



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

كتاب القضاء

في الفرائض

للشيخ الفاضل أبي عبد الله محمد بن أبي بكر

بن عمار القاسمي الكوفي المشهور بالشيخ القاسمي

والتوفيق له الموفق

في الأصول

بمنزلة

الشيخ الفاضل أبي الحسين محمد بن أبي بكر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب القضاء

كاتب:

آيت الله على حسينى ميلانى

نشرت فى الطباعة:

محمود شريعت المهدوى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٣	كتاب القضاء المجلد ١
١٣	اشاره
١٧	مقدمه
٢٢	كتاب القضاء
٢٢	القضاء فى اللغة و الاصطلاح
٢٥	القضاء فى الشريعه:
٢٦	وجوب القضاء:
٢٩	صفات القاضى
٢٩	اشاره
٣٢	١- البلوغ
٣٣	٢- العقل:
٣٣	٣- الايمان:
٣٥	٤- العدالة:
٣٥	٥- طهاره المولد:
٣٦	٦- العلم:
٣٦	اشاره
٥٠	و هنا مسائل:
٥٠	(الأولى) هل للمجتهد أن ينصب مقلده للقضاء؟
٥٢	(الثانيه)
٥٢	(الثالثه) ما المراد من معرفه الاحكام و العلم المعتبر فى القاضى؟
٥٤	الضبط:
٥٥	الكتابه:
٥٦	٧- الذكوره:

٦٢ الحريه:

٦٣ مسائل

٦٣ اشاره

٦٥ المسأله الاولى

٦٥ اشاره

٦٦ هل يشترط الرضا بالحكم بعده؟

٦٨ هل يشترط فيه ما يشترط في المنصوب؟

٧٢ و هل يشترط الأعلميه؟

٧٢ و هل يشترط الأعلميه في البلد؟

٧٣ نفوذ قضاء الفقيه في الغيبه:

٨١ المسأله الثانيه

٨١ اشاره

٨٧ هل له ان يبذل مالا ليلى القضاء؟

٨٨ المسأله الثالثه

٩٦ المسأله الرابعه

٩٦ اشاره

٩٨ هل القضاء قابل للوكاله؟

١٠٣ المسأله الخامسه

١٠٣ اشاره

١٠٤ موجز الكلام في أخذ الأجره على الواجبات:

١١٢ ما ورد في خصوص القضاء:

١١٥ هل يجوز أخذ الأجره على الشهاده؟

١١٧ المسأله السادسه

١١٧ اشاره

١٢٤ أمور أخرى تثبت بالاستفاضه:

١٢٨ المسأله السابعه

- ١٢٨ اشارة
- ١٢٩ لو اختلف المترافعان فى تعيين القاضى:
- ١٣٤ المسأله الثامننه
- ١٤٠ المسأله التاسعه
- ١٤٠ اشارة
- ١٤٤ لو مات القاضى الأصلى فهل ينعزل النائب عنه؟
- ١٤٧ المسأله العاشره
- ١٥١ المسأله الحاديه عشر
- ١٥٥ آداب القاضى و القضاء
- ١٥٥ اشارة
- ١٥٥ الآداب المستحبه،
- ١٦٢ (و الآداب المكروهه)
- ١٦٥ مسائل
- ١٦٥ اشارة
- ١٦٧ المسأله الأولى
- ١٧٥ المسأله الثانيه
- ١٧٧ المسأله الثالثه
- ١٧٧ اشارة
- ١٧٧ حكم تجديد المرافعه:
- ١٧٨ حكم نظر الثانى فى حكم الأول:
- ١٨٣ متى يجوز التقض؟
- ١٨٦ بم يتحقق الحكم؟
- ١٨٧ هل يجب على المجتهد الاعلام بتغير رأيه؟
- ١٩٣ المسأله الرابعه
- ١٩٧ المسأله الخامسه
- ٢٠١ المسأله السادسه

- المسأله السابعه ٢٠٥
- المسأله الثامنه ٢٠٧
- اشاره ٢٠٧
- بحث الحاكم عن عداله الشاهدين: ٢٠٧
- انتقاض الحكم بفسقهما وقت الحكم: ٢١٥
- هل يجوز التعويل على حسن الظاهر؟ ٢١٦
- السؤال عن التزكيه و كيفيه ثبوتها: ٢١٩
- كيفيه ثبوت الجرح: ٢٢٠
- حكم ما لو اختلف الشهود بالجرح و التعديل: ٢٢٣
- المسأله التاسعه ٢٢٦
- المسأله العاشره ٢٣٢
- المسأله الحاديه عشره ٢٣٥
- المسأله الثانيه عشره ٢٣٧
- المسأله الثالثه عشره ٢٣٨
- المسأله الرابعه عشره ٢٤١
- المسأله الخامسه عشره ٢٤٢
- المسأله السادسه عشره ٢٤٤
- المسأله السابعه عشره ٢٤٥
- اشاره ٢٤٥
- موضوع الرشوه: ٢٤٦
- حكم الرشوه فى غير الحكم: ٢٤٨
- حكم الهديه للقاضى: ٢٥٠
- المسأله الثامنه عشره ٢٥٣
- كيفيه مجلس الحكم ٢٥٩
- اشاره ٢٥٩
- (المقصد الأول (فى وظائف الحاكم)) ٢٦١

- ٢٦١ اشارة
- ٢٦١ (الأولى: التسوية بين الخصمين.)
- ٢٧٠ الوظيفة الثانية
- ٢٧٢ الوظيفة الثالثة
- ٢٧٤ الوظيفة الرابعة
- ٢٧٥ الوظيفة الخامسة
- ٢٧٦ الوظيفة السادسة
- ٢٧٧ الوظيفة السابعة
- ٢٧٩ المقصد الثاني
- ٢٧٩ المسألة الأولى
- ٢٨٣ المسألة الثانية
- ٢٨٩ المسألة الثالثة
- ٢٩١ المسألة الرابعة
- ٢٩١ المسألة الخامسة
- ٢٩٣ المقصد الثالث
- ٢٩٣ اشارة
- ٢٩٤ ١-الإقرار و جملة من أحكامه:
- ٢٩٤ اشارة
- ٢٩٨ هل يحكم عليه من دون مسألة المدعى؟
- ٣٠٠ حكم كتابه الإقرار:
- ٣٠٤ هل يحبس الممتنع عن أداء الدين؟
- ٣٠٥ حكم ما لو ادعى الإعسار:
- ٣٠٨ هل يحبس حتى يتبين حاله؟
- ٣١٠ ٢-الإنكار و جملة من احكامه:
- ٣١٠ اشارة
- ٣١٨ حكم ما إذا حلف المنكر:

- ٣٢٥ حكم ما إذا رد اليمين:
- ٣٢٩ اليمين المردودة في حكم البيه أو الإقرار؟
- ٣٣١ حكم ما إذا نكل المنكر:
- ٣٣٩ لو بذل اليمين بعد النكول:
- ٣٤١ هل يأمر الحاكم المدعى بإحضار البيه؟
- ٣٤٤ بعض أحكام البيه:
- ٣٤٧ حكم جرح المدعى عليه البيه:
- ٣٤٩ حكم ما لو كانت الدعوى على الميت:
- ٣٥٨ أحكام قيام البيه على الغائب و الصبي و المجنون:
- ٣٦٤ حكم ما لو ذكر المدعى ان له بينه غائبه:
- ٣٦٧ ٣-الأحكام المترتبة على سكوت المدعى عليه:
- ٣٧٢ ٤-حكم ما لو أجاب بقوله «لا ادري» :
- ٣٧٢ اشاره
- ٣٧٧ (مسائل تتعلق بالحكم على الغائب)
- ٣٨١ المسألة الاولى
- ٣٨٤ المسألة الثانية
- ٣٨٦ المسألة الثالثة
- ٣٨٩ المقصد الرابع
- ٣٨٩ اشاره
- ٣٨٩ (الأول: في اليمين)
- ٣٨٩ اشاره
- ٣٩١ لا يستحلف أحد إلا بالله:
- ٣٩٦ عدم جواز الإحلاف بغير أسماء الله:
- ٣٩٨ استحباب تقديم العظه و تغليظ اليمين:
- ٤٠٣ فرعان:
- ٤٠٣ الأول: حكم ما لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ:

الثاني: حكم ما لو حلف لا يجيب الى التخليط: ٤٠٦

كيفية استحلاف الأخرس: ٤١٠

هل يشترط كون الاستحلاف في مجلس الحكم؟ ٤١١

البحث الثاني ٤١٥

اشاره ٤١٥

حكم ما إذا كان الحلف على نفي فعل الغير و فروع ذلك ٤١٧

هل يجوز الحلف اعتمادا على اليد و الاستصحاب؟ ٤٢٥

متى يحلف المدعى؟ ٤٢٨

مسائل ثمان ٤٣٢

المسألة الأولى ٤٣٢

المسألة الثانية ٤٣٥

المسألة الثالثة ٤٣٧

المسألة الرابعة ٤٤١

المسألة الخامسة ٤٤٢

المسألة السادسة ٤٤٣

المسألة السابعة ٤٤٧

المسألة الثامنة ٤٤٩

البحث الثالث ٤٥١

اشاره ٤٥١

حكم ما لو تقدمت اليمين على الشهادة ٤٥٥

الكلام في مورد قبول الشاهد و اليمين ٤٥٧

حكم ما لو كان المدعى جماعه و الشاهد واحد ٤٦٦

عدم جواز الحلف من غير علم: ٤٦٩

لا تثبت اليمين مالا لغير الحالف: ٤٧١

حكم ما لو ادعى جماعه مالا لمورثهم: ٤٧٥

هل للممتنع عن اليمين شركه مع الحالف؟ ٤٧٨

٤٨٣ ----- حكم ما لو كان في المدعين صغير

٤٨٥ ----- مسائل خمس

٤٨٥ ----- المسأله الأولى

٤٨٧ ----- المسأله الثانيه

٤٩٤ ----- المسأله الثالثه

٥٠١ ----- المسأله الرابعه

٥٠١ ----- المسأله الخامسه

٥٠٤ ----- تعريف مركز

سرشناسه: حسینی میلانی، سیدعلی، ۱۳۲۶ -

عنوان و نام پدیدآور: کتاب القضاء / السيد علی الحسيني الميلاني

مشخصات نشر: قم: شریعت، ۱۴۱۳ق. = ۱۳۷۱-

مشخصات ظاهری: ج ۲.

وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری

یادداشت: عربی.

یادداشت: چاپ اول: ۱۴۰۱ق. = ۱۳۵۹، چاپ دوم: ۱۴۱۳ق. = ۱۳۷۱.

یادداشت: کتابنامه به صورت زیرنویس.

مندرجات: ج. ۱. قضا و اوصاف قاضی.

موضوع: زبان عربی -- معانی و بیان -- اصطلاح ها و تعبیرها

رده بندی کنگره: PJA۲۰۲۸/ح۵۴ق۶ ۱۳۷۱

رده بندی دیویی: ۸۰۸/۰۴۹۲۷

ص: ۱

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، و الصلاة و السلام على سيدنا محمد و آله الطاهرين، لا سيما خليفه الله فى الأرضين الإمام الثانى عشر الحجة ابن الحسن العسكرى أرواحنا فداه، و لعنه الله على أعدائهم أجمعين من الأولين و الآخرين.

اللهم انا نرغب إليك فى دوله كريمه تعز بها الإسلام و أهله و تذل بها النفاق و أهله، و تجعلنا فيها من الدعاه إلى طاعتك و القاده الى سبيلك، و ترزقنا بها كرامه الدنيا و الآخره.

و بعد:

فان لكل موجود من الموجودات التى يشاهدها الإنسان نظاما دقيقا متقنا يسير عليه و لا يحيد عنه و ذلك «صِيْنَعُ اللَّهِ الَّذِي أَتَقَنَّ كُلَّ شَيْءٍ»، كما يشاهد الإنسان كذلك نظاما كلياً محكماً، و سننا إلهيه ثابتة تخضع لها الكائنات بأسرها، و تلك سنه الله «وَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَبْدِيلًا» .

ص: ٥

و لم يكن الإنسان الذى خلقه الله تعالى و كرمه و فضله على كثير ممن خلق كما قال عز من قائل «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَيْنِي آدَمَ وَ حَمَلْنَاهُمْ فِي الْبُرِّ وَ الْبَحْرِ وَ رَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَ فَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً» (١) بدعا من سائر الموجودات من هذه الناحية، بل ان الإنسان أحق و أولى منها فى أن يكون له نظام، لان الموجودات الأخرى قد خلقت لأجله و سخرت له و جعلت تحت سلطنته لتعينه على السير فى الصراط المستقيم المرسوم له حتى يصل الى الغايه المنشوده التى لأجلها خلق.

فكان لا بد للإنسان أيضا من نظام يحدد له تصرفاته فى مختلف شئونه الخاصه منها و العامه، و يتناسب مع شتى حالاته، و ذلك النظام هو الذى يعبر عنه ب «الدين» ، و يعرف بأنه «ما شرع الله لعباده على لسان رسله» ، حتى بعث سيدنا و مولانا محمد المصطفى صلى الله عليه و آله و سلم و كان ما جاء به هو النظام الأتم و القانون الادق، و من ثم كان هذا الدين خاتمه الأديان.

ان الدين الإسلامى هو النظام الوحيد الذى يستجيب لنداء الإنسان و يتلائم مع فطرته التى خلق عليها، و انه النظام الذى يتكفل سعادته الإنسان و رقيه إلى أعلى درجات الكمال و يأخذ بيده الى ما فيه خيره فى عاجله و آجله.

لقد اهتم الدين الإسلامى بكل ناحيه من نواحي الحياه الإنسانيه بالقدر اللازم من الاهتمام، و على هذا الأساس بذل بالنسبه إلى صيانه

ص:٦

حقوق الإنسان و حفظ النظام العام اهتماما بالغاً للأهميه البالغه لهذه الناحيه من حياه الإنسان، فشرع لها القوانين الحقوقيه الثابته، و حدد علاقه الإنسان بالإنسان و ما يجب له و عليه تجاه الآخريين، و صله الفرد بالمجتمع و حدود المسئوليات الفرديه و الاجتماعيه، الى غير ذلك من المسائل المتعلقة بهذا المجال من مجالات الحياه.

و قد أشارت الآيه الكريمه «لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيُقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ» (١) الى طريقه الإسلام في معالجه المشاكل التي تعرض الإنسان و المجتمع في هذا المقام. و توضيح ذلك بايجاز هو: ان الغرض من خلق الإنسان هو إيصاله عن اختيار الى الكمال المعنوى و الفوز برضى الله عز و جل و القرب منه، و ذلك لا- يتحقق الا- بتنميه الروح الإنسانيه المودعه فيه و فطرته السليمه التي خلق عليها، و تعديل الغرائز المختلفه الكائنه فيه، فأرسل الله سبحانه رسله بالبينات و أنزل معهم الكتاب و الحكمه و الميزان لتحقيق هذا الغرض، و قال النبي صلى الله عليه و آله و سلم: «انما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق»، فجاء «ص» بتعاليم أخلاقيه ساميه و علم الكتاب و الحكمه، و دعا الى تهذيب النفوس، و أمر بالعدل و الإحسان، و نهى عن الفحشاء و المنكر و البغى، و قد نجح-الى حد بعيد- في هذا المجال، فكان في نفس كل انسان مسلم متأدب بآدابه وازع داخلى يمنعه من الاقتراب من أموال الآخريين و النيل من إعراضهم

ص:٧

والتعدى على حقوقهم.

وقد جعل فى الشريعة الإسلاميه إلى جانب ذلك الأحكام القضائيه والقوانين الجزائيه لتكون سدا أمام من لم ينتفع بالآيات و الحكم و لم تؤثر فيه المواعظ و الآداب، فمال مع غرائزه النفسانيه التى تحمل الإنسان على أن لا يقتنع بحقوقه و تدفعه الى الظلم و التعدى على حقوق الآخرين، فجعل «القاضى» لأن يكون مرجعا للناس لفصل الخصومات و قطع المنازعات، و جعل «الحديد» فيه بأس شديد تستأصل به جذور الفساد و عناصر البغى فى المجتمع.

و من وقف على جزئيات تلك التشريعات فى الفقه الجعفرى عرف مدى الدقه المبذوله فيها من جهه و مدى تلائمها مع فطره الإنسانيه من جهه أخرى، و لا عجب فإنها تشريعات متخذة من أخبار أهل بيت الوحي و الرساله، و هى مستمدة من جدهم عن الله عز و جل العالم الخبير بما يصلح شأن العباد و ينظم أمورهم، و ذلك قوله تعالى «أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَ هُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ» (١). و حينئذ يسقط عن الاعتبار و الاعتماد سائر التشريعات المنسوبه إلى السماء فكيف بالقوانين الوضعيه الحديثه؟.

فشكر الله سعى علمائنا الأبرار الذين نقحوا هذه المسائل و رووا أخبارها و جمعوا آثارها، و كتبوا هذه البحوث العلميه الراقيه و درسوها و خلدوها الى يومنا الحاضر.

و عند ما انبثقت الثوره فى بلادنا ضد النظام الامبراطورى و أطاحت

ص: ٨

به و طالبت الأمة بالعودة بها الى أحكام الإسلام و أقيمت المحاكم الشرعيه، قام سيدنا الأستاذ الأكبر فقيه الأمة و زعيم الحوزه العلميه، المرجع الدينى الكبير، آيه الله العظمى الحاج السيد محمد رضا الموسوى الكليبايگانى دام ظله الوارف بتدريس «كتاب القضاء» (١) لإعداد ثله من الفضلاء للتأهل بتولى هذا المنصب الخطير.

و الحق أنها بادره منه دام ظله جديره بالتقدير، فان القضاء إذا صلحوا و ساروا على النهج الصحيح، و حكموا بالحق و هم يعلمون، و أقاموا العدل. قام المجتمع بالقسط و ساده الأمن و انتشر فيه الصلاح، و أما إذا تولى القضاء من ليس أهلا له، أو اتبع هواه عند الحكم أو جار فيه انتشرت الفوضى و اختل النظام و فسدت البلاد و العباد.

هذا و قد وفقت لتدوين ما يلقى سيدنا الأستاذ فى بحثه الشريف، و عرضته عليه فلاحظه و أقره، فلما اكتمل جزء استأذنته فى نشره- نزولا عند رغبه بعض الزملاء الأفاضل- فأذن بذلك. و انى إذ أقدم هذا المجهود العلمى-مع تعليقات على بعض مواضعه- الى زملائى الفضلاء و إخوانى العلماء أسأل الله عز و جل أن يمن علينا بدوام وجود سيدنا الأستاذ، و أن يجعل أعمالنا خالصه لوجهه الكريم انه سميع مجيب.

قم المقدسه ١٨ رمضان ١٤٠١ على الحسينى الميلانى

القضاء فى اللغة و الاصطلاح

هو لغة لمعان كثيره و لا- حاجه الى بيانها فليراجع كتب اللغة (١)) أما فى عرف الأصحاب فقد قيل: هو فصل الخصومه بين المتخاصمين و تطبيق الاحكام على مواردھا الجزئيه، بأن يحكم بأن هذه الدار لزيد، كما أن الفتوى عباره عن الحكم الكلى الإلهى بغض النظر عن تطبيقه.

وقيل: هو الولايه على تطبيق الحكم الجزئى فى الموارد الجزئيه (١)).

أقول: و الظاهر أن القضاء هو «الحكم» ، و هو أحد معانيه المذكوره فى اللغه، و هو الأنسب بموارد استعماله، قال تعالى:

ص: ١١

« وَ قَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ . » (١) .

الا أن هذا الحكم الذى يجب اطاعته و تنفيذه لا بد أن يكون ممن نصب لذلك من قبل الله تعالى، قال عز و جل «يا داؤد إنا جعلناك خليفه فى الأرض فاحكم بين الناس» (١) .

أو من قبل النبى صلى الله عليه و آله و سلم أو الإمام عليه السلام اما خصوصا أو عموما كما فى روايه أبى خديجه: «و لكن انظروا.

« (٢) .

و هو حكم مطابق للحكم الإلهى، فليس فصل الخصومه من القاضى بفتوى الفقيه أو الفقهاء، بل انه حكم يصدره و من آثاره و خواصه وجوب تنفيذه على الكل حتى الفقهاء، - و هذه حيثيه أخرى للتفريق بين المفتى و الحاكم (٢) إلا إذا قطع أحدهم بعدم تماميه

ص: ١٢

١-١) سورة ص: ٢٦.

٢-٢) وسائل الشيعة: ١٨-٤.

بعض مقدمات حكم من الاحكام، أو لم يقل بولاية الفقيه (١)).

و بالجمله فالمراد من الحكم هنا هو ما يصدره القاضى بعنوان الولاية و السلطنه الشرعيه (٢) لا- بعنوان الاخبار عن فتوى أو اجتهاد لنفسه أو غيره، و لهذا الحكم آثار شرعيه كعدم جواز نقضه حتى من مجتهد آخر، و عدم ضمان القاضى مع عدم تقصيره فى مقدمات الحكم-الى غير ذلك.

القضاء فى الشريعه:

ثم ان القضاء أمر ثابت فى الشريعه لا يمكن المناقشه فيه، و تدل عليه الايات (٣).

و الروايات البالغه حد التواتر عندنا (١))، فإنها تدل على ثبوت أصل القضاء فى الشريعة الغراء من قبل الله عز و جل بين الناس.

و العقل أيضا يحكم بوجوبه، فكما أن قاعده اللطف تقضى بوجود أحكام بين الناس من قبل الله عز و جل، كذلك تقضى بوجود ولى يقضى بينهم فى موارد الاختلاف حسما للنزاع و دفعا للخصومه، و أنه لا- يجوز على الله سبحانه أن يترك الناس سدى من غير ولى يرجعون اليه عند الخصومه و النزاع ليرفعها و يأخذ للمظلوم حقه من الظالم.

بل ان القضاء أمر ضرورى من ضروريات الدين، و لذا نرى المحقق «قده» فى الشرائع لا يتعرض لهذه الناحيه لأنه أمر مسلم مفروغ عنه.

وجوب القضاء:

هذا و لا- يجوز التصدى للقضاء لمن لم يكن واجدا للشرائط المعتمبره الا-تية (٢)) و أما الواجد فهل يجب عليه ذلك؟ أما الوجوب:

ص: ١٤

فإنه واجب كفائي، لأن الغرض حفظ النظام به كسائر الواجبات الكفائية المتوقف عليها حفظ نظام المجتمع الإسلامي، وقد يجب عينا في صورته عدم تصدى أحد له، ومتى لم يتوفر الواجد للشرائط أو وجد ولم يتصد له فهل يجب تحصيلها أو حمل الغير على ذلك؟ الظاهر ذلك لتوقف حفظ النظام عليه أولا (١))، ولأنه لو لم يكن ذلك لتصداه غير أهله وهو ينافي الإرادة التشريعية لله عز وجل ثانيا.

و هذا الواجب كفائي ومع عدم قيام أحد به فالكل معاقبون.

ص: ١٥

البلوغ. العقل. الايمان. العدالة. طهاره المولد العلم. الضبط. الكتابه. الذكوره. السمع و البصر و النطق. الحريه.

الأصل: عدم نفوذ حكم أحد في حق أحد، لكن قام الدليل-نقلا و عقلا-على نفوذ حكم أشخاص. فالنبي صلى الله عليه وآله وسلم لا ريب في نفوذ حكمه لأنه خليفة الله في الأرض و صاحب الولاية الكبرى المقتضيه لنفوذ حكمه. و قد قال عز و جل «فَلَا وَ رَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَ يُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا» (١) كما لا ريب في ولاية الأئمة من أهل بيته و عترته و نفوذ حكمهم للأدلة المعتمده الداله على ذلك كتابا و سنه، و من ذلك قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَ الرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ.» (١).

ص: ١٩

و لا ريب فى أنه صلى الله عليه و آله و سلم قد تصدى لذلك و كان ينصب أو يرسل بعض أصحابه لفصل الخصومات و قطع المشاجرات. و كذلك فعل مولانا أمير المؤمنين عليه الصلاه و السلام. و هذا يدل على أنه يمكن إعطاء هذا المنصب لبعض الأشخاص و توليتهم القضاء (١)) فمن يصح نضبه لهذا الأمر؟ و من الذى ينفذ حكمه و ان لم يكن منصوبا بالخصوص؟ و ما هى صفاته؟

١- البلوغ

قال المحقق قدس سره: «و يشترط فيه البلوغ» .

أقول: لا ريب و لا خلاف فى اشتراط البلوغ فى القاضى فلا

ص: ٢٠

ينعقد القضاء لغير البالغ (١)) ، لانه قاصر محتاج إلى الولي و لا تنفذ أعماله في حق نفسه و لا ولايه له عليها، فكيف يكون وليا على غيره؟

٢-العقل:

قال: «و كمال العقل» أقول: لا ريب و لا خلاف في اشتراطه كذلك و لا حاجه الى الاستدلال عليه (٢) .

٣-الايمان:

قال: «و الايمان» .

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

ص: ٢١

لكافر، قال الله تعالى «أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا نُزِّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ.» (١) وقال صلى الله عليه وآله وسلم:

«الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» (٢).

وقد يراد به الايمان بالمعنى الأخص، وهو كونه إماميا اثني عشريا. قال في الجواهر: هو من ضروريات مذهبنا، ويدل على اشتراطه النصوص الكثيره البالغه حد الاستفاضه بل التواتر، الناهيه عن الترافع الى قضاءه الجور و حكام المخالفين-الا عند التقية- و المقتضيه عدم جواز التصرف فى ما حكم به قاضى الجور و ان كان حقا (١).

ص: ٢٢

١- ١) سورة النساء: ٦٠.

٢- ٢) وسائل الشيعة: ١٧-٣٧٦.

٤-العدالة:

قال: «و العدالة» .

قال بعض علمائنا المعاصرين: هذا الشرط يغنى عن اشتراط «الايمان» . و يمكن الاستدلال لاشتراط العدالة بقوله سبحانه:

«لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ» (١) لأن الولاية على القضاء و نفوذ الحكم عهد من الله تعالى و الفاسق ظالم فلا يناله عهده (١) .

و يدل عليه النصوص الكثيرة (٢) .

٥-طهاره المولد:

قال: «و طهاره المولد» .

أقول: لا دليل يدل عليه بالخصوص . قال في الجواهر: هو واضح

ص: ٢٣

١-١) سورة البقره: ١٢٤.

بناء على كفرة ((١)) أما على غيره فالعمده الإجماع المحكى و فحوى ما دل على المنع من إمامته و شهادته ان كان و قلنا به.» و لكن لا يحضرني الان دليل له هذا الفحوى بحيث يستدل به و يعتمد عليه لذلك، اللهم الا بتنقيح المناط أو إثبات الأولويه، و الانصاف ان كل ذلك مشكل، فالعمده الإجماع المحكى عن جماعه ((٢)).

٦- العلم:

إشاره

قال: «و العلم» .

أقول: لا ريب فى عدم نفوذ حكم الجاهل بالأحكام الشرعيه و أنه يشترط كون القاضى عالما، فعن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«القضاء أربعه ثلاثه فى النار و واحد فى الجنة: رجل قضى بجور و هو يعلم فهو فى النار، و رجل قضى بجور و هو لا يعلم فهو فى النار و رجل قضى بالحق و هو لا يعلم فهو فى النار، و رجل قضى بالحق

ص: ٢٤

و هو يعلم فهو فى الجنه» (١).

فهل المراد من العلم (١) فى هذا الخبر و نحوه الاجتهاد المطلق أو يعم المتجزى و علم المقلد الذى يحكم بفتوى مقلده أو ناصبه أيضا؟

ص: ٢٥

١-١) وسائل الشيعه: ١٨-١١.

لقد حكى الإجماع على لزوم كون القاضى مجتهدا، و القدر المتيقن منه «المجتهد المطلق» و أما بالنسبه إلى غيره فنقول: تاره يقال بأن حكم الحاكم موضوع للنفوذ و وجوب الامتثال، و أخرى يقال بأنه بيان لحكم الامام عليه السلام فيكون كناقل الحكم، فبناء على الثانى ينفذ حكمه سواء كان مقلدا أو مجتهدا مطلقا أو متجزيا و على الأول يكون لحكمه موضوعيه فيتوقف جواز الرجوع الى المقلد و المتجزى و نفوذ حكمهما على حجه شرعيه، و مع الشك فالأصل عدم النفوذ.

و قد استدل لجوازه بروايه أبى خديجه سالم بن مكرم الجمال:

قال أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام: «إياكم أن يحاكم بعضكم بعضا الى أهل الجور و لكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم فانى قد جعلته قاضيا فتحاكموا إليه» (١) فان كلا من المقلد و المجتهد المتجزى «يعلم شيئا».

ص: ٢٧

وقوله عليه السلام: «فانى.» يكشف عن أن القضاء منصب وليس وجوبه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وروايه تعم زمان الغيبه والحضور معا، لكن قال المجلسى «قده» هى خاصه بزمان الحضور، ولم يكن القضاء فى ذلك الزمان مجتهدين بل كانوا يروون أحكام الأئمه ويرجعون إليهم، وفيه: ان ظاهر قوله عليه السلام: «يعلم شيئا.» اشتراط كونه عالما سواء مع الواسطه أو بدونها فلا- اختصاص بزمان الحضور، و سواء علم بالكبريات و عرف تطبيقها على الموارد الجزئيه باجتهاده أو لم يكن كذلك خلافا للعلامه المذكور حيث استظهر منها الدلاله على اعتبار الاجتهاد.

و الروايه مشتهره بين الأصحاب كما فى المسالك. و هو يجبر ضعف سندها لو كان-يرويه الشيخ الكلينى «قده» عن أحمد بن محمد بن خالد، و طريقه اليه صحيح، و أحمد ثقه و «أبو خديجه» ضعفه الشيخ و وثقه النجاشى و العلامه فى المختلف و أبو على فى كتاب الرجال الكبير، و لدى التعارض بين الجرح غير المفسر و التعديل فالتعديل مقدم (١).

الا أن مقتضى قول صاحب الزمان أرواحنا له الفداء: «و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواه حديثنا فإنهم حجتي عليكم و أنا حجة الله» (١) و مقبوله عمر بن حنظله: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعه في دين أو ميراث فتحاكما الى السلطان و الى القضاة أ يحل ذلك؟ قال: من تحاكم إليهم في حق أو باطل فإنما تحاكم الى الطاغوت و ما يحكم له فإنما يأخذ سحتا و ان كان حقا ثابتا له لأنه أخذه بحكم الطاغوت و ما أمر الله ان يكفر به، قال الله تعالى يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ .

قلت: فكيف يصنعان؟ قال: ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكما فاني قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله و علينا رد و الراد علينا كالراد على الله و هو على حد الشرك بالله» (٢) لزوم كون القاضى مجتهدا.

و هذه الروايه أيضا مشتهره بين الأصحاب كما فى المسالك

ص: ٢٩

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٠١.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٨-٩٨.

كذلك، و يكفى لاعتبارها اشتهاها بالمقبوله بينهم، بل لا يوجد فى سندها من توقف فى توثيقه الا «داود بن الحصين» قال الشيخ:

واقفى، لكن وثقه النجاشى، فهى موثقه معتبره (١).

ص: ٣٠

أقول: و يمكن الجمع بين روايتي أبي خديجه و عمر بن حنظله بأن يقال: بأنه لا تنافي بين منطوقيهما، و انما التنافي بين مفهوم روايه ابن حنظله و منطوق روايه أبي خديجه، فإن مفهوم تلك: من لم يرو حديثنا و لم ينظر في حلالنا و حرامنا فغير مجعول للقضاء، و منطوق هذه: «. يعلم شيئاً.» لكن التنافي هو بالإطلاق

ص: ٣١

والتقييد، فالمنطوق مقيد و المفهوم مطلق، و حينئذ يتقدم خبر أبي خديجه لأنه منطوق أولاً (١))، و لانه مقيد ثانياً، فتكون النتيجة:

« . قد روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا» و هو «يعلم شيئاً من قضايانا» .

و قد يقال: ان روايه أبي خديجه مطلقه كذلك، لأنها تدل على نفوذ حكم من «يعلم شيئاً» سواء كان «راوياً» و «ناظراً في الحلال و الحرام» أولاً- فلا- يتم الجمع بينهما بما ذكر، الا أن يقال: بأن الميزان هو «العلم» كما في روايه «القضاء أربعه» و أن «الروايه» و «النظر» ليس لهما موضوعيه بل اعتباراً كمقدمه و طريق لحصول «العلم» . و بعبارة أخرى: التقييد ب «الروايه» و «النظر» محمول على الغلبه لا الاحتراز، لانه ظاهر في الطريقيه لا الموضوعيه حتى يكون وصفا يحترز به عن الظن ليسقط حكم غير المجتهد عن درجه الاعتبار، و يؤيد الحمل المذكور أنه يبعد جداً أن لا ينفذ حكم من «عرف الاحكام» و لكن لم يرو شيئاً من حديثهم، فلو كان التقييد ب «الروايه» احترازياً كان المعنى: من لم يرو شيئاً من أحاديثنا فلا ترجعوا اليه و ان كان عارفاً بأحكامنا و عالماً بشيء من قضايانا.

و يؤيد ما ذكرنا أن بعض الرواه كانوا يتعلمون الحكم من الامام

عليه السلام فى الواقعه ثم يقضون به، كما فى روايه عبد الله بن طلحه عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل دخل على امرأه.

فقال أبو عبد الله عليه السلام: افض على هذا كما وصفت لك:

فقال: يضمن مواليه» (١).

وفى أخرى: «عن أبى عبد الله عليه السلام قال: لما ولى أمير المؤمنين عليه السلام شريحا القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه» (٢).

و حينئذ فمن «يعلم شيئا» سواء عن اجتهاد أو تقليد مجعول من قبل الامام عليه السلام حاكما، و يكون حكمه نافذا، و حاصل ذلك نفوذ حكم القاضى العالم بالأحكام تقليدا فضلا عن المجتهد المتجزي.

الا- أن يجمع بين الخبرين بنحو آخر فيقال: ان المعتمره تشترط «العلم بشىء من قضاياهم» أى الاحكام و كيفية القضاء بين المتخاصمين، و المقبوله تشترط «الروايه» و «النظر فى الحلال و الحرام» و «معرفة الاحكام» ، أى: الاجتهاد، فيكون الشرط المعتمره: الاجتهاد مع العلم بشىء من قضاياهم. جمعا بين الخبرين بناء على ظهورهما فى المعنيين المذكورين، فلا ينفذ حكم المتجزي فضلا عن المقلد هذا كله بناء على ظهور معتمره أبى خديجه فى جعل منصب

ص: ٣٣

١- ١) وسائل الشيعه: ١٩-٤٥.

٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-٦.

القضاء لمن «يعلم شيئاً» من قضايهم عليهم السلام كما هو الصحيح خلافاً لبعض علمائنا المعاصرين حيث قال: «ان الروايه غير ناظره إلى نصب القاضى ابتداءً و ذلك لان قوله عليه السلام فانى قد جعلته قاضيا متفرع على قوله عليه السلام فاجعلوه بينكم و هو القاضى المعجول من قبل المتخاصمين. فالنتيجه أن المستفاد منها أن من جعله المتخاصمان بينهما حكماً هو الذى جعله الامام عليه السلام قاضيا، فلا دلاله فيها على نصب القاضى ابتداءً.» (١).

أقول: ما ذكره يخالف ظاهر الروايه، لأن قوله عليه السلام «فانى قد جعلته.» تعليل، أى: لا ترجعوا الى من ليس منكم بل ارجعوا الى من جعلته قاضيا منكم و هو الذى ينفذ فيكم حكمه و ترضون به، أو أن المعنى: إذا تراضيتم بحكم رجل منكم فانى قد جعلت ذلك الرجل قاضيا. فالحاصل ان جعل الامام عليه السلام هو عله نفوذ حكمه و جواز الرجوع اليه.

هذا و العجب من صاحب الجواهر «قده» قوله بعد استظهار إرادته الأعم من المجتهد من معتبره أبى خديجه: «نعم قد يقال بتوقف صحه ذلك على الاذن منهم عليهم السلام.» مع أن نفس هذه الروايه داله على الاذن.

ثم قال: «و لو سلم عدم ما يدل على الاذن فليس فى شىء من النصوص ما يدل على عدم جواز الاذن لهم فى ذلك» و فيه: ان

ص: ٣٤

مجرد عدم وجود نص على عدم الاذن لا أثر له، وقد ذكرنا أن الأصل عدم نفوذ حكم أحد في حق أحد، فالنفوذ محتاج الى الدليل و عدم ما يدل على عدم الاذن ليس بدليل.

قال: «بل عموم ولايتهم تقتضى ذلك» و لولا كلمه «بل» لارتفع الاشكال و دل الكلام صدرا و ذيلا على أن عموم ولايتهم -مع فرض عدم الدليل على الاذن- دليل، و به يخرج عن مقتضى الأصل المذكور، لكن ظاهر العبارة أن عموم الولاية دليل آخر.

قال: «بل قد يدعى أن الموجودين في زمن النبي صلى الله عليه و آله و سلم ممن أمر بالترافع إليهم قاصرون عن مرتبه الاجتهاد و انما يقضون بين الناس بما سمعوه من النبي صلى الله عليه و آله و سلم» .

أقول: و هذا يتم بناء على عدم الفرق بين زمن الحضور و زمن الغيبه. نعم إذا كان المناط تعلم الحكم سواء من السماع منهم عليهم السلام أو الاستنباط من الأدله أو الأخذ من المجتهد-لم يفرق بين الزمنين.

ثم قال: «و يمكن بناء ذلك بل لعله الظاهر على اراده النصب العام» .

أقول: يعنى أن مقتضى «فانى جعلته حاكما» و «فإنهم حجتي عليكم» أن للمجتهد أن ينصب العامى، لأن له ما للإمام عليه السلام فيكون للعامى ما للمجتهد. قلت: لكن هذا المعنى يستفاد من

الخبر الثاني منهما فقط.

هذا ما يتعلق بالمسألة حسب الروايات الواردة في الباب، وبقى الإجماع:

قال في الجواهر: «و أما دعوى الإجماع التي سمعتها فلم أتحققها، بل لعل المحقق عندنا خلافها، خصوصا بعد أن حكى في التنقيح عن المبسوط في المسألة أقوالا ثلاثة.» .

أقول: هذه عبارته الشيخ في شرائط القضاء من المبسوط:

«لا- ينعقد لأحد إلا بثلاث شرائط: أن يكون من أهل العلم و العدالة أو لكمال. و عند قوم بدل كونه عالما أن يكون من أهل الاجتهاد، و لا- يكون عالما حتى يكون عارفا بالكتاب و السنه و الإجماع و لسان العرب و عندهم القياس. و في الناس من أجاز أن يكون القاضي عاميا. و الأول هو الصحيح» (١).

و قال في الخلاف: «لا يجوز أن يتولى القضاء الا من كان عارفا بجميع ما ولى، و لا يجوز أن يشذ عنه شيء من ذلك و لا يجوز أن يقلد غيره ثم يقضى به. و قال الشافعي: ينبغي أن يكون من أهل الاجتهاد و لا يكون عاميا و لا يجب أن يكون عالما بجميع ما ولىه

ص: ٣٦

وقال فى القديم مثل ما قلناه، وقال أبو حنيفة يجوز أن يكون جاهلا بجميع ما ولىه إذا كان ثقة و يستفتى الفقهاء و يحكم به. و وافقنا فى العامى أنه لا يجوز أن يفتى.

دليلنا: إجماع الفرقه و أخبارهم، و أيضا توليه الولاية لمن لا يحسنها قبيحه فى العقول بأدله ليس هذا موضع ذكرها بينها فى غير موضع، و أيضا ما اعتبرناه مجمع على جواز توليته و ليس على ما قالوه دليل.» .

فالشىخ قدس سره يدعى الإجماع على اشتراط الاجتهاد مرتين.

فما نسب إليه فى الجواهر عن التنقيح لا وجه له.

و قد ادعى هذا الإجماع أيضا جماعه منهم الشهيد الثانى «قده» .

نعم ان مثل هذا الإجماع-حيث يوجد على معقده أخبار- لا يعتمد عليه، إذ يحتمل أن تكون تلك الأخبار هى المدرك له ((١)) ، فهى المرجع و قد استظهرنا منها عدم الاشتراط.

هذا و لا أقل من دلالة الإجماع و غيره على شهره القول بالاشتراط بين الأصحاب، و ذهاب المشهور الى هذا القول يدل على وجود قرائن لديهم تمنع من انعقاد ظهور تلك الأدله فى المعنى الذى استظهرناه منها حتى ادعوا الإجماع على الاشتراط، و هذا ما يمنعنا من الجزم

بما استظهرناه و يرجح القول باشتراط كونه مجتهدا مطلقا أو فى خصوص مسائل القضاء، مع أن التصدى للقضاء مع الجهل بالمسائل التى سببلى بها و الأدله التى يحتاج إليها خلاف ما هو المرتكر فى أذهان المشرعه.

و أما الجاهل العامى فلا يجوز له التصدى قطعاً.

و هنا مسائل:

(الأولى) هل للمجتهد أن ينصب مقلده للقضاء؟

قد يقال بالعدم لعدم الدليل، و نصب المعصوم «ع» القاصر عن درجه الاجتهاد لا يقتضى جوازه للمجتهد، لان له الولاية العظمى الثابته له من الله تعالى (١).

و قد يقال بالجواز، لعموم أدله ولاية الفقيه (٢) الداله على ثبوت

ص: ٣٨

كل ما للإمام عليه السلام للمجتهد، و من ذلك نصب القضاة، فله أن ينصب مقلده للقضاء بين الناس حسب فتاواه، أو استنادا الى ولايته على النصب للقضاء خاصة، أو يقال: بأن المجتهد منصوب للقضاء و لنصب غيره له.

و تحقيق الكلام فى هذه المسأله موكول الى ما تقرر فى مبحث ولايه الفقيه، و كيف كان فان فتوى المشهور باشتراط الاجتهاد فى القاضى تمنعنا من الجزم بالوجه الثانى.

ص: ٣٩

قال بعض المعاصرين: حكم القاضى فى الشبهه الحكميه- و هى القضيه التى يكون منشأ الترافع فيها الاختلاف فى الفتوى، كما إذا تنازع الورثه فى الأراضى فادعت الزوجه ذات الولد الإرث منها و ادعى الآخرون حرمانها فتحاكما إلى القاضى-إرشادى لا مولوى، لأنه حينئذ تنجيز للمتجز و هو تحصيل للحاصل و هو محال، فلا- يتصور الحكم فى الشبهات الحكميه. و عليه يكون المراد من روايه عمر بن حنظله هو الفتوى لا الحكم، و حينئذ تبقى روايه أبى خديجه بلا معارض (١).

وفيه: أولاً-انه لا ظهور لروايه عمر بن حنظله فى الشبهه الحكميه بل النزاع فى «الدين» من حيث الشبهه الموضوعيه أكثر و أظهر، و كذا «الميراث» فقد يترافع حوله بنحو الشبهه الموضوعيه.

و ثانيا: ان الحكم يعتبر فيه النفوذ عند العقلاء، فهو أمر اعتبارى ينتزع منه وجوب الامتثال، فالفرق بين «الفتوى» و «الحكم» ظاهر و ليست المقبوله ظاهره فى الأولى.

(الثالثه) ما المراد من معرفه الاحكام و العلم المعتبر فى القاضى؟

ان كان المراد من «عرف أحكامنا» هو معرفه الاحكام الواقعيه كان المعنى نفوذ حكم من علم بأن حكمه هذا هو حكم الله الواقعى فقط، و مع الشك فلا يجوز الرجوع اليه و لا ينفذ حكمه، لأنها

ص: ٤٠

شبهه مصداقيه كما إذا قال: أقتد بالعدل، فشك في عداله زيد، فلا يجوز له الائتمام به.

و ان كان المراد كون الخصمين عالمين بأنه عارف بأحكامهم عليهم السلام فما هو الحكم في صوره اختلافهما في معرفه هذه الجبهه فيه؟ و بعبارة أخرى: هل ينفذ حكم الحاكم في القضيه مع العلم بالخلاف؟ أقول: لم تلحظ الخصوصيات في «الرجل» العالم بشيء من قضايا الأئمه عليهم السلام، و العارف بأحكامهم، من حيث أنه عالم بالحكم الواقعي أو أنه عالم حسب علمه هو أو علم المتخصصين.

فان هذه الدقائق لم تكن ملحوظه عند الأمر بالرجوع الى هكذا عالم، بل يكفي كون الرجل عالما مشارا اليه بالعلم، و على هذا عمل الناس في هذه الأزمنه أيضا، و ليس معنى الروايات هذه مجملا عندهم.

و أما في موارد العلم بالخلاف فنقول: ان حكم الحاكم ملزم و نافذ، إلا في صوره كون أحد الطرفين عالما بالخلاف، فلو كان المدعى يعلم بأن المال الذي يدعى تملكه ليس له-بل لخصمه-لكن أحضر لدى القاضى شاهدين فحكم بأنه له، فان هذا الحكم لا-يجوز له التصرف في هذا المال، لانه عالم بالخلاف و بكذب دعواه، و ليس عدم نفوذ حكم القاضى حيث رددا لحكمه بل انه رد لدعواه نفسه و إقرار بكذبه فيها.

و لو علم المحكوم عليه بمخالفه الحكم للواقع كما إذا علمت

المرأه بأنها ليست بزوجه لزيد لكن حكم القاضى بزوجيتها له، فلا ينفذ هذا الحكم-حتى لو قيل بنفوذ الحكم مع العلم بالخلاف فيما إذا كان مورد الترافع مالا-فلا- يجوز لزيد وطؤها، و على المرأه أن لا تمكنه من نفسها ما أمكن، لأن حكم الحاكم ليس محللا للحرام.

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

الضبط:

قال المحقق قدس سره: «و يدخل فيه أن يكون ضابطا، فلو غلب عليه النسيان لم يجز نصبه» .

أقول: هذا مما لا يحتاج الى الدليل، فلا بد من أن يكون القاضى ضابطا-بالإضافة إلى العلم-بهذا المعنى (١).

ص: ٤٢

قال: «و هل يشترط علمه بالكتابة؟ فيه تردد. و الأقرب:

اشترط ذلك.» (١).

أقول: ان كان عدم علم القاضى الجامع للشرائط بالكتابة موجبا لوقوع الخلل فى الحكم أو مقدماته فهو، و الا فإن الكتابة بنفسها لا ضروره لها، و على هذا عمل أصحاب الحوانيت و الكسبه، فإنهم يكتبون مطالباتهم فى الدفاتر حذرا من الضياع و النسيان، و أما إذا كان أحدهم متمكنا من حفظ ذلك فلا يكتب.

و مع إخلال الجهل بالكتابة في الحكم أو مقدماته يشترط العلم بالكتابة في القاضى مع عدم وجود عارف بها يطمئن اليه و يستعين به و الا فلا حازه.

٧- الذكور:

قال المحقق «قده»: «و لا ينعقد القضاء للمرأة و ان استكملت الشرائط» .

أقول: ادعى عدم الخلاف بل الإجماع على عدم انعقاد القضاء للمرأة، و استدل بوجوه:

الأول: قوله تعالى «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» فإنه ظاهر في قيمويه الرجال على النساء، و لازمها سلطنه الرجال و حكومتهم عليهن دون العكس.

فان قيل: الآيه وارده في مورد الزوجين.

قلنا: و هل يجوز أن لا تكون المرأة ذات سلطنه في شئونها مع زوجها و تكون لها السلطنه في خارج دارها، و على غير زوجها من الرجال؟ فان قيل: الآيه المباركه تنفى ولايه النساء على الرجال، و أى مانع من ولايه المرأة على النساء؟ فإنه يقال: بأن ذلك مقتضى الإجماع المركب.

«بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ» (١) قال الفاضل الجواد «قده» :

ص: ٤٤

«أى الرجال على النساء، وذلك بالعلم والعقل وحسن الرأى والتدبير والعزم ومزيد القوه فى الأعمال والطاعات والفروسيه ورمى، وان منهم الأنبياء والأئمه والعلماء، وفيهم الإمامه الكبرى وهى الخلافه والصغرى وهى الاقتداء بهم فى الصلاه، وانهم أهل الجهاد والأذان والخطبه. الى غير ذلك مما أوجب الفضل عليهن.

قال فى الكشاف: وفيه دليل على أن الولاية انما يستحق بالفضل لا بالتغليب والاستطاله والقهر. قلت: هذا مما أجراه الله على لسانه، فانا لم نجد فيمن تقدم على على عليه السلام بعد النبى صلى الله عليه وآله وسلم فضيله يستحق بها الولاية كما عرف فى محله (١).

ولا ريب فى أن جهات الفضيله موجوده فى نوع الرجال-سواء فى ذلك الصفات الخلقية والخلقيه-ولست فى نوع النساء.

ويشهد بذلك ما ذكره الفاضل المذكور من أن فيهم النبوه والإمامه والولاية، ولم نجد إلى الان انعقاد القضاء لامرأه، ولو كان ذلك جائزاً لتصدى له بعض النساء الفاضلات كالصديقه الطاهره وعقيله بنى هاشم عليهما السلام ولو بالنسبه الى النساء خاصه، بل ان حضور النساء عند القاضى الرجل-فى حال جواز انعقاده لامرأه-مرجوح مرغوب عنه شرعاً.

على أنا قد استشكلنا فى إمامه المرأه للنساء واقتدائهن بها فى

ص: ٤٥

١- ١) مسالك الافهام الى آيات الأحكام: ٣-٢٥٧.

الصلاه لعدم وجود دليل معتبر يدل عليه (١)) هذا و الآيه نازله بعنوان حكم الهى فى قضيه رواها الطبرسى (١) و هى تدل على أن للرجال الولايه على النساء، و ليس لهن عليهم ولايه.

فهى مخصصه لعمومات الحكومه بالعدل (٢)).

الثانى - قوله تعالى «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَ لِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ» (٢) فإن هذه الآيه ظاهره فى أن للنساء على الرجال حقوقا و لكن

ص: ٤٤

١-١) مجمع البيان فى تفسير القرآن: ٢-٤٣.

٢-٢) سوره البقره: ٢٢٨.

«لِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ» .

الثالث-قوله تعالى «وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ» (١) و استلزام تصدى المرأه القضاء للخروج عن البيت و إسماع صوتها الرجال و غير ذلك من الأمور المنهى عنها فى الشرع فى غايه الوضوح، و تعبير الأصحاب و الصحابيات عائشه بنت أبى بكر على خروجها من بيتها إلى البصره -من هذه الجبهه- و نهيم إياها عن الخروج و تذكيرهم لها بأمر الله و حكمه بأن تقر فى بيتها مشهور.

الرابع-قوله عليه السلام فى معتبره أبى خديجه: «انظروا الى رجل» . لا- يقال: انه ليس للرجل موضوعيه، لأنه لا- يمكن إلغاء الخصوصيه فى مثل هذا المقام، و أن مناسبه الحكم و الموضوع تقتضى الموضوعيه، فالروايه هذه مقيده للروايات المطلقه ان لم تكن منصرفه عن النساء.

الخامس-ما ورد فى وصيه النبى صلى الله عليه و آله و سلم لأمير المؤمنين عليه السلام المرويه فى الفقيه بإسناده عن حماد بن عمرو و أنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام- «يا على ليس على المرأه جمعه-الى أن قال-و لا تولى القضاء» (٢) و هذا النفى وضعى كما لا- يخفى، و الروايه و ان كانت غير تامه سندا (١) الا- أن روايه الأصحاب لها و استدلالهم بها يجبر ضعفها

ص: ٤٧

١- ١) سورة الأحزاب: ٣٣.

٢- ٢) وسائل الشيعة: ١٨-٦.

كما تقرر هذا المعنى بالنسبة إلى حديث «علي اليد.» و نظائره.

و ربما يقال: ان قوله صلى الله عليه و آله «ليس على النساء.

و لا تولى القضاء» لا يدل على المنع، بل ظاهره عدم الوجوب.

و فيه: ليس الأمر كذلك فى كل مورد، فان هناك موارد جاء فيها «ليس على.» بمعنى «لا يجوز.» .

السادس-النبوى «لا يفلح قوم وليتهم امرأه» (١)). .

السابع-ما عن مكارم الأخلاق: «ان الإقامه للصلاه.

و لا تتولى المرأة القضاء» (١) و هى مطلقه تعم الحكم الوضعى و التكليفى معا (٢)). .

ص: ٤٨

الحرية:

و هل يشترط الحرية؟ قال فى المبسوط: نعم، و قال المحقق:

الأقرب: انه ليس شرطاً.

و قد استدلل للأول فى المبسوط و المسالك و غيرهما بأمرين:

أحدهما: ان من كان لغيره ولاية عليه لا يكون ذا ولاية، و الثانى:

ان القضاء منصب عظيم و العبد قاصر عن نيل هذا المنصب.

و الجواب: أما عن الأول فبأنه متى اجتمعت الشرائط المعتبره فيه و أذن له المولى فى تصدى القضاء فلا مانع.

و أما عن الثانى: فبأن مقتضى الإطلاقات جوازه للعبد ان كان واجدا للشرائط المعتبره كالحر (١).

فى قاضى التحكيم حكم تولى القضاء هل يجوز الرجوع الى المفضول مع وجود الأفضل عند التعدد؟ هل يجوز للقاضى الاستخلاف؟ . حكم ارتراق القاضى من بيت المال بم تثبت ولايه القاضى؟ جواز نصب قاضيين فى البلد الواحد ما يتعلق بانعزال القاضى و عزله هل ينعزل بموت الامام؟ هل تنعقد الولاية لفاقد الشرائط لو نصبه الإمام مصلحه؟ هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته؟

(فى الكلام فى قاضى التحكيم)

قال المحقق «قده»: «يشترط فى ثبوت الولاية اذن الامام عليه السلام أو من فوض إليه الإمام» .

أقول: لا ريب و لا خلاف فى هذا، و قد أشرنا الى ما يدل على ثبوته، و هذه الكلمه من المحقق «قده» كمقدمه لقوله بعده:

«و لو استقضى أهل البلد قاضيا لم يثبت ولايته. نعم لو تراضى خصمان بواحد من الرعيه.» .

أقول: أما عدم نفوذ حكم من استقضاه أهل البلد فإنه بالنسبه إلى زمن حضور المعصوم و بسط يده واضح، لأن النبى و أمير المؤمنين صلى الله عليهما و آلهما و سلم كانا يرسلان القضاء إلى البلاد، فلا ينفذ حكم قاض آخر مع وجود القاضى المنصوب من قبل المعصوم. و أما فى زمن الغيبه-أو الحضور مع عدم بسط

اليد-فإن الإذن العام الصادر منهم عليهم السلام- كما تدل عليه الروايات- يقتضى نفوذ حكم القاضى الذى استقضاه أهل البلد و طلبوا منه النظر فى مرافعاتهم على الخلاف فى الصفات المعتره فيه، و القدر المتيقن هو المجتهد المطلق.

فعلية: لا ينفذ حكم من استقضاه الناس من دون مراجعه الإمام المبسوط اليد و كسب اذنه، و أما فى زمن الغيبه أو عدم بسط اليد فالإذن العام يكفى لنفوذ حكم من كان هذا الاذن شاملا له.

و لقد أشكل الأمر هنا على الأصحاب فقالوا: ان كان من رجع إليه أهل البلد مجتهدا فالإمام قد أذن فى الرجوع اليه مطلقا، و ان لم يكن مجتهدا فلا اعتبار بحكمه مطلقا، فأى ثمره لهذا الكلام؟ لكن بما ذكرنا ظهرت الفائده فى عبارته و علم المراد من عنوان المسأله.

و قيل: المراد من قوله: «لو استقضى» هو القاضى العام فى البلد لعموم أهله. و من قوله «نعم» هو من استقضاه الخصمان فى واقعه خاصه من غير أن يعرف بأنه قاضى البلد. أقول: لكن الاولى ما ذكرناه.

هل يشترط الرضا بالحكم بعده؟

قال المحقق «قده»: «و لا يشترط رضاهما بعد الحكم» .

أقول: فى المسأله قولان، فالمشهور هو النفوذ و كفايه الرضا قبل الحكم فليس لهما الرجوع عن حكمه و لا يشترط رضاهما بعد

الحكم، و قيل: يشترط رضاها بعد الحكم أيضا.

أقول: مقتضى الدليل التعبدى تأثير رضاها بالحكم بعده فى بعض الموارد مثل كون الديه على العاقله (١)، و فى بعض الموارد لا- يتوقف الحكم على الرضا أصلا كما إذا تنازعا فى الرضاع مثلا بأن قال أحدهما بتحقيق الرضاع الموجب للحرمة فى مورد و قال الآخر بعدمه، فحكم الحاكم حسب القواعد و الأدله، فإنه لا أثر لرضاها بعدئذ. و الحاصل: ان تأثير رضاها على القاعده إلا إذا دل الدليل فى مورد على العدم أو التأثير بأثر بالنسبه الى غير المتخاصمين.

و يمكن أن يستدل لكفايه الرضا السابق فى جميع الموارد بروايه الحلبي قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ربما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعه فى الشىء فيتراضيان برجل منا. فقال: ليس هو ذاك انما هو الذى يجبر الناس على حكمه بالسيف و السوط» (١) بأن يقال: فرق بين لسانها و لسان معتبره أبى خديجه التى جاء فيها:

«فانى قد جعلته قاضيا» فتلك تعلل نفوذ الحكم بالجعل و هذه بالرضا

ص: ٥٥

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-٥. و هى صحيحه.

و ظاهرها نفوذ حكم من رضى المتخاصمان من الأصحاب بحكمه إذ ليس من أولئك الذين يجبر الناس على حكمهم بالسيف و السوط.

نعم يشترط كونه واجدا للشرائط المعتبره، و حيثئذ يكون الرضا دليلا على النفوذ كالأذن مطلقا، و على هذا فلا تبقى ثمره لهذا البحث بالنسبه إلى زمن الغيبه حيث تحقق الاذن منهم بنفوذ حكم المجتهد من دون أثر للرضا. الا أن يدعى دلالة ما فى ذيلها و هو قوله عليه السلام «انما هو الذى.» على لزوم الرضا بعد الحكم، أى بأن يكونان مطيعين للحكم و منفذين له بدون إجبار، فلو كان كذلك لم ينفذ الحكم.

هذا و يدل قول المحقق: «و لا يشترط رضاهما بعد الحكم» على جواز الرجوع عن الرضا بالحكم قبله.

هل يشترط فيه ما يشترط فى المنسوب؟

قال: «و يشترط فيه ما يشترط فى القاضى المنسوب عن الإمام» .

أقول: أشكل عليه بأن هذا الكلام لا ثمره له أصلا، لأنه بعد اشتراط كونه واجدا للشرائط المعتبره فى القاضى المنسوب من الاجتهاد و غيره يكون قاضى التحكيم المستجمع لها منصوبا من قبل الامام عليه السلام و مأذونا له فى الحكم.

و قال جماعه: بأن هذا الفرع يجرى فى زمن حضور الولى الذى بيده الحكم و نصب القاضى لأجل الحكم، فإنه ينفذ حكم من تراضى الخصمان بالتراجع عنده مع كونه واجدا للشرائط المعتبره

و ان لم يأذن له الامام بالحكم، سواء كان فى زمن الحضور مع بسط اليد كزمن النبى و أمير المؤمنين عليهما الصلاه و السلام أو مع عدمه فلا ثمره للبحث عن قاضى التحكيم فى زمن الغيبه، لأنه ان لم يكن واجدا للشرائط فلا أثر لحكمه و ان كان واجدا لها فقد دلت المقبوله و غيرها على أن من كان كذلك كان مأذونا من قبل الإمام فى الحكم.

و عن بعض المعاصرين تصوير المسأله بحيث يكون لها ثمره فى زمن الغيبه كذلك، لدلاله روايه الحلبي المتقدمه على أنه لا مانع من الترافع عند من تراضيا بالترافع عنده، و انما منع الامام عليه السلام من الترافع عند من يجبر الناس على الترافع عندهم بالسوط و السيف، فالروايه ظاهره فى أنه حيث لا جبر يصح الترافع و ان لم يكن واجدا للشرائط، فيكون حاصل البحث: ان الامام عليه السلام يقول بأن تلك الشرائط انما تعتبر فيما إذا كان هناك إجبار على قبول الحكم بعد إصداره- و ان الحاكم الحق أيضا قد يلتجأ الى السيف و السوط لتنفيذ أحكامه- فمفاد قوله إذا لم يكن سيف و سوط انه ينفذ حكمه و ان لم يكن مجتهدا و يكفى علمه بالحكم فى الواقعه المتخاصم فيها.

