارى في السبب، وإن أراد أنه مع عدم أصل معتبر أو قاعده معتبره في المصب لا اعتبار بالأصل أو القاعده الجارى في الغرض فقد ذكرنا ضعفه وأنه لا موجب للحاكم أن يرفع يده عن تلك الحجّه بعد ما تقدم من توضيح الدعوى على الغير.

وعلى ما ذكرنا ففي موارد الاختلاف في البيع والإجاره مع اتفاقهما في العوض كما في المثال المتقدم يقدم قول المالك في عدم البيع، ومع عدم اتفاقهما في العوض يكون الحكم هو التحالف، أما في مسأله الاختلاف في الأجره بعد اتفاقهما على الإجاره فالقول قول من يدعى الأقل، فمدعى الزيادة عليه البيئه ومع عدمها يحلف الآخر على عدم الزيادة، كانت الخصومه قبل استيفاء المنفعه أم بعده؛ وذلك لأصالة براءه ذمه المستأجر عن الزائد من الأقل، بل لأصالة عدم جريان الاجاره على الأكثر. ولا يعارض بالاستصحاب في ناحيه عدم جريان الإجاره على الأقل، حيث إن اشتغال ذمه المستأجر بالأقل محرز فلا مورد فيه للاستصحاب وبالإضافه إلى وقوع الاجاره على الاكثر من الأصل المثبت، ومما ذكر يعلم الحال في مسألتى دوران القرض والمقدار في الإبراء بين الأقل والأكثر.

لو ادعى استئجار دار فقال الموجر بل آجرتك بيتاً منها، قال الشيخ يقرع بينهما [١] وقيل القول قول الموجر، والأول أشبه، لأن كلاً منهما مدع ولو اقام كل منهما بينه، تحقق التعارض مع اتفاق التاريخ، ومع التفاوت يحكم للأقدم، لكن إن كان الأقدم بينه البيت حكم بإجاره البيت بأجرته، وإجاره بقيه الدار بالنسبة من الأجره.

الشرح:

[١] لو ادعى استئجار دار فقال مالکها آجرتك بيتاً منها يحلف المالك على عدم اجاره الدار فتسقط دعوى المستأجر؛ لأن أصله عدم اجاره الدار بتمامها توافق قول مالکها، ولا تجرى أصله عدم جريانها على البيت؛ فإنها لا تثبت جريانها على الدار.

والمتحصل: أنه لا فرق بين الاختلاف في مقدار الأجره والاختلاف في مقدار العين المستأجره أو الاختلاف في المده المستأجر فيها، ففي جميع موارد التردد والخلاف بين الأقل والأكثر يقدم من يقول بالأقل، ويحلف على نفي الزيادة، إلا أن تكون المدعى الأكثر بينه غير مبتلاه بالمعارض.

وإذا كان الاختلاف في الأجره أو في العين المستأجره أو في المده من الاختلاف في المتباينين يكون المورد من موارد التداعى فيتحالفان، فيحكم بالانفساخ كما إذا قال المؤجر آجرتك البيت الشرقيه، وقال المستأجر: استأجرت الغربيه؛ لأن المستأجر يدعى ملكيه منفعه البيت الغربيه والمؤجر ينكرها والمالك يدعى استحقاقه الأجره بدفع البيت الشرقيه وينكره المستأجر.

بقى الكلام فيما ذكره الماتن قدس سره في صورته اختلافهما في مقدار العين المستأجره، كما إذا شهدت احدى البيتين أن المالك آجر البيت سنه بكذا أى بعشره مثلاً، وشهدت بينه أخرى بأنه آجر الدار سنه بعشره، فإن اتحد تاريخ عقد الاجاره في شهادتهما تعارضتا، ومع اختلافهما في تاريخ عقد الإجاره فإن كان التاريخ في بيته اجاره البيت أقدم يحكم بكون البيت مستأجره سنه بعشره، ويحكم أيضاً باجاره بقيه الدار بجزء من

الشرح:

العشره، بحيث يكون مساوياً بنسبه اجره المثل لإجاره الدار، مثلاً إذا كانت اجره المثل للبيت نصف اجره المثل للدار تصح إجاره بقيه الدار بنصف العشره، فتكون تمام منفعه الدار للمستأجر فى السنه بازاء خمسه عشر.

وذلك لامكان وقوع كل من الاجارتين بين المؤجر والمستأجر وان لم يدعى، بأن وقعت الاجاره على البيت أولاً بالعشره، ثم تجرى الاجاره على الدار، وبما أنّ الاجاره الثانيه باطله بالاضافه إلى البيت لاتفاقهما على عدم اقاتها به فيبطل نصف الأجره من اجاره الدار، ويبقى نصفها، وهو مع اجره البيت المستأجر أولاً خمسه عشر.

أقول: لا يمكن للحاكم الحكم المزبور فيما إذا علم بجريان عقد واحد على العشره، إمّا بإزاء سكنى البيت أو بإزاء سكنى الدار. بل لا يمكن ذلك حتى مع احتمال تعدد العقد مع اعتراف المالك بأنه لا يستحق على المستأجر أزيد من العشره، وإلاّ لأمكن أن يقال بالعمل بالبيتين معاً فيما إذا قال المالك آجرتك الدار الشرقيه بعشره وقال المستأجر آجرتنى الدار الغربيه بعشره وأقام كل واحد منهما بينه.

وبالجملة: البيتان فى مثل المفروض متعارضتان، والترجيح بالأكثرية والاقراع مع عدمه مبنى على دعوى عموم ما ورد فى تعارض البيّنات بالاضافه إلى جميع موارد المخاصمات، أمّا بناءً على اختصاصها بموارد تردّد الحق بين الشخصين المتنازعين فيه وعدم شمولهما لمثل ما إذا تردّد العقد بين عقدين وتنازعهما فيه فيؤخذ فى المقام بقواعد القضاء، ومقتضاها فى الفرض توجه اليمين على مالك الدار لمطابقه قوله مع استصحاب عدم جريان العقد على الدار ومع اقامتهما البيّنه لا تكون للمستأجر المدعى بينه مثبتة لدعواه لابتلائهما بالمعارض على ما تقدم.

لا يقال: لا يكون المثل من موارد الدعوى والإنكار، بل من موارد التداعى،

لو ادعى كل منهما أنه اشترى داراً معينه، وأقبض الثمن وهي في يد البائع، قُضى بالقرعه [١] مع تساوى البيئتين عدالته وعدداً وتاريخاً وحكم لمن خرج اسمه مع يمينه ولا يقبل قول البائع لأحدهما، ويلزمه إعادة الثمن على الآخر، لأن قبض الثمنين ممكن فتزدحم البيئتان فيه.

الشرح:

والحكم فيه التحالف، لأن أصله عدم جريان الإجاره على الدار تعارضها أصله عدم جريانها على البيت بعشره.

و بتعبير آخر: كما أن المستأجر يدعى أن حقه سكنى الدار بدفعه العشره إلى مالكةا، والاستصحاب في عدم جريان الاجاره على الدارينفى هذا الحق له، كذلك مالك الدار يدعى أن حقه العشره بتسليم البيت والاستصحاب في ناهيه عدم جريان الاجاره على البيت بعشره ينفى هذا الحق، فإنه يقال: إن على المالك تسليم البيت وتملكه العشره على المستأجر المتفق عليها بينهم، والمستأجر يدعى لزوم تسليم الأزيد من البيت من باقى الدار.

والحاصل: أن للمالك المطالبه بما له على ما هو مقتضى سلطنته على أمواله، إلا- أن يتملكه بإزاء ما لم يدفعه إلى صاحبه، والاستصحاب في عدم جريان الاجاره على غير البيت من باقى الدارينفى تملكه العشره بإزاء سكنى الدار، وهذا بخلاف المستأجر فإن المعلوم من تملكه بإزاء العشره هو سكنى البيت، والاستصحاب المزبور ينفى تملكه سكنى باقى الدار.

[١] لو ادعى كل من الاثنين على من بيده العين أنه قد باعها منه وقبض ثمنها فتاره يفرض عدم البيئه لهما، ولا- لأحد هما، وأخرى تكون البيئه لكل منهما، وثالثه لأحدهما خاصه، وعلى كل الفروض يكون المدعى عليه من بيده العين وهو البائع، وفى الفرض الأول فإن أنكر بيعها من واحد منهما وقبض الثمن يحلف على النفى لكل منهما، وإن

الشرح:

اعترف لواحد منهما يؤخذ باقراره ويحكم بأن العين له ويحلف للآخر على النفي.

وربما يقال: أن مع اعترافه لأحدهما تسقط دعوى الآخر على البائع بناءً على أن اقراره لأحدهما من تلف المبيع قبل قبضه.

وفيه: أنه لاوجه لسقوط دعوى الآخر، سواء أقلنا بأن اقرار من بيده العين من تلف المبيع قبل القبض أم من إتلافه، فإنه على فرض القول بالانحلال بالاقرار فالمدعى الآخر يطالبه باسترداد ما قبضه من الثمن، وعلى فرض عدم الانحلال يطالبه ببذل ما أتلفه عليه من العين المبيعه منه.

نعم لو أخذ المدعى الآخر العين من المقرّ بالاقرار أو باليمين المردوده فلا يبقى مجال لدعواه على من كانت بيده لوصول حقه إليه على ما تقدّم.

وإن أقرّ من بيده العين ببيع نصفها من كل منهما تكون العين بينهما بعد حلف ذواليد لكل منهما على نفي بيع تمام العين من كل منهما وإذا كانت لأحد المدعين بينه دون الآخر، كما هو الفرض الثالث يحكم بأنّ العين لصاحب البيئه لثبوت دعواه حتى ما لو أقر ذو اليد بأنه قد باعها من الآخر دونه لأنّ البيئه القائمة تثبت أنّ اقراه بالبيع من الآخر ليس من اقرار اليد المالكه لتسمع بالاضافه إلى بيعها من الآخر. نعم على ذى اليد أن يدفع الثمن للمقر له لاعترافه بأنه أخذ منه ما اثبتت البيئه كونه للغير.

أما إذا كانت لكل منهما بينه، كما هو ظاهر فرض الماتن قدس سره فإن كان مدلول كل من البيئتين بحيث ينفي مدلول الآخر فتدخلان في المتعارضتين، وقد تقدم سابقاً أنّ البيئه المبتلاه بالمعارض لا تكون ملاكاً للقضاء، ولا تفيد المدعى فتصل النوبه إلى حلف ذى اليد.

وبتعبير آخر: الحكم في هذا الفرض كالحكم في الفرض الأول بلا فرق بينهما.

ودعوى الرجوع إلى المرجح ومع عدمه إلى الاقراع ليحلف صاحب البيئه

الشرح:

الراجحه أو المخرج قرعته لا- يمكن المساعدة عليها، فإنّ ما ورد في الترجيح أو الاقراع فيما إذا أحرز أنّ الحق مردّد بين المتنازعين يعنى صاحب البيئتين والمفروض في المقام أنّ من بيده العين ينفى كون الحق لغيره.

وكذا لا- يمكن المساعدة على ما ذكر الماتن قدس سره من أنّ مع الحكم بالعين لأحدهما يلزم من بيده العين ردّ الثمن إلى المدعى الآخر؛ لأنّه لا تعارض بين البيئتين بالاضافه إلى أخذه الثمن من كل منهما فيعمل بهما في أخذه.

والوجه في عدم المساعدة أنّ المشهود به لكن من البيئتين الأخذ بعد البيع، وإذا فرض تعارضهما في بيعها من كل منهما فكيف لا تتعارض في القبض المتفرع على البيع من كل منهما.

نعم إذا لم يكن بين البيئتين تعارض، كما إذا شهدت إحدى البيئتين أنّه قد باع العين من زيد في أوّل هذا الشهر، وشهدت الأخرى أنّه قد باعها في نصف هذا الشهر من عمرو، ولا ندرى أنّه قد باعها من قبل لزيد أم لا، ففي هذا الفرض يحكم بأنّ العين لزيد وأنّ على البائع ردّ الثمن المأخوذ من عمرو عليه، والوجه في ذلك ظاهر بعد الإحاطه بما تقدم.

بقي في المقام أمر، وهو أنّه إذا فرض ثبوت البيعين فيما لم تكن لكل من المدعين بينه، أو كانت البيئه لكل منهما، كما إذا لم يحلف من بيده العين على نفى البيع لواحد منهما بل حلف كل منهما باليمين المردوده برده أو بردّ الحاكم، فهل يحكم بأنّ العين بينهما بالمناصفه لوقوع المخاصمه والحكم في زمان واحد ويرجع كل منهما إلى من بيده العين بنصف الثمن الذي ادعى اقتباضه إيّاه. أو أنّه يقرع فيمن له اليمين المردوده حيث إنّ العين الواحده لا- يمكن أن تكون ملكاً لكل من الإثنين بتمامها ولا يدخل الفرض في مدلول معتبره اسحاق بن عمّار أو معتبره غياث بن إبراهيم

ولو نكلا- عن اليمين قسّمت بينهما ويرجع كلّ منهما بنصف الثمن، و هل لهما أن يفسخا؟ الأقرب نعم لتبعض المبيع قبل قبضه ولو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع، لعدم المزاحم وفي لزوم ذلك له تردّد اقربه اللزوم.

ولو ادّعى اثنان أنّ ثالثاً اشترى من كلّ منهما هذا المبيع [١] واقام كلّ منهما بينه، فإن الشرح:

ولا في الأخبار الواردة في الإقراع عند الاختلاف البيئتين ويشهد لخروج الفرض عن مواردها أنّه لو لم يحلف المدعيان بعد ردّ اليمين عليهما يبقى العين بيد من ينفي بيعها منهما كما لا يخفى لايبعد الإلتزام بالثاني، وأنّه إذا حلف احدهما باليمين المردوده تنصرف الخصومه عن مدعى الآخر إليه.

ثمّ إنّ بناءً على تنصيف العين بينهما وردّ نصف الثمن المدعى على كل من المدعين يجوز لكل منهما فسخ البيع الذى أثبتته باليمين المردوده لتبعض الصفقه عليه ولو فى مقام التسليم، وإذا فسخ أحدهما فهل يلزم بيعه؟ قيل بذلك، لأنّ الخيار الثابت ليس لتبعض الصفقه عليه فى مقام المعامله لاحتمال وقوع بيعه قبل وقوع بيع الفاسخ أو لم يقع بيع قبل بيعه أصلاً؛ فيكون الخيار الثابت لتبعض الصفقه عليه فى مقام التسليم أى عدم تمكّن البائع على تسليم تمام المبيع، ومع فسخ أحدهما أوّلاً يرتفع المحذور.

أقول: قد ظهر ممّا ذكرنا ما فيما ذكره ، فلاحاجه إلى التطويل.

[١] لو كانت عين فى يد ثالث وادعى كل من الاثنان أنّه قد باع تلك العين منه ولم يأخذ ثمنه فقد لا يكون بين الدعويين تنافٍ و تعارض، كما إذا كان المحتمل أنّ الثالث اشتراها من احدهما أوّلاً، ثمّ انتقلت إلى المدعى الآخر بهبه أو بيع أو غيرهما فاشتراها منه ثانياً، ولو لم يكن فى هذا الفرض للمدعين بينه ولا لأحدهما فيحلف الثالث لكل منهما على عدم شرائها منهما.

اعترف لأحدهما، قُضى له عليه بالثمن وكذا إن اعترف لهما، قُضى عليه بالثمنين، ولو انكر وكان التاريخ مختلفاً أو مطلقاً قُضى بالثمنين جميعاً، لمكان الاحتمال ولو كان التاريخ واحداً تحقق التعارض إذ لا يكون الملك الواحد في الوقت الواحد لإثنين ولا يمكن إيقاع عقدين في الزمان الواحد فيقرع بينهما فمن خرج اسمه أحلف وقضى له، ولو امتنعا من اليمين قُسم الثمن بينهما.

ولو ادعى شراء المبيع من زيد وقبض الثمن، وادعى آخر شراءه من عمرو وقبض الثمن أيضاً، وأقاما بينتين متساويتين في العدالة والعدد والتاريخ، فالتعارض متحقق [١] الشرح:

وإن أقام أحدهما بينه يحكم له بأنه يستحق الثمن المدعى به، ويحلف على النفي للآخر، وإن ردّ اليمين عليه أو اعترف بأنه اشترى العين منه يحكم باستحقاق الآخر، وإن ردّ اليمين عليه أو اعترف بأنه اشترى العين منه يحكم باستحقاق الآخر أيضاً الثمن الذي دعيه. وبهذا يظهر الحال فيما كانت لكل منهما بينه، بحيث لا تنافي بينه الآخر، كما تقدم في توجيه دعواهما.

وأما إذا كان بين الدعويين تنافٍ، كما إذا ادعى كل منهما بيعها بثمن يكون شخصياً خارجياً أو كان كلياً ولكن لا يمكن عادة وقوع البيعين، كما إذا كان التاريخ في كل من الدعويين للبيع واحداً وكذا في البينتين على تقديرهما، ويجرى في هذه الصورة ما تقدم في المسألة السابقة، فلو أقام أحدهما بينه على مدعاه تثبت دعواه ويحكم بأنه يستحق الثمن المدعى به فإن اعترف ذواليد بأنه اشتراها عن الآخر لا يسمع، لأن الثمن المعين بيّنه الآخر ملك ذلك الآخر فلا يسمع اقرار غيره فيه وكذا فيما إذا كان الثمن كلياً فإن ذلك الكلي بالبينه ملك الغير فلا يسمع الاقرار فيه أيضاً.

و بالجمله: يظهر كل ما في الفرض عمّا تقدم في الاختلاف على ثالث أنه باع وقبض الثمن.

[١] لو ادعى أحد على زيد أنه قد باع العين الفلانية منه وقبض ثمنها، وادعى آخر

فحينئذ يقضى بالقرعه، ويحلف من خرج اسمه و يقضى له ولو نکلا- عن اليمين قسم المبيع بينهما ورجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن، ولهما الفسخ والرجوع بالثمنين ولو فسخ أحدهما جاز، ولم يكن للآخر أخذ الجميع، لأن النصف الآخر لم يرجع إلى بائعه.

الشرح:

على عمرو أنه قد باع تلك العين منه وقبض ثمنها، والحاصل يدعى كل من الاثنين أنه يملك بشرائها من بائعها ودفع ثمنها إليه ففي المقام صور:

الأولى: أن تكون العين بيد زيد وعمرو أو بيد خامس يعترف بأن العين لزيد وعمرو أو يقول: لا أدري لأيهما، ففي هذه الصورة إن أقام كل من الاثنين بينه بشرائها من بائعها و تساوى البيتان في العدالة والعدد والتاريخ يتحقق التعارض بين البيتين.

فعلى ما ذكره الماتن قدس سره يقرع بين البيتين و من خرج اسمه يحلف ويقضى بأن العين له ويرجع الآخر إلى بائعه ويأخذ ما دفع إليه من الثمن، ولو لم يحلف من خرج اسمه ولا المدعى الآخر قُسمت العين بينهما بالمناصفه، ويرجع كل منهما إلى بائعه بنصف ما دفع إليه من الثمن، كما أنّ لكل من الإثنين فسخ البيع الواقع بينه وبين البائع منه لتبعض الصفقه عليه و لو في مقام القبض، وإذا فسخ أحدهما فليس للآخر الأخذ بتمام العين في مفروض الكلام، حيث إنه بفسخه لا يرجع تمام العين إلى ملك البائع من الآخر، بل يرجع نصفها إلى ملك البائع ممن فسخ الشراء.

أقول: بناءً على الرجوع إلى القرعه في المقام، فإن خرج اسم واحد من الاثنين و حلف على أنه شرى العين من بائعها المالك فيرجع الآخر منهما إلى بائعها بتمام الثمن حتى مع اعترافه بأن البائع منه كان هو مالکها وذلك لتلف المبيع منه قبل قبضه، أما إذا لم يحلف هو يعنى من خرج اسمه بالقرعه و حلف الآخر ففي جواز رجوع الناكل إلى بائعه بالثمن الذى دفعه إليه اشكال؛ لأنّ تلف المبيع قبل قبضه مستند إلى نكول الناكل، فهو المتلف للعين التي اشتراها، وهذا لا- يوجب انحلال البيع منه، كما أنه لو نکلا، ففي

ص: ٣٨٥

الشرح:

رجوع كل منهما إلى بائعه بنصف الثمن مشكل؛ لأنه يجرى على كل منهما أنه المتلف لنصف المبيع على نفسه بنكوله.

نعم بناءً على عدم الاقراع والحكم بالتنصيف مع حلف كل من الاثني أو مع نكولهما يرجع كل منهما إلى بائعه بنصف الثمن في صورته حلفهما خاصة؛ لعدم استناد تلف نصف المبيع إليهما، بخلاف صورته نكولهما، حيث يستند التلف إلى النكول، وكذا فيما إذا حلف أحدهما ونكل الآخر، فإن الناكل لا يرجع إلى بائعه مع اعترافه بأن بائعه كان المالك للمبيع، اللهم إلا أن يقال: أن النكول من الحلف لا يعد اتلافاً ولذا يثبت لكل من الاثني الخيار في فسخ شراؤه؛ لأن ابتلاء واقعه المبيع بالخصومه والاختلاف عيب، فيجوز للمشتري فسخ الشراء، إذا لم يكن عالماً بالحال قبل الشراء.

الصوره الثانيه: ما إذا كانت العين بيد المدعيين أو بيد من يقرّ أنّهما لهما ففي هذه الصوره مع البيئه لكل منهما يحكم بأنّ العين بينهما بالمناصفه مع حلفهما أو مع نكولهما، ومع نكول أحدهما وحلف الآخر يحكم بأنّ العين للحالف، وذلك لدخول هذه الصوره كالصوره السابقه في مدلول معتبره اسحاق بن عمّار ومعتبره غياث بن إبراهيم، ثمّ مع حلفهما أو نكولهما ففي رجوعهما في نصف الثمن إلى بائعهما، وكذا في رجوع الناكل مع حلف الآخر في تمام الثمن إلى بائعه ما ذكرناه في الصوره السابقه.

الصوره الثالثه: ما إذا كانت العين بيد أحد المدعيين فإنّه يحكم بأنّها له مع حلفه، بلافق بين اقامتها البيئه أو لم يكن في البين بينه أصلاً، نعم إذا كانت لهما بيئه فيرجع المدعى الآخر إلى بائعه بتمام الثمن، ومع عدم البيئه يحتاج أخذ الثمن من بائعه إلى الدعوى على بائعه، وإذا ثبتت دعوى بيعه منه استرد الثمن، بلافق بين أن يكون ثبوتها باقرار البائع أو باليمين المردوده، وكذا الحال فيما إذا كانت العين بيد أحد

ولو ادعى عبدٌ أنّ مولاهُ أعتقه [١] وادعى آخر، أنّ مولاهُ باعه منه وأقاما البيّنه، قضى لأسبق البيّنتين تاريخاً، فإن اتّفقتا قضى بالقرعه مع اليمين، ولو امتنعا عن اليمين قيل يكون الشّرح:

البائعين واعترف بالبيع ممّن يدعى الشراء منه، سواء أكان لكل من المدعين بيّنه أم لم يكن لهما أو لأحدهما بيّنه.

نعم إذا كانت البيّنه لغير المقرّ له خاصه يحكم بأنّ العين لصاحب البيّنه، ولا يفيد اقرار ذى اليد للآخر؛ لأنّ البيّنه قد أثبتت أنّ من بيده العين لم يكن مالكاً لها فلا يفيد اقراره، فعلى المقرّ له الرجوع إلى من بيده العين لاسترداد ثمنه لبطلان بيعه واققراره.

[١] لو ادعى عبد أنّ مولاهُ أعتقه فهو حرّ، وقال آخر أنّ مولاهُ باعه منه فهو مملوك له، ولم تكن لأحدهما بيّنه، فإن كذّبهما المولى فيحكم بعد حلفه لكل منهما على نفى دعوتهما بأنّه رقّ لمولاه، ولو اعترف المولى لواحد منهما يؤخذ باعترافه، ويحكم بثبوت تلك الدعوى، وعليه الحلف للآخر على نفى دعواه.

والمحكى عن المبسوط أنّه إذا اعترف لأحدهما يحكم بثبوت دعواه من غير حاجه إلى الحلف للآخر، فإنّه لو اعترف لمدعى الشراء يكون العبد مملوكاً له، فلا يسمع اقراره ثانياً بأنّه أعتق العبد، فإنّه اقرار على الغير لا على النفس.

وبتعبير آخر: لا يترتب على الاعتراف بالعتق بعد ثبوت البيع أثر، كما أنّه لو اعترف للعبد بالعتق أوّلاً فلا يفيد الاعتراف بالبيع ثانياً، لأنّ مع سماع الاعتراف بالعتق لكونه على نفسه يكون البيع على تقديره منحللاً لتلف المبيع قبل القبض. نعم لو ادعى على المولى أنّه قد باع العبد منه و قبض الثمن يتوجه اليمين إلى المولى؛ لإسقاط دعوى قبض الثمن.

أقول: الاعتراف بعتق العبد لنفوذه يحسب من اتلاف المبيع قبل القبض، وهذا لا يوجب انحلال البيع، فيكون على المولى باقراره بالبيع ثانياً بدل العبد أى قيمته. نعم

نصفه حرّاً، ونصفه رقاً لمدعى الابتاع ويرجع بنصف الثمن ولو فسخ عتق كلّه وهل يقوم على بايعه؟ الأقرب نعم، لشهاده بينه بمباشره عتقه.

الشرح:

للمشترى فسخ البيع المدعى به لعدم حصول القبض، و على ذلك يكون على المولى مع عدم اقراره بالبيع ثانياً الحلف لمدعى الشراء نعم لاحاجه إلى الحلف للعبد بعد اعترافه بالبيع لمدعى الشراء؛ لأنّ اعترافه بالعتق ثانياً لا يفيد شيئاً ولا مورد للغرم.

وقد يقال اعترافه بعتق العبد ثانياً أثره كون العبد حرّاً لو انتقل إلى المولى المقرّ إلى المولى المقرّ له بالعتق، فإنّ سماع الاقرار بالعتق ثانياً كسماع الاقرار بالنسب فى بعض فروض دعواه، كما أنّ عدم ترتب الأثر الفعلى فى بعض فروض دعوى النسب لا يمنع عن سماع دعواه كذلك دعوى العتق، بل قد يذكر أنّ على المولى بعد اقراره بالعتق أن يشتري العبد ممّن أقر له أوّلاً لينعتق.

ولكن ما ذكره لا- يمكن المساعده عليه، ولكن القول بأنّ على المولى الجواب عن دعوى العبد بعتقه للأثر التعليقى لا بأس به، أخذاً بعموم ما ورد فى البيه على المدعى واليمين على المدعى عليه.

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما إذا كانت لمدعى العتق أو المدعى الشراء بينه، فإنّه تثبت بها دعوى صاحبها، و على المولى الحلف للآخر على نفى دعواه، أمّا إذا أقام كل منهما بينه فمع تساويهما يقرع بينهما ومن خرج اسمه بالقرعه يحلف فتثبت دعواه، ولو نكل حلف الآخر.

وربّما يقال بأنّه لو نكلا يحكم بأنّ العبد نصفه حرّ ونصفه رقّ لمدعى الابتاع، ويثبت له خيار الفسخ لتبعض الصّفقه عليه فإنّ فسخ يرجع على البائع بتمام الثمن وإلا- فنصفه، كما أنّه مع الفسخ ينعق العبد كلّه لزوال المزاحم لبيته العتق، وربّما يقال فى فرض عدم الفسخ أيضاً بتقويم العبد فى نصفه على المولى، ويدفع إلى المشتري

مسائل:

الاولى: لو شهد للمدعى، أن الدابه ملكه منذ مده، فدلّت سنّها على أقل من ذلك قطعاً أو اكثر، سقطت البينه [١] لتحقق كذبها.

الشرح:

فينعتق لحصول شرط السرايه بعنق نصفه الثابت بالبينه.

وفيه: أنّه لا- موجب للتنصيف مع نكولهما بل يحلف المولى لهما على نفى دعوى كل منهما مع عدم البينه كما تقدم وتسقط دعواهما بنكولهما مع البينه لكل منهما مطلقاً أو مع حلف المولى لهما على النفي، بدعوى أنّ حلفهما مع البينه نظير حلف المدعى إذا كان له شاهد واحد، فإنّه إذا لم يحلف تصل النوبه إلى حلف المدعى عليه.

وبالجملة: فمثل الفرض خارج عن مدلول معتبره اسحاق بن عمّار ومعتبره غياث، غايه الأمر تبقى دعوى دخوله في الأخبار الوارده في الاقراع عند تعارض البينتين، ولايستفاد من تلك الأخبار إلاّ ثبوت دعوى من أخرجته القرعه مع حلفه، وإلاّ فيحلف الآخر، أمّا ثبوت دعوى كل منهما بالاضافه إلى النصف مع نكولهما فلايستفاد من شيء من تلك الأخبار فراجعها.

[١] لو ادعى على زيد بأنّ الدابه التي بيده ملكه، وشهدت له بينه بأنّ الدابه ملكه منذ عشر سنوات، ودلّت سنّ الدابه على أنّ لهاخمس سنوات، أو شهدت البينه على أنّ الدابه ولدت في ملك المدعى قبل خمس سنوات، ودلّت سنّها على أنّ عمر الدابه عشر سنوات فتسقط البينه عن الاعتبار لتحقق كذبها، فيحلف ذو اليد على نفى دعواه.

وقد يقال: يحكم بأنّ الدابه ملك المدعى؛ لأنّ سقوط البينه في بعض مدلولها لتحقق كذبها فيه لا يوجب سقوطها عن الاعتبار في تمام مدلولها.

وبتعبير آخر: شهاده البينه بأنّها ملكه فعلاً- لم يعلم كذبها، وإنّما سقطت عن الاعتبار بالاضافه إلى مبدء الملك فيكون نظير ما شهدت البينه بنجاسه كل من الانائين ولكن

الثانية: لو ادعى دابه في يد زيد و اقام بينه أنه اشتراها من عمرو، فإن شهدت البيئه بالملكيه مع ذلك للبائع أو للمشتري، أو بالتسلم قضى للمدعى [١] فإن شهدت البيئه الشرح:

علم طهاره أحدهما المعين فإنه يؤخذ بها في نجاسه الآخر.

ولكن لا يخفى أن عدم سقوط البيئه عن الاعتبار في تمام مدلولها مع سقوطها في بعضها يختص بما إذا كان مدلولها من ذكر المحمولين لموضوعين أو محمولين لموضوع واحد، أما إذا كان المحمول يسقطها عن الاعتبار، كما إذا شهد العدلان بنجاسه مائع من يوم السبت، وعلمنا أنه كان طاهراً في السبت فلا يحكم بنجاسه المائع فعلاً، بل يرجع فيه إلى أصله الطهاره، وما نحن فيه من هذا القبيل.

والحاصل: لا عبره بالمدلول الانحلالى في تبعض اعتبار الأماره فيما إذا كان من ذكر الحكم الواحد المستمر لموضوع.

و ربما احتمل في عباره المصنّف قدس سره أن يكون (أكثر) عطفاً على (قطعاً) لا على أقل بأن يدلّ سن الدابه على الأقل جزماً أو بالأكثرية، يعنى الغلبه، فيكون الحاصل سقوط البيئه عن الاعتبار بالظن الحاصل من الغلبه بكذبها. ولكن لا يخفى ما فيه فإنّ هذا لايناسب تعليل عدم الاعتبار بتحقق كذبها والظن بالخلاف لا- يوجب سقوطها ولاسقوط غيرها من سائر الأمارات عن الاعتبار، فإنّ الظن لا يغنى من الحق شيئاً.

[١] لو كانت عين في يد زيد، دابه كانت أو غيرها، وادعى مدع أنّ العين المزبوره ملكه فعلاً لأنه اشتراها من عمرو، وأقام بينه تشهد بالشراء المزبور فذكر جماعه كالمصنّف قدس سره أنه لو كانت شهاده البيئه بأنه اشتراها من عمرو وصارت ملكه أو بأنّ عمرواً باعها منه وهو مالك لها أو أنه باعها منه و سلّمها إليه يحكم على العين بأنها ملك للمدعى لشهاده البيئه على أنها ملك له فعلاً.

بالملكية بالشراء لا- غير، قيل لا يحكم لأن ذلك قد يفعل فيما ليس بملك، فلا تدفع اليد المعلومه بالمظنونه، وهو قوی وقيل يقضى له، لأن الشراء دلالة على التصرف السابق الدال على الملكية.

الثالثة: الصغير المجهول النسب، إذا كان في يد واحد وادعى رقيته، قضى له بذلك ظاهراً [١] وكذا لو كان في يد اثنين وأما لو كان كبيراً وأنكر، فالقول قوله لأن الأصل

الشرح:

أما لو كانت شهاده البينه بمجرد الشراء من عمرو من غير شهاده بكون العين للمدعى أو بملكه البائع أو تسليمه العين إلى المدعى فلا تكون البينه ملاكاً للقضاء، بل يحلف ذواليد على نفى دعواه؛ لأن اليد الحاليه فى العين من زيد يجعله منكرًا، ومجرد الشراء من عمرو لا يدل على شىء؛ لأن الشراء قد يقع بغير الملك من بائع فضولاً.

أقول: لافرق بين صورتين فإن الشهاده بالشراء المحمول على الشراء الصحيح مساوقه لقول البينه، وهى لبائعها أو نحوه، نعم لو قال الشهود بأننا نشهد بجريان ايجاب البيع وقبوله، ولا- نشهد بأمر آخر فلا تسمع؛ لأن مجرد الإيجاب والقبول لا يكون بيعاً ولاشراءً.

ثم إنه إذا لم تسمع بينه المدعى ولكن اعترف ذواليد وهو زيد بأنه قد تملكها من المدعى انقلبت الدعوى، كما ذكرنا سابقاً أن بذلك تسقط اليد الفعلية عن الاعتبار.

[١] ذكروا الصغير المجهول نسبه يمكن كونه ملكاً لذى اليد، فلو ادعاه بأن قال: رق، يسمع قوله، ويحكم بكونه ملكاً له، وكذا إذا كان فى يد اثنين وقالوا إن هذا فى دعوى الرقيه فى الصغير المجهول النسب، أما إذا كان مدركاً فلا تسمع دعوى الرقيه إلا بالينه أو اعترافه بأنه رق؛ لأن الأصل فى الانسان هو الحرية.

وبتعبير آخر: التزموا بتقديم دعوى الرقيه مع اليد على أصاله الحرية فى الصغير، وتقديم أصاله الحرية على دعوى الرقيه حتى مع اليد فى الكبير.

الحرية، ولو ادعى اثنان رقيته فاعترف لهما، قضى عليه وإن اعترف لأحدهما، كان مملوكاً له دون الآخر.

الشرح: وقد نوقش في الصغير بأنه يظهر من حسنه حمران بن أعين خلاف ذلك «قال: سألت أبا جعفر قدس سره عن جاريه لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامراه ادعى الرجل أنها مملوكه له وادعت المرأة أنها ابنتها فقال: قد قضى في هذا على عليه السلام قلت: وما قضى في هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالرق، وهو مدرك، و من أقام بينه على من ادعى من عبد أو أمه فإنه يدفع إليه ويكون له رقماً، قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسأل الذى ادعى أنها مملوكه له بينه على ما ادعى فإن أحضر شهوداً يشهدون أنها مملوكه لا يعلمونه باع ولا وهب دفعت الجارية إليه حتى تقيم المرأة من يشهد لها أن الجارية ابنتها حره مثلها، فلتدفع إليها وتخرج من يد الرجل، قلت فإن لم يقيم الرجل شهوداً إنها مملوكه له؟ قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأة البينة على أنها ابنتها دفعت إليها فإن لم يقيم الرجل البينة على ما ادعى ولم تقم المرأة البينة على ما ادعت خلى سبيل الجارية تذهب حيث شاءت» (1).

ولكن يمكن الجواب عن المناقشه أن هذا فيما إذا كان منازع لذى اليد المدعى بالرقية والمملوكيه له، فتقديم أصله الحرية فى مفروض الروايه لا يقتضى كون الحكم كذلك مع عدم المنازع له بدعوى النسب، بل لو أقام مدعى النسب بينه تسمع، سواء أكان لمدعى الرقيه بينه أم لا، ومع المنازع لو كان لمدعى الرقيه بينه يحكم بالرقيه لو لم تكن بينه لمدعى النسب كما هو ظاهر الحسنه.

ص: ٣٩٢

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٨٤: ٩.

الرابعة: لو ادعى كل واحد منهما ان الذبيحه له، وفي يد كل واحد بعضها[١] وأقام كل واحد منهما بينه، قيل يقضى لكل واحد بما فى يد الآخر، وهو الأليق بمذهبنا وكذا لو كان فى يد كل واحد شاه وادعى كل منهما الجميع، واقاما بينه قضاى لكل منهما بما فى يد الآخر.

الشرح: كما أنه قد نوقش فى الأمر الثانى بما ورد فى جواز شراء ما يباع فى السوق وغيره، و ان ادعى أنه حرّ، وفى صحيحه العيص بن القاسم عن أبى عبد الله عليه السلام: «قال: سألته عن مملوك ادعى أنه حرّ ولم يأت بينه على ذلك اشتره؟ قال: نعم»(١)، وفى صحيحه حمزه بن حمران: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أدخل السوق وأريد أشتري جاريه فتقول: أنى حرّه، قال: اشتراها إلا أن يكون لها بينه».(٢) وقيل بأنّ ظاهرهما تقديم اليد على أصله الحرّيه حتى فى المدرك والبالغه.

ولكن لا يبعد حملهما على صورته دعوى الحرّيه بالتحريير، فإنّ مع اليد لا تثبت هذه الدعوى إلاّ بالبينه، بل ظاهر صحيحه العيص هو دعوى التحريير.

وبالجملة: فمقتضى الجمع بين ما ورد فيأنّ الناس كلّهم أحرار إلاّ من أقرّ على نفسه بالعبوديّه وهو مدرك من عبد أو أمه ومن شهد عليه بالرق صغيراً أو كبيراً و مثل صحيحه العيص وحمزه بن حمران هو حملهما على صورته دعوى التحريير.

[١] لو كان بعض العين بيد واحد وبعضها الآخر بيد الآخر، وادعى كل منهما أنه يملك العين بتمامها، كما إذا كان بعض الذبيحه بيد زيد وبعضها بيد عمرو، وأقام كل منهما البينه بأنّ تمامها له يحكم بأنّ ما بيد زيد ملك عمرو وما بيد عمرو ملك لزيد بناءً على المنسوب إلى المشهور من تقديم بينه الخارج أى المدعى على بينه الداخل، يعنى بينه ذى اليد، ولا يقاس ذلك بما إذا كانت العين بيد الإثنين بحيث يكون لكل منهما تمام

الخامسة: لو ادعى شاه في يد عمرو، واقام بينه ففسلمها، ثم اقام الذى كانت فى يده بينه أنها له، قال الشيخ ينقض الحكم وتعاد وهو بناءً على القضاء لصاحب اليد مع التعارض، والأولى أنه لا ينقض [١].

الشرح:

العين خارجاً ولكن لا- استقلالاً، فإن الحكم فيه بالمنصفه مع يمين كل منهما أو مع نكولهما كما تقدم. وبناءً على تقديم بينه الداخلى على بينه الخارج يحكم بكون كل منهما مالكا لما بيده.

ومما يترتب على القولين أنه لو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً يحكم بحليه ما بيد الكافر حيث إنه ملك المسلم وبحرمه ما بيد المسلم فإنه ملك الكافر، هذا على القول بتقديم بينه الخارج، وأما بناءً على تقديم بينه الداخلى يكون الحكم على العكس.

أقول: قد تقدم أن بينه المنكر وان لم تكن مدركاً للقضاء، إلا- أنها توجب سقوط بينه المدعى عن الاعتبار، وعليه فتعارض البيتين فى الفرض يوجب أن يحلف كل للآخر على نفى دعواه، فتكون النتيجة أن ما بيد كل منهما ملك لهما، وليس هذا مبنياً على تقديم بينه الداخلى، كما لا- يخفى، ويظهر ممّا ذكرنا ما لو كان بيد كل منهما شاه أو عين أخرى، وادعى كل منهما أنه يملكهما أو يملك ما بيد الآخر وأقاما البينه على دعواهما.

[١] لو كانت عين فى يد زيد و ادعاها عمرو وأقام بينه على أنها له يحكم بأنها له لثبوت دعواه بالبينه، ثم بعد ذلك أقام زيد البينه على أنها له قيل، كما عن الشيخ، بأنه ينتقض الحكم السابق وتعاد العين إلى زيد، وهذا بناءً منه على تقديم بينه الداخلى فى مقام المعارضه على ما ذكر الماتن رحمه الله قال أن الأولى أن الحكم لا ينتقض.

أقول: تقديم بينه الداخلى على تقديره يختص بما إذا كانت اقامتها قبل الحكم فى الواقعه، وأما الظفر بالبينه بعد الحكم كما لايفيد المدعى فيما إذا وجدها بعد الحكم

السادسه: لو ادعى داراً فى يد زيد، وادعى عمرو نصفها، واقاما البيئه قضى لمدعى الكلّ بالنصف، لعدم المزاحم [١] وتعارضت البيئتان فى النصف الآخر، فيقرع بينهما، ويقضى لمن خرج اسمه مع يمينه ولو امتنعا من اليمين، قضى بها بينهما بالسويه، فيكون لمدعى الكل ثلاثة الأرباع و لمدعى النصف الربع.

الشرح:

كذلك فى بيئه المنكر.

وبتعبير آخر: البيئه بعد الحكم خارجه عن موضوع الاعتبار فى باب القضاء، كما هو مقتضى ما دلّ على نفوذه، نعم لو كان مدلول البيئه الملكيه الجديده فيما إذا ادعاها فهذا أمر آخر لا ينافى القضاء السابق.

[١] ذكر قدس سره أنه لو كانت عين فى يد زيد، وادعى عمرو أنّ له نصفها، وادعى آخر بأنّ له كلّها، وأقام كل واحد منهما بيئه بدعواه، فمع تساوى البيئتين يقرع بينهما، فمن خرج اسمه يحلف ومع امتناعهما يحكم بأنّ ثلاثة أرباعها لمدعى الكلّ و ربعها لمدعى النصف؛ لأنّ البيئه القائمه بكون تمامها لمدعى الكلّ لامعارض لها فى النصف، و تتعارض البيئتان فى النصف الآخر، فيحكم بالقسمه بينهما بعد نكولهما.

أقول: قد تقدم أنّ الحكم فى المال المتنازع فيه الذى ليس فى يد المتنازعين ولا فى يد أحدهما، كما هو الفرض فى المقام، هو الحاكم بالتنصيف سواء أحلفا أم نكلا، ولا موجب فيه للرجوع إلى القرعه سواء أتساوت البيئتان فى عدد شهودهما أم اختلفا، كما هو المستفاد من معتبرتى اسحاق بن عمّار وغيث بن إبراهيم المتقدمتين، كما أنّ مقتضاهما أنه لو كانت العين المزبوره بيد من يقول بأنّها ملك له يحكم بأنّ العين له فيما إذا حلف لمدعى النصف، حيث إنّ بيئه مدعى النصف وإن كانت من بيئه الخارج، يعنى المدعى، إلاّ أنّه لا اعتبار بها، لا بتلاؤها بالمعارض، وهو بيئه من بيده العين، فتصل النوبه إلى حلف المنكر، يعنى من بيده العين القائل بكون كلّها له ولو كانت بيد مدعى

الشرح:

النصف يحكم على العين بالمنصفه لهما بعد حلف من بيده العين على عدم كون تمامها لمدعى الكلّ.

وإذا كانت العين فى يدهما يكون يد كلّ منهما فى نصف العين مشاعاً وفى تمامها على سبيل عدم الاستقلال، فىحسب مدعى الكلّ مدعياً بالاضافه إلى النصف المختلف فيه بينهما، وبما أنّ ذلك النصف بيد مدعى النصف فىحسب منكراً، ولابتلاء بينه المدعى بالمعارض يحلف لمدعى الكلّ على نفى دعواه، فىحكم له بنصف العين، ولكن ذكرالماتن قدس سره تبعاً لغيره أنّ العين كلّها لمدعى الكلّ وليس لمدعى النصف حظّ فيها، وذلك أنّ بينه مدعى الكلّ تحسب بالاضافه إلى النصف المختلف فيه بينه الخارج وبينه مدعى النصف بينه الداخلى، وبما أنّه عند المعارضه تقدّم الأولى، فىحكم بثبوت مدلولها يعنى دعوى مدعى الكلّ.

وعن ابن الجنيد أنّ الحكم بالتنصيف فيما إذا كان ما بيدهما جزءان خارجيان، واتفقا على أنّ أحد الجزئين للواحد منهما واختلفا فى الجزء الآخر، ففى هذه الصورة يكون لأحدهما الربع وللآخر ثلاثه أرباع نظير الدرهمين فيما إذا كان بيدهما واتفقا على أنّ واحداً منهما بتمامه لأحدهما واختلفا فى الجزء الآخر، وفى الصحيح عن عبدالله بن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا عن أبى عبدالله عليه السلام «فى رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما الدرهمان لى، وقال الآخر هما بينى وبينك فقال: أمّا الذى قال هما بينى وبينك فقد أقرّ أنّ أحد الدرهمين ليس له وأنّه لصاحبه ويقسم الآخر بينهما».

وأما إذا كان مدعى النصف يدعيه بنحو الإشاعه فى تمام المال فىعمل مع العين على طريق العول، على ما هو المقرّر فى ضرب سهام الغرماء فى مال المفلس، فىجعل

ولو كانت يدهما على الدار، وادعى احدهما الكل، والآخر النصف وأقام كلّ منهما بينه، كانت لمدعى الكل، ولم يكن لمدعى النصف شىء لأن بينه ذى اليد بما فى يده غير مقبوله، ولو ادعى أحدهم النصف والآخر الثلث، والثالث السدس [١] وكانت يدهم عليها،

الشرح:

فى المثال لمدعى الكل ثلثها ولمدعى النصف ثلثها، لأنّ سهمه ثلث مجموع السهام، كما أنّ سهم مدعى الكل ثلثى مجموع السهام. وذكر فى ذلك أنّ مدعى النصف يدعى النصف من كل جزء فرض من المال ولا يدعى خصوص النصف المعين منه.

أقول: ظاهر الصحيح هو دعوى النصف نحو الاشاعه، فلا يقاس الفرض بمسأله سهام الغرماء فى مال المفلس، حيث إنّ تعلق الحق بمال الغير غير مسأله الاختلاف فى ملكيه المال.

وقوى فى المختلف طريق العول فيما لو زاد المدعون على اثنين. وفى كشف اللثام فيما لو استوعب غير مدعى الجميع العين أو زادت عليها. ولكن الظاهر كما ذكرنا لا موجب لرفع اليد عن القضاء بالبينه للمدعى واليمين على المدعى عليه، مع عدم اقامتها و رفع اليد عمّا استظهرناه من معتبرتى اسحاق بن عمّار و غياث بن إبراهيم والحاق الدعوى بمورد ثبوت استحقاق كل واحد من الديان فى المال مع عدم كفايته بما يستحقون فإنّه لا يخرج عن القياس.

وعلى ذلك لو كانت العين فى يد ثلاثة يدعى أحد هم نصفها، والآخر ثلثها، وثالثهم سدسها تكون يد كل منهم على ثلثها والثانى منهم لا يدعى شيئاً زائداً على ما بيده، فتكون دعوى الأول بالاضافه إلى السدس الزائد بيد الثالث من الدعوى بلا معارض فيما لو فرض عدم اعتراف الثالث به له، ولو أقام كل واحد منهم بينه بما ادعاه يكون الحكم كذلك لعدم المعارضه، وكذا فيما لو أقامها بعضهم.

[١] لو ادعى الأوّل كل العين والثانى نصفها والثالث ثلثها ولم تكن فى البين بينه

فيد كل واحد منهم على الثلث لكن صاحب الثلث لا يدعى زياده على ما فى يده وصاحب السدس يفضل ما فى يده، ما لا يدعيه هو ولا مدعى الثلث، فيكون لمدعى النصف فيكمل له النصف وكذا لو قامت لكل منهم بينه بدعواه، ولو ادعى احدهم الكل والآخر النصف والثالث الثلث، ولا بينه، قضى لكل واحد منهم بالثلث، لأن يده عليه و على الثانى والثالث اليمين، لمدعى الكل وعليه وعلى مدعى الثلث اليمين لمدعى النصف.

الشرح:

فكل منهم ذواليد بالاضافه إلى ثلث العين، ولا يدعى الثالث شيئاً لا على الأول ولا على الثانى، ولكن الأول يدعى على الثانى والثالث بما فى يدهما، كما أن الثانى يدعى على الأول والثالث بنصف السدس من كل منهما، فيحلف كل من الثانى والثالث للأول، كما أنه يحلف كل من الأول والثالث للثانى، فيحكم بالاشتراك فى العين أثلاثاً. وإذا أقام كل منهم بينه بدعواه وقيل بترجيح بينه الداخلى عند المعارضه أو قلنا بسقوط البيّنات عن الاعتبار يكون الحكم كما إذا لم تكن بينه.

وأما إذا قيل بترجيح الخارج فيما أن يد كل منهم على أربع سهام من اثنى عشر سهماً يفرض فى العين فلا يكون اعتبار لبينه مدعى الثلث؛ لأنها بينه الداخلى، وأما الثانى فقد تقدم أنه يدعى على كل من الأول والثالث بنصف السدس فتكون بينته معتبره بالاضافه إلى نصف السدس الذى بيد مدعى الكل فيبقى فى يد مدعى الكل ثلاثه من أربعة، كما أن بينه مدعى الكل معتبره بالاضافه إلى تمام ما بيد الثانى، وفى ثلاثه ممّا فى يد الثالث؛ لأنها بلامعارض، فيتم لمدعى الكل عشره من الثانى عشر، ولمدعى النصف واحداً ممّا بيد مدعى الكل، وتتعارض بينه مدعى الكل و بينه مدعى النصف فى الواحد من الأربعة الباقي فى يد الثالث، فيقرع بينهما، ومع نكولهما يقسم بينهما بالمناصفه، فيكون لمدعى الكل عشره ونصف، ولمدعى النصف واحد ونصف على ما ذكر الماتن قدس سره .

ص: ٣٩٨

وإن أقام كلّ منهم بينه، فإن قضينا مع التعارض بينه الداخل فالحكم كما لو لم تكن بينه لأن لكل واحد بينه ويدا على الثلث وإن قضينا بينه الخارج وهو الأصح، كان لمدعى الكل مما فى يده، ثلاثة من اثنى عشره بغير منازع والأربعة التى فى يد مدعى النصف لقيام البينه لصاحب الكل بها، وسقوط بينه صاحب النصف بالنظر إليها إذ لا تقبل بينه فى ذى اليد و ثلاثه مما فى يد مدعى الثلث، ويبقى واحد مما فى يد مدعى الكل لمدعى النصف وواحد مما فى يد مدعى الثلث، يدعيه كل واحد من مدعى النصف ومدعى الكل، يقرع بينهما ويحلف من يخرج اسمه ويقضى له فإن امتنعا، قسّم بينهما نصفين، فيحصل لصاحب الكل عشره ونصف ولصاحب النصف واحد ونصف، وتسقط دعوى مدعى الثلث.

ولو كانت فى يد أربعة [١] فادعى أحدهم الكل، والآخر الثلثين، والثالث النصف، والرابع الثلث، ففى يد كل واحد ربعها فإن لم يكن بينه، قضينا لكل واحد بما فى يده وأحلفنا كلاً منهم لصاحبه.

الشرح:

[١] ذكر قدس سره فى المقام صوراً ثلاث:

الأولى: ما إذا كانت دار فى يد أربع، يدعى أحدهم كلّها والثانى ثلثها والثالث نصفها والرابع ثلثها، من غير أن تكون لواحد منهم بينه، وفى هذه الصورة ثبتت يد كل واحد منهم على ربع الدار، ويحكم لكل بما فى يده بعد حلف كل منهم على الآخرين.

الثانية: ما إذا لم تكن الدار بيدهم ولا يد واحد منهم ولكن أقام كل واحد منهم بينه على مدّعه فقد ذكر قدس سره أنّ لمدعى الكل ثلث الدار بلا مزاحم، بمعنى أنّ السائرين لا يمنعون عن كون ثلث العين له وتختص المخاصمه بسدس العين، أى ما يزيد على النصف الذى يدعيه الثالث بين مدعى الكل ومدعى الثلثين، فيقرع بينهما فى ذلك السدس، ويحلف من خرج اسمه، فيحكم به له، وان نکلا يقتسمان، ثمّ تقع المخاصمه

ص: ٣٩٩

الشرح:

بين مدعى الكل ومدعى الثلثين ومدعى النصف فى السدس الآخر، حيث لا يدعى مدعى الثلث، فيقرع بينهم، ومن خرج اسمه يحلف ويأخذه، ومع نكولهم يقسم ما بين الثلاثة ثم تقع المخاصمه فى الثلث الباقي من العين بين الأربعة، فيقرع فيه بين المدعين الأربعة، ومن خرج اسمه يحلف ويأخذه، ومع النكول يقسم بين الأربعة ولا بعد فيأن يخرج فيالقرعات اسم مدعى الكلّ ويحلف ويأخذ كل العين فإنّ ما حكم الله سبحانه من القرعه غير مخطئ.

وإذا فرض نكول من خرج اسمه فى القرعات كلّها يكون لمدعى الكلّ ثلث العين ونصف سدسها وربع ثلثها، فإنّ ثلثها لكون دعواه فيه بلا- مزاحم ونصف سدسها بالنكول فى الإقرع الأوّل وثلث سدسها بالنكول فى الإقرع الثانى وربع ثلثها بالنكول فى الإقرع الأوّل وثلث سدسها بالنكول فى الإقرع الثانى وربع ثلثها بالنكول فى الإقرع الثالث، ويكون لمدعى الثلثين نصف سدسها فى الإقرع الأوّل وثلث سدسها فى الإقرع الثانى وربع ثلثها فى الإقرع الثالث، وبحساب ذلك تتعين حصه مدعى الثلث، فإذا فرض المخرج ستة وثلثون جزءاً يكون عشرون منها لمدعى الكلّ والثمانيه لمدعى الثلثين وخمسه لمدعى النصف وثلثه لمدعى الثلث.

أقول: قد تقدم أنّه لا- مورد للقرعه فى دعوى ملكيه العين، بل الوظيفه فيها مع عدم كون العين بيدهم وإقامه كل منهم اليينه بدعواه تقسيم ما به الاختلاف بينهم مع الحلف من جميعهم أو النكول من جميعهم، كما هو مقتضى معتبره اسحاق بن عمّار ومعتبره غياث بن إبراهيم.

الصوره الثالثه: ما إذا كانت الدار فى أيدي الكلّ وأقام كل واحد اليينه بدعواه، فعلى القول بتقديم بينه الداخل تكون العين بينهم على الأرباع؛ لأنّ لكل من الأربعة يداً فى

ولو كانت يدهم خارجه، ولكلّ بينه، خلص لصاحب الكل الثلث، إذ لا مزاحم له ويبقى التعارض بين بينه مدعى الكل ومدعى الثلثين فى السدس، فيقرع بينهما فيه ثم يقع التعارض بين بينه مدعى الكل و مدعى الثلثين ومدعى النصف فى السدس أيضاً فيقرع بينهم فيه ثم يقع التعارض بين الأربعة فى الثلث فيقرع بينهم ويخصّ به من تقع القرعه له ولا يقضى لمن يخرج اسمه إلاّ مع اليمين ولا يستعظم ان يحصل بالقرعه الكلّ لمدعى الكلّ فإنّ ما حكم الله به غير مخطئ.

الشرح:

ربعها، فتقدم بينته مع اليد، بخلاف ما إذا قيل بتقديم بينه الخارج، كما هو المنسوب إلى الشهره والمختار عند الماتن قدس سره فإنه بناءً عليه يكون اعتبارينه كل منهم فى غير ما فى يده.

فيكون ما فى يد مدعى الثلثين المفروض كونه ثمانية عشر جزءاً من اثنين وسبعين جزءاً يفرض لكل العين فى مورد الدعاوى الأربعة، فمدعى الكل يدعى تمام ثمانية عشر، ومدعى النصف يدعى ستة منها، ومدعى الثلث يدعى اثنين منها، فتكون عشره من ثمانية عشر لمدعى الكل من غير أن ينازع فيه، مدعى النصف ومدعى الثلث فتعتبر بينه مدعى الكل فى تلك العشره وفى الستة ممّا فى يدى مدعى الثلثين يقرع بين مدعى الكل ومدعى النصف ومن خرج اسمه يحلف ومع نكولهما يقسّم بينهما، ويقرع فى الاثنين ممّا بيده بين مدعى الكل ومدعى الثلث فمن خرج اسمه يحلف، ومع امتناعهما يقسم بين مدعى الكل ومدعى الثلث، فمع الاقراع على ما بيد مدعى الثلثين والنكول يحصل لمدعى الكل منه أربعة عشر و لمدعى النصف ثلاثه و لمدعى الثلث واحد صورته:

$$\text{لمدعى الثلث } 1 = 2 \text{ } \dot{e} \text{ } 2 = 3 \text{ } \dot{e} \text{ } 6 \text{ } 2 = 14 \text{ } \dot{e} \text{ } \text{لمدعى الكل } 1 + 3 + 10$$

وما يكون بيد مدعى النصف أيضاً المفروض كونه ثمانية عشر يدعى مدعى الكلّ

ص: ٤٠١

ولو نكل الجميع عن الأيمان قسمنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين في كل مرتبه بالسويه فتصح القسمة من ستة وثلاثين سهماً لمدعى الكل عشرون، ولمدعى الثلثين ثمانية، ولمدعى النصف خمسة، ولمدعى الثلث ثلاثة، ولو كان المدعى في يد الأربعة ففي يد كل واحد منهم ربعها فإذا أقام كل واحد منهم بدعواه، قال الشيخ يقضى لكل واحد منهم بالربع لأن له بينه ويداً.