و كذا معتبره أبى خديجه فإنها ظاهره فى عدم لزوم الاجتهاد بل يكفى كونه عالما ببعض القضايا، و الرضا بالحكم عله لجواز الرجوع اليه.

و قوله تعالى «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا

وَ إِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» يشمل بإطلاقه العامى غير المأذون بالحكم الذى تراضيا بالتراجع عنده.

أقول: و فى هذا القول نظر، فان الآيه و أمثالها لم نتمسك بإطلاقها لأجل نفوذ حكم غير المجتهد المطلق بل أخذنا بالقدر المتيقن منها و هو المجتهد المطلق، فكيف يكون لها إطلاق بالنسبه إلى العامى الذى تراضيا بالتراجع عنده؟ و أما روايه أبى خديجه فليس المستظهر منها ما ذكر، بل تقدم أنها ظاهره فى أن من كان كذلك فتراضوا بالرجوع إليه لأنه مجعول حاكما من قبلى فإذا حكم فقد حكم بحكمتنا، و مع التسليم بما ذكره فإن النسبه بين هذه الروايه و المقبوله العموم من وجه فيقع التعارض و يتساقطان و يرجع الى الأصل المذكور فى أول الكتاب.

و لكن الصحيح هو ما استظهرناه سابقا، و أنه يتقدم المنطوق على مفهوم تلك الروايه الأخرى لأن المنطوق يتقدم على المفهوم، و لانه خاص أيضا، بل لقد احتملنا سابقا كون المقبوله بصدد بيان اعتبار المعرفه و النظر فى الاحكام، و المعتبره بصدد بيان العلم بالقضايا، فتكون إحداهما مؤكده للأخرى. نعم لا يشترط الإحاطه بجميع الاحكام و القضايا بل يكفى كونه مجتهدا متجزيا (١)

فالحاصل ان كان المستفاد من المقبوله و المعتبره هو اشتراط كونه مجتهدا كما تقدم فنقول بنفوذ حكم المجتهد المطلق و
المجتهد

المتجزى، و أما إذنهما لغيرهما للتصدى فيحتاج الى دليل.

و لو فرض الإطلاق فى «يعلم شيئاً» فإن المشهور قد أعرضوا عنه و أفتوا بخلافه و لعله لقرينه موجوده عندهم مفقوده عندنا، فالقول بجواز جعل العامى قاضيا للتحكيم مشكل جدا (١)).

ص: ٥٩

و هل يشترط الأعلمية؟

لا دليل على اعتبار هذا القيد، و الأدله مطلقه، على أنه يستلزم العسر و الحرج.

و هل يشترط الأعلمية فى البلد؟

يمكن اشتراط ذلك فى البلاد الصغيره، و أما الكبيره فإنه يستلزم العسر و الحرج و الأدله مطلقه.

و أما قول أمير المؤمنين عليه السلام فى عهده لمالك رضى الله عنه: «اختر أفضل رعيتك» (1) فظاهر فى الأولويه.

ص: ٦٠

١-١) وسائل الشيعه: ١٨-١٦٣ و عهد الإمام أمير المؤمنين عليه السلام الى مالك الأشر رضى الله عنه مذكور فى نهج البلاغه.

وقال صاحب الجواهر «قده» باشرط أن لا يكون الحاكم المجتهد انسداديا، لان الانسدادي غير عالم وقد اعتبر الشارع كونه عالما بالأحكام. إلا- إذا كان عالما وقاطعا بحكم الله تعالى و ان كان عن طريق ظني لان ظنيه الطريق لا تنافي قطعيه الحكم، و أما مع كونه ظانا بالحكم في حينه فلا يجوز الرجوع اليه و لا ينفذ حكمه.

أقول: و هذا متين إلا إذا صادف كون جميع الفقهاء في عصر من العصور انسداديين.

قال المحقق «قده»: «و يعم الجواز كل الأحكام» .

أقول: هذا إشاره إلى مذهب بعض العامه الذين خالفوا في هذا الحكم أو من فصل فقال بنفوذه في بعض الاحكام فقط.

نفوذ قضاء الفقيه في الغيبه:

قال المحقق: «و مع عدم (١) الامام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت.» (٢)

و لو عدل و الحال هذه الى قضاءه الجور كان مخطئا» (١)).

أقول: و فى الجواهر: نعم لو توقف حصول حقه عليه و لو

ص: ٦٢

لامتناع خصمه عن المرافعه الا إليهم جاز. و قال السيد «قده» فى العروه: لا يجوز الترافع الى قضاء الجور اختيارا و لا يحل ما أخذه بحكمهم إذا لم يعلم بكونه محقا الا من طرف حكمهم، و أما إذا علم بكونه محقا واقعا فيحتمل حليته.

أقول: لكن الروايه (١) تدل على عدم جواز الأخذ بحكمهم و ان كان حقا، الا أن تحمل الروايه على صورته شكه بكونه محقا و أن أخذه بحكمهم حالكونه شاكا غير جائز، فإن تم هذا الحمل لم تشمل الروايه صورته العلم و لم يبعد كلام السيد قدس سره.

و عن الكفايه: ان حكم الجائر بينهما فعل محرم و الترافع إليه يقتضى ذلك فيكون اعانه على الإثم و هى منهى عنها. و أجاب فى الجواهر بمنع كونه إعانه أولا و منع حرمتها ثانيا.

أقول: أما الحكم فإنه يصدر من القاضى اختيارا و ليس الترافع إليه اعانه عليه لانه ليس له أثر فى تحققه فليس من قبيل إعطاء السوط

لأجل الضرب ظلماً-و ان كان لولاه لما صدر الحكم منه، فهو كأن يقول لزيد: أقتل عمرا، فان كلامه هذا ليس مؤثرا في تحقق القتل مع فرض اختيار زيد و قدرته على الترك. هذا وجه ما ذكره أولا.

و وجه ما ذكره ثانيا هو: دعوى انصراف روايه ابن حنظله المشار إليها إلى صورته عدم توقف إنفاذ الحق و احقاقه على الترافع إليه، فيكون حكمه في هذا المورد الخاص غير محرم و ان كان في سائر الموارد حراما، و إذ ليس هذا الحكم اثما فليس الترافع إليه اعانه على الإثم.

هذا ان أراد عدم حرمة الحكم، و يمكن أن يراد عدم حرمة هذه الإعانه على هذا الإثم، نظير ما إذا رجع الى جائر لإنقاذ حقه من غاصب، فلو ضرب الجائر الغاصب و استرجع الحق منه كان رجوعه إليه اعانه على الإثم-إذ لو لم يرجع إليه لما ضربه-و لكنها و الحال هذه ليست اعانه محرمه، نظير ضرب اللص المتوقف عليه دفعه و حفظ المال.

أقول: لكن مقتضى ذلك هو القول بعدم حرمة هذا الضرب أيضا.

هذا و استدل في الجواهر بخبر علي بن محمد قال: «سألته هل تأخذ في أحكام المخالفين ما يأخذون منا في أحكامهم؟ فكتب عليه السلام: يجوز لك ذلك ان شاء الله إذا كان مذهبكم فيه التقيه و المداراه لهم» (١) قال: بناء على ما في الوافي من أن: المراد هل

يجوز لنا أن نأخذ حقوقنا منهم بحكم قضاتهم كما يأخذون منا بحكم قضاتهم. يعنى إذا اضطر اليه كما إذا قدمه الخصم إليهم.

أقول: ان كان هذا معنى الروايه كانت هذه الروايه معارضه لروايه ابن حنظله الداله على أن المأخوذ بحكمهم سحت و ان كان حقا ثابتا، الا أن تحمل تلك على صورته التمكن من إنقاذ الحق من طريق آخر و تحمل هذه على صورته الانحصار و الضروره، أو تحمل هذه على صورته العلم بكونه محقا و تلك على صورته الجهل أو الشك بكونه حقا له كما تقدم.

و يحتمل أن يكون المراد: انهم يقولون-مثلا-بصححه الطلاق ثلاثا فى المجلس الواحد و نحن نقول ببطلانه، فهل يجوز لنا أن نحكم عليهم طبق أحكامهم و فتاواهم و نعاملهم بحسبها؟ فتكون نظير «الزموهم ما ألزموا به أنفسهم.» (١) و تخرج بذلك عن مبحث القضاء.

و عن على بن الحسين عليهما السلام: «إذا كنتم فى أئمه الجور فامضوا فى أحكامهم و لا تشهروا أنفسكم فتقتلوا و ان تعاملتم بأحكامنا كان خيرا لكم» (١).

ص: ٦٥

و مورد هذه الروايه خصوص حال التقيه، و العبادات فى تلك الحال صحيحه نصا و فتوى، أما المعاملات فلو عامل طبق أحكامهم تقيه فهل تصح حالكونها باطله عندنا؟ قال فى الجواهر: لم يحضرنى الان كلام للأصحاب بالخصوص. أقول: و كيف كان فهى وارده فى حال التقيه و لا مناسبه لها بمورد انحصار طريق الاستنقاذ بذلك، إلا إذا كان الانحصار من جهه التقيه فهى داله على الجواز حينئذ.

و فى المسالك: «يستثنى منه ما لو توقف حصول حقه عليه فيجوز كما يجوز الاستعانه على تحصيل الحق بغير القاضى، و النهى فى هذه الاخبار و غيرها محمول على الترافع إليهم اختيارا مع إمكان تحصيل الغرض بأهل الحق و قد صرح به فى خبر أبى بصير (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «فى رجل كان بينه و بين أخ له مماراه فى حق فدعاه الى رجل من اخوانه ليحكم بينه و بينه فأبى الا أن يرافعه إلى هؤلاء كان بمنزله الذين قال الله عز و جل أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَ مَا نُزِّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ. الآيه» .

أى فإنها ظاهره بل صريحه فى اختصاص النهى عن الترافع

ص: ٦٦

إليهم بصوره التمكن من الترافع إلى القاضى العدل، و قد وافقه فى الجواهر على ذلك و أضاف: بأن الإثم حينئذ على الممتنع.

و قد استدلل لجواز الترافع إلى الجائر حتى مع التمكن من العادل ان كان عالما بكونه محققا بخبر ابن فضال قال: «قرأت فى كتاب أبى الأسد الى أبى الحسن الثانى عليه السلام و قرأته بخطه سأله: ما تفسير قوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ؟ فكتب بخطه: الحكام: القضاة. ثم كتب تحته: هو أن يعلم الرجل أنه ظالم فيحكم له القاضى، فهو غير معذور فى أخذه ذلك الذى قد حكم له إذا كان قد علم أنه ظالم» (١).

أقول: و التحقيق أنه لو لا- أدله النهى المطلقة لحكمنا بجواز الترافع الى قضاة الجور مع العلم بالحق أو الشك سواء تمكن من الترافع الى العادل أو لا- بمقتضى الآية الكريمة و الروايه الوارده فى ذيلها، لكن الآية مطلقه و تلك الأدله و ارده فى خصوص قضاة الجور و أنه لا يجوز الترافع إليهم حتى مع العلم بالحق أو الشك فيه، فمقتضى الجمع جواز الرجوع الى الحاكم الجائر فى صورته العلم أو الشك بكونه محققا مع عدم التمكن من الترافع إلى القاضى العادل، و أما فى صورته العلم بالخلاف فلا يجوز مطلقا كما لا يجوز الترافع الى قضاة الجور فى صورته التمكن من العادل حتى مع العلم بكونه محققا.

ص: ٦٧

و استدلل المحقق الآشتياني للجواز فى صورته توقف أخذ الحق على التحاكم الى قضاءه الجور بقاعده نفى الضرر و الضرار فى الشريعة. و فيه: ان قاعده نفى الضرر لا ترفع الضرر، أى:

ان الحكم بحرمه الترافع إليهم فى صورته التوقف ضرورى و لكن لا- دلالة للقاعده على كون عدم نفوذ حكمه حيثئذ ضروريا كذلك، فلا تقتضى القاعده هذه الارتفاع الحرمه التكليفيه، و أيضا: ان كان معنى «السحت» فى قوله عليه السلام: «و ما يحكم له فإنما يأخذ سحتا و ان كان حقه ثابتا» بمعنى الإثم رفعتة قاعده نفى الضرر، و أما ان كان بمعنى حرمة الأكل فإنه حكم ضررى مجعول، و من المعلوم أن القاعده لا ترفع الحكم الضررى المجعول.

ص: ٦٨

(فى حكم تولى القضاء)

قال المحقق «قده»: «تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه و ربما وجب و وجوبه على الكفايه.» .

أقول: فيه مطالب: الأول: تولى القضاء مستحب، و ظاهر كلامه أنه مستحب ذاتا. الثانى: انه لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه.

الثالث: انه قد يجب. الرابع: وجوبه حينئذ كفايى.

و فى الدروس: و لو وجد غيره ففى استحباب تعرضه للولايه نظر من حيث الخطر و عظم الثواب إذا سلم، و الأقرب ثبوته لمن يثق من نفسه القيام به.

و فى الروضه: و فى استحبابه مع التعدد عينا قولان: أجودهما ذلك مع الوثوق.

و فى كشف اللثام: و يستحب التوليه على الأعيان الا من وجبت عليه عينا، لأنه أمر مرغوب عقلا و شرعا.

و فى الرياض: استجابـه-أى قبولـه-عينى، فلا ينافى ما قدمناه من أنه واجب كفاى (١)).

ص:٧٠

أقول: المنافاه أو عدمها يتوقف على بيان الواجب الكفائي، و هو: ما وجب إتيانه على الكل و يسقط يأتیان البعض بخلاف العيني و سقوط الوجوب يكون إما بالإطاعه و اما بالعصيان و اما بارتفاع الموضوع، و محل الكلام من قبيل الثالث، نظير ما إذا صلى أحد المكلفين على الميت فإنه لا يبقى موضوع للوجوب، إذ لا يجب إلا صلاه واحده عليه، و لما كان الوجوب و الاستحباب ضدین فكيف يكون الشيء الواحد واجبا و مستحبا معا؟ المستحب ما يجوز تركه فإذا كان مستحبا عينيا كيف يكون واجبا لا يجوز تركه و أنه إذا ترك فالكمل معاقبون على ذلك؟ و قيل: الواجب الكفائي ما يجب فعله على المجموع. و لم يتضح لنا وجه الفرق بين هذا التعريف و ما ذكرناه.

فالحاصل: دعوى عدم التنافي بينهما غير واضحه عندنا.

فالقائلون بعدم المنافاه فى سعه من توجيه عباره المحقق، و أما الذين لا يوافقون على ذلك فقد حاولوا توجيهها، ففى المسالك: وظيفه القضاء من فروض الكفايه لتوقف النظام عليه أو لما يترتب عليه من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و لعظم فائدته تولاه النبى صلى الله عليه و آله و سلم و من قبله من الأنبياء بأنفسهم لامتهم

و من بعدهم من خلفائهم، و حينئذ فحكم المصنف باستجابته لمن يثق بنفسه محمول على طلبه من الامام ممن لم يأمره به إذا كان من أهله، أو على فعله لأهله في حال الغيبة حيث لا- يتوقف على اذن خاص. و قوله «و ربما وجب» يتحقق الوجوب فيما ذكرناه من طلب الامام له و فيما إذا انحصر الأمر فيه و لم يعلم الامام به أو لم ينحصر بالنظر الى الوجوب الكفائي أو على تقدير توقف حصول الحق عليه أو الأمر بالمعروف في حال الغيبة. و قوله «و وجوبه على الكفايه» يعنى به على تقدير وجوبه عنده، و انما يكون على الكفايه إذا أمكن قيام غيره مقامه و لم يعينه عليه الامام و الا كان وجوبه عينيا كغيره من فروض الكفايات إذا لم يحصل منها الا فرد واحد.

أقول: ان كان مراد المحقق «قده» تولى القضاء و التصدى لهذا المنصب فإنه يختص بزمان حضور الإمام، لأنه الزمن الذى لا حكم وجوبى عليه-الا فى حال تعيين الامام و نصبه-فيستحب له الحضور عند الإمام لأخذه منه، و لا مورد للاستحباب غيره، فان نصبه كان واجبا عينيا و ان نصب جماعه كان كفاييا، و لا يجتمع الاستحباب مع الوجوب الكفائي.

و ان كان المراد أن يجعل نفسه فى معرض ترفع الناس اليه -و ان كان هناك قاض-فان كان التصدى واجبا عليه كان تعريض نفسه لذلك واجبا كذلك من باب المقدمه، و ان كان واجبا عليه و على غيره كفايه كان ذلك واجبا عليه من باب المقدمه كذلك إذ لا يكون

ذو المقدمه واجبا و المقدمه مستحبه.

و ان كان المراد من التولى نفس القضاء و فصل الخصومه فإن كان فى زمن الحضور و قد نصب لذلك و أمر به كان واجبا عينيا عليه و مع الاذن العام يكون واجبا كفاثيا فلا يتصور الاستحباب.

و ان كان القضاء وجوبه من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر كان واجبا عليه من باب مقدمه الواجب.

فالحاصل: ان من كان حكمه فى زمن الغيبه نافذا كان وجوب القضاء عليه كفاثيا سواء وجد غيره أيضا لوضوح الأمر حينئذ، أو لم يوجد غيره لان الواجب الكفاثي لا ينقلب معه إلى العيني، بل يتعين عليه القضاء بحكم العقل، و هذا هو مراد من عبر بالواجب العيني حينئذ.

فظهر أنه لا يتصور الاستحباب.

و خالف فى استحبابه أو وجوبه بعض العامه فحكم بكراهته لعظم خطره و نظرا إلى الأحاديث المحذره. و أوجب عنه فى المسالك و غيره بأن المقصود من التحذير بيان عظم خطره و لزوم شدة الاحتياط فيه.

ثم ان الاحكام التى ذكرها المحقق «فده» فى هذه المسأله بالنسبه إلى زمن الحضور (١)) لا ثمره للبحث عنها بالنسبه إلينا، نعم

يحتمل وجود الثمره فى قوله: «و لو وجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله، و لو ألزمه الإمام: قال فى الخلاف: لم يكن له الامتناع.» .

أقول: وجه ما ذهب اليه المحقق «قده»: أن الامام لا يوجب ما وجب كفايه بالوجوب العينى، فلو خاطب الإمام أحد المكلفين فى واجب كفائى لم يخرج بذلك عن كونه كفائى و لا يلزم بامثاله مع وجود غيره.

و وجه ما ذكره الشيخ «قده» فى الخلاف: أن المصالح قد توجب اختلاف الحكم و تغييره-لا أنه يجتمع حينئذ حكمان- فيكون كحال الاضطرار و طرو العنوان الثانوى.

فظهر أنه لا اختلاف بين المحقق و الشيخ فى المسأله لاختلاف الموضوع، و أن الامام عليه السلام لا يجعل الواجب الكفائى عينيا بالعنوان الاولى.

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

أقول: علم الامام عليه السلام بالأمر يكون فى ظرف ارادته و اشاءته لانه يعلم به (١)) ، فعلم الامام كبصر البصير، و دليل الوجوب فى حال عدم وجود غيره أن القضاء من باب الأمر بالمعروف فيكون -بناء عليه- واجبا من باب المقدمه. و هذه العبارة كالتمهيد لقوله:

هل له ان يبذل مالا ليلى القضاء؟

«و هل يجوز أن يبذل مالا ليلى القضاء؟ قيل: لا لأنه كالرشوه» .

أقول: أما فى زمن الحضور فلا مورد لهذا الفرع كما هو واضح، و أما فى زمن الغيبه حيث الأمر بيد السلطان و لا قاضى يقضى بالحق فإن راجعه فاشترط عليه بذل مال فهل له أن يبذله لتصدى ذلك لغرض الحكم بالحق و إجراء الأحكام الإلهيه و أداء الواجب عليه؟ لا- يبعد الجواز بل الوجوب مقدمه للواجب، نظير الضرائب التى تعينها الحكومات لاداء بعض الفرائض كالحج حيث يجب دفعها مع الإمكان لأجل التمكن من أداء الواجب. هذا مع انحصار القاضى به و الا فلا وجوب، و يشترط-على أى حال- أن يثق من نفسه القيام بالحق و الالتزام بالأحكام، و ليس هذا رشوه و لا كالرشوه.

نعم يحرم هذا المال على آخذه.

ص: ٧٥

(هل يجوز الرجوع الى المفضل مع وجود الأفضل) ؟

قال المحقق «قده» : «إذا وجد اثنان متفاوتان فى الفضيله مع استكمال الشرائط المعبره فيهما، فان قلد الأفضل جاز» .

أقول: لا خلاف و لا إشكال فى ذلك، و فى الجواهر: و ان كان المفضل أروع، لأن الملاك-و هو العداله المانع من الاقتحام فى المحرمات و ترك الواجبات-موجود فى كليهما، و الشرائط المعبره متوفره فيهما، و الأعلم مقدم على غيره.

قال المحقق «قده» : «و هل يجوز العدول الى المفضل؟ فيه تردد، و الوجه الجواز، لان خلله ينجبر بنظر الإمام» .

أقول: وجه الجواز: اشتراك المفضل و الأفضل معا فى الأهليه و لزوم العسر و الحرج على العامى فى معرفه الأفضل، و أن الصحابه كانوا يتصدون لذلك من غير توقف و لا إنكار مع أنهم كانوا متفاوتين

فى الفضيله، فكأنهم قد أجمعوا على جواز ذلك.

و أجيب عن الأول: بأن الأهليه لكل منهما تجوز التصدى و توجب نفوذ الحكم، و لكن جواز رجوع المترافعين الى المفضول مع وجود الأفضل أول الكلام.

و عن الثانى: بأنه ان كانت معرفه أصل الأهليه ممكنه له فإن معرفه الأعلميه ممكنه أيضا.

و عن الثالث: بأن الأصحاب الذين أعرضوا عن أمير المؤمنين عليه السلام و هو الأفضل من جميع الجهات و صاحب الولايه العظمى بنص من الله عز و جل و رسوله صلى الله عليه و آله و سلم ليس عملهم حجه عندنا.

و وجه المنع: انه مقتضى مقبوله عمر بن حنظله ((١)).

وفيه: ان هذا فى ظرف المعارضه، و أما فى غيره فلا- دليل على تقدم قول الأ-علم. بل يفهم من المقبوله نفسها أن لكليهما صلاحيه الحكم و أهليته، و انما حكم الامام عليه السلام بتقدم قول الأعلم لدى الاختلاف بينهما. و يشهد بهذا قوله عليه السلام فى معتبره أبى خديجه: «انظروا الى رجل منكم يعلم.» و الا لقال من أول الأمر: .

الى رجل أعلم.

و أن الظن الحاصل من حكم الأفضل أقوى من الظن الحاصل من حكم المفضول فيجب اتباعه بحكم العقل دونه.

وفيه: ان هذا أول الكلام، فربما يكون الظن الحاصل من حكم المفضول أقوى. سلمنا و لكن ما الدليل الشرعى على تقدم ما يفيد الظن الأقوى؟ ((١)).

و قد رتب فى المسالك القولين على أن المقلد هل يجب عليه تقليد أعلم المجتهدين أم يتخير فى تقليد من شاء منهم؟ و فيه: أن

ص: ٧٨

الظاهر كون الملازمه من طرف واحد كما سيتضح ذلك قريباً، و كأن صاحب الجواهر «قده» وافقه على هذه الملازمه-و ان لم يصرح بها-لاستدلالة بنفس هذه الأدله للقول بجواز العدول عن الأفضل و ان أجاب عنها بعد ذلك بمثل ما تقدم منا في الجواب.

لكن ظاهر المحقق عدم القول بتلك الملازمه فإنه قال: الوجه الجواز لاین خلله ينجبر بنظر الامام، و هذا يرتبط بحال حضور الامام عليه السلام و نصبه للمفضول و لا- يفيد بالنسبه الى حال الغيبه، فيكون فرض المسأله خاليا عن الثمره ضروره أنه عليه الصلاه و السلام أعلم بما يفعل حينئذ و لا يحق لنا أن نتكلم عن جواز ذلك له و عدمه (١).

و في المستند اختار الجواز للأصل و الإطلاقات.

أقول: لم يتضح لنا مراده من «الأصل»، لأن مورد الشك ان كان جواز التصدي للمفضول و عدم جوازه فلا ريب في أن الأصل

هو البراءة، و ان كان نفوذ حكم المفضول و عدم نفوذه فلا ريب فى أن مقتضى الأصل عدم النفوذ.

و أما التمسك بإطلاقات الروايات فلا بأس به، لان الروايات الواردة فى الباب مطلقه، ففى إحداهما: «. يعلم شيئاً.» و فى أخرى: «. عرف أحكامنا و نظر فى حالنا و حرامنا.» .

لا يقال: ان هذه الاخبار فى مقام الردع عن الترافع الى قضاء الجور و الأمر بالترافع الى قضاء الحق و العدل فلا إطلاق فيها.

لأننا نقول: ان الراوى يسأل الإمام عليه السلام قائلاً: «فكيف يصنعان»؟ فلو أراد الإمام خصوص الأعم لم يبين ذلك و الا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، لا- سيما مع التفات الراوى إلى الجهات المختلفه و أنه لو اختلفا فكيف يصنع؟ ثم ان الراوى لم يسأل الإمام عليه السلام عن اشتراط الأعميه و عدمه و هذا يشهد بفهمه الإطلاق من كلام الامام عليه السلام.

اللهم الا- أن يدعى تقييدها بما ورد فى ذيل المقبوله و هو قوله عليه السلام «. أفقههما.» . لكن يجاب عن ذلك بأنه ناظر الى خصوص حال التعارض كما تقدم، أى: انها مقيده فى موردها لا- بنحو الإطلاق، بمعنى أنه يقدم حكم الأفضل منهما لدى الاختلاف فقط.

و قال السيد «قده»: لا- يبعد قوه هذا القول-يعنى: تقديم الأعم- لكون الإطلاقات مقيده بالأخبار الداله على الرجوع الى المرجحات عند اختلاف الحاكمين من الافقيه و الاصديه و الأعدليه

مع إمكان دعوى عدم كونها إلا- فى مقام بيان عدم جواز الرجوع الى قضاءه الجور فلا- إطلاق فيها. و دعوى: أن مورد أخبار المرجحات التى هى العمده فى المقام خصوص صوره اختيار كل من المترافعين حاكما أو صوره رضاها بحكمين-فاختلفا، فلا دلالة فيها على وجوب الرجوع الى الأعلم مطلقا-مدفوعه: بأن الظاهر منها أن المدار على الأرجح عند التعارض مطلقا كما هو الحال فى الخبرين المتعارضين، بل فى صوره عدم العلم بالاختلاف أيضا لوجوب الفحص عن المعارض، لكن هذا إذا كان مدرك الحكم هو الفتوى و كان الاختلاف فيها بأن كانا مختلفين فى الحكم من جهة اختلاف الفتوى، و أما إذا كان أصل الحكم معلوما و كان المرجع إثبات الحق بالبينه و اليمين و الجرح و التعديل و نحو ذلك فلا دلالة فى الاخبار على تعيين الأعلم.

أقول: فتكون الأقوال فى المسأله ثلاثه: أحدها: تقدم قول الأعلم مطلقا. و الثانى: تقدم قوله لدى الاختلاف، و الثالث: انهما إذا رجعا إليهما فحكما بحكمين مختلفين قدم قول الأعلم، و الا- فيجوز الرجوع الى المفضل ابتداء حتى مع العلم أو احتمال الاختلاف بينهما فى الحكم.

و الروايات المقيده وارده فى مورد الترافع الى كليهما ثم وجدان الاختلاف بينهما، و هى غير متعرضه إلى صوره المراجعه ابتداء.

الا- أن يقال: انه لما كان قول الأعلم هو المقدم حكم الامام عليه السلام بتقدمه فى صوره التعارض و الا لما حكم بذلك فى تلك الصوره.

بل ان السيد «قده» يقول بعدم جواز المراجعه الى غير الأعلم لو لم يعلم بموافقته فتواه لقول الأعلم، لأن ذلك كالخبرين المتعارضين حيث يجب الأخذ بالخبر الراجح منهما.

و على هذا يجب على المراجع الى غير الأعلم مراجعه الأعلم من ذى قبل، فان لم يجده مخالفا لفتوى غيره جاز رجوعه الى غير الأعلم، و لكن هذا المعنى يتوقف تماميته على استفادته من الاخبار و الافلا وجه له، و لعله من هنا قال فى الجواهر بمنعه كل المنع.

هذا و التوسع فى الترافع و عدم وجوبه إلى الأفضل لا يلزم التوسع فى الفتوى، فهناك يكون رجوع الجاهل الى العالم لغرض الوصول إلى الأحكام الإلهيه، و يكون فتوى الأعلم هناك أقرب الى الواقع، أما هنا فان اشتراط ذلك يؤدي الى التضيق على المكلفين، فالتوسع هنا نظير التوسع فى مورد الشك أو الظن بنجاسه شىء حيث تجرى أصاله الطهاره توسعه على الأمه، و لانه ليس الغرض هنا الوصول الى الواقع فقط. و على هذا الأساس يمكن أن يقال بنفوذ حكم غير الأعلم فى حق الأعلم إذا كان طرفا فى النزاع و عدم جواز الرد عليه، لأن الغرض فصل الخصومه لا كون القضاء طريقا الى الواقع حتى يقال بوجوب الأخذ بالقول الأقرب اليه.

و مما ذكرنا يظهر ما فى قولهم: ان قول الأعلم يفيد الظن الأقوى قياسا على الدليل فى مورد التعارض، ففيه كما تقدم سابقا لو سلمنا كون الظن الحاصل من قول الأعلم أقوى-انه ليس الغرض

هنا تحصيل الواقع.

و كذا قولهم: ان تقديم المفضول على الفاضل قبيح، و لذا نقول بقبح تقدم من تقدم على أمير المؤمنين عليه السلام، لان ذلك فى الإمامه العامه و الرئاسة الكبرى حيث الغرض منها إجراء الأحكام الواقعيه و الوصول الى الواقع، لكن الغرض هنا فصل الخصومه و حسم النزاع و قد اقتضت المصلحه التوسعه فيه فلا قبح.

ص: ٨٣

هل يجوز للقاضى الاستخلاف؟

قال المحقق «قده»: «إذا أذن له الإمام فى الاستخلاف جاز.» .

أقول: تاره يبيح عن ذلك فى زمن الحضور، و أخرى فى زمن الغيبه، أما بالنسبه إلى زمن الحضور فان نصب الإمام أحدا و أذن له فى الاستخلاف فلا- كلام فى الجواز و ان صرح بالمنع فلا كلام فى عدمه، و ان أطلق فإن كان هناك شاهد حال مثلا على الاذن فيه كإرسال الوالى إلى بلاد واسع به حيث لا تضبطها اليد الواحده فهو و الا فلا (١).

و لا ثمره عمليه لنا فى البحث عن ذلك، نعم فيه ثمره علميه،

فقد ذكروا فى كتاب الوكاله أن كل ما اشترط فى المباشره شرعا فلا يقبل الوكاله و كل ما لم يشترط فى ذلك جاز التوكيل فيه (١)).

و جعل الإمام القاضى فى زمن الحضور يدل على أن القضاء من الأمور القابله لقيام الغير بها و لا يشترط فى المباشره، فيقع الكلام فى أن ذلك توكيل منه عليه السلام-أى: أن القاضى المنصوب من قبله انما يقضى و كاله عنه-أو أنه توليه منه له على الحكم، كما جعل الأب و الجد له و ليا على الصغير، فيجوز له التوكيل لغيره فى الأمور التى تخصه كما يجوز له جعل الولى عليه بعد الموت ليقوم بأموره؟ ان كان جعله من باب الوكاله تم ما ذكره المحقق «قده» من أنه إذا أذن له فى الاستخلاف جاز، لانه يكون حينئذ وكيلا- فى القضاء و وكيلا فى التوكيل فيه، و ان كان جعله من باب الولاية فلا حاجه الى الاذن فى استخلاف غيره للقضاء فيجوز له استخلاف من كان واجدا للشرائط المعتره فى القاضى، نظير من جعلت له الولاية فى أمور الصغير من قبل وليه ليكون وليا عليه بعد موته، فإنه يجوز له حينذاك توكيل غيره فى القيام بالأمور من قبله.

و كذا الأمر بالنسبه الى من عين لأجل القيام بأمور وقف من قبل

حاكم الشرع، فان كان وكيلا في ذلك لم يجز له استخلاف غيره الا مع الاذن الصريح أو شاهد الحال، و لو مات الحاكم بطلت و كالتة، و أما إذا جعل الولاية له عليها لم يجب عليه الاستئذان في الاستخلاف، و لا معنى لان يكون وليا بشرط المباشره، و لم تبطل بموت الحاكم.

فظهر أن ثمره البحث، أنه ان كان الجعل بنحو الوكالة فعليه إحراز الاذن في الاستخلاف، و ان كان بنحو الولاية فلا يجب.

هل القضاء قابل للوكالة؟

و أما بالنسبه إلى زمن الغيبه فهل للفقيه أن يستخلف غيره إذنا أو وكالة أو ولاية؟ فيه خلاف، فعن جامع المقاصد: ان القضاء من الأمور القابله للتوكيل، و مال إليه في الجواهر، و عن المسالك عدم الجواز. أقول: لا نص في المسألة و لا يمكن الجزم بوجود المباشره في القضاء أو بعدم وجوبها عن طريق دليل آخر، فلا بد من المراجعه الى الأصل. قال في وكالة الجواهر: ان المستفاد من كلمات الأصحاب كون الأصل جواز الوكالة في كل شيء، ثم ذكر الأصل و عموم أدله الوكالة. قلت: أما الأصل الذي ذكره- و هو عدم اشتراط المباشره في القضاء- فإنه معارض بأصالة عدم ثبوت جواز القضاء بالوكالة، و ما أفاده في الجواب من أن أصالة عدم جريان الوكالة فيه منقطعه بمشروعيه الوكالة، مندفع بأن المشروعيه لها موارد هي القدر المتيقن من ذلك، و هناك موارد لا تجوز فيها

الوكاله قطعاً، و موارد أخرى أصل المشروعيه فيها مشكوك فيه، فلا ينقطع أصله عدم الوكاله بمشروعيه الوكاله بنحو الإهمال، لأنه مع الشك فى أصل المشروعيه فالأصل عدمها.

و الحاصل: ان المباشره ليست من قيود المكلف به بل الحاكم بها هو العقل، و حينئذ لا يمكن رفعها بالأصل عند الشك، و لو سلمنا جريانه فالأصل عدم جواز توكيل الحاكم غيره فى أمر القضاء.

و أما الأدله العامه فإن إرجاع القاضى أمر القضاء الى المقلد اما يكون عن طريق جعل التوليه له كما هو المشهور بين الفقهاء من جواز ذلك للحاكم كأن يجعله متولياً على موقفه أو ولياً على الصغار للقيام بأمرهم، و اما يكون عن طريق التوكيل، بأن يوكله فى أمر القضاء كما تجوز الوكاله فى أمور أخرى كالبيع و الطلاق و نحوهما.

لكن الولايه ان كانت من جهه أن لازم جعل الحكومه صلاحيه الحاكم لتفويضها الى غيره فان هذا يتوقف على استفاده هذه الناحيه من أدله الجعل و هى غير متحققه، لأن الإمام عليه السلام يذكر صفات القاضى «كالروايه» و «النظر» و غير ذلك و هذا تحديد من الامام و كون القاضى متمكناً من جعل من ليس متصفاً بتلك الصفات معناه أن تكون دائره صلاحيته أوسع من الامام و هذا لا يقول به أحد.

و نحن فى التوليه على الأوقاف لا- نقول بجواز توليه المتولى غيره، لان جعل الحاكم إياه متولياً لا يستلزم جواز جعله غيره متولياً عليها بعد موته.

و ان كانت من جهه تنزيل الامام الحاكم منزلته و إثبات الولاية العامه له فله أن يجعل مقلده كما للإمام عليه السلام أن ينصب للقضاء غير المجتهد، ففيه: أن الامام قد تعرض لأمر القضاء و للنصب له كلا على حده و انفراد، و هذا يدل على عدم شمول التنزيل لأمر القضاء و أنه لم يجعل القاضى نازلا منزلته، و مع الشك فى جعل الولاية له على نصب غيره فالأصل العدم كما هو واضح.

فالحاصل: عدم تماميه إرجاع أمر القضاء الى المقلد عن طريق الولاية.

و أما الوكاله فهى ثابتة و جائزه فى كثير من العقود، و لكن ثبوتها فى القضاء يتوقف على وجود دليل خاص على جواز التوكيل فيه أو دليل عام يدل على أن كل أمر يجب صدوره من المكلف يجوز التوكيل فيه الا ما استثنى كالنذر و الايمان و نحوهما. أما الدليل الخاص فغير موجود، نعم هناك دليل يمكن الاستدلال بإطلاقه، و هو قوله عليه الصلاه و السلام: «من وكل رجلا على إمضاء أمر من الأمور فالوكاله ثابتة أبدا حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها» (١).

و تقريب الاستدلال: انه لا-ريب فى أنه إذا لم يكن المتكلم فى مقام بيان جهه من جهات الكلام لم يجرز التمسك بالإطلاق بالنسبه إليها، و هذه الروايه تدل على مضى الوكاله فى كل أمر يجرز فيه التوكيل، و أن الوكاله باقيه حتى الاعلام بالعزل، و ليست فى مقام الدلاله على صحه الوكاله بأى نحو كانت، الا أنه قد يكون لتلك الجهه التى ينظر إليها المتكلم فى الكلام لازم فيجرز أن يتمسك بالكلام بالنظر الى ذلك اللازم، مثلا قوله تعالى: «. فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا .» فى مقام تشريع التيمم عند فقدان الماء، فيجب على فاقد الماء التيمم، و لكن يجرز التمسك بإطلاق «الماء» فيها-بأن يقال المراد عدم وجدان مطلق ما يصدق عليه الماء-و ان لم تكن الآيه الكريمه ناظره الى هذا الحيث، لادن لازم تشريع التيمم بيان أنه متى يجب التيمم، فنقول: ان الآيه بإطلاقها تدل على أنه متى لم يوجد ما يصدق عليه الماء يجب التيمم.

و هنا كذلك، فإن الإمام عليه السلام فى مقام بيان أن الوكاله إذا ثبتت كان عمل الوكيل فى ما و كل فيه ماضيا حتى يعلمه بالعزل، و لكنه قال قبل ذلك «على إمضاء أمر من الأمور» و لازم هذا جواز الوكاله فى كل أمر لم يقم دليل على عدم جوازها فيه، و الالبين ذلك فى نفس الكلام، فيجرز التمسك بإطلاق هذا الكلام بأن يقال بجواز

الوكاله فى القضاء لأنه أمر من الأمور عند العرف و لم يقم دليل شرعى على عدم قابليه القضاء للوكاله.

فالظاهر تماميه هذا الإطلاق و أنه لا- مانع من التمسك به (١) الا- إذا قيل بأن القضاء من الأمور التى يعتبر فيها أهل العرف المباشره و لا يقبل التوكيل عندهم لكن مذهب جماعه من الأصحاب صحه الوكاله فيه، و وجه المنع عند غيرهم عدم تماميه الإطلاق لا عدم القابليه عرفا.

هذا، و قد جوز بعض المانعين التوكيل فى مقدمات الحكم كاستماع الشهاده و التحليف، و أشكل عليه فى الجواهر بأنه إذا كان استماع الشهاده قابلا- للوكاله فالحكم بالأولويه. و وجه ذلك ما ذكرناه سابقا من أن أهل العرف يقسمون الأمور الى ما يقبل الوكاله و ما لا يقبلها، فمن الأول: البيع و الشراء، و من الثانى: الأكل و الشرب، فصاحب الجواهر يقول انه ان جازت الوكاله فى استماع الشهاده و التحليف- مع أن الحاكم نفسه هو المكلف باستماعها و بتحليف المنكر- كانت جائزه فى نفس الحكم بالأولويه.

و الصحيح: أن كل أمر كان للوكاله عرفيه فيه و لا منع من قبل الشرع كان مشمولاً ل «الأمور» فى الروايه المذكوره، و الله العالم.

اشاره

فى حكم ارتزاق القاضى من بيت المال

قال المحقق «قده»: «إذا ولى من لا يتعين عليه القضاء فان كان له كفايه من ماله فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال (١)»
، و لو طلب جاز لانه من المصالح، و ان تعين عليه القضاء و لم يكن له كفايه جاز له أخذ الرزق، و ان كان له كفايه قيل: لا يجوز له أخذ

ص: ٩١

الرزق لانه يؤدي فرضاً» .

أقول: ارتزاق القاضى من بيت المال ان لم يكن له كفايه من ماله جائز سواء كان القضاء متعينا عليه أولا، فله أخذ مؤنته من بيت المال، و الحاكم يعطيه منه لا بعنوان الأجره على القضاء، بل بعنوان أن ذلك من مصالح المسلمين التى أعد لها بيت المال. و ان كان عنده ما يكفى المؤنه فأخذه من بيت المال يكون بعنوان الأجره على القضاء قهرا، فيدخل فى مبحث (١) جواز أخذ الأجره على الواجبات و عدم جوازه، فنقول:

موجز الكلام فى أخذ الأجره على الواجبات:

ان العمل الذى يقوم به الإنسان المكلف تاره يكون ذا منفعه و أخرى يكون بلا منفعه، فإن كان بلا منفعه فلا معنى لان يطالب بالعود سواء كان واجبا أولا، و ان كان العمل الذى يقوم به لغيره ذا منفعه له جاز له المطالبه بالعود منه فى صوره عدم منافاه أخذ

ص: ٩٢

العوض للعمل المطلوب منه إتيانه، فلو أمره زيد بالخروج للصلاه على ميت فطالبه بشيء في مقابل امتثاله-الذى أثره لزيد سقوط خروجه إليها وقد كان واجبا عليه كذلك-جاز، ولكنه يتنافى مع قصد القربة المعتبر في الصلاه على الميت، فيشكل أخذ الأجره على فعله هذا، الا بأن يتصور إيجاد الداعى إلى الداعى، نظير ما إذا أعطى مالا لغيره لأجل أن يطيع أمر زيد بالقيام بعمل، فان قام بالعمل اطاعه لزيد جاز أخذ الأجره و ان كان لا بقصد ذلك لم يجز، و حينئذ فلو أعطاه مالا لان يطيع الله و يمثل أوامره، فإن اعتبر قصد القربة فى العمل لم يجز له الأخذ لعدم صلاحية هذا العمل للمقريه، و ان قلنا بأن كونه داعيا إلى الداعى لا يضر بقصد القربة و أنه يكفى كون الأمر الإلهى هو الداعى و لا يضر فى ذلك وجود واسطه دنيويه تدعو اليه جاز له أخذ الأجره على العمل.

و فصل بعضهم الداعى الراجع نفعه الى الفاعل بين ما إذا كان منفعه من الله سبحانه فلا يضر بالقصد و الا لما كان لذكر الأجور التى فى القرآن للذين آمنوا و عملوا الصالحات وجه، و ان كان منفعه من غيره عز و جل فيضر بالقصد.

هذا، و فرق بين الواجب التعبدى و الواجب التوصلى، ففي التوصلى يمكن أن يوجب الشارع أصل العمل و أن لا يمنع من أخذ الأجره عليه كسائر الصنائع و الحرف، فإنها واجبات توصليه و يجوز أخذ الأجره عليها، لكن قيل: هذا ما دام الوجوب فيه كفاثا، و أما

إذا كان تعييننا فلا- يجوز، فلو انحصر الطبيب في واحد كان معالجه المرضى واجبا عينيا بالنسبه إليه لوجوب حفظ النفوس المحترمه فلا يجوز له أخذ الأجره، و من هنا كان الأطباء المتدينون سابقا يتقاضون الأجر عوضا عن الحضور لدى المرضى و يعبرون عن ذلك ب «حق القدم» .

و ظاهر قول العلامة في القواعد: «و يجوز أخذ الأجره على عقد النكاح و يحرم الأجر على الإمامه و الشهاده و أدائها» هو أن الواجب المعين لا يجوز أخذ الأجره عليه. و قال في إجاره القواعد «هل يجوز على تعليم الفقه؟ الوجه المنع مع الوجوب» أى: إذا كان واجبا عينيا «و الجواز لا معه» أى: لا مع التعيين و كونه كفائيا.

و فصل الفخر في الإيضاح بين ما يشترط فيه القربه فلا يجوز كالصلاه على الميت و ما لا يشترط فيجوز.

و في جامع المقاصد معلقا على «هل يجوز» من عباره القواعد المزبوره: ان كان واجبا على المعلم و المتعلم عينا أو كفايه لم يجز أخذ الأجره عليه لاین المعلم مأخوذ بالتعليم و مؤديه، فيمتنع أخذ الأجره كسائر الواجبات» و تنظر في كلام الفخر قائلا بأن الوجوب مطلقا مانع عن أخذ الأجره عليه كما تقدم في كتاب التجاره و هو صريح كلام الأصحاب، و ما ذكره من الجواز إذا لم يكن الواجب مشروطا بالنيه مخالف لما عليه الأصحاب» .

أقول: أما الكفائي فسيأتى الكلام عليه، و أما العيني توصليا كان

أو تعبديا فوجه المنع من أخذ الأجره عليه هو أن أخذ الأجره انما يصح حال كونه مالكا لما يعطيه فى مقابل الأجر، فلا مانع من أن يملك الإنسان ما يملكه عينا أو عملا- و يأخذ العوض، و لذا لا- يجوز له أن يؤجر نفسه لثالث فى ذلك الزمان المعين أو العمل المعين، و أما إذا كان العمل واجبا عليه شرعا و لا يجوز له تركه فإنه لا يملك ذاك العمل بل عليه إتيانه و تسليمه لله، و حيث لا يملكه بل كان ملكا لله سبحانه فلا قدره له على أن يملكه الغير سواء كان تعبديا أو توصليا، و أضاف فى الجواهر بأنه لو أخذ عوضا عنه لزم الجمع بين العوض و المعوض، لكن الاولى أن يقال: بأنه عوض بلا معوض فهو آكل للمال بالباطل.

و فى الواجب الكفائى صرح الأكثر بأنه لو تعين بالانحصار لم يجرز أخذ الأجره عليه و الا جاز لقدرته على الترك، لكن الواجب الكفائى -عندنا- يتعلق بالمكلفين، أى بكل واحد منهم كالواجب العينى سواء كان عباديا أو لا، و الفرق بينهما حيثئذ أن العينى لا يسقط بقيام الغير به بخلاف الكفائى فإنه يسقط بقيام الغير به بحكم العقل، و عليه فقبل قيام أحد المكلفين بالواجب لا يملك أحد منهم العمل فلا يجوز له أخذ الأجره عليه لكونه أكلا للمال بالباطل، فظهر أنه لا فرق بين الواجب الكفائى المتعين و غيره فى عدم جواز أخذ الأجره.

و ذهب جماعه من الأصحاب إلى جواز أخذ الأجره و قالوا فى وجه الجواز: بأن هذه الأعمال صالحه لأن تقع عليها المعامله - بقطع النظر عن الوجوب- لان لها ماله و يبذل بإزائها المال

لرفع الحاجه، و يجوز أخذ المال فى مقابلها لأنها مملوكه لأصحابها، و مع الوجوب يكون للمسأله وجوه: أحدها: وجوب العمل مجاناً، و الثانى: وجوب العمل مع جواز أخذ الأجره، و قد يجب الأخذ للإئفاق على من يجب الإئفاق عليه، و الثالث: وجوب العمل مع الخيار فى أمر أخذ الأجره عليه.

قالوا: و لا- منافاه بين الوجوب و أخذ الأجره على العمل، نعم لو صرح بوجوب إتيانه مجاناً لم يجرى، و أما مع عدم التصريح أو التصريح بالاختيار أو وجوب الأخذ للإئفاق الواجب أخذ، و ذلك لا ينافى وجوب العمل، و مع الشك فى اشتراط المجانيه فى هذا الواجب و عدمه كان له الأخذ كذلك جميعاً بين دليل وجوب العمل و دليل حرمه عمل المسلم، لما تقدم من عدم المنافاه.

و اختار السيد فى العروه الجواز مطلقاً (١) قال: «للأصل و الإطلاقات

و عدم الدليل على المنع سوى دعوى الإجماع و الشهرة أو عدم الخلاف، و لا حجيه فى شىء منها لا سيما مع ما مر من وجود الخلاف بل دعوى الشهرة على الجواز، و سوى ما هو المشهور المدعى عليه الإجماع من المحقق الثانى من عدم جواز أخذ الأجره على الواجبات، و قد بين فى محله عدم الدليل عليه، لمنع الإجماع -مع أن القدر المتيقن منه على فرضه الواجب العينى التعينى التعبدى- و لضعف سائر ما استدلوا به عليه» .

و قد استدل على المنع بوجوه: منها: انه مناف لقصد القربه.

و فيه: انه يختص بالتعبدى و لا يشمل التوصلى، و هل القضاء من التعبديات أو التوصليات؟ أن نتيجه القضاء كنتيجه الطهاره من الخبث، فكما أن الطهاره من الخبث حصولها لا يتوقف على قصد القربه فإن أثر القضاء هو فصل الخصومه و هو يتحقق من غير حاجه الى قصد القربه، فكون القضاء من التعبديات غير معلوم، الا- أن يقوم دليل على اعتبار قصد القربه فيه حتى مع تحقق الغرض منه بدونه.

و قد اختلفوا فى العبادات، هل يكفى فيها قصد امتثال الأمر أو لا بد من قصد القربه أيضا؟

وقصد الامتثال يكون على أنحاء، تاره: يعبد الله و يمثّل أوامره لانه خالقه و رازقه، و أخرى: يعبده و يطيعه خوفا من عذابه، و ثالثه:

طمعا فى جتته، و رابعه: طلبا للمزيد من فضله. و نحو ذلك، و قد يعبد الله تعالى لأنه أهل للعباده و تلك عباده أمير المؤمنين عليه السلام و الأئمه المعصومين عليهم السلام.

فان كان المعتر عدم وجود شىء من الدواعى النفسانيه و الأمور الماديه كان الأخذ منافيا و لم يكن عمله مقربا و مسقطا للتكليف، و ان كان المعتر الامتثال و القيام بالعمل و تحقّقه فى الخارج—و ان كان الداعى إليه الأجره—جاز أخذها، و كأنه يأخذ الأجر على اطاعه الله و امتثاله، لكن المانعين لا يصححون الداعى إلى الداعى، فأما الامتثال خوفا فغير مضر.

و منها: التنافى بين الوجوب و أخذ الأجره، لأن إيجاب العمل مقتضاه سلب اختيار العبد فى العمل و إلغاء ملكيته له، فهو ليس له حتى يأخذ شيئا بإزائه أو لا يأخذ، بل ان العمل حينئذ يوجد فى الخارج مملوكا لله، و هذا نظير ما إذا كان أجيرا لزيد فى خياطه مثلا فإنه لا يجوز له أن يملك نفس هذه الخياطه لعمرو.

و أجاب عنه السيد «قده» بعد قوله: «انه مختص بالواجب العينى» بوجهين أحدهما: «منع كون الوجوب من الله تعالى موجبا للملكيه نظير الملكيه للناس» .

و توضيحه: ان الإيجاب لا يوجب سلب ملكيه الإنسان لعمله،

فمثلا عند ما ينذر دفع كذا من المال فى سبيل الله، يجب عليه ذلك عند تحقق مطلوبه لكن ذلك لا يخرج عن ملكه فلو باعه كان البيع صحيحا وضعا، فالوجوب التكليفى لا يقتضى سلب الملكيه، وكذلك العمل ان وجب لا يخرج عن ملك العبد.

و الثانى: «لا مانع من اجتماع المالكين إذا كان احدى الملكيتين فى طول الأخرى فإن الله تعالى مالك لذلك الفعل و المستأجر أيضا مالك له لكن لا لنفسه بل لله تعالى» .

و توضيحه. ان سلمنا كون الفعل ملكا لله فإنه لو كانت ملكيته عرضيه ورد الاشكال بأنهما لا يجتمعان لان اعتبار الملكيتين كذلك غير معقول، لكن احدى الملكيتين فى طول الأخرى نظير ملكيه العبد التى هى فى طول ملكيه مولاه، فإنه يملك ما وهب مثلا لكنه مع ما فى يده لمولاه، كما أن العقلاء يعتبرون الملكيه لما يحصل من الطرق المعينه، و الشارع قد أمضى هذه الملكيه و وافق على هذا الاعتبار إلا بالنسبه إلى أشياء مخصوصه كالخمر و الخنزير، و بالنسبه إلى طرق معينه كالمنازحه و الربا، بل الملكيه من ضروريات جميع الأديان. مع أن الله عز و جل مالك السماوات و الأرضين، و سنخ ملكه للأشياء غير سنخ ملكيتنا لها إلا فى المورد الذى جعل هو سنخ ملكيتنا لنفسه، حيث قال تعالى فى آيه الخمس «وَإِعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِي الْقُرْبَىٰ وَ الْيَتَامَىٰ وَ الْمَسَاكِينِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ» الآية (١) .

ص: ٩٩

و الحاصل: ان الملكيه الطويله موجوده للعبد بالنسبه إلى ماله و عمله و هي ممضاه من قبل الله سبحانه، فيجوز له بيع ماله و عمله و أخذ العوض و ان كان هو و ما يملكه لله تعالى.

أقول: هذا توضيح الجواب و تقريبه، فأما أن يقال بأن ذات العمل الواجب لله و أنه عند ما يؤجر الشخص نفسه لهذا العمل يؤجر نفسه لإيجاده موصوفاً بكونه لله و يأخذ الأجر عليه، فغير واضح لعدم اعتبار ملكيه ما كان موصوفاً بكونه لله لأحد عرفاً.

و منها: ان أخذ المال على الفعل الواجب أكل للمال بالباطل، و العقلاء لا يعتبرون الملكيه في هذه الصوره، لأن الإلزام الشرعى كالإلزام الطبيعي.

و أجاب السيد «قده» عنه بوجهين أحدهما: اختصاصه بالواجب العيني التعيني، و الثاني: إمكان أن يكون للمستأجر غرض عقلائي في ذلك لا أقل من حب كون معبوده مطاعاً.

و منها: ان أخذ الأجره على الواجب معناه توقيف الواجب على شرط و لا يجوز توقيف الواجب على شرط بل يجب إتيانه مطلقاً.

و أجاب بأن هذا الاشكال يتوجه فيما إذا جاء بالفعل في مقام العمل مشروطاً، و أما إذا جاء به بنحو الإطلاق و قصد ذات العمل -لا العمل الذي كان يازائه كذا- فلا مانع.

على أن هذا-لو تم- يتمشى في التعبديات فقط.

ما ورد في خصوص القضاء:

ثم انه قد وردت نصوص عديده في خصوص أخذ الأجره على

القضاء، كالصحيحه التي رواها في الوسائل عن عبد الله بن سنان قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق. فقال عليه السلام: ذلك السحت» (١) أقول: فهل انه «سحت» لان السلطان حاكم جور أو أنه سحت لأنه في مقابل القضاء؟ وجهان، قال السيد: ان ظاهره خلاف الإجماع، فإنه لا مانع من ارتزاقه من بيت المال. أي: فلا بد من حمل الروايه على الوجه الأول، الا أن ظاهر «على القضاء» هو الوجه الثاني.

على أنه ان كان من جهه كون السلطان جائرا فإن للإمام عليه السلام الولايه على الاذن في القضاء في سلطنه السلطان الجائر.

و كالصحيحه عن الشيخ الصدوق في الخصال عن عمار بن مروان قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «كل شيء غل من الامام فهو سحت، و السحت أنواع كثيره، منها ما أصيب من أعمال الولاه الظلمه، و منها أجور القضاء، و أجور الفواجر، و ثمن الخمر و النبيذ المسكر، و الربا بعد البيئه. فأما الرشا يا عمار في الاحكام فان ذلك الكفر بالله العظيم و برسوله صلى الله عليه و آله و سلم» (٢).

فقال المانعون: بأن الصحيحه هذه ظاهره في أن المراد من «أجور القضاء» فيها ما يأخذه القضاء في مقابل القضاء و ان لم يكن

ص: ١٠١

١-١) وسائل الشيعه: ١٨-١٦١.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٢-٦٤.

ما يأخذونه من «الولاه الظلمه» : كأن يأخذوا من المتخاصمين مثلاً، فيكون ذلك من «السحت» كأجور الفواحش و ثمن الخمر.

و أجاب المجوزون-كالسيد «قده» -بأن الظاهر أنها ناظره إلى الأجور التي كان القضاء يأخذونها من «الولاه الظلمه» فأجورهم ان كانت مما أصيب من أولئك فهي سحت لا مطلقاً، من جهة أن الظاهر كون الضمير في «و منها» راجعا الى «ما» في «ما أصيب» فتكون الحرمة من هذا الحيث.

أقول: و الظاهر أنه ان كان هذا الضمير راجعا الى ما ذكر لجااء بلفظ المذكور لا المؤنث، فما ذكره خلاف الظاهر، و مجرد عدم تكرار «منها» لكل واحد من الأنواع لا يكون دليلاً على ما ذكر. و بالجمله:

ان «أجور القضاء» قسيم ل «ما أصيب من أعمال الولاه الظلمه» ، فظهورها في الدلاله على حرمة أخذ الأجره على القضاء تام.

نعم لا تدل على حرمة الارتزاق من بيت المال لا بعنوان الأجر، و لا سيما مع الحاجه و الضروره، فإن ذلك لا مانع منه، و يكون القاضى حينئذ كسائر العمال، لكن لا بمعنى كون ذلك في مقابل العمل «القضاء» بل يكون نظير تحصيل الطلاب للعلوم الدينيه قربه الى الله تعالى مع أن الحاكم الشرعى يرزقهم من بيت المال، و لقد كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقسم الغنائم على من اشترك في الحروب و الغزوات و يعطى كلا حسب جهده و مقامه. لكن لا بعنوان العوض (١) .

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

أقول: و بناء على الجواز فهل له أن يأخذه من المدعى أو المحكوم له أو المتخاصمين معا؟ ان كان بعنوان الأجر فهو اما جعل و اما إجاره، و حينئذ يجب دفعه على الجاعل أو المستأجر، و ان كان قد قضى و لم يقصد كونه مجانا ضمن أجره، فهل يضمه المحكوم له لانه المنتفع بحكمه أو كلاهما لانه قد عمل للمحكوم عليه أيضا و عمله محترم و لا يشترط فى وجوب دفع العوض وجود المنفعة؟ وجهان.

هل يجوز أخذ الأجره على الشهاده؟

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

أقول: لا إشكال فى حرمه أخذ الأجره على الشاهد بناء على حرمه أخذ الأجره على الواجبات مطلقا، لأن الشهاده واجبه عليه، فيكون الشاهد كالقاضى فى حرمه الأخذ بناء عليه بلا- فرق بينهما، فلا وجه لان يكون أخذ الأجره عليها أشد حرمه منه على القضاء. نعم يحصل الفرق فيما إذا كان الوجوب على الشاهد عينيا و القضاء كفائيا.

ص: ١٠٣

و هل يجوز أخذها على تحمل الشهاده؟ قال فى الجواهر:

قد يقال بجواز الأخذ عليه مع عدم تعينه عليه، لكن الأولى تركه.

و هل يجوز أخذها على مقدمات أداء الشهاده؟ وجهان، من أن الواجب إقامة الشهاده لا تحصيل المقدمات، و من أن الشهاده واجبه و تحصيل مقدماتها مقدمه للواجب فهو واجب فلا يجوز أخذ شىء فى مقابل مقدمه الشهاده.

أقول: أداء الشهاده من الواجبات البدنيه لا-الماليه، فلا يجب عليه بذل المال لتحصيل المقدمات المتوقف عليها أداء الشهاده كأجره السياره التى نقله الى بلد آخر لأجل الحضور فى مجلس الشهاده و القضاء مثلاً، الا أن يقال بوجوبها عليه حتى مع بذلك ما يلزم من المال فى سبيلها.

قال المحقق: «و يجوز للمؤذن و القاسم و كاتب القاضى و المترجم و صاحب الديوان و والى بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال المعد للمصالح، و كذا من يكيل للناس و يزن و من يعلم الآداب و السنن» .

أقول: الأمر فى ذلك كله واضح بعد ما ذكرنا. و الله العالم.

اشاره

فى طريق ثبوت ولايه القاضى

قال المحقق «قده»: «تثبت ولايه القاضى بالاستفاضه» .