الشرح:

تمامها، ومدعى الثلثين عشره منها، ومدعى الثلث اثنين منهما، ويبقى منها لمدعى الكل ستة بلا منازع لا يدعيها لمدعى الثلثين ولا لمدعى الثلث، ويقرر في العشرة بين مدعى الثلثين ومدعى الكل، ومع نكولهما يقسم بينهما فيحصل لكل منهما خمسة، ويقرر في الاثنين منها بين مدعى الكل ومدعى الثلث، ومع نكولهما يقسم بينهما ويحصل لكل واحد واحد، وصورته:

$$\text{لمدعى الثلث } 1 = 21 \text{ } \acute{e} \text{ لمدعى الثلثين } 5 = 102 \text{ } \acute{e} \text{ لمدعى الكل } 12 = 1 + 5 + 6$$

ثم يقع التنازع والاقراع بين مدعى الكل ومدعى الثلثين ومدعى النصف في الثمانية عشر، التي في يد مدعى الثلث، فيدعى مدعى الكل تمامها، ومدعى الثلثين عشره منها، ومدعى النصف ستة منها، فيبقى اثنان منها لمدعى الكل بلا مزاحم بالمعنى المتقدم، ويقرر بينه وبين مدعى الثلثين في العشرة، حيث يطلب مدعى الثلثين العشرة من كل مدعى الكل و مدعى النصف ومدعى الثلث مياً في أيديهم ليكون له مع ثمانية عشر التي بيده ثلثا العين، ومع نكولهما يقسم بينهما، ثم يقرر بين مدعى الكل ومدعى النصف في الستة التي يطلبها مدعى النصف من كل من الآخرين ليتم له بانضمام ثمانية عشر التي بيده نصف العين، ومع نكولهما يقسم بينهما فيحصل ما صورته:

$$\text{لمدعى النصف } 3 = 2 \dots 6 \text{ لمدعى الثلثين } 5 = 102 \text{ } \acute{e} \text{ لمدعى الكل } 10 = 2 + 5 + 3$$

ثم تعتبر بينه مدعى الثلثين والنصف والثلث في الثمانية عشر التي بيد مدعى

والوجه القضاء بينه الخارج على ما قررناه فيسقط اعتبار بينه كل واحد بالنظر إلى ما يده ويكون ثمرتها فيما يدعيه مما في يد غيره، فيجتمع بين كل ثلاثة على ما في يد الرابع وينتزع لهم ويقضى فيه بالقرعة واليمين ومع الامتناع بالقسمه، فيجمع بين مدعى الكل والنصف والثلث على ما في يد مدعى الثلثين، وذلك ربع اثنين وسبعين وهو ثمانية عشر فمدعى الكل يدعيها أجمع، ومدعى النصف يدعى منهما ستة ومدعى الثلث يدعى اثنين فيكون عشره منها لمدعى الكل لقيام البينه بالجميع الذي يدخل فيه العشره ويبقى ما يدعيه صاحب النصف وهو ستة، يقرع بينه وبين مدعى الكل فيها ويحلف ومع الامتناع يقسم بينهما وما يدعيه صاحب الثلث وهو اثنان يُقرع عليه بين مدعى الكل وبينه فمن خرج اسمه أحلف وأعطى ولو امتنعا، قسم بينهما.

ثم تجتمع دعوى الثلاثه على ما في يد مدعى النصف فصاحب الثلثين يدعى عليه عشره و مدعى الثلث يدعى اثنين ويبقى في يده ستة لا يدعيها إلا مدعى الجميع فيكون له ويقارع الآخرين، ثم يحلف.

وإن امتنعوا أخذ نصف ما ادعاه ثم يجتمع الثلاثه على ما في يد مدعى الثلث وهو ثمانية عشر. فمدعى الثلثين يدعى منه عشره، و مدعى النصف يدعى ستة يبقى اثنان لمدعى الكل، ويقارع على ما أفرد للآخرين.

فإن امتنعوا عن الأيمان، قسم ذلك بين مدعى الكل، وبين كل واحد منهما بما ادعياه ثم يجتمع الثلاثه على ما في يد الكل فمدعى الثلثين يدعى عشره، ومدعى النصف يدعى

الشرح:

الكل، وهي كافيه لمدعى الثلثين، حيث يطلب منها عشره، ولمدعى النصف حيث يطلب منها ستة، ولمدعى الثلث حيث يطلب منها اثنين، فيكون مجموع ما حصل لكل من الأربعة: لمدعى النصف $12 = 6 + 3 + 3$ لمدعى الثلثين $20 = 10 + 5 + 5$ لمدعى الكل $36 = 10 + 12 + 14$ لمدعى الثلث $4 = 2 + 1 + 1$

ص: ٤٠٣

سته و مدعى الثلث يدعى اثنين، فتتخلص يده عما كان فيها فيكمل لمدعى الكل سته و ثلاثون من اصل اثنين وسبعين، ولمدعى الثلثين عشرون ولمدعى النصف إثنا عشر، ولمدعى الثلث أربعة هذا إن امتنع صاحب القرعه من اليمين منازعه.

السابعه: إذا تداعى الزوجان متاع البيت قضى لمن قامت له البيئه [١] ولو لم تكن

الشرح:

[١] إذا اختلف الزوجان في متاع البيت وادعى كل منهما أنه مالكة يقضى به لمن أقام البيئه بأنه ملكه، وإذا لم تكن في البين بينه فلكل منهما يد على نصفه، ويحلف كل منهما على نفى دعوى الآخر، فيحكم بينهما بالمناصفه، كما هو الحال في فرض نكولهما وذكر في المبسوط عدم الفرق بين كونه مّا يختص بالرجال أو النساء أو يستوى فيه الرجال والنساء، وسواء أكان المتاع في الدار المشتركة بينهما أم المختصه ملكيتها بأحدهما، و سواء أكانت الزوجيه باقيه أم زائله، كما إذا اختلفا بعد الطلاق، وكذا فيما كان الاختلاف بين أحدهما و وارث الآخر، أو بين واريثهما، ولكن ذكر في الخلاف أنّ ما يختص بالرجال فهو للرجل، فيحلف فيه للمرأة، وما يكون مختصاً بالنساء فهو للمرأة، فتحلف فيه للرجل، وما يصلح لكل منهما فهو بينهما، بمعنى تقسيمه بينهما بعد حلف كل منهما للآخر أو نكولهما.

أقول: ينبغى فرض المسأله فيما إذا لم يعترف أحدهما أنه تملكه من الآخر، بأن تدعى المرأه التملكك بتملكك زوجها أو بالعكس، وإلا انقلبت الدعوى لما تقدم من عدم الاعتبار باليد مع الاعتراف بأن المال انتقل إليه من خصمه.

وفي صحيحه رفاعه بن موسى النخاس عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: إذا طلق الرجل امرأته فادعت أنّ المتاع لها وادعى الرجل أنّ المتاع له كان له ما للرجال ولها ما للنساء» (١)، هذه على روايه الصدوق قدس سره وأما على روايه الشيخ التي في سندها ضعف

ص: ٤٠٤

بينه فيد كل واحد منهما على نصفه قال في المبسوط يحلف كل منهما لصاحبه ويكون بينهما بالسويه سواء كان مما يخص الرجال أو النساء أو يصلح لهما، و سواء كان الدار لهما أو لأحدهما، و سواء كانت الزوجيه باقيه بينهما او زائله ويستوى في ذلك تنازع الشرح:

إذا طلق الرجل امرأته وفي بيتها متاع فلها ما يكون للنساء وما يكون للرجال والنساء قسّم بينهما» (١).

وفي موثقه يونس بن يعقوب عن أبي عبدالله عليه السلام «في امرأه تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة؟ قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأة وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما ومن استولى على شيء منه فهو له» (٢).

ولا ينبغي التأمل في ظهورهما في كون المتاع الصالح لكل منهما مع كونه بيدهما يقسم بينهما وما يكون في استعمال أحدهما دون الآخر يحكم بكونه لصاحب الاستعمال.

ولكن في مقابلها صححه عبدالرحمان بن الحجاج عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سألتني هل يقضى ابن أبي ليلى بالقضاء ثم يرجع عنه إلى أن قال: ثم سألته عن ذلك فقلت: ما تقول أنت فيه؟ فقال: القول الذي أخبرتني أنك شهدته وإن كان رجوع عنه فقلت: يكون المتاع للمرأة، فقال: رأيت إن أقامت بينه إلى كم كانت تحتاج؟ فقلت: شاهدين، فقال: لو سألت من بين لابتيتها يعني الجبلين ونحن يومئذ بمكة لأخبروك أنّ الجهاز والمتاع يهدى علانيه من بيت المرأة إلى بيت زوجها فهي التي جاءت به وهذا المدعى فإن زعم أنه أحدث فيه شيئاً فليات عليه البيه» (٣)، وربما يستظهر منها أنّ متاع البيت ولو كان صالحاً لاستعمال كل من المرأة والرجل يحكم بأنه للمرأة.

ص: ٤٠٥

١- (١) الوسائل: ١٧، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ٤.

٢- (٢) الوسائل: ١٧، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١: ٥٢٤.

٣- (٣) الوسائل: ١٧، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١: ٥٢٤.

الزوجين والوارث وقال في الخلاف ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للنساء للمرأة، وما يصلح لهما يقسم بينهما، وفي روايه أنه للمرأة لأنها تأتي بالمتاع من أهلها وما ذكره في الخلاف، أشهر في الروايات وأظهر بين الأصحاب.

ولو ادعى أبوالميتة، أنه أعارها بعض ما في يدها من متاع أو غيره [١] كلف البيته كغيره من الأنساب، وفيه روايه بالفرق بين الأب وغيره ضعيفه.

الشرح:

و ربّما يضاف إليها موثقه سماعه «قال: سألته عن رجل يموت ما له من متاع البيت؟ قال: السيف والسلاح والرحل و ثياب جلده». (١).

ولا يبعد أن يقال: إن ظاهر هذه المتاع الذى يحكم بأنه ملك الرجل خاصه، فلا ينافى الحكم بالشركه فى غيرها. وأنّ صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج ناظره إلى ما هو المتعارف فى بعض البلاد أنّ المرأة تأتي متاع البيت من بيت أبيها بعنوان جهازها، وإذا حصلت التفرقه بينها وبين زوجها فى زمان قصير من النكاح تدعى أنّ كل المتاع فى البيت جهازى ولم يحدث للزوج متاع آخر، ففى مثل ذلك يقدم قول المرأة، وعلى تقدير المعارضه فالحكم بالتقسيم فيما يصلح لاستعمالهما على طبق القاعده فيؤخذ بها.

[١] لو ادعى أبو الزوجه المتوفاه أنّ بعض ما كان بيد بنته من متاع البيت أو غيره كان عاربه عندها، وأنكر ذلك أو سائر ورثتها، فالمنسوب إلى المشهور أنّ دعوى أبيها كدعوى غير الأب من الأنساب أو الأجانِب فتحتاج فى ثبوتها إلى البيئه، وإلا فيحلف الزوج أو سائر الورثه على نفيها أو لا تسمع أصلاً على ما تقدم. وهذا فيما إذا لم يعترف الزوج أو سائر الورثه بأنّ العين كانت فى السابق ملك المدعى وإنّ الزوجه المتوفاه قد تملكته منه، وإلا انقلبت الدعوى على ما تقدم أيضاً. ولكن ظاهر معتبره جعفر بن عيسى سماع دعوى الأب بلا حاجه إلى البيئه قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك،

ص: ٤٠٦

الشرح:

المرأه تموت فيدعى أبوها أنه كان أعارها بعض ما كان عندها من المتاع والخدم أتقبل دعواه بلايينه أم لا تقبل دعواه إلا بينه؟ فكتب عليه السلام: تجوز بلايينه، وقال كتبت إلى أبي الحسن يعنى على بن محمد عليه السلام: جعلت فداك إن ادعى الزوج المرأه الميته أو أبو زوجها أو أم زوجها في متاعها أو في خدمتها مثل الذى ادعى أبوها من عاريه بعض المتاع والخدم أيكون بمنزله الأب في الدعوى؟ فكتب عليه السلام لا. (١).

ولا وجه لرفع اليد عن ظهورها حتى بالاضافه إلى ما لم يعلم جريان يد أبيها عليه لتمام سندها؛ فإن جعفر بن عيسى أخو محمد بن عيسى اليقطينى فيه مدح ومعروف، والراوى عنه محمد بن إسماعيل البرمكى ثقه مستقيم كما عن النجاشى، ولا يعارضه المنقول عن ابن الغضائرى لعدم استناد الكتاب المعروف إلى ابن الغضائرى، والراوى عن محمد بن اسماعيل محمد بن جعفر بن عون الأسدى الثقه مع أن للصدوق قدس سره إلى جعفر بن عيسى طريقاً آخر فإنه رواها بسنده عن محمد بن عيسى بن عبيد عن أخيه جعفر بن عيسى.

ص: ٤٠٧

المقصد الثالث

في دعوى الموارث

وفيه مسائل:

الاولى: لو مات مسلم عن ابنين فتصادقا على تقدم اسلام أحدهما على موت الأب، وادعى الآخر مثله فانكر اخوه، فالقول قول المتفق على تقدم اسلامه، مع يمينه [١] أنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه وكذا لو كانا مملوكين فأعتقا، واتفقا على تقدم حريه احدهما واختلفا في الآخر.

الشرح:

[١] لو اتفق اخوان مثلاً على أن أحدهما المعين قد أسلم قبل موت والدهما المورث، واختلفا في إسلام الأخ الاخر، فقال ذلك الأخ: أسلمت مثلك قبل موت والدنا، وقال الأخ المتفق على إسلامه قبل موت المورث: أنك اسلمت بعد موته، فذكر الماتن قدس سره أنه يحلف الأخ المتفق على تقدم إسلامه للأخ الآخر ويرث التركة كما هو مقتضى الاستصحاب في كفر الأخ إلى زمان موت والدهما، وما ورد أن الكافر لا يرث المسلم ظاهره أن كفر الوارث عند موت المورث المسلم يمنع الارث، وكذا ما ورد من أن إسلام المسلم الوارث يمنع غيره عن الإرث.

لا- يقال: يجرى في المقام الاستصحاب في ناحيه حياه المورث إلى زمان اسلام الأخ الثاني، فيتعارض الاستصحابان على ماهو المقرّر في تعارضهما في مجهولى التاريخ.

ص: ٤٠٩

الشرح:

فإنه يقال: لا مجال للاستصحاب المزبور لأن استصحاب حياه الأب إلى زمان إسلام الأخ الثاني لا يثبت أنه مات زمان إسلامه مع أن التعارض بين الاستصحابين كافٍ في عدم ثبوت موضوع الارث، وهو موت المورث عن ولدين مسلمين.

هذا كله فيما إذا كان زمان كل من اسلام الولد الثاني وموت الأب مجهولاً أمّا إذا علم زمان اسلام الولد الثاني كما هو المفروض في المسألة الثانية كما إذا اتفقا على أن أحد الأخوين قد أسلم في غره شعبان والثاني أسلم في غره رمضان، واختلفا في زمان موت الأب، فقال الأخ الأول أنه قد مات قبل غره رمضان، وقال الثاني أنه مات بعد دخول رمضان، فذكر الماتن في الفرض أن التركة بينهما، وكأنه لاستصحاب بقاء حيوة الأب إلى ما بعد غره رمضان.

أقول: يجرى في الفرض أيضاً الاستصحاب في ناحيه عدم اسلام الأخ الثاني زمان موت الأب، فإن عدم الشك في اسلام الأخ الثاني بالاضافه إلى أجزاء نفس الزمان، وإسلامه في أجزاء الزمان أو عدمه ليس بموضوع الحكم، بل الموضوع لإرثه إسلامه زمان موت والده بأن يكون في ذلك الزمان مسلماً، وبما أنه يحتمل بقاؤه على كفره في ذلك الزمان فيستصحب كما أوضحنا ذلك في بحث الأصول عند الشك في المتقدم والمتأخر من الحادثين، ولا يعارض بالاستصحاب في حياه المورث إلى غره رمضان؛ فإنه لا أثر لعدم موته إلى ذلك الزمان، فإن الموضوع للارث كونه مسلماً عند موته.

والحاصل: مقتضى الاستصحاب في عدم اسلام الولد الثاني إلى زمان موت الأب كون تمام التركة للولد الأول، فيحلف للثاني مطلقاً، أو فيما ادعى عليه العلم والله سبحانه هو العالم.

الثانية: لو اتفقا أنّ أحدهما اسلم في شعبان والآخر في غره رمضان ثم قال المتقدم مات الأب قبل شهر رمضان وقال المتأخر مات بعد دخول شهر رمضان كان الأصل بقاء الحياه والتركة بينهما نصفين.

الثالثة: دار في يد انسان، ادعى آخر أنّها له ولأخيه الغائب إرثاً عن ابئهما واقام بينه فإن كانت كامله، وشهدت أنّه لا وارث سواهما سلّم إليه النصف [١] وكان الباقي في يد من كانت الدار في يده وفي الخلاف يجعل في يد امين حتى يعود ولا يلزم القابض للنصف الشرح:

[١] لو كان في يد شخص مال دار أو غيرها وادعى أحد أنّ المال له ولأخيه الغائب ورثاه عن أبيهما فلا يجوز أن يدفع النصف إليه أن يثبت ذلك بالبينه الكامله، ومعها يقسمه الحاكم بينه وبين الغائب، ويدفع نصفه إلى المدعى ويبقى نصفه الآخر عند أمين، سواء أكان الأمين من في يده المال أو غيره، فإنّه ولي الغائب يلاحظ صلاحه وعدم فساد ماله.

والمراد من البينه الكامله أن يشهد بانحصار الوارث لأبيهما المالك لذلك المال على الأخوين، وإذا لم يثبت انحصار الوارث بهما واحتمل وارث آخر فعلى الحاكم البحث عنه، بحيث لو كان يظهر عاده، ثم يدفع النصف إلى المدعى الحاضر مع أخذ الضامن بما أخذه المدعى، بحيث لو ظهر وارث آخر لكانت عليه حصته.

ولو كان للمدعى فرض أعطى فرضه كاملاً مع اليقين بعدم وارث آخر، أو مع البينه الكامله بذلك بأن يعطى للزوج النصف لعدم الولد لهما وللزوجه تمام الربع مع عدم الولد له، وإذا لم يحرز ذلك بأن احتمل الوارث الآخر يعطى النصيب الأدنى، فيعطى للزوج الربع مع احتمال الولد لها وللزوجه ربع الثمن مع احتمال الولد و تعدد الزوجات له، وبعد ظهور عدم الوارث الآخر يُعطى بقيه النصيب، ولو احتمل وجود الحاجب، حيث إنّه محجوب بالوارث من الطبقة الأولى، فإن أحرز بالبينه الكامله عدم

اقامه ضمين بما قبض ونعنى بالكامله ذات المعرفه المتقادمه والخبره الباطنه. ولو لم تكن البيئه كامله، وشهدت أنها لا تعلم وارثاً غيرهما، أرجىء التسليم حيث يبحث الحاكم عن الوارث مستقصياً، بحيث لو كان وارث لظهر، وحينئذ يسلم الى الحاضر نصيبه ويضمنه استظهاراً. ولو كان ذا فرض. وأعطى مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه تاماً. وعلى التقدير الشرح:

الحاجب، أعطى المال بلا تضمين فإنه مقتضى اعتبارها، وإن لم تشهد إلا بكونه أختاً واحتمل الحاجب فلا يدفع المال إليه إلا بعد الفحص وعدم ظهور الحاجب، ومعه يدفع المال إليه مع التضمين.

ويستدل على ما ذكر بأن جواز دفع المال إليه مع احتمال وارث آخر بلا فحص اضرار فيندفع بقاعده حرمة الاضرار، ولأن الرجوع إلى أصله عدم وارث آخر أو عدم الحاجب خلاف الاحتياط في أموال الناس، مع أن أصله عدم وارث آخر لا تثبت انحصار الوارث على المدعى.

أقول: دفع المال كما يحتمل كونه اضراراً للوارث الآخر كذلك يحتمل أن يكون امساكه اضراراً للمدعى، ومن ذلك يظهر أن الإمساك عن المدعى لا يكون من الاحتياط مطلقاً، وعنوان الانحصار لم يؤخذ في ناحيه ارث أولوالأرحام، بل الموضوع له ترك الميت ولداً أو البنت أو الأخ أو أخوين ونحو ذلك مما يمكن احرازه بضم الوجدان إلى الأصل.

ولكن هذا الحكم ليس بقضاء، بل هو نظير دفع المال إلى المدعى بلا معارض، وجواز الدفع في بعض الفروض وإن كان مقتضى الأصل إلا أن في بعضها الآخر غير جائز، فإن مقتضى الأصل فيه وجود الوارث أو الحاجب كموارد استصحاب بقاء الحياه في الأخ الثالث أو استصحاب بقاء الأبوين أو أحدهما، فإنه يمنع عن ارث الأخ كما لا يخفى، فلا يبعد أن يجوز الدفع في غير المقدار المتيقن أيضاً فيما كان مقتضى

الثانى يعطيه اليقين إن لو كان وارث، فيعطى الزوج الربع، والزوجه ربع الثمن معجلاً من غير تضمين، وبعد البحث يتم الحصه مع التضمين. ولو كان الوارث ممن يحجبه غيره كالأخ، فإن أقام بينه الكامله أعطى المال وان أقام بينه غير كامله، أعطى بعد البحث والاستظهار بالتضمين.

الشرح:

الأصل استحقاقه، أمّا لو كان مقتضاه عدم الاستحقاق فيجرى فى المقدار الزائد لزوم الفحص، وكذا فيأصل الدفع فيما كان مقتضى الأصل وجود الحاجب إلى أن يحرز عدمه بوجه معتبر.

ثم لا يخفى أنّ هذا كله فيما إذا كان المال بيد الآخر عيناً حيث لا يسمع عند الحاكم اعتراف ذى اليد بأنّها بتمامها ملك للمدعى لكونه الوارث الوحيد أو أنه له ولأخيه لانحصار الوارث عليهما والوجه فى عدم السماع أنّ اعترافه فى الحقيقه هو أنّ العين تركه الميت فيجب ايصالها إلى الوارث واقعاً أو إلى جميع الورثه، فقوله أنّ المدعى هو الوارث الوحيد أو انحصار الوارث عليه وعلى أخيه لا يعتبر اعترافاً على نفسه.

ولا يقاس بما إذا كانت عين بيد شخص وادعاها شخص آخر بأنّها ملكه واعترف ذو اليد بأنّها ملكه، فإنّه يدفع العين إلى مدعيها المقرّله، حيث يعد قول ذى اليد بأنّها ملكه اعترافاً بأنّها ليست ملك نفسه، بل عليه دفعها إلى المدعى المزبور بخلاف الاعتراف للمدعى بعنوان أنه الوارث لفلان، فإنّ الدفع إليه لا يحسب اعترافاً على النفس مطلقاً، كما هو مورد احتمال الحاكم وجود الحاجب أو بالاضافه إلى تمام العين فيما كان المحتمل عنده وارث آخر مع المدعى، ولو فيما ذكرنا فى مورد اقتضاء الاستصحاب وجوده.

وأمّا إذا كان المال ديناً على العهده فيسمع اعترافه بأنّ المدعى هو الوارث، حيث إنّه اعتراف على نفسه، فإنّه لو لم يكن هو الوارث أو لم ينحصر عليه لما تعين الدين

ص: ٤١٣

الرابعة: إذا ماتت امرأه و ابنها [١] فقال اخوها مات الولد أولاً ثم المرأة فالميراث لى وللزوج نصفان وقال الزوج بل ماتت المرأة ثم الولد فالمال لى، قضى لمن تشهد له البيه

الشرح:

بدفع المال عليه، بل يبقى الدين الذى من تركه الميت على عهده لتوقف تعيين الدين فى الخارج على قبض المستحق أو وكيله أو وليه.

[١] إذا ماتت امرأه و ابنها ولم يعلم الحاكم السابق بالموت مع احتمال اقتران موتها أو مع عدم احتمال فقالت أخوها مات الولد قبل أمها فالمال بينه و بين الزوج بالمناصفه، وقال الزوج ماتت المرأة أولاً فالمال كله له ورثه من الابن، فإن كانت لأحدهما بينه بما ادّعا قضى على طبقها.

وبيان ذلك خمسة أسداس من مال الولد لأبيه يعنى الزوج بلاخلاف ونزاع، لأن غايه دعوى أخ المرأة أن تلت مال الولد لموته أولاً انتقل إلى أمه، وذلك الثلث بموت الأم ثانياً يكون بينه وبين الأب، فيجتمع للأب خمسة أسداس من مال الولد أربعه بموت الولد وسدس بموت الأم بعده، كما أن المال الأصلي للمرأة يكون بينه وبين أب الولد بالمناصفه.

وبالجمله: فالأخ للمرأة يدعى نصف المال الأصلي للأم وسدساً من مال الولد، ولكن دعوى الأب أن كل مال الولد ومال الزوجه له لموت الزوجه أولاً.

قال المصنّف قدس سره أنه مع عدم البيه لواحد منهما يحكم بأن جميع مال الولد لأبيه، ولعل مراده بعد حلف الأب لأخ المرأة على عدم موت الزوجه بعد موت الابن، أو على عدم علمه بذلك، كما أنه يحكم بأن تركه المرأة يعنى جميع ما لها الأصلي بين الأب وأخ المرأة بالمناصفه، ولعله أيضاً بعد حلف الأخ للأب بأنها لم تمت قبل موت ولدها أو لا يعلم موتها كذلك.

وبالجمله: اختلاف الأب مع أخ الأم فى سدس مال الولد ونصف مال الأم.

ومع عدمها لا يقضى بأحدى الدعويين، لأنه لا ميراث إلا مع تحقق حياه الوارث فلا ترث الأم من الولد، ولا الابن من امه ويكون تركه الإبن لابيّه، وتركه الزوجه بين الاخ والزوج.

الشرح:

وعللّ قدس سره ما ذكره بأنّه لا ميراث إلا مع تحقق الحياه من الوارث، ولعلّ مرجعه إلى أنّ مقتضى الاستصحاب فى ناحيه حياه الولد عند موت أمّه انتقال تمام تركتها إلى أبيه، كما أنّ مقتضى الاستصحاب فى ناحيه حياه الأم زمان موت الولد كون تركتها بين زوجها وأخيها بالمناصفه، والحلف الذي تقدم احتمالاه مبنى على هذين الاستصحابين.

ولكن شيئاً منهما غير تام، لأنّ الاستصحاب فى حياه الولد زمان موت الأم لا يثبت اقتران موتها يعنى تحقق الموتين فى زمان واحد لينتقل جميع المال الأصلي للابن إلى أبيه ويكون المال الأصلي لأُمّه بين زوجها وأخيها، بل قد لا يحتمل الاقتران كما ذكرنا، ولذا يقال فى المقام بأنّ دعوى الأب وأخ المرأه بالاضافه إلى سدس المال الأصلي للطفل من دعوى الاملاك، وكذا دعواهما بالاضافه إلى النصف من المال الأصلي للمرأة، فيجرى عليهما ما تقدم فى دعوى الاملاك من أنّه إذا كان لأحدهما بينه أو حلف أحدهما فالمال له، ومع قيام البينه لكل منهما أو عدم اقامتها أصلاً يحلفان و يقتسمان ومع نكولهما يقرع بينهما.

أقول: إذا أقام أحدهما بينه على مدّعه فلا بأس بالحكم بثبوتها، لإطلاق اعتبار البينه، وإن تقدم الاشكال فى كون الحكم قضاءً فيما لم يكن فى البين المدعى عليه، وكذا لا بأس بالحكم بالتنصيف مع اقامه كل منهما البينه على مدّعه مع حلفهما أو مع نكولهما أخذاً بما ورد فى معتبره اسحاق بن عمّار وما فى ذيل معتبره غياث بن إبراهيم المتقدمين.

وإنما يقع الاشكال فى الحكم بالتنصيف مع عدم اقامتهما البينه بحلفهما، حيث

الخامسة: لو قال: هذه الأمه ميراث من أبي [١] وقالت الزوجه هذه أصدقنى اياها أبوك، ثم أقام كلّ منهما بينه يقضى بيّنه المرأه، لأنها تشهد بما يمكن خفاؤه على الاخرى.

الشرح:

يعتبر الحلف من المدعى عليه إذا لم يكن للمدعى بينه، وفي مثل المقام كل من المتنازعين مدّع من غير أن يكون فى البين المدعى عليه، واطلاق المدعى لكل منهما بالاضافه إلى المال، حيث إنّه المدعى به، نظير ما إذا لم يكن المال بيد أحد وادّعاه شخص بلا معارض أو ادّعاه بالبينه.

لا يقال: قد ورد فى صحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «فى كتاب على أنّ نبياً من الأنبياء شكى إلى ربّه فقال: يا ربّ كيف أقضى فيما لم أر و لم أشهد؟ قال: فأوحى الله إليه احكم بينهم بكتابى وأضفهم إلى اسمى فحلّفهم به و قال: هذا لمن لم تقم له بينه» (١)، وظاهرها قيام الحلف مقام البينه إذا لم تكن.

فإنّه يقال ظاهرها الحلف للمدعى إذا لم تكن له بينه، لا- أنّه يحلف المدعى إذا لم يجد بينه، وقد ورد فى سائر الروايات أنّ الحلف للمدعى يقع من المدعى عليه والمفروض عدم المدعى عليه فى مثل المقام.

اللهمّ إلا- أن يقال يكفى فى صدق المدعى عليه المنازع فيما لو اعترف بدعوى المدعى ثبتت دعواه ويلزم على ذلك سقوط الدعوى من الجانبين فيما إذا نكلا عن اليمين إلا أنّ للعلم اجمالاً بكون سدس مال الابن لأحدهما وكذا نصف مال المرأه فيقرع فيهما بينهما لإخراج المحق أخذاً بما ورد فى القرعه لإخراج المحق.

[١] إذا مات الأب وقال ابنه هذه الجاربه ميراث أبى، وقالت زوجته قد جعل أبوك الجاربه صداقاً فى نكاحى فهى لى، فإن أقامت بينه بدعواها ثبتت، وإلاّ يحلف الابن على البنت أو على نفى العلم بدعواه، وإن أقام كل منهما بينه تقدم بينه الزوجه

ص: ٤١٦

الشرح:

لا لأنها بينه الخارج، كما عليه المشهور، بل لأنَّ البينه المزبوره تشهد بما يمكن خفاءه على الأخرى، بلافرق بين كون الجاربه بيدهما أو بيد شخص يعترف بأنَّها كانت للمتوفى، وكأنَّ مراده قدس سره أنَّ ما ورد في تعارض البينتين لا يعم المقام، حيث لا تعارض في الواقع بين البينتين، حيث تشهد احدهما بالإصداق والعلم به، والأخرى تشهد بمقتضى بقاعده اليد التي كانت للمتوفى.

أقول: هذه مثل الدار التي قال الوارث لا أعلم إلاَّ أنَّها كانت بيد المورث، ويدعى آخر أنَّ الدار له، حيث ذكرنا تقديم ما هو الأكثر في العدد من شهودهما مع الحلف.

في الاختلاف في الولد

إذا وطىء اثنان امرأة وطئاً يلحق به النسب [١] إمّا بأن تكون زوجته لأحدهما ومشتبهه على الآخر أو مشتبهه عليهما، أو يعقد كلّ واحد منهما عليها عقداً فاسداً، ثم تأتي بولد لسته أشهر فصاعداً ما لم يتجاوز أقصى الحمل، فحينئذ يقرع بينهما ويلحق بمن تعينه الشرح:

[١] لا ينبغي التأمل، بل لا يعرف الخلاف في أنه إذا تزوجت الحرّة أو الأمه بعد الطلاق الأوّل وأتت بولد لسته أشهر من تزوجها الثاني يلحق الولد بالزوج الثاني حتى فيما لو احتمل لحوق الولد بالأوّل وفي صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «إذا كان للرجل منكم الجارية يطأها فيعتقها فاعتدّت ونكحت فإن وضعت لخمسه أشهر فإنه من مولاها الذي أعتقها وإن وضعت بعد ما تزوّجت لسته أشهر فإنه لزوجها الأخير» (١).

ومن ذلك يظهر أنّها لو وضعت بأقلّ من ستة أشهر من تزوّجها يلحق الولد بالأوّل، ويحكم بحرمتها أبداً للثاني، لأنّها لو وضعها في أقلّ من ستة أشهر محكوم به بالحمل من الأوّل، فلا تنقضى عدتها إلا بوضع الولد، فالنكاح الثاني وقع أيام عدتها، وبما أنّ الثاني دخل بها فتكون محرّمة عليه أبداً.

وإذا وطأ المرأة اثنان أحدهما زوجها أو غيره شبهه والآخر بالزنا يلحق الولد

القرعه، سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين أو عبيدين أو حرّين، أو مختلفين في الإسلام والكفر والحريه والرقّ أو أباً و ابنه هذا إذا لم يكن لأحدهما بينه.

الشرح:

بالزوج أو بالواطئ ء شبهه، ولا ينتفى عن الزوج إلاّ باللعان، ، كما تشهد بذلك عدّه من الروايات منها موثقه سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن رجلين وقعا على جاريه في طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذى عنده لقول رسول الله صلى الله عليه وآله الولد للفراش وللعاهر الحجر»^(١) فإنّ مقتضى الاستشهاد بقول رسول الله صلى الله عليه وآله عدم الفرق في الحكمه بين الفجور بالجاريه والزوجه، وفي موثقه الأخرى عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: قلت له: الرجل يتزوج المرأه ليست بمأمونه تدعى الحمل، قال: ليصبر لقول رسول الله صلى الله عليه وآله الولد للفراش وللعاهر الحجر»^(٢)، إلى غير ذلك.

وأما إذا كان كل من الوطئين أو الأكثر بالفراش فالمشهور أنّه إذا كان في طهرين يلحق الولد بالأخير، أمّا إذا كانا في طهر واحد يقرع بينهم، وفي روايه زراره «قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل إذا طلق زوجته ثم نكحت وقد اعتدّت ووضع لخمسه أشهر فهو للأوّل وإن كان ولد أنقص من سته أشهر فلائمه ولأبيه الأوّل وإن ولدت لسته أشهر فهو للأخير»^(٣) وفي خبر أبي العباس: «إذا جاءت بولد لسته أشهر فهو للأخير وإن كان لأقل من سته أشهر فهو للأوّل»^(٤) إلى غير ذلك ممّا يكون مفادها لحوق الولد بالأخير.

وفي صحيحه معاويه بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا وطئ رجلان أو ثلاثه جاريه في طهر واحد فولدت فادّعوه جميعاً أقرع الوالى بينهم، فمن قرع كان الولد

ص: ٤٢٠

١- (١) الوسائل: ١٤، الباب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ٥٦٨:٤.

ويلحق النسب بالفراش المنفرد والدعوى المنفردة، وبالفراش المشترك والدعوى المشتركة ويقضى فيه بالبينه، ومع عدمها بالقرعه.

الشرح:

ولده»(١)، وفي صحيحه الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام: «قال: إذا وقع الحر والعبد والمشرك بامرأه في طهر واحد فادّعوا الولد أقرع بينهم فكان الولد للذي يخرج سهمه»(٢)، إلى غير ذلك ممّا يدلّ على أنّ إلحاق الولد في الفرض يكون بالقرعه، وإن لم يدعوه بأن سكتوا كصحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إذا وقع المسلم واليهودي والنصراني على المرأه في طهر واحد أقرع بينهم فكان الولد للذي تصيبه القرعه»(٣).

ويستفاد من التقييد بطهر واحد أنه إذا وقع الوطآن في طهرين يلحق بالأخير، ولعله لبراءه الرحم بالحيضه من الماء الأوّل.

والحاصل: أنّ الولد يلحق بالزوج والفراش مع انفراد كل منهما وكذا يلحق بالمدعى مع صغر الطفل وعدم المعارض ومع الفراش المشترك يقرع سواء ادعى أم سكتا أو سكت أحدهما، وتام الكلام في باب بحث لحوق الولد في أحكام الأولاد.

إلى هنا انتهى ما قصدنا إيراده من مباحث القضاء

وقد وقع الفراغ بيد مؤلفه

جواد بن علي التبريزي

غفر لهما

في شهر رجب المرجب سنة خمس و أربعمائه وألف من الهجره المباركه.

ولله الحمد أوّلاً وآخراً

ص: ٤٢١

١- (١) المصدر نفسه: الباب ٥٧ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ٥٦٦: ١.

٢- (٢) الوسائل: ١٤، الباب ٥٧ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ١: ٥٦٦.

٣- (٣) المصدر نفسه: ١٧، الباب ١٠ ميراث ولد الملائعنه، الحديث ٥٧١: ١.

كتاب الشهادات

ص: ٤٢٣

اشتراط البلوغ في الشاهد

بسم الله الرحمن الرحيم

والنظر في أطراف خمسه:

الأول:

في صفات الشهود

ويشترط فيه ستة أوصاف:

الأول: البلوغ [١].

فلا تقبل شهاده الصبى، ما لم يصير مكلفاً، وقيل: تقبل مطلقاً إذا بلغ عشراً، وهو متروك.

الشرح:

[١] الشهاده قسم من الخبر كما يأتى، ويقع الكلام فى كتاب الشهادات فى أطراف خمسه: الأول: فى الصفات المعتمره فى الشاهد،

وهى ستة:

الأول: البلوغ، فلا تسمع شهاده الصبى غير المميز، بلاخلاف معروف أو منقول، وكذا المميز إلى أن يبلغ على المشهور قديماً و حديثاً، إلا فى القتل، وقيل فى الجراح خاصه، وقيل فيهما، وقيل كما يظهر من عباره الماتن قدس سره وغيره: تسمع شهاده من بلغ

ص: ٤٢٥

الشرح:

عشرًا مطلقاً، من غير فرق بين القتل والجرح وبين غيرهما، وربّما ينسب ذلك إلى الشيخ قدس سره في النهايه، ولكنّه وهم، وقد صرّح بعض بعدم عرفان القائل به.

ويشهد لما عليه المشهور صحيحه محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «في الصبي يشهد على الشهاده، فقال: إنّ عقله حين يدرك أنّه حق جازت شهادته». (١)

ومعتبره السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: إنّ شهادة الصبيان إذا أشهدوهم وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها». (٢)

حيث إنّ تعليق سماع شهادتهم بما إذا عقلوها حين بلوغهم أو كانت شهادتهم عند كبرهم، مقتضاه عدم سماع شهادتهم قبل بلوغهم.

وفي صحيحه محمد بن حمران قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شهادة الصبي، قال: فقال: لا، إلا في القتل يؤخذ بأوّل كلامه ولا يؤخذ بالثاني» (٣)، ونحوها صحيحه جميل قال: «قلت: لأبي عبدالله عليه السلام: تجوز شهادة الصبيان؟ قال: نعم في القتل يؤخذ بأوّل كلامه ولا يؤخذ بالثاني منه». (٤)

وربّما يقال بتعارضهما مع موثقه طلحه بن زيد عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن آبائه، عن علي عليه السلام قال: «شهادة الصبيان جائزه بينهم ما لم يتفرّقوا أو يرجعوا إلى أهلهم» (٥)، وربّما أنّها أخصّ ممّا تقدم، حيث إنّ عدم السماع فيها مطلق فيقيد بما في الموثقه من شهادتهم بعد تفرّقهم أو رجوعهم إلى أهلهم.

ص: ٤٢٦

واختلفت عبارته الأصحاب في قبول شهادتهم في الجراح والقتل، فروى جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «تقبل شهادتهم في القتل ويؤخذ بأول كلامهم»، ومثله روى محمد بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام.

الشرح:

ولكن لا يخفى أنّ ظاهر الموثّقة تقييد السماع في مورد سماع شهادتهم، يعنى يعتبر شهادته الصبيان في القتل أو الجرح فيما إذا شهدوا به أن تقع بين جمعهم قبل أن يتفرقوا أو يرجعوا إلى أهلهم، فانه بعد ذلك لا تسمع شهادتهم، ولعل السماع في تلك الصورة لافاده شهادتهم العلم بالواقعه نوعاً، ويمكن أن يكون المراد شهادته بعضهم على بعضهم الآخر قبل تفرقهم و رجوعهم إلى أهلهم، ولولم يكن ظاهرها ذلك، فيحمل عليه، جمعاً بينها وبين ما تقدم.

ولو اغمض عن ذلك ايضاً، فالنسبه بينها وبين مثل صحيحه جميل، العموم من وجه، لدلاله المستثنى منه في الصحيحه على عدم اعتبار شهادته الصبى في غير القتل عند تفرقهم، ولا ينافيها الموثقه، ودلاله الموثقه على اعتبار شهادتهم في القتل قبل تفرقهم، و هذا لا ينافيه المستثنى منه في الصحيحه، ويجتمعان في شهادتهم في غير القتل قبل تفرقهم، فالموثقه تثبت سماعها والصحيحه تنفى سماعها، وبعد تساقطهما يرجع إلى الاطلاق في عدم سماع شهادته الصبى حتى يدرك.

وأما صحيحه أبي أيوب الخزاز قال: «سألت اسماعيل بن جعفر متى تجوز شهادته الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنين، قلت: ويجوز أمره؟ قال: فقال: إنّ رسول الله صلى الله عليه و آله دخل بعائشه وهي بنت عشر سنين وليس يدخل بالجاريه حتى تكون امرأه، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره و جازت شهادته».(1)

ص: ٤٢٧

وقال الشيخ فى النهايه: «تقبل شهادتهم فى الجراح والقصاص»، وقال فى الخلاف:

الشرح:

فلا يمكن الاعتماد عليها لعدم الإسناد إلى المعصوم عليه السلام ، ولعل القول بسماع شهادتهم إذا بلغوا عشر سنين مستند إلى هذه الروايه التى تتضمن القياس الباطل.

وأما موثقه عبيد بن زراره، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهاده الصبى و المملوك، قال: على قدرها يوم اشهد تجوز فى الأمر الدون ولا تجوز فى الأمر الكبير»^(١)، فلا يمكن الاستناد عليها أيضاً، لتضمنها عدم جواز شهاده المملوك، مع ما يأتى من جواز شهاده المملوك كالحرّ، والتفصيل الوارد فيه لم يعهد العمل به من أحد من الأصحاب، مع عدم الانضباط فى الأمر الدون والأمر الكبير.

والمتخصّيل: المتبع فى المقام ما دلّ على عدم سماع شهادتهم حال صغرهم، ويستثنى من ذلك شهادتهم فى القتل ابتداء كلامهم، فلا يسمع شهادتهم ثانياً على خلاف الابتداء، وقد صرح بذلك جمع من الأصحاب، وبعضهم الحق شهادتهم فى الجرح بالقتل بالأولويه، بل ظاهر الماتن والدروس انحصار سماع شهادتهم على الجرح.

ولكن لا يخفى أنّ مقتضى الأولويه على تقديرها الحاق الشهاده بكل أمر وهذا يخالف الحصر الوارد فى صحيحته جميل و محمّد بن حمران المتقدمين، ولم يرد فى شىء من الروايات السماع فى الجرح، وعليه فالأظهر الاقتصار بالقتل فلا يتعدّى إلى الجرح فضلاً عن غيره، وذلك لأنّ السماع فى القتل فيه نوع تحفظ على الدماء.

والعجب من مثل الماتن حيث ترك العمل بصحيحته جميل ومحمد بن

ص: ٤٢٨

«تقبل شهادتهم في الجراح ما لم يتفرقوا إذا اجتمعوا على مباح»، والتهجم على الدماء، بخبر الواحد خطر، فالأولى الاقتصار على القبول في الجراح بالشروط الثلاثة: بلوغ العشر، وبقاء الاجتماع، إذا كان على مباح، تمسكاً بموضع الوفاق.

الشرح:

حمران، ومع ذلك التزام بجواز السماع في الجرح، وقد تبين أن السماع في الجرح مبني على السماع في القتل بالعمل بهما. و ما ذكر من اشتراط بلوغهم فقد تقدم الحال فيه، وكذا ما ذكره بعضهم من اشتراط اجتماعهم على المباح، وقد سبقهم على ذلك الاشتراط الشيخ قدس سره في النهايه، ولا يخفى ما فيه أيضاً بعد كون الصبي مرفوع القلم.

ثم إن في شمول الاستثناء للصبي تأملاً والأصل عدم اعتبار شهادتها، ولا يخفى أيضاً أن مورد الكلام في المقام سماع شهاده الصبي عند آدائها، وأما تحمّل الشهاده عند الصبا وادائها بعد بلوغها فلا بأس به، كما هو ظاهر صحيحه محمد بن مسلم ومعتبره السكوني المتقدمين، ولكن تحمّله لا يفيد فيما إذا كان شرطاً كما في الطلاق، ومما ذكر يظهر التمسك في الحكم في المقام بقوله سبحانه: «وَأَشْتَشْهِدُوا شَاهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ» (١).

ص: ٤٢٩

١- (١) البقره: ٢٨٢.

الثاني: كمال العقل [١].

فلا تقبل شهادة المجنون اجماعاً، أمّا من يناله الجنون أدواراً فلا بأس بشهادته حال إفاقته، لكن بعد استظهار الحاكم بما يتيقن معه حضور ذهنه واستكمال فطنته.

وكذا من يعرض له السهو غالباً، فربّما سمع الشيء ونسى بعضه، فيكون ذلك مغتبراً لفائده اللفظ و ناقلاً لمعناه، فحينئذ يجب الاستظهار عليه حتى يستثبت ما يشهد به.

الشرح:

[١] لا ينبغي التأمل في اعتبار العقل في الشاهد، حيث لا اعتبار لأقوال المجنون في غير مقام الشهادة فضلاً عن مقامها، أضف إلى ذلك اعتبار العدالة في الشاهد، والمجنون لا يوصف بها، وقد صرح بعضهم اعتبار العقل عند التحمّل أيضاً، واعتباره فيما كان التحمّل شرطاً كما في الطلاق صحيح وفي غيره لا يخلو عن الوجه.

ومما ذكر يظهر أنّه لا بأس بشهادة المجنون حال إفاقته حيث إنّه يدخل حالها مع اجتماع سائر الشرائط في شهادة رجل عدل.

و ذكر الماتن قدس سره أنّه لا تسمع شهادة من يغلب عليه السهو، فإنّ الشخص مع عدالته ربّما ينسى بعض الشيء، وإذا كان أمراً غالبياً لعدال فلا اعتبار بشهادته كما لا اعتبار باخباره عند العقلاء والمشرعة، إلا إذا حصل وثوق بعدم سهوه، ولو لكون المخبر به أو المشهود به مما لا يسهى فيه.

وبالجمله: ما ورد في اعتبار البيّنه وخبر العدل ينصرف عن أخبار من يغلب عليه السهو، وكذا المغفل الذي في جبلته البله، لعدم تفتّنه لمزايا الأمور، ولا يؤمن من التزوير عليه.

ويمكن استظهار الاعتبار مع الاغماض عمّا ذكر من مثل صحيحه عبد الله بن

و كذا المغفل الذى فى جبلته البله، فرّبما استغلط لعدم تفطنه لمزايا الأمور، والأولى الإعراض عن شهادته، ما لم يكن الأمر الجلى، الذى يتحقق الحاكم استثبات الشاهد له وأنه لا يسهو فى مثله.

الشرح:

سنان قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام: ما يردّ من الشهود؟ فقال: الضنين والمتهم، قال: قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلك يدخل فى الظنين»^(١)، حيث لا يبعد شمول المتهم لمن كان اتهامه بكثرة نسيانه أو كونه أبله لا يلتفت إلى خصوصيه الواقعه حتى مع حسّه بها.

ص: ٤٣١

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٧٤.

الثالث: الإيمان.

فلا تقبل شهادة غير المؤمن [١] وإن اتّصف بالإسلام، لاعلى مؤمن ولاعلى غيره، لاتّصافه بالفسق والظلم المانع من قبول الشهادة.

الشرح:

[١] مراده قدس سره عدم سماع شهادة المخالف، وأنّ الإيمان بمعناه الخاص شرط في الشاهد زائداً على إسلامه، فلا توجب شهادة غير المؤمن ملاكاً للقضاء، نعم إذا أوجبت شهادته أو شهاده غير المسلم في مورد علماً للقاضي بالحق فعلى القاضي الحكم به لا للشهادة، بل لكونه قضاءً بعلمه.

ولا ينبغي التأمل في عدم سماع شهادة المخالف على المؤمن فيما إذا كان المخالف مقصّراً في عدم الاعتقاد وعرّفان الحق فإنّه يدخل في الفاسق، ويأتى أنّه لا اعتبار بشهادة الفاسق، أضف إلى ذلك دعوى الاجماع عليه، بل مقتضى بعض الكلمات عدم الفرق بين القاصر والمقصر.

ولكن اثبات عدم سماع شهادة القاصر لا يمكن، بل سماعها مقتضى الإطلاق في بعض الروايات كصحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الذمّي والعبد يشهدان على شهاده، ثمّ يسلم الذمّي ويعتق العبد، أتجوز شهادتهما على ما كانا أشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما» (١).

وفي صحيحته الأخرى عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهادة الرجل إذا علم منه خير؛ الحديث» (٢)، حيث إنّ المخالف القاصر فيما إذا كان عدلاً على مذهبه يدخل فيهما.

نعم، لو قيل بكفر المخالف يتعيّن القول بعدم سماع شهادة المخالف مقصراً أو

ص: ٤٣٢

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٩ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٨٥: ١.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٨: ٢٩١.

الشرح:

قاصراً، لكن القول المزبور ضعيف، كما قرر في بحث الكفر والإسلام، وهذا في غير الناصب فإن الناصب داخل في عنوان الكافر ولا تسمع شهاده الكافر على مسلم.

وفي صحيحه أبي عبيده عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «تجوز شهاده المسلمين على جميع أهل الملل، ولا تجوز شهاده أهل الذمه (الملل) على المسلمين». (١)

وفي موثقه سماعه قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شهاده أهل الملّه قال: فقال: لا تجوز إلا على أهل ملتهم. (١)

ويدل أيضاً ما ورد مثل صحيحتي محمد بن مسلم في سماع شهاده الكافر بعد اسلامه، ويأتي بقيه الكلام في شهاده الكافر.

وفي صحيحه عبدالله بن المغيره قال: «قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام: رجل طلق امرأته وأشهد شاهدين ناصبين، قال: كل من ولد على الفطره وعرف بالصلاح في نفسه جازت شهادته. (٢)

ولابد من حملها على أنّ الجواب نوع طفره عن الجواب ببيان الكبرى، كيف وجوز شهاده الناصب في الطلاق مخالف للكتاب المجيد حيث يقول سبحانه: «وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ» (٤)، والكافر لا يدخل في ذوى عدل منكم.

وعن المسالك: أنّ المعتبر في صدق الفاسق والظالم حيث علل الماتن عدم سماع شهاده غير المؤمن بصدقهما هو عدم اعتقاد الشخص بأن ما يفعله أو يعتقد من خلاف الحق بأنه الحق و الطاعات، وإلا فمع الاعتقاد بذلك سواء أكان هذا الاعتقاد

ص: ٤٣٣

١- (٢) المصدر نفسه: الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٥: ٢٩٠.

٢- (٣) الطلاق: ٢.

الشرح:

ناشئاً عن نظر أو تقليد لا- يدخل الشخص في العنوانين، فإنّ الظالم من يعاند الحق مع علمه به، والفساق من ترك الحق مع احرازه، والعامه مع اشتراطهم العدالة في الشاهد يقبلون شهاده المخالف لهم في الاصول ما لم يبلغ خلافه حد الكفر أو يكون خلافه لدليل قطعى بحيث تكون المخالفه بمحض التقصير، وعلى ذلك فالعدل يوجد في جميع أهل الملل مع قيامهم بمقتضى ملتهم ودينهم، ويحتاج اخراج هذا النحو من العدل عن سماع شهاده العدل إلى دليل وقد تحقق الدليل في الكافر بالاضافه إلى شهادته على المسلم ولو فرض فسق المخالف كما هو ظاهر المصنف فاشترط الإيمان لا يحتاج إليه بعد اشتراط العدالة.

وفيه ما لا يخفى، من صدق الظالم لنفسه و الفاسق على من ترك الفحص عن الحق ولو مع احتماله في زمان، بحيث لو فحص عن الحق في ذلك الزمان لتمكن من الوصول إليه.

بقي في المقام أمر، وهو ما يقال من أنه إذا كان المخالف محكوماً بالفسق فلا تقبل شهادته على مؤمن، وأما إذا شهد على مخالف آخر فعلى القاضى سماع شهادته، حيث إنّ السماع مقتضى قاعده الإلزام، حيث إنّ المدعى عليه المخالف لا يرى بشهاده المخالف المزبور بأساً.

ولا يبعد القول بأن سيره على عليه السلام كانت على ذلك في قضاياها، والاجماع المدعى على عدم سماع شهاده المخالف مطلقاً أو فيما كان جاهلاً مقصراً لا يعم الفرض.

أقول: الالتزام بالتفرقة في قضايا على عليه السلام ، وأنه إذا كان المدعى مؤمناً وشهوده من المخالفين كالمدعى عليه كان يحكم للمؤمن بتلك الشهاده، وأما إذا كان الأمر بالعكس بأن كان المدعى كشهوده من المخالفين لا يحكم بشهادتهم على المؤمن بعيد غايه البعد.

نعم، تقبل شهادة الذمى خاصه فى الوصيه، إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها [١]، ولا يشترط كون الموصى فى غربه، وباشراطه روايه مطرحه، ويثبت الإيمان بمعرفه الحاكم أو قيام البيئه أو الاقرار.

وهل تقبل شهادة الذمى على الذمى؟ قيل: لا، وكذا لا تقبل على غير الذمى، وقيل تقبل شهادة كل مله على ملتهم، وهو استناد إلى روايه سماعه، والمنع أشبه.

الشرح:

بل لا يبعد أن يكون قضاؤه عليه السلام بشهادة المخالفين لمؤمن على مخالف أو لمخالف على مؤمن مجرى التقيه والمداراه، وقد ورد فى موثقه أيوب بن نوح الأخذ بأحكامهم بالتقيه والمداراه، قال: «كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام أسأله هل تأخذ فى أحكام المخالفين ما يأخذون منّا فى أحكامهم أم لا؟ فكتب عليه السلام: يجوز لكم ذلك إذا كان مذهبكم فيه التقيه منهم والمداراه» (١).

وقد ورد فى صحيحه أبى ولاد الوارده فى قضاء أبى حنيفه فى واقعه البغله المستأجره عدم نفوذ قضائه لمؤمن على مخالف، مع عدم التقيه فى مورده كما هو ظاهرها.

[١] يقع الكلام فى جهتين:

الأولى: سماع شهاده المسلم العادل على الكافر و عدم سماع شهاده الكافر على المسلم، مؤمناً كان أو غيره، من غير فرق بين الكافر ذمياً أو غيره، وقد نفى الخلاف عن الحكمين بل ادعى عليهما الاجماع.

وفى صحيحه أبى عبيده عن أبى عبدالله عليه السلام: «تجوز شهاده المسلمين على جميع أهل الملل ولا تجوز شهاده أهل الذمه (الملل) على المسلمين» (٢)، وإذا لم تنفذ

ص: ٤٣٥

١- (١) الوسائل: ١٧، الباب ٤ من أبواب ميراث الاخوه والأجداد، الحديث ٣: ٤٨٤.

٢- (٢) المصدر نفسه: ١٨، الباب ٣٨ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨٤.

... .

الشرح:

شهادة الذمى على مسلم فعدم سماع شهادة الحربى أولى.

ويدل أيضاً على السماع، صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «تجوز شهادة المملوك من أهل القبلة على أهل القبلة على أهل الكتاب».(١)

وكذا ما ورد فى سماع شهادة الكافر على المسلم إذا كان الأداء بعد اسلامه، كمعتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: قال أميراً لمؤمنين عليه السلام: اليهودى والنصرانى إذا شهدوا ثم أسلموا جازت شهادتهم».(٢)

نعم فى صحيحه جميل قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نصرانى أشهد على شهادة ثم أسلم بعد، أتجوز شهادته؟ قال: لا».(٣)

ولكن لا بد من حملها على صورته عدم احراز عدله بعد اسلامه، جمعاً بينها وبين مثل معتبره السكونى، بشهادة صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الذمى والعبد يشهدان على شهادة، ثم يسلم الذمى ويعتق العبد، أتجوز شهادتهما على ما كان أشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما».(٤)

وبالجملة: مقتضى ما تقدم عدم سماع شهادة الكافر على المسلم ولو كان الكافر من القاصر.

الجهة الثانية: أنه تسمع شهادة الكافر بالوصية من الموصى المسلم إذا لم يجد من عدول المسلمين من يشهد بها، وهذا الحكم فى الجملة قطعى ولا خلاف فيه، لدلالة الكتاب المجيد والروايات، قال سبحانه: «أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَتَيْتُمْ صَرَظَةً فِي الْأَرْضِ فَاصْبِرُوا لَهُمْ مِصْبِيهِ الْمَوْتِ».(٥)

ص: ٤٣٦

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٥٤: ٤.

٢- (٣) المائدة: ١٠٦.

الشرح:

وفى صحيحه ضريس الكناسى قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهادة أهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم؟ فقال: لا إلا أن لا يوجد فى تلك الحال غيرهم، وان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم فى الوصيه لأنه لا يصلح ذهاب حق امرء مسلم ولا يبطل وصيته (١)».

وفى صحيحتى الحلبى ومحمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته هل تجوز شهادة أهل مله من غير أهل ملتهم؟ قال: نعم إذا لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهاده غيرهم أنه لا يصلح ذهاب حق أحد». (٢) وموثقه سماعه قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة أهل الذمه (الملة) فقال لا يجوز إلا على أهل ملتهم، فان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصيه، لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد». (٣)

وفى صحيحه هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السلام فى قول الله عز وجل: «أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ».

قال: «إذا كان الرجل فى أرض غربه ولا يوجد فيها مسلم جازت شهاده من ليس بمسلم فى الوصيه». (٤)

وتتضح أطراف المسأله بالتكلم فى أمور:

الأول: هل يعتبر فى سماع شهاده الكافر بوصيه المسلم أن يكون الموصى عند الوصيه فى الغربه أم لا تعتبر الغربه؟

المنسوب إلى المشهور قديماً وحديثاً عدم الاعتبار، ويذكر فى وجهه: أن الغربه وإن وردت فى بعض الروايات قيلاً بل ظاهر الآيه ذلك إلا أنه قيد غالبى، فإنه لا يحتاج فى تحمّل الشهاده فى غير الغربه إلى الكافر، فلا يمنع ذلك عن الأخذ بالاطلاق فى

الشرح:

بعض الروايات، كما في صحيحه ضريس المتقدمه.

بل يقال: إن مقتضى التعليل في الروايات بأنه لا يصلح ذهاب حق أحد عدم الاعتبار، بل المعتبر عدم التمكن على المسلم العادل كان في الحضر أو في السفر، والمراد من المسلم العادل هو المتمكن على أداء الشهاده عند الحاجه إليه، فلا يفيد الظفر بمسلم عادل عند تحمّل الشهاده مع عدم تمكّنه على أدائها بعد ذلك ولو لذهابه إلى بلد لا يعرف.

وعن جماعه، كالشيخ في ظاهر المبسوط، وابن زهره في ظاهر الغنيه، والاسكافي والحلبى في صريحهما اعتبارها، وعلل الاعتبار بأنه لا يمكن الأخذ بظاهر التعليل لجريانه في غير الوصيه، وإذا سقط الإطلاق في التعليل يؤخذ بالقيّد في الروايات، وما عن المحقق قدس سره في الكتاب: ولا- يشترط كون الموصى في غربه وباعتبارها روايه مطرحه، من غرائب الكلام، فإنّ طرح ظهور الآيه وبعض الروايات في اعتبارها مع عمل جمع من الفقهاء غير صحيح.

أقول: لو فرض عدم الاطلاق في التعليل يبقى في البين أنّ القيد في الآيه وبعض الروايات غالبى، لأنّ عدم التمكن على المسلم العادل يحصل في الغربه والسفر، فلا يمنع عن الأخذ بالاطلاق في صحيحه ضريس الكناسى، مع أنّه لم يعلم عدم الاطلاق في التعليل، فإنّ المراد بالحق في قوله عليه السلام: «لا يصلح ذهاب حق أحد»، هو حق الوصيه، كما يقتضيه عطف: «ويبطل وصيته عليه».

وبالجملة: فالمتّبع هو الأخذ بالاطلاق، والله سبحانه هو العالم.

الثانى: ذكر في الجواهر أنّه لافرق في شهاده الذمى بالوصيه مع فقد المسلم بين كونها بالمال أو الولايه أو بهما معاً، ويعبر عن الوصيه بالولايه الوصايه، و على الأول

الشرح:

اتفاق، وهذا الكلام يشير إلى الخلاف في الوصيه بالولاية، وقد نقل عن جماعه منهم الشهيد الثاني في المسالك اختصاص الحكم بالوصيه بالمال، وقوفاً فيما خالف الأصل على المتيقن، وعن المحقق الأردبيلي قدس سره في بعض الروايات اشاره إلى الاختصاص، ولعله أراد ما علل به السماع، من أنه لا يصلح ذهاب حق أحد.

ولكن لا يخفى ما في تعليل الشهيد الثاني وما ذكره الأردبيلي من الاشارة، فإن مقتضى الروايات باطلاقها سماع شهاده غير المسلم في الوصيه مع عدم وجدان المسلم، من غير فرق بين كونها بالمال أو بالولاية، والوصايه أيضاً جعلها حق للمسلم، فلا يصلح ذهابها.

الثالث: المذكور في كلمات كثير من الأصحاب كعبارة الماتن قدس سره هو الذمي، وبعضهم ذكر سماع شهاده أهل الكتاب، و هم اليهود والنصارى، وألحق بهما المجوس، أما لكونهم من أهل الكتاب أو لأنهم ملحقون بهم في الجزيه وغيرها.

وفي الروايات الوارده في المقام، شهاده أهل الملل وشهاده من ليس بمسلم وشهاده الكافر وأهل الكتاب والذمي، وفي موثقه سماعه قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهاده أهل الملّه، فقال لا تجوز إلا على أهل ملتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصيه لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (١).

وفي معتبره حمزه بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن قول الله عز وجل: «ذَوَا عَيْدٍ مِّنْكُمْ أَوْ أَوْخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ» (٢) قال: فقال: اللذان منكم مسلمان، واللذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إذا مات الرجل المسلم بأرض غربه فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين فليشهد على وصيته رجلين

ص: ٤٣٩

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٤٠ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٨٧.

٢- (٢) سورة المائده: ١٠٦.

الشرح:

ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما»^(١).

وفى صحيحه الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: هل تجوز شهادة أهل الذمّة على غير أهل ملتهم؟ قال: نعم، إن لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهاده غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق أحد»^(٢).

والأظهر عدم اعتبار كون الكافر ذمياً، بل يكفي كونه من أهل الملة والكتاب، فإنّ الذمّي الوارد في بعض الروايات قد فرض في سؤال الراوي، كما في موثقه سماعه وصحيحه الحلبي، فلا- دلالة لمثلهما على الاعتبار. وتقييد الإطلاق في غيرهما، ولكنّه ذكر قيلاً في معتبره حمزه بن حرمان، وهي أيضاً لا تصلح لتقييد الإطلاق في غيرها، لما تقدم من أنّ الموجود غالباً بين المسلمين وأراضيهم هو الكافر الذمّي، فذكره لملاحظه الغالب.

الرابع: ظاهر كلام الماتن قدس سره أنّه يعتبر في سماع شهادة الذمّي بوصيه المسلم فقد عدلين مسلمين، وأنّه إذا لم يجد الموصى المسلم عند وصيته مسلمين عدلين يجوز الاشهاد بالذميين، فلا عبره في جواز اشهادهما بالتمكن من المسلمين الفاسقين، ولكن المحكى عن العلامة في التذكرة أنّه لو وجد مسلمين فاسقين فإن كان فسقهما بغير الكذب والخيانة أنّهما أولى من أهل الذمّة، ولو كان فسقهما يتضمّن الكذب والخيانة فالذمّي أولى، ولو وجد مسلمان مجهولي العدالة، فهما أولى من شهود أهل الذمّة، ومال إليه في المسالك على ما قيل.

أقول: المسلم غير المتحرز عن الكذب والخيانة يزيد على الكافر بشرف الإسلام،

ص: ٤٤٠

١- (١) الوسائل: ١٣، الباب ٢٠ من أحكام الوصايا، الحديث ٧: ٣٩٢، والآية في المائدة: ١٠٦.

٢- (٢) المصدر نفسه: ١٨، الباب ٤٠ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٨٧: ١.

الشرح:

والعدل في الكافر ليس إلا الأمانة والتحرز عن الكذب، وسائر ما يعمل به ويتركه على زعمه في دينه، ولكن هذا لا ينافي تقديم هذا الكافر على المسلم المزبور في مقام الشهادة، تحفظاً بكرامه مقامها وكرامه العدل، والعمد في المقام دعوى ظهور بعض الروايات في أنه لا تصل النوبة إلى اشهاد الكافر إلا مع فقد المسلم.

وفي صحيحه هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل: «أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» فقال: «إذا كان الرجل في أرض غربه ولا يوجد فيها مسلم جازت شهادته من ليس بمسلم في الوصية». (١)

وفي موثقه سماعة: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة أهل الملّة، قال: فقال: لا تجوز إلا على أهل ملتهم فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية». (٢)

ولكن لا- اطلاق في هذه الروايات بالاضافه إلى المسلم الفاسق، خصوصاً في صحيحه هشام الواردة في السؤال عن المراد بالآية المباركة، فإنها ناظره إلى بيان المراد من غيركم، وإنه إنما تصل النوبة إلى اشهاد الكافر مع عدم التمكن على اشهاد المسلم بالوصية، مع التحفظ على سائر الشهادة ومنها العدالة.

وبالجملة: لا يستفاد منها كفايه شهادة مسلمين فاسقين.

نعم، لا يبعد سماع شهادة المسلم العدل مع كافر عدل، بحيث لا يحتاج مع شهادتهما إلى الحلف من المدعى، والوجه في ذلك: أنّ المسلم العدل لا- يقصر عن الكافر العدل جزماً، وليس في سماع شهادته مع الكافر العدل خلاف التحفظ على كرامه مقام الشهادة لعدل المسلم.

ويبقى في المقام ما ذكره الماتن قدس سره من ثبوت الإيمان بمعرفة الحاكم أو قيام البيه

الشرح:

والاقرار، وقد ذكر في المسالك: انّ كلاً من البيّنه ومعرفة الحاكم يستند إلى اقرار الشاهد لا محاله، لأنّ الإيمان أمر قلبي لا يمكن معرفته إلاّ باخبار الشخص بمعتقدده، فالاقرار واسطه في كل معرفة الحاكم وقيام البيّنه.

أقول: الإيمان المعتبر في الشاهد وغيره وان كان أمراً قليلاً إلاّ أنّ له بروزاً بالآثار والعلامات، فيكون اطلاع الحاكم أو غيره من الشهود وغيرهم بالاطلاع بتلك الآثار والعلامات نظير احراز العدالة، بناءً على أنّها ملكه الطاعات، فلا يلزم أن يتوسط في علم الحاكم أو البيّنه اقرار الشخص بإيمانه.

ويبقى في البيّن سؤال الفرق بين اخبار شخص بعد له واخباره بمعتقدده، بقبول الثاني دون الأول، ويمكن تصحيح التفرقة بدعوى جريان السيره من المتشرعه على المعامله مع المقر معاملة المؤمن ما لم يظهر منه خلاف مقتضى اقراره، وهذه غير بعيدة، ويؤيدها ما يدل على قبول دعوى الحربى كونه كتابياً.

لو رافع الكافر خصمه الكافر إلى القاضى بالحق المنصوب بالنصب العام أو الخاص، سواء أكان خصمه من أهل ملّته أم من غيره، فيعتبر في الحكم بثبوت دعواه الإتيان من المسلمين بشاهدين عدلين، ولا يكون غير ذلك مدركاً وبيّنه في ثبوتها.

وفى الجواهر نسب عدم سماع شهاده الكافر ولو على الكافر إلى المشهور، ولكن المنسوب إلى ابني الجنيد وادريس بل الأصحاب، كما فى المختلف، جواز شهاده أهل كلّ ملّة على أهل تلك الملّة.

ويدلّ على ذلك موثقه سماعه المتقدمه قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهاده أهل الملّة، فقال: لا تجوز إلاّ على أهل ملّتهم» (1)، فى ذيلها: «فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصيه لأنّه لا يصلح ذهاب حق أحد»، ومقتضى ذيلها أنّه مع فقد

الشرح:

الشاهد من أهل ملته تقبل شهاده الكافر من غير ملته فى الوصيه.

وبهذا يرفع اليد عن الاطلاق فى صحيحه الحلبي، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: هل تجوز شهاده أهل الذمه على غير أهل ملتهم؟ قال: نعم إن لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهاده غيرهم لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد»^(١)، بل التعليل كما ذكرنا بنفسه قرينه على كون الصحيحه ناظره إلى الشهاده بالوصيه.

ويمكن ان يستدل على سماع شهاده أهل كل مله على أهل تلك الملّه بصحيحه ضريس الكناسى قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهاده أهل مله هل تجوز على رجل من غير أهل ملتهم؟ قال: لا، إلا أن لا يوجد فى تلك الحال غيرهم، وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم فى الوصيه»^(٢).

فإن هذه الصحيحه وإن اشتملت على روايه الكليني على لفظ مسلم فى قوله: «هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم»^(٣)، إلا أن قوله: «من غير أهل ملتهم»، قرينه على زياده لفظ مسلم، ويظهر منها أن سماع شهاده أهل مله على أهل تلك الملّه كان مفروغاً عنه عند السائرين.

والمتحصل: أنه لا وجه لرفع اليد عن الاطلاق فى موثقه سماعه وهكذا فى صحيحه ضريس على روايه الشيخ، أضف إلى ذلك ما تقدم من أن سماع شهاده أهل مله على أهل تلك الملّه مقتضى قاعده الإلزام، فما ذكره الماتن قدس سره من أن المنع أشبه لا يمكن المساعده عليه.

ص: ٤٤٣

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٤٠ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٨٧: ١.

٢- (٢) التهذيب ٦: ٢٥٣.

٣- (٣) الكافي ٧: ٣٩٩.

الرابع: العدالة.

إذ لاطمأنينه مع التظاهر بالفسق [١]، ولأريب في زوالها بمواقعه الكبائر،

الشرح:

[١] قد علل قدس سره اعتبار العدالة في الشاهد بأنه لا اطمئنان بشهادته من تظاهر بالفسق، ومن الظاهر عدم اختصاص ذلك بالتظاهر، بل يجري في شهادته غير العادل، تظاهر بفسقه أم لا.

وعلى أي حال: تعتبر العدالة في الشاهد بلاخلاف معروف أو منقول، وان يتراءى من بعض الكلمات، الخلاف في معنى العدالة: فإنه قد ذكر سبحانه في تحمّل الشهادة بالوصية اعتبار استشهاد ذوى عدل من المسلمين، وإذا اعتبرت العدالة في الشاهد بالوصية اعتبار استشهاد ذوى عدل من المسلمين، وإذا اعتبرت العدالة في الشاهد بالوصية، مع أنّ أمرها هين للتوسعه فيها، وعلل ذلك بأنه لا يصلح ذهاب حق الوصية من المسلم أو من كل أحد، كان اعتبارها في الشاهد بغيرها أولى.

وفي صحيحه عبدالله بن أبي يعفور، «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: بم تعرف عداله الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم وعليهم؛ الحديث» (١).

وفي صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً» (٢).

وفي صحيحه عبدالرحمان بن أبي عبدالله: «كان على عليه السلام إذا كان أتاه رجلان يختصمان بشهود، عدلهم سواء وعددهم سواء، أقرع بينهم على أيّهما تصير اليمين».

وفي صحيحه (٣) محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: أنّ علياً عليه السلام قال: لا أقبل شهادته

ص: ٤٤٤

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٨٨: ١.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ١٨ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٥٣: ١.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٥: ١٨٣.

كالقتل والزنا واللواط وغصب الأموال المعصومه، وكذا بمواقعه الصغائر مع الإصرار أو في الأغلب، أمّا لو كان في الندره، فقد قيل: لا يقدح لعدم الإنفكاك منها،

الشرح:

الفاسق إلا على نفسه».(١)

وفي صحيحه عبدالله بن سنان قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام ما يردّ من الشهود؟ فقال: الظنين والمتهم، قال: قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلك يدخل ذلك في الظنين»(٢)، إلى غير ذلك.

لا يقال: تعارض الروايات صحيحه حريز عن أبي عبدالله عليه السلام فيأربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا، فعُدل منهم إثنان ولم يعدل الآخران، فقال: «إذا كانوا أربعة من المسلمين ليس يعرفون بشهادة الزور أُجيزت شهادتهم جميعاً وأُقيم الحدّ على الذي شهدوا عليه، إنّما عليهم أن يشهدوا بما أبصروا وعلموا، وعلى الوالى أن يجيز شهادتهم إلا أن يكونوا معروفين بالفسق».(٣)

حيث إنّ مقتضى هذه جواز سماع شهادته من لا يعرف بالفسق، ولعلّ مقتضى الجمع بينها وبين ما تقدم حمل تلك الروايه على أنّ المراد بالعداله فى الشاهد عدم معلوميه فسقه.

ويقرب من صحيحه حريز ما رواه الصدوق باسناده عن العلاء بن سيبه قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شهادته من يلعب بالحمام، قال: لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق».(٤)

ص: ٤٤٥

١- (١) المصدر نفسه: الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٧:٢٩١.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٣٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١:٢٧٤.

٣- (٣) المصدر نفسه: الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ١٨:٢٩٣.

٤- (٤) الفقيه ٣: ٤٨، الوسائل ١٨، الباب ٥٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١:٣٠٥، التهذيب ٦:٢٨٤.

إلا فيما يقلّ، فاشترطه التزام للاشوق، وقيل: يقدح لإمكان التدارك بالاستغفار، والأوّل أشبه.

الشرح:

فإنّه يقال: الروايتان مع الغمض عمّا في الثانيه من المناقشه في سندها بعلاء بن سيباه وغيره، لا يمكن الأخذ بهما، بل المتعين طرحهما في مقام المعارضه، فإنّ الروايات المتقدمه موافقه للكتاب العزيز الدال على اعتبار العدل في الشاهد بالوصيه، المقتضى اعتبارها في غيره على ما تقدم.

وقد تقدم في بحث القضاء ظهور عداله الشخص في دينه استقامته وعدم ميله عن الوظائف المقرره له في الشرع أو في الملكه المقتضيه للاجتتاب عن الكبائر وترك الاصرار على الصغائر، وقد ذكر في صحيحه عبدالله بن أبي يعفور وغيرها طريقاً إلى احراز عداله الشخص المعبّر عنه بحسن الظاهر، فلاحظ صدر الصحيحه وذيلها.

وفي موثقه سماعه بن مهران عن أبي عبدالله عليه السلام: من عامل الناس فلم يظلمهم وحدثهم فلم يكذبهم ووعدهم فلم يخلفهم كان ممن حرمت غيبته وكملت مروّته وظهر عدله ووجبت اخوّته. (١)

ومن الظاهر أنّه لو كان المراد بالعداله عدم عرفان الشخص بالفسق، فلا يحتاج إلا إلى احراز اسلامه وإيمانه، أى كونه اثني عشرياً على ما تقدم في اشتراط الإسلام والإيمان، وقد ذكر في الروايات عدم كفايه إسلام الشخص في قبول شهادته، بل يعتبر احراز الخير منه.

وفي صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام: «لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهاده الرجل إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس» (٢)، وفي صحيحته

ص: ٤٤٦

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٥٢ من أبواب العشره.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٩١: ٨.

الشرح:

الأخرى: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الذمى والعبد يشهدان على شهادته ثم يسلم الذمى ويعتق العبد، أتجوز شهادتهما على ما كانا أشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما» (١)، وقد تقدم نقل الروايتين وغيرهما.

والمتحصّل: إنّه لا ينبغي التأمل في اعتبار العدالة في الشاهد، وقد تقدّم في بحث القضاء أنّ ظاهر العدالة استقامه الشخص في دينه وعدم عدوله عن وظيفته الشرعيه.

وقد ذكروا أنّ ارتكاب الكبيره تقطع العدالة وكذا الصغيره مع الإصرار، والمراد بالإصرار تكرار الارتكاب بلا تداركه بالتوبه، سواءً كان تكراره تكرار ما ارتكبه أم عدم الاعتناء بالصغائر الأخرى.

وفي موثقه سماعه قال: «سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول: لا تستكثروا كثير الخير ولا تستقلّوا قليل الذنوب، فإنّ قليل الذنوب تجتمع حتى يكون كثيراً، وخافوا الله في السرّ حتى تعطوا من أنفسكم النصف» (٢).

وفي صحيحه زيد الشحام قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: اتّقوا المحقرات من الذنوب فإنّها لا تغفر، قلت: وما المحقرات؟ قال: الرجل يذنب الذنب فيقول: طوبى لى ان لم يكن لى غير ذلك» (٣).

وفي صحيحه أبى بصير قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا والله لا يقبل الله شيئاً من طاعته على الإصرار على شيء من معاصيه» (٤).

وفي روايه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: «لا صغيره مع الإصرار ولا كبيره

ص: ٤٤٧

١- (١) المصدر نفسه: الباب ٣٩ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٨٥: ١.

٢- (٢) المصدر نفسه: ١١، الباب ٤٣ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١٣ و ٢٤٥.

٣- (٣) الوسائل: ١١، الباب ٤٨ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و ٢٦٨: ٣.

الشرح:

مع الاستغفار» (١).

بل ظاهر خبر جابر عن أبي جعفر عليه السلام أنّ الاصرار يتحقق أن يذنب الذنب ولا يتوب، فإنه روى عن أبي جعفر عليه السلام في قول الله عز وجل: «وَلَمْ يُصِرُّوا عَلَىٰ مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ» قال: «الإصرار أن يذنب الذنب فلا يستغفر الله ولا يحدث نفسه بالتوبة فذلك الاصرار» (٢).

والحاصل: أنّ المنسوب إلى المشهور قديماً وحديثاً أنّ العدالة لا تنقطع بارتكاب الصغيره بلا اصرار وتنقطع معه، وقيل: بانقطاعها مع عدم تداركها بالتوبة.

وذكر الماتن قدس سره إنّ ما عليه المشهور هو الأشبه، وذكر في وجهه: أنه لو كان ارتكابها قادحاً لكان أمر الإشهاد بالدعوى واقامه البينه أمراً حرجياً، لعدم انفكاك الشخص عن ارتكاب الصغيره أحياناً إلاّ فيما يقلّ من حال أو زمان، وعن ابن ادريس قدحها في العدالة وتتدارك بالتوبة كالكبيره.

وردّه في الجواهر بأنّ احراز التوبه يحتاج إلى زمان طويل، ونقل عن العلامة بأنّ من شرط التوبه قصد عدم العود أبداً ولا يتحقق هذا القصد من الانسان غالباً، وفي صحيحه ابن أبي يعفور اقتصر على اجتناب الكبائر في بيان العدالة (٣).

أقول: كما ذكرنا ظاهر عداله الشخص استقامته في دينه بالعمل بوظائفه وتركه المحذورات يعني المحرّمات ، وتقسيم المعاصي بالكبيره والصغيره لا يرجع إلى أمر العدالة بل يرجع إلى مسأله وعد العفو بلا توبه بالاضافه إلى الجزاء بالعقاب، ولو فرض العلم بأنّ الشخص يرتكب في غالب أحواله أو بعضها الصغيره، فهذا لا يمنع

ص: ٤٤٨

١- (١) المصدر نفسه: الحديث ٤: ٢٦٨، والآيه فيآل عمران: ١٣٥.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٨٨: ١.

الشرح:

عن قبول شهادته مع احتمال تداركها بالتوبه، حيث أنّ حسن الظاهر طريق إلى عدالته فمجرد احتمال توبته مع حسن الظاهر كافٍ في قبول شهادته ولا يحتاج إحراز عدالته إلى مضي زمان طويل.

وأما ما ذكره العلامة قدس سره من عدم تحقق التوبه غالباً لدخاله قصد عدم العود، فلا يمكن المساعدة عليه، فإنّ التوبه عن ذنب تتحقق بالبناء فعلاً واقعاً على عدم العود، وعدم العلم بالعود مستقبلاً لا ينافي البناء الفعلي، ولا يتوقف على العلم بعدم العود، وما ذكر في صحيحه ابن أبي يعفور غير ظاهر في اعتبار الملكة المعروفه كما ذكرنا.

والحاصل: إذا كانت العداله هي الاستقامه في الدين كما هو ظاهر العدل في دينه، فالمعصيه ولو بارتكاب أيّ محرّم يوجب ارتفاعها وتعود بالتوبه عنه، فإنّ الارتكاب ميل عن الاستقامه والتوبه رجوع إليها.

نعم، لو كانت العداله الملكة الباعثه على ملازمه التقوى، من ترك المحرّمات وفعل الواجبات، فلا يقدح فيها مجرد ارتكاب كبيره احياناً، حيث أنّ الملكة تجتمع مع ذلك الارتكاب.

وبالجملة: تقسيم المعاصي إلى الكبيره والصغيره، بالإضافة إلى كون الاجتناب عن الأولى مكفّره عن الثانيه مع عدم الإصرار، لا بالإضافة إلى عدم القدح في العداله.

لا- يقال: الالتزام بوجود التوبه في مطلق المعاصي وأنّ المكلف بها يرجع إلى الاستقامه، يناسب كون وجوبها مولوياً، وأما إذا كان وجوبها ارشادياً وللتخلص من العقاب المحتمل المترتب على العصيان، يتعيّن الالتزام بعدم قدح الصغيره بلا إصرار بعداله الشخص فيما كان مجتنباً عن الكبيره وغير مصرّ على الصغيره، وظاهر ما ورد في لزوم التوبه عن المعاصي والذنوب كون وجوبها ارشادياً، كما هو مقتضى أنّ جعل

الشرح:

التوبه باباً من مقتضى رحمته على عباده، وظاهر ما ورد فيه: أنّ العبد إذا لم يتب يكتب عليه بعد الإمهال السيئه التي ارتكبها لاسيئتين.

وفى صحيحه عبدالصمد بن بشير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «العبد المؤمن إذا أذنب ذنباً أجله الله سبع ساعات، فإن استغفر الله لم يكتب عليه شيء، وإن مضت الساعات ولم يستغفر كتب عليه سيئه» (١).

وفى موثقه مسعده بن صدقه عن أبي عبدالله عليه السلام عن أبيه: «ما من مؤمن يذنب ذنباً إلا أجله الله سبع ساعات من النهار، فإن تاب لم يكتب عليه شيء وإن هو لم يفعل كتب عليه سيئه» (١).

و على ذلك، فمع عدم كتابه الذنب لكون مرتكبه مجتنباً عن الكبائر وغير مصرّ على الصغائر، فلا يكون عليه توبه.

فإنه يقال: نعم، التوبه كما ذكر، وظاهر بعض الروايات إنّ وجوبها ارشادي، ولكن هذا لا ينافي ان تجب على مكلف يكون مجتنباً عن الكبيره والإصرار على الصغيره، لأنّ النفس لا تدرى ماذا تكسب غداً، فلعله ابتلى بكبيره ولم يوفق بالتوبه عنها، ويلزم في احراز كونه عدلاً في دينه التوبه من صغيره ارتكبها، كما هو ظاهر الأمر بالتوبه من الذنوب والاستغفار عنها وإن كلّ ذنب عظيم.

ثم إنّ ظاهر صحيحه عبدالعظيم الحسنی (٣) وغيرها ممّا ورد في تعيين الكبائر، أنّها معاصي مخصوصه وقد وعد الله سبحانه في كتابه العزيز، العفو عن عقوبه غيرها مع الاجتناب عنها وترك الإصرار على غيرها.

و ربّما توهمّ واهم: أنّ الصغائر لا تطلق على الذنب إلاّ مع الإحباط [١]، وهذا بالإعراض عنه تحقيق، فإن اطلاقها بالنسبه، ولكل فريق اصطلاح.

الشرح:

وفى صحيحه محمد بن أبى عمير المروى فى كتاب التوحيد قال: «سمعت موسى بن جعفر عليهما السلام يقول: من اجتنب الكبائر من المؤمنين لم يسأل عن الصغائر إلى أن قال: قال النبى صلى الله عليه وآله: لا كبير مع الاستغفار ولا صغير مع الإصرار. (١)

وظاهر الإصرار على الصغيره الاستمرار عليها من غير أن يرتدع، وما فى روايه جابر (٢) هو، أن يذنب فلا يستغفر الله ولا يحدث نفسه بالتوبه الصادق مع عدم تكرارها، لا يمكن الالتزام به، لضعفها سنداً ولاستلزامه عدم الفرق بين الصغيره والكبيره، ومع الغمض عن السند يحمل على عدم الارتداع بعد التكرار.

[١] وفى مقابل القول بتقسيم المعاصى إلى الكبائر والصغائر، قول بأنّ كل المعاصى كبيره واطلاق الصغيره على بعضها بالاضافه إلى بعضها الآخر بحسب الوزر، وقول ثالث بأنّ اطلاق الصغيره على معصيه مبنى على الإحباط، فكل معصيه أحبطتها الطاعه فهى صغيره وكل طاعه أحبطها المعصيه فهى كبيره، ولا يخفى ما فى كل من القولين لمخالفتها لظاهر الآيه والروايات.

نعم، فى صحيحه الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام الوارده فى القنوت فى صلاه الوتر: واستغفر لذنبك العظيم، ثم قال: وكل ذنب عظيم».

لكنها لاتنافى الآيه ولاسائر الروايات، لأنّ تقسيم المعاصى إلى الكبيره والصغيره بالاضافه إلى العفو عن عقوبتها الأخرى بنحو الوعد، بمعنى أنّ من مضى من الدار الغرور وليس عليه وزر الكبيره ووزر الإصرار على الصغائر من المؤمنين،

ص: ٤٥١

١- (١) المصدر نفسه: الباب ٤٧ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١١:٢٦٦.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٨٥ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٤:٢٦٨.

ولا يقدح فى العدالة ترك المندوبات، ولو أصرّ مضرباً عن الجميع، ما لم يبلغ حدّاً يؤذن بالتهاون بالسنن [١].

الشرح:

وعدهم الله سبحانه عفوّه عن أوزار سائر معاصيه.

وأما بالاضافه إلى لزوم الاستغفار بعد الذنب فلاصغيره، بل على الانسان أن يرتدع ويتوب إلى بارئه ففى مقام الاستغفار كلّ ذنب عظيم كما مرّ.

بقيامر، وهو: ان العفو عن أوزار الصغائر مع عدم الكبيره ومع عدم الإصرار بنحو الوعد، وأمّا العفو عن الكبائر والإصرار على الصغائر بلاتوبه فهو أمر يرجى ولايبأس من روح الله وغفرانه وتقع الشفاعة من أولياء الله من الأنبياء والرسل والأوصياء والشهداء والصالحين، وفى مقدمتهم نبينا الأكرم صلوات الله وسلامه عليه وأهل بيته المعصومين صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين إلى أبد الآبدين اللهم اجعلنا ممّن ينال رحمتك وشفاعتهم، آمين ياربّ العالمين.

وما ذكر من العفو فى الكبائر ولكن لا- بنحو الوعد لا- يجرى فى معصيه الشرك و الكفر، فإنّ الله سبحانه لا يغفر للمشرك والكافر إلا أن يتوب، قال عزّ من قائل: «إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ». (١)

[١] العدالة سواء قيل بأنّها الاستقامه فيأمر الدين وعدم الانحراف عن الوظائف الشرعيّه، أو بملكه الاجتناب عن المحرّمات والإتيان بالواجبات، لاتنافى ترك المستحبات وفعل المكروهات، لثبوت الترخيص حتى فيما كان بنحو الاستمرار والإصرار.

وقد قيّد ذلك فى كلمات جمله من الأصحاب بعدم البلوغ مرتبه التهاون، وفى

ص: ٤٥٢

الشرح:

التقييد شيء من التأمل ، فإنه إن كان المراد التهاون العملي بمعنى عدم الاعتناء بامثالها، فقد ذكرنا أنه لا ينافيها، وإن كان بمعنى الاستخفاف، نظير ما ورد في الاستخفاف بالصلاه فهو عبارة أخرى عن التهاون العملي.

نعم، لو تضمن الاستخفاف نوع اعتراض وانكار للأمر بتلك الأفعال أو النهي بالمكروهات، فهو أمر آخر، أعادنا الله من شرور النفس وآفات الغرور.

ثم إنه قد ذكر بعض الأصحاب إن ترك المروء قاذح بالعدالة، ولم يتعرض الماتن قدس سره لذلك، ولعله لعدم كونه قاذحاً عنده، وقد يفسر المروء ان يسير الإنسان في الناس بسيره أمثاله من رعايه الأدب والرسوم والاجتناب عما يشين عندهم، وكأن العدالة يعتبر فيها مضافاً إلى ما تقدم لا يجعل الانسان نفسه بحيث يسخر و يضحك أو يشتم منه.

ولكن لا يخفى ان الاعتبار ما لم يكن في البين عنوان محرم ينطبق على تركها لادليل عليه.

نعم، قد ورد في بعض الأخبار الحث على المروء، ولكن المراد منها غير ما ذكر في المقام، حيث ان ظاهرها فيها حسن المعاشرة مع الناس.

وقد ورد في موثقه سماعه: «من عامل الناس فلم يظلمهم، وحدّثهم فلم يكذبهم، و وعدهم فلم يخلفهم، فهو ممن كملت مروته وظهرت عدالته»^(١)، فإن ظاهرها أن نفس ما ذكره فيها مروء وكاشف عن عداله الشخص.

وقد استدل في الجواهر على اعتبار المروء بالمعنى المتقدم بفحوى ما ورد في ردّ شهاده السائل بكفّه، وان تارك المروء يدخل في الظنين، الوارد في صحيحه عبدالله ابن

ص: ٤٥٣

الأولى: كل مخالف فى شىء من أصول العقائد تردّ شهادته، سواء استند فى ذلك إلى التقليد أو إلى الاجتهاد[١]، ولا تردّ شهادته المخالف فى الفروع من معتقدى الحق، إذا لم يخالف الاجماع، ولا يفسق وإن كان مخطئاً فى اجتهاده.

الشرح:

سنان وغيرها(١) ردّ شهادته و شهادته المتهم.

أقول: الفحوى غير تام، فإنّ السائل الذى تردّ شهادته بلا خلاف ظاهر، من اتخذ السؤال حرفه كما هو المنصرف إليه من اطلاق السائل بالكف، ويقتضيه ما ورد فى صحيحه محمد بن مسلم من قوله عليه السلام: «أنّه لا يؤمن على الشهاده لأنّه ان أعطى رضى وان منع سخط»(٢)، فيدخل هو فى الظنين، ولا يجزئ ذلك فى ترك المروه، ولا يدخل تاركها فى الظنين.

[١] ذكروا أنّ المخالف فى الاعتقاديّات المعبّر عنها بالأصول لا يعذر فلا تقبل شهادته، ولكن المخالفه فى الفروع مع الاعتقاد بالحق لا تقدر فى العدالة فى غير المسلّمات أو موارد الإجماع.

قال فى المسالك ما حاصله: إنّ المراد بالمخالفه فى الأصول المخالفه فى التوحيد والعدل والنبوّه والإمامه والمعاد، وأمّا فروعها من المعانى والأحوال وغيرهما من فروع علم الكلام فلا تكون المخالفه فيها موجه للقدح فى العدالة، فإنّ تلك المسائل ظنيه والاختلاف فيها بين علماء فرقه واحده كثير، وقد عدّ بعض العلماء جملة ممّا وقع الخلاف فيها بين السيد وشيخه المفيد قدس سرهما فبلغ نحواً من مائه مسأله، وأمّا المخالفه فى الفروع فهى لا تقدر فى العدالة لأنّها مسائل اجتهاديه تبتنى على الأدله

ص: ٤٥٤

١- (١) المصدر نفسه:الباب ٣٠ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٤:١.

٢- (٢) المصدر نفسه:الباب ٣٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٨١:٢.

الثانية: لا تقبل شهاده القاذف [١]، ولو تاب قبلت، وحدّ التوبه أن يكذب نفسه، وإن كان صادقاً ويورّى باطناً، وقيل: يكذبها إن كان كاذباً، ويخطئها في الملاء إن كان صادقاً،

الشرح:

الظنية، فما دام لم تكن المخالفه فيها من مخالفه اجماع المسلمين أو إجماع الإماميه بحيث يعلم من المجمع عليه قول المعصوم عليه السلام لتكون المخالفه ردّاً لهم، لا تقدح في العدالة.

أقول: في كلّ ممّا ذكره في الأصول والفروع ما لا يخفى، فإن طرح ظهور الآيه واخراجها على خلافه بالتأويل والرأى بلا شاهد معتبر تفسير لها بالرأى، فيكون قاده في عدالته للنهي، سواء تعلق الآيه بالأصول أو غيرها، وكذا طرح الروايات المعتبره بالاستحسان والقياس والفتوى على طبقهما.

[١] لا- تقبل شهاده القاذف فيما إذا لم يثبت ما رمى الغير به بالبينه أو اقرار المقذوف أو باللعان، بلاخلاف معروف أو منقول، يقول الله سبحانه: «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ * إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» (١)، والمراد من المحصنات غير المشهورات بالزنا، فإن مقتضى الآيه وغيرها من الروايات أن مع عدم ثبوت ما رمى الغير به يكون عمله افتراءً محرماً، فلا تقبل شهادته إلا إذا تاب وأصلح، كما في ذيل الآيه، وفي بعض الروايات حتى إذا تاب وعلم منه خير.

وفي صحيحه أبي الصباح الكناني قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القاذف بعد ما يقام عليه الحد ما توبته؟ قال: يكذب نفسه، قلت: أرايت إن أكذب نفسه وتاب أتقبل شهادته؟ قال: نعم» (٢).

ص: ٤٥٥

١- (١) النور: ٤٥.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣٦ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و٢: ٢٨٢.

والأول مروى، وفي اشتراط إصلاح العمل زياده عن التوبه تردّد، والأقرب الاكتفاء بالاستمرار، لأنّ بقاءه على التوبه إصلاح ولو ساعه، ولو أقام بينه بالقذف أو صدّقه المقذوف فلاحدّ عليه ولا ردّ.

الشرح:

وفي معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «أمير المؤمنين عليه السلام: ليس يصيب أحد فيقام عليه ثمّ يتوب إلاّ جازت شهادته». (١)

وفي صحيحه عبد الله بن سنان قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المحدود إذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال: إذا تاب، وتوبته أن يرجع ممّا قال ويكذب نفسه عند الإمام وعند المسلمين، فإذا فعل فإنّ على الإمام أن يقبل شهادته بعد ذلك». (٢)

وفي معتبره القاسم بن سليمان قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقذف الرجل فيجلد حدّاً ثمّ يتوب ولا يعلم منه إلاّ خير، أتجوز شهادته؟ قال: نعم، ما يقال عندكم؟ قلت: يقولون توبته فيما بينه وبين الله ولا تقبل شهاده أبداً، فقال: بئس ما قالوا، كان أبى يقول: إذا تاب ولم يعلم منه إلاّ خير جازت شهادته». (٣)

وبهذا يظهر الحال فى معتبره السكونى عن جعفر، عن أبيه، عن على قال: «ليس أحد يصيب حدّاً فيقام عليه ثمّ يتوب إلاّ جازت شهادته إلاّ القاذف، فإنّه لا تقبل شهادته أنّ توبته فيما كان بينه وبين الله تعالى» (٤)، فإنّ هذه تحمل على التقيه، والتوبه المزبوره فى نفسها إصلاح ومع استمرارها لا يحتاج فى قبول شهادته إلى أمر آخر بقريته المعتبره.

ثمّ إنّ التوبه فى القذف كما هو ظاهر صحيحه عبد الله بن سنان إكذاب نفسه عند الإمام وعند المسلمين، واعتبار إكذاب نفسه عند الإمام ظاهره لثبوت فسقه عنده، سواء

الثالثة: اللعب بآلات القمار كلها حرام [١]، كالشطرنج والنرد والأربعة عشر وغير ذلك، سواء قصد اللهو أو الحذق أو القمار.

الشرح:

أجرى عليه الحدّ أم لا، فلا يعتبر مع عدم الثبوت عنده و لو لعدم مطالبه المقذوف بحقّه، فيكفى الإكذاب عند أناس سمعوا منه القذف أو بلغهم القذف.

ويكفى أيضاً في الإكذاب أن يقصد الكذب في الآية الشريفه، بأن يقول: كذبت، وأراد الكذب فيها.

وما قيل من أنّه مع كذبه واقعاً يقول: كذبت، ومع صدقه يقول: أنا خاطئ لا أعود إلى ما قلت، لا يمكن المساعده عليه. بل فيه نوع إعادة للقذف، كما لا يخفى.

[١] المشهور بين الأصحاب حرمة اللعب بآلات القمار ولو لم يكن اللعب بنحو القمار، بأن لا يكون في البين رهان ويكون اللعب لمجرد اللهو المعبر عنه في لغة الفرس ب(خوشى وسرگرمى)، أو يكون اللعب بلا- رهان للحذق وتقويه الفكر، ويستدل على ذلك باطلاق النهى عن اللعب، وفي معتبره السكونى عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن اللعب بالشطرنج والنرد». (١)

وفي صحيحه حماد بن عيسى قال: «دخل رجل من البصريين على أبى الحسن الأول عليه السلام فقال له: جعلت فداك إنى أقعد مع قوم يلعبون بالشطرنج ولست ألعب بها ولكن أنظر فقال: ما لك ولمجلس لا ينظر الله إلى أهله». (٢)

فإن مقتضى الإطلاق في المعتبره وترك الاستفصال في الصحيحه عن الرهان وعدمه حرمة اللعب بهما.

وفي صحيحه معمر بن خلاد عن أبى الحسن عليه السلام قال: «النرد والشطرنج وأربعة

ص: ٤٥٧

١- (١) الوسائل: ١٢، الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩: ٢٣٨.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١: ٢٤٠.

الرابعة: شارب المسكر تردّ شهادته [١] ويفسق، خمراً كان أو نبيذاً أو تبعاً أو منصفاً أو فضيخاً، ولو شرب منه قطره، وكذا الفقاع، وكذا العصير إذا غلى من نفسه أو بالنار ولولم يسكر، إلا أن يغلى حتى يذهب ثلثاه، وأما غير العصير من التمر أو البسر، فالأصل أنه حلال ما لم يسكر، ولا بأس باتخاذ الخمر للتخليل.

الخامسة: مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب يفسق فاعله [٢] وتردّ شهادته،

الشرح:

عشر بمنزله واحده، وكل ما قورم عليه فهو ميسر. (١)

وفى موثقه مسعده بن زياد عن أبي عبدالله عليه السلام أنه سُئل عن الشطرنج فقال: «دعوا المجوسيه لأهلها لعنها الله». (٢)

ومن البعيد جداً أن يسأل مسعده عن القمار بالشطرنج أو غيرها.

وبالجملة: دعوى الإنصراف في النهي إلى صورة الرهان في اللعب بلا وجه، بل لا يحتمل ذلك في بعضها ولو موهوماً.

نعم، يمكن دعوى أنّ النهي مع عدم الرهان بنحو الكراهه لا التحريم، وفي صحيحه على بن رثاب قال: «دخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقلت له: جعلت فداك ما تقول في الشطرنج؟ قال: المقلّب لها كالمقلّب لحم الخنزير، قلت: ما على من قلب لحم الخنزير؟ قال: يغسل يده» (٣)، فيمكن أن يدعى ظاهر هذه عدم حرمة مجرّد اللعب واللعب به كاللعب بلحم الخنزير، ولكنّه لا يخلو عن تأمل.

[١] فإنّ شارب المسكر محكوم بالفسق ولا تقبل شهادته الفاسق، وكذا الأمر في شارب الفقاع والعصير بعد غليانه بالنار أو غيره ما لم يذهب ثلثاه وبقي ثلثه.

[٢] ظاهر كلامه قدس سره إنّ الغناء من الكبائر وكذا الاستماع إليه، فيكون فاعله

ص: ٤٥٨

١- (١) المصدر نفسه: الباب ١٠٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢٤٢: ١.

٢- (٢) الوسائل: ١٢، الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢٣٨: ٧.

٣- (٣) المصدر نفسه: الباب ١٠٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢٤٠: ٣.

وكذا مستمعه، سواء استعمل في شعر أو قرآن، ولا بأس بالحداء به، ويحرم من الشعر ما تضمن كذباً أو هجاء مؤمن أو تشبيهاً بامرأه معروفة غير محلله له، وما عداه مباح، والإكثار منه مكروه.

السادس: الزمر والعود والصنج، وغير ذلك من آلات اللهو حرام^[١] يفسق فاعله و مستمعه، ويكره الدف في الأملاك و الختان خاصة.

الشرح:

ومستمعه محكوماً عليه بالفسق بمجرد الارتكاب، كما أنّ ظاهر كلامه أنّ الغناء اسم لكيفية الصوت في القراءة وتأديه الكلام، وتلك الكيفية مدّ الصوت بحيث يشتمل على الترجيع وترديده في الحلق، بحيث يكون ذلك المدّ بذلك الترجيع مطرباً، أى مقتضياً لحاله للنفس يعبر عنها بطرب النفس وخفتها، كما يجدها الإنسان في نفسه بشده الحزن أو الفرح.

وحيث إنّ حصول تلك الحاله خصوصاً في المستمع لا- تكون بمجرد الكيفية المزبوره، بل يعتبر في حصولها حسن الصوت ونحوه، فيكون المراد كون تلك الكيفية مقتضياً للطرب، فإنه لا يحتمل أن يكون حسن الصوت ونحوه دخيلاً في صدق الغناء.

وقد تكلمنا في المسألة في المكاسب المحرمة من ارشاد الطالب بما فيه كفايه، فليراجع.

[١] ذكر قدس سره أنّ استعمال آلات اللهو في اللهو حرام يفسق فاعله و مستمعه، وهو كالغناء من المعاصي الكبيرة، وقد نفى الخلاف عن حرمه كل من استعمالها و الاستماع إليه.

ويدلّ عليه معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: «أنهاكم عن الزفن والمزمار وعن الكوبات والكبرات»^(١)، وفي موثقه اسحاق بن جريقال:

ص: ٤٥٩

١- (١) الوسائل: ١٢، الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث عو ٢٣٣: ١.

السابعه: الحسد معصيه [١]، وكذا بغضه المؤمن، والتظاهر بذلك قاذح في العدالة.

الشرح:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إنّ شيطاناً يقال له القفندر إذا ضرب في منزل رجل اربعين صباحاً بالبريط ودخل الرجل وضع ذلك الشيطان كل عضو منه على مثله من صاحب البيت ثم نفخ فيه نفخه فلا يغار بعدها حتى تؤتى نساؤه فلا يغار» (١).

إلى غير ذلك من الروايات الكثيره المؤيده للحرمة، لضعف اسنادها، إن لم يدعى الوثوق بصدور بعضها عن المعصوم لكثرتها، أو يلحق بما يعتمد عليها هذا بالاضافه إلى الاستعمال.

وأما بالاضافه إلى الاستماع، ففي موثقه مسعده بن زياد قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له رجل: بأبي أنت وأمي إني أدخل كنيفاً ولي جيران عندهم جوار يتغنين ويضربن بالعود، فربما أطلت الجلوس استماعاً مني لهنّ، فقال: لاتفعل إلى أن قال: قم فاغتسل وصلّ ما بدالك فأنك كنت مقيماً على أمر عظيم ما كان أسوأ حالك لومتّ على ذلك احمد الله وسئله التوبه من كلّ ما يكره فأنه لا يكره إلا كلّ قبيح والقبيح دعه لأهله فإنّ لكلّ أهلاً».

وما ذكر قدس سره من الاستثناء في الأملاك والختان لا يمكن المساعدة عليه، فإنّه لا موجب لرفع اليد عن ما دلّ على حرمة كلّ من الاستعمال والاستماع.

نعم، قد وقع الاستثناء بالاضافه إلى الغناء في الأعراس، وبالاضافه إلى الحداء كلام ذكرناه في ارشاد الطالب، والعجب من الماتن كره الدف في الأملاك يعنى العرس والختان مع عدم دليل على التخصيص إلا في الغناء كما مرّ.

[١] في صحيحه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أصول الكفر ثلاثه: الحرص والاستكبار والحسد» (٢)، وفي صحيحه محمد بن مسلم: «ان الحسد ليأكل الإيمان كما

ص: ٤٦٠

١- (١) الوسائل: ١٢، الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١.

٢- (٢) الوسائل: ١١، الباب ٥٥ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١٢ و ١: ٢٩٤.

الثامنة: لبس الحرير للرجال في غير الحرب اختياراً محرّماً [١] تردّد به الشهاده، وفي المتكأ عليه والافتراش له تردّد، والجواز مروى، وكذا يحرم التختّم بالذهب والتحلّى به للرجال.

التاسعه: إتخاذ الحَمَام للأُنس، وانفاذ الكتب ليس بحرام، وان اتخذها للفرحه والتطير فهو مكروه، والرهان عليها قمار.

العاشره: لا تردّد شهاده أحد من أرباب الصنائع المكروهه [٢]، كالصياغه وبيع الرقيق، ولا من أرباب الصنائع الدينيه كالحياكه والحجامه، ولو بلغت في الدناءه كالزبال والوقاد، لأن الوثوق بشهادته مستند إلى تقواه.

الشرح:

تأكل النار الحطب». (١)

وفي معتبره حمزه بن حمران عن أبي عبدالله عليه السلام: «ثلاثه لم ينج منها نبى فمن دونه: التفكر فى الوسوسه فى الخلق والطيره والحسد، إلا أن المؤمن لا يستعمل حسده». (٢)

وبالجملة: استعمال الحسد باظهاره ببغض المؤمن وايدائه واهانته وغير ذلك محرّم قاذح فى العدالة، كما هو مقتضى ما ورد فى ذلك من الروايات الكثيره المتفرقه فى أبواب جهاد النفس والعشره.

[١] على ما ذكر التفصيل فى بحث لباس المصلى.

[٢] لإطلاق ما دلّ على قبول شهاده العدل والأمر بالاستشهاد به، فإنّ الاشتغال والتكسب بالصناعات المكروهه لا ينافى العدالة، ومثله الاشتغال بالصنائع الدينيه كالزبال والوقاد، ودعوى منافاتها للمروه مطلقاً أو فى بعض الناس لا يمكن المساعده عليها، لعدم اعتبار عدم ارتكاب خلاف المروه فى العدالة على ما تقدم، مع أنّ الاشتغال بما هو دنى عند الناس بحسب الكسب لا يعتبر من خلافها.

ص: ٤٦١

١- (١) الوسائل: ١١، الباب ٥٥ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١٢ .

٢- (٢) المصدر نفسه: الحديث ٨: ٢٩٣.

الخامس: ارتفاع التهمة [١].

الشرح:

[١] يعتبر في سماع الشهادة ارتفاع التهمة في شهادة الشاهد، والظاهر عدم الخلاف في الاشتراط في الجملة، وحيث إن مجرد عود النفع إلى الشاهد بوجه لا يوجب ردّ شهادته مطلقاً، تعرض الماتن قدس سره للموارد التي تكون التهمة موجبه لعدم السماع.

وعدّ منها شهادة الشريك فيما هو شريك فيه، كما إذا ادّعى أحد الشريكين على آخر أنّه قد اشترى منه العين الفلانية وأقام شريكه شاهداً بشراءه، ويشهد لذلك روايات، منها: موثقه سماعه قال: «سألته عمّا يردّ من الشهود، قال: المريب والخصم، والشريك، ودافع مغرم، والأجير، والعبد والتابع والمتهم، كلّ هؤلاء تردّ شهاداتهم» (١).

وظاهرها كون الشريك قسيماً للمتهم، ولم يقيد عدم قبول شهادة الشريك فيما فيه الشركه، ويمكن أن يدعى انصرافها إلى ذلك، نظير عدم قبول شهادة العبد فإنّ شهادته لمولاه لا تقبل، ولكن اثبات الانصراف مشكل.

وعلى فرض الإطلاق يرفع اليد عن اطلاقه بما رواه الصدوق قدس سره في الصحيح عن أبان يعني أبان بن عثمان قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه، قال: تجوز شهادته إلا في شيء له فيه نصيب» (٢)، قد رواه الشيخ (٣) قدس سره عن أبان عمّن أخبره عن أبي عبدالله عليه السلام، إلا أنّه لا يضّر الإرسال بحسب نقله، حيث يمكن تعدد سماع أبان، بأن سمع الحكم من الإمام عليه السلام وقبله عمّن رواه عنه عليه السلام، ونظير ذلك غير عزيز.

ص: ٤٦٢

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٣:٢٧٨.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٢٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٣:٤٤٠.

٣- (٣) التهذيب ٦: ٢٤٦، الاستبصار ١٥: ٣.

الشرح:

وعلى ذلك كما يرفع اليد بروايه أبان عن اطلاق ما ورد فى عدم قبول شهادة الشريك لشريكه كذلك يرفع اليد عن اطلاق ما دلّ على سماع شهادة الشريك لشريكه، كمعتبره عبدالرحمان يعنى عبدالرحمان بن أبى عبدالله قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن ثلاثه شركاء ادعى واحد وشهد الإثنين، قال: يجوز» (١)، ولكن فى روايه الكلينى عن عبدالرحمان بن أبى عبدالله قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن ثلاثه شركاء شهد اثنان عن واحد قال: لا تجوز شهادتهما» (٢).

وربما يقال: إن الراوى عن عبدالرحمان بن أبى عبدالله فى كلا السندين أبان ابن عثمان، ومع تعارض النقلين لا يعلم أن الروايه عبدالرحمان ما رواه كلينى أو الشيخ قدس سرهما .

أقول: اجمال هذين النقلين لا يضّر بالحكم السابق لعدم ثبوت المعارض لصحيحه أبان المرويّه فى الفقيه، مع أنه يحتمل ثبوت كلا النقلين عن عبدالرحمان لتعدد سماعه عن الإمام عليه السلام، ونظيره أيضاً فى رواياتنا موجود، ومعه يرفع اليد عن اطلاق كلّ منهما بقريته صحيحه أبان.

ثمّ إنه قد يستدل على عدم قبول شهادة الشريك لشريكه فيما هو شريك فيه وغيره ممّن يأتى ذكرهم بروايات:

منها: صحيحه عبدالله بن سنان قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام ما يردّ من الشهود؟ قال: فقال: الظنين والمتهم، قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلك يدخل فى الظنين» (٣).

ص: ٤٦٣

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٤:٢٧٢، التهذيب ٦:٢٤٦، الاستبصار ٣:١٥.

٢- (٢) الكافي ٧:٣٩٤.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٣٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و٥:٢٧٤.

ويتحقق المقصود ببيان مسائل:

الأولى: لا تقبل شهادته من يجزّ بشهادته نفعاً: كالشريك فيما هو شريك فيه وصاحب الدين إذا شهد للمحجور عليه [١]،

الشرح:

ومنها صحيحه عبيد الله بن علي الحلبي قال سئل ابو عبد الله عليه السلام عمّا يردّ من الشهود، فقال: الظنين والمتهم والخصم، قال، قلت: فالفاسق والخائن؟ فقال هذا يدخل في الظنين (١). وصحيحه ابى بصير قال سألت ابا عبد الله عليه السلام ما يردّ من الشهود؟ فقال: المتهم والظنين والخصم. (٢)

بدعوى أنّ المراد بالظنين المتهم في دينه، بقرينه إدخال الخائن والفاسق فيه، فيكون المراد بالمتهم المتهم في الواقعة المرفوعة إلى القاضي، كالشريك في شهادته فيما هو شريك فيه، وعطف الخصم على المتهم من قبيل عطف الخاص على العام، حيث إنّه يدخل أيضاً في المتهم في الواقعة.

وبالجملة: إنّ عطف المتهم على الظنين أو بالعكس ليس من عطف التفسير، ولذا ذكر سلام الله عليه دخول الفاسق والخائن في الظنين لا في المتهم والظنين.

أقول: يمكن أن يكون المراد بالظنين المتهم في دينه، ولذا يدخل فيه الفاسق والخائن، والمراد بالمتهم المتهم في قوله، ولذا يجعل الخصم قسيماً له كالشريك، وقد ذكر المتهم في مقابل المريب في موثقه سماعه المتقدمه.

وبالجملة لم يحرز مع عدل الشريك دخوله في المتهم وإنّما يحرز دخوله في الخصم.

[١] إذا ادّعى المدّين المحجور عليه على الغير مالاً، سواء كان ذلك المال عيناً بيد الغير أم ديناً بعهدته، وأقام المدّعى المحجور عليه من ديّانه شاهداً أو شاهدين بدعواه على ذلك الغير، فلا تسمع شهاده الديّان وإن كان الشاهد منهم عدلاً، والوجه في عدم

ص: ٤٦٤

والسيد لعبد المأذون [١]، والوصى فيما هو وصى فيه.

الشرح:

السماع أنّ الدينان في الفرض يحسبون من خصوم المدعى عليه لتعلق حقهم بأموال المحجور عليه.

نعم، إذا لم يكن المدين محجوراً عليه وادّعى على آخر المال، سواء كان عيناً أم ديناً فلا بأس بأن يقيم المدين دايته شاهداً بدعواه، فإنّه تقبل شهادته بدعواه، حتى إذا كان المدين معسراً، فإنّ الدائن في الفرض لا يتعلّق حقه بمال المدين وإنما يكون له المطالبة بدينه لا بالمال الذي يدعى المدين على الغير حتى في صورته اعساره.

وبالجملة: فلا يدخل الدائن في عنوان الخصم في دعوى المدين على الغير حتى لا تقبل شهادته.

[١] والوجه في عدم السماع أنّ مال العبد لمولاه أو أنّ للمولى الولايه في ماله، فيكون مولاه خصماً في دعواه على الغير.

وممّا ذكرنا يظهر الحال في شهاده الوصى فيما هو وصى فيه، فإنّ الوصى في الفرض يدعى ثبوت حق الوصايه له في ذلك المال.

وفي صحيحه محمد بن يحيى قال: «كتب محمد بن الحسن يعنى الصفّار إلى أبي محمد عليه السلام: هل تقبل شهاده الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين». (١)

فإنّه لو كانت شهاده الوصى مسموعه لم تكن حاجه إلى يمين المدعى نعم، قد ورد في الصحيحه بعد ذلك: «وكتب أيجوز للوصيان يشهد لو ارث الميت صغيراً أو كبيراً وهو القابض للصغير وليس للكبير بقابض؟ فوقع عليه السلام: نعم وينبغي للوصيان يشهد بالحق ولا يكتم الشهاده». (٢)

ص: ٤٦٥

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٨ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٣: ١.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٨ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٣: ١.

الشرح:

ولذا يقال أنه لو لم تكن شهادة الوصى مسموعه فلا- موجب لأمره بالشهادة ونهيه عن ترك ادائها، فيكون المراد باليمين في صدرها اليمين الاستظهارى حيث يقوم بها المدعى استجاباً مع اقامته البيئه بدعواه، كما ورد فى وصايا على عليه السلام لشريح، هذا بالاضافه إلى الشهاده للميت.

وأما إذا شهد الوصى على الميت فتسمع شهادته كما ورد فى ذيل الصحيحه: «وكتب: أو تقبل شهادة الوصى على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقع: نعم من بعد يمين»(١)، وقد تقدم أن اليمين فى الدعوى على الميت لازم على المدعى مع اقامته البيئه.

ولا يقاس هذا باليمين الوارده فى صدرها، فإنّ الوارده فى صدرها بناءً على قبول شهادة الوصى استجابى وبناءً على عدم قبولها يثبت بها الدعوى منضمّاً إلى شهادة الواحد.

وبالجملة: الاستدلال بما فى صدرها من الأمر بضم اليمين على عدم قبول شهادة الوصى، ينافيه ما ورد فيها بعد ذلك من الأمر على الوصى بالشهادة للورثه الذين فيهم الصغار والوصى المزبور هو القابض لهم.

ويمكن دعوى أن الأمر بالشهادة والنهى عن الكتمان لا- ينافى عدم قبولها، خصوصاً بأنّ التعبير وقع بلفظ ينبغى، الظاهر فى التجويز والترغيب.

وذكر فى الجواهر أنه يمكن أن يقال بقبول شهادة الوصى للميت أيضاً فيما كان المدعى بعض ورثته، فإنّ المدعى به وهو المال للميت وليس للوصى نصيب فيه وأنما يتعلّق به حق الوصايه بعد ثبوته، واليمين الوارده فى الصدر لا يدلّ على عدم اعتبار شهادته لينافى ما ورد فيها بعد ذلك، فإنّها يمين استظهاريه مستحبه مع ثبوت

وكذا لا تقبل شهادة من يستدفع بشهادته ضرراً^[١]، كشهادة أحد العاقله بجرح شهود الجنايه، وكذا شهادة الوكيل والوصى بجرح شهود المدعى على الموصى أو الموكل.

الشرح:

الدعوى بالبينه، أو يمكن أن يكون مدعى عليه للورثه ميتاً، فيكون على الوارث المدعى مع اقامه البينه ضم اليمين، فلا يدخل الوصى فى الخصم فى دعوى الوارث على شخص آخر، أو كان الأوصياء للميت متعددين وادعى أحدهم على الآخر وشهد بدعواه الوصى الآخر، ونظير ذلك شهادة الوكيل لدعوى موكله المال الذى على تقدير ثبوته يكون فيه للوكيل الوكاله، فإنّ ثبوت المال بشهادة الوكيل لا يخلو من وجه، نعم، فى الموارد التى يعدّ الوصى أو الوكيل فيها مدعياً أيضاً فى الواقعه لا تقبل شهادتهما، كما أنه ينبغى الجزم بقبول شهادة الوصى فيما إذا شهد بما لا يرجع إلى ولايته، كما لو شهد للوارث بحق الشفعه و نحوه، وكذا فى شهادة الوكيل بما لا يرجع إلى مورد وكالته.

أقول: إذا كانت المكاتبه بصدورها ظاهره فى عدم قبول شهادة الوصى، كما هو مقتضى اعتبار اليمين مع شهادته وشهادة عدل آخر، وأنّ ما بعدها منافية لما فى صدرها، تكون المكاتبه مجمله، فيرجع فى عدم قبول شهادة الوصى أو الوكيل فيما لهما حق الوصايه والوكاله إلى ما ورد من عدم قبول شهادة الخصم، فإنّ دعوى أنّهما ليسا من الخصم فى الدعوى كماترى، وإذا لم تكن شهادتهما فيما لهما حق الوصايه والوكاله يرجع إلى اطلاق ما دلّ على قبول شهادة العدل.

[١] لا- تقبل شهادة من يدفع بشهادته الغرم عن نفسه، كشهادة أحد العاقله بجرح شهود الجنايه التى ديتها على العاقله، ونظير ذلك شهادة الوصيا والوكيل بجرح شهود المدعى على الموصى والموكل، فإنّ الوصى والوكيل يعدّ فى الدعوى على الموصى والموكل من الخصم.

ثمّ إنّه قد يقال من الشهاده التى لا تقبل أن يشهد الوارث بعد ما وقعت الجنايه على

الشرح:

مورثه، بأن فلاناً جرحه، سواء كانت الشهاده بعد موت مورثه أو قبل موته، ولكن لم تندمل الجراحه ويحتمل سرايتها عادة، فإنّ الشاهد فى الفرض مدّع لنفسه القصاص أو الدّيه فيدخل فى الخصم، وهذا فيما إذا لم يستوعب دين المورث تركته إن قلنا بتعلّق حق الديان بأعيان التركه.

وأما لو شهد الوارث بمال لمورثه المجرّوح ولو بجراحه ساريه عادة، أو للمورث المريض الذى يعلم موته، فإن لم يمت قبل الحكم فشهادته مسموعه، والفرق بين هذا وسابقه هو أنّ الشهاده فى الأوّل كانت من الادّعاء لنفسه بخلافها فى الثانى، فإنّه يشهد بالمال لمورثه فتقبل.