أقول: لم يتعرض رحمه الله الى ثبوت ولايه القاضى بالعلم و البينه، لأن ثبوتها بهما لا- ريب فيه (١)) ، فالولايه تثبت بشهاده عدلين بها و ان لم يحكم بها حاكم كما فى المسالك و غيرها، فتكون نظير الاجتهاد، فإنهم ذكروا أن الاجتهاد و الأهليه للمرجعيه فى الأحكام الشرعيه تثبت بشهاده عدلين من أهل الخبره من دون توقف على حكم مجتهد آخر بها، لإطلاق أدله البينه الشامل للمورد. نعم لو أنكر منكر ولايه القاضى مدعيا عدم نصب الحاكم إياه للقضاء، أو

ص: ١٠٥

أنكر اجتهاده بناء على اشتراطه فيه-وقعت المرافعه و توقف ثبوت الولاية على حكم الحاكم فيها حينئذ.

و حيث لا علم و لا بينه تثبت ولاية القاضى بالاستفاضه، و مع عدم ثبوتها فلا يجوز الترافع عنده و التحاكم اليه.

و هل المراد من الاستفاضه الخبر المفيد للعلم أو الشيع المفيد للظن المتآخم للعلم أو يكفى فى صدقه افادته للظن؟ فى المسالك: هى اخبار جماعه لا يجمعهم داعيه التواطى عاده يحصل بقولهم العلم بمضمون خبرهم على ما يقتضيه كلام المصنف هنا، أو الظن الغالب المقارب له على قول.

و فى الجواهر فسر الاستفاضه بالشيع الذى يحصل غالبا منه سكون النفس و اطمئنانها بمضمونه، قال: بل لعل ذلك هو المراد بالعلم فى الشرع موضوعا أو حكما.

فإن أراد المحقق الشيع المفيد للظن كان نظير خبر الواحد و البينه، غير أنه فى البينه يشترط العدالة و العلم الحسى بالموضوع و غير ذلك و لا- يشترط ذلك فى المستفيض، فلو جاء جماعه-فيهم الكبير و الصغير و المسلم و غير المسلم-بنيا أفاد المجموع الظن و ان لم يقدر كل واحد من الاخبار الظن بوحده.

و الظاهر أن المحقق لا يريد ما ذكر فى المسالك و الجواهر، لأن إرادته ما يفيد العلم أو ما كان كالعلم بعينه بعد أن لم يتعرض الى العلم و البينه فى طريق ثبوت الولاية، فكأنه يريد أن ثبوت ذلك بالعلم

أو الاطمئنان مسلم و لذا تعرض إلى الاستفاضه غير المفيده لأحدهما رأسا. بل الظاهر أن مراده من الاستفاضه هو الشيع المفيد للظن، فهو الحججه فى ثبوت الولايه للقاضى (١)).

و لعل وجه كلام الشهيد الثانى حيث ينسب المعنى المذكور الى المحقق هو قول المحقق فى آخر المسأله: «و لا يجب على أهل الولايه قبول دعواه مع عدم البينه و ان شهدت له الامارات ما لم

ص: ١٠٧

يحصل اليقين» ، و لكن الذى يقوى فى النظر أنه قد تطرق الى هذا الحيث على فرض عدم تحقق الاستفاضه إذ قال قبل ذلك: «و لو لم يستفض. أشهد الإمام عليه السلام أو من نصبه الامام على ولايته شاهدين.» فلا يدل كلامه المذكور على أن مراده من الاستفاضه ما يحصل منه العلم و اليقين.

ثم قال فى المسالك فى بيان وجه كلام المحقق: ان كان المراد من الاستفاضه ما يوجب العلم فإنها تفيد ذلك لأنها أولى من البينه، و ان أريد ما يفيد الظن فهو حجه فى كل مورد لا طريق إلى إقامة البينه عليه و لا طريق الى العلم فيه، ففى مثل ذلك قامت السيره على الاعتماد على الاستفاضه.

و الشيخ «قده» ذكر فى المبسوط ثبوت ذلك بالاستفاضه، ثم استدل لحجيه الاستفاضه فى مورد آخر بالاخبار، و ذلك يدل على أن مراده من الاستفاضه ما يفيد الظن و الا لم يستدل بالاخبار.

و صاحب الجواهر تمسك بالسيره و الاخبار لحجيه الاستفاضه بغض النظر عن افادتها للعلم أو الظن، فظاهر كلامه «قده» أنها حجه عند العقلاء مطلقا.

و مما استدل به فيها: مرسله يونس عن بعض رجاله عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن البينه إذا أقيمت على الحق أ يحل للقاضى أن يقضى بقول البينه إذا لم يعرفهم من غير مسأله؟ فقال: خمسه أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم

امكان ارائه محتوا وجود ندارد

ص:

لكن ما ذكره فى الجواهر مشكل أيضا.

و فى الروايه احتمالات أخرى، و الحاصل انه لا دلاله تامه لها على الحكم (١).

و مما استدل به منها: صحيحه حريز قال: «كانت لإسماعيل ابن أبى عبد الله عليه السلام دنانير و أراد رجل من قریش أن يخرج الى اليمن، فقال إسماعيل: يا أبه ان فلانا يريد الخروج الى اليمن

ص: ١١٠

و عندى كذا و كذا ديناراً، أفتري أن أدفعها يتاع لى بها بضاعه من اليمن؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: يا بنى أما بلغك أنه يشرب الخمر؟ فقال إسماعيل: هكذا يقول الناس: فقال: يا بنى لا تفعل.

فعصى أباه و دفع اليه دنائره، فاستهلكها و لم يأت بشيء منها، فخرج إسماعيل، و قضى أن أبا عبد الله عليه السلام حج، و حج إسماعيل تلك السنه فجعل يطوف البيت و هو يقول: اللهم أجرنى و أخلف على. فلحقه أبو عبد الله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه و قال له:

مه يا بنى. فلا و الله ما لك على الله هذا و لا لك أن يأجرك و لا يخلف عليك و قد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمته.

فقال إسماعيل: يا أبة انى لم أره يشرب الخمر انما سمعت الناس يقولون.

فقال: يا بنى ان الله عز و جل يقول فى كتابه «يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ» يقول: يصدق لله و يصدق للمؤمنين، فإذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم و لا تأتمن شارب الخمر فان الله تعالى يقول «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» فأى سفیه أسفه من شارب الخمر، ان شارب الخمر لا يزوج إذا خطب و لا يشفع إذا شفع و لا يؤتمن على أمانه، فمن ائتمنه على أمانه فاستهلكها لم يكن للذى ائتمنه على الله أن يأجره و لا يخلف عليه» (١).

فإنها صريحه في اعتبار الشيعاء بين الناس و ترتيب الأثر عليه بأن لا يأتي الإنسان بما يخالف مقتضاه، و لكن لو كان هذا الشيعاء كالبينه في الحجيه للزم اجراء الحد عليه و هو خلاف الإجماع بل الضروره.

فمراد الامام عليه السلام هو الاحتياط من هكذا شخص و ان لا يسلم الإنسان ماله و لا يأتمن أحدا على شيء الا بعد الوثوق بدينه و أمانته، بل الشيعاء لا يقتضى التفسيق، و الغالب في الشيعاء عدم الاستناد الى الحس، فان الحكم بفسق من شاع عنه أنه يشرب الخمر و اجراء حد شرب الخمر عليه بالاستناد اليه غير جائز. نعم ترك تزويجه في محله، لانه محل شبهه و ان لم يكن العقد لشارب الخمر باطلا.

و بالجملة: ان أفاد الشيعاء العلم أو الاطمئنان العقلاني-و هو الذي يعبرون عنه بالعلم و يرتبون عليه أثره أو يجعلونه موضوعا- فهو و الا فليس بحجه الا أن تقوم السيره على جعل الشيعاء كخبر الواحد في ترتيب أثره عليه، و لا يبعد تحقق هذه السيره عند عموم الناس- ما عدا المحتاطين منهم- و لكن في اتصالها بزمن المعصوم و إمضائه لها تأمل.

أمور أخرى تثبت بالاستفاضه:

قال المحقق: «و كذا يثبت بالاستفاضه النسب و الملك المطلق و الموت و النكاح و الوقف و العتق» .

أقول: يكفى فى ثبوت النسب- كما لو شك فى كون زيد هاشميا مثلا- شياح ذلك فى بلده حيث لا طريق آخر إلى إثباته، و كذا الأمر فى الوقف، فلو شاع أن القرية الفلانية موقوفه للجهه الكذائيه كفى ذلك فى ثبوت الوقف حيث لا- طريق مفيدا للعلم بذلك، و كذا الموت، فإنه قد يشهد بذلك شاهدان عادلان أو يحصل العلم الوجدانى بالموت، و أما مع عدمهما كالموت فى السفر- مثلا- فلا طريق الى الثبوت الا الشياح، فتقسم الأموال و تترتب الآثار.

و كذا الأمر فى الملك المطلق، فإنه لا- طريق إلى إثباته إلا بالأخذ بالشياح، لان تواطى الناس على ذلك محال عادة، و كذا النكاح و العتق.

و الدليل على كفايه الاستفاضه فى ثبوت هذه الأمور هو السيره، - كما أنها الدليل المعتمد عليه فى حجية خبر الواحد- فإن أهل العرف يرتبون الأثر فى مثل هذه الأمور على الاستفاضه فيها لأنها مفيدة للوثوق النوعى عندهم.

أقول: و نفس اقامه الدليل على الاعتماد على الاستفاضه دليل على أنهم لا يريدون من الاستفاضه ما يفيد العلم أو الاطمئنان المتأخم له، و الا فنفس حصول العلم أو الاطمئنان دليل.

و فى المسالك: الاستفاضه المفيدة للعلم دليل حجيتها هو العلم، و المفيدة للظن دليل حجيتها السيره، و لكن السيره لا تتحقق إلا فى موارد مخصوصه و منها الولايه على القضاء، لانه لولا الاستناد إليها يلزم العسر و الحرج لعدم إمكان إقامه البيئه.

و عن بعضهم دليل آخر على حجيه الاستفاضه و هو: ان الحججه لا تقام عند الحاكم و الا لزم الدور، مثاله: إذا كان فى البلد قاض و قد نصب الحاكم قاضيا آخر و لم يعتبر الشيعاء و لا البيئه إلا بحكم و توقف قبول البيئه على ولايه الثانى على الحكم، فان كان الحاكم بثبوت ولايه الثانى هو القاضى الأول فإن المفروض سبق عزله بثبوت ولايه القاضى الجديد بناء على القول بسقوط ولايته بمجرد نصب الثانى فلا ينفذ حكمه، و كذلك الأمر بناء على القول بانعزاله ببلوغه خبر نصب الثانى لأنه مع وصول الخبر ينعزل فلو أراد أن يحكم لم ينفذ حكمه بولايه الثانى. و ان كان الحاكم بثبوت الولايه هو القاضى الثانى نفسه فان ثبوت ولايته يتوقف على حكمه و حكمه يتوقف على ثبوت ولايته، و هذا دور ظاهر.

أقول: هذا يتم فيما إذا لم يكن هناك قاض آخر غير الأول المعزول أو لم يكن فى بلد آخر قاض يمكنهم الرجوع إليه لأجل الحكم.

و قال فى المسالك: «و هذا يتم على القول بعدم جواز تعليق العزل على شرط و قد جوزه العلامة فى القواعد» .

أقول: لكن فيه: انه لا يوافق قواعد الأصحاب و قد حكموا ببطلان الوكاله المعلقه، أى: لا يصح تعليق الوكاله على شرط و لا بد من كونها منجزه، فإذا كان التعليق مبطلا لها مع كونها من العقود الإذنيه فان إبطاله للولايه التى ليست منها يكون بطريق أولى.

وقيل بالفرق بين الولاية والوكالة لأن الوكالة من العقود. فلا بد لها من الصيغة الممتنع فيها التعليق شرعا والولاية ليست من العقود بل هو جعل للمنصب نظير جعل الوجوب والحرمة، فيجوز في الولاية ما لا يجوز في الوكالة، فيجوز أن يكون الأول معزولا عن الولاية في ظرف ثبوت ولاية الثاني، فحينئذ يحكم بولاية الثاني و ينزل هو عن القضاء.

وهذه بحوث علمية بحثه ليست محلا للابتلاء فعلا، نعم يجرى البحث لو قلنا بقبول القضاء للوكالة كأن يوكل الثاني ويرسله الى البلد، فإنه بوصوله اليه ينزل الأول، ومن البحوث العلمية قول المحقق: «و لو لم يستفص اما لبعد موضع ولايته عن موضع عقد القضاء له أو لغيره من الأسباب أشهد الإمام عليه السلام أو من نصبه الامام على ولايته شاهدين بصورة ما عهد اليه و سيرهما معه ليشهدا له بالولاية» .

و كيف كان: «لا يجب على أهل الولاية قبول دعواه مع عدم البينه و ان شهدت له الامارات ما لم يحصل اليقين» .

اشاره

فى جواز نصب قاضيين فى البلد الواحد

قال المحقق: «يجوز نصب قاضيين فى البلد الواحد لكل منهما جهه على انفراده» .

أقول: لا ريب فى جواز نصب قاضيين فى البلد الواحد على أن يكون لكل منهما جهه على انفراده، كجعل أحدهما قاضيا فى الأموال و الآخر فى الدماء و الفروج و نحو ذلك.

قال: «و هل يجوز التشريك بينهما فى الجهه الواحده؟» .

أقول: و هل يجوز التشريك بينهما فى الولايه الواحده؟ قولان، اختار المحقق «قده» الجواز، و الصحيح: المنع، لأن الولايه من الأمور ذات الإضافه فلا يمكن التشريك فيها، الا أن يراد من التشريك اناطه نفوذ حكم أحدهما بموافقه الآخر.

و مع التعدد فحيث أن كل واحد منهما جعله الشارع قاضيا

بالاستقلال و ليس نفوذ حكمه مشروطا-فى زمن الغيبه-بموافقه الآخر و إمضاء حكمه كان النافذ حكم السابق منهما فى الحكم فى الواقعه، فلا يجوز للآخر نقضه-الا مع طلب المترافعين أو العلم بالاشتباه فى الحكم-كما هو الحال فى إجراء العقد للصبى من قبل كل من الأب و الجد.

لو اختلف المترافعان فى تعيين القاضى:

فإن اختلف المترافعان فى تعيين القاضى فهل يلزم المنكر بالتراجع عند من شاء المدعى التراجع عنده؟ قيل: نعم و ادعى عليه الإجماع، لان المدعى هو صاحب الحق. و فيه نظر وفاقا للسيد صاحب العروه «قده»، إذ ليس للمدعى الحق لا على القاضى-لأنه لو كان ذا حق لجاز له إسقاطه و الحال ان نظر القاضى فى المرافعه حكم واجب -و لا على المدعى عليه لانه ما لم يثبت صدق دعواه بحسب القواعد لم يثبت الحق و ان أمكن ثبوته فى علم الله سبحانه.

على أنه لو كان من حق فهو للمترافعين معا، فإن للمدعى عليه التراجع عند من شاء من القاضيين حتى يخلصه من دعوى المدعى و كذا إحضاره عنده ليثبت عدم صدق دعواه، و حينئذ قالوا: يرجع الى القرعه لتعيين القاضى لأنها المرجع عند التداعى كما سيأتى.

فتحصل سقوط هذا الوجه لتقديم قول المدعى و يبقى الإجماع ان كان، و الا فالقرعه هى المرجع أيضا.

و أما فى صوره التداعى بأن يكون كل منهما مدعىا و منكرا، كأن

يدعى أحدهما البيع فيثبت لنفسه الخيار و الآخر الصلح فلا- خيار، فان توافقا على الترافع عند أحد الحاكمين فهو، و ان سبق أحدهما إلى الحاكم نفذ حكمه بناء على نفوذ الحكم الغيابي، و ان رجح كل واحد من المترافعين الى واحد من الحاكمين و حكم كل منهما غيابيا قال الأ- كثر بالقرعه لأن أحد الحكمين المتنافيين مطابق للواقع فيعين بها، لكن مقتضى القاعده بطلان الحكمين معا، لأنه ان أريد بالقرعه العثور على الواقع كترافع الرجلين على مال في يد ثالث فيقترع فهو، و لكن في المورد حيث مقدمات الحكم في كلا- الطرفين تامه و يراد ترتيب الأثر على كل واحد باعتباره حكما مطابقا للواقع كان الحكمان متضادين و مقتضى القاعده سقوطهما، لكن لم أجد من أفتى بذلك.

و تفصيل المسأله: انه إذا حكم كل من الحاكمين لكل من المتخاصمين بنحو الثقارن فالوجه سقوط الحكمين، و انما يتصور ذلك في الحكم الغيابي، و الحكم الغيابي يتصور في حالين:

الأول: أن يحضر أحد المترافعين عند الحاكم فيرسل الحاكم خلف الأخر فتارة يمتنع عن الترافع عند هذا الحاكم و أخرى يمتنع عنه مطلقا، فان أبي عن الحضور مطلقا طلب الحاكم من المدعى الشهود ثم يحكم حكما غيابيا على الخصم و ينفذ هذا الحكم في حقه بلا كلام، و ان أبي عن الحضور عند هذا الحاكم مع موافقه على الترافع عند غيره فهل يسمع كلامه أو لا فيحكم عليه غيابيا؟ الصحيح: انه لا وجه للإلزامه بل يرجع الى القرعه.

الثانى: أن يكون الحكم غيايا بالنسبه إليهما معا (بأن يكون أحدهما فى بلد و الآخر فى بلد آخر، فيرجع كل منهما الى حاكم بلده -بعد عدم اجتماعهما فى بلد واحد للمرافعه لجهه من الجهات- فيحكم كل واحد من الحاكمين حكما غيايا على الخصم الآخر) فأى الحكمين النافذ؟ ان علم الأسبق منهما زمانا فهو المقدم، و مع عدمه فالقرعه هى الطريق لتعيين الحكم السابق النافذ، و مع العلم بوقوعهما فى زمان واحد فمقتضى القاعده سقوطهما، لأنهما كالسبيين المتمانعين، و بعبارة أخرى: هما حكمان لموضوع واحد و دليل اعتبارهما واحد فحيث لا يمكن اجتماعهما يسقطان.

و قيل: انهما كالخبرين المتعارضين فيحكم بالتخير.

قلت: انما يحكم بالتخير بين الخبرين المتعارضين فى صوره الإمكان لا- فى كل خبرين متعارضين، و فيما نحن فيه لو كان مقتضى أحد الحكمين كون المال المتنازع فيه لزيد و مقتضى الآخر كونه لعمر و كيف يحكم بالتخير؟ قال السيد «قده»: ان أدله نفوذ حكم الحاكم منصرفه عن مورد التعارض بين الحكمين، فدليل اعتبار الحكم لا يشمل.

قلت: إذا كان كذلك ارتفع فرض التعارض فى كل مورد، على أنه لو قيل بحجيه حكم الحاكم فى صوره عدم وجود حكم معارض كان لازمه جعل حال الحكم قيذا للموضوع و هو محال.

و احتمال السيد الرجوع الى حاكم ثالث فيكون حكمه رافعا للنزاع.

قلت: و هل يجب ذلك أو هما بالخيار فيرجع البحث؟ و الصحيح: سقوط الحكمين معا، فان تراضيا بعدئذ بالترافع عند حاكم ثالث فهو و الا فيرجع الى القرعه لتعيين الحاكم.

ثم ان التداعي يكون تاره في الشبهه الحكميه كأن تعقد البنت الباكره العاقله الرشيده نفسها لرجل-بناء على صحته-و يعقدها الولي لرجل آخر-بناء على استقلاله في ذلك-فيقع النزاع بين الرجلين.

و كما لو وقع النزاع في الحبه بين الولد الأكبر و سائر الورثه فاختلف الطرفان في الحكم تبعا لمقلديهما-مثلا.

و أخرى في الشبهه الموضوعيه كأن يتنازعا على مال فان كان في يد أحدهما كان الآخر مدعيا و صاحب اليد منكرا، فإن أثبت المدعى ملكيته له فهو، و الا-حلف المنكر على أنه ليس للمدعى و أبقى في يده، و ان لم يكن لأحدهما يد على المال كان التداعي.

و قد أجرى في المستند هذا التفصيل في الشبهه الحكميه أيضا و الحق وفاقا للسيد «قده» كونهما متداعيين في تلك الشبهه و ان كان لأحدهما يد، لان اليد حجه في صوره الجهل بمدركها فيحتمل أن تكون على وجه صحيح، و أما مع العلم بكون مستند اليد فتوى المجتهد مثلا فليست بحجه. فلو كانت المرأه تحت من عقد له الأب و جاء من يدعى سبق عقد الجد له عليها و وقع النزاع حول

الأقدم كان احتمال صحة اليد في محله فيطالب الخصم بالبينه فإن جاء بها و الا حلف صاحب اليد و بقيت تحته، ففي هذه الصورة حيث النزاع على الأسبقية و ليس المنشأ هو الاختلاف في الحكم يحتمل صحة اليد و كان من قبيل المدعى و المنكر لا المتداعين.

ص: ١٢١

فيما يتعلق بانعزال القاضى و عزله

قال المحقق «قده»: «إذا حدث به ما يمنع الانعقاد انعزل و ان لم يشهد الامام بعزله كالجنون و الفسق، و لو حكم لم ينفذ حكمه»

أقول: إذا فقد القاضى أحد الشروط المعتمده سقط حكمه عن الاعتبار و لم ينفذ، لأن أدله اعتبار الصفات تقتضى وجودها فيه ابتداء و استدامه، فلا وجه للاستصحاب لأنه أصل و هو لا يعارض الأدله، فإن ارتفع المانع فهل تعود التولية أو لا بد من نصب جديد؟ اختار فى المسالك الثانى و وافقه فى الجواهر قال: لا تعود بزوال هذه العوارض للأصل. أقول: و المراد من الأصل اما استصحاب حال الجنون-مثلا-و اما أن التولية تحتاج الى دليل و بعد زوال الجنون فالأصل عدم التولية، فيكون نظير الوكاله إذا جن الوكيل.

و الحق: أنه ان نصب شخص الامام عليه السلام أحدا بخصوصه

للقضاء كان حاله حال الوكيل فيما ذكر، و أما إذا كان حكم النصب كليا سواء فى زمن الحضور أو الغيبه كما فى معتبره أبى خديجه فإنه مع زوال العارض يشمله الحكم الكلى و ينفذ حكمه، نظير:

«لا- تصل الا خلف من تثق بدينه» ، فلو حدث فى إمام الجماعه فسق لم تجز الصلاه خلفه، فان تاب و عاد جاز الائتمام به لقوله «ع» «صل» لان معناه: جواز الصلاه خلفه فى كل زمان حصل الوثوق بدينه و عدالته. و لعل كلمات الأصحاب ناظره إلى المنصوب من قبل الامام «ع» بشخصه، و هذا جار فى المنصوب من قبل المجتهد أيضا بناء على أن له ذلك.

هذا كله فى الانعزال القهرى، فإن القاضى ينعزل بحدوث ما يمنع انعقاد القضاء له و ان لم يعلم الامام عليه السلام بذلك لأنهم إذا شاءوا علموا.

و ربما فرق بين ما إذا كان العارض سريع الزوال كالإغماء و بين غيره كالجنون فتعود فى الأول قياسا على السهو و النسيان دون الثانى.

أقول: و فيه انه يشترط فى القاضى العقل، و ان زواله يوجب العزل سواء كان بالإغماء أو الجنون، إذ لا أثر لقله زمان الزوال حتى يفرق بين الإغماء و الجنون، و أما فى حال النوم و السهو و النسيان و نحو ذلك فلا يزول العقل، فهو قياس مع الفارق.

قال المحقق «قده»: «و هل يجوز أن يعزل اقتراحا؟ الوجه لا، لان ولايته استقرت شرعا فلا تزول تشهيا» .

أقول: ان كان فى العزل مصلحه فلا إشكال فى جوازه، و مورد البحث ما إذا أراد عزله لا لمصلحه بل تشهيا، و قد استدل المحقق «قده» للعدم بما سمعت لكنه مصادره محضه. و قيل: لانه عبث و الامام عليه السلام لا يفعله، و فيه: انه ان عزله فلا يكون عبثا، و قيل: انه يعرض بذلك للقدح من ليس بمقدوح فيه، و فيه: ان عزله مع رفع هذه الشبهه فلا- اشكال، على أن لزوم ذلك أمر ثانوى، و العنوان الثانوى قد يحصل حتى من النصب، فقد ينصب الحاكم للقضاء و يترتب على ذلك المفسده، فلا بد من البحث فى جهه أخرى و هى أنه هل يجوز عزل القاضى عن القضاء أو لا-؟ لقد ذكرنا سابقا أن الولاية على القضاء أمر اعتبارى عرفى قابل للجعل كالزوجه و الملكيه و نحوهما، فهى موجوده بين أهل العرف و قد جعل الشارع هذه الولاية للنبي و الامام عليهما الصلاه و السلام ثم رخص المجتهد فى ذلك أيضا، فهل يستفاد من نفس التمكّن من الجعل التمكّن من العزل كذلك؟ أما بالنسبه الى الامام عليه السلام فلا ريب فى انزال من يعزله، و أما بالنسبه إلى المجتهد فهذا مشكل بل لا بد من دليل آخر، كما ليس لحاكم الشرع عزل من جعله متوليا على وقف أو نصبه وليا على أمر من الأمور من غير سبب يقتضى ذلك شرعا، الا أن يدعى النيابة العامه للمجتهد بأن يكون له فعل كل ما فعله الامام عليه السلام. و هذا يتوقف بالإضافة إلى إثبات ذلك من ناحيه الأدله على إثبات فعل الامام عليه السلام ذلك،

الا- أن يقال بأن أمير المؤمنين عليه السلام كان قد نصب و عزل بعض القضاة، و لكن هذا يحتاج إلى الإثبات، فلعله أرجح القاضى من ذاك البلد ليرسله الى بلد آخر.

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

نعم كل شىء يتوقف على الاذن-لا الجعل-جاز الرجوع فيه عن الاذن.

و لو عين الواقف أحدا للتولية على الوقف فليس له عزله عن التولية، لأن ذلك كالرجوع عن الوقف و قد ثبت أن الوقوف على ما يوقفها أهلها، على أن بعض الفقهاء يفتون بعدم جواز عزله حتى مع الخيانه، قالوا: بل يجب حينئذ ضم أحد اليه. و هذا كله مما يشهد بأن جواز الجعل بوحده لا يكفى للدلاله على جواز العزل.

هذا و ليس من شأننا البحث عن حكم الامام عليه السلام لثبوت عصمته، على أن نفس إرادته الإمام مرجحه، إذ لا يتصور التوقف له فى مورد التعارض بين طرفى الفعل و الترك، و لا يشترط أن يكون لفعله مرجح، بل يكفى عدم المرجوحه للفعل.

و على فرض جواز العزل فهل ينعزل القاضى بمجرد العزل أو بعد بلوغ الخبر اليه كالوكيل؟ قال فى المسالك: قولان أظهرهما الثانى لعظم الضرر فى رد قضيته بعد العزل و قبل بلوغ الخبر فيكون الحكم فيه أولى من الوكيل.

و فى الأول: ان الضرر اللانزم كما يمكن أن يكون متوجها الى من كان له الحق كذلك يحتمل أن يتوجه الى مدعى الباطل منهما و دليل «لا ضرر» لا ينفى مثل هذا الضرر، فيكون المورد شبهه مصداقيه له فلا يجوز التمسك به، فيكون حكم هذا القاضى حينئذ نظير حكم من حكم بتوهم كونه منصوبا لذلك من قبل الامام ثم بان له أنه لم يكن له ذلك فان حكمه باطل، و كذا من باع مال غيره متخيلا أنه و كيله ثم ظهر العدم.

و فى الثانى: ان الأولويه ممنوعه، الا أن يقال بأن الولاية على القضاء و كاله مع زياده السلطنه أو يصحح ذلك بتفسيح المناط.

و بما ذكرنا ظهر أنه لا مجال للتمسك باستصحاب بقاء نفوذ الحكم.

قالوا: هذا إذا عزل القاضى لفظا أو كتب إليه: أنت معزول -مثلا- و أما إذا كتب إليه: إذا قرأت كتابى فأنت معزول ففيه فروع منها: أنه لا- ينعزل الا- بعد قراءة الكتاب سواء و صل الى يده أو لا- فلو وصل اليه الكتاب و حكم فى قضيه قبل أن يقرأه نفذ حكمه بلا- اشكال. و منها: أنه لا يشترط قراءته للكتاب مباشره بل الظاهر أن المراد فهمه بما فيه و لو بقراءه غيره له، و منها: أنه هل يشترط قراءه الكتاب كله أو يكفى العلم بحاصل المراد؟ و تظهر الفائدة فيما لو ذهب بعض الكتابه أو تعذر عليه قراءته.

قال فى الجواهر: ان هذه احتمالات بارده أطنب فيها العامه

فى كئبهم لغرض صيروره الكئاب ضخما.

قلت: و يمكن أن ئنمر هذه الفروع فى الإجازات و الوكالات التى يئئبها الفقهاء للأشخاص. و لكنها قليلة الجدوى.

ص: ١٢٧

اشاره

هل ينعزل القاضى بموت الامام؟

قال المحقق «قده»: «إذا مات الامام عليه السلام قال الشيخ:

الذى يقتضيه مذهبنا انعزال القضاة أجمع. و قال فى المبسوط:

لا ينزلون، لان ولايتهم ثبتت شرعا فلا تزول بموته. و الأول أشبه» .

أقول: علل فى المسالك القول الأول بقوله: لأنهم نوابه و ولايتهم فرع ولايته فإذا زال الأصل زال الفرع، و وافقه فى الجواهر فيه و أضاف: فإن أمر كل عصر الى امام ذلك العصر. أى: ان قضاة ذلك العصر ينزلون بموته ثم ينصبهم الامام اللاحق مره أخرى أو ينصب غيرهم.

و استدلل للقول الثانى: بأن ولايه القضاة قد ثبتت شرعا فلا تزول بموت الامام و مع الشك تستصحب، و قد أيد ذلك فى الجواهر و غيره بما فى الانعزال من الضرر العام للخلق بخلو البلدان من

الحكام الى أن يجدد الامام اللاحق نوابا فتعطل الاحكام.