أقول: فى كلا- الأمرين تأمّل، فإنّ الشهاده فى الأوّل أيضاً بالاضافه إلى الديه من الشهاده بمال الميت، حيث أنّ الدّيه كما هو ظاهر الروايات من تركه الميت تسلّم كسائر ماله من الديون إلى ورثته، فمع كون المدعى على الغير هو المجنّى عليه فلا بأس بسماع شهاده الوارث قبل موته بأنّ فلاناً جرحه، هذا بالاضافه إلى الأوّل.

وأما بالاضافه إلى الثانى، فالظاهر سماع شهاده الوارث حتى فيما إذا مات المورث قبل الحكم، فإنّ مدرك القضاء هو الشهاده التى وقعت، وهى حال وقوعها كانت واجده لملاّك القضاء بها، نظير ما إذا شهد العدلان ثمّ خرجا عن وصف العداله قبل الحكم أو ماتا قبله فجأه، ورجوع الشاهدين قبل الحكم عن شهادتهما مسأله أخرى قد وردت فيها الروايات فيؤخذ فيها بما يستفاد منها.

ومما تقدّم يظهر الوجه فى عدم سماع شهاده الوكيل أو الوصى فى جرح شهود المدعى على الموصى والموكل، فإنّ الوصى أو الوكيل فى الواقعه المرفوعه المدعى عليه فلا وجه لسماع شهادتهما فى دفع الدعوى عنهما، لدخولهما فى الخصم على ما تقدم.

الثانية: العداوه الدينيه لا تمنع القبول، فإنّ المسلم تقبل شهادته على الكافر، أمّا الدينويّه فإنّها تمنع [١]، سواء تضمّنت فسقاً أو لم تتضمن، وتحقق العداوه بأن يُعلم من الشرح:

[١] العداوه الدينيه لا تمنع عن قبول الشهاده حيث تسمع شهاده المسلم على الكافر وشهاده المؤمن على المخالف.

وأما العداوه الدينويّه فالمعروف أنّها تمنع عن قبولها بلاخلاف بل ادعى عليه الإجماع، والمصرّح به في كلام جماعه كالماتن قدس سره عدم الفرق بين كونها موجباً للفسق أم لا، ولذا يقال أنّها تمنع عن الشهاده على من يكون بينه وبين الشاهد عداوه ولا تمنع عن الشهاده له، وعلى ذلك ينبغي الكلام في مقامين:

المقام الأول: في وجه منع العداوه الدينويّه عن قبول الشهاده مع عدم كونها موجباً للفسق: ويستدلّ على ذلك بدخول الشاهد معها في عنوان الخصم، الذي قد ورد في بعض الروايات المتقدّمه عدم قبول شهادته، فإنّه كما قيل: إنّ المراد منه العدو.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ الخصم في المقام من يكون طرفاً في المخاصمه استقلالاً أو تبعاً، ولو لم يكن هذا معناه الظاهر فلا أقل من احتمالها.

ويستدل أيضاً بالمروى في معاني الأخبار قال: «قال النبي صلى الله عليه وآله: لا تجوز شهاده خائن ولا خائنه ولا ذى غمز على أخيه» (١)، قال الصدوق قدس سره: الغمز الشحاء والعداوه.

وبمعتبره (٢) السكوني عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال: «لا تقبل شهاده ذى شحاء أو ذى مخزيه في الدين» (٣).

ص: ٤٦٩

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٩: ٨.

٢- (٢) معاني الاخبار: ٢٠٨.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٩: ٥.

حال أحدهم السرور بمساءه الآخر، والمساءه بسروره، أو يقع بينهما تقاذف، وكذا الشرح:

وربما يقال: إن الكلينى روى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلى عن السكونى عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «إن أمير المؤمنين عليه السلام كان لا يقبل شهاده فحاش ولاذى مخزيه فى الدين»^(١)، ومن البعيد جداً أن يكون للسكونى روايتان قد سمعهما عن أبى عبدالله عليه السلام، بل الظاهر أنّهما روايه واحده، ولا يعلم أنّ ما رواه السكونى ما فى روايه الصدوق أو ما فى روايه الكلينى، ومع ذلك لا يمكن أن يحكم بعدم سماع الشهاده مع العداوه الدينويه غير الموجهه للفسق.

أقول: مجرد ورود ذى مخزيه فى الدين فى كماله النقلين لا يدلّ على أنّهما روايه واحده، وظاهر النقلين وقوعهما عن السكونى، وعليه فلا بأس بالالتزام بكون تلك العداوه مانعه عن قبول الشهاده، وروايه معانى الأخبار لإرسالها صالحه للتأييد فقط.

المقام الثانى: فى المراد من العداوه الدينويه، وقد ذكر الماتن فى بيانها أن يسرّ أحدهما باصابه الآخر بالسوء أو يقع بينهما تقاذف.

وقد يقال: أنه لو كان المراد بالعداوه ما ذكر لكنت موجهه للفسق لحرمة الحسد وبغض المؤمن وقذفه.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ مجرد السرور لا يمنع عن العدالة ولا يكون اظهاراً للحسد، كما إذا كان المشهود عليه يؤذى الشاهد العدل دوماً ولذا يسرّ الشاهد اصابته بالمصيبه، وظاهر معتبره السكونى ومعانى الأخبار ثبوت الوصف فى الشاهد وأنه تمنع عن قبول شهادته واظهار سروره أيضاً فى مثل ما ذكر فضلاً عن سروره الباطنى لا يمنع العدالة.

ص: ٤٧٠

١- (١) الكافى ٧: ٣٥٦، الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٧: ١.

لو شهد بعض الرفقاء لبعض على القاطع عليهم الطريق، لتحقق التهمة [١]، أما لو شهد العدو لعدوه قبلت لانتفاء التهمة.

الشرح:

فلوجه للالتزام بأن ثبوت العداوه فى المدعى عليه أيضاً يمنع عن قبول شهاده الشاهد عليه وان لم تكن فى نفس الشاهد عداوه، وأنه على ذلك يصح لكل مدعى عليه ان يظهر عداوته بالاضافه إلى الشاهد عليه بسببه وقذفه لتسقط شهادته عليه عن الاعتبار.

[١] ذكر قدس سره: انه لا تسمع شهاده بعض رفقته الطريق لبعض الآخر على قاطع الطريق عليهم، بأن شهدا أنهم أخذوا من فلان كذا، أو قالوا- أنهم أخذوا منّا كذا ومنهم كذا، ويقال فى وجه عدم قبول شهادتهم بأن قطع الطريق عليهم يوجب العداوه بين القطاع وبينهم.

ويدلّ عليه أيضاً روايه محمّد بن الصلت قال: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رفقته كانوا فى طريق فقطع عليهم الطريق وأخذوا اللصوص فشهد بعضهم لبعض، قال: لا تقبل شهادتهم إلاّ باقرار من اللصوص أو شهاده من غيرهم عليهم». (١) ولكن الروايه ضعيفه سنداً.

ولا بأس بالالتزام بسماع شهادتهم بالاضافه إلى الأخذ من الآخرين، كشهاده بعض الديان لبعض الآخر فى دعواهم على المدين، وما تقدّم فى مانعيه العداوه الدنيويه لا يوجب عدم سماع شهاده بعض الرفقه فى الفرض، حيث إنّ ظاهر ما تقدم العداوه غير الناشئه عن تعدى المشهود عليه فى نفس الواقعه المرفوعه إلى الحاكم كما لا يخفى، كما أنّ ظاهره شهاده ذى الشحاء بمقتضى مناسبه الحكم والموضوع الشهاده عليه، فلا يعمّ ما إذا كانت شهادته له.

ص: ٤٧١

عدم قرح قرابه الشاهد للمدعى فى الشهاده

الثالثه: النسب وان قرب لا يمنع قبول الشهاده [١]، كالأب لولده وعليه، والولد لوالده، والأخ لأخيه وعليه، وفى قبول شهاده الولد على والده خلاف والمنع أظهر، سواء شهد بمال، أو بحق متعلق ببدنه، كالقصاص والحدّ.

الشرح:

[١] لا خلاف فى أنّ النسب والقرابه بين الشاهد والمشهود له أو عليه لا يمنع عن قبول شهادته، سواء كان النسب قريباً أم بعيداً، فتسمع شهاده الوالد لولده أو عليه، وشهاده الأخ لأخيه أو عليه.

ويشهد لذلك مضافاً إلى أنّه مقتضى الآيه المباركه وما ورد من الإطلاق فى قبول شهاده العدل، الروايات الخاصه كصحيحه الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «تجوز شهاده الولد لوالده والوالد لولده والأخ لأخيه». (١)

وصحيحته الأخرى عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن شهاده الوالد لولده والولد لوالده والأخ لأخيه قال تجوز». (٢)

وموثقه سماعه قال: سألته عن شهاده الوالد لولده والولد لوالده والأخ لأخيه قال: نعم» (٣)، إلى غير ذلك.

وهذه الروايات وان كانت وارده فى الشهاده له إلاّ أنّها تدلّ على قبولها على القريب بالأولويه، نظير ما تقدم فى شهاده ذى الشحناء.

والمشهور كما قيل التزموا بعدم سماع شهاده الولد على والده ويستدل على ذلك بمرسله الفقيه، قال: «وفى خبر آخر: لا تقبل شهاده الولد على والده» (٤)، ويضاف إليها ما فى الكتاب العزيز: «وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا» (٥)، بدعوى أنّ ردّ قول الولد وتكذيبه لا يدخل فى المعاشره بالمعروف بل هو عقوق يمنع عن قبول الشهاده،

ص: ٤٧٢

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٦ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و٣ و٤: ٢٧٠.

٢- (٢) الفقيه ٣: ٤٢.

٣- (٣) لقمان: ١٥.

الشرح:

والمحكي عن المرتضى والاسكافي قبول شهادته على والده، وعن العلامة في التحرير التردد في القبول، وعن الشهيد اختيار القبول لضعف الرواية.

ودعوى انجبارها بالشهره لا يمكن المساعدة عليها، فإن الشهره غير محققه وعلى تقديرها فيمكن أن يكون استناد بعضهم أو جلهم إلى ما ذكر من كون الشهاده على الوالد عقوقاً ولا يكون من مصاحبتهم بالمعروف.

وهذا الوجه أيضاً ضعيف، فإن أداء الشهاده قيام بالعدل وتركها كتمان للشهاده لله، يقول الله سبحانه: «كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ» (١)، ولا تكون الشهاده على الوالد عقوقاً بل هو احسان إليه وتصدى لتخلصه من حقوق الناس فلا تكون منافية لعدل الولد.

أضف إلى ذلك روايه داود بن الحصين قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أقيموا الشهاده على الوالدين والولد، ولا تقيموها على الأخ في الدين الضير، قلت: وما الضير؟ قال: إذا تعدى فيه صاحب الحق الذي يدعيه قبله خلاف ما أمر الله به ورسوله، ومثل ذلك أن يكون لآخر على آخر دين وهو معسر، وقد أمر الله بانظاره حتى يبسر، فقال تعالى: «فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ» (٢) ويسألك أن تقيم الشهاده وأنت تعرفه بالعسر، فلا يحل لك أن تقيم الشهاده في حال العسر». (٣) ولا يبعد اعتبار الروايه سنداً، فإن ذبيان بن حكيم الأودي، على ما يظهر من ترجمه أخيه أحمد، من المعاريف والمشاهير من الرواه، حيث عرف أحمد بن يحيى ابن حكيم بأنه أخ ذبيان بن حكيم الأودي، ولا موجب لحملها على الشهاده بعد الموت، بقريته الأمر بالمصاحبه المعروف، مع أن

ص: ٤٧٣

١- (١) النساء: ١٣٥.

٢- (٢) البقره: ٢٨٠.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ١٩ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٥٠.

وكذا تقبل شهادة الزوج لزوجته، والزوجه لزوجها [١] مع غيرها من أهل العدالة، ومنهم من شرط في الزوج الضميمة كالزوجه، ولاوجه له، ولعل الفرق إنما هو لاختصاص الشرح:

مقتضاه عدم قبول شهادة الولد على والدته أيضاً.

ثم إنه نسب إلى الشيخ قدس سره أنه يعتبر في قبول الشهادة مع النسب القريب انضمام شاهد أجنبي، ويستدل على ذلك بمعتبره السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: «إنَّ شهادة الأخ تجوز إذا كان مرضياً ومعه شاهد آخر». (١)

ولكن لا يخفى بأن مدلولها عدم كفايه الشاهد الواحد في ثبوت الدعوى، فيعتبر انضمام شاهد آخر، سواء كان الآخر قريباً كالولد والعم أم أجنبياً، نعم يرفع اليد عن إطلاقها بالاضافه إلى دعوى المال.

[١] تقبل شهادة الزوج لزوجته والزوجه لزوجها بلا خلاف ظاهر، وفي صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «تجوز شهادة الرجل لإمرأته والمرأه لزوجها إذا كان معها غيرها». (٢)

وصحيحه عمّار بن مروان قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام أو قال: سأله بعض أصحابنا عن الرجل يشهد لإمرأته، قال: إذا كان خيراً (نسخه آخر) جازت شهادته معه لامرأته» (٣)، وكلمه معه قرينه على أن الصحيح إذا كان آخر.

وفي موثقه سماعه قال: «سألته عن شهادة الرجل لامرأته، قال: نعم، والمرأه لزوجها؟ قال: لا، إلا أن يكون معها غيرها». (٤)

وعن جماعه من القدماء اعتبار انضمام الآخر إلى شهادة الزوج لزوجته، كما هو الحال في قبول شهادة الزوجه لزوجها، وعن جماعه التفرقه بين شهادة الزوج

ص: ٤٧٤

١- (١) المصدر نفسه: الباب ٢٦ من أبواب الشهادات، الحديث ٥: ٢٧١.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٥ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و ٢ و ٣: ٢٩٦.

الزوج بمزيد القوه فى المزاج من أن تجذبه دواعى الرغبه، والفائده تظهر، لو شهد فيما يقبل فيه شهاده الواحد مع اليمين وتظهر الفائده فى الزوجه، لو شهدت لزوجها فى الوصيّه وتقبل شهاده الصديق لصديقه، وان تاكدت بينهما الصّحبه والملاطفه، لأنّ العدله تمنع التسامح.

الشرح:

فلا يعتبر الانضمام وشهاده الزوجه فيعتبر الانضمام، كما هو ظاهر الماتن قدس سره.

واستظهروا التفرقه من صحّحه الحلبي وموثقه سماعه، وفى عباره الماتن أنّ الفرق لاحتمال أنّ للزوج قوه مزاج تمنعه دواعى الرغبه لزوجته مع عدله ان لا يذكر الحق، بخلاف الزوجه، فإنّه ليس لها القوه بهذه المرتبه حتى مع عدلها.

ولكن الأظهر عدم الفرق بين الزوج والزوجه فيما يثبت بشهاده الرجال وبشهاده النساء، وأنّ الاكتفاء بشهاده الزوج من غير انضمام إنّما هو فى شهادته بالمال لها، وأمّا فى الشهاده بغيره ممّا يعتبر فيه البينه فيعتبر الانضمام، ولعلّ ما فى صحّحه عمّار بن مروان ناظر إلى جميع الدعاوى والصّححه والموثقه إلى دعوى المال، وهذا بخلاف شهاده الزوجه، فإنّ شهاده المرأه الواحده بلا انضمام امرأه أخرى لا يثبت شيئاً إلاّ فى شهادتها بالوصيه بالمال، حيث يثبت بشهادتها منفرده ربع المال، كما يأتى.

وأما ما ذكره الماتن فى وجه الفرق فهو كما ترى.

ثمّ إنّ الروايات فى المقام و فيما تقدم من شهاده الأب والولد والأخ، كلّها ناظره إلى الشهاده للآخر، غير ما ذكرنا فى شهاده الولد على والده، فإنّ تمّ ما ذكرنا فى شهاده القريب نسباً، من أنّ تجويز الشهاده وسماعها للمشهود له بالفحوى يدلّ على السماع فى المشهود عليه فهو، وإلاّ يؤخذ فى سماع شهاده القريب على القريب وفى شهاده كلّ من الزوج والزوجه على الآخر بالإطلاق الدال على اعتبار شهاده العدل، وذكر سماع الشهاده للآخر لا يقتضى التقييد فى الاطلاق المزبور، لكون الشهاده من القريب أو الزوج أو الزوجه من قبيل الشهاده للآخر غالباً.

الرابعه: لا- تقبل شهاده السائل فى كفه [١]، لأنه يسخط إذا منع، ولأن ذلك يأذن بمهانه النفس، فلا يؤمن على المال، ولو كان ذلك مع الضروره نادراً، لم يقدح فى شهادته.

الشرح:

[١] لا تقبل شهاده السائل بكفه، ويشهد له صحيحه على بن جعفر عن أخيه أبى الحسن موسى عليه السلام قال: «سألته عن السائل الذى يسأل بكفه هل تقبل شهادته؟ فقال: كان أبى لا يقبل شهادته إذا سأل فى كفه». (١)

وموثقه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «ردّ رسول الله صلى الله عليه وآله شهاده السائل الذى يسأل فى كفه، قال أبو جعفر عليه السلام: لأنه لا يؤمن على الشهاده، وذلك لأنه إن أعطى رضى وان منع سخط». (٢)

وظاهر هذه إن الوصف الغالبى للسائلين بكفهم الموجب لعدم الوثوق بشهادتهم هو الموجب لعدم اعتبار الشارع شهاده السائل بالكف حتى فيما كان سائل بكفه على خلاف الوصف المزبور، وظاهر السائل بالكف من يتصدى السؤال لأخذ المال بنفسه، بحيث يكون هذا النحو من السؤال حرفه له، يأخذ كل ما يعطى ولو بمال قليل، فلا يعم من يسأل ويأخذ المال بالواسطه أو يرسل المال إليه أو يسأل اتفاقاً لضروره تطراً، من غير أن يصير السؤال حرفه له.

وفى المسالك تبعاً للتحرير والدروس أنه فى حكم السائل بالكف الطفيلى، والمراد به من يحضر الطعام من غير دعوه ولكن فى الإلحاق تأمل بل منع، لعدم صدق عنوان السائل بالكف عليه، وما ورد فى موثقه محمد بن مسلم مع كونه من قبيل الحكمه كما ذكرنا لا يجرى فى الطفيلى ثم إنه قد ذكر فى الجواهر: أن ظاهراً ورد فى عدم قبول شهاده السائل بكفه ان السؤال بالكف غير محرّم فضلاً عن السؤال بغيرها، فإنه لو كان السؤال بالكف فى نفسه محرّماً لذكر عليه السلام فى تعليل عدم سماع شهادته أنه فاسق.

الخامسة: تقبل شهاده الأجير والضيف، وإن كان لهما ميل إلى المشهود له [١]، لكن يرفع التهمه تمسكهما بالأمانه.

الشرح:

اللهمّ إلا أن يقال: إنّ السؤال عند ضروره السائل غير محرّم، فيحمل فعل المسلم على الصحه، فبمجرد سؤال شخص بالكفّ مع إمكان كونه لضروره لا يحكم بفسقه، وعلى ذلك فالسائل بكفّه وإن كان على ظاهر العداله إلا أنّه لا تقبل شهادته لما تقدم من بعض الروايات، وإذا لم نقل بحرمة السؤال ولو من غير ضروره فالسؤال بالكف لا ينافي العداله الواقعيه، حتى فيما إذا ذكر أو احرز أنّه غني لا يحتاج فعلاً إلى المال الذي يسأل به الناس، ولكن مع ذلك لا تقبل شهادته.

ولكن المغروس في الأذهان حرمة السؤال في هذا الفرض، والنصوص الوارده في النهي عن سؤال الناس مستفيضه، ولكن أكثرها محموله على مراتب الأولياء، وهو الغناء عن الناس والالتجاء إلى ربّ العالمين ويعمّ بعضها النهي عن مثل السؤال عن بعض جلسائه الماء لشربه، وبعضها محموله على صورته التدليس باظهار الحاجه والفقر ليحصل بالمال من الناس، عكس الذين يحسبهم الجاهل أغنياء من تعفّفهم، وأمّا حرمة مجرد السؤال من حيث كونه سؤالاً فلم يظهر عليه دليل ولا يحضرني كلام منقح فيه للأصحاب. انتهى.

أقول: السؤال من غير ضروره وإن يكون عملاً مذموماً حتى فيما إذا لم يكن من قبيل السؤال بالمال، إلا أنّه لا دليل على حرمة حتى فيما إذا كان بصوره التدليس فيما إذا لم يتضمن الكذب أو محرّماً آخر، والثابت من الارتكاز هو المذموميه دون الحرمة، والله سبحانه هو العالم.

[١] المشهور أنّه تقبل شهاده الأجير والضيف مع عدلها للمستأجر والمضيف، وقيل: إنّه ولو كان لهما ميل قلبي بالاضافه إلى المشهود لهما إلا أنّ الاتهام عنهما في

الشرح:

شهادتهما يرتفع بتمسكهما بالأمانه فى الشهاده التى من لوازم العدالة أو تدخل فيها.

نعم، نسب المنع عن قبول شهادة الأجير للمستأجر إلى جماعه من المتقدمين والمتأخرين، فيما إذا كانت شهادته قبل مفارقه مستأجره ويدل على السماع بالاضافه إلى شهادة الضيف.

مضافاً إلى الاطلاق فيما دل على اعتبارشهادة العدل، موثقه أبى بصير عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «لابأس بشهادة الضيف إذا كان عفيفاً صائناً قال ويكره شهادة الأجير لصاحبه، ولا بأس بشهادته لغيره، ولا بأس به له بعد مفارقه»^(١).

وأما الأجير فالأظهر عدم قبول شهادته لمستأجره ما دام أجيماً له ولم يفارقه، أخذاً بظاهر الموثقه، فإن الكراهه فيها بمعنى عدم النفوذ، حيث لا معنى للكراهه المصطلحه فى اداء الشهاده، فإن مع الاعتبار يجب الأخذ بها ووجب عليه ادائها ومع عدم اعتبارها لايجوز القضاء بها، وحملها على تحمل الشهاده خلاف ظاهر الموثقه.

وفى صحيحه صفوان عن أبى الحسن عليه السلام قال: «سألته عن رجل أشهد اجيره على شهادة ثم فارقه، أتجوز شهادته له بعد أن فارقه؟ قال: نعم، وكذلك العبد إذا اعتق جازت شهادته»^(٢)، وتنظيره شهادة الأجير بعد مفارقه مستأجره بشهادة العبد بعد عتقه، ظاهره عدم نفوذ الشهاده مادام لم يفارق المستأجر.

ويشهد لذلك أيضاً موثقه سماعه الوارده فيمن لا تقبل شهادتهم حيث عدّ منهم الأجير، فيرفع اليد عن اطلاقها بالموثقه والصحيحه الداليتين على قبول شهادة الأجير بعد مفارقه مستأجره، وكما يدل الموثقه على قبول شهادته لغير مستأجره قبل المفارقه

ص: ٤٧٨

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٩ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٧٤.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٩ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٧٤.

لواحق هذا الباب وهي سته:

الأولى: الصغير والكافر والفاسق المعلن، إذا عرفوا شيئاً، ثم زال المانع عنهم، فأقاموا تلك الشهادة قُبِلت لاستكمال شرائط القبول [١]، ولو أقامها أحدهم في حال المانع فردّت ثم أعادها بعد زوال المانع، قُبِلت وكذا العبد لو ردّت شهادته على مولاه، ثم أعادها الشّرح:

وبعدها، وظاهر الأجير ما يعمّ الأجير على عمل لا خصوص ما يؤجر جميع أعماله وظاهر المفارقة انتهاء أمد الإجاره.

نعم، يمكن أن يكون المراد بالتابع الذي ورد مع الأجير في موثقه سماعه فيمن تردّ شهادتهم شاملاً للأجير بالإضافة إلى جميع منافعه، كما يدخل فيه من يدخل في عائله الانسان بتبرع جميع اعماله له، فيؤخذ بظاهرها في كل من الأجير والتابع بعد تقييد الأوّل بما قبل مفارقتها، ثم إنّ ماتقدم لا يعمّ شهادة المستأجر لموجره فيؤخذ في شهادته بالإطلاق الوارد في اعتبار شهادة العدل.

[١] ذكر قدس سره أنّ ماتقدم من شروط الشاهد والأوصاف المعتره فيه معتبره في الشاهد في اداء شهادته، فلا تقبل الشهاده بدونها في مقام الأداء، وأمّا عند تحمّلها فلا يعتبر في المتحمّل شيء منها، فلو تحمل الصبي الشهاده وكان في مقام ادائها بالغاً جامعاً للشرائط تقبل شهادته، وكذلك الكافر والفاسق المحرز فسقه، كل ذلك لظهور ما دلّ على ردّ الشهاده وعدم قبولها في كون الشاهد في مقام الاداء والاستناد في القضاء عند شهادته ممن ذكر.

أضف إلى ذلك ما ورد في خصوص الصبي والكافر والعبد والأجير، وفي صحيحه محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الذمّي والعبد يشهدان على شهادته ثمّ يسلم الذمّي ويعتق العبد، أتجوز شهادتهما على ما كانا اشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم

بعد عتقه، أو الولد على أبيه فردّت ثمّ مات الأب وأعادها، أمّا الفاسق المستتر، إذا أقام فردّت ثمّ تاب وأعادها، فهنا تهمة الحرص على دفع الشبهه عنه، لاهتمامه بإصلاح الظاهر، لكن الأشبهه القبول.

الشرح:

منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما». (١)

وربّما يقال: إنّه ينافى ذلك صحيحه جميل قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن نصراني اشهد على شهادته ثمّ أسلم بعد، أتجوز شهادته؟ قال: لا». (٢)

ولكن لا يخفى أنّ مقتضى الجمع بينها وبين مثل صحيحه محمد بن مسلم، حمل الأولى بما إذا لم يكن يعلم منه خيراً بأن لم يثبت عدله، كما هو مقتضى الجمع بين الإطلاق والتقييد في سائر المقامات، وأمّا آية الأمر بالإستشهاد من ذوى العدل، فذكر العدل في الشاهدين عند التحمّل لا لإحراز وجود المثبت لمقام الاداء، بل لما تقدم من أن تحمل الشاهدين العدلين شرط في صحّه الطلاق، نعم الأمر كما ذكر في آية الوصيه.

وذكر أيضاً قدس سره أنّه لو شهد الشاهد مع فقد الشرط فردّت شهادته ثمّ أعاد تلك الشهاده بعد زوال المانع تقبل شهادته، كما إذا أوقف المدعى دعواه فيما إذا لم يتمكّن على اثباتها لردّ شهادته بعض شهوده ثمّ أعادها ثانياً وشهد له من كان فاقداً لشرط القبول في شهادته أولاً، كل ذلك أيضاً لما دلّ على نفوذ القضاء بالبينه أو بشاهد ويمين.

وعلى ذلك، فلو شهد العبد على مولاه أو الولد على والده، بناءً على عدم قبول شهادتهما، ثمّ اعتق العبد أو مات الأب وشهدا على مولاه أو على أبيه فتقبل شهادتهما، وإن كانت مسبوقة بالردّ، ومقتضى الإطلاق في بعض الكلمات عدم الفرق في عدم قبول شهادته العبد بين أن تكون شهادته على مولاه أو له، وعلى هذا القول أيضاً ربّما يقال بسماع شهادته بعد عتقه حتّى إذا كان الداعى إلى عتقه قبول شهادته بعده.

الشرح:

ولكن يظهر من معتبره السكوني أنه إذا ردّت شهادة العبد قبل عتقه فلا تقبل تلك الشهادة منه بعد عتقه، وإن العتق لغرض سماع شهادته لا يوجب قبول شهادته.

فإنه روى عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام: «إنّ شهادة الصبيان إذا شهدوا وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها، وكذلك اليهود والنصارى إذا أسلموا جازت شهادتهم، والعبد إذا أشهد على شهادة ثمّ اعتق جازت شهادته إذا لم يردّها الحاكم قبل أن يعتق، وقال عليه السلام: إن اعتق العبد لموضع الشهادة لم تجز شهادته».

قال الصدوق قدس سره (١) بعد نقل الحديث: قال مصنف هذا الكتاب: أمّا قوله عليه السلام: إذا لم يردّها الحاكم قبل أن يعتق، فإنّه يعنى به أن يردّها لفسق ظاهر أو حال يجرح عدالته، لا لأنّه عبد، لأنّ شهادة العبد جائزه وأوّل من ردّ شهادة المملوك عمر، وأمّا قوله عليه السلام: إن اعتق العبد لموضع الشهادة لم تجز شهادته، كأنّه يعنى إذا كان شاهداً لسيدته، فأما إذا كان شاهداً لغير سيده جازت شهادته عبداً كان أو معتقاً إذا كان عدلاً. (٢)

فظاهر كلامه قدس سره التزامه بأنّ شهادة العبد لمولاه غير نافذه حتى إذا اعتق لتلك الغايه، وما ذكر فى تفسير إذا لم يردّها الحاكم، خلاف ظاهر المعتبره، بل ظاهرها أن ردّ شهادة العبد أولاً يوجب عدم سماع إعادتها بعد عتقه، والعمل بالمعتبره فى كلا الموردین متعين، إلاّ أنّه يأتى أنّ المعتبره أيضاً بالإضافه إلى ما ورد فيها من ردّ شهادة العبد محموله على التقيه.

وذكر قدس سره أيضاً أنّ الفاسق المستتر بفسقه إذا ردّت شهادته بالجرح ممّن شهد بباطن أمره ثمّ تاب هذا المستتر، فإن شهد بشهادة أخرى تقبل شهادته بلا اشكال ولاخلاف،

ص: ٤٨١

١- (١) الفقيه ٣:٤٥، الوسائل: ١٨، الباب ٢٢ من أبواب الشهادات، الحديث ١٣:٢٥٧.

٢- (٢) الفقيه ٣:٤٥.

الثانية: قيل: لا تقبل شهادته المملوك أصلاً [١]، وقيل: تقبل مطلقاً، وقيل: تقبل إلا على مولاه، ومنهم من عكس، والأشهر القبول إلا على المولى، ولو أعتق، قُبلت شهادته

الشرح:

ولكن لو أعاد الشهاده السابقه فقد يقال فى اعادتها تهمه، بأنّ الداعى له إلى اصلاح ظاهره اعاده تلك الشهاده ليدفع عن نفسه عار الكذب فى تلك الواقعه، وهذا لا يجرى فى حق الفاسق المتجاهر بفسقه لعدم مبالاته فى ذلك الزمان ولا غضاضه عليه فى ردّ شهادته فى السابق.

ولكن هذا كما ترى لا يوجب رفع اليد عمّا دلّ على اعتبار شهادته العدل وكونها مدرک القضاء.

[١] يقع الكلام فى شهادته المملوك لغير مولاه وعلى غير مولاه، وفى شهادته لمولاه وعليه.

فإنّه قيل: لا تقبل شهادته مطلقاً، وهذا هو المنسوب إلى أكثر العامه، وقيل: تقبل مطلقاً، وقيل: تقبل إلا على مولاه، وقيل: لا تقبل إلا على مولاه، وظاهر الماتن الاشاره إلى ذلك، حيث قال: ومنهم من عكس الأمر.

وقبول شهادته إلا على مولاه هو المنسوب إلى أكثر الأصحاب، منهم الشيخ والمفيد والمرضى والقاضى وابن إدريس، وقيل: تقبل شهادته على مثله وعلى الكافر دون المسلم الحرّ، وينسب ذلك إلى ابن الجنيد، ومنشأ الخلاف اختلاف الأخبار و رعايه بعض الوجوه وسيظهر حالها.

ويدل على قبول شهادته المملوك وعدم كون الرقيه مانعه عن قبولها صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام لا بأس بشهادته المملوك إذا كان عدلاً». (١)

ص: ٤٨٢

على مولاه، وكذا حكم المدبر والمكاتب المشروط، وأميا المطلق، إذا أدى من مكاتبته شيئاً، قال في النهاية: تقبل على مولاه بقدر ما تحرر منه، وفيه تردد، أقربه المنع.

الشرح:

وفي صحيحته الأخرى عن أبي جعفر عليه السلام الواردة في قضيه درع طلحه حيث ورد فيها: «ثم اتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلواً يوم البصره، فقلت: هذا مملوك وما بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً» (١)، ومعتبره بريد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن المملوك تجوز شهادته؟ قال: نعم، إن أول من ردّ شهاده المملوك لفلان» (٢).

ونحوها معتبره محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام: «في شهاده المملوك إذا كان عدلاً فإنه جائز الشهاده، إن أول من ردّ شهاده المملوك عمر بن الخطاب، وذلك أنه تقدم إليه مملوك في شهاده، فقال إن أقمت الشهاده تخوّفت على نفسى، وإن كتمتها أئمت بربى، فقال: هات شهادتك أما إننا لا نجيز شهاده مملوك بعدك» (٣).

وهذه الروايات باطلاقاتها تقتضى كون شهاده المملوك كشهاده الحر، فتقبل إذا كان عدلاً.

والتعبير بالمعتبره فى الأخيرتين لوقوع قاسم بن عروه فى سندهما، وهو وإن لم يوثق إلا أنه من المعاريف الذين لم يرد فيهم ذم وقدح.

وفى مقابلها ما يدل على عدم قبول شهاده المملوك، كموثقه سماعه الواردة فى جملة من لا تقبل شهادتهم، حيث قال: «سألته عما يرد من الشهود، قال: المريب والخصم والشريك ودافع مغرم والأجير والعد» (٤)، وصحيحه الحلبي عن أبي

ص: ٤٨٣

١- (١) المصدر نفسه: الباب ١٤، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٤: ٦.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٥٣: ٢.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٥٣: ٣.

٤- (٤) المصدر نفسه: الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٨: ٣.

الشرح:

عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن شهاده ولد الزنا فقال: لا ولا عبد».(١)

ودعوى أنه يمكن الجمع بينها بتقييد الطائفة الثانية بما فى الأولى، من تقييد السماع بما إذا كان المملوك عدلاً، ومع المعارضه الترجيح مع الطائفة الأولى، لموافقته لمثل قوله سبحانه: «وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ»(٢)، لا يمكن المساعده عليها، وأنه لا بد من الإغماض عن الجمع المزبور.

والوجه فى الإغماض هو ظهور موثقه سماعه فى أن العناوين الوارده فيها انطباقها على الشخص يمنع عن قبول شهادته، وكما أن الخصم والشريك و دافع مغرم مع عدلهم لا تقبل شهادتهم، فكذلك العبد وللفاسق من العبد داخل فى المريب، كما تقدم.

وما ذكر من أن ما دل على قبول شهاده العبد موافق للكتاب العزيز يناقش فيه، بأنه قد ورد فى تفسير العسكرى عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: «كنا عند رسول الله صلى الله عليه وآله وهو يذاكرنا بقوله سبحانه: «وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ» قال: أحراركم دون عبيدكم».(٣)

ولكن يدفع المناقشه بأنه لم يثبت كون التفسير المزبور للإمام عليه السلام ليؤخذ به، ومع الإغماض فما دل على قبول شهاده العبد مخالف لما عليه أكثر العامه أو جلهم.

وفى الين روايات قد ورد فيها التفصيل فى قبول شهاده العبد، فإن تم هذه الروايات وختت عن المعارض يمكن أن تكون شاهد جمع بين الطائفتين.

منها: صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «تجوز شهاده المملوك من

ص: ٤٨٤

١- (١) المصدر نفسه: الباب ٣١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٧: ٦.

٢- (٢) البقره: ٢٨٢.

٣- (٣) البقره: ٢٨٢.

الشرح:

أهل القبلة على أهل الكتاب، وقال: العبد المملوك لا تجوز شهادته». (١)

وفى صحيحه جميل قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المكاتب تجوز شهادته؟ قال: في القتل وحده». (٢)

وكلّ منهما معارض بما ورد في قضيه درع طلحه، وقد ذكرنا أنّ الترجيح مع ما ورد في قبول شهادته.

وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «تجوز شهادة العبد المسلم على الحرّ المسلم» (٣)، ولكن ذكر في الوسائل: وفي نسخه لا يجوز.

وفى موثقه ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت عن الرجل المملوك المسلم تجوز شهادته لغير مواليه؟ قال: تجوز في الدين والشئ اليسير». (٤)

ولم يعهد العمل بمضمونها من أحد من أصحابنا، وقيل: أنّها تناسب أقوال العامّة.

نعم، ظاهرها أنّ عدم قبول شهادة العبد لمولاه كان مفروغاً عنه عند السائل، ولا يبعد أن يقال: إنّ هذا يناهى ما ورد في قضيه درع طلحه، نعم نسب إلى أكثر أصحابنا التزامهم بعدم سماع شهادة المملوك على مولاه.

وربّما يقال في الاستدلال عليه الإجماع الذي ذكره ابن ادریس و حكي عن الانتصار والغنيه، وقياس العبد بالولد، فإنّه كما لا تسمع شهادة الولد على أبيه كذلك شهادة العبد على مولاه، فإنّ وجوب اطاعه العبد أولى من وجوب اطاعه الوالد على ولده.

ولكن شيئاً من الاجماع والوجه المزبور لا يتم، وقد نسب السماع إلى جماعه، وقياس العبد بالولد مع ما في المقيس عليه كما تقدم سابقاً لا يخرج عن القياس الظنّي.

الشرح:

والعمده فى المقام ما ذكر، من أن اقرار العبد على نفسه غير مسموع، لأنه فى الحقيقه اقرار على مولاه، وإذا لم يقبل على مولاه فلا تقبل شهادته عليه أيضاً لعدم المائز بين الإقرار على المولى والشهادة عليه.

وفيه أيضاً، أنه يعتبر الإقرار على النفس حتى إذا كان المقرّ على نفسه فاسقاً، ولذا ورد فى بعض الروايات: لا تقبل شهادة الفاسق إلا على نفسه، وأيضاً لا يعتبر فى سماع الإقرار ونفوذه عدم كونه تبرعياً بخلاف الشهاده، فإنه يعتبر فى نفوذها عدل الشاهد وعدم كون شهادته تبرعيه بأن تقع بعد المطالبه عند المشهور، ولا منافاه بين عدم نفوذ اقرار العبد فيما كان اقراره على مولاه وقبول شهادته عليه مع وجدان شرائط الشهاده بأن لا يكون من أطراف الدعوى.

وقد يستظهر جواز شهاده العبد على مولاه من صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: «فى رجل مات وترك جاريه ومملوكين فورثهما أخ له، فأعتق العبدين وولدت الجاريه غلاماً فشهدا بعد العتق إن مولاها كان أشهدهما أنه كان يقع على الجاريه وأن الحمل منه، قال: تجوز شهادتهما ويردّ ان عبداً كما كانا»^(١)، بدعوى أن الأخ للميت كان مولاها وقد سمعت شهادتهما عليه.

وفيه: أن الشهاده وقعت بعد عتقهما منه، بل قد يقال: ظاهرها عدم قبول شهاده العبد على مولاه، وإنما يجوز شهادته له حيث فرض أن شهادتهما كانت على مولاها الذى ورثهما فى ظاهر الواقع بعد عتقهما، فيكون التقييد دالاً على عدم قبول شهادتهما قبل العتق.

ولكن لا يخفى أن التقييد وقع فى السؤال ولادلاله له على عدم السماع قبل العتق،

الشرح:

غايته انّ السائل كان معتقداً أو العبدین كانا معتقدين بأنّ شهادتهما لا تسمع إلاّ بعد عتقهما مطلقاً أو علی مولاهما.

بقى في المقام أمران: أحدهما: أنّه قد تقدم صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «تجوز شهاده المملوك من أهل القبلة علی أهل الكتاب»^(١)، ولكن رواها الشيخ بسنده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «تجوز شهاده المملوك من أهل القبلة علی أهل الكتاب، وقال: العبد المملوك لا تجوز شهادته»^(٢)، وهذا الذيل غير وارد في روايه الصدوق وفي تكرار قال: علی روايه الشيخ، احتمال أنّها من قبيل الجمع بين المرويين في الروايه، فلا يكون في صدرها ظهور في عدم قبول شهاده المملوك من أهل القبلة علی المسلمين فإنّه يدخل في مفهوم اللقب.

وقد تقدم ما ورد في قبول شهاده المسلم علی أهل الكتاب، فيكون ما في صدرها من هذا القبيل، وأمّا ذيلها فمن الروايات الوارده في عدم قبول شهاده المملوك، فتحمل علی التقيه كما تقدم.

والثاني: أنّه لو قيل بعدم قبول شهاده المملوك مطلقاً أو علی مولا، فقد ذكروا أنّه لو اعتق العبد تقبل شهادته ولو علی مولا من غير خلاف يعرف، وعن كشف اللثام دعوى الاتفاق عليه، ولأنّه بالعتق يخرج ممّا دل علی عدم قبول شهاده المملوك مطلقاً أو علی مولا، ويدخل في شهاده العدل.

وقد تقدم في صحيحه صفوان عن أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن رجل أشهد أجيره

ص: ٤٨٧

١- (١) المصدر نفسه: الحديث ٢٥٤:٤.

٢- (٢) المصدر نفسه: الحديث ٢٥٦:١٠، التهذيب ٢٥٠:٦.

الثالثه: إذا سمع الاقرار صار شاهداً، وان لم يستدعه المشهود عليه [١]، وكذا لو سمع اثنين يوقعان عقداً، كالبيع والاجاره والنكاح وغيره، وكذا لو شاهد الغصب أو الجنايه، وكذا لو قال له الغريمان: لا تشهد علينا، فسمع منهما أو من أحدهما ما يوجب حكماً، وكذا لو خُبيء فنطق المشهود عليه مسترسلاً.

الشرح:

على شهاده ثم فارقه أتجوز شهادته له بعد أن يفارقه؟ قال: نعم وكذلك العبد إذا أعتق جازت شهادته». (١)

ولكن تقدم أيضاً في موثقه السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام: «إنَّ شهاده الصبيان إذا شهدوا، وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها، وكذلك اليهودى والنصرانى إذا أسلموا جازت شهادتهم، والعبد إذا شهد بشهاده ثم أعتق جازت شهادته إذا لم يردّها الحاكم قبل أن يعتق، وقال على عليه السلام إذا أعتق لموضع الشهاده لم تجز شهادته». (٢)

وبما أنّ هذه أخص، مثل صحيحه صفوان، فلامجال إلا لرفع اليد عن اطلاق الصحيحه، بحملها على عدم العتق لغرض سماع شهادته وعدم مسبوقيه الشهاده المزبوره بالردّ حال رقيته.

[١] لا- يعتبر فى سماع الشهاده فى مقام أدائها كون تحملها بالاستدعاء والدعوه إلى التحمل، ولو كان المشهود به من قبيل المسموعات كالإقرار والعقود والايقاعات يكفى فى الشهاده بها سماعها، وفيما لو كان من المرئيات كالغصب والسرقة والجنايه يكفى فى الشهاده بها رؤيتها، حتى لو قيل له: لا تتحملها، فإنه لو تحملها ولو بالإختباء فى مكان يسمع كلامهما أو يرى فعلهما تسمع شهادته بها، هذا ممّا لا خلاف فيه عندنا، نعم

ص: ٤٨٨

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٩ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٣: ١.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٥٦: ١٣، التهذيب ٢٥٠: ٦.

الشرح:

ينسب الخلاف إلى ابن الجنييد في مسأله تحمل الشهاده بالاختباء، وأنه إذا خدع الشاهد المشهود عليه فستر نفسه عنه فلا تسمع شهادته عليه في مقام الأداء، ولعله كما قيل: أنّ التحمّل كذلك يكون كالمتبرع بشهادته في الحرص على الأداء الموجب للاتهام المانع عن قبول الشهاده.

ولا يخفى ما فيه، فإنّ عدم قبول شهاده المتبرع بشهادته مسأله أخرى يأتي الكلام فيها، وعلى تقدير الالتزام بعدم القبول فيها فلا يرتبط بمسأله الحرص بالتحمل، حيث يمكن أن يكون الداعي له إلى التحمل أمراً آخر، مع بناءه أن لا يشهد في مقام الاداء إلاّ مع المطالبه.

وبالجملة: فلا- موجب لرفع اليد عن اطلاق ما دل على قبول شهاده العدل والقضاء بالبينه إلاّ في موارد ثبت فيها أحد العناوين المتقدمه الوارده في الروايات عدم سماع شهادتهم وانطباقه على الشاهد في مقام الاداء، فالأخذ بالإطلاق المشار إليه هو العمده في المقام.

وأما التمسك في عدم اعتبار الاستدعاء إلى التحمل بقوله سبحانه: «إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ»^(١)، فلا يمكن استظهار نفوذ الشهاده مطلقاً، فإنّ غايته وجوب اداء الشهاده مع العلم، نظير قوله سبحانه: «وَلَا يَأْتِ الشُّهَدَاءُ إِذًا مِمَّا دُعُوا»^(٢)، في أنّ المستفاد منه النفوذ في الجملة، لعدم كونه في بيان الحكم الوضعي، وعن سلار والحلي أنه لو كان تحمّل الشهاده بغير الاستدعاء، فلا يجب على المتحمّل ادائها، بخلاف ما إذا كان تحمّلها بالاستدعاء فإنّه يجب عليه الإجابة إلى الاداء، ويستفاد من بعض الروايات.

كصحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا سمع الرجل الشهاده ولم

١- (١) الزخرف: ٨٦.

٢- (٢) البقره: ٢٨٢.

الشرح:

يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت» (١).

ومثلها صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت، وقال: إذا أُشهد لم يكن إلا أن يشهد» (١).

وفى صحيحه أخرى لمحمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «إذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت» (٣)، ولعلها عين الأولى بسند آخر.

وفى روايه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يحضر حساب الرجلين فيطلبان منه الشهادة على ما سمع منهما؟ قال: ذلك إليه إن شاء شهد وإن شاء لم يشهد، وإن شهد شهد بحق قد سمعه وإن لم يشهد فلا شيء لأنهما لم يشهداه» (٤).

وقد حمل هذه الروايات على صورته عدم توقف ثبوت الحق على شهادته لوجود شاهد آخر أو غيره.

وقد ذكر في الجواهر تعيين هذا الحمل كما يرمى إلى ذلك موثقه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت، إلا إذا علم من الظالم فيشهد، ولا يحل له إلا أن يشهد» (٥)، ولعل مراده قدس سره بالایماء نحو ظهورها في وقوع الظلم والتعدى لو لا شهادته.

وأيد ذلك أيضاً بخبر ابن أشيم قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل طهرت امرأته من حیضها، فقال: فلانه طالق، وقوم يسمعون كلامه لم يقل لهم: اشهدوا، أيقع الطلاق

ص: ٤٩٠

الرابعة: التبرع بالشهادة قبل السؤال، يطرق التهمة فيمنع القبول [١]، أمّا في حقوق الله، أو الشهادة للمصالح العامّة فلا يمنع، إذ لا مدعى لها، وفيه تردّد.

الشرح:

عليها؟ قال: نعم هذه شهادة أفيتركها معلقه، قال: وقال الصادق عليه السلام: العلم شهادة إذا كان صاحبه مظلوماً (١)، وكأنّ المراد إنّّه لا يجوز ابقاء المرأه كالمعلقه، كما لا يجوز ترك الشهاده مع مظلوميه صاحب الحق، فعلى العالم بالواقعه أن يشهد بها.

أقول: ظاهر الموثقه أنّ على الشاهد على واقعه وإن لم يستشهد أن يشهد على الظالم، فيها سواء توقّف دفع الظلم على شهادته أم لا، وبما أنّ هذه الموثقه أخص من الأخبار المتقدمه يرفع اليد عن إطلاقاتها.

ودعوى أنّ المراد بالظالم هو المتعدى بحسب الواقع ولو كان عند عذر لجهله ونسيانه، لا يمكن المساعده عليه، وروايه على بن أحمد بن أشيم ظاهرها كفايه السماع في الطلاق المشروط بحضور العدلين وأنّه لا يجوز لبعله بعد ذلك ابقائها كالمعلقه.

[١] المنسوب إلى المشهور أنّه لا تسمع شهاده المتبرّع بشهادته في مجلس القضاء، بل يعتبر في سماعها أن تكون شهادته بعد سؤال الحاكم ومطالبته.

ويستدل على ذلك بأنّ التبرع في الشهاده يوجب التهمه فيدخل الشاهد في المتهم المعدود فيمن تردّد شهادتهم، وبروايات نبويّه من غير طرقتا.

منها: ما عن النبي صلى الله عليه وآله: «ثمّ يجيء قوم يعطون الشهاده قبل أن يسألوها» (٢).

ومنها: ما عنه صلى الله عليه وآله: «ثمّ يفسوا الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد» (٣).

ومنها: عنه صلى الله عليه وآله: «تقوم الساعه على قوم يشهدون من غير أن يستشهدوا» (٤).

ص: ٤٩١

١- (١) المصدر نفسه: الحديث ٨ و٩: ٢٣٢.

٢- (٢) مسند أحمد ٤: ٤٢٦.

٣- (٣) سنن ابن ماجه ٢: ٦٤.

٤- (٤) دعائم الإسلام ٥٠٦: ٢.

الشرح:

مع ما ورد من: «أنها تقوم على شرار الخلق»^(١).

بناءً على أن المراد بالأخيرين أيضاً أداء الشهادة قبل المطالبة لا أداؤها من غير أن يتحملها.

أقول: أما الروايات فلا يمكن الاعتماد على شيء منها لضعف اسنادها، بل معارضتها بما روى عنه صلى الله عليه وآله قوله: «ألا أخبركم بخير الشهود؟ قالوا: بلى يا رسول الله قال: أن يشهد الرجل قبل أن يستشهد»^(٢)، بناءً على أن المراد منه ما يعمّ مقام أداء الشهادة لا خصوص تحمل الشهادة.

ودعوى انجبار ضعف اسنادها بعمل المشهور لا يمكن المساعدة عليها، فإنّ في المشهور كالماتن من علل عدم السماع بطرو التهمة ولم يستند إلى شيء منها.

وأما دعوى طروء التهمة فلا يمكن المساعدة عليها أيضاً، فإنّ المراد بالمتهم في صحيحه عبدالله بن سنان من لم يعلم حاله من حيث العدل والفسق، أو من يكون متهماً في أقواله ككثير الخطأ، وقد تقدم سماع شهادة الزوج لزوجته وكذا الصديق لصديقه والأخ لأخيه والولد لوالده إلى غير ذلك.

وبالجملة: الشاهد مع عدالته وثقته كما هو المفروض في المقام لا يدخل في المتهم حتى إذا ما بادر إلى الشهادة لوصول ذى الحق إلى حقه.

والعجب ممن ردّ شهادة المتبرع للتهمة ذكر سماع الشهادة المزبوره منه فيما لو كرّرها بعد السؤال عنه في مجلس آخر أو حتى في ذلك المجلس بعد سؤال الحاكم.

وعن ظاهر الأردبيلي: أنّ التبرع لا- يوجب ردّ الشهادة، وعن السبزواري الميل إليه، واختاره صاحب المستند ونسبه إلى ابن ادريس.

ص: ٤٩٢

١- (١) البحار ١٨: ٤٠٦، صحيح مسلم ٥٤: ٤٠٦.

٢- (٢) سنن البيهقي ١٥٩: ١٠ مع اختلاف يسير.

الخامسه: المشهور بالفسق إذا تاب، لتقبل شهادته، الوجه أنها لاتقبل [١] حتى يُستبان استمراره على الفلاح، وقال الشيخ: يجوز أن يقول: تب أقبَلُ شهادتك.

الشرح:

وعلى ذلك فالأظهر الأخذ بما دل اعتبار البيئه ونفوذ القضاء بها، ولو فرض فى البين اجماع فالمتيقن منه عدم الاكتفاء بها بل عليه تكرارها بعد سؤال الحاكم.

هذا كله بالإضافة إلى الدعاوى بين المترافعين، وأما فى الشهاده بحقوق الله كحدوده والمصالح العامه كالأوقاف العامه والطرق النافذه و الخانات ونحوها، فالمشهور على ما قيل سماع شهاده المتبرع فى شهادته، ولكن المحكى عن الشيخ فى النهايه عدم السماع مع ما يقال من أن نهايته متون الأخبار و مضامينها، نعم وافق فى المبسوط المشهور.

وربما يستدل على السماع فيما ذكر بأنه لو لم تسمع شهاده المتبرع فيها تعطل تلك الحقوق حيث لا يكون مدع خاص فيها، وفى كشف اللثام جريان ذلك فى المصالح العامه أيضاً، حيث إن المصلحه على تقدير شمولها للعدول تكون الشهاده بها دعوى فلا تسمع، ولو توقف سماعها على دعوى غيرهم من العدول يكون ذلك بلامرجح، بل يلزم الدور لتوقف سماع شهادتهم على دعوى غيرهم وثبوت دعوى غيرهم على اعتبار شهادتهم.

أقول: لا يخفى ما فى الاستدلال على الاعتبار بما ذكر، فالصحيح الأخذ بما ورد فى ثبوت الحد وتعلقه بالشهادات، على ما يأتى فى بحث الحدود، والأخذ فى المصالح العامه بما دل على اعتبار البيئه و شهاده العدلين.

[١] ذكر قدس سره أن المشهور بالفسق إذا تاب وكانت الغايه من توبته قبول شهادته فالوجه عدم قبول التوبه، بمعنى أن هذه ليست كافيه فى دخوله فى العدل فلا تقبل شهادته حتى يظهر استمراره على الصلاح، وحكى عن الشيخ قدس سره أنه يجوز للحاكم أن يقول للمشهور بالفسق: تب من معاصيك أو معصيتك أقبَلُ شهادتك.

الشرح:

ويستظهر من هذا الكلام أنه لو أظهر الفاسق المزبور التوبه و لو فى مجلس الحكم لتقبل شهادته قُبِلت، ولذا استشكل فيه بأنه لا موجب لقبول اظهاره التوبه لاسيما التوبه التى كان غرضه منها قبول شهادته.

وذكر فى الجواهر ما ملخصه: ان التوبه وهى الندم على ما فعل من الذنب والبناء على تركه فيما يأتى فيما وقعت امثالا لأمر الله سبحانه بها تكون توبه حقيقه، فإن التوبه من العباده وإذا كان الموجب لقبول شهادته التوبه حقيقه فلم تحصل، بل يمكن دعوى ان الواقع معصيه أخرى لتركه التوبه الواجبه بنحو العباده.

وحكى عن التجريد للطوسى قدس سره أنه يعتبر فى التوبه ترك الذنب لقبحه شرعاً كما يعتبر فيه ترك جميع المعاصى التى كان ارتكبها، ولا يكفى أن تقع عن بعضها، وقال: إن الثانى فى حصول التوبه غير معتبر، وأنه تصح التوبه بالاضافه إلى ما قد ندم عنه وتركه، وان رجع ترك الذنب لقبحه إلى ما ذكرنا فهو صحيح وإلا فالأقوى خلافه.

ثم تعرّض لما حكاه الماتن عن الشيخ، فذكر أن كلامه ناظر إلى أن الشاهد إذا أظهر التوبه حقيقه يقبل قوله حملاً لاظهاره على الصحه، ولكن أورد عليه بأن الحمل على الصحه يجرى فى الأفعال كالبيع والنكاح والصلاه إلى غير ذلك.

وأما الأمور القليه التى منها التوبه على ما تقدم من أنها ندم على ما فعل والبناء على تركه مستقبلاً، فلا يعتبر فيها اخبار الفاعل، بل لابد من احرازها بالآثار الكاشفه عنها، والأثر مداومه الشخص على الصلاح بحيث يوثق بحصول التوبه منه، كما ذكروا نظير ذلك فى العداله بمعنى الملكه.

أقول: ما ذكره قدس سره من عدم كفايه قوله أنه تائب عن ذنبه أو ذنوبه، أو أنه يتوب فعلاً فى احراز عدله صحيح، لأن التوبه وإن كانت أمراً قلبياً إلا أنها كالعداله ذات آثار

الشرح:

محسوسه تحرز بتلك الأثار، وهي الاستمرار على الفلاح، إلا أن ما ذكره أخيراً، من أن التوبه من الواجب التعبدى النفسى، لا يمكن المساعدة عليه، حيث تقدم أن وجوبها ارشادياً يكتب على تاركها إلا ما ارتكبه من الذنب لا ذنب آخر، وإلا استمر تعداد الذنوب فى الزيادة، لكون وجوبها فورياً بنحو الفور فالفور.

وبالجملة: التوبه وهى الندم على ما وقع والبناء على عدم تكراره أمر واقعى يدخل الشخص بحصولها فى نفسه بالاضافه إلى جميع ما صدر عنه من المعاصى فى عنوان العدل، إلا أن مجرد إخباره أو إظهاره الندم والبناء لا يعتبر فى كشفها.

نعم لا يبعد أن يقال: بأنه يعتبر فى وقوعها مكفره حصولها بداعى التخلص عن الوزر الأخرى المترتب على ذنبه، فالندم على ما فعل والبناء على تركه مستقبلاً لمجرد التحفظ بسلامه جسمه وعدم ابتلاءه بالمرض مثلاً لا يكون توبه مكفره للذنب، إلا إذا كان بنحو الداعى إلى الداعى، كما لا يبعد ذلك فى التوبه لترتب قبول شهادته عليها.

بقى فى المقام أمر، وهو ما ذكره جماعه من أنه يعتبر فى تحقق التوبه المكفره التخلص من سائر تبعات الذنب من حق الغير، كما فى منع الزكاه والخمس والغصب وغيره مما يتعلق بأموال الناس، فإن على التائب إيصالها إلى مستحقيها وبراء ذمته منها، بأن يؤدي الزكاه أو الخمس ويرد أموال الناس عليهم مع بقائها ويغرم بدلها، أو يأخذ الإبراء من مالها مع تلفها، ولو كان معسراً نوى الغرامه عند طرؤ التمكن واليسر.

وكذا فيما كان حق الناس من غير المال كالقصاص والقذف، فيأتى المستحق ويمكّنه، من استيفاء حقه فإن لم يعلم ولي القصاص كونه قاتلاً فعليه أن يُخبره بالحال، ويقول: أنا الذى قتلت أباك مثلاً فلزمنى القصاص فإن شئت فاقتص وإن شئت فاعف،

الشرح:

وفى الغيبه والقذف فيما إذا بلغا المغتاب والمقذوف يقول مثل ذلك، وأمّا مع عدم بلوغهما إليهما فوجهان، فوجوب الإظهار لكونه حق آدمى فلا يزول إلاّ- بإبرائه وذهب إلى ذلك الأكثر على ما فى المسالك، وعدم وجوب الإظهار بل عدم جوازه لأنّ الإظهار يوجب زياده الأذى ووغر القلوب.

وعلى الوجوب لو تعدّر الاستحلال بموته أو امتناعه فليكثر الاستغفار والأعمال الصالحة، فإنّه عسى أن تكون الأعمال الصالحة عوضاً عمّا يؤخذ من حسناته لصاحب الحق لو لم يعوض الله عنه، ولا اعتبار فى القذف والغيبه بتحليل الوارث وان انتقل حق القذف إليه بالإرث.

وهذا بخلاف الحق المالى فإنّه إذا مات مستحقه ينتقل إلى وارثه ويبرأ بدفع المالى إليهم أو ببراءتهم.

ولو كان فيها حق الله كالزنا وشرب الخمر، فإن لم يثبت عند الحاكم فقبل ثبوته له ان يمتنع عن توطين نفسه لإقامه الحد عليه، لأنّ التوبه قبل الثبوت مكفّره، وإن كانت بعد ثبوته عند الحاكم فعليه أن يأتى الحاكم لإقامه الحد عليه.

وذكر فى الجواهر بعد حكاية ذلك: أنّ الظاهر عدم اعتبار التخلص عن توابع الذنب فى تحقق التوبه من ذلك الذنب التى تقدم أنّها ندم عن الارتكاب وبناء على عدم الارتكاب، ودعوى أنّ الندم لا يتحقق إلاّ بالخلاص ممّا تبعه واضح الفساد، فإنّ التخلص من تبعته واجب آخر لا يدخل له فى تحقق الندم عمّا فعل، نعم لو كان التابع من أفراد ما تاب عنه اتّجه التخلص عنه لعدم التوبه بدونه، كما إذا تاب عن التعدى على الناس فى أموالهم فإنّ التوبه لا تتحقق إلاّ مع إيصال ما فى يده من مال الغير إلى صاحبه وإلاّ فهو باقٍ على الظلم والتعدى.

السادسه: إذا حكم الحاكم ثم تبين في الشهود [١] ما يمنع القبول، فإن كان متجدداً بعد الحكم لم يقدح، وإن كان حاصلًا قبل الإقامه وخفى عن الحاكم نقض الحكم.

الشرح:

بخلاف ما إذا تاب عن قتل الناس فإنه تتحقق التوبه من ذنب قتلهم وإن فرّ من القصاص، إذ الفرار ذنب آخر غير ذنب قتل النفس، ويمكن حمل كلماتهم على ذلك بناءً على امكان التوبه عن ذنب دون آخر، كما يظهر ذلك من البهائي فيأربعينه بل صريح كلامه ما ذكرنا، ولا ينافي ذلك ما في بعض الروايات مثل ما ورد من: «أنّ التوبه تجمعها سته أشياء؛ الحديث»، وقوله عليه السلام عندما سمع قائلاً يقول استغفر الله: «ثكلتك أمك أتدرى ما الاستغفار الحديث» (١)، فإنّ مثل هذين يحملان على التوبه من جميع المعاصي أو على المرتبه الأعلى منها؛ انتهى.

أقول: ما ذكره قدس سره من أنّ التوبه عن ذنب لا تتوقّف على التوبه من سائر المعاصي حتى فيما كان الذنب الآخر من توابع الذنب الذي ارتكبه صحيح، إلا أنّ هذا لا يجرى في ذنب عيّن الشارع فيه للتوبه طريقاً خاصاً، كما في ذنب القذف، فإنه لو فرض أنّه ندم عن قذفه وعفى عنه المقذوف أيضاً، فلا تتحقق التوبه إلاّ يكذب نفسه كما تقدم.

[١] التعبير بالتبين لعله لفرض احراز حال الشهود وجداناً، بأن أحرز بعد الحكم بشهادتهما أنّه كان في الشهود ما يمنع عن قبول شهادتهما، فإن كان المانع حاصلًا عند شهادتهما يحكم ببطلان القضاء، كما إذا تبين أنّ الشاهدين أو أحدهما من شركاء المدعى فيما يدعى، أو أنّ أحدهما كان قاذفًا لم يتب عن قذفه ونحو ذلك.

وكذا الحال فيما إذا تبين فسقهما أو فسق أحدهما بغيره سواء كان حصول التبين عند الحاكم الذي حكم بشهادتهما أم عند غيره، وأمّا إذا تجدد المانع بعد شهادتهما ولو قبل الحكم، فهذا لا يمنع عن نفوذ القضاء المزبور، لأنّ الميزان في القضاء الصحيح

ص: ٤٩٧

اشتراط طهاره المولد فى الشاهد

السادس: طهاره المولد.

فلا تقبل شهاده ولد الزنا أصلاً [١]، وقيل: تقبل فى اليسير مع تمسّكه بالصلاح، وبه روايه نادره، ولو جهلت حاله، قُبلت شهادته، وان نالته بعض الألسن.

الشرح:

حصول الشرائط للشاهد عند شهادته.

هذا كلّه بالاضافه إلى التبين الوجدانى وكذا إذا كان ظهور المانع فى الشاهد عند شهادته تعدياً، كما إذا قامت البيّنه بعد الحكم بحصول المانع فى الشاهدين عند شهادتهما فينقض القضاء بذلك من الحاكم المزبور أو من غيره، على إشكال فى قيام البيّنه الجارحه بعد القضاء على ما يأتى.

وعلى الأخص فيما أراد النقض الحاكم الآخر مع احتمال انّ القاضى الأوّل قد أحرز الشرائط فى الشاهدين عند شهادتهما بالوجدان ولم يقع منه خطأ، فإنّ أصله الصحه الجاربه فى قضائه تمنع عن هذا النقض، فالأظهر عدم جواز النقض إلاّ مع تبين خطئه عند قضائه فى خصوص هذا الفرض.

[١] المشهور قديماً و حديثاً عدم قبول شهاده ولد الزنا، فإنّه وإن يحكم باسلامه مع وصفه الإسلام، بل بدونه أيضاً، لتبعيه الولد لوالديه أو اشرفهما، ولكن لا تقبل شهادته حتى ما إذا كان عدلاً، وعن الانتصار والخلاف والغنيه والسرائر دعوى الإجماع عليه، وفى المسالك نقل عن الشيخ فى المبسوط جواز شهادته، ومال إليه.

ويشهد لما عليه المشهور روايات:

منها روايه أبى بصير قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن ولد الزنا أتجوز شهادته؟ فقال: لا، فقلت إنّ الحكم بن عتيبه يزعم أنّها تجوز، فقال: اللهم لا تغفر ذنبه ما قال الله للحكم: «وَإِنَّهُ لَمَذْكُورٌ لَكَ وَلِقَوْمِكَ» (١)، وظاهرها أنّ المفتى به عند بعض فقهاء العامه كان جواز

ص: ٤٩٨

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٣١ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٧٥، والآيه فى الزخرف: ٤٤.

الشرح:

شهادته أخذاً بالإطلاق في الآيه.

ورواها الشيخ قدس سره باسناده عن الحسين بن سعيد عن أحمد بن حمزه عن أبان عن أبي بصير، والظاهر أنّ أحمد بن حمزه هو ابن اليسع بقرينه روايته عن أبان وعليه فلا بأس بها سنداً ودلالةً وفي صحيحه محمد بن مسلم قال «قال ابو عبد الله عليه السلام لا تجوز شهادة ولد الزنا» وموثقه زراره قال سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول لو أنّ أربعة شهدوا عندى بالزنا على رجل وفيهم ولد زنا لحددتهم جميعاً، لأنه لا تجوز شهادته ولا يؤم الناس». (١)

وظاهرها كظاهر غيرها أنّه مع عدل ولد الزنا لا يؤم الناس ولا تقبل شهادته.

وبالجملة: لانطباق هذا العنوان على الشاهد مانع كما ذكرنا في مانعيته سائر العناوين المانعه.

وفي صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن شهادة ولد الزنا، فقال: لا ولا عبد» (٢)، ونفى شهادة العبد لا ينافي اعتبارها.

وفي صحيحه علي بن جعفر عن أخيه قال: «سألته عن ولد الزنا هل تجوز شهادته؟ قل: لا يجوز شهادته ولا يؤم». (٣)

وفي مقابل ذلك روايه علي بن جعفر التي رواها في قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام ، قال سألته عن ولد الزنا هل تجوز شهادته؟ قال: نعم يجوز شهادته ولا يؤم (٤) وهذه مع ضعف السند معارضة بالأخبار المتقدمه، فتحمل على التقيه، بل يمكن القول بإجمالها، لأنّ الظاهر اتحاد المروي عن كتاب علي بن جعفر مع المروي في قرب الاسناد، فالاشتباه فيأحد النقلين واقع لا محاله.

نعم في روايه عيسى بن عبد الله: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة ولد الزنا، فقال:

الشرح:

لا تجوز إلا في الشيء اليسير إذا رأيت منه صلاحاً» (١).

والظاهر أن عيسى بن عبدالله القمي الثقه، بقرينه روايه أبان عنه، وقد أفتى بمضمونها الشيخ في النهايه وحكى عن ابن حمزه.

وأجيب بأن مفادها عدم قبول شهادته مطلقاً، لأن الشيء اليسير على الإطلاق بحسب الأمكنه والأزمه لاماليه له، وكل ما فرض من المال يكون دونه الشيء، وقد ورد نظير ذلك ما ورد في شهاده الصبيان وأنه تسمع شهادتهم في الشيء الدون، بل قيل: إن ما ورد من وجوب الخمس في الجائزه التي فيها خطر، مقتضاه وجوبه في مطلق الجائزه.

ولكن لا يخفى ما في الجواب، فإن ظاهرها اعتبار الصدق العرفي بحسب زمان وجود الشيء ومكانه.

ثم إنه إذا نال الشخص بعض الألسن بأنه ولد الزنا، فهذا لا يمنع عن قبول شهادته، لأنه لو ثبت في البين فراش فهو طريق شرعى إلى أنه ولد حلال، ولو لم يثبت فالإطلاق فيما دل على نفوذ شهاده العدل بضميمه الاستصحاب في ناحيه عدم كونه ولد الزنا مقتضاه نفوذ شهادته، وقد بينا في بحث الأصول اعتبار الاستصحاب في الأعدام الأذليه حتى فيما إذا أخذ في الموضوع بنحو كان الناقصه. وما في الدروس، من أن ترك شهاده المشكوك في مقام القضاء مقدمه لترك شهاده ولد الزنا، كما ترى.

وما في الجواهر، من أن النهي عن قبول شهاده ولد الزنا ظاهره المانعيه الظاهره في اختصاصها بالمعلوم دون المشكوك الداخلة فيالعنوان الوارد في عمومات قبول شهاده العدل، ضعيف، لأن كلاً من عنواني الشهاده وولد الزنا ظاهر في واقعه، والنهي ارشاد إلى مانعيه العنوان، فما وجه الانصراف إلى المعلوم إلا ما اشتهر في الألسن من لزوم احراز المانع، وإلا فالأصل عدم المانعيه، والمانع وهو لا يرجع إلى محصل، كما بين في محلّه.

ص: ٥٠٠

الطرف الثاني:

فيما به يصير شاهداً والضابط العلم [١]،

لقوله تعالى: «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ»، ولقوله صلى الله عليه وآله وقد سئل عن الشهادة وقال: «هل ترى الشمس؟ فقال: نعم قال صلى الله عليه وآله: على مثلها فاشهد أو دع».

الشرح:

[١] المشهور بين الأصحاب اعتبار العلم في تحمّل الشهادة لتقبل عند ادائها، لقوله سبحانه: «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ» (١)، وقوله سبحانه: «إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ» (٢)، وغير ذلك ممّا ظاهره اعتبار العلم في القول والشهادة.

وظاهرهم اعتبار العلم بمنشأه العادى، كالمشاهدة والسمع أو هما معاً، فالمشاهدة في مثل الشهادة بالسرقه والغصب والقتل والزنا والرضاع وما أشبه ذلك، والسمع في مثل الشهادة بالإقرار والشهادة بالشهادة والعقود والايقاعات والقذف ونحو ذلك، ومقتضى ذلك أن لاتسمع الشهادة بالمبصرات فيما كان اعتقاد جزمى بوقوعها من غير ابصار، وفي المسموعات من غير سماع وما شاكل ذلك.

وعن الأردبيلي والخراساني التوقف في ذلك، وفي كشف اللثام جواز الاستناد في الشهادة إلى التواتر، وأنه يجوز أن يكون مرادهم اعتبار المشاهدة بالواسطه وبدونها، وفيما كان العلم مستنداً إلى التواتر او الخبر المحفوف بالقرينه بحيث لم تبق

ص: ٥٠١

١- (١) الاسراء: ٣٦.

٢- (٢) الزخرف: ٨٦.

ومستندها: إِمَّا المشاهده، أو السماع، أوهما، فما يفتقر إلى المشاهده الأفعال، لأنَّ آله السمع لا تدركها، كالغصب والسرقة والقتل والرضاع والولادة والزنا واللواط، فلا يصير شاهداً بشيء من ذلك إلاَّ مع المشاهده، ويقبل فيه شهادة الأصم، وفي روايه يؤخذ بأوّل قوله لا بثانيه، وهى نادره.

الشرح:

شبهه اصلاً فلا مانع عن الشهاده لحصول العلم.

وفى الرياض بعد حكايه جواز الشهاده بالمبصرات اعتماداً على الخبر المتواتر أو المحفوف بالقرينه: أنه أى الجواز فى محله لمكان العلم.

ولكن ظاهر كلماتهم اعتبار الأبصار فى الشهاده، وان يحتمل أن يكون ذكرهم المشاهده لأجل أنه لايكفى فى الشهاده مجرد الابصار، وإن لم يكن موجباً للعلم، بل يعتبر حصول العلم.

إلاَّ أنه يمكن الاستدلال على ما فى ظهور كلماتهم بأخذ حضور الواقعه فى مفهوم الشهاده، فلا يدخل مجرد الاعتقاد الجزمى غير المستند إلى الحس الظاهر فى معنى الشهاده.

أضف إلى ذلك أنَّ الجزم الحاصل من الحس الباطنى يختلف شدةً وضعفاً ويتخلف كثيراً، ويظهر للجازم خلافه فيما بعد، فلا تطمئن النفس بتلك الشهاده، وهذا وان يوهم عدم اعتبار غير الحس الظاهرى فى الموارد التى يأتى كفايه الاعتماد فيها على الاستفاضه، إلاَّ أنَّ الاجماع على الاكتفاء فيها بها هو المستند، مع مسيس الحاجه واقتضاء الضروره إلى الاكتفاء.

بل ما ذكروا فى تلك الموارد من كفايه الاستفاضه أوضح شاهد، بأنَّ الأصل فى الشهاده الحس الظاهرى لدخوله فى معناها لغه، ولو سلّم احتمال عدم دخل حس الظاهرى وكفايه مجرد العلم و الاعتقاد، فاللازم الرجوع إلى الأصل العملى، ومقتضاه

ص: ٥٠٢

وما يكفى فيه السماع، فالنسب والموت والملك المطلق، لتعذر الوقوف عليه مشاهده فى الأغلّب، ويتحقّق كل واحد من هذه، بتوالى الأخبار من جماعه، لا بضمّمهم قيد المواعده، أو يستفيض ذلك حتى يُتاخم العلم، و فى هذا عندى تردد.

الشرح:

عدم نفوذ خبر العدل وعدم كونه مدرّكاً للقضاء ما لم يستند إلى الحس الظاهرى.

وذكر فى الجواهر بعد نقل هذا الكلام: أنه من الغرائب، حيث إنّ مقتضاه أن لا يصحّ لنا الشهاده الآن لأمير المؤمنين عليه السلام، بأنّ النبى صلى الله عليه وآله نصبه يوم الغدير اماماً وولياً على المسلمين، ولا تصحّ أيضاً الشهاده منّا على الأولين بغصبهما الفدك من الزهراء عليها السلام، ولا- الشهاده بغير ذلك ممّا وصل إلينا بطريق النقل، بل ليست شهادتنا بالتوحيد وأنّ محمّداً صلى الله عليه وآله عبده ورسوله شهاده حقيقه.

وبالجملة: الكلام المزبور ساقط من أصله، خصوصاً بملاحظه ما ورد فى سماع شهاده الأعمى إذا أثبته، وإنّ الأصحاب لم يعتبروا فى الشهاده أزيد من العلم بالمشهود به، فإنّه ليس معنى الشهاده إلاّ الإخبار بشىء عن جزم ويقين به.

وما ذكروا من الاكتفاء بالاستفاضه فى الأمور السبعه أو الأزيد راجع إلى عدم اعتبار العلم واليقين فى الشهاده بها، بل يكفى فى الشهاده بها مجرّد وجود الاستفاضه الموجه للظن أو الاطمئنان، ومن اعتبر العلم فيها جعلها كسائر الشهادات، نعم المعتبر فى الشهاده العلم الحاصل للانسان المستقيم الخالى من الأغراض والتسرّع فى الاعتقاد، وتخلّف هذا العلم عن الواقع بأكثر ممّا يتخلّف العلم بالأبصار غير ظاهر والاشتباه فى الحس أمر معروف؛ انتهى.

أقول: اطلاق لفظ الشهاده على الاخبار بالشىء إعترافاً وإبرازاً للاعتقاد به لا ينكر، وليس فيه كلام، وإنّما الكلام فيما ورد فى ثبوت الدعوى بشهاده العدلين بالواقع المرفوعه إلى القاضى، وإنّ اقامه الشهاده بها ظاهره فى الشهاده التى ورد الأمر بتحمّلها ارشاداً فى

ص: ٥٠٣

وقال الشيخ: لو شهد عدلان فصاعداً صار السامع متحماً وشاهد أصل، ولا شاهداً على شهادتهما، لأن ثمره الاستفاضه الظن وهو حاصل بهما، وهو ضعيف، لأن الظن يحصل بالواحد.

الشرح:

الوصيه، وفي النكاح ونحوه استحباباً، وفي الطلاق شرطاً، أو أنها غير ظاهره فيها.

ومن المعلوم أن الشهاده عند تحمّلها تكون بحسّ الواقعه بالمشاهده أو بالسماع، وبهما معاً، ولو لم يكن ظاهراً اقامتها ذلك، فلا أقل من عدم احراز عمومها لمجرد الاعتقاد الجزمى بالوقوع، والأصل عدم النفوذ في مقام القضاء أو غيره مما لا تكون الشهاده بالحسّ.

نعم، تذكر موارد ويقال بعدم اعتبار هذه الشهاده فيها، بل لا يعتبر فيها الاخبار بالعلم بالواقع، بل يكفي في الشهاده فيها التناقل والاشتهار المعبر عنه بالاستفاضه، بحيث لا يحتمل عادة استناد ذلك إلى المواعده وتباني جمع أو تفيد ظناً متاخماً للعلم.

وبتعبير آخر، يكون الشياح موجباً للعلم العادى المعبر عنه بالاطمئنان، ويعدّ من تلك الموارد النسب والموت والملك المطلق، كما في عبارته الماتن، حيث إن مراده: وما يكفي فيه السماع، هو الإعتماد على التناقل، لا السماع في الواقعه التي يكون حسيها بالسمع، كالشهاده بالإقرار والقذف وغير ذلك.

وعلّل جواز الشهاده فيها بالسماع بعدم امكان الحس فيها نوعاً من المخبرين، حيث أنّ الملك يستمر ويجهل سببه لانقضاء زمانه، والموت أسبابه مختلفه ولا يشاهد الميت، والأمر في النسب أظهر لعدم الحس بالولاده إلا من بعض النساء، فيعلم بالأخذ من ألسنتهن ونقلهن.

ولكن مع ذلك، ولعله لعدم الحس والعلم في البين ذكر: وفي هذا عندي تردد.

وقد حكى عن الاسكافي الاقتصار بالنسب، وتعدّى بعضهم إلى الموت والملك

ص: ٥٠٤

فرع: لو سمعه يقول للكبير: هذا ابني وهو ساكت، أو قال: هذا أبى وهو ساكت، قال فى المبسوط: صار متحتملاً لأن سكوتة فى معرض ذلك رضاً بقوله عرفاً، وهو بعيد لاحتماله غير الرضا.

الشرح:

المطلق، وعن بعض إحقاق النكاح والوقف والعتق والولاء، وعن بعض ابدال الولاء بالولاية، وعن بعض زياده الرق والعدالة، وأنهاها بعض إلى أكثر من ذلك، وزاد سبعة عشر مورداً آخر.

وفى بعض الروايات كمرسله يونس عن بعض رجاله عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن البيئه إذا أقيمت على الحق، أيحل للقاضى أن يقضى بقول البيئه؟ قال: خمسه أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات والمناكح والذبائح والشهادات والانسان، فإذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته»^(١)، وهذه تصلح للتأييد لا الاستدلال بها.

وعن الشهيد الثانى فى المسالك الاشكال فى جواز الشهاده بالنسب، اعتماداً على التسامع فى الأم، حيث يمكن الحس بالولاده، وكذا فى غير الأم مع انكار المنسوب إليه الحى، ولو كان المنسوب إليه مجنوناً فففيه اشكال، لاحتمال إفاقته وإنكاره.

أقول: فى البيئ مقامات:

الأول: جواز اعتماد المكلف وترتيبه أثر الثبوت مع حصول الشيع، بأن لا يجوز له الترويج بامرأه اشتهرت أنها أخته الرضاعيه أو أخته بالنسب، ولا يجوز له شراء ما اشتهر أنه وقف، إلى غير ذلك.

وفى هذا المقام، إن كان الشيع موجباً للاطمئنان والوثوق فلا يختص جواز الاعتماد بالثلاثة أو السبعة أو الأزيد، بل يجرى فى كل موضوع احرز حصوله بالشهره

ص: ٥٠٥

... ..

الشرح:

الموجبه للاطمئنان والوثوق، المعبر عنه بالعلم العادي، إلا في مورد جعل الشارع فيه لاحراز الموضوع نحواً من الإحراز، أو نهى فيه عن اتباع غير العلم الوجداني، أو كان الموضوع للأثر نفس العلم بالشىء على نحو الوصفية، لجريان السيره العقلانيه على اتباع الوثوق والاطمئنان، فتتبع في غير مورد الردع، وأمياً إذا لم تكن الشهره موجبه للاطمئنان والوثوق فلا يعتبر إلا في مورد قد احرز فيه اعتبار الشيعاء مطلقاً، ولو لم يكن موجباً للعلم العادي، ولا يبعد أن يكون النسب كذلك لجريان السيره على اتباع السماع، مما لا يحتمل عادة حصول الشيعاء فيه مستند إلى التبانى واحتمال حصوله من السامع.

والثانى: جواز الإخبار بالشىء اعتماداً من المخبر على الشيعاء المفيد للاطمئنان، أو اعتماداً على مطلق الشيعاء في مورد ذكرنا اعتباره فيه.

والظاهر كما أنّ الإخبار بنفس الشيعاء أمر جائز كذلك الاخبار بنفس الشىء، بعد فرض كون المكلف عالماً به، ولو بنحو الحكومه والتنزيل.

والثالث: فى نفوذ قضاء القاضى فى الواقعه، اعتماداً منه على الشيعاء المعبر، أو اعتماداً على إخبار عدلين بذلك الشيعاء.

والظاهر عدم جواز القضاء بالواقع اعتماداً على الشيعاء المزبور، لما تقدم فى بحث القضاء انحصار مدرك القضاء بالبينه والإقرار والحلف، وأنّ القاضى وان يجوز له الحكم بعلمه، إلا- أنّ المعبر من علمه هو علمه الوجدانى الحاصل من حسّه الواقعه بنفسه لا علمه التعبدى، وإلا- لما كانت حاجه فى قضائه إلى حلف المنكر، لأنّ يده الجاريه على المال علم تعبدي بأنه المالك، فيكون قضاؤه بمقتضى يده قضاءً بالعلم كما لا يخفى.

الشرح:

ثم إن للحاكم فيما إذا أحرز الشيعاء بنفسه أو أخبر به السبينة أن يحكم بثبوتها، ويلزم من يعترف بعدم العلم بخلافه العمل على طبقه، ولكن هذا ليس من القضاء في الواقع كما تقدم، بل يدخل ذلك في عنوان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ولو فرض في مورد كون الشيعاء بحيث لا يتخلف عن الواقع أصلاً، بأن يحصل منه العلم بالواقع لكل من اطلع عليه، فالظاهر جواز الشهادة بالواقع في الفرض وجواز القضاء بتلك الشهادة، لأن الشيعاء المزبور يكون من أثر ثبوت الواقع، فيكون حساً حساً للواقع، فإنه لولاه لما كان هذا الشيعاء وهذا المقدار يكفي في صدق البينة وشهادة العدلين، حيث إن حس الأثر يعد عرفاً حساً لذى الأثر.

وبالجملة، المتحصّل من جميع ما ذكرنا، أنه يعتبر في الشاهد عند تحمّله الشهادة حسّ الواقع، فلا يكفي مجرد الحدس بالواقع، سواء كان حدسه جزئياً أم ظنياً، فإنّ حسّ الواقعه بنفسها أو بأثرها مأخوذ في معنى الشهادة المعتمده في مدرّك القضاء.

ويؤيد ذلك ما رواه على بن غياث بن غراب عن أبي عبدالله عليه السلام: «لا تشهدنّ بشهادة حتى تعرفها كما تعرف كفك» (١).

وما نقل الماتن وغيره مرسلاً عن النبي صلى الله عليه وآله وقد سئل عن الشهادة قال: «هل ترى الشمس، على مثلها فاشهد أودع» (٢).

ولا يمكن الالتزام بما عن جماعه، من أنه يكفي في الشهادة العلم بالمشهود به ولو حدساً، بل يكفي الاستناد إلى الاستفاضه في الموارد المشار إليها.

ثم إن الشاهد في مقام الاداء لو كان متذكراً بتحمّلها فلا اشكال في جواز تلك

ص: ٥٠٧

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٠ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٥٠: ١.

٢- (٢) مستدرّك الوسائل: ١٧، الباب ١٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٤٢٢: ٢.

الشرح:

الشهادة تكليفاً ووضعاً، وكذا فيما كان جازماً بتحملها ولكن لا يتذكر تحملها، كما إذا رأى خطه واسمه في كتاب الشهادة مع جزمه بأنه قد كتبه ولكن لا يتذكر واقعه، وقيل: أنه لا تصح الشهادة إلا بتذكر واقعه المشهود بها.

وفى صحيحه الحسين بن سعيد، كتب إليه جعفر بن عيسى: «جعلت فداك جاءني جيران لنا بكتاب زعموا أنهم أشهدوني على ما فيه، وفى الكتاب اسمى بخطى قد عرفته، ولست أذكر الشهادة، وقد دعوني إليها، فأشهد لهم على معرفتى إن اسمى فى الكتاب ولست أذكر الشهادة، أو لاتجب الشهادة على حتى أذكرها، كان اسمى بخطى فى الكتاب أو لم يكن؟ فكتب: لا تشهد» (١).

ولكن لابد من حملها على صورته عدم الجزم بالتحمل، ولو باحتمال التزوير فى الورقة أو فى اسمه و خاتمه، كما تشهد بذلك معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله لا تشهد بشهادة لاتذكرها، فإنه من شاء كتب و نقش خاتماً» (٢)، فإن مقتضى التعليل أنه مع اليقين بعدم التزوير فلا بأس بالشهادة.

ومما ذكر يظهر الحال فى صحيحه عمر بن يزيد قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يشهدنى على شهادة فأعرف خطى وخاتمى ولا أذكر من الباقي قليلاً ولا كثيراً، قال: فقال لى: إذا كان صاحبك ثقة و معه رجل ثقة فاشهد له» (٣)، فإنها تحمل على أن ما ذكر لإحراز وقوع التحمل.

بقى فى المقام أمران:

أحدهما: أنه إذا لم يعرف الشاهد واقعه الحالته المطلوب منه الشهادة بها، ولكن

ص: ٥٠٨

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٨ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٣٥.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٨ من أبواب الشهادات، الحديث ٢ و ٣: ٢٣٥.

الشرح:

كان شاهداً بالحاله السابقه، ومقتضى الاستصحاب بقاء الواقعه على حالها، فهل تجوز له الشهاده بالحاله الفعلية اعتماداً على الاستصحاب، أم لا؟

كما إذا علم بأن العين كانت لزيد سابقاً ولا يدري انتقالها إلى آخر، وطلب زيد منه الشهاده بالملكه الفعلية، وقد عقد في الوسائل باباً في جواز الشهاده بالملك اعتماداً على الاستصحاب، وكذا الشهاده بعدم وارث آخر، وقد أورد فيه صحيحه معاويه بن وهب قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يكون له العبد والأمه وقد عرف ذلك، فيقول: أبق غلامى أو أمتى. فيكفونه القضاة شاهدين بأن هذا غلامه أو أمته لم يبع ولم يهب، أنشهد على هذا إذا كلفناه؟ قال: نعم» (١).

ولكن يعارضها ما فى معتبرته الأخرى التى يمكن التعبير عنها بالصحيحه، حيث إن الراوى عن معاويه بن وهب يونس بن عبدالرحمان، وللشيخ إلى رواياته وكتبه طريق معتبر، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يكون فى داره ثم يغيب عنها ثلاثين سنه ويدع فيها عياله، ثم يأتينا هلاكه ونحن لا ندري ما أحدث فى داره، ولا ندري ما أحدث له من الولد، إلا أنا لا نعلم أنه أحدث فى داره شيئاً ولا حدث له ولد، ولا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك فى الدار حتى يشهد شاهداً عدل أن هذه الدار فلان بن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان و فلان، أو نشهد على هذا؟ قال: نعم، قلت: الرجل يكون له العبد والأمه فيقول: أبق غلامى وأبقت أمتى، فيؤخذ بالبلد فيكفنه القاضى البيه أن هذا غلام فلان لم يبعه و لم يهبه، أفنشهد على هذا إذا كلفناه ونحن لم نعلم أنه أحدث شيئاً؟ فقال: كلما غاب عن يد المرء المسلم غلامه أو أمته أو غاب عنك لم تشهد به» (٢).

ص: ٥٠٩

١- (١) المصدر نفسه: الباب ١٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٣:٢٤٦.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٢ و١:٢٤٦.

الشرح:

ويجمع بين هذه وما قبلها بتجوزيز الشهاده بالحاله السابقه وعدم الشهاده بالحاله الفعليه، بشهاده صحيحته الأخرى قال: «قلت له: إن ابن أبي ليلي يسألني الشهاده عن هذه الدار مات فلان و تركها ميراثاً، وأنه ليس له وارث غير الذي شهدنا له، فقال: اشهد بما هو علمك، قلت: إن ابن أبي ليلي يحلفنا الغموس، فقال: احلف إن ما هو على علمك». (١)

وبالجملة، إن الشهاده هي الإخبار بما علمه بحسّه، ولا يكون الاستصحاب علماً حقيقه، فضلاً عن كونه علماً بحسّ الواقعه، وإذا كانت الواقعه مورد المخاصمه بحيث يحتاج إلى فصلها بالقضاء فلا ينفذ فيها إلاّ الشهاده المتقدمه، أخذاً بما دلّ على أنّ القضاء بالبينه والحلف، فمن يدعى خلاف الشهاده المتقدمه فعليه اقامه البينه على دعواه، فإنّ من يكون قوله على خلاف الاستصحاب مدّع عدم كون العين بيده.

وأما إذا لم يكن في البين مخاصمه كالدار المزبوره في الصحيحه والمعتبره فعلى القاضى الحكم على طبق الحاله السابقه، أخذاً بالاستصحاب، ولكن هذا الحكم ليس من القضاء في الواقعه بل هو تعيين الوظيفه فيها على من لا يعلم خلافها.

ولو لم يكن القاضى ملتفتاً أنّ الوظيفه هي الأخذ بالحاله السابقه، فللشاهد أن يشهد بالملكيه الفعلية، وشهادته بها ليست من الشهاده التي مدرك القضاء، حيث إنه بيان الوظيفه الفعلية في الواقعه، ويمكن أن يحمل على ذلك الصحيحه الأولى، حيث لم يفرض فيها دعوى الحريه من الغلام والأمه أو دعوى آخر ملكيتهما، وهذا مع اعتبار الاستصحاب، وأما مع عدمه كما إذا كانت العين التي يعلم الشاهدان بأنّها كانت ملك فلان بيد شخص آخر يدعى ملكيتها، ويعترف بأنّها انتقلت ممن يشهد الشاهدان بأنّها كانت في السابق ملكه، فلا تسمع الشهاده بالملكيه السابقه أصلاً.

تفريع على القول بالاستفاضه:

الأول: الشاهد بالاستفاضه لا يشهد بالسبب، مثل البيع والهبة والاستغنام، لأن ذلك لا يثبت بالاستفاضه [١]، فلا يُعزى الملك إليه مع اثباته بالشهادة المستنده إلى الاستفاضه، أما لو عزاه إلى الميراث صحّ، لأنه يكون عن الموت الذى يثبت بالاستفاضه، والفرق تكلف لأن الملك إذا ثبت بالاستفاضه، لم تقدر الضميمه مع حصول ما يقتضى جواز الشهاده.

الشرح:

الأمر الثانى: جواز الشهاده بملكه العين استناداً إلى يده عليها، فهل الشهاده بالملكيه استناداً إليها كالشهادة بها استناداً إلى الاستصحاب، أو أنّ الشهاده استناداً إلى يد نافذه تصح كونها مدرک القضاء، نتعرض لهذا الأمر فى المسأله الأولى من المسائل الآتیه.

[١] ذكر قدس سره تفريعين على القول بسماع الشهاده التى استند الشاهد فيها إلى الاستفاضه:

الأول: أنّ الشاهد بالملك بالاستناد إليها لا يجوز له أن يشهد بالسبب الذى استفاض خبر الملك بذلك السبب، لكن لا بمعنى أنّ شهادته بالسبب غير نافذه، كما إذا ذكر أنّ زيدا يملك العين الفلانيه بالشراء أو بالاتّهاب أو بالاستغنام أو غير ذلك، لأن هذه الاسباب لا تتحمّل الشهاده بها بالاستفاضه، فيكون الشهاده بها مخلّه. نعم إذا ذكر السبب فيما يثبت ذلك السبب كالملك بالاستفاضه، كما إذا شهد أنّ العين الفلانيه ملك زيد ارثاً من أبيه صحّت، لأن الموت أيضاً يثبت بالاستفاضه.

ثمّ أورد على ذلك بأنّ ذكر السبب مع الشهاده بالملك لا يضرّ، غايته أن تكون الشهاده بالسبب ملغاه.

أقول: قد أشرنا إلى أنّ مراد من ذكر أنّ الشاهد بالاستفاضه لا يشهد بالسبب، ليس بمعنى اعتبار عدم ذكره فى سماع شهادته.

الثانى: إذا شهد بالملك مستنداً إلى الاستفاضه، هل يفتقر إلى مشاهدته اليد والتصرف؟ الوجه لا [١]، أما لو كان لواحد يد، ولآخر سماع مستفيض، فالوجه ترجيح اليد، لأن السماع قد يحتمل اضافته الاختصاص المطلق للملك وغيره، ولا تزال اليد بالمحتمل.

الشرح:

وتظهر الثمره فى سماع الشهاده بالملك دون السبب، فيما إذا كان فى البين مدع آخر لتلك العين وله شهود بالملك والسبب، وكانت شهادتهم غير مستنده إلى الاستفاضه تقدم بينته على صاحب البينه بالاستفاضه لثبوت السبب الملك بها من غير معارض، على ما تقدم فى تعارض البينتين، وهذا بخلاف ما إذا كان السبب أيضاً ممّا يثبت بالاستفاضه كالمملك بالارث، فإن البينه المستنده إلى الاستفاضه تعارض الأخرى فى السبب أيضاً.

و ذكر فى الجواهر أنه: إذا شهد بالملك مع السبب وكانت الشهاده مستنده إلى الاستفاضه يؤخذ بشهادته بالاضافه إلى الملك دون السبب، لأن التبعض فى الشهاده أمر معروف، وهذا ظاهر فيما إذا شهدت بالملك وأنه بالبيع، وأما إذا قال إنه قد ملكها بالشراء فقد يشكل القبول، لأن الشهاده واحده وعدم ثبوت خصوصيه الملك أى فصله يوجب عدم ثبوت الجنس.

أقول: لا يخفى ما فيه، فإن الملك لا يكون من قبيل الجنس والشراء من قبيل الفصل، بل هو من قبيل الشهاده بالموضوع وأثره، ولو سمعت بالاضافه إلى الأثر لكونه عاماً، ولا يختص بذلك الموضوع، فلا مانع من عدم ثبوت الموضوع، كما فى الشهاده بالسرقه بواحد ويمين حيث يثبت ضمان الملك، ولا يثبت عنوان السرقه ليقطع يده.

[١] وذكر فى التفریع الثانى على سماع البينه المستنده إلى الاستفاضه، أنه لا يعتبر فى سماعها أن يرى الشاهد العين بيد المشهود له وتصرفه فيها بالبناء والهدم والإجاره وغيرها من التصرفات، ولو كان مدع آخر بتلك العين وله شاهد يستند فى شهادته إلى

مسائل ثلاث:

الأولى: لا ريب أنّ المتصرف بالبناء والهدم والاجاره بغير منازع يشهد له بالملك المطلق [١]. وأمّا من فى يده دار، فلا شبهه فى جواز الشهاده له باليد، وهل يشهد له بالملك المطلق؟ قيل: نعم، وهو المروى، وفيه اشكال من حيث أنّ اليد لو أوجبت الملك له، لم تسمع دعوى من يقول: الدار التى فى يد هذا لى، كما لا تسمع لو قال: ملك هذا لى.

الشرح:

اليد والتصرف، يقدم الشهاده المستنده إلى اليد المستمره على العين، وعلل ذلك بأنه يمكن إضافة المال إلى شخص لا لكونه مالكا.

بل عبارته قدس سره تعطى أنه لو كانت لأحد فى عين اليد المتصرفه فيها، وللآخر سماع الاستفاضه بأنها له، يحكم بأنها لى اليد المتصرفه فيها، لأنّ الإستفاضه يحتمل اختصاصها بغير الملك، بخلاف اليد المتصرفه فيها والمستمرة عليها، فإنها لا يحتمل فيها غير الملك.

وقد يقال بأنّ تقديم اليد المتصرفه على الإستفاضه، فيما إذا كانت الاستفاضه بأنّ العين لفلان، حيث يحتمل اللام الداله على الاختصاص غير الملك، وأمّا إذا كانت الاستفاضه بأنها ملك فلان، فيقدم على اليد المتصرفه، كما هو لازم ثبوت دعوى الملك بالبينه المستنده إلى الشيع.

أقول: لو كانت الاستفاضه معتبره كما تقدم التفصيل، تسقط اعتبار اليد المتصرفه، بلا فرق بين استفاضه أنّ العين لزيد أو ملك زيد، لأنّ ظاهر نسبه المال إلى شخص واضافته إليه باللام الملكيه، ولا فرق فى اعتبار الظهور فى موارد الإخبار بالموضوع أو الحكم، ولو لم تكن الاستفاضه معتبره كما إذا لم توجب الوثوق والاطمئنان، فلا موجب لرفع اليد عن مقتضى قاعده اليد، وهو ترتيب آثار المالكيه لى اليد.

[١] ذكر قدس سره أنه إذا كان شخص يتصرف فى عين بالبناء والهدم والاجاره وغير ذلك

الشرح:

من التصرفات ولم يكن منازع ينازعه في ملكها، يجوز أن يشهد بأن العين المزبوره ملك له، وادعى أن جواز الشهاده بملكها له لاريب فيه.

وأما إذا كانت عين بيد واحد، فإن شهد الشاهد بيده على العين فهذه الشهاده جائزه تكليفاً ووضعاً، وأما إذا أراد أن يشهد بملكه للعين، فجواز الشهاده مشكل، وإن قيل بجوازها، وعلى الجواز روايه أيضاً.

والوجه في الاشكال أن اليد على العين لو كانت موجه لملك ذى اليد فلازمه ان لا تسمع الدعوى على ذى اليد في ملكيتها، فإن قول المدعى بها مرجعه إن هذه العين التى ملك لذى اليد ملكى.

وقد أورد على الماتن قدس سره : لو كان منشأ الاشكال فى جواز الشهاده بالملك لذى اليد ذلك، لجرى هذا الاشكال فى الشهاده بالملك للمتصرف فى العين بلامنازع، لأن المتصرف المزبور إن أوجب كون العين له فلا تسمع دعوى أحد عليها فى ملكيتها، لأن مرجع قول المدعى هو أن العين التى ملك المتصرف ملكى.

وهذا النقص وارد على استدلاله، وان تصدى فى الرياض لبيان الفرق، ولكن لاسبيل إلى الإتيان بالفارق.

والوجه فى ذلك: أن التصرف فى العين أو اليد فيه ليس من الأسباب المملّكه، كالأحياء أو البيع والشراء، وغير ذلك من موجبات الملك، بل كلّ منهما أماره بملك العين، واعتبار الأماره يختص بحق الجاهل بالواقع، والذى يعلم الواقع وأن العين ليس بملك المتصرف فيها أو لذى اليد، فله أن يدعى عليهما فى العين المزبوره.

وعلى ذلك، فإن قلنا بأنه يكفى فى شهادته الشاهد بالواقع احرازه بالاماره المعتمره ولو فى الملك المطلق، فله أن يشهد بملكه العين للمتصرف أو لذى اليد، وإن

الشرح:

قلنا باعتبار العلم الوجدانى بحسّ الواقع كما تقدم، فتشكل الشهاده بملكيتها من غير فرق بينهما.

ودعوى الاجماع والتسالم على جواز الشهاده بملكيه العين للمتصرّف المستمر فيها بخلاف الشهاده بملكيتها لذى اليد عليها، لا يمكن المساعدة عليها، لعدم احراز التسالم والاجماع التعبدى فى الأوّل.

ويمكن التفرقه بينها بما ذكرنا سابقاً، من أنّ حسّ الواقع أعم من أن يكون بنفسه أو بأثره، واستمرار شخص على التصرفات فى عين بالتصرّف الموقوف على ملكها طول زمان من غير منازع ونكير يعدّ من أثر الملكيه الواقعيه، بخلاف مجرد اليد على عين، فإنّ اليد وان تكون اماره معتبره بملكيه ذى اليد، إلا أنّها لا يوجب العلم بها فضلاً عن أن يكون من أثر المحسوس لها، ولكن مع ذلك هذا الفرق أيضاً لا يخلو عن تأمل.

ولكن قيل بجواز الشهاده بالملك باليد عن العين، ويستدل عليه بروايه حفص بن غياث عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «قال له رجل إذا رأيت شيئاً فى يدى رجل يجوز لى أن أشهد أنه له؟ قال: نعم، قال الرجل: أشهد أنه فى يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره، فقال أبو عبدالله عليه السلام: أفیحل الشراء منه؟ قال: نعم، فقال أبو عبدالله عليه السلام: فلعله لغيره فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك، ثم تقول بعد الملك: هو لى، وتحلف عليه، ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبدالله عليه السلام: لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق. (١)

أقول: ما يذكر فى المقام من عدم سماع بينه الملك المستنده إلى اليد، المراد مقام الترافع والتنازع، وأمّا فى غير ذلك، كما إذا أراد انسان شراء متاع من آخر، فالقول بأنّ

ص: ٥١٥

الشرح:

ذا اليد مالكة جائز بلا اشكال، حيث بعد اعتبار اليد أماره بالملك يعلم بأنه مالك. وقد تقدم أيضاً أنّ البيئه بكون عين بيد فلان توجب كونه المدعى عليه فى دعوى الآخر ملكيتها.

فينحصر الكلام فى أنه إذا ادعى أحد على الآخر أنه مالك العين دونه فان أقام بيئه فاللازم أن يشهد الشهود بالملكه المحرزه لهم من غير ناحيه اليد، بأن كان احرازهم بحضورهم شرائها أو ارثها، ولو شهدوا بالملكه باليد فان كانت العين عند شهادتهم بيد المدعى عليه فشهادتهم كاذبه، وإن لم تكن بيده فتجعل شهادتهم المشهود له المدعى عليه فى الواقعه، فله الحلف على نفى دعوى الآخر ان لم يكن للآخر بيئه معتبره.

وروايه غياث مع ضعف سندها بقاسم بن يحيى غير ناظره إلى الشهاده فى مقام الترافع، بل ناظره إلى الشهاده بمعنى الإخبار بملكه ذى اليد، وقوله فى مقام الدعوى عليه كما يظهر ذلك بملاحظه صدرها و ذيلها الوارد فيه: لو لم يكن هذا لما قام للمسلمين سوق.

ويظهر ما ذكرنا مميًا ورد فى تعارض البيئات مع كون العين فى يد أحد المتنازعين واقامه كل منهما البيئه على أنها ملك له، ووجه الظهور أنّ ملاحظه ما ورد يوحى أنّ المغروس فى أذهان السائلين هو أنه إذا اختصت البيئه بالمدعى لثبت دعواه على ذى اليد، ولذا فرضوا اقامه كلّ منهما البيئه بملكه العين له، وهذه البيئه لا يمكن أن تكون مستنده إلى مجرد اليد وإلا لم يكن معنى لتقديمها على اليد فى الآخر كما ذكرنا، لمعلوميه كذبها كما لا يخفى.

الثانيه: الوقف والنكاح يثبت بالإستفاضه [١]، أمّا على ما قلناه فلا- ريب فيه، وأمّا على الاستفاضه المفيده لغالب الظن، فلأنّ الوقف للتأييد، فلو لم يسمع فيه الإستفاضه لبطلت الوقوف، مع امتداد الأوقات وفناء الشهود.

وأما النكاح، فلأنّ نقضى بأنّ خديجه عليها السلام زوجه النبي صلى الله عليه وآله كما نقضى بأنّها أمّ فاطمه عليها السلام ، ولو قيل: أنّ الزوجيه تثبت بالتواتر، كان لنا أن نقول: التواتر لا يثمر إلا إذا استند السماع إلى المحسوس، ومن المعلوم أنّ المخبرين لم يخبروا عن مشاهدته العقد ولا عن إقرار النبي صلى الله عليه وآله ، بل نقل الطبقات متصل إلى الاستفاضه التي هي الطبقة الأولى، ولعل هذا أشبه بالصواب.

الشرح:

[١] المعروف بأنّ الوقف والنكاح يثبت كلّ منهما بالاستفاضه، ولكن لا يختص الثبوت بهما بل يجري في غيرهما ممّا تقدم آنفاً.

وذكر قدس سره أنّه بناءً على اشتراط الإستفاضه المفيده للعلم واليقين فلا- كلام في الثبوت، وأمّا لو لم تكن مفيده إلا الظن الغالب فيمكن أن يقال في وجه ثبوت الوقف بها، بأنّ الوقف للتأييد فلو لم تسمع في ثبوت الوقف هذه الاستفاضه لبطلت الوقوف مع توالي العصور لانقضاء الشهود الأصل، واعتبار شهود الفرع يختصّ بالشهود بشهاده شهود الأصل.

كما يمكن أن يقال في وجه ثبوت النكاح بها، بأنّه لو لم يثبت النكاح بالاستفاضه لما صحّ لنا الحكم بأنّ خديجه عليها السلام زوجه النبي صلى الله عليه وآله ، كما لا يصحّ أن نقول بأنّها أمّ فاطمه عليها السلام ، و دعوى أنّ ثبوت ذلك بالتواتر لا تفيد، فإنّ إخبار المخبرين في الطبقات لا بدّ من أن تنتهي إلى إخبار الطبقة المخبره بالواقعه المحسوسه لهم، ومن الظاهر أنّه لم تكن في الطبقة الأولى حسّ بنكاحها أو باقرار النبي بالمشاهده والسماع بعدد التواتر، بل غايته الانتهاء إلى الاستفاضه، وذكر في آخر كلامه أنّ الثبوت بالاستفاضه أشبه بالصواب.

الشرح:

و ذكر في الجواهر: إنَّ غرض المصنف من هذا الكلام غير ظاهر، فإن كان المراد الاستفاضه الموجهه للعلم وأنَّ القاضى فى مقام القضاء يحكم بالنكاح والوقف، فهذا لا يختص بالنكاح والوقف، وإن كان المراد الاستفاضه غير الموجهه للعلم، وأنَّ الحكم بهذه الاستفاضه يختص بهما فهذا أيضاً مشكل، لأنَّ ثبوت النسب بها أولى منهما.

أقول: قد تقدم الحكم بالاستفاضه أو بالبينه القائمه بها قضاءً أو بنحو الافتاء، فلا نعيد.

ونقل قدس سره عن المسالك أنَّ الاستفاضه فى تزويج خديجه عليها السلام كانت بحدِّ التواتر فى الطبقة الأولى السامعين للعقد، فإنَّ النبى صلى الله عليه وآله فى ذلك الوقت كان من أعلى قريش، وعمّه أبوطالب المتولى لتزويجه كان رئيس بنى هاشم وشيخهم ومن إليه مرجع قريش، وخديجه عليها السلام كانت من أجلاء بيوتات قريش، وكانت خطبه أبى طالب فى المسجد الحرام بجمع من قريش ممن يزيد عددهم على عدد التواتر، وعلى ذلك فدعوى عدم استناد الطبقة الأولى إلى سماع العقد ومشاهدته إلا بحدِّ الاستفاضه المفيده للظن الغالب ضعيفه.

وناقش فى هذا الكلام، بأنَّ لحاظ التزويج فى بنات السلاطين وأولادهم يقضى أنَّ علوَّ المقام وشهره الشخص لا يستلزم سماع العقد العدد المعبر فى التواتر، نعم دعوى كون الاستفاضه من الطبقة الأولى مفيده للعلم وإن لم يكن بحدِّ التواتر، نظير الإستفاضه فى البلدان والملوك وغير ذلك صحيحه.

أقول: قد تقدم أنَّ الإستفاضه لو كانت بحيث ولو بملاحظه الأمور الخارجه عنها، يوجب لكل من اطلع عليها الجزم بالواقع، يعدُّ ذلك من حسّ الشىء بالأثر، فيصحَّ الحكم بها والاعتماد على البينه القائمه بتلك الاستفاضه.

الثالثة: الأخرس يصحّ منه تحمّل الشهادة وأداؤها، ويبنى على ما يتحققه الحاكم من اشارته [١]، فإن جهلها اعتمد فيها على ترجمه العارف باشارته، نعم يفتقر إلى مترجمين، ولا يكون المترجمان شاهدين على شهادته، بل يثبت الحكم بشهادته أصلاً، لا بشهادة المترجمين فرعاً.

الشرح:

[١] يصحّ للأخرس تحمّل الشهادة وأداؤها، ويلاحظ الحاكم ما يفهم من اشارته، كما يلاحظ ما يفهم من عبارته غيره من الشهود، وإن جهل الحاكم اشارته اعتمد على العارف بها، كما يعتمد على المترجم فيما كان شهادته الشاهد بلغه لا يعرفها الحاكم.

وذكروا أنه يعتبر في المترجم التعدّد، فإنّ الترجمة أيضاً تدخل في الشهادة بما أظهر الآخر من مراده، ولكن قد تقدم عدم ثبوت دليل على اعتبار التعدد بعد كون الترجمة تفسيراً لاشارته أو ما يتلفظ به.

وكيف ما كان فلا تكون الترجمة من الشهادة على الشهادة بأن تحسب أنّها شهادة على شهادة الأصل بالواقعه، بل ثبوت الواقعه بشهادة الأصل، أى الأخرس أو غيره ممّن يترجم كلامه، ولذا يعتبر وقوع اشارته الأخرس فى محضر الحاكم، ولو كانت الترجمة من شهادة الفرع فلا تسمع، لأنّه يعتبر فى سماع شهادة الفرع عدم حضور شاهد الأصل مجلس الحكم.

ثمّ إنّه قد ذكر فى النافع والرياض أنّ العارف باشارته الأخرس فى مقام الشهادة بإقراره يجب أن يشهد باشارته التى رآها منه، بأن يحكى نفس إشارته أولاً- ثمّ يقول أنّه أراد ذلك منها، وإن اقتصر على ذكر ما فهمه من اشارته لا تسمع ترجمته، وعلّلوا ذلك باحتمال خطأ المترجم فى الفهم فيلزم الكذب فى اقراره.

وذكر فى الرياض: لعلّ مراد من علل لزوم حكاية نفس الإشاره بأنّه لولاها لزم الكذب هو احتمال لزومه، ثمّ وجّه التعليل بلزوم الكذب بأن الاقرار معناه حقيقه هو

الثالث: ما يفتقر إلى سماع والمشاهده، كالنكاح والبيع والشراء والصلح والإجاره، فإن حاسه السمع يكفى فى فهم اللفظ، ويحتاج إلى البصر لمعرفة الالفاظ، ولا لبس فى شهاده من اجتمع له الحاستان.[١]

الشرح:

الإخبار عن الحق باللفظ الدال عليه، واطلاقه على الإخبار عنه بالاشارة بنحو من المجاز، فلو اقتصر العارف ببيان نفس ما فهمه من اشارة الأخرس كان منصرف كلامه أنه تكلم بذلك، فيكون كذباً، بخلاف ما حكى اشارته أولاً، وردّه بأن كونه أخرس قرينه حال واضحه بأن المراد اشارته لا تكلمه.

أقول: لا يخفى الشاهد باقرار الأخرس أو بغير اقراره لا يلزم عليه حكاية اشارته أولاً، كما لا يلزم على المترجم لكلام من لا يعرف الحاكم أو غيره لغته أن يحكى نفس ألفاظه أولاً، بل إخباره بأن المفهوم عند من يعرف إشاره الأخرس ذلك أو أن المفهوم من كلام المتكلم بلغه أخرى عند أهل محاوراته ذلك كفى فى الاعتماد عليه، مع كون المخبر عارفاً ثقته، والله العالم.

[١] الثالث من المستند فى تحمّل الشهاده ومشاهدته معاً، وهذا فى تحمّل الشهاده بالعقود والإيقاعات ونحوهما، فإنّ تحمّل الشهاده بنفس العقد أو الإيقاع ونحوهما يكون بالسمع والتعرف على العاقد والموقع يكون بالمشاهده، وعليه فلو اجتمع للشاهد حاستان فلاشكال فى شهادته تحملاً واداءً.

وأما الأعمى، فتقبل شهادته بالعقد والإيقاع، وأما بالاضافه إلى العاقد والموقع فلاقبل إلاّ فى صورتين:

احدهما: ما إذا كان عند تحمّله الشهاده معرّفان يعرفانه العاقد أو الموقع، وفى هذه الصوره يجوز للأعمى الشهاده بالعقد وعاقده، ويحسب الأعمى من شاهد الأصل بالاضافه إلى العقد وعاقده، وهذا يجرى فى شهاده البصير أيضاً، فإنّه يجوز للبصير

أمّا الأعمى، فتقبل شهادته فى العقد قطعاً، لتحقق الآله الكافيه فى فهمه فإن انضم إلى شهادته معرّفان جاز له الشهاده على العاقد، مستنداً إلى تعريفهما، كما يشهد المبصر على تعريف غيره، ولو لم يحصل ذلك وعرف هو صوت العاقد معرفه يزول معها الاشتباه، قيل: لا يقبل لأنّ الأصوات تتماثل، والوجه أنّها تقبل، فإن الاحتمال يندفع باليقين، لأننا نتكلم على تقديره.

الشرح:

تعرفه بمن يتحمل الشهاده له بالمعرفان

وربما يستدل على ذلك بصحيحه محمّد بن قيس قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الأعمى تجوز شهادته؟ قال: نعم إذا أثبت» (١)، فإنّ الإثبات يصدق مع التعرف بالعاقد كما ذكر.

ويظهر ذلك من صحيحه على بن يقطين عن أبى الحسن الأوّل قال: «لابأس بالشّهاده على اقرار المرأه، وليست بمسفره، إذا عرفت بعينها أو حضر من يعرفها، فأما إذا كانت لا تعرف بعينها ولا يحضر من يعرفها فلا يجوز للشّهود أن يشهدوا عليها أو على اقرارها، دون أن تسفر وينظرون إليها» (٢).

ولكن المحكى عن جماعه أنّه لا يجوز للأعمى أن يشهد فى صورته التعريف على العاقد مطلقاً، بل عليه أن يقول مثلاً: اشهد على زيد بتعريف فلان وفلان، ويحتمل أن يكون مراد الماتن أيضاً من عبارته ذلك، ففى الحقيقه تكون شهاده الأعمى بالاضافه إلى العاقد من شهاده الفرع، غايه الأمر لا يعتبر فى شهاده الفرع فى المقام التعدد، فالأعمى بانفراده يشهد بالشهاده على العاقد، حيث إنّ المعرّفين فى مفروض الكلام يحسبان شاهدين للعاقد أو الموقع، والأعمى يشهد بشهادتهما وعللوا عدم جواز شهاده الأعمى بالعاقد فى الفرض مطلقاً، بأنّ فى شهادته مطلقاً ايهاً بعرفانه العاقد بنفسه و يقطع الطريق على الخصم فى الواقعه لو أراد الجرح فى شهود التعريف.

ص: ٥٢١

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٤٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٩٦: ١.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٤٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٩٧: ١.

وبالجملة: فإنّ الأعمى تصحّ شهادته متحمّلاً ومودّياً، عن علمه و عن الاستفاضه فيما يشهد به بالاستفاضه.

ولو تحمّل شهادته وهو مبصر ثمّ عمى، فإنّ عرف نسب المشهود أقام الشهاده، وإن شهد على العين و عرف الصوت يقيناً جاز أيضاً، أمّا شهادته على المقبوض فماضيه قطعاً وتقبل شهادته إذا ترجم للحاكم عباره حاضر عنده.

الشرح:

والثانيه: ما إذا أحرز الأعمى بنفسه و عرفه بصوته، ففي هذه الصوره، الصادق عليها الاثبات تسمع شهادته مطلقاً على العاقد والموقع، وان ناقش بعضهم كالشيخ في الخلاف في شهادته بالاضافه إلى العاقد، وذكر أنّها لاتقبل، لأنّ الأصوات تتماثل.

وفيه أنّ هذا خلاف الفرض اليقين بالعاقد و عرفانه كعرفان الأعمى ابنه و بنته و صديقه إلى غير ذلك.

أقول: إذا ذكر الأعمى في شهادته أنّه قد أثبت العاقد والموقع، فهذا المقدار كافٍ في قبول شهادته، كما هو ظاهر الصحيحين، ولو فرض أنّ الأعمى تحمّل الشهاده على المقبوض بيده إلى أدّى الشهاده عليه، فشهادته ماضيه قطعاً، فلا يرد في الفرض ما ذكروا من المناقشه في سماع شهادته في الصورتين المتقدمتين.

ولكن ناقش في المسالك في هذا الفرض أيضاً بأنّ تحقق هذا الفرض و تصويره عسر، فاللائق أن يقال بعدم سماع شهاده الأعمى بالاضافه إلى ما يكون تحمّل الشهاده به بالمشاهده حسماً لباب الشبهه، نظير حسم مادّتها في عدم قبول شهاده الفاسق.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ النهى عن سماع شهاده الفاسق مطلقاً لم يدع لسماع شهادته مورداً إلاّ بالاضافه إلى الإقرار على نفسه، وأمّا شهاده الأعمى فقد ورد الأمر بسماع شهادته إذا أثبت، سواء كان مورد اثباته فرضاً نادراً أم غير نادر، عسراً عليه أم لا، فلامورد للتأمّل في سماع شهادته مع عدله و اثباته، كما لا تأمل في قبول ترجمته إذا ترجم للحاكم عباره غيره ممن لا يعرف الحاكم لغته.

ص: ٥٢٢

الطرف الثالث:

فى أقسام الحقوق

وهى قسمان: حقّ الله سبحانه، وحقّ آدمى.

والأول منه: ما لا يثبت إلا بأربعة رجال، كالزنا واللواط والسحق [١]، وفى اتيان البهائم قولان، أصحهما ثبوته بشاهدين.

الشرح:

[١] اشتهر فى كلمات الأصحاب تقسيم الحقوق إلى حقوق الله وحقوق آدمى، وذكروا أنّ فى حقوق الله سبحانه ما لا يثبت إلا بأربعة رجال. وادعوا الإجماع بأنّ كلاً من الزنا واللواط والمساحقة لا يثبت إلا بأربعة رجال.

ويشهد لاعتبار أربعة رجال فى الزنا الكتاب المجيد والروايات، بل الاعتبار من ضروريات الفقه، قال الله سبحانه: «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً» (١)، وقوله سبحانه: «وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ» (٢)، وقال تعالى: «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ».