و الصحيح أن يقال: ان كل فرد من الناس إذا وكل أحدا أو أنابه أو أذن له في شئونه الخاصه و الأمور التي بيده فإنه إذا مات ينزل الوكيل و النائب و المأذون بلا كلام، من غير فرق في ذلك بين الامام و غيره، فان كان القضاء كذلك بمعنى أن يكون أمر القضاء للإمام و أن القاضى ينوب عنه في القضاء أو يقوم بذلك و كاله عنه انزل القضاء بموته، لان من قواعد المذهب انزال الوكيل و النائب بموت الموكل و المنوب عنه.

و ان كان القضاء نظير نصب المتولى على الموقوفه أو الولاية على الصغار فلا- ينزل بموت من نصبه، لانه يقوم بالأمر بعنوان السلطنه لا بعنوان الوكالة و الاذن.

و بما ذكرنا يظهر الحال في التمسك بالاستصحاب لعدم انزالهم بموت الإمام، لأن ولايتهم ان كانت من باب الوكالة فقد بطلت، و ان كانت من باب الولاية فلا شك في بقائها حتى تستصحب، بل لو شك يستصحب عدم جعل الولاية، و لا يعارضه استصحاب عدم كونه و كاله لعدم الأثر.

و يمكن تقريب الاستدلال بأن يقال: ان الولاية قد يكون جعلها مقيدا بزمان حياه الامام فلا ريب في انقطاعها بالموت، و قد يكون غير مقيد بذلك فهي مطلقة و لا ريب في بقائها بعد موت الامام، و مع الشك في كونها مقيده أو مطلقة يستصحب كلى الولاية فلا ينزل

القاضي بموته و ينفذ حكمه.

و لكن يشكل بأنه يبنى على القول بجريان الاستصحاب مع الشك في المقتضى.

و يمكن أن يكون المستصحب عدم وجود القيد في الولاية، و ليس هذا الاستصحاب مثبتا لخفاء الواسطه، و حينئذ يسند بقاء الولاية المطلقه إلى الشارح.

و أما استصحاب نفوذ الحكم، ففيه: ان استصحاب الحكم مع الشك في تحقق موضوعه غير جائز، كما لا يجوز استصحاب قيام قيام زيد مع الشك في وجوده.

و أما استدلالهم بلزوم الضرر العام بالانعزال، فيرد عليه: ان لزوم الضرر لا يفيد لإثبات عدم الانعزال، فلو أن ماء حكم بطهارته الظاهرية بالاستصحاب و توضأ به مده من الزمن و غسلت به الثياب و نحو ذلك ثم انكشف الخلاف لم يكن الضرر العظيم المترتب على ذلك موجبا للقول بعدم نجاسه الماء.

الا أن يقال بأن لزوم الضرر يقتضى القول بعدم سقوط أحكام هؤلاء القضاة، و أما أصل ولايتهم على الحكم فلا تثبته قاعده نفى الضرر لأنه أمر تكويني.

قال في المسالك: «و الأظهر هو الأول، و قد يقدح هذا في ولاية الفقيه حال الغيبه و أن الامام الذى قد جعله قاضيا و حاكما قد مات، فيجرى في حكمه ذلك الخلاف المذكور، الا أن الأصحاب

مطبّقون على استمرار تلك التولية، فإنها ليست كالتولية الخاصه بل حكم بمضمون ذلك، فإعلامه بكونه من أهل الولاية على ذلك كإعلامه بكون العدل مقبول الشهاده و ذى اليد مقبول الخبر و غير ذلك و فيه بحث» .

قلت: و هو خلاف ظاهر المعبره حيث قال عليه السلام «فانى جعلته حاكما» و لم يقل: فحكمه نافذ-مثلا-فلو كان حكما إلهيا لم يكن متوقفا على جعل من الامام، بل ظاهر الروايه أن الحكومه لغير النبى و الامام متوقفه على الجعل و هو بيد الامام «ع» ، فيكون الحاصل: ان من كان معنونا بتلك العناوين مجعول وليا من قبل الامام، و ليس هذا الجعل مقيدا بزمان حياته، بل هو نظير جعل التولية على المسجد لإمام الجماعه من قبل الواقف، فليس من شك حتى يستصحب. و أما كون المسأله نظير الوكاله أو الحكم فكل ذلك خلاف الظاهر.

و بالجمله: ان كان توليهم للقضاء مستندا إلى النيابة من ناحيه الإمام أو الى الوكاله عنه كانت ولايتهم فرع ولايه الامام و بموته ينزلون، و ان كان جعلاً من قبله و سلطنه لهم على الحكم فلا ينزلون بموت الامام.

فالحق فى المسأله ما ذكرناه ((١)).

لومات القاضي الأصلي فهل ينزل النائب عنه؟

ثم قال المحقق «قده»: «و لو مات القاضي الأصلي لم ينزل النائب عنه لأن الاستنابه مشروطه بإذن الإمام عليه السلام فالنائب عنه كالنائب عن الامام فلا ينزل بموت الواسطه. و القول بانزاله أشبهه» .

أقول: لو أذن الامام للقاضي الأصلي في نصب القضاء بأن يكونوا وكلاء عن الإمام أو يكونوا نوابه أو مأذونين من قبله في الحكم لم ينزلوا بموت القاضي الأصلي لكونه واسطه في النصب فحسب و هذا واضح، و لو كان ذلك من قبل نفسه لا الامام فلا ريب في انزالهم بموته، و هذا واضح أيضا، و لو أمره الإمام بإنشاء النصب و جعل الولاية على القضاء فلا ينزلون لا بموته و لا بموت الامام لما تقدم في الفرع السابق.

ص: ١٣٢

هذا كله فى مقام الثبوت.

و فى مقام الإثبات: ان علم الأمر من الامام عليه السلام أو بالقرائن الحافه بالكلام فلا بحث، و ان شك فى كيفية الأمر و فى نفوذ حكم القضاء المنصوبين بعد موت القاضى الأصلى فلا- مجال لاستصحاب كلى الوكاله أو النيابة لعدم جريانه مع الشك فى المقتضى، مضافا الى أنه مسبب عن الشك فى كون الجعل من قبل الامام و الأصل عدمه كما أن الأصل عدم جعل الولاية و السلطنه، فلا وجه لنفوذ حكمهم بعد موت القاضى الأصلى.

و أما فى حال الغيبه فلا ريب فى نفوذ قضاء الفقيه الجامع للشرايط لأن له الولاية على القضاء، فان قلنا بأنه لا يجوز له نصب غيره للقضاء فلا كلام، و ان قلنا بأن له ما للإمام جاء فيه التفصيل المذكور فى الفرع السابق.

و أما فى الأمور الحسينيه فتاره ما يأذن أو يوكل أو ينيب من يثق به فيها فإن إعماله نافذه ما دام الفقيه الناصب له حيا و ينزل بموته البتة و أخرى يجعل الولاية له بالاستقلال فلا ينزل بموته.

و أشكل المحقق الآشتياني فى أن يكون للفقيه ما للإمام من التصرف فى الأمور المستقبليه لعدم الدليل على ذلك. و فيه: ان هذا صحيح و لكن الفقيه يجعل الولاية فى حال حياته ثم تبقى بعد موته حتى يحدث ما يزيلها أو يموت- نظير علقه الزوجيه التى لا تزول بموت العاقلين- لان ذات الولاية المجعوله قابله للبقاء بمجرد إنشائها حتى يقوم الدليل على زوالها.

ص: ١٣٣

و هل للنائب أو الوكيل جعل الولايه الخاصه لثالث؟ الظاهر: لا، لان غرض الشارع فى الأمور الحسيه يتحقق بالاذن. و تظهر الفائده فى أنه مع الجعل لا يمكن العزل. و قد تدعو الضروره إلى العزل بخلاف الاذن، فلذا يكون التصرف بنحو الاذن حتى يتمكن من ذلك.

ص: ١٣٤

هل تنعقد الولايه لفاقد الشرائط لو نصبه الإمام مصلحه؟

قال المحقق: «إذا اقتضت المصلحه توليه من لم يستكمل الشرائط انعقدت ولايته مراعاة للمصلحه فى نظر الامام عليه السلام كما اتفق لبعض القضاة فى زمن على عليه السلام. و ربما منع من ذلك.» .

أقول: اختلف الأصحاب فى المسأله على قولين، و منشأ الخلاف أن أمير المؤمنين عليه السلام نصب شريحا للقضاء مع أنه لم يكن جامعا للشرائط المعتمره فى القاضى، فالمستفاد من بعض الروايات أنه لم يكن عالما حتى بأحكام القضاء، كما أنه لم يكن عادلا كما هو واضح، فيدور الأمر فى الحقيقه بين رفع اليد عن بعض الشرائط فى حال توليه الإمام أو حمل فعل الامام على بعض الوجوه، و قد حمل بعضهم نصب الإمام أمير المؤمنين عليه السلام شريحا على التقية، لأنه كان منصوبا من قبل فى الكوفه، فلو عزله عليه السلام

لخالف القوم كما وقع بالنسبه الى بعض الأمور التي أراد عليه السلام تغييرها أو رفعها كصلاه التراويح حيث ارتفعت أصوات القوم و جعلوا ينادون «وا عمراه» .

وقيل: ان الأئمة عليهم السلام مهما كانوا فى تقيه و شده لم يكونوا يتقون فى أمر القضاء، و كانوا ينهون عن التحاكم الى قضاء الجور و المخالفين، فكيف بنصب القاضى الجائر؟ على أن أمير المؤمنين عليه السلام لو كان فى حال تقيه لما عزل معاويه عن الشام.

أقول: أما النقض بعزل معاويه فغير تام، لأن معاويه لم يبايع الامام مع بيعه سائر المسلمين و الولاه له، و أما شريح فإن الإمام لم يوله و لم يتمكن من عزله حتى خاطبه قائلاً: «يا شريح جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصي أو شقي» .

وقيل: ان الامام لم يفوض إليه أمر القضاء، بل شاركه فيما ينفذه. و هذا هو المستفاد من الروايات، و هو أحسن الوجوه فى المسأله.

وقيل: انه كان يحكم و لكن لا يترتب على حكمه أثر. و هو خلاف الظاهر.

و فى المسالك: المروى من حال شريح معه عليه السلام خلاف ذلك و فى حديث الدرع الغلول ما يرشد الى ما ذكرناه.

أقول: و لنذكر بعض الروايات التى أشرنا إليها، ثم حديث الدرع:

منها- ما عن هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام قال

«لما ولى أمير المؤمنين عليه السلام شريحا القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه» (١).

و منها- ما رواه المشايخ الثلاثة عن سلمه بن كهيل قال: سمعت عليا عليه السلام يقول لشريح: «و إياك أن تنفذ قضيه فى قصاص أو حد من حدود الله أو حق من حقوق المسلمين حتى تعرض ذلك على ان شاء الله.» (٢).

و أما حديث الدرع الغلول فهذا نصه عن الكلينى «قده» بسنده عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: «دخل الحكم بن عتيبه و سلمه بن كهيل على أبى جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد و يمين. فقال: قضى به رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و قضى به على عليه السلام عندكم بالكوفه. فقالا: هذا خلاف القرآن. فقال: و أين وجدتموه خلاف القرآن؟ قالا: ان الله يقول «و أشهدوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ». فقال:

قول الله «و أشهدوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ»، هو لا تقبلوا شهاده واحد و يمينا! ثم قال:

ان عليا عليه السلام كان قاعدا فى مسجد الكوفه، فمر به عبد الله ابن قفل التميمى و معه درع طلحه. فقال على عليه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره. فقال له عبد الله بن قفل: اجعل بينى و بينك قاضيك الذى رضيته للمسلمين. فجعل بينه و بينه شريحا.

ص: ١٣٧

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-٦.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٨-١٥٥.

فقال على عليه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره.

فقال له شريح: هات على ما تقول بينه. فأتاه بالحسن فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره. فقال شريح: هذا شاهد واحد ولا أفضى بشهادة شاهد حتى يكون معه آخر. فدعا قنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره. فقال شريح: هذا مملوك ولا أفضى بشهادة مملوك.

قال: فغضب على عليه السلام وقال: خذها فان هذا قضى بجور ثلاث مرات. قال: فتحول شريح وقال: لا أفضى بين اثنين حتى تخبرني من أين قضيت بجور ثلاث مرات؟ فقال له: ويلك-أو ويحك-انى لما أخبرتك أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره فقلت: هات على ما تقول بينه وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: حيث ما وجد غلول أخذ بغير بينه. فقلت: رجل لم يسمع الحديث. فهذه واحده. ثم أتيتك بالحسن فشهد. فقلت:

هذا واحد ولا أفضى بشهادة واحد حتى يكون معه آخر وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بشهادة واحد ويمين، فهذه ثنتان. ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره فقلت: هذا مملوك و ما بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلا. ثم قال:

ويلك-أو ويحك-ان امام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا» (١).

ص: ١٣٨

هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته؟

قال المحقق «قده»: «كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه كالولد على الوالد و العبد على مولاه و الخصم على خصمه. و يجوز حكم الأب على ولده و له، و الأخ على أخيه و له» .

أقول: هذا مذهب الأ-كثر، بل ادعى عليه الإجماع لكنه غير معلوم، و استدل على ذلك بأن الحكم شهاده و زياده، فكل من لا تقبل شهادته فى حق أحد لا- ينفذ حكمه فيه، و قد أنكر جماعه كون الحكم كذلك، فلا مانع من شمول الإطلاقات و نفوذ حكم من ذكر كالولد على الوالد و العبد على مولاه، و فى أصل قبول هذه الشهاده إخبار متعارضه سيأتى التعرض لها فى محلها ان شاء الله تعالى.

و كذلك حكم الحاكم على خصمه أو له الا إذا رجع حكمه الى الإقرار و هذا بحث آخر، و يدل عليه-مضافا الى الإجماع

المدعى-انصراف الأدله عن ذلك، بل المتبادر منها الرجوع الى الغير، فان قوله عليه السلام «انظروا الى رجل منكم. فتحاكموا اليه» ظاهر في وجوب ترفع الخصمين عند من كان واجدا للشرايط المعبره و ان كان أحدهما كذلك.

قال السيد صاحب العروه «قده»: نعم له أن ينقل حقه الى غيره ثم يرجع ذلك الغير مع الخصم إليه، فإنه حينئذ ينفذ حكمه لذلك الغير و ان انتقل اليه بعد ذلك بإقاله أو نحوها.

و هل ينفذ حكمه لمن له عليه ولايه خاصه كالأبوه و الوصايه؟ قيل: نعم لان الحكم ليس لنفسه، و قيل: لا، لانه هو المنازع في الحقيقه، و اختاره السيد و هو الأظهر.

و أما المولى عليه بالولايه العامه فالصحيح نفوذ حكمه و الا- لم يرتفع النزاع في هذه الموارد لاین كل قاض ولى الأيتام و المجانين و نحو ذلك.

و إذا كان للحاكم شركه مع غيره في مال و وقع النزاع فيه بينهما و بين غيرهما كما إذا تنازع أخوه مع غيره في مال مشترك بينه و بين أخيه من جهه الإرث فليس للحاكم أن يطالب الغير بالترافع عند نفسه، لكن لأخيه مطالبته بالترافع عنده، و هل ينفذ حكمه حينئذ؟ ذكروا أنه إذا حكم لأخيه نفذ في حصه أخيه و لا- ينفذ في حصه نفسه. و هذا فيه بحث، لأنه إذا ثبت كون المال إرثا كان النصف الآخر للحاكم في الفرض المذكور و الا لزم التفكيك بين اللازم و الملزوم.

و أجاب المحقق النراقي «قده» بأن اللوازم الشرعيه ليست كالعقليه بل هي قابله للاستثناء.

و فيه: انه لا- يمكن المساعده عليه، لان الواقع لا- ينقلب عما هو عليه، لان هذا المال ان كان لأبيهما واقعا كان الحاكم و أخوه شريكين فيه، و ان لم يكن له فليس لأحدهما فيه شيء. نعم يمكن التفكيك في فصل الخصومه بأن ترفع بالنسبه إلى حصه أخيه و يترافع هو و الغير عند حاكم آخر لفصل الخصومه في حصته خاصه.

و لما كانت الملازمه المذكوره بحسب واقع الأمر فإنه يمكن التفكيك بين السهمين بحسب الظاهر، و ذلك في حال الشك في كون المال إرثا، نظير ما إذا تيقن زيد بمتنجس ماء معين و شك عمرو فيجب على الأول الاجتناب عنه دون الثاني فله البناء على طهارته الظاهريه فحصل التفكيك في الحكم بينهما مع وجود الملازمه بينهما بحسب الواقع، لأنه ان كان طاهرا واقعا جاز لهما شربه، و ان كان متنجسا واقعا وجب عليهما الاجتناب عنه.

فظهر إمكان التفكيك في الحكم الظاهري في حال الشك في كون ذلك المال إرثا، و أما مع إحراز كونه كذلك فلا يمكن التفكيك بين السهمين.

و قد فرق السيد في مسأله الشركه في صورته كون مورد الدعوى عينا بين ما إذا كانت الدعوى بعد افراز الحاكم حصته عن حصه أخيه و بين ما إذا كانت بعده، قال: إذا كان للحاكم شركه مع غيره

فى مال و وقع النزاع فىه بىنهما و بىن غيرهما نفذ حكمه فى حصه شريكه لا فى حصه نفسه. مثلا: إذا تنازع أخوه مع غيره فى مال مشترك بىنه و بىن أخيه من طرف الإرث و ترافعا اليه فحكم لأخيه نفذ فى حصه أخيه و لا ينفذ فى حصه نفسه، و لا يشارك مع أخيه فى تلك الحصه التى ثبتت لأخيه، إلا إذا كانت الدعوى فى عين و قد قسمها أخوه مع ذلك الغير و أفرز حصته، إذ حينئذ يشارك معه فى تلك الحصه لإقراره بالشركه. و أما قبل القسمة فلا يشارك معه، فلا أخيه أن ينقلها الى غيره على إشاعتها. و أما إذا كانت الدعوى دينا فلا يشاركه مطلقا و لو بعد القبض على الأتوى.

و فىه نظر، لأنه إن استلزم الإقرار لم يكن فرق بين العين و الدين و ان لم يستلزمه فكذلك، فالتفريق بينهما لا وجه له.

و لو تنازع جماعه مشتركون فى مال مع غيرهم فأقاموا شاهدا واحدا و حلف بعضهم دون بعض، فإنه يثبت حصه الحالف دون غيره، لان يمين كل واحد منهم جزء، و لولاه فالخصومه باقيه.

ص: ١٤٢

أشاره

وهي قسمان:

الآداب المستحبه،

الآداب المكروهه

ص: ١٤٣

آداب القاضي و القضاء قال المحقق «قده»: «النظر الثاني في الآداب (١) و هي قسامان:

مستحبه و مكروهه.

فالمستحب: أن يطلب (٢) من أهل ولايته من يسأله عما يحتاج

ص: ١٤٥

إليه في أمور بلده، و أن يسكن عند وصوله في وسط البلد ليرد الخصوم عليه ورودا متساويا، و أن ينادى بقدمه ان كان البلد واسعاً لا ينتشر خبره فيه الا بالنداء، و أن يجلس للقضاء في موضع بارز مثل رحبه أو فضاء ليسهل الوصول اليه، و أن يبدأ بأخذ ما في يد الحاكم المعزول من حجج الناس و ودائعهم (١)).

و لو حكم في المسجد صلى عند دخوله تحيه المسجد، ثم يجلس مستدبر القبلة ليكون وجه الخصوم إليها، و قيل: يستقبل القبلة لقوله عليه السلام: خير المجالس ما استقبل به القبلة، و الأول أظهر (٢)).

ثم يسأل عن أهل السجون و يثبت أسماءهم و ينادى في البلد بذلك و يجعل له وقتاً، فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد و يسأله

ص: ١٤٦

عن موجب حبسه و يعرضه على خصمه، فان ثبت لحبسه موجب أعاده و الا أشاع حاله بحيث ان لم يظهر له خصم أطلقه (١)).

ص: ١٤٧

و كذا لو أحضر محبوسا و قال: لا خصم لى فإنه ينادى فى البلد، فان لم يظهر له خصم أطلقه. و قيل: يحلفه مع ذلك (١).

ثم يسأل عن الأوصياء و عن الأيتام و يعمل معهم ما يجب من تضمين أو إنفاذ أو إسقاط و لايه إما لبلوغ اليتيم أو لظهور خيانه أو ضم مشارك ان ظهر من الوصى عجز.

ثم ينظر فى أمناء الحاكم الحافظين لأموال الأيتام الذين يليهم الحاكم و لأموال الناس من وديعه و مال محجور عليه، فيعزل الخائن و يسعد الضعيف بمشارك أو يستبدل به بحسب ما يقتضيه رأيه.

ثم ينظر فى الضوال و اللقط، فيبيع ما يخشى تلفه و ما يستوعب نفقته ثمه، و يتسلم ما عرّفه الملتقط حولا ان كان شىء من ذلك فى يد أمناء الحاكم، و يستبقى ما عدا ذلك مثل الأثمان و الجواهر محفوظة على أربابها لتدفع إليهم عند الحضور على الوجه المحرر.

و يحضر من أهل العلم (٢) من يشهد حكمه فإن أخطأ نبهوه، لأن

المصيب عندنا واحد. و يخاوضهم فيما يشته من المسائل النظرية لتقع الفتوى مقرره.

و لو أخطأ فأتلف لم يضمن و كان على بيت المال (١).

و إذا تعدى أحد الغريمين عرفه خطأه برفق، فان عاد زجره، فإن عاد أدبه بحسب حاله مقتصرًا على ما يوجب لزوم النمط.

ص: ١٤٩

(و الآداب المكروهه)

و الآداب المكروهه أن يتخذ حاجبا وقت القضاء (١)) و أن يجعل المسجد مجلسا للقضاء دائما، و قيل: لا يكره مطلقا التفاتا الى ما عرف من قضاء على عليه السلام بجامع الكوفه (٢))، و أن يقضى و هو

ص: ١٥٠

غضبان ((١)) ، و كذا يكره مع كل وصف يساوى الغضب فى شغل النفس كالجوع و العطش و الغم و الفرح و مدافعه الأخبثين و غلبه النعاس ((٢))

ص: ١٥١

فلو قضى و الحال هذه نفذ إذا وقع حقا، و أن يتولى البيع و الشراء لنفسه (١)) ، و كذا الحكومه (٢)) ، و أن يستعمل الانقباض المانع من اللحن بالحجه، و كذا يكره اللين الذى لا يؤمن معه جراه الخصوم.

و يكره أن يرتب للشهاده قوما دون غيرهم، و قيل يحرم لاستواء العدول فى موجب القبول و لأن فى ذلك مشقه على الناس بما يلحق من كلفه الاقتصار (٣)).

ص: ١٥٢

هل للقاضي أن يحكم بعلمه؟ حكم ما لو لم يعرف الحاكم عداله البينه هل للحاكم الثاني نقض حكم الأول؟ فى تتبع الحاكم حكم من قبله فى دعوى ان المعزول حكم عليه بشهادة فاسقين فى تعدد و عداله مترجم الحاكم فى شرائط كاتب القاضي فروع حول عداله الشاهدين فى تفريق الشهود عند الشهاده فيما يعتبر فى الشهاده بالجرح فى الحكم باستمرار العداله حتى تبين ما ينافيها فى كتابه الحاكم قضايا كل أسبوع هل يجب عليه كتابه المحضر؟ يكره له ان يعنت الشهود لا يجوز له أن يتتبع الشاهد يكره له ان يضيف احد الخصمين فى حرمه الرشوه فى إحضار الخصم الى مجلس القضاء

(هل للقاضي أن يحكم بعلمه؟)

قال المحقق: «و هنا مسائل-الأولى: الإمام عليه السلام يقضى بعلمه مطلقا، و غيره من القضاة يقضى بعلمه في حقوق الناس، و في حقوق الله تعالى على قولين أصحهما القضاء. و يجوز أن يحكم في ذلك كله من غير حضور شاهد يشهد الحكم» .

أقول: أما حكم قضاء الامام بعلمه فلا ثمره للبحث عنه ((١)) الا من

جهه أنه إذا ثبت أن الامام عليه السلام لا يقضى بعلمه ثبت عدم جواز القضاء لغيره من القضاء بعلمه بالأولوية، و لكن قد وجدنا أنه عليه السلام قد قضى بعلمه فى بعض الموارد، الا- أن هذا بوحده لا يكفى للقول بجوازه لغيره كما لا يخفى، بل لا بد من ملاحظه الأدله بالنسبه اليه.

و أما غير الامام من القضاء فلا كلام و لا إشكال فى حكمه بعلمه فى الشبهات الحكيمه، فلو تنازع الولد الأكبر مع سائر الورثه فى حكم الجبوه لاختلاف فتوى مقلديهما فى المسأله فتراضيا بالترافع عند مجتهد ثالث حكم بينهما بما رآه و لزم على الطرفين قبول حكمه.

و انما الكلام فى الشبهات الموضوعيه كما إذا تنازع زيد مع عمرو فى مال و علم القاضى بأنه لزيد فهل له أن يحكم بعلمه من دون بينه أو إقرار أو لا-؟ الحق هو الأول-وفاقا للمشهور بل حكى الإجماع عليه عن جماعه من الأكابر، و قد حكى عن بعضهم التفصيل بين حق الله و حق الناس فأجازاه فى الأول دون الثانى، و عن آخر

التفصيل على عكسه-لما تقرر في محله في القطع الموضوعى من أنه إذا أخذ القطع في موضوع الحكم بما هو طريق له قامت الاماره مقامه في العمل، (بخلاف ما إذا أخذ بما هو صفه خاصه قائمه بالشخص)، فإذا كان الظن الحاصل من البيئه بما هي طريق يترتب عليه الأثر لحجيتها فان العلم أقوى من البيئه فيجب ترتيب الأثر عليه بالأولويه (١)).

و يدل عليه-بعد الإجماع-ما ذكره من استلزام عدم القضاء به فسق الحاكم أو إيقاف الحكم و استلزامه عدم وجوب إنكار المنكر و عدم وجوب إظهار الحق مع إمكانه أو الحكم بعلمه.

و يدل عليه أيضا عموم ما دل على الحكم بالحق و القسط و العدل فإذا علم بكون المال لزيد و جب عليه الحكم بذلك و كان على عمرو قبوله.

و أشكل المحقق العراقي «قده» على الاستدلال بهذه العمومات بأن التمسك بها فرع كون المراد من الحكم و الحق و القسط و العدل هو الحكم و الحق و أخويه في نفس الواقعه، و لانزمه حينئذ كون القضاء من آثار نفس الواقع لا من آثار الحججه عليه، و لكن لا يخفى أن مثل هذا المعنى ينافى ما في قوله: «رجل قضى بالحق و هو لا يعلم»، إذ الظاهر منه عدم جواز مثل هذا القضاء لا وضعا

و لا تكليفا.

و يمكن رفع المنافاه بأنه و ان كان ظاهر العمومات كون الواقع تمام الموضوع للحكم لكن هذه الروايه تقضى باعتبار أمر آخر مع ذلك و هو كون القاضى عالما بالواقع، فيكون مجموع الأمرين هو الموجب لنفوذ الحكم و فصل الخصومه.

و أما حمل الروايه على بيان شرطيه العلم فى أصل القضاء، أو إثبات العقوبه على مثل هذا القاضى من جهه تجريه على القضاء بغير علم و ان كان نافذا فخلافا للظاهر.

فيكون حاصل الجمع: ان الحكم النافذ هو الحكم المطابق للواقع مع علم الحاكم بهذه المطابقه و ان كان هذا العلم جهلا مركبا فى نفس الأمر، و مع شك المتخاصمين بكون الحاكم عالما بالواقع فلا ينفذ، لكن لا يشترط علمهما بالمطابقه، و مع علمهما بعدم المطابقه فيؤثر الحكم فى رفع الخصومه خاصه. فظهر أن العلم بوصف الطريقيه جزء لموضوع الحكم، و تقوم البيئه و الايمان مقامه مع عدمه، مع الفرق بينهما من جهه أن العلم حجه بذاته و لا سبيل للجعل اليه بخلافهما.

هذا، و لكن المستفاد من طائفه من آيات الكتاب العظيم كقوله تعالى «وَلِيُحْكُمَ أَهْلَ الْأَنْجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (١) و قوله تعالى:

ص: ١٤٠

«وَأَنْ أُحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ.» (١) أن على الحاكم أن يحكم «بما أنزل الله»، و ظاهر ذلك أن «ما أنزل الله» هو موضوع الحكم بين الناس، و مع العلم به يجب الحكم بحسبه عقلا- و الا- لم يجز الحكم لانه افتراء على الله تعالى، فموضوع الحكم هو الواقع فقط، فان علم به حكم بحسبه و مع عدم العلم لم يجز له الحكم عقلا و لا شرعا.

و أما البيئات و الايمان فلا- تحمل على ما هو الغالب كما فى الجواهر بل انها طريق شرعى لإحراز الموضوع- و هو الواقع- عند عدم العلم به، فلا دخل للعلم و لا للبيئات و الايمان فى فصل الخصومه.

و أما قوله صلى الله عليه و آله و سلم فى قضيه الملاء عنه: «لو كنت راجما من غير بينه لرجمتها» الظاهر فى توقف الرجم على البينه بالرغم من علمه «ص» بالواقع فلا يمكن حمله على مورد الشك.

فقد أجيب عنه بعدم ثبوته من طرفنا، و مع التسليم فلا- مانع من قيام الدليل على عدم ترتيب الأثر على العلم فى إجراء بعض الحدود، بل للشارع أن لا يرتب الأثر على الواقع فى مورد و ان كان المستفاد من آيات الكتاب كون الحكم من آثار الواقع.

و أما المتخصصمان فلا- يحكم عليهما بالعمل بما أنزل الله، بل عليهما العمل بالحكم و تنفيذه، نعم لا يكلفان بذلك فى صوره علمهما بالخلاف، نعم الحكم يفصل الخصومه بينهما.

هذا و قد استثنى القائلون بالمنع صورا من القضاء بالعلم فأفتوا

ص: ١٤١

فيها بالجواز:

(منها) تزكيه الشهود و جرحهم. قلت: قد يقال بترتب الأثر هنا شرعا على إقامه البينه للتعديل و أنه لا يكفي علم القاضى بالعداله، و لكن يندفع هنا باستلزامه للدور أو التسلسل، على أنه قد حكى الإجماع على الجواز فى هذه المسأله.

(و منها) تعزير من أساء الأدب فى مجلس القضاء و ان لم يعلم به غير القاضى حتى لا تقل أبهه القضاء.

(و منها) الإقرار فى مجلس القضاء و ان لم يسمعه غير الحاكم.