وفى صحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام عن على عليه السلام: «لا يرمم رجل ولا امرأه حتى يشهد عليه أربعة شهود على الإيلاج والإخراج». (٣)

ص: ٥٢٣

١- (١) النور: ٤.

٢- (٢) النساء: ١٥.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢ و٣٧١: ١.

ويثبت الزنا خاصة بثلاثة رجال وامرأتين [١]، وبرجلين وأربع نساء، غير أن الأخير لا يثبت به الرجم، ويثبت به الجلد، ولا يثبت بغير ذلك.

الشرح:

وفي صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «حدّ الرجم أن يشهد أربع أنهم رأوه يدخل ويخرج» (١)، إلى غير ذلك، وهذا بالاضافه إلى الزنا.

وأما بالاضافه إلى اللواط، فقد ذكرنا أن الحكم متسالم عليه عندهم، ويمكن الاستدلال عليه بما ورد من ثبوته بالإقرار أربع مرات كالزنا، وورد أيضاً بأن كل اقرار يحسب شهاده.

وفي صحيحه مالك بن عطيّه عن أبي عبد الله عليه السلام: «بينما أمير المؤمنين عليه السلام في ملاءٍ من أصحابه إذ أتاه رجل فقال: يا أمير المؤمنين إنى أوقبت غلاماً فطهرنى إلى أن قال: فلما كان في الرابعه قال له: يا هذا إن رسول الله صلى الله عليه وآله حكم في مثلك بثلاثة أحكام فاختر أيهن شئت؛ الحديث» (٢).

وإذا انضم ذلك إلى ما ورد في معتبره سعد بن ظريف في أربع إقرارات اللهم إنى قد أثبت ذلك عليها أربع شهادات»، تكون النتيجة ثبوت اللواط بشهاده أربعه رجال.

ويمكن الاستدلال أيضاً إن مقتضى الآيه: «وَاللَّائِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ» (٣)، عدم الفرق بين الزنا والسحق في اعتبار استشهاد الأربعة، وإذا كان الاستشهاد كذلك معتبراً في السحق فلا يحتمل عدم جريانه في ثبوت اللواط.

وأما اتیان البهيمه فلا يعتبر في ثبوته الشهاده المزبوره، بل يؤخذ فيه بما ورد في اعتبار البيئه.

[١] يفترق الزنا عن اللواط والسحق بأن الزنا رجماً وجلداً يثبت بشهاده ثلاثه

ص: ٥٢٤

١- (١) الوسائل: ١٨ الباب ١٢ من أبواب الشهادات، الحديث ١ .

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٥ من أبواب حد اللواط، الحديث ٤٢٣: ٥.

٣- (٣) النساء: ١٥.

الشرح:

رجال، فيما إذا انضم إليها شهادة امرأتين، فمع الإحصان يرجم ومع عدمه يجلد، وإذا انضم شهادة أربع نساء إلى شهادة رجلين يجلد ولا يرجم، بلا فرق بين الاحصان وعدمه، كما عليه الأكثر بل المشهور.

وفى صحيحه عبدالله بن سنان قال: «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: لا تجوز شهادة النساء فى رؤيه الهلال، ولا يجوز فى الرجم شهادة رجلين وأربع نسوه، ويجوز فى ذلك ثلاثه رجال وامرأتان الحديث». (١)

وصحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن شهادة النساء فى الرجم، فقال: إذا كان ثلاثه رجال وامرأتان وإذا كان رجالان وأربع نسوه لم تجز فى الرجم». (١)

وإذا ثبت بشهادة ثلاثه رجال وشهادة امرأتين مع الإحصان، الرجم، ثبت الجلد بها مع عدم الاحصان، حيث أنّ ظاهر الصحيحتين كون تلك الشهادة طريق إلى ثبوت الزنا، ولكن ظاهرهما عدم ثبوت الرجم بشهادة رجلين وأربع نسوه، وأمّا ثبوت الجلد بها فلا دلالة لهما على ذلك نفيًا وإثباتًا، ولكن يلتزم بأنه يثبت بشهادة رجلين، مع أربع نسوه الجلد، بلا فرق بين الإحصان وعدمه.

ويشهد لذلك صحيحه أخرى عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: «أنه سئل عن رجل محصن فجر بامرأه فشهد عليه ثلاثه رجال وامرأتان وجب عليه الرجم، وان شهد عليه رجالان وأربع نسوه فلا تجوز شهادتهم ولا يرجم ولكن يضرب حدّ الزانى». (٣)

والمحكى عن الصدوق والعلامة فى المختلف وجمع آخر عدم ثبوت الجلد بشهادة رجلين وأربع نسوه، فإنّ هذه الشهادة إن كانت طريقاً إلى ثبوت الزنا وجب

ص: ٥٢٥

الشرح:

الرجم مع الاحصان، ومع عدم كونها طريقاً كما هو ظاهر الصحيحتين فلا موجب للجلد.

ولكن لا يخفى أنّ ما ذكر لا يخرج عن طرح الصحيحه الأخيره بلا موجب.

وبالجملة: فمع شهاده رجلين وأربع نسوه يجلد الزانى، محصناً كان أو غيره.

لكن مع شهاده ثلاثه رجال وامرأتين يرجم مع الاحصان ويجلد بدونه، والمحكى عن بعض أصحابنا عدم ثبوت الرجم بشهاده ثلاثه رجال وامرأتين بل يتعين فى الرجم شهاده أربعه رجال، للأصل والآيه المباركه الداله على طريق ثبوت الزنا شهاده أربعه رجال، بعد معارضه الصحيحتين المتقدمتين بصحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «إذا شهد ثلاثه رجال وامرأتان لم يجز فى الرجم ولا تجوز شهاده النساء فى القتل» (١).

وربّما يجب بحمل هذه على التقيه، لأنّ عدم الثبوت مذهب أكثر العامه، وعن الشيخ قدس سره حملها عليها أو على اختلال شرائط الشهاده.

وربّما يقال: أنّ الحمل على اختلال شرائط الشهاده ليس من الجمع العرفى، ومع المعارضه لا تصل النوبه إلى الترجيح بمخالفه العامه إلاّ بعد عدم الترجيح بموافقه الكتاب، وصحيحه محمد بن مسلم موافقه للآيات التى تدلّ على ثبوت الزنا بأربعه رجال وإلاّ يجلد القاذف.

بل الصحيح فى المقام الرجوع إلى ما ورد من الاطلاق فى روايه محمّد بن الفضيل، التّيلا يبعد اعتبارها لكون المراد هو محمد بن القاسم بن الفضيل، قال: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام قلت له: تجوز شهاده النساء فى النكاح أو طلاق أو رجم؟

ص: ٥٢٦

ومنه ما يثبت بشاهدين، وهو ما عدا ذلك، من الجنايات الموجبه للحدود[١] كالسرقة وشرب الخمر والرذّه، ولا يثبت شيء من حقوق الله تعالى بشاهد وامرأتين، ولا بشاهد ويمين، ولا بشهادة النساء منفردات ولو كثرن.

الشرح:

قال: تجوز شهادة النساء فيما لا تستطيع الرجال أن ينظروا إليه، وليس معهنّ رجل، وتجاوز شهادتهن في النكاح إذا كان معهنّ رجل، وتجاوز شهادتهن في حد الزنا إذا كان ثلاثه رجال وامرأتان، ولا- تجوز شهادة رجلين وأربع نسوة في الزنا والرجم، ولا تجوز شهادتهنّ في الطلاق ولا في الدم». (١)

فإنّه بعد فرض التساقط في الصحيحتين وصحيحه محمّد بن مسلم بالاضافه إلى ثبوت الرجم، يؤخذ بإطلاق قوله عليه السلام في هذه الروايه: «وتجاوز شهادتهن في حد الزنا»، فإن مقتضاه عدم الفرق بين كون الزنا موجبا للجلد أو الرجم.

ولكن لا يخفى أنّ موافقه الكتاب فيأحد المتعارضين مرجح، لا أنّ الكتاب مرجع بعد تسقاطهما، ليقال: إنّ مع وجود الإطلاق الدال على الثبوت لا تصل النوبه إلى الرجوع إلى الكتاب لوجود العام والمطلق الأخص.

والصحيح حمل صحيحه محمد بن مسلم على التقيّه، لأنّ مضمونها عدم ثبوت الرجم بشهادة ثلاثه رجال وامرأتين، لاعدم ثبوت الزنابها، ليكون موافقا للآيات الداله اطلاقاتها على عدم ثبوت الزنا بغير شهادة أربعة رجال.

[١] الظاهر عدم الخلاف في ثبوت غير ما ذكر من الزنا واللواط والسحق وغير اتیان البهيمه من سائر موجبات الحدّ والتعزير بشهادة رجلين، ويقتضى ذلك ما ورد في اعتبار البينه مطلقاً، وخصوص ما ورد في بعض الموجبات، ككون الشخص ساحراً أو زنديقاً أو سارقاً إلى غير ذلك.

ص: ٥٢٧

الشرح:

وأما عدم ثبوت الموجبات للحدود بشهادة النساء، فمضافاً إلى كونه مقتضى الأصل، يدلّ عليه غير واحد من الروايات، وفي معتبره السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أنّه كان يقول: «شهادة النساء لا تجوز في طلاق ولا نكاح ولا في حدود، إلا في الديون وما لا يستطيع الرجال النظر إليه»^(١).

فإنّ الاستثناء فيه قرينه على عموم المستثنى منه، فيؤخذ به في الحدود، ومقتضاه عدم سماع شهادتهن فيها منفردات أو منضّمات، ويرفع اليد عنه بالاضافه إلى ما ورد في ثبوت الزنا بشهادتهن منضّمات إلى الرجال على ما تقدم، كما يحمل عدم ثبوت النكاح بما إذا انفردن لما ورد في سماع شهادتهن فيه.

وفي صحيحه العلاء عن أحدهما عليهما السلام قال: «لا تجوز شهادة النساء في الهلال، وسألته هل تجوز شهادتهن وحدهن؟ قال: نعم في العذره و النفساء»^(٢) ومقتضاها عدم سماع شهادتهن في غيرهما ومنه موجبات الحدود، ونظيرها صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألته تجوز شهادة النساء وحدهن؟ قال نعم في العذره و النفساء»^(٣).

وفي صحيحه جميل بن دراج عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قلنا: أتجوز شهادة النساء في الحدود؟ فقال: في القتل وحده»^(٤)، ومقتضاها عدم سماع شهادتهن في غير القتل بلا- فرق بين انفرادهن بالشهادة أو انضمامهن إلى الرجال، غاية الأمر يرفع اليد بالاضافه إلى انضمامهن إليهم في ثبوت الزنا على ما تقدم.

والمراد بالقتل فيها بالاضافه إلى ثبوت الديه، وأما القود فلا يثبت بشهادتهن، كما يدلّ على ذلك وعدم سماع شهادتهن في الحدود معتبره غياث بن إبراهيم عن

ص: ٥٢٨

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٤٢: ٢٦٧.

٢- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٥٨: ١.

الشرح:

جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام قال: «لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في القود»^(١)، وقد ذكرنا أنه يرفع اليد عن اطلاق عدم الجواز صورته شهادتهنّ بالزنا مع الرجال.

وما في صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام: «إذا شهد ثلاثة رجال وامرأتان لم يجز في الرجم ولا تجوز شهادة النساء في القتل»^(١)، ويحمل على القود، حيث لا ينافي هذا التقييد بحمل صدرها على التقيه كما تقدم.

وهكذا الحال في صحيحه ربعي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا تجوز شهادة النساء في القتل»^(٢)، ويمكن اتحاد هذه مع سابقتها، فهما رواية واحدة.

وبالجملة، مقتضى هذه الروايات عدم سماع شهادة النساء في الحدود في غير الشهادة بالزنا، حيث تسمع فيه شهادتهن إذا انضمت إلى شهادة الرجال على ما تقدم.

ولكن في البين روايه مقتضاها سماع شهادة النساء مع الرجال في جميع الحدود، وهي معتبره عبد الرحمان قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المرأة يحضرها الموت وليس عندها إلا امرأه تجوز شهادتها؟ قال: تجوز شهادة النساء في العذرة والمنفوس، وقال: تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجال»^(٣).

ولكن ما ورد في ذيل الروايه لا- يمكن الاعتماد عليه، فإن ما رواه في التهذيب في ذيل الروايه: «وقال: تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجل»^(٥)، وما رواه في الاستبصار: «وقال: تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجال»^(٦)، وقد أورد الحديث في الكتابين عن الحسين بن سعيد عن القاسم عن أبان عن عبدالرحمان.

ص: ٥٢٩

١- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٦٢: ٢١.

٢- (٣) التهذيب ٢٧٠: ٦، الحديث ٧٢٨.

٣- (٤) الاستبصار ٣: ٣٠، الحديث ١٠٠.

وأما حقوق الآدمى [١] فثلاثة، منها: ما لا يثبت إلا بشاهدين، وهو الطلاق والخلع والوكالة والوصية إليه والنسب ورؤيه الأهل، وفي العتق والنكاح والقصاص تردد، أظهره ثبوته بالشاهد والمرأتين.

الشرح:

فمن المحتمل أن يكون الصحيح هو ما فى الإستبصار فيكون ظاهراً فى اعتبار شهادة النساء مع شهادة الرجال، وهذا يختص بحد الزنا كما تقدم.

أضف إلى ذلك أن الكلينىأورد الحديث عن الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الوشا عن أبان عن عبدالرحمان بن أبى عبدالله (١)، وليس فيه هذا الذيل ولم يعهد أيضاً العمل بالذيل بغير ما ذكرنا.

[١] قد تقدم أن المعروف فى كلماتهم تقسيم الحق إلى حق الله سبحانه وحق الآدمى، وما ذكروا من الضابط لكل من القسمين لا يرجع إلى وجه صحيح مستفاد من الخطابات الشرعية.

نعم الثابت فى بعض الموارد من قبيل الحق، بحيث يكون اقراره واسقاطه بيد المكلف، سواء كان حقاً مالياً أم غيره، كالدين وحدّ القذف وحق القصاص والتغريم والرهن والشفعة والخيار غير ذلك، وقسم لا يقبل الإسقاط ولا رفع اليد عنه إلا بوجه خاص، كالنكاح والوقف ونظائرهما من العقد والإيقاع وغير ذلك.

وذكرنا الثبوت بشهادة العدلين فى كل ما يحتاج إلى ثبوته، غير ما تقدم فى الزنا واللواط والمساحقة، فلا بد من التعرض للموارد التى يثبت فيها الشىء بغير شهادتهما أيضاً بحسب ما يستفاد من الخطابات، سمى الشىء بحق الله أو بحق الآدمى.

وقد قسم الماتن ماسمى بحق الآدمى إلى ثلاثة أقسام: الأول ما يثبت بشهادة عدلين خاصة، وذكر الطلاق والخلع والوكالة والوصية إليه والنسب ورؤيه الأهل منها،

ص: ٥٣٠

الشرح:

وتردد في العتق والنكاح والقصاص، وذكر أنّ الأظهر الحاقها بالقسم الثاني، وهو ما يثبت بكل من شهادة العدلين وشهادة شاهد وامرأتين أو شاهد ويمين، وعدّ في هذا القسم الديون والأموال، كالقرض والقراض والغصب، وعقود المعاوضات، كالبيع والصرف والسلم والصلح والاجارات والمساقاه والرهن والوصيه له والجنايه التي توجب الديه، وتردد في الوقف، وذكر أنّ الأظهر ثبوته بشاهد وامرأتين وشاهد ويمين، وذكر القسم الثالث، وهو ما يثبت بشهادة الرجال والنساء، سواء اشترطت في سماع شهادتهن انضمام الرجال أم لم يشترط.

أقول: ما ذكره قدس سره من عدم ثبوت الطلاق بغير شهادة عدلين هو المشهور بين الأصحاب، والمحكى عن المبسوط أنه قوي ثبوته بشهادة النساء منضمت، وفي المسالك نسبتته إلى جماعه، وفي كشف اللثام أنّ الشهاده المعبره في اجراء الطلاق هي شهادة العدلين، وأما ثبوته في مقام المخاصمه بشهادة النساء منضمت محتمل.

وفيه: أنّ ثبوته كإجرائه يكون بشهادة العدلين خاصه، كما هو مقتضى ظاهر الروايات، كصحيحه محمد بن مسلم قال: «قال: لا تجوز شهادة النساء في الهلال ولا في الطلاق»^(١)، فإنّ مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين انفرادهن أو انضمام شهادتهن.

وفي صحيحه حماد بن عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام: «لا تقبل شهادة النساء في رؤيه الهلال، ولا يقبل في الهلال ولا في الطلاق إلاّ رجلا ن عدلان»^(٢).

وفي صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: «أنّه سئل عن شهادة النساء في النكاح، فقال: تجوز إذا كان معهنّ رجل، وكان على عليه السلام يقول: لا أجيزها في الطلاق»^(٣)، إلى غير ذلك.

ص: ٥٣١

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٨:٢٦٠.

٢- (٢) المصدر نفسه: الحديث ١٧:٢٦٢.

٣- (٣) المصدر نفسه: الحديث ٢:٢٥٨.

الشرح:

وما ذكر قدس سره في الخلع فإنه يدخل في الطلاق، وقد تقدم ما يدل على عدم ثبوته بغير شهادة العدلين ، بلا فرق بين كون مدعى الخلع هو الزوج أو الزوجه، ولا ينافي اشتمال الخلع على المال فإنّ المال تابع والمقصود منه البيّنونه.

قال في كشف اللثام: لو اتفقا على الطلاق واختلفا في أنّه بالخلع أو بدونه فلا شبهه في أنّ النزاع في المال، إلاّ أن تكون المرأة هي المدعيه بالخلع لتبطل رجعه الزوجه، فيحتاج ثبوته أيضاً بشهادة العدلين.

أقول: يمكن أن يكون دعوى الزوج حصول البيّنونه بالطلاق، لثلاً تستحق المرأة مطالبته بالنفقة أيام عدّتها، فالمخاصمه في نفس حصول البيّنونه، فلا تسمع دعوى الزوج الخلع إلاّ بشاهدين ولو مع اتفاقهما على أصل وقوع الطلاق.

وكذا الحال في دعوى الوكاله والوصايه إليه، فإنّهما من دعوى النيابة والولاية، بل الأمر كذلك في مطلق الوصيه غير التمليكيه، لما تقدم من المطلقات الداله على عدم قبول شهاده النساء منفرده أو منضمه في غير العذره والمنفوس وما لا يستطيع الرجال النظر إليه.

وفي معتبره عبدالرحمان المتقدمه قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة يحضرها الموت وليس عندها إلاّ امرأه تجوز شهادتها؟ قال: تجوز شهاده النساء في العذره والمنفوس (1)، وهذه وان شملت الوصيه التمليكيه أيضاً، إلاّ أنّه لو كانت المراد بالمرأه الجنس فيرفع اليد عن اطلاقها بالاضافه إلى الوصيه التمليكيه، وإن كان المراد المرأة الواحده فيحمل المراد بالاضافه إلى الوصيه التمليكيه على عدم ثبوت تمامها بقريته ما يأتي.

ص: ٥٣٢

الشرح:

وكذا الحال في دعوى النسب ورؤية الهلال، حيث ورد في غير واحد من الروايات: «لا تجوز شهادة النساء في (١) الهلال».

نعم في موثقه داود بن الحصين عن أبي عبدالله عليه السلام: «لا تجوز شهادة النساء في الفطر إلا شهادة رجلين عدلين، ولا بأس في الصوم بشهادة النساء ولو امرأة واحدة». (٢)

ولكن ظاهرها جواز الصوم فيما إذا احتل رمضان ولو بقول امرأة واحدة، ولا بأس بالالتزام به، غاية يتبع في الصوم ما ورد في قصده على ما ذكر في الصوم يوم الشك.

وبالجملة: ما ورد في عدم قبول شهادة النساء في الهلال يعمّ الهلال من رمضان أو غيره، كانت شهادتهن منضمه إلى شهادة رجل أم لا، ونظير ذلك دعوى النسب ولو كانت للارث، أو دعوى الوقف ونحوه، فإن مقتضى الإطلاق فيما تقدم عدم سماع شهادة النساء فيها بلا فرق بين ما انفردن في شهادتهن أم لا.

لا يقال قد ورد في صحيحه منصور بن حازم أنّ أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام قال: إذا شهد لطالب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز (٣)، وفي مرسله يونس عمّن رواه قال: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه؛ الحديث» (٤)، ومقتضاها قبول الشهادة لمدعى الحق، سواء كانت بشهادة عدلين أم شهادة رجل وامرأتين بدعوى النسب أو وقف المال.

ص: ٥٣٣

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢١: ٢٦٢.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٦٦: ٣٦.

٣- (٣) المصدر نفسه: الباب ١٥ من أبواب كيفية الحاكم، الحديث ١٩٧: ١.

٤- (٤) المصدر نفسه: الحديث ١٩٨: ٢.

الشرح:

فإنه يقال: قد تقدم أن المراد بالحق في مثل هذه الروايات دعوى الدين والمال، بأن يكون المدعى به في دعواه هو الدين أو مطلق المال، فلا يعمّ دعوى النسب والعتق والوقف حتّى ولو كان الغرض من دعوى النسب أو الوقف الوصول بالمال.

ومما ذكرنا يظهر الحال في صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس»^(١)، فإنّ المراد من حقوق الناس هو الدين أو مطلق المال كما تقدم ذلك في بحث القضاء، وعلى تقدير الإطلاق فلا تعمّ شهادة المرأتين مع الرجل.

وأما بالاضافة إلى دعوى النكاح فتسمع شهادة النساء منضمّة إلى الرجل، وفي صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه سئل عن شهادة النساء في النكاح فقال: «تجوز إذا كان معهنّ رجل الحديث»^(٢)، وفي معتبره محمد بن الفضيل قال: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام قلت له: تجوز شهادة النساء في نكاح أو طلاق أو رجم؟ قال: تجوز شهادة النساء فيما لا تستطيع الرجال أن ينظروا إليه وليس معهنّ رجل، وتجاوز شهادتهنّ في النكاح إذا كان معهنّ رجل الحديث»^(٣).

وبهما يرفع اليد عن اطلاق ما دلّ على قبول شهادة النساء في النكاح، بتقييده بما إذا كان معهنّ رجل، كما أن ماورد في عدم قبول شهادتهن في النكاح يقيّد بما إذا انفردن، كمعتبره السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أنّه كان يقول: «شهادة النساء لا تجوز في طلاق ولا نكاح ولا في حدود، إلّا في الديون وما لا يستطيع الرجال النظر إليه»^(٤).

ص: ٥٣٤

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٥: ١٢.

٢- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٦٧: ٤٢.

الشرح:

ويدل أيضاً على عدم سماع شهادتهن بانفرادهن في النكاح روايه اسماعيل ابن عيسى قال: «سألت الرضا عليه السلام: هل تجوز شهادة النساء في التزويج من غير أن يكون معهن رجل؟ قال: لا هذا لا يستقيم»^(١).

نعم، قد ورد في معتبره داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام في النكاح قال: «سألته عن شهادة النساء في النكاح بلا رجل معهن إذا كانت المرأة منكراً، فقال: لا بأس به، ثم قال: ما يقول في ذلك فقهاؤكم؟ قلت: يقولون: لا تجوز إلا شهادة رجلين عدلين، فقال: كذبوا لعنهم الله هونوا واستخفوا بعزائم الله و فرائضه وشدّدوا وعظّموا ما هون الله، إنّ الله أمر في الطلاق بشهادة رجلين عدلين، فأجازوا الطلاق بلا شاهدوا حد، والنكاح لم يجيء عن الله في تحريمه عظيمه، فسوّى رسول الله صلى الله عليه وآله في ذلك الشاهدين تأديباً ونظراً، لئلا ينكر الولد والميراث، وقد ثبتت عقده النكاح واستحلّ الفروج ولا أن يُشهد، وكان أمير المؤمنين عليه السلام يجيز شهادة المرأتين في النكاح عند الإنكار الحديث»^(٢).

ولكن لا يخفى عدم منافاتها لما تقدم، من اعتبار انضمامهن إلى شهادة رجل، فإن صدرها المزبور فيها عدم حضور الرجل ناظر إلى حصول عقد النكاح، وأنه لا تشترط فيه الشهادة، ولذا يحصل العقد بلا شاهد، وقوله عليه السلام بعد ذلك: «وكان أمير المؤمنين عليه السلام يجيز الخ»، ناظر إلى اثبات النكاح في مقام المخاصمه، فيحمل بقريته ماسبق على شهادة المرأتين فيما إذا كان معهن رجل.

أمّا القصاص، فهو أيضاً لا يثبت بشهادة النساء منفردات أو منضّمات، وفي صحيحه الربيعي: «لا تجوز شهادة النساء في القتل»^(٣)، ونحوها صحيحه محمد بن

ص: ٥٣٥

١- (١) المصدر نفسه: الحديث ٣٩: ٢٦٦.

٢- (٢) المصدر نفسه: الحديث ٣٥: ٢٦٥.

٣- (٣) الوسائل: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧: ٢٦٣.

الشرح:

مسلم، وفي معتبره غياث بن ابراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام قال: «لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في القود»^(١).

وعلى مثل هذا يحمل ما ورد في سماع شهادتهن في القتل والدم على القبول بالاضافه إلى الديه، من غير فرق بين شهادتهن على موجب الديه أو موجب القصاص.

أما الأول، فإنه مقتضى سماع شهادتهن في القتل وعدم سماع شهادتهن في القود، وأما الثاني فلا أنه أيضاً مقتضى الجمع بين ما دل على سماع شهادتهن في القتل معللاً بأنه لا يبطل دم امرء مسلم، وبين ما دل على عدم ثبوت القود بشهادتهن.

وعن أبي الصلاح أنه تقبل شهادة النساء في الديه مطلقاً، ولو كانت في البين شهادة امرأتين فقط يثبت نصف الديه ويثبت بشهادة المرأه الواحده ربع ديه قتل النفس.

ولعله استند إلى صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في غلام شهدت عليه امرأه أنه دفع غلاماً في بئر فقتله، فأجاز شهادة المرأه بحساب شهادة المرأه»^(٢).

ورواها الصدوق أيضاً، إلا أنه أسقط: «بحساب شهادة المرأه»^(٣)، ولكن الاختلاف المزبور لا يوجب خللاً في الاستدلال بها، فإن عدم نقل الصدوق قدس سره لا يدل على عدم الوجود.

مع أنه لا بد من حمل قبول شهادتها على ذلك، فإن تمام الديه لا يثبت بشهادة امرأه واحد، والمرتكز من شهادة النساء إن شهادة أربع منهن تقوم مقام شهادة رجلين،

ص: ٥٣٦

١- (١) الوسائل ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٦٣:٢٦.

٢- (٢) الفقيه ٥٢:٣.

ومنها: ما يثبت بشاهدين وشاهد وامرأتين وشاهد ويمين، وهو الديون [١] والأموال، كالقرض والقراض والغصب، وعقود المعاوزات، كالبيع، والصرف، والسلم، والصلح، والإجازات، والمساقاة، والرهن، والوصية له، والجناية التي توجب الدية، وفي الوقف تردد، أظهره أنه يثبت بشاهد وامرأتين وبشاهد ويمين.

الشرح:

وشهادة امرأتين تقوم مقام شهادة عدل واحد، وعلى ذلك فقبول شهادة المرأة في الدية نظير شهادته في الوصية التمليكية تثبت ربعها، كما أن الأمر كذلك بالاضافة إلى شهادة القابلة باستهلال المولود.

ويدل عليه أيضاً روايه عبدالله بن الحكم التي لضعفها سنداً قابله للتأييد قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن إمرأه شهدت على رجل أنه دفع صبياً في بئر فمات، قال: على الرجل ربع ديه الصبي بشهادة المرأة». (١)

[١] لا خلاف في ثبوت الدين بشهادة رجلين، وبشهادة رجل وامرأتين، وشهادة رجل مع يمين المدعى، وبشهادة المرأتين مع يمينه، وسماع شهادة المرأتين مع شهادة الرجل، مقتضى ظاهر قوله سبحانه: «فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ». (٢)

وفي صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه سئل عن شهادة النساء في النكاح، فقال: «لا تجوز، إذا كان معهن رجل وكان على عليه السلام ليقول: لا أجيزها في الطلاق، قلت: تجوز شهادة النساء مع الرجل في الدين؟ قال: نعم». (٣)

وكذا لا خلاف في سماع شهادة الرجل مع يمين المدعى في الديون، وكذلك في شهادة المرأتين مع يمين المدعى فيها.

ص: ٥٣٧

١- (١) الوسائل ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣٣: ٢٦٥.

٢- (٢) البقره: ٢٨٢.

٣- (٣) الوسائل ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٥٨.

الشرح:

وفى صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: إن رسول الله صلى الله عليه وآله أجاز شهادته النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله إن حقه لحق^(١)، كما تقدم ذلك في بحث القضاء، وذكرنا أن الأظهر ثبوت دعوى العين أيضاً بشاهد ويمين، كما يشهد له صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج الواردة في درع طلحه، فإن دلالتها على ثبوت أخذ درع طلحه غلواً، الذي يدخل في دعوى الغصب بشاهد ويمين لا بأس بها.

ولا يعد أيضاً الالتزام بثبوت دعوى كل معاملة يكون الغرض من دعواها المطالبة بالمال عيناً أو ديناً، أو منفعه كالبيع والإجاره، والمصالحة الماليه والمضاربه والمزارعه والمساقاه والرهن والوصيه التمليكيه والجنايه الموجه للديه ودعوى حق الشفعه والرهن والخيار مما يعد ذلك من حقوق الناس.

ويمكن لأربابها رفع اليد عن حقهم بالإسقاط والإبراء والتمليك والأعراض، أخذاً بصحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهاده الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس»^(٢).

وان تقدم سابقاً احتمال اختصاص السماع بموارد دعوى العين أو الدين، فإنه لافرق بين دعوى العين أو الدين ابتداءً، أو دعوى ما يكون الغرض منه العين أو الدين كالمعاوضات الماليه ونحوها.

والمشهور أن شهاده رجل وامرأتين، أو شهاده المرأتين مع يمين المدعى أيضاً كذلك تثبت بها دعاوى الماليه على غرار ما تقدم في شهاده رجل مع يمين المدعى.

وربما يستدل على ذلك بروايه منصور بن حازم المعبر عنها في الجواهر

ص: ٥٣٨

١- (١) المصدر نفسه: الباب ١٥ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣:١٩٨.

٢- (٢) الوسائل ١٨: الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٢:١٩٦.

الشرح:

بالصحيحه قال: «حدثني الثقة عن أبي الحسن عليه السلام قال: إذا شهد لصاحب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز» (١)، بدعوى أنه إذا ثبت دعوى الحق بشهادة امرأتين مع يمين المدعى يكون ثبوته بشاهد والمرأتين بالفحوى.

وفى مرسله يونس: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه» (٢).

ولكن لا يخفى أنّ الشيخ روى روايه منصور باسناده إلى محمد بن عبد الحميد، وسنده إليه على ما فى الفهرست: اخبرنا بكتابه جماعه عن أبي المفضل عن ابن بطة عن أحمد بن أبي عبدالله عنه، وأبوالمفضل الشيباني ضعيف وفى ابن بطة كلام وروايه يونس مع أنه لم يرد فيها شهادة المرأتين مع يمين المدعى ضعيفه بالإرسال.

ودعوى انجبار ضعفهما بعمل المشهور لا يمكن المساعدة عليها، فلعلّ المشهور رأوا أنّ شهادة المرأتين مع الرجل تقدّم على شهادة رجل مع يمين المدعى كما هو ظاهر معتبره داود بن الحصين، وإذا قبلت شهادة المرأتين مع الرجل فى النكاح الذى لا يثبت بشاهد ويمين وكانت شهادة المرأتين مع الرجل مقدّمه على شهادة رجل ويمين المدعى، فاستفادوا اعتبار شهادة المرأتين مع الرجل فى كل مورد تسمع شهادة رجل مع يمين المدعى، وعليه فثبوت الدعوى فى غير الدين بشهادة المرأتين مع الرجل أو مع يمين المدعى مشكل.

ص: ٥٣٩

-
- ١- (١) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣١:٢٦٤.
٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ١٥ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢:١٩٨.

الثالث: ما يثبت بالرجال والنساء، منفردات ومنضّمات، وهو: الولاده والاستهلال، وعيوب النساء الباطنه [١]، وفي قبول شهاده النساء منفردات فى الرضاع خلاف، اقربه الجواز، وتقبل شهاده امرأتين مع رجل فى الديون والأموال، وشهاده امرأتين مع اليمين، ولا تقبل فيه شهاده النساء منفردات ولو كثرن، وتقبل شهاده المرأه الواحده فى ربح ميراث المستهل، وفى ربح الوصيه، وكل موضع تقبل فيه شهاده النساء لا تقبل بأقل من أربع.

الشرح:

وروايه منصور وان رواها الكلينى (١) والصدوق (قدّس سرهما)، إلا أنّ فى سند الكلينى ارسال حيث رواها عن بعض أصحابنا، وفى سند الصدوق قدس سره محمد بن على ماجيلويه (٢).

ولو بنى على اعتبار الروايه لكون محمد بن على ماجيلويه ممّن أكثر عنه الصدوق قدس سره الروايه، مع التزامه بأنّه لا يروى فى الفقيه إلا ما يكون حجه بينه وبين ربّه أو أنّه من المعاريف ولم يرد فيه قدح، فدلالته أيضاً لا يخلو عن تأمل، لما تقدم فى بحث القضاء من انصراف الحق فى الروايات إلى الدين، وهذا غير ماورد فى صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه من حقوق الناس، حيث ذكرنا أنّه لا يبعد العموم فيه بالاضافه إلى جميع الحقوق والدعاوى الماليه.

[١] الثالث من حقوق الأدمى ما يثبت بشهاده النساء منفردات ومنضّمات إلى الرجال عيوب النساء الباطنه لا الظاهره كالعرج، وكذا كلّ ما لا يجوز للرجال النظر إليه، بلا خلاف ظاهر أو معروف، بالاضافه إلى شهادتهنّ منفردات.

كما يشهد صحيحه عبدالله بن سنان قال: «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: لا تجوز شهاده النساء فى رؤيه الهلال، ولا يجوز فى الرجم شهاده رجلين وأربع نسوه، ويجوز فى ذلك ثلاثه رجال وامرأتان، وقال: تجوز شهاده النساء وحدهنّ بلا رجال فى كلّ ما

ص: ٥٤٠

١- (١) الكافي ٣٦٨: ٧.

٢- (٢) الفقيه ٥٥: ٣، المشيخه ٤٣٤: ٤.

الشرح:

لا يجوز للرجال النظر إليه» (١).

فى معتبره السكونى عن جعفر عن أبىه عن على عليهم السلام أنه كان يقول: «شهادة النساء لا تجوز فى طلاق ولا نكاح ولا فى حدود، إلا فى الديون وما لا يستطيع الرجال النظر إليه» (٢).

ويشمل فيما لا يستطيع الرجال النظر اليهن العذرة، فإنها تثبت بشهادتهن بلا خلاف، وفى صحيحه العلاء عن أحدهما عليهما السلام قال: «لا تجوز شهادة النساء فى الهلال، وسألته: هل تجوز شهادتهن وحدهن؟ قال: نعم فى العذرة والنفساء» (٣)، نحوها صحيحه محمد بن مسلم (٤) وغيرها، وهذا كله بالاضافة إلى شهادتهن منفردات.

وأما بالاضافة إلى شهادتهن منضمات، كما إذا شهد امرأتان مع رجل واحد أو شهد رجلان بالغيب الخفى، وكذا الولاده واستهلال، فقد نسب جواز السماع إلى المشهور ولعله لإعتبار الإطلاق فى اعتبار البيّنه وأنّ الأصل فى الشاهد الرجل.

وذكر فى الجواهر أنه لم يتحقق فى ذلك خلافاً، وان حكى عن القاضى عدم جواز انضمام الرجل إلى شهادتهن، واحتمل أن يكون مراده عدم الجواز عند عدم الضروره على الأجانب وغير الزوج، كما إذا ادعت المرأه أنّها بكر فإنه لا يجوز النظر لغير النساء، فإنّ الرجل مع النظر يخرج عن العداله فلا يجوز شهادته، وأما مع الضروره على الأجانب أو ما إذا حصل الاطلاع عليه بنحو الاتفاق من غير تعمد، نظير الاطلاع

ص: ٥٤١

١- (١) الوسائل ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١٠: ٢٦٠.

٢- (٢) المصدر نفسه: الحديث ٤٢: ٢٦٧.

٣- (٣) المصدر نفسه: الحديث ١٨: ٢٦٢.

٤- (٤) المصدر نفسه: الحديث ١٩: ٢٦٢.

الشرح:

على حصول الزنا بالإدخال والإخراج، أو ما إذا حصل الاطلاع قبل عدالتهم، فهذا غير داخل في مراده وعلى تقدير الدخول فهو ضعيف.

أقول: الكلام في أنّ ظاهر الروايات الواردة في سماع شهادتهن فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه بيان الطريق إلى ثبوت ذلك الأمر، وهذا الطريق اعتباره توسعه لما دلّ على أنّ القضاء يكون بالبينه وشهادة العدلين، أو أنّ ظاهرها تعين شهادتهن فيه وفي صحيحه زراره عن أحدهما عليهما السلام: «في أربعة شهدوا على امرأه بالزنا فقالت: أنا بكر، فنظر إليها النساء فوجدنها بكراً، فقال: تقبل شهادة النساء».(١)

ولو كانت شهادة الرجال أصلاً وقبول شهادة النساء للتوسعه لما كان وجه لقبول شهادتهن وطرح شهادة الرجال بالزنا، اللهم إلا أن يقال: إنّ ذلك لاندفاع الحدّ بالشبهه.

وبالجملة: فيمكن أن يكون عدم اطلاع الرجال على مثل العذره نوعاً أو عدم جواز النظر إليها للرجال كذلك موجباً لأن يعتبر الشارع شهادة النساء فيها طريقاً.

ولا ينافي ذلك اعتبار البينه أيضاً، أخذاً بقوله صلى الله عليه وآله: «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان»(٢) وظاهر البينات شهادة العدلين، نعم هذا لا يفيد بالاضافه إلى شهادة امرأتين مع رجل فيها كما لا يخفى.

وأما قبول شهادتهن في الرضاع، فهو منسوب إلى الأكثر، وفي المبسوط روى أصحابنا لا تقبل شهادة النساء في الرضاع، وادّعى أنّه يمكن اطلاع الرجال عليه.

ولكن مع ذلك الأظهر جواز شهادة النساء فيه كما يشهد له صحيحه عبدالله بن سنان، حيث ورد فيها: «تجوز شهادة النساء وحدهنّ بلا رجال في كل ما لا يجوز للرجال

ص: ٥٤٢

١- (١) الوسائل ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٦٧: ٤٤.

٢- (٢) الوسائل ١٨: الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦٩: ١.

الشرح:

النظر إليه» (١).

فإنّ الوارد فيها اعتبار عدم جواز النظر للرجال، وليس المراد عدم جواز النظر لأى رجل حتى زوج المرأة، بل ظاهرها عدم جواز النظر من الأجنب، وهذا يجرى فى الرضاع أيضاً، إلّا- أن يدعى انصرافها أيضاً إلى مثل العذرة والمنفوس، ولكن يمنعها أنّ المتعارف عند النساء الإرضاع باستشهاد النساء، وهذا هو الموجب لدخوله فيما ورد فى الصحيحه وغيرها.

بقى فى المقام أمور:

الأول: أنه قد تقدم سماع شهاده المرأة فى ميراث المستهل، وكذا فى الوصيه التمليكيه والديه، وأنّ الثابت فى الثلاثه بشهاده إمراه واحده ربعها، وبالاثنين نصفها، وبالثلث ثلاثه أرباعها، وبالأربع تمامها، فهل يعتبر فى الشهاده فى ميراث المستهل كونه قابله أم يعمّ غيرها؟

فالظاهر عدم الخلاف فى عدم اعتبار كونها قابله، وذلك بشهاده صحيحه عبدالله بن سنان قال: «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: تجوز شهاده القابله فى المولود إذا استهلّ وصاح فى الميراث، ويورث الرّبع من الميراث بقدر شهاده امرأه واحده، قالت: فإن كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتهما فى النصف من الميراث» (٢).

فإنّ ما فى الذيل: «لو كانت امرأتين»، شاهد لعدم اعتبار كون المرأة قابله، وكذلك ما ورد فى الروايات من جواز شهاده النساء بكل ما لا يستطيع الرجال النظر إليه، والمستهل يدخل فيها، وكذا ما ورد فى جواز شهادتهنّ بالمنفوس.

ص: ٥٤٣

١- (١) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١٠:٢٦٠.

٢- (٢) الوسائل ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٤٥:٢٦٩.

الشرح:

وبالجملة: ذكر القابله فى الشهاده على المستهل فى جملة من الروايات لاعتبار الغلبه، من حيث الإطلاع على حال المولود فلا يمنع عن الأخذ بالاطلاق فى غيرها.

الثانى: إن ما تقدم فى اعتبار الشهادات فى الحقوق وما يعتبر فى الشاهد فيها من الوصف والعدد، فيما إذا لم يحصل للحاكم العلم بواقع الأمر من شهاده الفاقد للوصف أو العدد ولو بضميمه القرائن التى تلاحظها معها، وإلا- بأن حصل له اليقين بالواقع فيجوز له الحكم، على ما تقدم فى بحث القضاء من جواز الحكم للحاكم بعلمه، والظاهر أيضاً عدم الفرق بين حقوق الناس و حقوق الله سبحانه، والله سبحانه هو العالم.

الثالث: قد تقدم أنه يثبت بشهاده المرأه الواحده ربع الموصى به للموصى له بلا خلاف ظاهر، وتدلّ عليه عدّه روايات.

منها صحيحه ربعى عن أبى عبدالله عليه السلام فى شهاده إمراه حضرت رجلاً يوصى فقال: «يجوز فى ربع ما أوصى بحساب شهادتها»^(١)، وفى صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى وصيه لم يشهدا إلا- امرأه، فقضى أن تجاز شهاده المرأه فى ربع الوصيه»^(٢)، وفى صحيحته الأخرى: «قال أبو جعفر عليه السلام فى وصيه لم يشهدا إلا امرأه أن تجوز شهاده المرأه فى ربع الوصيه إذا كانت مسلمه غير مريبه فى دينها»^(٣).

ص: ٥٤٤

١- (١) التهذيب ٦: ٢٤٨، الحديث ٧١٨، الوسائل ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١٦: ٢٤٢.

٢- (٢) الوسائل ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١٥: ٢٤١.

٣- (٣) الوسائل ١٣: الباب ٢٢ من أحكام الوصايا، الحديث ٣: ٣٩٦.

الشرح:

ولكن فى مقابل هذه الروايات رواه إبراهيم بن محمد الهمدانى قال: «كتب أحمد بن هلال إلى أبى الحسن عليه السلام : امرأه شهدت على وصيه رجل لم يشهدا غيرها، وفى الورثه من يصدّقها ومن يتّهمها، فكتب: لا إلا أن يكون رجل وامرأتان وليس بواجب أن تنفذ شهادتها». (١)

ولكن مع امكان المناقشه فى سندها يقيد الإطلاق فى ناحيه عدم نفوذ شهادتها بتمام الوصيه، كما يقيد اطلاق المستثنى فيها بما إذا لم تكن رجل وامرأتان أو أربع نسوه.

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما رواه الشيخ قدس سره باسناده عن الحسين بن سعيد عن فضاله عن أبان عن عبدالله بن سنان أو عبدالله بن سليمان قال: «سألته عن إمرأه حضرها الموت وليس عندها إلا امرأه أتجوز شهادتها؟ فقال: لا تجوز شهادتها إلا فى المنفوس والعذره». (٢)

و وجه الظهور إنه لم يفرض فيها الوصيه التمليكيه فتحمل على غيرها، أضف إلى ذلك أن الروايه مضمرة ولم يحرز أن السائل هو عبدالله بن سنان ليقال إنه لا يسأل غيرالإمام عليه السلام ، وعلى ذلك فالروايه ساقطه عن الاعتبار.

وفى صحيحه الحلبي قال: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن امرأه ادّعت أنه أوصى لها فى بلد بالثلث وليس لها بينه؟ قال: تصدّق فى ربع ما ادّعت». (٣)

وظاهرها قبول دعوى المرأه فى الوصيه له بلايينه بالاضافه إلى ربع مدّعاها، ولم

ص: ٥٤٥

١- (١) التهذيب ٦: ٢٦٨، الحديث ٧١٩، الوسائل: الباب ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣٤: ٢٦٥.

٢- (٢) التهذيب ٦: ٢٧٠، الحديث ٧٣١، الوسائل: الباب ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٤: ٢٦٣.

٣- (٣) الوسائل: ١٣، الباب ٢٢ من أحكام الوصايا، الحديث ٥: ٣٩٦.

... .

الشرح:

يعهد العمل بها أو سماع دعوى شخص بلايينه وحلف والحكم بثبوتها في بعضها.

بقي في المقام أمر، وهو: أن ما رواه الشيخ بسنده عن الحسين بن سعيد قد ورد فيها: «لا- تجوز شهادتها إلا- في المنفوس والعذرة»^(١)، ويستظهر من ذلك قبول شهادة المرأة الواحدة في العذرة، وقد ذكر في التحرير الاكتفاء في ثبوت العذرة بشهادة المرأة الواحدة.

ولكن لا- يخفى عدم امكان المساعده على ذلك، أمّا أولاً: فلما ذكرنا من أن الروايه مضمرة، وثانياً لم يظهر أن المراد ممّا ذكر في السؤال وليس عندها إلا- امرأه هو معنى النكره، بل الظاهر أن المراد الجنس، وغرض السائل عدم حضور الرجل بل الحاضر عند وصيتها المرأه، فتحمل على التعدد، بقريته ما تقدم ممّا ورد في قبول شهادة النساء وحدهنّ في العذرة ونحوها.

الرابع: كل مورد تقدم سماع شهادة النساء فيه منفردات، فلا تقبل شهادة الأقل من الأربع، حيث إنّ المرتكز في الأذهان الناشئ عن الخطابات الشرعيه كون شهادة المرأتين تساوي شهادة رجل واحد، خصوصاً بقريته التقييد الوارد في شهادة المرأة الواحدة باستهلال المولود، وفي شهادتها في ديه القتل وفي الوصيه التمليكيه.

ولكن المحكى عن المفيد قدس سره ، من أنه تقبل شهادة امرأتين مسلمتين مستورتين فيما لا يراه الرجال كالعذرة وعيوب النساء والنفاس والحيض والولاده والاستهلال والرضاع، وإذا لم يوجد إلاّ شهادة امرأه واحده مأمونه قُبلت شهادتها.

وعن المراسم ما يقرب من ذلك، وقد تقدم حكاية الاكتفاء بشهادة امرأه واحده

ص: ٥٤٦

١- (١) التهذيب ٦: ٢٧٠، الحديث ٧٣١، الوسائل: ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٤: ٢٦٣.

مسائل: الأولى: الشهادة ليست شرطاً في شيء من العقود إلا في الطلاق [١]، ويستحب في النكاح والرجعه، وكذا في البيع.

الشرح:

في العذر عن العلامه في التحرير.

أقول: أما ما عن التحرير، فقد تقدّم عدم امكان المساعدة عليه، ولعلّ المنشأ لما ذكروا هو ما ورد في روايه أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: «تجوز شهادة امرأتين في استهلال» (١)، وما ورد في صحيحه الحلبي أنّه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الشهاده القابله في الولاده قال: «تجوز شهاده الواحده» (٢).

ولكن ذكرنا سابقاً أنّه يتعين الحمل على القبول بالاضافه إلى ربع الميراث، بدلاله صحيحه عبدالله بن سنان المتقدمه قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: تجوز شهاده القابله في المولود إذا استهلّ وصاح في الميراث، ويورث الربع من الميراث بقدر شهاده امرأه واحده، قلت: فإن كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتهما في النصف من الميراث» (٣).

[١] لا خلاف عندنا في اعتبار الإشهاد في الطلاق، فلا يحصل إلا بايقاعه عند حضور عدلين، ولا تكفي شهاده النساء منضمه إلى الرجل فضلاً عن انفرادهن، ويدلّ على ذلك قوله سبحانه: «وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» (٤)، ولو بملاحظه ما ورد في تفسيره.

وفي صحيحه زواره ومحمد بن مسلم وبكير وبريد وفضيل وإسماعيل الأزرق ومعمّر بن يحيى عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام في حديث أنّه قال: «وإن طلقها في

ص: ٥٤٧

١- (١) الوسائل: ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٤١: ٢٦٧.

٢- (٢) المصدر نفسه: الحديث ٢: ٢٥٨.

٣- (٣) المصدر نفسه: الحديث ٤٥: ٢٦٨.

٤- (٤) الطلاق: ٢.

الشرح:

استقبال عدتها طاهراً من غير جماع و لم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه إياها بطلاق» (١).

وصحيحه أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل طلق امرأته بعد ما غشيها بشهاده عدلين؟ قال: ليس هذا طلاقاً، قلت: فكيف طلاق السنه؟ قال: يطلقها إذا طهرت من حيضها قبل أن يغشيها بشاهدين عدلين كما قال الله عز وجل في كتابه، فإن خالف ذلك رد إلى كتاب الله، قلت: فإن طلق على طهر من غير جماع بشاهد وامرأتين، قال: لا تجوز شهاده النساء في الطلاق الحديث» (٢)، إلى غير ذلك.

ثم إنه كما يعتبر الإشهاد في الطلاق كذلك يعتبر في الظهار، حيث لا يترتب على الظهار حكم إلا إذا كان في حضور شاهدين، ولم يتعرض لذلك الماتن قدس سره، ولعله لعدم صحته وان يترتب عليه الحكم.

وفي تعرضه للطلاق بصوره الإستثناء من العقد ما لا يخفى، ولعله بمعنى العهد والإلتزام، وفي صحيحه حرمان عن أبي جعفر عليه السلام: «لا يكون ظهار في يمين ولا في اضرار ولا في غضب، ولا يكون ظهار إلا في طهر من غير جماع بشهاده شاهدين مسلمين» (٣) ونحوها غيرها.

وأما عدم اعتبار الإشهاد في غيرهما من العقود والايقاعات، فإنه مقتضى الاطلاق فيما ورد في امضائها مع عدم قيام دليل على اعتبار الإشهاد، بل ورد النص في بعضها على نفى اعتباره فيه كالنكاح، حيث ورد في معتبره داود بن الحصين (٤) المتقدمه

ص: ٥٤٨

١- (١) الوسائل: ١٥ الباب ١٠ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٣ و٢٨٢: ٤.

٢- (٢) الوسائل: ١٥، الباب ٢ من كتاب الظهار، الحديث ١: ٥٠٩.

٣- (٣) الوسائل: ١٥، الباب ٢ من كتاب الظهار، الحديث ١: ٥٠٩.

٤- (٤) المصدر نفسه: ١٨، الباب من أبواب الشهادات.

الثانية: حكم الحاكم يتبع للشهادة، فإن كانت مُحَقَّه نَفَذَ الحكم باطناً وظاهراً^[١]، وإلا نَفَذَ ظاهراً، وبالجملة الحكم ينفذ عندنا، ظاهراً لا باطناً، ولا يستيبح المشهود له ما حكم له، إلا مع العلم بصحّته الشهادة أو الجهل بحالها.

الشرح:

استحبابه فيه وعدم اعتباره في صحته.

وكذلك لا يعتبر الاشهاد في الرجعه في الطلاق الرجعي، ولكنّه مستحب، وفي صحيحه زراره ومحمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إن الطلاق لا يكون بغير الشهود، وإن الرجعه بغير شهود رجعه، ولكن ليشهد بعد فهو أفضل»^(١)، وفي صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في الذي يراجع ولم يشهد قال: «يشهد أحب إليّ ولا أرى بالذي صنع بأساً»^(٢).

ولا يبعد أن يكون الأمر بالإشهاد في البيع والدين كذلك، وان يحتمل كونه لمجرد الارشاد إلى قضيه الإثبات عند وقوع المخاصمه والإنكار.

[١] قد تقدّم في بحث القضاء إنّ مشروعيه القضاء ونفوذه لأنهاء الخصومه وفصلها ولا يوجب تغييراً في الواقع، فمن حكم له بحق مالياً وبغيره إنّما يكون له الحق واقعاً مع ثبوته له في الواقع مع قطع النظر عن القضاء وما هو مستنده من شهادته الشهود.

وبتعبير آخر منشأ القضاء للقاضي من شهادته الشهود يعتبر طريقاً إلى الواقع والقضاء المستند إليها أو غيرها ينفذ على المتخاصمين، فلا يجوز لهما تجديد المخاصمه بعد ذلك ولو عند قاضٍ آخر، وعلى ذلك فيجوز لمن حكم له بحق مالى أو غيره أن يطالب خصمه به فيما إذا علم كونه محقاً أو احتمله.

وفي صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله

ص: ٥٤٩

١- (١) المصدر نفسه: ١٥، الباب ١٣ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ٣ و٣١٨: ٢.

٢- (٢) المصدر نفسه: ١٥، الباب ١٣ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ٣ و٣١٨: ٢.

الثالته: إذا ادعى من له أهليته التحمل وجب عليه [١]، وقيل: لا يجب، والأوّل مروى والوجوب على الكفايه، ولا يتعين إلا مع عدم غيره ممن يقوم بالتحمّل، أمّا الأداء فلا خلاف في وجوبه على الكفايه، فإن قام غيره سقط عنه، وان امتنعوا الشرح:

إنّما أفضى بينكم بالبيّنات والأيمان، وبعضكم الحن بحجّته من بعض، فأيّما رجل قُطعت له من مال أخيه شيئاً فإنّما قطعت له به قطعه من النار. (١)

وهذه صريحه بعدم تغيّر الواقع بمدرك القضاء بشهاده الشهود وغيرها ولا بنفس القضاء، بلافق بين القضاء في الأموال أو غيرها، وما ذكر في ذيلها من الأمر الراجع إلى المال تفرّيع على كبرى عدم تغيّر الواقع بالقضاء.

والمحكى عن أبي حنيفه نفوذ القضاء واقعاً وظاهراً مطلقاً، وفيه ما لا يخفى، من استلزامه تحليل الحرام الواقعي وتجويز نكاح المحارم ونحوه، ممّا هو بديهى البطلان.

وقد ذكرنا أنّه فيمن حكم له بالمال له إلزام خصمه بذلك المال، ولا يبعد إلزامه بقيام الشاهدين وشهادتهما ولو عند غير الحاكم لاعتبار شهادتهما، ولا يفرّق في ذلك بين علمه بحقّه او احتمالاه.

نعم، إذا توقف ثبوت حقّه على حلفه، كما إذا كانت دعواه على الميت بالدين فلا يجوز له الإلزام، كما لا يجوز للقاضي أن يقضى بدون حلف المدعى المزبور عدم جواز الحلف له لعدم علمه بحقّه.

[١] المشهور قديماً وحديثاً عند الأصحاب على ما قيل، أنّ من له أهليه تحمّل الشهاده إذا دعى لتحملها وجب عليه الحضور والتحمّل، مع عدم لزوم ضرر غير مستحق عليه، لقوله سبحانه: «وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» (٢)، بقرينه ما ورد في

١- (١) الوسائل ١٨: الباب ٢ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ١: ١٦٩.

٢- (٢) البقره: ٨٢.

لحقهم الذم والعقاب، ولو عدم الشهود إلا إثنان تعين عليهما، ولا يجوز لهما التخلف، إلا تكون الشهادة مُضَرَّةً بهما ضرراً غير مستحق.

الشرح:

الروايات، من أن المراد الدعوه إلى التحمل.

وفى صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام فى قول الله عزّوجلّ: «وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» قال: «قبل الشهادة وقوله: «وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (١) قال: بعد الشهادة». (٢)

وفى مصححه أبي الصباح عن أبي عبدالله «وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» قال: «لا ينبغى لأحد إذا دعى إلى شهادة ليشهد بها أن يقول: لا أشهد لكم عليها». (٣)

وفى صحيحه الحلبي أبي عبدالله عليه السلام فى قول الله عزّوجلّ: «وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا».

فقال: «لا ينبغى لأحد إذا دعى إلى شهادة يشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم، وقال: فذلك قبل كتابه» (٤)، يعنى كتابه الدين.

وفى موثقه سماعه عن أبي عبدالله عليه السلام فى قول الله عزّوجلّ: «وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» فقال: «لا ينبغى لأحد إذا دعى إلى شهادة ليشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم» (٥)، إلى غير ذلك.

والتعبير بلا ينبغى فى جملة من الروايات لا ينافى وجوب الإجابة، فإنّ ما يذكر من ظهور لا ينبغى فى الطلب غير الالزامى اصطلاح متأخر، ومعناه اللغوى لو لم يكن هو الالزام فلا ينبغى التأمل فى أنّه لا ينافيه، نظير ما ذكر فى معنى الكراهه.

ص: ٥٥١

١- (١) البقره: ٢٨٣.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و٢ و٤ و٥: ٢٢٥.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و٢ و٤ و٥: ٢٢٥.

٤- (٤) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و٢ و٤ و٥: ٢٢٥.

الشرح:

وما ذكر في الجواهر، من أنه يحتمل قريباً أن يكون المراد من النهي عن الالباء عن التحمل كراهته، بقريته سائر ما ذكر في الآيه المباركه، من النهي عن الالباء عن الكتابه والتسائم، والتعبير في الروايات بلا ينبغي، وأنه يظهر من الصدوق قدس سره المفروغيه من عدم وجوب التحمل، حيث روى في نواذر الشهادات من الفقيه: «وقيل للصادق عليه السلام: إن شريكاً يردّ شهادتنا، فقال: لا تذّلوا أنفسكم»^(١)، وذكر بعد ذلك قوله: قال مصنف رحمه الله هذا الكتاب: ليس يريد بذلك النهي عن اقامتها، لأن اقامه الشهاده واجبه، وإنما يعنى تحمّلها، يقول: لا تتحمّلوا الشهادات فتذّلوا أنفسكم باقامتها عند من يردّها»^(٢).

لا يمكن المساعده عليه لما ذكر، من أن التعبير بلا ينبغي لا ينافي الوجوب أو حرمة الإباء، وما ذكر في الآيه من النهي عن الالباء عن الكتابه أو التسائم لا يكون موجِباً لرفع اليد عن ظهور المنع عن الالباء عن التحمل فيما إذا دعى إليه، وما نقل من كلام الصدوق قدس سره لا يوجب أيضاً رفع اليد، نعم كلامه يدل على عدم وجوب التحمل أصلاً كما هو مقتضى تعليقه عدم اراده الاداء بأن اقامه الشهاده واجبه.

وبما أن ظاهر الآيه أنّ النهي عن الالباء عن التحمل لحصول الاستشهاد المأمور به فيها يكون وجوبه كفائياً، فيسقط بحضور عدلين أو عدل وامرأتين، ولا يجب التحمل أيضاً إذا كان في ذلك ضرر عليه، ولو بأن يخاف الذلّ بعدم سماع شهادته عند الأداء، واطلاق الوجوب الكفائي فيه تسامح كما يأتي.

وقد ذكر الصدوق قدس سره في ذيل كلامه المتقدم: «وقد روى عن أبي كهمس أنه قال: تقدمت إلى شريك في شهاده لزممتني، فقال لي: كيف أجيز شهادتك وأنت تنسب إلى ما تنسب إليه؟ قال أبو كهمس: فقلت: وما هو؟ قال: الرفض، قال: فبكيت، ثم قلت:

ص: ٥٥٢

١- (١) المصدر نفسه: الباب ٥٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٣٠٤: ٢.

٢- (٢) الفقيه ٧٥: ٣.

الشرح:

نسبنتى إلى قوم أخاف ألا أكون منهم فأجاز شهادتى، وقد وقع مثل ذلك لابن أبى يعفور ولفضيل سكره» (١).

هذا كله بالاضافه إلى التحمل، وأما الاداء فلا ينبغي التأمل فى وجوبه بلاخلاف معروف أو منقول، ويشهد له قوله سبحانه: «وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (٢)، وفى صحيحه هشام بن سالم فى قول الله عزوجل: «وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» قال: «بعد الشهاده» (٣) ونحوها غيرها.

وفى روايه جابر عن أبى جعفر عليه السلام، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من كتم شهاده أو شهد بها ليهدر بها دم امرىء مسلم أو ليزوى بها مال امرء مسلم أتى يوم القيامة ولوجهه ظلمه مد البصر وفى وجهه كدوح تعرفه الخلائق باسمه ونسبه» (٤).

وظاهر الآيه والروايات كون الوجوب عينيًا، ولكن بما أن الغرض من ايجاب اقامتها ثبوت الحق أو حسم المخاصمه، فلا يجب اقامتها بعد ثبوت الحق وفصلها، وهذا يفترق عن الوجوب الكفائى الذى يكون سقوط التكليف فيه بعد حصول المتعلق من بعض، ويكون العلم بحصوله ولو مستقبلاً من بعض عذراً فى تركه، وهذا بخلاف اداء الشهاده، فإن العلم بحصوله مستقبلاً من غيره لا يكون عذراً كما هو مقتضى تحريم الكتمان.

وعلى كل تقدير فظاهر عباره الماتن قدس سره أن الاداء واجب كفائى، بلا فرق بين أن يكون تحمّل الشهاده بالدعوه إلى الإشهاد أو بدونها، ولكن قد تقدم أن وجوب الاداء يختص بمن دعى إلى التحمّل، وأما بدونه فهو مخير إن شاء شهد وإن شاء سكت.

ص: ٥٥٣

١- (١) الفقيه ٧٥: ٣.

٢- (٢) البقره: ٢٨٣.

٣- (٣) الوسائل ١٨: الباب ٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٢٧: ٢.

الشرح:

وفى صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار إن شاء شهد وإن شاء سكت، وقال: إذا أُشهد لم يكن له إلا أن يشهد».(١)

وفى موثقه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «إذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت، إلا إذا علم من الظالم فيشهد، ولا يحل له إلا أن يشهد».(٢)

وظاهر هذه أنّ مع كون أحد الخصمين ظالماً للآخر وفى شهادته دفع ظلمه يجب عليه الاداء مع عدم دعوته إلى تحمّلها، فيؤخذ بهذا التقييد ويرفع اليد عن الإطلاق فى غيرها، وقد تقدم سابقاً احتمال أن يكون المراد من الظلم التعدى وان لم يكن المتعدى عامداً، وعليه يكون الاداء واجباً فيما إذا توقف اثبات الحق لصاحبه على اداء شهادته.

ثمّ إنّ المذكور فى كلمات جملة من الأصحاب كالماتن قدس سره إنّ التخلّف عن اداء الشهادة يجوز مع الضرر غير المستحق، فلو كان المراد الضرر على المشهود عليه كما إذا علم الشاهد أنّه لو شهد بالدين للمدعى فيلزم المدعى عليه بالاداء مع عسره، فلا يبعد كما يدل عليه خبر على بن سويد(٣)، وأمّا إذا كان فى شهادته ضرر متوجه إليه فيشكل نفي الوجوب بمجرد ذلك، لأنّ قاعده نفي الضرر امتنانى فلا ترفع التكليف فيما كان الرفع على خلاف الامتنان على المشهود له، بل لا بدّ من ملاحظه التراحم لو كان الضرر المتوجه إليه لازم الدفع، كوجوب اداء الشهادة.

ص: ٥٥٤

١- (١) الصمدر نفسه: الباب ٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٢:٢٣١.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٤:٢٣١.

٣- (٣) المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب الشهادات، الحديث ١:٢٢٩.

الطرف الرابع:

فى الشهاده على الشهاده

وهى مقبولة فى حقوق الناس [١]، عقبه كانت، كالقصاص، أو غير عقبه كالطلاق والنسب والعق، أو مالا كالقراض والقراض وعقود المعاوضات، أو ما لا يطّلع عليه الرجال

الشرح:

[١] تقبل الشهاده على الشهاده المسماه بشهاده الفرع فى حقوق الناس، سواء كانت من قبيل العقوبه كالقصاص أم غير عقبه كالطلاق والنسب والعق والنكاح، أم كانت من المال كالقراض والمضاربه وسائر المعاوضات، ويقبل أيضاً شهاده الفرع فيما لا يطّلع عليه غير النساء نوعاً، كالولاده والاستهلال وعيوب النساء، وادعى عدم الخلاف أو الاجماع على ذلك فى كلماتهم.

ويستدل على الحكم، مضافاً إلى الإجماع بروايات، كموثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: «أنّ علياً عليه السلام كان لا يجيز شهاده رجل على شهاده رجل إلاّ شهاده رجلين على شهاده رجل» (١)، وموثقه طلحه بن زيد عن أبي عبدالله عن أبيه عن علي عليهم السلام: «أنّه كان لا يجيز شهاده رجل على رجل إلاّ شهاده رجلين على رجل» (١).

وبهما يرفع اليد عن اطلاق موثقه غياث بن إبراهيم الأخرى عن جعفر عن أبيه: «أنّ علياً عليه السلام قال: لا أقبل شهاده رجل على حىّ وإن كان باليمن (باليمين)». (٣) فإنّها

ص: ٥٥٥

غالباً كعيوب النساء والولادة والاستهلال، ولاتقبل في الحدود، سواء كانت لله محضاً، كحدّ الزنا واللواط والسحق، أو مشتركة كحدّ السرقة والقذف، على خلاف فيهما، ولا بدّ أن يشهد إثنان على الواحد لأنّ المراد اثبات شهادة الأصل، وهو لا يتحقق بشهادة الواحد، فلو شهد على كل واحد اثنان صحّ.

الشرح:

تحمل على صورته عدم تعدّد الشاهد على شاهد الأصل، بل لا يبعد كون ظاهرها ذلك.

ثمّ إنّه قد تقدم عدم تمام الضابط لحقوق الناس الذي ذكروها في كلماتهم، بل على تقديره أيضاً لا يختصّ السماع بما إذا كان داخلياً في ذلك الضابط، بل تسمع الشهادة على الشهادة في كل ما يحتاج ثبوته إلى الشاهد.

نعم، لا اعتبار بشهادة الفرع في الحدود، سواء كان الحدّ من حقوق الله المحضه كالزنا واللواط والسحق وشرب الخمر إلى غير ذلك، أم كان مشتركاً كحدّ القذف وحدّ السرقة.

وعدم سماع شهادة الفرع في حق الله المحض اتفقي، والمشهور على عدم القبول في الحدّ المشترك أيضاً، وهو الأظهر، لأنّ عدم السماع مقتضى الإطلاق في كلّ من موثقه طلحه بن زيد وموثقه غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عن عليّ عليه السلام: «إذا كان لا يجيز شهادة على شهادة في حدّ» (١)، وفي الثانية: «لا تجوز شهادة على شهادة في حدّ ولا كفاله في حدّ». (٢)

ولا يبعد أن يكون التعزير أيضاً كالحدّ في عدم ثبوته بشهادة الفرع، وقد أطلق الحدّ على التعزير في غير واحد من الروايات، ويساعده أنّه كالحدّ في البناء على عدم الإجراء مع الشبهه والتخفيف، كما أنّ الاعتبار في شهادة الفرع يناسب غير الحدود، من أنّ شهود الأصل في غيرها في معرض الانقضاء بالموت أو غيره، فالإبقاء على ما ثبت

وكذا لو شهد اثنان على شهادة كل واحد من شاهدي الأصل، وكذا لو شهد شاهد أصل وهو مع آخر على شهادة أصل آخر، وكذا لو شهد اثنان على جماعه كفى شهادة الإثنين على كل واحد منهم، وكذا لو كان شهود الأصل شاهداً وامرأتين فشهد على شهادتهم اثنان، أو كان الأصل فيما يقبل فيه شهادتهن منفردات، كفى شهادة اثنتين عليهن.

الشرح:

بشهادتهم يقتضى اعتبار شهود الفرع.

ثم إنه قد ذكروا فى اعتبار شهادة الفرع أموراً:

الأول: أن سماع شهادة الفرع يختص بما إذا لم يتمكن شاهد الأصل من الحضور فى مجلس القضاء لاداء الشهاده.

وقد ورد فى روايه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام فى الشهاده على شاهده الرجل وهو بالحضره فى البلد قال: «نعم ولو كان خلف ساريه يجوز ذلك إذا كان لا يمكنه أن يقيمها هو لعلّه تمنعها عن أن يحضره ويقيمها، فلا بأس باقامه الشهاده على شهادته»^(١).

وهذه الروايه رواها الشيخ والصدوق^(٢)، وفى سند الشيخ موسى بن اكيل عن محمد بن مسلم، والراوى عن موسى بن اكيل ذبيان بن حكيم، وذبيان مهمل، وسند الصدوق إلى محمد بن مسلم على ما ذكر فى مشيخه فقيه^(٣) ضعيف، ودعوى انجبار ضعف الخبر بعمل الأصحاب وقد عمل المشهور بها لا يمكن المساعده عليهما، حيث من المحتمل جداً اعتبار المزبور والعمل بها لمطابقتها للاحتياط فى القضاء، وهذا مع ثبوت الاطلاق فى الموثقتين بل فى خطاب اعتبار البيئه مشكل.

ص: ٥٥٧

١- (١) الوسائل ١٨، الباب ٤٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٩٧:١.

٢- (٢) التهذيب ٢٥٦:٦، الاستبصار ٢٠:٣، الفقيه ٧١:٣.

٣- (٣) الفقيه ٤٢٤:٤.

الشرح:

الأمر الثاني: يختص اعتبار شهادة الفرع بشهادته على شهادة الأصل، فلا تسمع شهادة الفرع على شهادة الفرع، وقد ذكر في كلمات الأصحاب أنه لا خلاف في ذلك وادعى جماعه عليه الإجماع.

ويستدل على ذلك بروايه عمرو بن جميع عن أبي عبد الله عن أبيه عليهما السلام قال: «أشهد على شهادتك من ينصحك، قالوا: كيف؟ يزيد وينقص، قال: لا، ولكن من يحفظها عليك ولا تجوز شهادة على شهادة»^(١).

ولكن عمرو بن جميع ضعيف وكذا السند إليه، ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا يمكن المساعدة عليها فإنه لم يحرز استنادهم إليها ولعله لما قيل من انصراف الموثقتين إلى شهادة الفرع على شهادة الأصل.

ولكن مع التأمل في الانصراف يكفي في اعتبار شهادة الفرع على الفرع بأي مرتبه ما دل على اعتبار البيئه وكونها مدرك القضاء، فإن الاطلاق تعم البيئه الموجوده وباعتبارها تثبت مدلولها وهي البيئه الأخرى، وهكذا على ما ذكر في بيان اعتبار الخبر عن الإمام عليه السلام بالوسائل.

وبالجملة: فإن أحرز الإجماع على عدم اعتبار شهادة الفرع على شهادة الفرع فهو، وإلا فلا وجه لعدم الاعتبار مع مسيس الحاجه إليها في بقاء الأوقاف ونحوها.

الثالث: مقتضى اطلاق موثقتي طلحه بن زيد وغيث بن إبراهيم المتقدمتين، وكذا الإطلاق في اعتبار البيئه، عدم الفرق في الاعتبار بأن يشهد على كل واحد من شهاده الأصلين اثنان، بأن يكون شاهدا الفرع أربعة عدول، أو يشهد الإثنان على شهادة كل من شاهدي الأصل، أو كان أحد الشاهدين الأصل ويشهد هو مع شخص آخر على

ص: ٥٥٨

وللتحمل مراتب، أتمها أن يقول [١] شاهد الأصل: أشهد على شهادتي أنني أشهد على فلان بن فلان، لفلان بن فلان بكذا، وهو الاسترعاء، وأخفض منه ان يسمعه يشهد عند الحاكم، إذ لاريب في تصريحه هناك بالشهادة.

الشرح:

شهاده الأصل الآخر، كل ذلك للاطلاق في الموثقتين وما دل على اعتبار البيئه، فما حكي عن الشافعي من اعتبار المغايره في شاهدي الفرع أمر، لا أساس له.

وأيضاً: لافرق بين كون شاهدي الأصل رجلين أو رجلاً وامرأتين أو أربعة نساء، فإنه وإن يعتبر في شاهدي الفرع كونهما رجلين، كما هو ظاهر انصراف البيئه في اطلاق خطاب اعتبارها، إلا أنه لا يضرّ باعتبار شهاده الفرع اختلاف شهود الأصل. وذلك لا لاطلاق الموثقتين، فإنهما لاتعمان غير شهاده رجلين على شهاده رجل، بل للاطلاق في اعتبار البيئه، فإنه يعم البيئه القائمه بشهاده النساء، وإنما يرفع اليد عنه بالاضافه إلى الحدود كما تقدم، ويعم بالاضافه إلى غير الحدّ ممّا يترتب على موجه كنشر الحرمه.

و دعوى أنّ الزنا لا يثبت إلا بأربعة شهود، وكيف يثبت بشهاده رجلين على شهاده كل من الأربعة، مع أنّ الأصل لا يكون اسوء حال من الفرع ، فيها ما لا يخفى، ومما ذكر يظهر أنّه يثبت بشهاده الفرع على شهاده الأصل بالسرقه ردّ المال لا القطع وهكذا.

[١] ذكر في كلماتهم أنّ لتحمل شهاده الفرع مراتباً، وأعلاها المعبر عنها بالاسترعاء أي طلب الاصغاء، وصورتها أن يقول شاهد الأصل للفرع: أشهد على شهادتي لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا، وأخفض منها أن يسمع شهاده الأصل عند حاكم.

وفي الجواهر: أنّ شهادته عند حاكم للحكم بها وتحملها أقوى من التصريح الأول، والمرتبه الأخيره ان يسمعه يقول أنا شاهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان

ويليه أن يسمعه يقول: أنا أشهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا، ويذكر السبب، مثل أن يقول: من ثمن ثوب أو عقار، إذ هي صورة جزم، وفيه تردد، أما لو لم يذكر سبب الحق، بل اقتصر على قوله: أنا أشهد لفلان على فلان بكذا، لم يصير متحماً لا لاعتقاد التسامح بمثله، وفي الفرق بين هذه وبين ذكر السبب إشكال.

الشرح:

بكذا، ويذكر السبب من قرض أو شراء أو غيرهما، وأما إذا لم يذكر السبب فقد جزم غير واحد بأنه لا يصير متحماً لا اعتبار التسامح بمثله، ولعل الأصل في ذلك كله ما ذكره الشيخ قدس سره في المبسوط من التفصيل وتبعه غيره فيه، ولكن لا يخفى مع كون كلام الأصل شهادة كما هو الفرض يكون المستمع إليه تحملاً، بلا فرق بين أن يذكر الأصل السبب أم لم يذكر وبلا فرق بين ما ذكر من المراتب.

وما ذكر قدس سره من عدم قبول شهادة الفرع إلا عند تعذر حضور شاهد الأصل قد تقدم أنه بلا وجه يعتمد عليه فلا نعيد.

ثم إنّه إذا حضر الأصل وأنكر ما شهد به الفرع، فإن كان ذلك بعد حكم الحاكم فلا ينقض الحكم لتمام ملاكته، وانكار شهادة الأصل لا يزيد على ما كان الحكم بشهادته ثم رجع عنها.

وأما إذا كان قبل الحكم فلا يسمع شهادة الفرع إلا إذا كان أعدل من شاهد الأصل، كما يشهد لذلك صحيحه عبد الرحمان بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل شهد على شهادة رجل فجاء الرجل فقال: أنى لم أشهده؟ قال: «تجوز شهادة أعدلها، وإن كانت عدالتها واحده لم تجز شهادته»^(١).

وفي روايه أخرى عن أبي عبدالله عليه السلام عن رجل شهد شهادة على شهادة آخر

ص: ٥٦٠

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٤٦ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و٢ و٣: ٢٩٩.

ففى صورته الإسترعاء يقول: أشهدنى فلان على شهادته، وفى صورته سماعه عند الحاكم يقول: أشهد أنّ فلاناً شهد عند الحاكم بكذا، وفى صورته السماع لأعنده يقول: أشهد أنّ فلاناً شهد على فلان لفلان بكذا بسبب كذا.

ولا- تُقبل شهادته الفرع إلا عند تعذر حضور شاهد الأصل، ويتحقق العذر، بالمرض وما مثله وبالغيبة، ولا تقدير لها، وضابطه مراعاة المشقة على شاهد الأصل فى حضوره.

ولو شهد شاهد الفرع فانكر شاهد الأصل، فالمروى العمل بشهادته أعدلهما، فإن تساويا أطرح الفرع، وهو يشكّل بما أنّ الشرط فى قبول الفرع عدم الأصل، وربّما أمكن لو قال الأصل: لا أعلم، ولو شهد الفرعان ثم حضر شاهد الأصل، فإن كان بعد الحكم لم الشرح:

فقال: لم أشهده، فقال: «تجوز شهادته أعدلهما» (١)، ونحوهما صحيحه عبدالله بن سنان. (٢)

ودعوى أنّ شهادته الفرع تبطل بحضور شاهد الأصل قبل الحكم ولا يمكن العمل بالروايات المزبوره لذلك، ولأنّ ظاهرها قبول شهادته الفرع الواحد على رجل من الأصل، لا يخفى ما فيها، فإنّ حضور الأصل لا تبطل شهادته الفرع على ما تقدم.

وعلى تقديره، فقد ورد الاستثناء على اشتراط التعذر فيما كان الفرع أعدل أو لم يخالف الأصل عند حضوره عملاً بها، كما أنّ المراد بالرجل فيها الجنس فلا ينافى اعتبار التعدد، حيث أنّها ناظره إلى حكم صورته مخالفه الأصل فى الشهاده بالواقعه مع الفرع قبل الحكم.

وأما ما ذكر الماتن قدس سره من حمل الروايات على صورته قول الأصل لا أعلم، ينافى ظاهرها فى انكار الأصل الشهاده بالواقعه على الفرع.

يقدم في الحكم وافقا أو خالفا، وان كان قبله سقط اعتبار الفرع، وبقي الحكم لشاهد الأصل [١]، ولو تغيرت حال الأصل بفسق أو كفر، لم يحكم بالفرع، لأن الحكم مستند إلى شهادته الأصل [٢].

الشرح:

[١] قد تقدم عدم سقوط شهادته الفرع فيما إذا خالفا الأصل وكان الفرع أعدل، وكذا لا يقدم حضور الأصل في شهادته الفرع فيما إذا حضر و لم يظهر مخالفته لشهادته الفرع، فللحاكم ان يحكم بشهادته، واطلاق العبارة يقتضى عدم الإعتناء بشهادته الفرع حتى في الصورتين.

[٢] هذا مبنى على المنسوب إلى المشهور، من أن خروج الشاهد عن شروط الشهادة بغير الموت والاعماء قبل الحكم يوجب سقوط الشهادة التي لاعتبار لها في الحكم بها، وأما بناءً على ما ذكرنا في بحث القضاء، من أن خروج الشاهد عن الشرائط بعد شهادته وقبل الحكم نظير خروجه عنها بعد الحكم لا- يضرّ بشهادته السابقة، وأن ميزان الحكم وهو الحكم بالبينه قد حصل، فلماوجب لرفع اليد عن شهادته الفرع.

وما في الجواهر تبعاً لغيره من الفرق بين موت الشاهد أو اغمائه بعد شهادته وبين فسقه أو كفره، لكون الكفر والفسق مقتضياً لعدم القبول بخلاف الاعماء والموت، فإن أقصاهما عدم اقتضاءهما القبول، فيه ما لا يخفى، حيث إن الفسق أو الكفر حال الشهادة يقتضى عدم القبول وبعد الشهادة كالموت والاعماء لا يقتضيان القبول.

نعم، لو كان الخروج إلى الكفر والفسق كاشفاً عن عدم عدالتهم حين الشهادة أيضاً، فعدم الاعتبار لفقد شرط الشهادة عند أدائها، وهذا خلاف الفرض.

ومن العجب أن الماتن قدس سره التزم بأن خروج الشاهد بالواقعه قبل الحكم لا يوجب نقصاً في مدرك القضاء، وفاقاً للشيخ في الخلاف والحلبى، ولكن ذكر في المقام أن خروج الأصل عن شرط القبول قبل الحكم بشهادة الفرع يمنع القضاء، مع أن القضاء بشهادة الفرع يقع على شهادته الأصل التي وقعت عند عدم خروجه عن الشرط.

ص: ٥٦٢

وتقبل شهادة النساء على الشهادة، فيما يقبل فيه شهادة النساء منفردات، كالعيوب الباطنه والاستهلال والوصيه، وفيه تردد أشبهه المنع [١]، ثم الفرعان ان سمياً الأصل وعدّلاه، قبل [٢]، وإن سمياًه ولم يعدّلاه سمعها الحاكم وبحث عن الأصل وحكم مع ثبوت ما يقتضى القبول، وطرح مع ثبوت ما يمنع القبول لو حضر وشهد، أما لو عدّلاه ولم يسمياًه لم يقبل.

الشرح:

[١] قد تقدم أنّ ما ورد في القضاء بالبينات ظاهره القضاء بشهادة العدلين، من غير فرق بين كون شهادتهما بالواقعه مباشره أو على الشهاده فى تلك الواقعه، وما ورد فى قبول شهاده النساء ظاهره شهادتهنّ بنفس الواقعه، فإنّها هى التى لا يطّلع عليها الرجال، لا الشهاده بتلك الواقعه.

وعليه فيتعيّن شهاده عدلين على شهاده كل واحد منهنّ، ولا تفيد شهاده النساء على شهادتهنّ، حتى الأمر كذلك فى الشهاده على الشهاده بالمال من الدين أو العين، فإنّ شهاده رجل مع امرأتين يثبت الدين، ولا يثبت شهاده الرجل والمرأتين به بغير شهاده العدلين، ودعوى الأولويّه فى القبول لوجه لها، فإنّها لا تخرج إلا إلى الاستحسان.

[٢] تعرض قدس سره لأداء الشهاده، على الشهاده وذكر أنّ لاداء صوراً:

الأولى: أن يذكر اسم الأصل وأثبتا عدالتهما، بأن شهدا بعدالتهما وما شهدا به عندهما، وهذا القسم من شهاده الفرع مدرك القضاء.

والثانيه: أن يذكر اسمهما وما شهدا به عندهما ولم يشهدا بعدالتهما، وفى هذه الصوره فحص الحاكم عن عدالتهما فإن ثبتت يقضى بالشهاده المزبوره.

والثالثه: أن لا يذكر اسمهما بل ذكر انّ كل واحد من العدلين شهد عندهما بكذا، وهذا لا يصلح مدركاً للقضاء، حيث إنّ مع عدم ذكرهما وعدم تعيينهما كما هو الفرض

ولو أقرّ باللواط أو بالزنا بالعمه أو الخاله أو بوطىء البهيمة ثبت بشهادة شاهدين [١]، وتقبل في ذلك الشهادة على الشهادة، ولا يثبت بها حدّ، ويثبت انتشار حرمه النكاح، وكذا لا يثبت التعزير في وطء البهيمة، ويثبت تحريم الأكل في المأكوله، وفي الأخرى وجوب بيعها في بلد آخر.

الشرح:

لا يتمكن الخصم على الجرح بل يمكن أن يكونا أو يكون أحدهما غير عادل عند الحاكم.

أقول: يشكل رفع اليد عن اطلاق ما دلّ على اعتبار البينه مع فرض شهادتهما بعداله كل من شاهدى الأصل وإن لم يذكر اسمهما، إلا أن يتم الإجماع على خلافه.

[١] كما تسمع الشهادة على الشهادة في حقوق الناس كذلك تسمع الشهادة على الإقرار فيها، وكذا الشهادة على الإقرار في حقوق الله.

ولكن لا تثبت بالشهادة على الاقرار فيها الحدّ، بل تسمع بالاضافه إلى سائر ما يترتب على موضوع الحد من نشر الحرمة، كما في الشهادة على الاقرار باللواط أو الزنا بالعمه والخاله، حيث تحرم أم الموطوء واخته وبنته على اللأطى المقربه، وفي الإقرار بالزنا بالخاله تحرم بناتها على المقرب، وكذا في الزنا بالعمه على الأحوط.

وكذا لا يثبت بالشهادة على اقراره بوطىء بهيمه التعزير، ولكن تحرم أكل لحمها، على المقرب فيما يطلب أكل لحمها وفي غيرها يثبت عليه الغرامه ولزوم بيعها في بلد آخر.

ص: ٥٦٤

الطرف الخامس:

فى اللواحق وهى قسمان:

القسم الأول: فى اشتراط توارى الشاهدين على المعنى الواحد [١]، وىترتب عليه مسائل:

الأولى: توارى الشاهدين على الشىء الواحد، شرط فى القبول، فان اتفقا معنىً حكم بهما وان اختلفا لفظاً، إذ لافرق بين أن يقولا غصب وبين أن يقول أحدهما غصب، والآخر انتزع، ولا- يحكم لو اختلفا معنىً، مثل أن يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالاقرار بالبيع، لأنهما شيان مختلفان، نعم، لو حلف مع أحدهما ثبت. الثانيه: لو شهد احدهما انه سرق نصاباً غدوةً، وشهد الآخر أنه سرق عشيةً لم يحكم بها لأنها شهادة على فعلىن. وكذا لو شهد الآخر أنه سرق ذلك بعينه عشية لتحقق التعارض او لتغاير الفعلين.

الشرح:

[١] ذكر فى القسم الأول من الطرف الخامس اشتراط وحده الواقعة التى يحكيها الآخر فلا تتحقق البيئه بتلك الواقعة، كما أنه يعتبر فى تحققها بها توافق حكائتهما فيها، فإن اختلفا فى حكائتهما لم يصدق أن ما شهد به أحدهما شهد به الآخر.

وعلى ذلك فلا-يعتبر فى قيام البيئه بواقعه اتحاد الكلامين بحسب ألفاظهما، بل المعيار اتحادهما فى المحكى خارجاً، وتوافقهما بحسب حكائته، فلا فرق بين أن قال أحدهما: قد غصب فلان مالاً كذا من فلان، وقال الآخر: أخذ فلان ذلك المال من فلان عدواناً.

ص: ٥٦٥

الشرح:

وعلى ما ذكر، فإن لم يكن لكلامهما ظهور في وحده المحكى، بأن شهد أحدهما بأن فلاناً باع المال الفلاني، وقال الآخر بأن فلاناً أقرّ عنده ببيعه المال المزبور، لم يثبت دعوى البيع بالبينة، نعم لو حلف المدعى مع أحدهما يثبت دعواه لما تقدم، من ثبوت الدعاوى المائيه بل غيرها بشاهد ويمين.

وهذا مع تعدد المحكى بحيث لا ينفى أحد الشاهدين ما يحكيه الشاهد الآخر، وإلا فمع حكايتهما عن أمر واحد خارجي وإختلافهما في حكاية ذلك الأمر، كما إذا قال أحدهما: سرق زيد من عمرو النصاب ليلاً، وقال الآخر: سرق ذلك النصاب من عمر ونهاراً، فلا تتم البينة بالسرقه الخارجيه.

وظاهر كلام جملة من الأصحاب أنّ في هذه الصورة أيضاً لو حلف المدعى مع أحد الشاهدين يثبت المال دون حدّ السرقة نعم يثبت حدّ السرقة، أيضاً فيما إذا شهد أحدهما أنّه سرق ثوباً بعينه وقيمته درهم، وقال الآخر. أنّه سرقه ولكن قيمته درهمان، فإنّ السرقة الموجهة للحد تثبت بشهادتهما معاً والاختلاف إنّما هو في قيمه ما سرق، فالواجب في الفرض على السارق درهم عند تلف العين، نعم إذا حلف المدعى على أنّ قيمته درهمان غرم درهمين.

ولكن ما يظهر من كلامهم لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ ثبوت دعوى المدعى بشهادة أحدهما مع يمينه فيما إذا لم يكن بين شهادته وشهادة الآخر معارضه، لتعدد الواقعه أو لاحتمال تعددها بحسب حكايتهما، وأمّا إذا أظهر اوحدها وإنّ ما حكاها أحدهما هي حكاية الآخر واختلفا في نقلها بحيث ينفى كل منهما الواقعه على طبق حكاية الآخر.

فلا يفيد في ثبوت دعوى المدعى حلفه مع شهاده أحدهما، لأنّ شهادته مبتلاه

الثالثة: لو قال أحدهما سرق ديناراً، وقال الآخر درهماً، أو قال أحدهما سرق ثوباً أبيض، وقال الآخر أسود، ففي كل واحدٍ منهما يجوز أن يحكم مع أحدهما ومع يمين المدعى [١]، لكن يثبت له الغرم ولا يثبت القطع، ولو تعارض في ذلك بينتان على عين الشرح:

بالمعارض، وظاهر ما تقدم من ثبوت الدعوى بشاهد واحد ويمين المدعى، ما إذا لم يكن شهادته مبتلاه بالمعارض، كما هو الحال في القضاء بالبينة أيضاً كما مرّ.

وما في كلام بعض من سقوط الشهادتين وتثبت الدعوى باليمين صحيح، لو كان مرادهم باليمين، اليمين المردوده، وفي مثال الشهاده بسرقة النصاب لا يثبت الحد ولا الغرم، وفي مثال الثوب لا يثبت غرم درهمين بل الغرم في مسأله النصاب وغرم درهمين في مسأله الثوب يتوقف على اليمين المردوده.

نعم، لو اتفقا على الشهاده بسرقة النصاب في زمان واحد، بأن قال كل منهما في الشهاده: رأيت مع صاحبي إنه يسرق النصاب، ولكن اختلفا في ذلك الزمان، فقال أحدهما: أنه كان ليلاً، وقال الآخر: كان نهاراً، فلا يبعد ثبوت الغرم بل ثبوت الحد لاتفاقهما على الشهاده بالسرقه الواحده، واختلافهما في زمانها كما ذكر لا يوجب تعدد المحكى أو احتمالها، كما لا ينفي أحدهما ما يذكر الآخر من موجب الغرم وموجب الحد.

[١] لعل مراده قدس سره ما إذا كانت شهاده أحدهما بواقعه غير الواقعه التي يشهد بها الآخر، وحيث إن لكل من الواقعتين شاهداً واحداً يمكن اثبات كل منهما أو أحدهما بضم يمين المدعى، فيلزم الغرم بالواقعه التي حلف بها المدعى، ولو فرض حلفه على كل منهما مع كل من الشاهدين يثبت الغرمان، ولكن لا يثبت القطع، لأن الحد لا يثبت بشاهد ويمين.

ثم ذكر قدس سره أنه لو وقع التعارض بين البينتين في عين واحد، بحيث لا يحتمل تعدد الواقعه، بأن شهد اثنان أنه سرق الثوب الفلاني عشيه، وشهد اثنان أنه سرقه نهاراً، أو قال أحدهما: سرق الدرهم الفلاني ليلاً، وقال الآخر: سرقه نهاراً.

واحد سقط القطع للشبهه، ولم يسقط الغرم، ولو كان تعارض البيّتين [١] لاعلى عين واحده ثبت الثوبان والدرهمان.

الشرح:

ففى هذا الفرض لا يثبت القطع للشبهه لتعارض النقلين، ولكن يثبت الغرم على نسخه الجواهر، حيث قال فى تعليه:

انّ سرقه ذلك الثوب أو الدرهم المزبور متفق عليه بين البيّتين والاختلاف فى غيرها، من وقوعها ليلاً أو نهاراً، وعن المبسوط: انّ الحاكم فى حكمه بالسرقه يعتمد على احدى البيّتين ويخرجها بالقرعه، واستشكل فى القرعه فى كشف اللثام بأنّه لا فائده فى استعمال القرعه فى المقام ولا يترتب عليها ثمره، وأورد قدس سره بأنّ على الحاكم تعيين البيّنه التى يعتمد عليها فى حكمه بتحقيق السرقه، ولا يمكن التعيين إلاّ بالقرعه، ويترتب على تعيينها بها الثمره عندما يرجع الشاهد عن شهادته فى ثبوت الغرم عليه، فإنّ الغرم يثبت عند رجوع شاهد اخرجت شهادته بالقرعه فى تعيين البيّنه، ولكن استشكل فى ذلك بأنّ القرعه فى البيّتين عند ما لم يمكن العمل بهما.

أقول: لم يظهر الفرق بين هذا الفرض وبين ما تقدم، من قول أحد الشاهدين: أنّه سرق النصاب ليلاً، وقال الآخر: أنّه سرقه نهاراً، فإنّ شهاده الشاهدين بواقعه واحده بينه فلا بدّ من ثبوت الغرم، لو لم نقل بثبوت القطع أيضاً، حيث إنّ الاختلاف فى زمان الوقعه كان ليلاً أو نهاراً لا يوجب تعدّدها.

إلاّ أن يحمل ما تقدم على صورته احتمال تعدّد الوقعه فى شهادتهما، بأن سرق المال نهاراً ثمّ أخذه مالك المال ثمّ سرقه ليلاً، وهذا الاحتمال لا يجرى فى تعارض البيّتين على عين واحده، حيث أنّ الشاهدين من كل من البيّتين يشهدان بواقعه من غير اختلافهما فيهما، وأنما الاختلاف بين شاهدى البيّنه مع شاهدى البيّنه الأخرى.

[١] المراد من تعارض البيّتين لاعلى عين واحده تواردهما، بأن قامت بينه بأنه

الرابعة: لو شهد أحدهما أنه باعه هذا الثوب غدوةً بدينار، وشهد له الآخر أنه باعه ذلك الثوب بعينه في ذلك الوقت بدينارين لم يثبتا، لتحقق التعارض، وكان له المطالبة بأيهما شاء مع اليمين [١]،

الشرح:

قد سرق الثوب الأسود، وشهدت بينه أخرى أنه سرق الثوب الأبيض، أو قالت إحداهما: أنه سرق الدرهم، وقالت الأخرى: أنه سرق الدينار، وفي هذا الفرض يثبت ضمان الثوبين وضمن الدرهم والدينار، ولا موجب في الفرض لسقوط القطع، والشبهه مع وحده العين غير آتية مع عدم وحدتها.

نعم، لو اعترف المدعى بعدم وقوع السرقتين، بل ادعى أحدهما فقط، فيمكن أن يقال بسقوط البيئتين، إن لم يثبت دخولهما فيما ورد الأمر بالقرعه عند تعارضهما، كما هو كذلك، حيث إن ما ورد في القرعه بين البيئتين لا يعم المقام، بل ظاهره ما إذا كان في البين مدعيان دعواهما متنافيتان وقام لكل منهما بينه، فإن في هذه الصورة تخرج إحدى البيئتين بالقرعه ويحلف صاحب تلك البيئه والمقام ليس من هذا القبيل، والله سبحانه هو العالم.

[١] مراده قدس سره أن بيع الثوب المزبور بدينار واقعه وبيعه بدينارين يحسب معامله أخرى، ولا تجتمع الواقعتان في الفرض، مع عدم قيام بينه بكل منهما، بل شهد واحد بأحد البيعين والآخر بالبيع الآخر، فيمكن للمدعى مع دعواه أحدهما بعينه اثباته بشاهد واحد مع ضم يمينه.

أقول: قد تقدم إن ضم اليمين إلى شاهد إنما إذا لم تكن شهادته مبتلاه بالمعارض كما هو الفرض في المقام.

ولو قامت بكل من البيعين بينه ثبت الديناران وأنه يستحقهما على المدعى عليه، لتمام البيئه عليه ولغت البيئه التي قامت بالدينار.

ولو شهد له مع كل واحد شاهد آخر ثبت الديناران، ولا كذلك [١] لو شهد واحد بالإقرار بألف والآخر بألفين، فإنه يثبت الألف بهما والآخر بإنضمام اليمين، ولو شهد بكل واحد شاهدان، يثبت الألف بشهادة الجميع، والألف الآخر بشهادة اثنين.

الشرح:

وظاهر المحكى عن المبسوط أنّ البيئتين في الفرض متعارضتان، وقال في الجواهر: التعارض صحيح فيما إذا كان لكل من البيع بالدينارين والبيع بالدينار مدعياً، كما إذا قال البائع بعته بدينارين وقال خصمه اشتريته بدينار فقط.

أقول: مع اختلاف البائع والمشتري كما ذكر، وقيام البيئه لكل منهما يدخل الفرض في البيئتين المتعارضتين فيقرع بينهما، فمن أخرجت القرعه بيئتها يحلف كما تقدم، كما أنه مع عدم البيئه للبائع ولا المشتري، فمع بقاء الثوب يحلف البائع وتثبت دعواه ومع عدم بقائه يحلف المشتري عملاً بالنص الوارد في المورد، على ما تقرر في مبحث اختلاف المتبايعين.

ولو فرض أنّ خصم المدعى ينكر الشراء، فيبيئه البيع بالدينارين مع بيئته بدينار متعارضتان عند الحاكم وان يعترف الخصمان بطلانها، فلا يمكن له الحكم بثبوت البيع بدينارين، ولا مجال في الفرض للقرعه أيضاً لأنّ الأمر الوارد بالرجوع إلى القرعه فيما إذا أحرز انحصار الحق بين البيئتين، وفي الفرض يحتمل الحاكم عدم وقوع البيع أصلاً ولا قيمه للبيئه المبتلاه بالمعارض، وعليه فيحلف المشتري على عدم الشراء، أخذاً بما دلّ على كون الحلف على المدعى عليه مع عدم قيام البيئه للمدعى، والمراد البيئه غير المبتلاه بالمعارض.

اللهمّ إلا أن يقال: ليس للحاكم الحكم بوقوع البيع بدينار لاتفاق الخصمين على عدمه، فتكون بيئته الدينارين بلا معارض.

[١] كان نظره قدس سره إن بيع شيء بدينار مع بيعه بدينارين من المتبايعين، بخلاف

وكذا لو شهد أنه سرق ثوباً قيمته درهم، وشهد آخر أنه سرق وقيمته درهماً، ثبت الدرهم بشهادتهما، والآخر بالشاهد واليمين، ولو شهد بكل صورة شاهدان ثبت الدرهم بشهادة الجميع، والآخر بشهادة الشاهدين بهما، ولو شهد أحدهما بالقذف غدوةً والآخر عشيةً أو بالقتل كذلك، لم يحكم بشهادتهما [١]، لأنها شهادة على فعلين، أمّا لو شهد أحدهما باقراره بالعريه، والآخر بالعجميه قبل، لأنه إخبار عن شيء واحد.

الشرح:

الإقرار بالألف والاقرار بألفين أو ضمان دينار أو ضمان دينارين فإنهما من الأقل والأكثر، وعليه فلو شهد شاهد باقراره لزيد بألف وشهد الآخر باقراره له بألفين، فبالإضافة إلى الاقرار بالألف يحسب شهادتهما بينه، وكذا الحال في الشهادة بقيمه الثوب بعد تلفه، وأمّا الإقرار بالألف الآخر أو ضمان الزائد فهو قول شاهد واحد يمكن أن يثبت بضم حلفه إلى قوله.

أقول: هذا فيما إذا لم ينف الشاهد بالإقرار بالألف وقوع الإقرار بالزائد أو لم ينف ضمان الزائد وإلاّ تكون شهادته مبتلاه بالمعارض، كما تقدم في الشهادة بسرقة ثوب معين وأن قيمته درهم وشهادة الآخر بسرقة وقيمته درهماً.

وعلى ما ذكر قدس سره يترتب أنه لو شهدت بينه على الإقرار بالألف وشهدت بينه أخرى بالاقرار بالألفين، ثبت الألف بشهادة شهود كلتا البيتين والألف الآخر يثبت بالبينه بالإقرار بألفين، وقد ذكرنا أنّ هذا فيما إذا لم ينف البينه بالأقلّ الإقرار بالألف الثاني أو ضمان الزائد.

[١] يريد بذلك بيان أنه لو شهد شاهدان كلّ منهما بواقعه غير واقعه الأولى، سواء أمكن اجتماعهما كشهادة القذف أم لم يمكن كما إذا اختلفا في قتل شخص، وقال أحدهما: قتله ليلاً، وشهد الآخر فقال: قتله نهاراً، فلا يثبت شيء منهما، لتوقف كل منهما على شهادته العدلين في ثبوته لولا التكاذب، حيث إنّ كلّاً من القذف والقتل

ص: ٥٧١

خروج الشاهد عن الوصف بعد شهادته

القسم الثانى: فى الطوارئ، وهى مسائل:

الأولى: لو شهدا ولم يحكم بهما فماتا، حكم بهما [١]، وكذا لو شهدا ثم زكيا بعد الموت.

الشرح:

يحتاج فى ثبوته إلى شهادة الشاهدين، ولم يتم فى كل قذف شهادتهما والأمر فى الشهادة بالقتل كذلك مع حصول التكاذب أيضاً.

بخلاف ما إذا تعدد الواقعة وأمكن حصول المتعدد ويثبت كل منهما بشهادة عدل، كما إذا شهد أحدهما أنه أقر لزيد بألف بالعريه، وشهد الآخر أنه أقر له بألف بالعجميه، حيث يحتمل حصول الاقرارين بلا تنافٍ بينهما، فإن كلاً من الاقرارين إخبار عن شىء واحد، فتقبل شهادة منهما بضم يمين المدعى.

ولكن ظاهر عبارته قدس سره عدم الحاجه فى الأخير إلى ضم اليمين، حيث علل القبول بأنه إخبار عن شىء واحد.

وفيه: إن الاقرار و ان يكون اخباراً عن شىء واحد إلا أن هذا بالاضافه إلى المقر، فتعدّد اقراره مع وحده المقرّ به خارجاً لا يوجب إلا تعدد الحكايه، وأمّا بالاضافه إلى شهادة الشاهد فكل من الشاهدين يخبر عن حكايه غير حكايه الآخر و ثبوت كل منهما يكون بالبينه أو بشاهد ويمين المدعى.

[١] الظاهر عدم الخلاف فى جواز القضاء بشهادة شاهدين ماتا أو مات أحدهما قبل الحكم، حيث إن مدرك القضاء شهادة العدلين بالدعوى أو غيرها وقد تحققت، فموت أحدهما أو كليهما كحياتهما بعد شهادتهما غير دخيل فى القضاء تكليفاً أو وضعاً، ومن هذا القبيل ما إذا شهدا ثم زكيا بعد موت أحدهما أو كليهما، حيث إن مع الترتيبه يحرز حصول البينه وتامها للمدعى.

وهل الحكم كذلك فيما إذا شهدا ثم فسقا أو فسق أحدهما قبل الحكم، أو يسقط

الثانية: لو شهدا ثم فسقا قبل الحكم، حكم بهما، لأنَّ المعترف في العدالة عند الإقامه، ولو كان حقاً لله كحدِّ الزنا لم يحكم، لأنَّه مبنى على التخفيف، ولأنَّه نوع شبهه، وفي الحكم بحدِّ القذف والقصاص تردّد، أشبهه الحكم لتعلّق حقّ الآدمي به.

الشرح:

شهاده الفاسق عن الاعتبار مطلقاً، أو يفصّل بين ما كان المشهود به من حقّ الآدمي فلا يسقط اعتبار الشهاده وبين حقّ الله المحض.

ظاهر الماتن قدس سره هو الثالث، ولكن ذكر فيما سبق في مسأله فسق شاهدي الأصل عند شهاده الفرع ما يقتضى الثانى يعنى عدم القبول مطلقاً، كما هو المحكى عن الشيخ قدس سره فيأحد قوليّه والعلامة في المختلف والشهيدان قدس سرهم .

ويستدل على ذلك بما استفاض من الروايات الواردة في ردّ شهاده الفاسق، ويضعّف بأنّ ظاهر تلك الروايات عدم قبول شهاده الفاسق عند شهادته، كما هو الحال في ردّ شهاده الشريك لشريكه في المال المشترك أوردّ شهاده الأجير وغيرهما.

ودعوى أنّ مع فسقهما تحصل الشبهه في شهادتهما السابقه، ولذا ذكر الماتن في المقام عدم الحكم بشهادتهما في حدود الله وكأنّنه لدرء الحدود بالشبهه، ولأنّها مبته على التخفيف.

ولكن شيئاً من ذلك لا يصلح لرفع اليد عمّا دلّ عليه من اعتبار البينه، أى شهاده رجلين عدلين عند أدائها، ولا تكون في البين شبهه في الحكم، لافي حقّ الآدمي ولا في الحدّ، فإنّ مع ثبوت موجهه لامعنى للتخفيف.

ولو كان في البين شبهه لما كان يجرى، سواء كان من حقّ الله المحض (جلّ وعلا) أم مشتركاً كحدِّ القذف والقصاص، بناءً على كونه عقوبه على القتل.

نعم قد يشكل الحكم فيما إذا شهد لمن يردثانه فمات قبل الحكم وانتقل المشهود به من المال إليهما، فإنّنه ربّما يقال بأنّ الحكم بعد ذلك يكون المال لهما من الحكم

الثالثة: لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم، فانتقل المشهود به إليهما، لم يحكم لهما بشهادتهما.

الرابعة: لو رجعا عن الشهادة قبل الحكم، لم يحكم [١].

الشرح:

للمدعى بشهادته نفسه، ويمكن الجواب عن ذلك أيضاً بأن ظاهر ما ورد فيأنّ البينة على المدعى هو كون المدعى غير الشاهدين عند شهادة الشاهدين، وأما المغايرة عند صدور الحكم فلا يساعد على المغايرة دليل، والله سبحانه هو العالم.

[١] لو رجعا عن شهادتهما قبل الحكم لم يحكم، بلا خلاف ظاهر أو معروف، نعم عن ظاهر كشف اللثام أنه يحكم ولا يعتنى برجوعهما بعد اقامتهما الشهادة فيما كانا معروفين بالعدالة والضبط، ولكن الأظهر عدم الحكم بشهادتهما برجوعهما قبل الحكم حتى ما إذا عادا إلى شهادتهما.

ويستدلّ على عدم الحكم بأنّ الشهادة رجعت للشاهد عنها قبل الحكم لا تحسب شهادته، وما دلّ على أنّ القضاء بالبينات ينصرف عن الشهادة المزبورة، بل ذكرنا سابقاً أنّ البينة المبتلاة بالمعارض لا تصلح مدركاً للحكم، ورجوع الشاهد عن شهادته يعارض الشهادة السابقة، ولما كان قيام المعارض قبل الحكم فلا تصلح سنداً للحكم.

وبتعبير آخر: الرجوع عن الشهادة إمّا يكون بنفى ما شهد به أولاً أو بنفى حسّه ذلك المشهود، فيكون كما إذا شهدا بأمر وشهد عدلان آخران بنفى ما شهدا به، أو بنفى حضورهما في الواقعة التي شهدا بها.

وهذا فيما إذا كان رجوعهما بدعواهما وقوع الاشتباه فيما وقعا منهما من الشهادة ظاهر، نعم لو كان رجوعهما بقولهم: إنّنا تعمّدنا الكذب، فيشكل رفع اليد عن شهادتهما السابقة لو كان عدلتهما عند إقامته الشهادة محرزاً، فإنّهما وإن يحكم بفسقهما فعلاً بالكذب إمّا بالشهادة السابقة أو برجوعهما، إلا أنّ مقتضى الطريق إلى عدلتهما عند

الشرح:

شهادتهما ولا أقل من أن مقتضى الاستصحاب في عدلتهما عند ادائهما الشهادة اعتبارها.

ويدلّ على عدم جواز الحكم بعد الرجوع إلى مرسله جميل عن أخبره عن أحدهما عليهما السلام: «قال في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل: ضمنوا ماشهدوا به وغرموا، وإن لم يكن قضى طرحت شهادتهم ولم يغرموا الشهود شيئاً»^(١)، فإنّ ظاهرها الغاء الشهادة برجوع الشاهد قبل الحكم.

واستدلّ في كشف اللثام بجواز الحكم مع رجوع الشاهد على ما قيل بصحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يأخذ بأول الكلام دون آخره»^(٢)، وفي معتبره السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «إنّ النبي صلى الله عليه وآله قال: من شهد عندنا ثمّ غير أخذناه بالأوّل وطرحتنا الأخير»^(٣)، بدعوى أنّ ظاهرهما أنّ الرجوع عن الشهادة بعد اقامتها لا يسقط اعتبارها.

ولكن في نسخه الوسائل في صحيحه هشام: «كان أمير المؤمنين عليه السلام لا يأخذ بأول الكلام دون آخره»^(٤)، ولا يحتمل أن يكون الغلط في نسخه الوسائل لأنّه لو كان الوارد: وكان أمير المؤمنين يأخذ بأول الكلام، لما كان إيراده في الباب الذي أورده مناسباً.

وبالجملة، مع اجمال متن الرواية لا يمكن الاستدلال بها، مع أنّ اطلاقها ممّا

ص: ٥٧٥

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٣٨.

٢- (٢) التهذيب ٦: ٣١٠، الحديث ٨٥٣.

٣- (٣) الوسائل: ١٨، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٣٩: ٤.

٤- (٤) المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب آداب القاضى، الحديث ١٥٨: ٣.

ولو رجعا بعد الحكم والاستيفاء وتلف المحكوم به، لم ينقض الحكم [١]، وكان الضمان على الشهود.

الشرح:

لا يمكن الأخذ به فيما كان آخر الكلام قرينه على المراد من أول الكلام.

وأما روايه السكوني فقد رواها الصدوق قدس سره عن النبي صلى الله عليه وآله مرسلًا، وفي نقله: «من شهد عندنا بشهادة ثم غير أخذنا بالأولى وطرحنا الأخرى» (١)، وهذه وإن يمكن الاستظهار كما ذكر كاشف اللثام ولكنها لإرسالها لا يمكن الاعتماد عليها.

ورواها الشيخ بسنده عن محمد بن أحمد بن يحيى ومثنها كما نقلنا، وظاهر قوله عليه السلام: «إن النبي صلى الله عليه وآله قال: من شهد عندنا ثم غير أخذناه بالأول وطرحنا الأخير» (٢)، أخذ الشاهد بأول كلامه.

وهذا لا يجري إلا في مثل الإقرار، حيث إنَّ العدول عنه ولو في آخر كلامه غير مسموع لا يوجب ترك أخذه بما أقر به أولاً، ولكن الشاهد المزبور في المقام لا يؤخذ وإنما يؤخذ بشهادته كما لا يخفى، ومما ذكر يظهر أنَّ رجوعهما ينافي شهادتهما حتى ما إذا عادا إليها.

[١] وأما إذا كان رجوعهما بعد الحكم وبعد الاستيفاء فلا ينقض الحكم بل يكون الضمان عليهما، بلا خلاف معروف أو منقول، ويشهد لذلك صحيحه جميل عن أبي عبدالله عليه السلام في شاهد الزور قال: «ان كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل» (٣).

وفي صحيحته الأخرى عن أبي عبدالله عليه السلام في شهادة الزور: «ان كان قائماً وإلا

ص: ٥٧٦

١- (١) الفقيه ٣: ٤٣.

٢- (٢) التهذيب ٦: ٢٨٢.

٣- (٣) الوسائل ١٨: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢ و ٣: ٢٣٩.

الشرح:

ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل». (١)

وهاتان المحتمل اتّحادهما وإن وردتا في شاهد الزور إلّا أنّ الاتلاف الموجب للضمان يجرى في صورته الرجوع أيضاً لنفوذ الحكم بعد صدوره بميزانه، بل يمكن الاستدلال بمعتبره السكوني المتقدمه في صورته الحكم وانقضاء الاستيفاء، حيث إنّ مقتضاها أخذ الشاهد بشهادته الأوليه و معنى أخذه بها ضمانه.

وبالجملة: فلا موجب لرفع اليد عن الحكم الحاصل بموازينه فيما إذا حصل الرجوع بعده و بعد الاستيفاء، بلا فرق في ذلك بين حقوق الله و حقوق الناس، و يدلّ على ضمان الشهود في حق الله أيضاً صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بأنّه سرق فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر، فقال: هذا السارق وليس الذي قطعت يده إنّما شبّهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أنّ غرمهما نصف الديه ولم يجز شهادتهما على الآخر». (٢)

وفي معتبره السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «في رجلين شهدا على رجل أنّه سرق فقطعت يده، ثم رجع أحدهما فقال: شبّه علينا، غرما ديه اليد من أموالهما خاصّه، وقال في أربعة شهدوا على رجل أنّهم رأوه مع امرأه يجامعها وهم ينظرون، فرجم، ثم رجع واحد منه، قال: يغرم ربع الدية إذا قال: شبّه عليّ، وإذا رجع اثنان و قالوا: شبّه علينا، غرما نصف الديه، وإن رجعوا كلّهم و قالوا: شبّه علينا، غرموا الديه، وإن قالوا: شهدنا بالزور، قتلوا جميعاً». (٣)

وهذه كما قبلها وإن وردت في رجوع الشاهد أو الشهود بموجب الحد ولكن لا فرق بين الحدود وغيرها ولو بملاحظه ما تقدم.

ولو رجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء، فإن كان حدًّا لله نقض الحكم [١] للشبهه الموجهه للسقوط، وكذا لو كان للآدمى كحد القذف أو مشتركاً كحد السرقة.

الشرح:

[١] المشهور عند الأصحاب أنه إذا رجع الشهود بموجب الحد عن شهادتهم بعد الحكم وقبل الاستيفاء ينقض الحكم، بلا فرق بين كون الحد من حق الله المحض أو غيره، وعللوا ذلك بأن الحدود مبيته على التخفيف وتدرء بالشبهه ورجوع الشاهد عن شهادته يحسب شبهه، بل ألحقوا بالحدود، القصاص فإن القتل خطره عظيم ومورد للاحتياط.

وصرح بعضهم أن الساقط بالرجوع نفس الحد لا سائر ما يترتب على ارتكاب الموجب، من نشر الحرمه وانتقال ماله إلى ورثته، كما إذا شهدا بالارتداد ورجعا عن شهادتهما بعد الحكم، فإن الساقط قتل المشهود عليه بالارتداد لا انتقال أمواله إلى ورثته واعتداد زوجته.

وإذا ألحق القصاص بالارتداد في سقوطه برجوع الشاهدين أو أحدهما، فهل يطالب المشهود عليه بالديه أو لا يطالب بشيء، فإن الدية تطالب بالمصالحة في مورد القصاص أو لثبوت الموضوع لها وهو القتل خطأً، والمفروض عدم ثبوته وعدم المورد للمصالحة لفقد القصاص.

ولكن يقال: إن نقض الحكم برجوعهما قبل الاستيفاء ينافى ما دلّ على نفوذه، ومع الدليل على نفوذ الحكم لاشبهه في البين بحسب الظاهر، وأمّا الشبهه واقعاً فهي تجرى حتى في صورته عدم رجوع الشهود عن شهادتهم، ولعله لذلك تردّد في نقض الحكم قبل الاستيفاء الفاضلان وفخر المحققين.

بل قيل بأنه لو أجاز نقض الحكم قبل الاستيفاء برجوع الشاهد جرى جواز النقض في العقوبات التي لا تدخل في الحدود كالقتل والجرح قصاصاً،

الشرح:

وفى الفروج لعظم خطرهما وعدم استدراك فائت البضع.

أقول: لا يبعد القول بسقوط الحدّ برجوع الشهود فى الحدود قبل اجرائها حتى فيما إذا كان الرجوع بعد الحكم، بل لا يترتب سائر التوابع أيضاً مع الرجوع وذلك فإنه لم يقم دليل فى اجراء الحد على اعتبار الحكم والقضاء، بل المقدار الثابت هو أن يثبت الإرتكاب عند الحاكم، فعليه مع ثبوته عنده إجراء الحد ولا- يعتبر انشاء الحكم أولاً، والثابت اعتبار الحكم والقضاء فى موارد الدعاوى وفصل الخصومات.

وعليه يكون رجوع الشاهد عن شهادته قبل اجراء الحدّ لمعارضه شهادته الثانية مع الأولى، لو لم نقل إن شمول دليل الاعتبار على الثانية يوجب انحلال الشهادة الأولى.

ويمكن استظهار سقوط الحدّ أو تأييد السقوط بصحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل جاء به رجلان وقالان: إن هذا سرق درعاً، فجعل الرجل يناشده لما نظر فى البيّنه، وجعل يقول: والله لو كان رسول الله صلى الله عليه وآله ما قطع يدي أبدأ، قال: ولم؟ قال: يخبره ربّه أنى برىء فيبرأنى ببرائتى، فلما رأى مناشدته إياه دعا الشاهدين فقال: اتقيا الله ولا تقطعوا يد الرجل ظلماً وناشدهما، ثم قال: ليقطع أحدكما ويمسك الآخر يده الحديث» (١).

فإنه ظاهرها سماع شهادة الشاهدين وثبوت السرقة بشهادتهما، فقله عليه السلام بعده: «اتقيا ولا تقطعوا يد الرجل»، ظاهره أنه لو أبدى بطلان شهادتهما ولو بخطئهما فى شهادتهما لم يجر عليه حدّ السرقة ولو بعد القضاء أى ثبوت السرقة.

ص: ٥٧٩

الرجوع عن الشهادة على القتل أو الجرح

وفى نقض الحكم لما عدا ذلك من الحقوق، تردّد، أمّا لو حُكِمَ وسلم فرجعوا والعين قائمه، فالأصحّ أنّه لا ينقض ولا تستعاد العين، وفى النهايه: تردّه على صاحبها، والأوّل أظهر [١].

الخامسه: المشهود به إن كان قتلاً أو جرحاً فاستوفى ثمّ رجعوا فان قالوا تعمّدنا، اقتصّ منهم [٢]، وان قالوا: أخطأنا كان عليهم الدية.

الشرح:

[١] قد ظهر ممّا ذكرنا فى الحدود أنّه لا مجال للالتزام بنقض الحكم فى موارد الدعاوى المخاصمات بعد صدور الحكم بميزانه وشمول خطاب النفوذ له برجوع بعض الشهود عن شهادتهم، سواء كان الرجوع قبل تسليم العين إلى المشهود له أم بعده، غايه الأمر يكون على الراجع ضمان البديل للمشهود عليه، أخذاً له باعترافه بإتلاف العين عليه، نظير الضمان فى موارد الإقرار بعد الإقرار، ويقتضى ذلك معتبره السكونى المتقدمه، حيث مقتضاها أنّ مع بقاء العين أيضاً يؤخذ الشاهد بشهادته.

كما يدلّ على ذلك مرسله جميل بن دراج حيث ورد فيها: «الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به وغرموا» (١)، فإنّ مقتضى الإطلاق تغريم الشهود مع بقاء العين وعدمه.

وما ورد فى بعض الروايات المتقدمه أنّ مع بقاء العين تردّ إلى صاحبها، فهى ناظره إلى صورته بطلان القضاء لكون الشهاده زوراً، وهو غير مسأله رجوع الشاهد عن شهادته كما لا يخفى.