أقول: أما نحن فى سعه من اقامه الدليل على الجواز فى هذه الموارد إذ المختار هو الجواز مطلقا، لكن على من استثناها بيان ذلك ((١)).

ص: ١٤٢

(حكم ما لو لم يعرف عداله البيئه)

قال المحقق «قده»: «إذا أقام المدعى بينه و لم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدعى حبس المنكر ليعديلها. قال الشيخ رحمه الله: يجوز حبسه لقيام البيئه بما ادعاه. و فيه اشكال من حيث لم يثبت بتلك البيئه حق يوجب العقوبه» .

أقول: فى المسأله قولان، و قد جعل بعضهم الخلاف فى المسأله مبينا على الخلاف فى أن العداله فى البيئه شرط فما لم يحرز الشرط لا يعتبر بها فيكون قيام البيئه غير المعلوم عدالتها كالعدم، أو أن فسقها مانع عن الحكم فيكفى فى ثبوت الحق بها عدم العلم بفسقها و مع الشك فيه فالأصل عدمه.

و قد يؤيد الأول بأن الأصل فى الأشخاص هو العداله حتى يثبت الخلاف، و بأن الأصل فى فعل المسلم هو الصحه فتحمل الشهاده على الصحه و يحكم على طبقها.

و فى ذلك كله نظر إذ لا يقتضى شىء من هذه الوجوه جواز حبسه و لا سيما فى حال استلزام ذلك بقائه فى السجن مده من الزمن فأما أصاله الصحه فهى تجرى فى فعل المسلم لا بالنسبه إلى شخصه، و أما كون الأصل فى كل شخص مسلم هو العدالة فليس هذا أصلا عقلائيا بينى العقلاء عليه أمورهم، و إجراء أصاله الإسلام بالنسبه الى من شك فى كونه مسلما فى بلد أكثر أهله مسلمون هو من باب الغلبه، و ليست العدالة فى هذا الحد بين المسلمين.

فالحق-وفاقا للمشهور-عدم جواز حبسه قبل ثبوت الحق بل هو كذلك حتى على القول بمانعيه الفسق، لانه و لو سلم تماميه قاعده المقتضى و المانع لا يحصل القطع بالحق ما لم يقطع بعدم المانع، على أن مقتضى القول بتماميه القاعده فى المقام هو الحكم رأسا لا الحبس ريثما يثبت الحق.

و بالجمله فما لم تثبت عداله البيئه لا يجوز الحبس.

(هل للحاكم الثانى نقض حكم الأول)

قال المحقق «قده»: «لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال و أمر بحبسه فعند حضور الحاكم الثانى ينظر، فان كان الحكم موافقا للحق لزم و الا يبطله، و كذا كل حكم قضى به الأول و بان للثانى فيه الخطأ فإنه ينقضه، و كذا لو حكم هو ثم تبين الخطأ.»

أقول: لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال و أمر بحبسه حتى يستوفى منه الحق ثم حضر الحاكم الثانى بعد موت الأول أو انزاله مثلا، قال المحقق «قده»: ينظر الثانى فى حكم الأول، فإن كان الحكم موافقا للحق أمضاه و ألزمه بدفع المال، و ان وجده مخالفا للحق أبطله. و فى المسأله فروع كثيره.

حكم تجديد المرافعه:

فنقول: لا ريب فى أن حكم الحاكم نافذ بالنسبه إلى المحكوم

عليه فلا يجوز له بعد الحكم الإيلاء عن قبوله أو المطالبة بتجديد المرافعة عنده أو عند حاكم آخر لانه رد عليه و الراد عليه كالراد على الامام عليه السلام.

و لا إشكال فى عدم جواز إلزام المحكوم له بالحضور عند حاكم آخر للترافع مره أخرى، و لو رضى المحكوم له بذلك فقول: لا- مانع من ذلك، و قيل: لا يجوز كذلك لعدم الأثر لرضا المحكوم له. و منشأ الخلاف هو هل يصدق الرد بذلك أو لا؟ و الأقوى هو القول الثانى لصدقه حينئذ، على أنه لو جاز للزم التسلسل، نعم لو ادعى المحكوم عليه تقصير الحاكم الأول فى الحكم أو فى بعض مقدماته كان له الترافع معه عند حاكم آخر.

هذا كله بالنسبه إلى المحكوم عليه.

حكم نظر الثانى فى حكم الأول:

و أما بالنسبه إلى الحاكم الثانى فقول بوجوب النظر عليه فى حكم الأول، و قيل: لا يجب عليه ذلك، و قيل: بل لا يجوز.

و منشأ الخلاف هو الخلاف فى صدق الرد على النظر كذلك، لكن الظاهر العدم، كما أن جريان أصاله الصحه فى حكم الحاكم الأول لا- يقتضى حرمه النظر و السؤال عن الواقع فى ذلك المورد و لا دليل على وجوب العمل بهذا الأصل، فلو أوقع عقدا و شك فى صحته لم يمنع الاحتياط بإجرائه مره أخرى جريان أصاله الصحه فيه، فالظاهر جواز النظر فى الحكم و ان أمكن حملة على الوجه الصحيح،

نعم لو استلزم النظر نقض حكم صحيح لم يجز له ذلك، و أما القول بالوجوب فمشكل جدا، لان الشك في صحه حكم الحاكم الأول الواجد للشرائط لا يقتضى وجوب النظر كما لا يخفى.

و هل يجب على الحاكم الثانى النظر فى الأمور الجاربه فى البلد؟ الظاهر: لا إلا إذا طالبه أحد من الناس بالنظر فى قضيه، أو كانت له دعوى بالنسبه إلى الحاكم الأول فحينئذ يجب عليه النظر لفصل الخصومه.

أما قول المحقق «ينظر» فظاهره وجوب النظر، و به صرح فى الجواهر و قال فى المسالك بوجوب النظر فى صورتين إحداهما:

دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأول فى حكمه، و الثانیه:

كون الغريم محبوسا و لم يفصل الأمر بعد.

أقول: ان كان النظر فى مورد لم تفصل الخصومه فيه فلا- مانع منه بل هو واجب، و ان كان بعد تمام حكم الحاكم الأول لكن امتنع المحكوم عليه من أداء الحق فأمر بحبسه فلا- وجه للقول بوجوب النظر و لا- جوازه، لان المفروض تمام الحكم فالرد عليه غير جائز، لا سيما مع عدم دعوى المحكوم عليه تقصير الحاكم الأول فى الحكم. نعم على الحاكم الثانى حينئذ مراجعه الغريم، فان كان عنده ما يجب عليه أدائه و جب عليه إجباره على الأداء من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و أما النظر فى الحكم فلا وجه له. و حمل عباره المحقق عليه غير صحيح، و لذا استشكل

فى الجواهر فى الفتوى بوجوبه، و حمل فى المسالك كلام المحقق على مورد دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأول، و حمله فى الجواهر على اراده النظر ان شاء. و فىه ان أدله حرمه النقض و إنفاذ الحكم تعم المورد الذى احتمل صدقه فىه فلا- يجوز النظر، بل يحمل الحكم حينئذ على الصحه. فظهر أنه لا بد من حمل عباره المحقق «قده» على معنى آخر لا وجوب النظر، و ما ذكره الشهيد الثانى هو الاولى.

بل لا يجوز النظر حتى مع تراضى الخصمين خلافا لصاحب الجواهر «قده» إذ لا وجه لذلك أيضا، مع صدق النقض و الرد على هذا النظر، و حمل عباره المحقق على هذا الوجه فى غير محله، و لا ينافى ذلك ما ذكره الأصحاب فى آداب القضاء من نظر الحاكم الثانى فى المحبوسين، إذ لا منافاه بين استحباب النظر و عدم جواز تجديد الحكم بمعنى أن ينظر فى المحبوسين فمن وجده محبوسا بحكم حاكم تركه فى الحبس.

نعم يجب تجديد النظر فى صوره دعوى المحكوم عليه كون حكم الحاكم الأول على خلاف القواعد و الأحكام المقرره فى القضاء، فان كان حكمه عن تقصير فهو ضامن، و ان كان عن قصور فضمنانه من بيت المال.

فالحاصل: انه مع حكم الحاكم الأول و فصل الخصومه بحكمه و حبس المحكوم عليه لا- يجوز تجديد النظر بمجرد امتناع المحكوم

عليه عن أداء الحق و ان رضى المحكوم له بذلك، و قد ظهر بما ذكرنا أنه لا مجال للقول بتجديد النظر الا فى صورته دعوى المحكوم عليه مخالفه الحاكم الأول لاحكام القضاء فى حكمه فإنها مورد البحث و الكلام، فقيل بلزوم النظر و ان أمكن حمله على الوجه الصحيح، و أنه ينفذ حكم الحاكم الثانى و ان استلزم النقض. أقول: ان استلزم نقض الحكم مع إمكان حمله على الوجه الصحيح فهو مشكل و الا و جب النظر إذ لا وجه لعدم سماعها حينئذ.

و أما التبع لحكم الحاكم الأول و التفحص عن دليل حكمه للوقوف عليه و البحث عن صحته و عدم صحته من غير موجب لذلك فغير جائز الا أن يدعى بأن حكم الحاكم الأول بوحده لا يكفى للحمل على الصحة، فلو حكم على الغريم بأداء الحق و أخذه منه و أعطاه لمن له الحق فحينئذ لا يجوز النظر فيه، لانه نقض لحكمه أو لأنه ليس موردا للابتلاء، و أما مع صدور الحكم المجرد عن استيفاء الحق فالنظر واجب، لكون الحكم الأول ناقصا، فعند ما حضر الحاكم الثانى و أراد استيفاء الحق فلا بد من تجديد النظر فى أصل الحكم ليكون مسوغا لاستنقاذ الحق، لكن عبارته المحقق تأبى الحمل على هذا المعنى فان ظاهرها تمام الحكم لا نقصانه.

و كيف كان فلا يشترط فى حكم الحاكم استيفاء الحق، بل الحكم بدونه تام، الا أن تقوم دعوى أخرى لأجل استيفاء الحق، فلو ادعى المحكوم عليه الإعسار سمعت دعواه و طولب بالبينة و أمهل حتى

اليسار كى يؤدى الحق، فظهر أن القول بالنظر فى هذه الصورة مشكل.

و أما لو ادعى المحكوم عليه جور الحاكم الأول فى الحكم فهل يكون سماعها ردا على الحكم أو لا؟ التحقيق: أنه ان كان المراد من الحكم الواجب إنفاذه و المحرم نقضه هو الحكم الصادر بحسب القواعد و الأدله الشرعيه، فكل حكم لا- يكون كذلك فليس حراما نقضه، فلا وجه لقول صاحب الجواهر «و ان اقتضى نقض الأول» و أما إذا صدق عليه النقض فلا مناص من الالتزام بتخصيص أدله سماع الدعوى لأدله نفوذ الحكم، فلا يجوز نقض الحكم إلا إذا كان عن جور أو تقصير.

و يكون المسوغ لأصل النظر فى الحكم مع وجود الأدله الإمره بحمله على الوجه الصحيح هو دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأول فإن ذلك يوجب النظر فى الحكم مع وجود الأصل المذكور لان هذا الأصل لا يقتضى عدم جواز النظر.

فتلخص: ان الحق وجوب النظر فى هذه الصورة و عليه يحمل عبارته المحقق كما فى المسالك، و أما حمله على صورته تراضى الخصمين أو صورته صدور الحكم من الحاكم الأول من غير استنقاذ للحق كما فى الجواهر فغير صحيح كما تقدم، و قد عدل هو «قده» عن ذلك أيضا و حمله على اراده النظر ان شاء و قد تقدم ما فيه أيضا.

ص: ١٧٠

و كيف كان فمع جواز النظر يجوز نقض الحكم بالدليل الاجتهادى المعتبر، و لا- يختص جواز النقض بصوره مخالفه الحاكم الأول للإجماع أو الدليل المعتبر كالخبر المتواتر. و بعبارة أخرى:

ان كان الحكم الأول طبق الموازين الشرعيه فلا يجوز نقضه سواء بالقطع النظرى أو غيره من الأدله المعتبره أو الظن الاجتهادى، و أما إذا كان الحاكم الأول مقصرا فى اجتهاده أو قد حكم غافلا عن دليل معتبر فى المسأله فأخطأ على أثر ذلك فى الحكم جاز نقض الثانى حكمه سواء كان عن قطع أو غيره.

و الأوضح أن يقال: ان أمكن للحاكم الثانى أن يعذر الأول فى حكمه- و ان كان مخالفا له فى رأى- فلا يجوز نقضه، و ان لم يمكنه ذلك نقضه بلا اشكال، بل ان هذا ليس نقضا فى الحقيقه و انما يكون تنبيها على الخطأ فى الحكم.

و لا فرق فى هذا بين العقود و الإيقاعات و غيرها حتى الأحكام الوضعيه كالطهاره و النجاسه و نحوهما. و لا بين حق الله سبحانه و حق الناس.

و أما دعوى الإجماع من بعضهم على عدم جواز نقض الحكم الناشئ عن اجتهاد صحيح باجتهاد كذلك، و انما يجوز نقضه بالقطعى من إجماع أو سنه متواتره أو نحوهما. فمندفعه أو لا بأنه إجماع منقول و ثانيا: بأن المفروض بطلان ذاك الاجتهاد عنده بعد تبدل رأيه أو عند الحاكم الثانى، فلا يكون حجه حينئذ و لا يصدق

فى صحه الببع و عدمها و ترافعا الى مجتهد كان مذهبه عدم نجاسته و صحه الببع فحكم بصحته لزم على المشتري العمل بحكمه و جاز له التصرف فى ذلك المائع، فى هذا المورد بالخصوص يعمل بمقتضى الطهاره و بينى عليها و ينقض الفتوى بالنسبه إليه بذلك الحكم.

و أما بالنسبه إلى سائر الموارد فىعمل على طبق مذهبه و هو القول بالنجاسه، و حتى أنه إذا لاقى ذلك المائع بعد حكم الحاكم بالطهاره عرق الجنب من الحرام مره أخرى يبقى على ذلك ما لم يقع نزاع و لم يرجع الى الحاكم.

و حيث حكم بطهاره هذا المائع فلو لاقاه مائع آخر فهل يحكم بطهاره الملقى كذلك أو لا؟ ان كان النزاع فى صحه الببع و بطلانه فحكم الحاكم بصحه الببع دون طهاره المائع فليل فى هذه الصوره يحكم بصحه الببع و طهاره المائع الأول دون الملقى.

و ان كان النزاع فى نفس الطهاره و النجاسه فمع الحكم بالطهاره يترتب جميع آثار الطهاره عليه.

و سيجىء تتمه لهذا الفرع ان شاء الله تعالى.

و بالجملة فإن الحكم ينقض الفتوى من غير فرق بين أن يكون الحكم فى العقود و الإيقاعات و الأحكام الوضعيه، فىجب تنفيذ الحكم مطلقا الا فى صوره القطع بمخالفته للواقع.

و أما انتقاض الفتوى بالظاهر ذلك، فلو عقد بنتا لمن ارتضع معها عشر رضعات، ثم تبدل رأيه فى المسأله و اختار القول

بنشر هذا العدد الحرمه قال فى الجواهر ببقاء الزوجيه، و هو مشكل لانه بناء على الطريقيه فقد انكشف الخلاف و ظهر له بطلان هذا العقد من أصله، و بناء على السببيه حيث يحكم باستمرار الحكم ففیه أنه مع كشف الخلاف ينكشف له عدم تحقق علقه الزوجيه بينهما، فالعقد باطل من أصله فكيف يستمر الحكم؟ و كذا الكلام فى ثوب غسل بماء أفتى بطهارته سابقا ثم تبدل رأيه و أفتى بنجاسته الآن، فإنه يجب عليه تطهير الثوب الآن و الا- لم تصح الصلاه فيه. و تفريق صاحب الجواهر بين النكاح حيث اختار فيه العدم و بين الثوب حيث اختار فيه النقض. غير واضح و ان ادعى فى منيه الطالب الإجماع على عدم النقض و تمسك فى الجواهر بالسيره، لأنه لو تم ذلك كان لازمه رفع اليد عن الحكم الواقعى فى ذاك المورد و نظائره، و قد ذكرنا فى الحاشيه على العروه فى مسأله عدول المجتهد عن فتواه أن الأحوط أن يرتب المقلد ما أمكنه من آثار الفتوى اللاحقه الا أن يدعى العسر و الحرج. و فيها اشكال آخر، فان الحرج يرفع التكليف و لكنه لا يغير الحكم الشرعى.

بم يتحقق الحكم؟

و هل يشترط فى وجوب امتثال الحكم كونه صادرا فى مورد نزاع و تخصصم؟ لا- إشكال فى صدق الحكم ان كان فى مورد النزاع كما لا إشكال فى نفوذ الحكم الصادر فى غير المورد المذكور كالهلال-مثلا-، و أما إذا حكم فى مورد نزاع قبل التحاكم إليه

ففى نفوذه إشكال، الا أن يقال بأن نفوذ حكمه هو من جهه كونه منصوباً من قبل الامام عليه السلام و أنه كما ينفذ حكم الامام من غير تخاصم فهو كذلك، و لكن فى صدور مثل هذا الحكم من الامام تأمل، على أن المعروف كون الحكم بعد التحاكم.

و لا- إشكال فى تحقق الحكم بلفظ «حكمت» و «أنفذت» و نحوهما كقوله: «ادفع اليه ماله» بقصد الإنشاء. و هل يتحقق بقوله: ثبت عندى؟ الظاهر: العدم و لذا يمكنه نقضه بعدئذ.

و هل يتحقق الحكم بالفعل كأن يعطى الشىء لمستحقه بعد ثبوت الحق بقصد الحكم؟ فيه اشكال، للشك فى شمول الإطلاقات له. و القدر المتيقن من الحكم كل لفظ ظاهر فى إنشاء الحكم فلا يكفى الفعل و الكتابه و نحوهما.

هل يجب على المجتهد الاعلام بتغير رأيه؟

هذا و مع تغير رأى المجتهد يجب عليه اعلام مقلديه بذلك؟ أقول: أما بالنسبه إلى المجتهد فإنه مع تغير رأيه-بحيث يكون الرأى الثانى مقتضياً لفساد الأول من الامن-على الأقل-يجب الاعلام لأمرين أحدهما: ان لازم تغير رأيه كذلك بطلان عمل مقلديه بالرأى السابق، و الأخر: وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و إرشاد الجاهل، فبناء على هاتين المقدمتين يجب على المجتهد اعلام مقلديه بتغير رأيه.

و أما مع العدول لدليل ظنى لا يقتضى فساد الاجتهاد الأول فقيل:

لا- يجب الاعلام، و هو مشكل، لانه بعد حصول الظن المعتبر عنده على خلاف الرأى السابق لا يبقى له ظن بذلك الرأى بل ينقلب الى الشك، فالحق أنه لا فرق بين العدول بدليل قطعى أو بدليل ظنى فان كلا منهما يرفع طريقيه الظن السابق و يوجب سقوطه عن التأثير و دعوى القطع بعدم وجوب الاعلام غير واضحه، و التمسك بسيره العلماء و اختلاف فتاواهم فى الكتاب الواحد يتوقف تماميته على استمرارها و اتصالها بزمن المعصوم عليه السلام.

و أما بالنسبه إلى المقلد فان المقلد إذا لم يعلم بتغير رأى المجتهد يعمل بالفتوى التى تعلمها، فان لم يطابق الواقع فهو معذور و غير آثم، و معه فلا يجب على المجتهد الاعلام إذ لا موضوع للنهى عن المنكر و الأمر بالمعروف بالنسبه اليه، و ان كان شاكا فى تغير رأى مقلده كان له استصحاب بقاء الرأى السابق، أو استصحاب عدم تغيره، و حينئذ فلا آثم عليه فلا موضوع للنهى عن المنكر و الأمر بالمعروف بالنسبه إليه كذلك، و ان علم بتغير الرأى و جب عليه العمل بالرأى اللاحق.

و أما مع ترك التفحص و العمل بالفتوى السابقه و قد كان الرأى متغيرا فى الواقع، فإن أفتى المجتهد بصحة عمله فهو، و الا فقد قيل يجريان الاستصحاب هنا، و توضيحه: إذا تيقن سابقا بأن الواجب فى الصلاه ثلاث تسيحات ثم شك فى صحة هذا اليقين كان مقتضى دليل الاستصحاب العمل على طبق اليقين السابق، و هنا المقلد متيقن من صحة صلاته-مثلا-و مع الشك فى صحة يقينه بالصحة يستصحب.

قال: فان تم استفادته هذا المعنى من دليل الاستصحاب كانت صلاته بدلا عن الواقع. و أما على قول جماعه من بعد استفادته هذا المعنى من الدليل فلا سبيل الى تصحيحها الا ما تقدم من أن الاجتهاد اللاحق لا يوجب بطلان الاجتهاد السابق فلا يجب الاعلام، و أعمال المقلد صحيحه لأن كلا من الرأيين مستند الى دليل ظنى.

و عن المحقق القمى «قده» ان المقلد ان عمل بلا تقليد ثم ظهر مطابقته لرأى مجتهد صح عمله، لكن فى العروه: عمل الجاهل المقصر الملتفت باطل و ان كان مطابقا للواقع، و قد ذكرنا فى التعليقه ان هذا ان كان عباديا و لم تمش منه القربه (1)، و أما التوصلى فصحيح، و أما إذا اتفق مطابقته للواقع و تمشى منه قصد القربه فلا تحب الإعاده.

و عنه «قده»: ان طابق العمل فتوى المجتهد و شك فى مطابقه الفتوى للواقع فيحمل على الصحه بعد العمل. قلت: الحمل على الصحه «بعد العمل» له صور:

١- أن يشك بعد العمل، كأن يشك بعد الفراغ من الوضوء فى تحريك خاتمه مثلا، فهنا يحمل على الصحه عند الكل.

٢- أن يعلم فى المثال المذكور- بعدم تحريكه للخاتم فى حال الوضوء لكن يحتمل نفوذ الماء الى تحته. و هذه الصوره خلافية.

ص: ١٧٧

١- ١) أنظر: العروه الوثقى، المسأله ١٦ من مسائل التقليد.

٣- أن يعلم بعدم التحريك و عدم النفوذ معا، فلو أن مجتهدا أفتى بعدم إخلال ذلك في صحه الوضوء و شك في مطابقه هذه الفتوى للواقع فهل يحمل الوضوء على الصحه الواقعيه؟ مقتضى كلام القمى:

نعم. و هو مشكل جدا.

كالإشكال فيما قد يقال بصحه العقد من المجتهد أو مقلده إذا أوقعه على خلاف الاجتهاد أو التقليد و كان موافقا لأحد الآراء فى المسأله، بل الأصل فى العقود هو الفساد. هذا فى صورته الاحتمال و أما مع وجود الطريق عنده الى بطلان هذا العقد فلا يحكم بصحته بالأولويه:

و أما لو أتى بالاعمال مده من الزمن من غير تقليد، فإنه بعد الالتفات الى وجوب التقليد يجب عليه ذلك، ثم ان كل ما طابق من أعماله السابقه فتوى المجتهد الذى يريد تقليده فصحيح، لان فتوى المجتهد تكون طريقا الى الواقع، و الا فإن أمكن الحكم بصحتها على بعض القواعد فهو و الا لزمته الإعادته.

و لو أوقع العقد و تنازعا فى صحته تبعا لفتوى مقلديهما وجب الرجوع الى حاكم ثالث و حكمه نافذ فى حقهما.

و الحاصل فى مسأله الاعلام بتغير الرأى: أنه ان كان المجتهد يرى صحه أعمال المقلد حسب الفتوى السابقه فلا يجب الاعلام، و أما مع القطع ببطلانها فيجب. قال فى الجواهر: «بل الظاهر اتحاد الحكم و الفتوى فى ذلك» يعنى: انه ينكشف له بطلان الحكم

ص: ١٧٨

من حينه لا أنه ينقضه الان.

و المقلد إذا شك في تغير رأى المجتهد استصحب و كان عمله صحيحا، و المراد من الصحة أنه ان طابق الواقع فهو و ان كان على خلافه كان معذورا و قد أدرك مصلحه العمل بالحكم الظاهرى بناء على الاجزاء، و ليس المراد من الصحة هو صحه عمله سواء طابق أو لا. و إذا كان الأمر كذلك لم يجب على المجتهد اعلامه بتغير رأيه.

نعم يمكن أن يقال بأنه حينئذ يفوت المصلحه على المقلد.

الا أنه قد يجاب بأن ذلك غير معلوم. لكن قد يقال: هل يجوز للمجتهد السكوت في مقابل اجراء المقلد هذا الاستصحاب الذى لا يراه المجتهد مطابقا للواقع؟ الأقوى: انه لا يجوز له السكوت، لانه هو السبب فى وقوع المقلد فى خلاف الواقع (و أما إذا لم يكن السبب فلا- يجب الاعلام و المنع عن اجراء الاستصحاب إلا- فى الدماء و الفروج لاهميتها) فيجب عليه الاعلام من هذه الجبهه لا من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

و كذا الأمر فى صورته تيقن المقلد بعدم تغير فتوى مقلده و كون عمله طبق الفتوى السابقه مع تغيرها فى الواقع، فهنا جهل مركب و لا حكم ظاهرى فإن الأقوى حينئذ وجوب الاعلام و ان طابق العمل فتوى من يجوز تقليده، لان هذا المجتهد لما تغير رأيه فقد قام عنده الدليل على بطلان تلك الاعمال.

ص: ١٧٩

و أما ما عن القمى من صحه عمله لو كان بلا تقليد عن تقصير فوافق فتوى من يجوز تقليده، فمبنى على ما ذكروا فى الأصول من أنه إذا قامت حجه و كان عمل الشخص بلا التفات إليها ثم صادف العمل تلك الحجه صح عمله و جاز للعبد الاحتجاج بتلك الحجه و ان كان حين عمله جاهلا بها، لكن فيه نظر. نعم مطابقه العمل للواقع اتفاقا تكفى لصحه العمل، أما مطابقته للحجه التى لا يعلمها لا توجب صحه العمل عقلا، بل العقل يجوز مؤاخذه المولى للعبد فى مثل المورد.

ثم انه لو كان كل من الصحيح و الفاسد معلوما ثم شك فى صحه عمله جرت أصاله الصحه، و أما مع الجهل بالصحيح فلا أصل ليمسك به.

ص: ١٨٠

(فى تتبع الحاكم حكم من قبله)

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

أقول: ليس على الحاكم الثانى تتبع حكم الأول حملاً لذلك الحكم على الصحه، و ان جاز له ذلك سواء طلب المحكوم عليه ذلك أو لا- للأصل. و أشكل فى الجواز بأن التبع قد يظهر خطأ الحاكم الأول، فعليه ترك التبع لئلا يؤدي الى ذلك و حمل الحكم على الصحه و إنفاذه، نعم إذا طوب بالحكم فى المسأله كان عليه الفحص و التبع. و فيه: ان العثور على خطأ الحاكم الأول لا يوجب القرح فيه البته حتى لا يجوز، إذ لا يسلم من الخطأ الا أهل العصمه عليهم الصلاه و السلام.

نعم لو علم بأن تفحصه سيؤدى إلى العلم بفسق الحاكم الأول لم يجوز له التبع إلا إذا توقف عليه إحقاق حق أو إنجاء نفس

محترمه مثلاً.

و بالجمله فإن النظر فى حكم الأول يحتاج الى مسوغ كأن يطلب المحكوم عليه ذلك أو يتوقف عليه إحقاق حق أو إنجاء نفس محترمه أو نحو ذلك، و العثور على الخطأ ليس بقادح.

و قد حمل فى الجواهر قول بعضهم بلزوم النظر على الثانى على صورته عدم تمام حكم الحاكم الأول أو تراضى الخصمين بتجديد النظر.

نعم لو علم الثانى بفساد حكم الأول وجب عليه التتبع سواء كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس، و قيل: لو رضى المحكوم له بذلك فى حقوق الناس.

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

قال فى الجواهر: بلا خلاف أجده بين من تعرض له منا، و أوضحه بقوله: لأنها دعوى لا دليل على عدم سماعها، فتبقى مندرجه فى إطلاق ما دل على قبول كل دعوى من مدعيها من قوله صلى الله عليه و آله و سلم «البينه على المدعى» و غيره.

أقول: و أى دلالة لهذا الحديث على وجوب استماع الدعوى و النظر؟ فالصحيح التمسك بأدله وجوب القضاء.

فان قيل: لعل وجه الدلالة أنه لما يدعى على الأول الحكم بالجور فان الحاكم الثانى يطالبه بالبينه و ينظر فى القضية، فنقول

ص: ١٨٢

ان الأمر الاجتهادى و الحكم الشرعى ليس من الأمور التى تقام بينه عليها، بل يجب عليه النظر فى حكم الأول و أدلته-عند دعوى الجور-ثم الحكم فى القضييه عن علم.

فظهر أن مورد النظر فى حكم الأول دعوى المحكوم عليه حكمه بالجور أو علم الثانى بفساد حكمه، و من هنا قال المحقق:

«و كذا لو ثبت عنده ما يبطل حكم الأول أبطله سواء (١) كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس» .

و قيل: ان الحاكم المنصوب من قبل الامام عليه السلام خصوصا أو عموما له الولاية على الناس و حكمه نافذ، فكما لا تسمع دعوى المولى عليه على وليه لا تسمع دعوى المحكوم عليه على الحاكم.

هذا ما قاله بعضهم و لذا حمل كلام المحقق على صورته كون الحاكم الأول معزولا- و لا ولاية له على المحكوم عليه حين الدعوى.

لكن فيه: ان النظر فى حكم الأول فى صورته العلم بفساده أو دعوى المحكوم عليه الجور ليس نقضا لحكمه وردا عليه، و هو و ان كان له الولاية الا- أنه قد ولى لأن يحكم بالحق و مع الجور فى الحكم أو العلم بفساده فلا مانع من النظر فيه، و المولى عليه ان علم

بفساد عمل من أعمال وليه المتعلقه بأمره يجوز له الرد عليه، فلو عقد له امرأه و ظهر له فساد العقد لم يقبل هذه الزوجيه، لأنه كان وليا عليه لان يوقع عقدا صحيحا و حيث لم يكن عقده كذلك لم يكن عليه القبول، و ترتب الأثر على رده عند ما يكون متمكنا منه.