[٢] إن كان المشهود به موجباً للقصاص قتلاً أو جرحاً، أو كان موجباً للحدّ قتلاً أو رجماً فاستوفى القصاص أو الحد ثمّ رجع الشهود عن شهادتهم، فإن قالوا: تعمّدنا، اقتصّ من الشهود، وإن قالوا: أخطأنا، فعليهم الدية فى أموالهم، حيث لم يقدّم دليل على

ص: ٥٨٠

وان قال بعضهم تعمّدنا، وبعض أخطأنا، فعلى المقرّ بالعمد القصاص، وعلى المقرّ بالخطأ نصيبه من الدية [١]، ولولّى الدم قتل المقرّين بالعمد أجمع، وردّ الفاضل عن ديه صاحبه، وله قتل البعض ويردّ الباقي قدر جنايتهم.

الشرح:

كونها على العاقله فى رجوع الشهود، بل ظاهر بعض ما ورد فى رجوع الشاهدين أنّ الدية من أموالهما، كما أنّ ظاهر غيرها كون التكليف باداء الدية متوجهاً إلى الشاهد.

وفى معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليهم السلام فى رجلين شهدا على رجل أنه سرق فقطعت يده، ثمّ رجع أحدهما فقال: شبه علينا، غرما ديه اليد من أموالهما خاصّه. (١)

وفى معتبره مسمع كردين عن أبى عبدالله عليه السلام: «فأربعة شهدوا على رجل بالزنا فرجم، ثمّ رجع أحدهم فقال: شككت فى شهادتى، قال: عليه الدية، قال: قلت: فإن قال: شهدت عليه متعمداً؟ قال: يقتل». (٢)

ثمّ إنّ كلّ ما ورد فى رجوع الشاهدين ظاهره قبول قوله فى كون شهادته التى رجع عنها بنحو الخطأ أو التعمد.

نعم ذكر فى الجواهر أنّه لو منع عن قبول قوله فى التعمد والخطأ فهل يلزم بالديه لأنّه لا يبطل دم امرء مسلم أو يتوقف حتى يعلم الحال و لو بموت الشاهد ونحوه لينتقل الأمر إلى الدية، الأقوى الأوّل، ويستفاد ما ذكره قدس سره من الاستدلال فى بعض ما ورد فى تعليل الدية فى بعض موارد ثبوت القتل.

[١] قد تقدم أنّ الشاهد فيما إذا رجع عن شهادته يقبل قوله فى أنّ شهادته السابقة كانت خطأً أو عمداً، وعليه فإن قال بعض الشهود: تعمّدت، وقال بعض الآخر:

ص: ٥٨١

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢:٢٤٣.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٣:٢٤٠.

ولو قال أحد شهود الزنا بعد رجم المشهود عليه: تعمّدت، فإن صدّقه الباقون [١] كان لأولياء الدم قتل الجميع، ويردّون ما فضل عن ديّه المرجوم، وإن شاءوا قتلوا واحداً، ويردّ الباقون تكمله ديته بالحصص بعد وضع نصيب المقتول، وإن شاءوا قتلوا أكثر من واحد، ويردّ الأولياء ما فضل من ديه صاحبهم، وأكمل الباقون من الشهود ما يعوز بعد نصيب المقتولين.

وأما لو لم يصدّقه الباقون [٢] لم يمض اقراره إلا على نفسه فحسب، وقال الشرح:

أخطأت، فعلى المعترف بالتعمّد القصاص وعلى المعترف بالخطأ الدية، ولولّى الدم قتل المقرّين بالتعمّد ودفع ما يفضل عن ديه المرجوم على أولياء الشاهد المقتول بالقصاص، ويأخذ من المعترف بالخطأ مقدار ما عليه من الدية.

وإذا قال اثنان من شهود الزنا: تعمّدنا، واثنان آخرا: أخطأنا، واقتصّ ولّى المرجوم من المقرّين بالتعمّد، يدفع إلى أولياء كل من الشاهدين المقتولين بالقصاص ثلاثة أرباع ديته ويأخذ من المعترف بالخطأ كل منهما بربع الدية.

[٢] المراد أن يقول الباقون: نعم تعمّدنا في الشهاده.

[٣] المراد أن يقول الباقون: لا نرجع عن شهادتنا، ففي هذا الفرض يكون اقرار الشاهد الراجع عن شهادته نافذاً في حقه، لكونه إقراراً على نفسه فلولّى المرجوم القصاص منه مع ردّ فاضل ديته أو أخذ الدية منه بحسب نصيبه.

وذكر الشيخ قدس سره في النهايه ان اقتصّ منه ولّى المرجوم يدفع الباقون من شهود الزنا ثلاثة أرباع الدية إلى ورثه الشاهد المقتول قصاصاً.

ولعلّه قدس سره اعتمد فيما ذكر مع كونه على خلاف القاعده على روايه إبراهيم بن نعيم الأزدي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أربعة شهدوا على رجل بالزنا فلمّا قتل رجح أحدهم عن شهادته، قال: فقال: يقتل الراجع ويؤدى الثلاثة إلى أهله ثلاثة أرباع الدية» (١).

ص: ٥٨٢

الرجوع عن الشهادة على الزنا

فى النهاية: يقتل ويرد عليه الباقون ثلاثة أرباع الديه، ولا وجه له، ولو شهدا بالعتق فحكم ثم رجعا ضمنا القيمه [١] تعمداً أو خطأً، لأنهما أتلغاه بشهادتهما.

السادسه: إذا ثبت أنهم شهدوا بالزور نُقض الحكم [٢] وأستعيد المال، وإن

الشرح:

وفيه: مع عدم ثبوت توثيق لإبراهيم بن نعيم الأزدي يحمل على دعوى الثلاثة الختأ فى رجوعهم، كما يحمل قتل الراجع بصورة اقراره بالتعميد، بقرينه ما استفدنا من الروايات المتقدمه ان وجه الضمان اتلاف الشاهد، فإن كان مع التعمد يثبت القصاص وفى غيره الديه.

بقى أمر، وهو أنه إذا شهدوا بالزنا الموجب للجلد فجلد، فاتفق موته بالجلد، ثم رجع بعضهم وقال: تعمدت، تثبت الديه بمقدار شهادته، حيث إن الرجوع الموجب للقتل ما إذا شهدوا بموجه، وأما الشهاده بما لا يوجهه ويقع الموت معه اتفاقاً، فيبقى التعمد فيه فى الاتلاف خطأً.

[١] إذا شهدا بأن مولاة قد أعتقه، فحكم بحصول العتق، ثم رجعا عن شهادتهما لم يبطل الحكم، لما تقدم من أن الرجوع عن الشهاده بعد الحكم لا ينقض الحكم، وبما أن رجوعهما اعتراف باتلافهما العبد على مولاة ضمنا له قيمته، والقيمه فى القيميّات وقت الإلتلاف وهو حصول الحكم من الحاكم.

والقول بعود العبد إلى الرق فيردّ على مولاة، كما عن بعض العامه، بلا وجه، حتى فيما إذا اعترفا بالتعميد فإنّ الاتلاف الموجب للضمان لا يفرق فيه بين التعمد وغيره.

[٢] المراد بشهاده الزور الشهاده الباطله، وإذا علم الحاكم بطلان الشهاده المزبوره علماً وجدانياً ولو بالقرائن نقض حكمه، حيث تبين أنه لم يكن على موازين القضاء،

تعذر عُزْمُ الشهود، ولو كان قتلاً ثبت عليهم القصاص وكان حكمهم حكم الشهود إذا أقرّوا بالعمد، ولو باشر الولي القصاص واعترف بالتزوير لم يضمن الشهود وكان القصاص على الولي.

الشرح:

وإنه لم تكن أقوال الشهود بينه.

وهذا النقص نظير ما تقدم سابقاً من ظهور حال الشهود وإنهم كانوا عند أداء الشهادة فساقاً، وهذا غير قيام البينة بأنهم كانوا عند شهادتهم بشاهدي الزور، فإن هذه البينة مع الحكم لا تسمع.

كما أنّ هذه المسألة غير مسأله رجوع الشاهدين عن شهادتهم بعد الحكم، سواء قالوا: تعمدنا، أم قالوا: أخطأنا، فإنّ قبول رجوعهم كان من باب سماع الإقرار على أنفسهم.

وفى صحيحه جميل عن أبي عبدالله عليه السلام في شاهد الزور قال: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلّف من الرجل» (١)، وقريب منها صحيحته الأخرى. (٢)

ولو كان المشهود به قتلاً ثبت عليهم القصاص، ويدلّ عليه ما ورد في رجوع الشهود وأنهم إذا أقرّوا بالعمد قتلوا، حيث إنّ تبين كون شهادتهم زوراً لا يقصر عن مسأله اقرارهم.

نعم لو باشر الولي القصاص واعترف بالتزوير وعلمه بطلان شهادته الشهود يكون الضمان عليه ويقتص منه، لأنّه المباشر في القتل، ويدخل في الموارد التي يكون المباشر فيها أقوى في نسبة القتل إليه، كما ظاهر كلام الماتن في اثباته القصاص على الولي مع اعترافه بالتزوير.

الرجوع عن الشهادة على الطلاق

السابعة: إذا شهدا بالطلاق ثم رجعا، فإن كان بعد الدخول لم يضمنا [١]، وإن كان قبل الدخول ضمنا نصف المهر المسمى [٢]، لأنهما لا يضمنان إلا مادفعه

الشرح:

وقد يقال بأنه مع رجوع الشهود يكون الولي شريكاً في القتل ويثبت القصاص أو الدية على الجميع ويلزم على ذلك مع اعترافه وحده بالخطأ ان يكون عليه ربع الدية.

وبالجملة: الكلام في المقام، في أنّ القتل بعنوان القصاص أو الحدّ مستند إلى الولي المباشر خاصّه والشهود نظير الممسك للقاتل، أو أنّ استناده إليهم كاستناد القتل إلى متعدّد.

[١] والوجه في ذلك أنّهما لم يفوتا على الزوج شيئاً من مهرها، لاستقراره عليه بالدخول كما هو الفرض.

ربّما يخطر بالبال أنّهما اتلفا على زوجها بضعها فيما لم يكن المشهود به طلاقاً رجعيّاً، أو كانت شهادتهما بالطلاق الرجعي الذي انقضت في زمن أدائهما الشهادة عدتها، ولكن البضع لا يضمّن، ولذا لا تضمّن المرأة لزوجها بقتلها نفسها، وكذا لا يضمّن الغير لزوج المرأة بقتلها.

وذكر في كشف اللثام أنّه لو صحّ ضمان البضع لزم أن لا ينفذ طلاق الزوج المريض إلا من الثلث وإن لا ينفذ فيما كان للزوج دين محيط بتركته.

ولكن لا يخفى مافيه، فإنّه لو فرض بأنّ الطلاق اتلاف البضع و البضع يضمّن، فهو بالاضافه إلى زوجها لا بالاضافه إلى الورثه أو الديان، فلا مانع عن طلاق الزوج مع احاطه دينه تركته، وكذا في طلاق المريض.

نعم في طلاق المريض بالاضافه إلى إرث زوجته تفصيل مذکور في كتاب الطلاق ولا يرجع إلى مسأله تفويت البضع، هذا بالاضافه إلى الشهادة على الزوج المطلّق بطلاقه بعد دخوله.

[٢] وأما إذا كانت الشهادة بالطلاق قبل دخوله، فقد ذكر الماتن أنّ الشاهدين

الشرح:

برجوعهما بعد الحكم بالطلاق يضمنان للزوج نصف المهر، وهذا منسوب إلى المشهور، ولكن لا يمكن المساعدة عليه، بل الشاهدان كفرض الدخول لا يضمنان شيئاً، فإنهما لم يتلفا على زوجها نصف المهر، لاستقرار نصف المهر على الزوج بمجرد العقد يعنى النكاح، وإنما الطلاق يوجب سقوط النصف الآخر عن ذمه الزوج أو خروجه عن ملك المرأة.

نعم، في المقام فروض أخرى:

منها: ما إذا شهد الشاهدان بطلاق امرأه زوراً فاعتدت المرأة و تزوجت زوجاً آخر استناداً إلى شهادتهما وكان الزوج غائباً فجاء وأنكر الطلاق، فيفترق بين المرأة ومن تزوجت نفسها منه أخيراً، وتعتد منه عدّه وطأ الشبهه، ويضمن الشاهدان الصداق للزوج الأخير ويضربان حدّ شهاده الزور، وقد ورد في موثقه سماعه و غيرها: أنّ شهود الزور يجلدون حدّاً ليس فيه وقت أى عدد معين (١)، ويعتبر عنه بالتعزير ويلزم على ذلك حرمتها للأخير مؤبداً.

ويشهد لما ذكر صحيحه ابراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهدين شهدا على امرأه بأن زوجها طلقها، فتزوجت، ثم جاء زوجها فأنكر الطلاق قال: «يضربان الحد و يضمنان الصداق للزوج، ثم تعتد، ثم ترجع إلى زوجها الأول». (٢) وظاهر الحد حدّ شهاده الزور.

وبالجملة: فذكر الحدّ في الصحيحه قرينه جليته على وقوع الطلاق بشهاده الزور أو اعتراف الشاهدين بأنهما قد شهدا بالطلاق زوراً في كلتا صورتين.

ص: ٥٨٦

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١٥ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و٢: ٢٤٤.

٢- (٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٣ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٤١.

الشرح:

ومنها: ما إذا فرض أنّهما شهدا على الزوج الغائب بأنّه طلقها وتزوجت بعد عدّتها بآخر، ثمّ جاء الزوج فأنكر الطلاق وكذب أحد الشاهدين نفسه، وفي هذا الفرض أيضاً يحكم ببطلان الزواج الثانى وضمان الشاهد الذى كذب نفسه المهر.

ويشهد لذلك صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: «فى رجلين شهدا على رجل غائب عن امرأته أنّه طلقها، فاعتدّت المرأة وتزوجت، ثمّ إنّ الزوج الغائب قدم، فزعم أنّه لم يطلقها وأكذب نفسه أحد الشاهدين، فقال: لا سبيل للأخير عليها ويؤخذ الصداق من الذى شهد ورجع، فيردّ على الأخير ويفترق بينهما وتعدّد من الأخير ولا يقر بها الأوّل حتى تنقضى عدّتها» (١).

وما قيل من أنّ الدخول من الثانى يوجب المهر عليه، فلا معنى لضمان الشاهدين الراجعين أو الشاهد الذى كذب نفسه، لا يخرج عن الاجتهاد فى مقابل النص، وقد ثبت الضمان على الغير فى بعض الموارد كمورد التدليس.

نعم، قد يقال أنّ الحكم ممّا لا ينبغى التأمّل فيه فى مورد شهاده الزور، وأمّا عمومه فيما إذا رجع الشاهدان عن شهادتهما وقالوا: تعدّدنا، أو قال أحدهما: تعدّدت، فهذا لا يوجب بطلان الشهاده الأولى وعدم ثبوت الطلاق، خصوصاً فيما كان الراجع أحدهما، كما هو مورد صحيحه محمد بن مسلم.

ولكن لا يمكن المساعده عليه، فإنّه لا مانع من الالتزام بأنّ الحكم فى صوره الشهاده على الغائب بطلاق زوجته كذلك، بلا فرق بين ظهور شهاده الزور فى الشهاده بالطلاق أو اعتراف الشاهدين أو أحدهما بأنّه كان زوراً، وحتى مع حكم الحاكم بوقوع الطلاق اعتماداً على الشهاده المزبوره.

ص: ٥٨٧

الشرح:

ولا يجرى هذا فيما إذا كان شهادتهما مع حضور الزوج أو مع غيابه، ولكن كان رجوع الشاهدين أو أحدهما بدعوى الخطأ والتشكيك في تلك الشهادة، مع حكم الحاكم بوقوع الطلاق قبل رجوعهما أو رجوع أحدهما.

اللهم إلا أن يقال: إنه لم يفرض في الصحيحين حكم الحاكم بوقوع الطلاق و رفع اليد عن نفوذه في صورته اعترافهما بالتعمد في شهادتهما كذباً، فضلاً عن اعتراف أحدهما بلا موجب، وهذا غير بعيد، والله العالم.

ومنها: ما إذا شهد الشاهدان بموت زوجها فاعتدت ثم تزوجت فجاءها زوجها، وفي هذه الصورة يحكم ببطان الزواج الثاني بل حرمتها عليه مؤبداً.

وفي صحيحه أبي بصير في امرأه شهد عندها شاهدان بأن زوجها مات، فتزوجت، ثم جاء زوجها الأول قال: «لها المهر بما استحل من فرجها الأخير، ويضرب الشاهدان الحد، ويضمنان المهر لها بما غزا الرجل، ثم تعتد، وترجع إلى زوجها الأول» (١).

ولا يفرق في هذه الصورة حكم الحاكم وعدمه لبطان الحكم بظهور حياه الزوج، وضرب الحد قرينه واضح على أنها ناظره إلى صورته وقوع الشهاده زوراً وعمداً، فلا يستظهر الضمان في صورته دعوى الاشتباه والخطأ، خصوصاً بملاحظته التعبير فيها عن الضمان بما غزا الرجل، وأن يقال إن هذا التعبير في نسخه.

ص: ٥٨٨

فروع:

الأول: إذا رجعا معاً ضمنا بالسويه، وان رجع أحدهما ضمن النصف [١]، ولو ثبت

الشرح:

[١] الوجه فى ذلك، أنه يستفاد ممّا ورد فى شاهد الزور أنّ شهادته تسبب فى اتلاف المال بحسب شهادته، و تقدم أيضاً عدم الفرق فى التسبب للاتلاف بين شهادة الزور وبين الرجوع بعد الحكم، وذكرنا أنه يمكن استفادة الضمان بالرجوع بعد الحكم من معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام أنّ النبى صلى الله عليه وآله قال: «من شهد عندنا ثمّ غير أخذناه بالأول وطرحنا الأخير» (١)، حيث إنّ ظاهر أخذ الشاهد بالشهادة الأولى مع تغييره إياها بعد الحكم تضمينه.

وعلى ذلك، فلو كان الثابت بشهادة رجلين ورجعا فعلى كلّ واحد النصف، وإن رجع أحدهما دون الآخر فعلى الراجع النصف دون الزائد، ولو كان بشهادة رجل وامرأتين ورجع الرجل فعليه النصف وإن رجعت إحداهما فعليها الربع.

وهذا كلّ فيما إذا ثبت المال بالشهادة، وأمّا إذا ثبت بشهادة رجل ويمين المدعى، أو بشهادة امرأتين مع يمينه، فقد يقال فى الفرض الأول: إن رجع الرجل فعليه النصف، وفى الفرض الثانى: إن رجعت المرأتان فعليهما النصف، وإن رجعت إحداهما فعليها الربع، لأنّ ثبوت المال واتلافه مستند إلى حلف المدعى وشهادة الرجل، أو إلى حلفه وشهادة المرأتين التى تقوم شهادتهما مقام شهادة رجل.

وقد يقال بعدم التقسيط على الحلف، بل يكون تمام الضمان على الرجل فى الأول وعلى المرأتين فى الثانى، حيث إنّ المال يثبت بشهادته أو شهادتهما ويمين المدعى شرط فى قبول شهادته أو فى قبول شهادتهما.

ولكن ظاهر ما ورد فى ثبوت الدعوى بشاهد ويمين كون ثبوتها بهما معاً، وعليه

ص: ٥٨٩

بشاهد وامرأتين فرجعوا، ضمن الرجل النصف وضمنت كل واحده الربع، ولو كان عشر نسوه مع شاهد، فرجع الرجل ضمن السدس [١]، وفيه تردّد.

الشرح:

فإن رجع الشاهد يكون عليه النصف.

وأما إذا رجع المدعى في حلفه فهو اعتراف منه بعدم استحقاقه المال ولو بحسب الظاهر يعنى الحكم الظاهري فيضمن المال، بل عليه ردّ العين إلى المدعى عليه أخذاً باقراره، ولا أثر لرجوع الشاهد في الفرض كما لا يخفى، لأنّ مع اعتراف المدعى بعدم استحقاقه المال لا تكون شهادته اتلافاً رجوع أم لا، ولذا يقال: كل مقام يرجع المدعى فيه يختصّ بضمان ما استوفاه ولاغرم على الشاهد.

[١] ضمان السدس مبنى على الالتزام بأمرين:

الأول: أنّ شهادته كل امرأتين تساوى شهادته رجل واحد فيما يقبل شهادته النساء منضمّه إلى الرجل وكنّ النساء أزيد من العدد المعتبر في قبول شهادتهن مع الرجل، وفي مقابل ذلك من يلتزم بأنّ شهادته مجموع النساء حتى مع كونهن أزيد من العدد المعتبر تساوى شهادته رجل واحد.

الثاني: أن يلتزم مع كون الشهادته أزيد من العدد اللازم في ثبوت المشهود به، بأنّ الغرم يقسّط على الجميع بحساب شهادتهم، لأنّ الحكم يثبت بشهادته الجميع، وفي مقابل ذلك القول بأنّه لا يثبت الغرم على الراجع فيما لم تكن شهادته معتبراً في ثبوت المشهود به، فلعدم دخاله شهادته في ثبوته لا يغرم مع رجوعه.

وإذا بنى على ما ذكر من الأمرين، يلزم فيما شهد رجل مع عشره نسوه إن يثبت على الرجل مع رجوعه غرم سدس المشهود به، وإن يثبت على كلّ امرأه ترجع في شهادتها بعد الحكم غرم نصف سدس المشهود به، وبما أنّ الأمرين كل منهما مورد المناقشه كما نذكر في الفرع الثاني تردّد في الغرم بالسدس.

ص: ٥٩٠

الثانى: لو كان الشهود ثلاثة، ضمن كل واحد منهم الثلث، ولو رجع واحد منفرداً، وربما خَطرَ أنّه لا يضمن لأنّ فى الباقين ثبوت الحق [١]، ولا يضمن الشاهد ما يحكم به الشرح:

[١] قد يقال كما عن الشيخ وجماعه أنّ الشهادة إذا كانت بأكثر ممّا يعتبر فى ثبوت المشهود به، فعلى الراجع بعد الحكم الغرم بحسب شهادته فى الواقعه، فلو كان ثبوت المال بشهادة ثلاثة رجال فرجع أحدهم بعد الحكم فيضمن ثلث المال، ويستدلّ على ذلك بوجهين:

الأول: إنّ الشهادة الزائدة وإن لم تكن معتبره فى الحكم بثبوت المشهود به إلا أنّ الحكم بثبوته فعلاً مستند إلى شهادة الجميع، وعليه فمن رجع فعليه الغرم بحسب شهادته.

وفيه: أنّ الحكم وإن صدر بعد شهادة الجميع، إلا أنّ شهادة الزائدة غير دخيله فى ثبوته، فالراجع عن شهادته مع كون شهادته زائده على النصاب لم يتلف على المشهود عليه شيئاً.

الثانى: الاستدلال بصحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام فى شاهد الزور ماتوبته؟ قال: «يؤدى من المال الذى شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله، إن كان النصف أو الثلث إن كان شهد هذا وآخر معه» (١)، حيث قيل: ولو لم يكن التقسيط بحسب شهادة الشهود أجمع لم يكن فى البين التقسيط بالثلث، فإنّه لا يعتبر فى ثبوت المال شهادة ثلاثة رجال.

وفيه: أنّه لا دلالة للصحيحه على التقسيط، فإنّ موردها شهادة الزور، وفى مورد شهادة الزور يكون اتلاف المال على المشهود عليه مع عدم بقائه مستنداً إلى شهادة الإثنين، وبما أنّه لا يتعين للاثنين يقسّم الغرم على الجميع، ونظيره ما إذا رجع

ص: ٥٩١

١- (١) الوسائل: ١٨، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٣٩.

بشهاده غيره للمشهود له، والأوّل اختيار الشيخ رحمه الله ، وكذا لو شهد رجل وعشر نسوه فرجع ثمان منهن، قيل: كان على كلّ واحد نصف السدس لاشتراكهم فى نقل المال، والإشكال فيه كما فى الأوّل [١].

الشرح:

الشهود الثلاثة عن شهادتهم بعد الحكم، فإنّ الغرم على الإثنيين منهم، ولكن بما أنّه لامعّين للاثنيين يقسّط الغرم على الجميع. ويترتب على ذلك أنّه لو رجع اثنان منهم بعد الحكم فيغرم الراجعان نصف المال، لأنّ شهاده رجلين هو الموجب للحكم وأحدهما لم يرجع ورجع الآخر، وبما أنّه لامعّين لذلك الآخر فيغرم النصف المزبور.

ولكن يمكن أن يجاب عن المناقشه فى دلاله الصحيحه، بأنّه لو كان ضمان الثلث من هذه الجبهه لكان على الإمام عليه السلام أن يحكم بضممان شاهدى الزور اللذين شهدا أولاً، لا الحكم بضممان الثلث مطلقاً حتى فى صوره العلم، بأنّ أى من الشهود شهد أخيراً، وعليه يقوى الحكم بالتقسيت بحسب شهاده الشهود. وبهذا يظهر الحال فى باقى الفروض.

وبالجملة: تحديد البينه بشاهدى العدل إنّما هو بالاضافه إلى الأقل، نظير تحديد أقلّ الجمع بثلاثه والزائد على شاهدى العدل مع وجوده يدخل فى البينه، كما يدلّ على ذلك ما ورد فى تعارض البينتين فى بعض الموارد من تقديم بينه يكثر أفرادها على البينه الأخرى.

[١] قد تقدم أنّ فى ضمان الرجل السدس وفى ضمان كل امرأه نصف السدس اشكالا آخر غير اشكال التقسيت، وهو بما أنّه يعتبر فى سماع شهادتهن انضمام الرجل فيثبت بشهاده الرجل نصف المال ويقسّط نصفه الآخر على شهادتهن بناءً على التقسيت، فيكون على كلّ امرأه ترجع عن شهادتها نصف عشر المال.

ص: ٥٩٢

الثالث: لو حكم، فقامت البيّنه بالجرح مطلقاً، لم ينقض الحكم [١]، لاحتمال التجدد بعد الحكم، ولو تعيّن الوقت و هو متقدّم على الشهاده نقض، ولو كان بعد الشهاده وقبل الحكم لم ينقض.

الشرح:

وبالجملة: فلم تنزل شهادة الرجل منزل شهادة المرأتين فما زاد ليكون عليه سدس المال، بل المرأتين فما زاد نزلت شهادتهما منزله شهادة رجل واحد.

[١] مراده قدس سره إذا قامت بينه بفسق الشاهدين اللذين صدر الحكم بشهادتهما وكانت البيّنه القائمه بعد الحكم مطلقه، يعنى لم يعين أنّهما كانا فاسقين عند شهادتهما لم ينقض الحكم، لإحتمال حدوث فسقهما بعد الحكم، فلم يظهر الخلل فى ميزان الحكم الصادر.

وكذا الحال فيما عيّنا فسقهما بعد اداء شهادتهما وقبل الحكم، لما تقدم من أنّ طريان الفسق على الشاهد بعد اداء شهادته لا يضرّ بالحكم، حيث إنّ المعبر عداله الشاهد عند اداء شهادته.

نعم، إذا شهدت البيّنه بفسقهما حال اداء شهادتهما أو فسق أحدهما فى تلك الحال نقض الحكم، لقيام البيّنه بأنّ الحكم لم يكن بميزان القضاء.

ودعوى أنّ الميزان فى القضاء عداله شاهدى البيّنه عند اداء الشهاده واقعاً أو ظاهراً ولا يعتبر خصوص العدل الواقعى، فلا يكون قيام البيّنه بفسقهما حال ادائهما الشهاده مضراً بصحّ الحكم الصادر لا يمكن المساعده عليها، فإنّ الاكتفاء بالعدل الظاهرى نظير الاكتفاء باحراز الشرط بالحكم الظاهرى فى سائر الموارد، ولا يسقط فى تلك الموارد واقع الشىء عن الشرطيه كما هو الحال فى المقام أيضاً، فإنّه مقتضى الخطابات الوارده فى عدم قبول شهاده الفاسق وشارب الخمر أو غيره.

ودعوى أنّ الظفر بالبيّنه بعد الحكم لا يوجب نقض الحكم، فكيف يكون الظفر

وإذا نقض الحكم فإن كان قتلاً- أو جرحاً فلا قود [١]، والديه في بيت المال، ولو كان المباشر للقصاص هو الولي، ففي ضمانه تردّد، والأشبه أنه لا يضمن، مع حكم الحاكم وإذنه، ولو قتل بعد الحكم وقبل الإذن ضمن لديه.

الشرح:

بالبينه الجارحه موجباً له لا يمكن المساعدة عليها، فإنّ البينه التيلافيد الظفر بها بعد الحكم هي بينه المدعى بدعواه، فإنّه إذا لم يقم البينه وطالب الخصم باليمين وحلف على نفى دعواه فلا- يفيده الظفر بها بعد الحكم، كما تقدم في بحث القضاء، وتقدم أيضاً عدم جواز نقضه فيما إذا تبدل رأى القاضى واجتهاده، فإنّه لا يجوز له ولا لقاضٍ آخر نقض الحكم الصادر من قبل.

[١] ثمّ إنّه إذا نقض الحكم عند تبين فسق الشهود أو قيام البينه الجارحه وقد استوفى الحكم، فإن كان الاستيفاء بالقتل والجرح والقطع، سواء كان بعنوان الحد أم القصاص، فلا قصاص سواء كان المستوفى هو الحاكم أم غيره، وسواء كان الغير ممّن وكله الحاكم أم الولي أو من وكله الولي، حيث إنّ القصاص والقود يثبت على من جنى عمداً وظلماً، والمفروض عدم تحقق ذلك.

نعم، إذا كان القطع أو القتل في الحد يثبت لديه على بيت المال، وكذلك القصاص فيما إذا كان بأمر الحاكم واذنه كما إذا كان وليّ الدم أو المجنى عليه قاصراً، وذلك فإنّ بيت المال معدّ لمصالح المسلمين والدنيه في المقام منها، حيث لا يمكن أن يقال بضمان الحاكم أو من وكله، فإنّ ذلك ينجّر إلى سدّ اجراء الحدّ وترك الحكم بالشهادة أو استيفاء الحقوق.

مضافاً إلى ما ورد في روايه الأصبغ بن نباته قال: قال: أمير المؤمنين عليه السلام: «إن ما أخطأت القضاء في دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين» (١). ونحوها ما رواه

ص: ٥٩٤

أمّا لو كان مالاً فإنّه يُستعاد إن كانت العين باقيه، وإن كانت تالفه فعلى المشهود له، لأنّه ضمن بالقبض بخلاف القصاص، ولو كان معسراً، قال الشيخ: ضمن الإمام ويرجع به على المحكوم له إذا أيسر، وفيه إشكال من حيث استقرار الضمان على المحكوم له، بتلف المال في يده، فلاوجه لضمان الحاكم.

الشرح:

الكلينى فى الموثق عن أبى مريم عن أبى جعفر عليه السلام قال «قضى أمير المؤمنين ان ما اخطأت به القضاة فى دم او قطع فعلى بيت مال المسلمين».(١)

وأما إذا كان قصاصاً استوفاه الولي، فعن الماتن قدس سره إن كان استيفاء الولي باذن الحاكم فعلى بيت المال وإلا كان في ماله. ولكن الأظهر عدم الفرق بين إذن الحاكم وعدمه، حيث وظيفه الحاكم الحكم بثبوت القصاص للولي واستيفاءه أو العفو عنه أو المصالحة بالديه، فهذا كله للولي، وإذا اختار القصاص وانكشف الخطأ فلا موجب لضمان غيره، بل ما دل على أنّ على الجاني خطأ الديه يعم الولي.

وبالجملة: إذن الحاكم فى الاستيفاء غير شرط فى القصاص وأمره موكول إلى الولي، فلا- موجب لضمان الحاكم و لو بمعنى اعطاء الديه من بيت المال.

لايقال: عموم ما دلّ على ما أخطأت القضاة فى دم أو قطع فعلى بيت مال المسلمين يشمل صورته استيفاء الولي أو وكيله.

فإنّه يقال: مع أنّه يمكن أن يقال: إنّ ذكر القطع وعدم ذكر الجرح قرينه على اختصاصه بالحد، إنّ الروايتين لضعف سندهما تأييد لما ذكرناه.

من القرينه على عدم ضمان الحاكم أو وكيله والمقدار المتيقن من ضمان بيت المال ما ذكرناه ومما ذكرنا يظهر عدم المجال لدعوى انجبار ضعفهما بعمل الأصحاب،

ص: ٥٩٥

الأولى: إذا شهد اثنان أنّ الميت أعتق أحد مماليكه وقيمتُه الثلث، وشهد آخران أو الورثة أنّ العتق لغيره وقيمته الثلث، فإن قلنا: المنجزات من الأصل، عتقا [١]، وان قلنا: تخرج من الثلث، فقد أعتق أحدهما، فإن عرفنا السابق صحّ عتقه، وبطل الآخر، وان جهل استخرج بالقرعه، ولو اتفق عتقهما في حاله واحده، قال الشيخ: يقرع بينهما ويعتق المقروع، ولو اختلفت قيمتهما، اعتق المقروع، فإن كان بقدر الثلث صحّ وبطل الآخر، وإن كان أزيد صحّ العتق منه في القدر الذى يحتمله الثلث، وان نقص أكملنا الثلث من الآخر.

الشرح:

والوجه في عدم المجال أنّ عملهم لعله كان بتلك القرينه.

وأما لو كان المشهود به مالا فمع بقاءه تستعاد العين ومع تلفه في يد المشهود له يكون عليه ضمانه حيث تلف مال الغير بيده.

نعم، لو جرت يد القاضى أو وكيله على المال فلا يبعد جواز رجوع المشهود عليه على القاضى، ويكون ضمانه على بيت المال وبعد ادائه يرجع إلى من تلف المال بيده لاستقرار الضمان عليه، على ما ذكر في قاعده تعاقب الأيدى على مال الغير، فإنّ الضمان وإن كان على كل من جرت يده على العين إلا أنّ استقراره على من تلفت في يده.

[١] هذا فيما إذا احتمل عتق كل منهما، ومع العلم بأنّه لم يعتق إلا أحدهما فيقرع في المعتق، كما يستفاد ذلك من بعض ما ورد في اختلاف البيهقيين وما إذا تردّد المعتق بين المتعدّد.

وكذلك الحال فيما لو قيل بأنّ منجزات المريض من الثلث فإنّه بناءً عليه يرجع في تعيين المعتق إلى القرعه، مع عدم احراز تقدم عتق أحدهما، وإلا صحّ عتقه وبطل عتق الآخر، ولو اعتقهما معاً فلا يبعد الحكم بصحة العتق في بعض كل منهما بحساب ثلثه ثلث المولى المعتق.

الثانية: إذا شهد شاهدان بالوصية لزيد، وشهد من ورثته عدلان أنه رجح عن ذلك وأوصى لخالده، قال الشيخ: يقبل شهادته الرجوع [١]، لأنهما لا يجزان نفعاً، وفيه إشكال، من حيث إن المال يؤخذ من يدهما، فهما غريما المدعى.

الثالثة: إذا شهد شاهدان لزيد بالوصية، وشهد شاهد بالرجوع وأنه أوصى لعمر و كان لعمر و أن يحلف مع شاهده [٢]، لأنها شهادته منفردة لا تعارض الأولى.

الشرح:

[١] لو كان الموصى به عيناً في يد غير الوارث فشهادته الورثة برجوع الموصى عن وصيته و وصيته تلك العين لخالده مسموعه كشهادته غيرهم، ولا- تكون الورثة في الفرض، المدعى عليه بالاضافة إلى العين الموصى بها، لعدم كونها بيدهم حتى يجب عليهم دفعها إلى الموصى له، بل التكليف يتوجه إلى الوصى ومن بيده العين.

نعم، إذا كانت العين بيدهم فهم المدعى عليهم بالاضافة إلى دعوى زيد، فشهادتهم برجوع الموصى عن وصيته العين له لا تسمع. وكذا الحال فيما إذا كان الموصى به مشاعاً في التركة التي بيد الورثة كلاً و بعضاً، وقد تقدم اعتبار الشاهد في ثبوت الدعوى وكونه من غير أطراف المخاصمه.

[٢] إذا شهد اثنان بأن الموصى أوصى العين لزيد وشهد عدل آخر أنه قد رجح عن تلك الوصية وأوصاها ثانياً لعمر و، يجوز لعمر و أن يحلف مع ذلك الشاهد العدل على أنه رجح عن وصيته وأوصى العين له.

وما ذكرنا سابقاً من أن الشاهد العادل وحلف المدعى لا يفيد شيئاً في مقابل البينة لا يجري في المقام، فإن ما ذكرناه يختص بصوره تعارض البينة مع شاهد عدل ويمين المدعى، وفي المقام لا تعارض بينهما، حيث إن ما شهدت به البينة لزيد وصيه العين له، وهذا لا ينافي رجوع الموصى عن تلك الوصية و وصيته العين لآخر، كما يشهد به الشاهد الآخر.

في تحالف البينتين لمن اوصى

ص: ٥٩٧

الرابعة: لو أوصى بوصيتين منفردتين، فشهد آخران أنه رجع عن إحداهما، قال الشيخ: لا يقبل [١] لعدم التعيين، فهي كما لو شهد بدار لزيد أو لعمر.

الشرح:

وبما أن دعوى المال تسمع وتثبت بشهادة عدل مع يمين المدعى، فإن حلف عمرو يحكم بأن العين له حيث يثبت الرجوع، وإلا يحكم ببقاء الوصية الأولى وإن العين لزيد ولكن قد تقدم في بحث القضاء إن مثل هذا الحكم حكم ظاهري لا قضاءً.

[١] الظاهر أن الشيخ قدس سره يعتبر في سماع البينة تعيين المشهود به، فالمشهود به بلا- تعيين لا- يثبت بالبينة كما لا تسمع الدعوى بلا تعيين المدعى عليه، بأن يدعى أنه إما يطالب زيدا بكذا أو عمرواً، أو يقول إنه يطالب زيدا بالدار الفلاني أو بالمال على عهده.

وبتعبير آخر لا تسمع البينة مع عدم تعيين المشهود عليه ولا مع عدم تعيين المشهود به.

وقد يقال: إنه لا يعتبر التعيين، غاية الأمر يرجع في تعيين المشهود به إلى القرعة، أخذاً بما دلّ اعتبارها في إخراج الحق والمحق، واحتمل الرجوع إلى القسمة بأن يؤخذ من كل من الوصيتين بنصفها.

أقول: إن كان المراد تعيين الوصية المرجوع فيها في مقام القضاء لا يكون بالبينة المزبوره، كما إذا ادعى الورثة على الوصي أو الموصى له، بأن الموصى قد رجع في الوصية الفلانية، ولكن شهدت بئتهم برجوعه في إحدى الوصيتين من غير تعيين لما يدعيها الورثة، فلا يثبت بها دعوى الورثة ولا بالقرعة المنضمه إليها، لأن الدعوى تثبت بالبينة والمفروض أنها لم تقم بها والقرعة لا تثبت الدعوى فهو صحيح.

وإن كان المراد أن البينة المزبوره غير معتبره في مقام تعيين الوظيفة على الوصي أو الورثة، فهو غير صحيح، لأنه بعد ثبوت رجوع الموصى عن إحدى الوصيتين يؤخذ

الخامسة: إذا ادعى العبد العتق [١] وأقام بينه تفتقر إلى البحث ولو سأل التفريق حتى تثبت التزكية، قال في المبسوط: يفرّق، وكذا قال لو أقام مدعى المال شاهداً واحداً، وادّعى أنه له آخر، وسأل حبس الغريم، لأنه متمكّن من اثبات حقه باليمين، وفي الكل إشكال، لأنه تعجيل العقوبة قبل ثبوت الدعوى.

الشرح:

بالقرعة في تعيينهما، كما إذا صرح الموصى برجوعه عن إحداهما من غير تعيين منه عند رجوعه، أخذاً بالاطلاق الوارد في بعض رواياتها كما تقدم سابقاً.

وأما الرجوع إلى القسمة فلا دليل عليه في المقام بدعوى قاعده العدل والانصاف، حتى فيما إذا تردّد الموصى له بين شخصين، فإنّ تلك القاعده لم تثبت بعنوان القاعده، نعم ورد القسمة في بعض صغريات كلف الوديعة ونحوها، والتقسيم في مورد الوصية فيما إذا كانت الوصايا متعددة وقصر الثلث عن الوفاء بها في غير الموارد التي تثبت فيها تقديم بعضها.

[١] المراد أنه إذا ادعى العبد عتقه وأقام شاهدان على دعواه بحيث يحتاج الحكم بعتقه بشهادتهما إلى تزكيتهما وسأل العبد القاضى أن يفرّق بينه وبين مولاه حتى تثبت تزكيه شاهديه.

قال الشيخ قدّس سرّه يفرّق، وذكر في المسالك في وجه وجوب الإجابة بأنّ العبد قد عمل بما هو وظيفته والتزكيه تكليف الحاكم، لأنّ الأصل العدالة حتى يثبت الجرح، ولأنّ مدعى العتق ربّما تكون أمه فعدم التفريق بينها وبين مولاهما ضرر عليها، لأنّ المولى ربّما يقدّم إلى مواقعتها أو إلى غيرها.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ اعتبار الشهاده يحتاج إلى تزكيه الشاهدين ولم تثبت وأنّ الأصل العدالة لا أساس له.

وبالجمله: سؤال التفريق في الفرع كسؤال الحبس في الفرع الثانى، وهو ما إذا أقام

الشرح:

المدعى شاهداً على دعوى المال على الغير وادعى أنه له شاهداً آخر وسأل الحاكم حبس غريمه، فإنه قيل بوجوب الإجابة على الحاكم، لأن المدعى يتمكن على إثبات دعواه بضم يمينه إلى شاهده، ولكن القول المزبور غير صحيح، لأنه من العقوبة قبل ثبوت الدعوى.

نعم، يجوز في بعض الموارد لبعض الخصوصيات حبس الغريم، وهذا أمر آخر وبعنوان آخر كما تقدم في بحث القضاء ثم إنه قد ألحق بالمسائل المتقدمة مسائل أخرى.

وذكر في السادسة منها:

إن المصرح به في كلام العلامة وبعض آخر عدم الفرق في الضمان بين شهود الدعوى وشهود التزكية، فلو زكى اثنان شهود الزنا وكان تزكيتهما بنحو التعمد بالكذب، وعلم ذلك بعد قتل المشهود عليه بالزنا يكون الضمان على المزكيين، نعم لا يقتص منهما بل يؤخذ منهما الديه لأن الثابت من القصاص عن الشاهد ما إذا ظهر كذب الشاهد بالزنا أو اعترافه بالكذب في شهادته به.

وبالجملة: القصاص في مورد كذب الشاهد في شهادته بموجب القتل أو اعترافه بالتعمد في شهادته به من غير علم، وهذا لا يجرى في شهادى التزكية لاحتمالهما صدق شهود الزنا وإنما كذبا في شهادتهما بتزكية الشهود والحكم بضمائهما الديه لبعض ما ورد في ضمان الديه من أنه لا يذهب دم المسلم هدرًا، ولو فرض في مورد علمهما بكذب شهود الزنا في شهادتهم على المشهود عليه فلا يبعد ثبوت القصاص في شهادتهما بتزكية شهود الزنا كذباً لاستناد القتل إلى تعمدتهما في شهادتهما بالتزكية زوراً.

الشرح:

ثم هل يؤخذ من المزكّين مع ظهور كذبهما في التزكية أو رجوعهما عن شهادتهما تمام الدية أو نصفها، فقد يقال يأخذ النصف لأنّ القتل يستند إلى شهود الزنا وشاهدى التزكية فشهادتهما معاً كشهادة رجل واحد فيما يكون ثبوته بشهادة رجلين.

أقول: مقتضى ما ذكره فيما ثبت بشهادة رجل وعشره نسوه من التقييط المتقدم أن يكون الدية الثابت على المزكّين ثلثاً لا نصفاً، لأنّ قتل المشهود عليه لشهادته ستة أربعه بالزنا واثنان بعدالتهم، اللهم إلا أن يقال باختلاف المشهود به في المقام دون ما تقدم.

وكيف ما كان فلو لم يظهر كذب شهود التزكية في شهادتهم بتزكية الشهود ولم يرجع واحد منهم عن شهادته بالتزكية بل ظهر فسق شاهدى التزكية فالضمان على بيت المال كما تقدم في فرض ظهور فسق شهود الواقعة.

المسألة السابعة:

لو شهد أربعة بالزنا واثنان بالإحصان فرجم ثم رجع شهود الإحصان اقتصّ منهما إن اعترفا بالتعمّد وإن قالوا أخطأنا تؤخذ منهم الدية على نحو التقييط الآتى، وإن اقتصّ منهما يردّ على وليّهما بقدر نصيب شهود الزنا من الدية كما أنه لو رجع شهود الزنا، فإن قالوا: تعمدنا، اقتصّ منهم ويردّ على وليّهم بقدر ما على شاهدى الإحصان على تقدير رجوعهما وقولهما: أخطأنا.

ولو رجع الجميع يكون الضمان على الجميع قصاصاً أو دية لا اشتراكهم في التسبب إلى القتل على قرار ما تقدم في شاهدى التزكية من التسبب، فيحتمل أن يكون الضمان فيما لو قالوا أخطأنا على الكلّ بالسوية، كما يحتمل أن يكون الضمان على شاهدى الإحصان بالنصف وعلى شهود الزنا بالنصف الآخر.

الشرح:

وعلى ذلك فلو كان اثنان من شهود الزنا شاهدي الإحصان فرجع كلهم يكون الضمان على شهود الاحصان بثلاثة أرباع الديه، على القول بالنصف ربعان لشهادتهما بالاحصان والربع لشهادتهما بالزنا مع رجوعهما عن شهادتهما بالاحصان والزنا كما هو الفرض، ويكون على الشاهدين الآخرين ربع الديه، وعلى القول بالتسويه يكون على شاهدي الرجوع ثلثا الديه وعلى الآخرين من شهود الزنا ثلثها الباقي لأن القتل كأنه وقع بفعل ستة أشخاص.

ويحتمل أن يكون لكل من الشهود الأربعة ربع الديه، لأن الجنايه من شهود الإحصان وإن تعدد إلا أن الديه لا تقسّط على الجنايه بل على الرؤوس، كما إذا قتلا شخصاً أحدهما ضربه ضربتين والآخر ضربه واحده فمات بسبب الضربات الثلاث.

المسأله الثامنه:

إذا رجع المعرفان عن الشهاده بعد حكم الحاكم، كما إذا شهد أعميان عند الحاكم بأن زيد بن خالد اقترض من عمرو كذا، وشهد المعرفان بأن زيد بن خالد المدعى عليه هو الذى أحضره المدعى، ثم رجعا عن شهادتهما وقالا: شككنا فى المشهود عليه فى شهاده الأعميين هل هو هذا أو غيره، غرما المال المأخوذ من المدعى عليه الحاضر، فهل يضمنان نصفه أو تمامه.

ووجه ضمان النصف أن المال المأخوذ من الحاضر بشهاده الشاهدين والمعرفين معاً، ومقتضى ذلك ضمان المعرفين النصف والأصل براهه ذمتهما عن ضمان النصف الآخر، ولا يعارض لأصالة براهه ذمه الأعميين لأنهما لم يرجعا عن شهادتهما، ووجه ضمان الكل أن الموجب لتمام شهاده كل من الأعميين وصيرورتها شهاده على الحاضر حصل بالمعرفين، فيستند الاتلاف على الحاضر إليهما

الشرح:

لا إلى الشاهدين بالدين.

ولا يخفى أنّ الصحيح هو الثاني، فيما إذا اعترف المعرف الراجع بصحة شهادة الشاهدين، ومع عدمه يكون عليه غرم ربع المال ولذا لو رجع المعرفان والشاهدان يتعين القول بالتقسيط على الجميع.

المسألة التاسعة:

إذا ثبت الحكم بشهادة شاهدي الفرع على كل من شاهدي الأصل ثم رجعا عن شهادتهما، فيضمن الفرع برجوعهما في شهادتهما، فيضمن الفرع برجوعهما في شهادتهما، وإذا حضر شاهدا الأصل ولم يكذبا شاهدي الفرع في رجوعهما فالضمان على الفرع بلا كلام، وأمّا إذا كذباهما في رجوعهما بأن قالوا: شهادة شاهدي الفرع كانت صحيحة، فقد يقال: إنّ رجوعهما كالعدم في عدم كونه موجبا لضمانيهما، فإنّ تكذيب الأصل شهادة بأن شاهدي الفرع لم يتلغا على المشهود عليه مالا.

وفيه: أنّ البينة لا تعتبر مع الإقرار فالراجع معترف بأنّه بشهادته أترف المال على المشهود عليه فيؤخذ به ما لم يعلم وجدانا خلافة ومع البينة، خصوصا مع عدم اعتبارها لا يعلم الخلاف كما هو الحال في كل بينة ينفيا اقرار المقر.

وكيف ما كان، فلو شهد كل من شاهدي الفرع بشهادة كل من الأصل، ثم رجعا ضمن كل من شاهدي الفرع نصف المال لأنهما معاً بشهادتهما أترف على المشهود عليه كل المال، ولو رجع كل من الفرعين عن الشهادة بأحد الأصلين أي بالمعين من شاهدي الأصل ضمن كل منهما ربع المال لأن رجوعهما معاً بمنزلة رجوع أحد الأصلين. وما في الجواهر من احتمال ضمان جميع المال لكون رجوعهما كرجوع الأصلين لم يعلم وجهه.

ص: ٦٠٣

... .

الشرح:

ولكن إذا رجع أحد الفرعين عن الشهاده بشهاده أحد الأصليين والآخر من الفرعين عن الشهاده بالأصل الآخر ضمنا كل المال لأنهما برجوعهما كذلك قد أوجدا الخلل في شهاده كل من الأصليين حيث لا تثبت شهاده أى من الأصليين إلا بشهاده الفرعين على كل منهما.

ولكن لا يخفى أن الموجب لضمان الشاهد اتلاف المال على المشهود عليه بشهادته، وفي المفروض كل من شاهدى الفرع وان تلف على المشهود عليه نصف المال إلا أنه ليس اتلافه بانفراده بل منضمًا إلى شهاده صاحبه الذى لم يعترف باتلافه لعدم رجوعه عن تلك الشهاده التى رجع عنها الفرع الآخر.

المسألة العاشره:

قد تقدم حرمه شهاده الزور ويعزّر مرتكبها وارتكابها كترك الشهاده وكتمانها فى مقام وجوب الاداء من الكبائر، كما ورد فى صحيحه عبد العظيم الحسنى الوارده فى الكبائر، وتزيد على الكتمان بكونها كذباً، حيث ورد فيها: «وشهاده الزور وكتمان الشهاده، لأن الله عزوجل يقول: (ومن يكتمها فإنه آثم قلبه)».

وفى موثقه سماعه: «شهود الزور يجلدون حداً ليس له وقت»، ونحوها روايه عبد الله بن سنان، وفى معتبره غياث بن إبراهيم: «إنّ علياً عليه السلام كان إذا أخذ شاهد الزور، فإن كان غريباً بعث به إلى حيّه، وإن سوقياً بعث به إلى سوقه فطيف به، ثمّ يحبسّه أياماً ثمّ يخلّى سبيله»، وقد تقدم فى صحيحه محمد بن مسلم (١) وصحيحه جميل (٢) ضمانه ما أتلف على المشهود عليه بشهادته.

ص: ٦٠٤

١- ١. الوسائل: ٢٧، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢١ و ٢٢٧.

٢- ٢. الوسائل: ٢٧، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و ٢ و ٣٢٧.

الشرح:

وكتمان الشهاده فى مقام وجوب ادائها، كما تقدم فى بحث وجوب الاداء، وإن كان محرماً إلا أنه لا يوجب ضمان المال، لأنّ الضمان مستفاد ممّا ورد فى شاهد الزور والكاتم بترك الشهاده لا يدخل فيه واتلاف الحق أو المال لا يستند إلى ترك الشهاده، فإنّ الحكم من الحاكم يستند إلى غيره من البيئه أو الحلف كما لا يخفى، إلى هنا انتهى ما أوردناه من مباحث الشهادات.

معنى القضاء والحكم والفرق بينه وبين الفتوى ... ٧

فى صفات القاضى ... ١٣

اعتبار الذكور فى القاضى ... ١٥

اعتبار الاجتهاد فى القاضى ... ١٩

اشتراط ثبوت الولاية ياذن الإمام أو منصوبه ... ٢٦

عدم جواز الترافع إلى قضاء الجور ... ٢٨

استحباب تولى القضاء لمن يثق من نفسه ... ٣١

حكم ما لو تعدد القابلون للقضاء ... ٣٣

ما يثبت به ولاية القاضى ... ٤٤

جواز نصب قاضيين فى البلد الواحد ... ٤٩

ما يوب انزال القاضى ... ٥٥

عدم نفوذ حكم من لا تقبل شهادته ... ٥٧

آداب المستحبه للقاضى ... ٦٥

آداب المكروهه للقاضى ... ٧١

جواز أن يقضى الإمام بعلمه ... ٧٦

امام يقضى بعلمه مطلقا ... ٧٦

حكم ما لو لم يعرف الحاكم عداله البيئه ... ٨٣

عدم جواز نقض حكم الحاكم الا مع ثبوت خطأه ... ٨٦

اعتبار التعدد والعداله فى المترجم ... ٩٠

الشرائط المعتمده فى كاتب القاضى ... ٩٣

عدم جواز التعديل على حسن الظاهر فى التعديل ... ٩٩

استحباب تفريق الشهود ... ١٠٣

ما يعتبر فى الشهاده بالجرح ... ١٠٥

احضار الخصم مجلس القضاء ... ١١٣

التسويه بين الخصمين ... ١٢٣

عدم سماع الدعوى المجهوله ... ١٢٨

موارد اعتبار الجزم فى سماع الدعوى ... ١٣١

جواب المدعى عليه على ثلاثه أقسام ... ١٣٨

حكم دعوى الغريم الاعسار ... ١٤١

حكم انكار المدعى عليه ... ١٤٤

سقوط الدعوى بحلف المنكر ... ١٤٧

ردّ اليمين على المدعى ... ١٥٠

بذل المنكر يمينه بعد النكول ... ١٥٧

استحلاف المدعى مع البيئه ... ١٦٢

الدعوى على الميت ... ١٧٠

سكوت المدعى عليه عن الجواب ... ١٨٠

عدم جواز الاحلاف بغير الله ... ١٩٠

عدم جواز الاجبار على التغليظ ... ١٩٩

استحلاف الأخرس والمرأه ... ٢٠٣

توجه اليمين على المنكر والمدعى ... ٢٠٥

انقلاب المدعى والمنكر ... ٢١٣

عدم سماع الدعوى فى الحدود بلا بينه ... ٢١٨

قبول دعوى صاحب النصاب بلا يمين ... ٢٢١

ص: ٦٠٨

- من لا تقبل دعواه بلا يمين ... ٢٢٩
- لو كان على الميت دين ... ٢٣٥
- الحكم بالشاهد واليمين ... ٢٣٨
- ما ثبت فيها الحكم بالشاهد واليمين ... ٢٤٥
- كتاب قاض إلى قاض ... ٢٦٠
- الشرائط المعتبره فى القاسم ... ٢٧٣
- أجره القسام ... ٢٨١
- انواع المقسوم ... ٢٨٣
- كيفية القسمة ... ٢٨٦
- قسمة الأموال والأموال المتعدده ... ٢٩٣
- دعوى استحقاق الغير المال بعد القسمة ... ٢٩٥
- تعريف المدعى والمدعى عليه ... ٣٠٣
- شرائط سماع الدعوى ... ٣٠٨
- التماس المنكر استحلاف المدعى ... ٣١٣
- عدم اعتبار التفصيل فى صحة الدعوى ... ٣٢٠
- أقسام الحق ... ٣٢٧
- متاع السفينه إذا غرقت ... ٣٣٦
- تنازع الاثنتين فى عين ... ٣٤٠
- وقوع التعارض بين البيئتين ... ٣٤٧
- الموارد التى يقضى فيه بالقسمة ... ٣٥٩

الاختلاف فى ملكيه عين بيد الثالث ... ٣٦٨

قبول البيئه على الملك السابق ... ٣٧١

الاختلاف فى عقد الاجاره والبيع ... ٣٧٣

الاختلاف فى دعوى العقود ... ٣٧٨

موارد سقوط البيئه ... ٣٨٩

تنازع الاثنين فى دار ... ٣٩٥

تنازع المتعديدين فى عين ... ٣٩٧

ص: ٦٠٩

اختلاف الزوجين فى متاع البيت ... ٤٠٤

الاختلاف فى الموارىث ... ٤٠٩

الاختلاف فى الولد ... ٤١٩

كتاب الشهادات

اشتراط البلوغ فى الشاهد ... ٤٢٥

اشتراط العقل فى الشاهد ... ٤٣٠

اشتراط الإيمان فى الشاهد ... ٤٣٢

سماع شهاده الكافر ... ٤٣٦

اشتراط العداله فى الشاهد ... ٤٤٤

فىما يقدر فى العداله ... ٤٥٥

عدم سماع الشهاده فى موارد التهمه ... ٤٦٢

عدم قدح قرابه الشاهد للمدعى فى الشهاده ... ٤٧٢

شهاده الزوج لزوجته وبالعكس ... ٤٧٥

سماع شهاده الصغىر ... ٤٧٩

سماع شهاده العبد ... ٤٨١

تحمل الشهاده وعدم اعتبار الاستشهاد فىه ... ٤٨٨

توبه الشاهد فى مجلس الحكم ... ٤٩٣

اشتراط طهاره المولد فى الشاهد ... ٤٩٨

اعتبار الصحه فى تحمل الشهاده ... ٥٠١

الشهاده استناداً إلى الاستصحاب ... ٥٠٦

الشهادة اعتماداً على الاستفاضه ٥١١

تعارض اليد مع الاستفاضه ٥١٢

الشهادة بالملك اعتماداً على التصرف ٥١٣

القضاء بالوقف والنكاح بالاستفاضه ٥١٧

شهادة الأخرس والأعمى ٥١٩

أقسام الحدود والمثبت لها ٥٢٣

ص: ٦١٠

ما يثبت به الزنا ... ٥٢٤

ما يثبت بشاهدين ... ٥٢٧

ما يثبت بشهادة العدلين خاصة ... ٥٣٠

ما لا يثبت بشهادة النساء ... ٥٣٤

ما يثبت بالنساء منفردات ومنظمات ... ٥٤٠

ما يعتبر في قبول شهادة النساء ... ٥٤٦

اعتبار شهادة العدلين في بعض العقود ... ٥٤٧

نفوذ حكم الحاكم ظاهراً لا واقعاً ... ٥٤٩

وجوب الاجابه إلى تحمل الشهادة ... ٥٥٠

في الشهادة على الشهادة ... ٥٥٥

صور أداء الشهادة على الشهادة ... ٥٦٣

اعتبار اتفاق الشاهدين معنى ... ٥٦٥

حكم تعارض الشاهدين والبينتين ... ٥٦٧

خروج الشاهد عن الوصف بعد شهادته ... ٥٧٢

حكم ما لو رجع الشاهدان بعد الحكم ... ٥٧٤

الرجوع عن الشهادة على القتل أو الجرح ... ٥٨٠

الرجوع عن الشهادة على الزنا ... ٥٨٣

الرجوع عن الشهادة على الطلاق ... ٥٨٥

في ضمان الشهود إذا رجعوا ... ٥٨٩

نقض الحكم بعد الاستيفاء والعمل به ... ٥٩٤

فِي تحالف البيّنتين لمن اوصى ٥٩٧

فيما إذا اوصى بوصيتين منفردتين ٥٩٨

عدم الضمان بكتمان الشهاده ٦٠٤

فهرس الكتاب ٦٠٧

ص: ٦١١

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 الإخصائيين 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 آواده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان



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