ص: ١٨٤

(فى دعوى أن المعزول حكم عليه بشهاده فاسقين)

قال المحقق: «إذا ادعى رجل أن المعزول قضى عليه بشهاده فاسقين وجب إحضاره و ان لم يقم المدعى بينه، فان حضر و اعترف ألزم» .

أقول: إذا ادعى أن له عند الحاكم المعزول حقا من دين و نحوه أو قال: ارتشى منى، وجب إحضاره للفصل بينهما بحسب الموازين الشرعيه كغيرها من الدعاوى.

و ان ادعى أنه قضى عليه بشهاده فاسقين عنده و عادلين عند الحاكم لم يكن على الحاكم شىء، لان المفروض حكمه بشهاده شاهدين عادلين، فان جاء المدعى بالبينه لجرحهما فهو و الا فلا تسمع دعواه.

و ان ادعى أنه قد حكم عليه بالجور لانه قد حكم بشهاده فاسقين عنده أيضا ففى هذه الصوره قال المحقق: يجب على الحاكم إحضار الحاكم الأول و ان لم يقم المدعى البينه، ثم بعد إحضاره يطالب

المدعى بالبينه، فإن أقامها فهو و الا فإن اعترف الحاكم الأول بما يدعيه المدعى ألزم، و ما قطع به «قده» هو مذهب الأكثر. و قيل:

لا يحضر الحاكم الا أن يذكر المدعى أن له بينه بذلك.

و على تقدير إحضاره-سواء قلنا بجوازه مطلقا أو بعد ذكر المدعى وجود البينه-فإن أقام المدعى البينه حكم الحاكم فى القضية بحسب الموازين الشرعيه، و ان اعترف الحاكم ألزم، و ان قال:

ما حكمت عليك بشهاده فاسقين كان منكرا و الخصم هو المدعى «و ان قال: لم أحكم إلا بشهاده عادلين قال الشيخ: يكلف البينه لأنه اعترف بنقل المال و هو يدعى بما يزيل الضمان عنه» و يكون خصمه المنكر، فإن أقام البينه فهو و الا حلف الخصم.

قال المحقق: «و يشكل بما أن الظاهر استظهار الحكام فى أحكامهم فيكون القول قوله مع يمينه لأنه يدعى الظاهر» و هذا مذهب الأكثر، فعلى من ادعى خلاف الظاهر-و هو الخصم- إقامة البينه على دعواه كما هى القاعده المقرره فى نظائر المسأله.

و مورد البحث فى هذه المسأله هو الحاكم المنسوب من قبل الامام عليه السلام فى زمن الحضور و المعزول من قبله، و أما قبل العزل فلا تسمع دعوى المولى عليه، و به صرح فخر المحققين فى شرح القواعد، و من هنا قيد المحقق ب «المعزول» (١)).

(فى تعدد و عداله مترجم الحاكم)

قال المحقق «فده»: «إذا افتقر الحاكم الى مترجم لم يقبل الا شاهدان عادلان و لا يقنع بالواحد عملا بالمتفق عليه» .

أقول: إذا افتقر الحاكم الى المترجم، فقد حكى الإجماع على اشتراط كون المترجم بالغاً عادلاً- و ان كانت السيره قائمه على القبول و ترتيب الأثر مع الوثوق و الاطمئنان و ان لم يكن المترجم بالغاً عاقلاً، فالناس فى حوائجهم الشخصيه يكتفون بالطريقه النوعيه لكلام المترجم و لا يشترطون فيه ذلك.

انما الكلام فى التعدد فهل يكفى المترجم الواحد البالغ العاقل أو لا بد من التعدد؟ فهل هو كالبينه حيث يشترط التعدد أو كخبر الواحد فيكفى الواحد؟ ان كانت ترجمه شهاده فلا بد من التعدد لقوله تعالى:

«وَأَشْهِدُوا ذُوَى عَدْلِ مِنْكُمْ» (١) و ان كانت اخبارا أمكن القول بكفايه الواحد بناء على شمول أدله حجيه خبر الواحد لجميع الإخبارات، قال المحقق بلزوم التعدد لانه القدر المتيقن من الحجه، و كأنه «قده» غير جازم بكون الترجمة خيرا أو شهاده، إذ لو كان جازما بكونه خيرا لأفتى بكفايه الواحد، و ان كان جازما بكونه شهاده لأفتى بالتعدد، فلم يجزم بأحد الوجهين و أفتى بعدم قبول الواحد من باب الأخذ بالقدر المتيقن لعدم وجود إطلاق أو أصل يقتضى عدم لزوم التعدد مع الشك في حجيه ترجمه الواحد.

و قيل: الروايه خبر و الشهاده خبر و لكن اشترط في حجيه الثانى أن يكون المخبر متعددا، فأدله حجيه خبر الواحد تقتضى حجيته إلا- فى مورد الشهاده حيث قام الدليل على لزوم التعدد، و مع الشك في كون الترجمة شهاده يتمسك بعموم أدله حجيه خبر الواحد أخذاً بالقدر المتيقن من الدليل المخصص المجمل (٢).

ص: ١٩٠

١- ١) سورة الطلاق: ٢.

٢- ٢) و يمكن توجيه هذا القول بأن عمده الأدله على حجيه خبر الواحد هي السيره و هي قائمه على اعتبار خبر الثقة فى الاحكام و الموضوعات على السواء، و لما كان اعتبار السيره متوقفا على عدم ردع الشارع، فإنه فى كل مورد قام الدليل الشرعى على اشتراط التعدد كان ذاك الدليل رادعا فى ذاك المورد، و حيث لم يرد نص فى اعتبار التعدد فى خصوص الترجمة ليكون رادعا عن السيره

و أجاب فى الجواهر بأن الشهاده غير الخبر عند العرف، فهما مفهومان متباينان و ليست الشهاده خبرا مقيدا بتعدد المخبر حتى يقال فيه ذلك. هذا أولا.

و ثانيا: ان عمده الأدله لحجيه خبر الواحد هو السيره، و هو دليل لى يؤخذ منه بالقدر المتيقن و هو غير الترجمه.

فإن قيل: ان آيه النبيا (١) مطلقه و مفهومها عدم وجوب التبين عند اخبار العادل، و المترجم العادل يخبر فلا يشترط فيه التعدد. و أجاب فى الجواهر: بأن التبين غير واجب، و لكن التعدد أمر آخر لا تنفيه الآيه، و لا منافاه بين عدم وجوب التبين و لزوم تعدد المخبر لدليل خاص.

و أيضا: آيه النبيا وارده فى مورد موضوع خاص يحتاج إلى البينه.

و أيضا: آيه النبيا يمكن أن نقول بأنها ليست فى مقام وجوب العمل بخبر العادل، بل هى فى مقام بيان عدم جواز ترتيب الأثر و التعويل على قول الفاسق، و بعبارة أخرى: ينكر أن يكون للايه مفهوم.

و الحاصل: انه لا إطلاق للايه الكريمه.

و الاولى أن نقول: ان لم تكن الترجمة في مورد الحكم و مقام الترافع-نظير الواعظ الذي يقرأ الروايه على المنبر و يترجمها- كفى الواحد، و السيره قائمه على قبول هذه الترجمة، بل الترجمة في هذه الحاله نظير الرجوع الى أهل الخبره عرفاً، و ان كانت في مورد الحكم و توقف القضاء عليها اشترط فيه التعدد. و بالجمله:

ان كليهما اخبار غير أنه في مورد الترافع شهاده فيعتبر التعدد و في مورد غيره اخبار، و حيث تكون الترجمة للشهاده في مورد الترافع فإنها تكون شهاده على الشهاده، و عليه ففي الشهاده على الزنا حيث يشترط أن يكون الشهود أربعة يكفي أن يكون المترجم اثنين.

و كذا في مورد لا يسمع الحاكم الشهاده، فمع الحاجه الى مسمع الحاكم يكفي الاثنان و ان لزم أن يكون الشهود أربعة.

ص: ١٩٢

(فى شرائط كاتب القاضى)

قال المحقق «قده»: «إذا اتخذ القاضى كاتباً وجب أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً بصيراً ليؤمن انخداعه، وان كان مع ذلك فقيهاً كان حسناً» .

أقول: ويشترط أن يكون مع ذلك مؤمناً. وقد قال المحقق:

«إذا اتخذ» لكن فى المسالك: ينبغى للحاكم أن يتخذ كاتباً لمسيس الحاجه الى كتب المحاضرات و السجلات و الكتب الحكيميه، و الحاكم لا- يتفرغ لها غالباً، و من المشهور أنه كان لرسول الله «ص» كتاب و كذا لغيره من الخلفاء. و ذكر فى المسالك أوصافاً أخرى اشترطها فى الكاتب استحباباً حيث قال: و يستحب أن يكون مع ذلك وافر العقل، عفيفاً عن المطامع الفاسده، لكيلا يخدع من غيره بمال و غيره، و أن يكون فقيهاً لا يؤتى من جهل. و أن يكون جيد الخط ضابطاً للحروف لئلا يقع فى الغلط و الاشتباه.

ص: ١٩٣

و عن بعض العامه: ان الكتابه هى للتذكر فلا يشترط فى الكاتب وجود شىء من هذه الأوصاف بل يجوز أن يكون غير مسلم و لا عادل.

أقول: يحتاج الى هذه الأوصاف فى الكاتب حتى على القول بعدم الاعتبار للقرطاس، و ذلك من جهات أخرى كاشتغال المكاتبات على أمور يجب أن يكون كاتبها مسلماً عدلاً لكي يتمكن من استئمانه عليها و يحصل الاطمئنان بها.

ص: ١٩٤

(فروع حول عداله الشاهدين)

قال المحقق: «الحاكم ان عرف عداله الشاهدين حكم و ان عرف فسقهما اطرح و ان جهل الأمرين بحث عنهما» .

بحث الحاكم عن عداله الشاهدين:

أقول: إذا طرح المدعى دعواه و طالبه الحاكم بإقامه البينه فإن عرف الحاكم عداله الشاهدين حكم و لا حاجه الى التزكيه، و ان عرف فسقهما أطرح الدعوى، لما تقدم من أن للحاكم أن يحكم بعلمه، و ان جهل حال الشاهدين بحث عنهما بنفسه-إذا لم يوجد هناك شاهدان عادلان يزكيانهما-فعن تفسير الإمام العسكرى عليه السلام عن آباءه عن أمير المؤمنين عليهم السلام قال: «كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إذا تخاصم اليه رجلان قال للمدعى: أ لك حجه؟ فان أقام بينه يرضاها و يعرفها أنفذ الحكم على المدعى عليه و ان لم يكن له بينه حلف المدعى عليه بالله ما لهذا قبله ذلك الذى

ادعاه و لا شىء منه. و إذا جاء بشهود لا يعرفهم بخير و لا شر قال للشهود: أين قبائلكما؟ فيصفان، أين سوقكما، فيصفان، أين منزلكما؟ فيصفان. ثم يقيم الخصوم و الشهود بين يديه ثم يأمر فيكتب أسامى المدعى و المدعى عليه و الشهود و يصف ما شهدوا به، ثم يدفع ذلك الى رجل من أصحابه الخيار، ثم مثل ذلك الى رجل آخر من خيار أصحابه، ثم يقول: ليذهب كل واحد منكما من حيث لا يشعر الآخر إلى قبائلهما و أسواقهما و محالهما و الربض الذى ينزلانه فيسأل عنهما، فيذهبان و يسألان، فإن أتوا خيرا و ذكروا فضلا رجعوا الى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فأخبراه، أحضر القوم الذى أثنوا عليهما و أحضر الشهود، فقال للقوم المثنين عليهما: هذا فلان ابن فلان، و هذا فلان ابن فلان أ تعرفونهما؟ فيقولون: نعم، فيقول: ان فلانا و فلانا جاءنى عنكم فيما بيننا بجميل و ذكر صالح إنكما قالا، فان قالوا: نعم، قضى حينئذ بشهادتهما على المدعى عليه، فان رجعا بخبر سيئ و ثناء قبيح دعا بهم، فيقول: أ تعرفون فلانا و فلانا؟ فيقولون: نعم. فيقول: ااعدوا حتى يحضرا فيقعدون فيحضرهما فيقول للقوم: أ هما هما؟ فيقولون: نعم، فإذا ثبت عنده ذلك لم يهتك سرا بشاهدين و لا عابهما و لا وبخهما، و لكن يدعو الخصوم الى الصلح، فلا يزال بهم حتى يصطلحوا لثلا- يفتضح الشهود و يستر عليهم، و كان رؤوفا رحيفا عطوفا على أمته، فإن كان الشهود من أخلاط الناس غرباء لا يعرفون و لا قبيله لهما و لا سوق و لا دار،

أقبل على المدعى عليه فقال: ما تقول فيهما؟ فان قال ما عرفنا الا خيرا غير أنهما قد غلطا فيما شهدا على أنفذ شهادتهما، و ان جرحهما و طعن عليهما أصلح بين الخصم و خصمه و أحلف المدعى عليه و قطع الخصومه بينهما» (١).

قال: «و كذا لو عرف إسلامهما و جهل عدالتهما. و قال في الخلاف: يحكم و به روايه شاذه».

أقول: لو جهل الحاكم إسلام الشاهدين أو عدالتهما من جهه الشك في إسلامهما فلا خلاف في وجوب التوقف عن الحكم و التفحص عن حالهما، و كذا لو عرف إسلامهما و جهل عدالتهما عند المشهور لان الواجب على الحاكم أن يحكم بالحق عند التخاصم اليه، و من شرائط الحكم بالحق عداله الشاهدين في مورد قيام البيئه، فمع الجهل بها لا يكون الحكم بالحق، و مذهب المشهور أن العداله أمر زائد على الإسلام بل الايمان أيضا، و استدلوا لذلك بقوله تعالى:

«وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ» (٢) فإنه ظاهر في أن العداله وصف زائد على الإسلام، إذ لو كان الإسلام كافيا لما قيد بالعداله مع وجود كلمه «منكم»، و هذه الآيه المباركه تقيده الآيه الأخرى «وَ اسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِّنْ رِّجَالِكُمْ» (٣) بالمنطوق أو بمفهوم الوصف، و الظاهر

ص: ١٩٧

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٤ و ليصحح النص على التفسير.

٢- ٢) سوره الطلاق: ٢.

٣- ٣) سوره البقره: ٢٨٢.

من الآيه-لكونها في مورد الشهاده-بيان الحكم الوضعى، أى:

ان شرط قبول الحكم موقوف على كون البينه عادله.

و عن الشيخ فى الخلاف و المفيد و ابن الجنيد عدم وجوب الفحص عن عداله الشاهدين مع العلم بإسلامهما، قالوا: و الآيتان تدلان على قبول شهاده المسلم و التقييد المذكور غير تام لعدم حجيه مفهوم الوصف، و قال تعالى «إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا» (١) و هو ظاهر فى أن وجوب التبين مشروط بالعلم بالفسق، فمع الشك فى كونه فاسقا لا وجوب للفحص و التبين.

أقول: انا لو سلمنا ما ذكروا بالنسبه إلى الآيتين فان هذه الآيه الثالثه الداله على عدم قبول قول الفاسق تقيدهما، فيكون الحاصل:

استشهدوا شهيدين غير فاسقين من رجالكم، فإن أرادوا التمسك بإطلاق الآيتين كان من التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

و حيث أن الدليل الدال على اشتراط العداله لا- يوضح معنى العداله كان للقائل بعدم وجوب الفحص و التحقيق عن حال الشاهدين المسلمين أن يقول بأن الإسلام عداله، لكننا نقول: لا إشكال فى أن أحكام الإسلام مبنيه على العداله، و أن من كان مسلما واقعا كان عادلا لأنه يأتى بجميع الاحكام و يطيعها فعلا و تركا، فإن أرادوا من قولهم:

«الإسلام عداله» هذا المعنى فهو صحيح، و ان أرادوا من «الإسلام» مجرد التفوه بالشهادتين، فإن أثر التفوه بالشهادتين- كما فى الروايات- هو أن له ما للمسلمين و عليه ما على المسلمين، و هذا أمر تعبدى

ص: ١٩٨

لا يفيد العدالة كما هو واضح.

نعم قيل: ان الأصل في المسلم أن يكون عادلا، لان الاعتقاد ان كان كاملا جاء العمل بالأحكام قهرا، فلا يعصى هذا المسلم ربه الا نادرا، وحينئذ فمع الشك في عداله مسلم أخذ بالأصل المذكور و حكم بعدالته من باب أن الظن يلحق الشيء بالأعم الأغلب، و هذا الأصل يبنى على القول بأن الإسلام غير العدالة و أن العدالة ملكه أو أنها فعل الواجبات و ترك المحرمات، أو كفايه حسن الظاهر.

و لكن الحق أنه مع وجود الدواعى الكثيره المختلفه إلى المعصيه لا غلبه حتى يلحق بها، بل قد يكون الأصل و الغالب في بعض الأزمنه هو الفساد و به روايه (١) و كذلك زماننا.

قال في المسالك بالنسبه إلى مذهب الشيخ «قده»: ان هذا القول و ان كان أمتن دليلا. لكن المشهور الان بل المذهب خلافه.

ص: ١٩٩

أقول: و مراد المحقق من وصف الروايه بالشذوذ هو إعراض الأصحاب عما يدل على ذلك و ان كانت عليه روايات عديده (١)

،

ص: ٢٠٠

حتى أن الشيخ نفسه لم يعمل بها في مواضع أخرى، بل ان التفحص عن الشهاده كان معمولاً به في زمن النبي صلى الله عليه و آله و سلم كما دلت على ذلك الروايه المذكوره سابقاً، و هي و ان كانت ضعيفه سنداً (١)) لكن عليها العمل.

و قال السيد في العروه: «لو جهل الحاكم حالهما وجب عليه أن يبين للمدعى أن له تزكيتهما بالشهود إذا كان جاهلاً بذلك ثم

ص: ٢٠١

يطلبها منه، و لو قال: لا طريق لى الى ذلك أو قال: يعسر على أو قال: لا أفعل و طلب من الحاكم الفحص عن ذلك هل يجب عليه أو لا؟ قد يقال بوجوبه. و الأقوى عدم وجوبه عليه لمنع كون الحكم مطلقا و الا لزم على الحاكم الفحص عن وجود الشاهد و عدمه أيضا مع أنه ليس كذلك قطعاً.

أقول: ليس المراد من قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» ترك النظر فى الدعوى إذا لم يكن للمدعى بينه عادله على دعواه، بل المعنى انه حينئذ يقضى باليمين، نظير الصلاه حيث تجب الصلاه مع الوضوء فى حال وجدان الماء و الا وجبت مع التيمم بعد الفحص و اليأس عنه فى الحدود المعينه لذلك شرعاً، غير أن الشارع لم يحدد وجود بينه بل أحال الأمر إلى العرف، و أهل العرف يفحصون عن حال الشاهدين فى بلدهما و عشيرتهما، بل روى ذلك عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أيضاً، فحاصل معنى الحديث أنه ان كان هناك-مع الجهل بحال الشاهدين-طريق متعارف إلى معرفه حالهما فالفحص عن ذلك لازم، و الا-فيكون الحكم بالايمان. و هذا تقريب آخر لمذهب المشهور، بل يجب على الحاكم الإرسال خلف الشاهدين-لو امتنع المدعى عن إحضارهما-ان أمكنه ذلك، لان الحكم واجب عليه فيجب عليه تحصيل مقدماته بحسب الإمكان و المتعارف.

فالحق مع المشهور.

قال المحقق «فده»: «و لو حكم بالظاهر ثم تبين فسقهما وقت الحكم نقض حكمه» .

أقول: لا- ريب في هذا و لا- يختلف باختلاف الأقوال في حقيقه العدالة، فإنه بتبين فسق الشاهدين ينتقض الحكم، لكن يشترط تحقق موجب الفسق منهما قبل صدور الحكم بل قبل أداء الشهاده، و وجه الانتقاض: أن العدالة شرط واقعي لا- علمي فمع انكشاف الخلاف ينتقض الحكم. و قد يقال بأن الشرط في قبول الشهاده هو كون الشاهد عادلا في نظر الحاكم و الا فلا طريق الى العلم بالعدالة الواقعيه لأحد، بل الاكتفاء بذلك هو المراد من قوله تعالى «وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» .

و فيه: ان ظاهر اشتراط شيء لشيء هو اشتراط تحقق مفهومه الواقعي، و كذا الاحكام تتوجه إلى الأمور الواقعيه، فإذا قيل: الغنم حلال، أو البول نجس أريد الغنم الواقعي، و البول الواقعي، و لو أريد الاشتراط العلمي لكان بيان ذلك بتعبير آخر، ألا ترى الى قول الشارع في مسأله الاقتداء في الصلاه حيث العدالة فيه شرط علمي لا واقعي: «لا تصل الا خلف من تثق بدينه» (١) فلو صلى خلف من وثق بعدالته و انكشف الخلاف لم تجب عليه الإعادة و لا القضاء

ص: ٢٠٣

بخلاف ما لو كان الكلام هكذا: صل خلف العادل، فإنه ظاهر في الشرطيه الواقعيه و يترتب عليه الإعاده أو القضاء مع انكشاف الخلاف.

و قد ذكر صاحب الجواهر: أن الأصل الواقعيه فى الشرائط، و هذا الأصل غير واضح عندنا و لعله يريد الظاهر، و لقد كان الاولى التعبير به دونه، لان الظاهر أماره.

و قال فى الجواهر: الفسق بعد الحكم لا ينقض الحكم، قال:

بل لعله كذلك لو كان بعد الإقامه قبل الحكم، و ان المراد من التبين هو تبين حاله اتفاقا لا بأن يقول الخصم-بعد إحراز الحاكم العداله:-

لو تفحصتم عن حالهما لبان لكم فسقهما، فليس للحاكم قبول كلامه و التفحص عن ذلك.

هل يجوز التعويل على حسن الظاهر؟

قال المحقق «قده»: «و لا يجوز التعويل فى الشهاده على حسن الظاهر» .

أقول: أى انه لا- يجوز الاعتماد على حسن الظاهر، بل لا بد من معرفه باطن الشخص على أثر المعاشره و المخالطه معه، و هذا مبنى على أن العداله ملكه فإنه بناء على هذا يشترط الشهاده بوجود الملكه فيهما و لا يحصل العلم بذلك إلا بالمعاشره، إذ الأعمال الجوارحيه يمكن الاطلاع عن طريقها الى الجهات الباطنيه لأن الإناء يترشح بما فيه.

ص: ٢٠٤

و أما بناء على أن العدالة حسن الظاهر- كما عليه جماعه- فيشهد بحسبها، كما أن الأمر بناء على أن الإسلام عداله واضح.

و قد شبه صاحب الجواهر العدالة بناء على مذهب المحقق بالإعسار، فلو ادعى المدين الإعسار لم يقبل منه و لا يثبت الإعسار بمجرد ظاهر حاله حتى تحرم المطالبه، بل لا بد من التحقيق، فالملكه أيضا كذلك، فان كثيرا من المعاصى لا يتظاهر بها أهلها فلا يكفى حسن الظاهر، و خالفه استنادا الى الاخبار الكثيره الداله على جواز الشهاده تعويلا على حسن الظاهر.

و سيأتى فى كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى البحث تفصيلا عن جواز الشهاده استنادا الى طريق من الطرق و الأمارات الشرعيه كاليد و البيئه و عدم جوازه و وجوب العلم بالمشهود به، و ملخصه: أنه لو شك مثلا فى كلام لا يعلم هل هو كذب أو لا جاز التكلم به لعدم جواز التمسك بأدله حرمة الكذب حينئذ لأنها شبهه مصداقيه، و عليه تجرى البراءه عن الحرمة، الا- أن يقال بالاحتياط ان كان ذلك الكلام يتعلق بما يحتاط فيه كالفروج و الدماء، و أما الاخبار عن شىء بنحو الجزم -مع الشك فى تحققه- فلا يبعد كونه افتراء، فالشهاده بما لا يعلم افتراء، اذن لا بد من العلم فى الشهاده، فان لم يعلم لكن كان له طريق شرعى فهل يقوم ذلك الطريق مقام العلم فى جواز الشهاده؟ الظاهر أن هذا العلم مأخوذ فى الموضوع بنحو الكاشف و الطريق، فتجوز الشهاده اعتمادا على الطريق الشرعى، هذا كله أصولا.

و أما فقها فان الروايات الواردة فى الجواز كثيره (١)) ، و تفصيل المسأله فى كتاب الشهادات. بل فى الجواهر ان حسن الظاهر بنفسه عداله، فما ذكره المحقق هنا مخالف للروايات، بل قال: ان البحث هنا علمى مرجعه الى أن العداله شرعا هى ملكه يصدر عنها حسن الظاهر أو أنها عباره عنه، و الا فالجميع متفقون على تحققها بذلك بناء على كون مراد القائلين بحسن الظاهر هو أن جميع ما يظهر منه حسن بعد الخلطه و الصحبه المتأكده فى سره و علانيته.

أقول: و عندى أن العداله هى الملكه و حسن الظاهر طريق إليها، لأن حسن الظاهر أعم من العداله، لكن الملكه تكون عله لحسن الظاهر، لأنها حاله نفسانيه مستنده الى الاعتقادات الراسخه و توجب ترك المحرمات و العمل بالواجبات، بحيث لو صدر منه خطأ حملته الملكه على الندم و التوبه.

و لا ريب فى أن العلم بحسن الظاهر أيضا يتوقف على المعاشره كذلك، فان الصفات التى ذكرت فى الروايات-المستفاد منها الاكتفاء بحسن الظاهر- لا يمكن الاطلاع عليها الا بها. فالحاصل:

ان الآثار تترتب على حسن الظاهر المعلوم بما ذكر عملا بالاخبار خلافا للمحقق، و ليس حسن الظاهر هو العداله خلافا للجواهر، بل هو طريق إليها، و عليه تقوم الطرق الشرعيه مقام العلم فى الشهاده.

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

السؤال عن التزكية و كيفية ثبوتها:

قال المحقق: «و ينبغي أن يكون السؤال عن التزكية سرا فإنه أبعد من التهمة» .

أقول: و هذا واضح، لأنه ان سأل الشخص عن حال الشاهد في حضوره يصعب عليه الجواب بعدم التزكية إما حياء و اما وفاء و اما خوفا و اما رجاء، و ان كان يعلم بعدالته فأجاب بالإيجاب و شهد بذلك لا تهم من قبل الخصم بأنه زكاه لأحد الأسباب المذكوره.

قال: «و تثبت مطلقه و تفتقر إلى المعرفة الباطنه المتقادمه» .

أقول: ان التزكية تفتقر إلى المعرفة السابقه بباطن المزكى على أثر المخالطه و لا- تكفى الشهاده تعويلا على حسن الظاهر عند المحقق، لكن في الجواهر «تفتقر إلى المعرفة الباطنه المتقادمه المفيده للعلم أو الظن بحصول الملكه و أن ما يصدر من ذلك من آثارها، أو بحسن الظاهر بمعنى أنه لا يظهر منه سرا و علانيه إلا الحسن» أى: ان علم بالعداله فهو و الا كفى الظن بحصول الملكه، و كذا يكفى الشهاده بحسن ظاهره بالمعنى المذكور، فكأنه يحمل عباره المحقق الصريحه فى عدم كفايه حس الظاهر على حسن ظاهر بعض أحواله و أفعاله التى لا- يستفاد منها الحسن فى جميع ما يظهر منه سرا و علانيه، قال: و هذا هو مراد القائلين بكفايه حسن الظاهر فيتحد القولان.

ثم ان الشهاده بالعداله لا يشترط فيها التفصيل فيكفى أن يشهد

بعدالته. وقيل: بل يلزم أن يقول في حقه: عادل مقبول الشهاده إذ ربما يكون عادل غير مقبول الشهاده كالعادل الكثير الشك و صاحب الوسوسه، و ربما يقال: بكفايه الشهاده بأنه مقبول الشهاده.

و سيأتى لذلك تتمه قريبا ان شاء الله.

كيفية ثبوت الجرح:

قال المحقق: «و لا يثبت الجرح الا مفسرا و فى الخلاف:

يثبت مطلقا» .

أقول: فى هذا المقام أقوال، فقول: لا تثبت العدالة و لا الجرح الا مفسرا بذكر سبب التعديل دون التفسيق، و قيل بالعكس و هو مختار المحقق «قده» .

و وجه تفصيل المحقق هو: ان تفسير العدالة يحتاج الى ذكر جميع الواجبات و انه يعملها كلها، و ذكر جميع المحرمات و انه يتركها كلها و هذا أمر يستلزم العسر و الجرح، فلذا تكفى الشهاده بالعدالة مطلقه، بخلاف الجرح لعدم العسر بذكره لأنه يكفى فى ثبوت الفسق فعل كبيره واحده من الكبائر.

و أيضا: أسباب الفسق مما وقع الخلاف فيها بين الفقهاء، فلو كان الشاهد مقلدا لمن يرى حرمه فعل من الافعال و ليس حراما عند من يقلده الفاعل كانت شهادته بذلك عند الحاكم إغراء له بالجهل، أو ربما يكون لعمل الفاعل وجه شرعى لا يعلمه الشاهد. فلا بد من ذكر السبب حتى يتضح الأمر و ترتفع الجهاله.

ص: ٢٠٨

وقد أوجب عن الوجه الأول بالمنع من لزوم الحرج، و عن الثانى: بوقوع الخلاف فى سبب العدالة كذلك، و عليه يكفى الإطلاق فى كلا المقامين أو يجب التفصيل فيهما معا.

ثم ان المعدل أو الجرح يجب أن يكون عالما بمعنى العدالة و أن أى شىء يضربها و أى شىء لا يضربها، و أن يكون عالما بفتوى الحاكم فى المسأله لئلا يلزم الإغراء بالجهل، فان أحرز الحاكم معرفه الشاهدين بالأمرين رتب الأثر على شهادتهما سواء فى الجرح و التعديل من غير حاجه الى ذكر السبب، و ان علم الحاكم بالاختلاف بين فتواه و نظر الشاهدين أو مقلديهما فى معنى العدالة فلا يرتب الأثر، و كذا إذا احتتمل الاختلاف.

و فى الجواهر استوجه حمل عباره الشاهد على الواقع و ان اختلف الاجتهاد فى تشخيصه، قال: و من هنا لا يجب سؤاله عن سبب التملك مع الشهاده به، و كذا التطهير و التنجيس و غيرهما و ان كانت هى أيضا مختلفه فى الاجتهاد، بل يحمل قول الشاهد على الواقع كما يحمل فعله على الصحيح.

و أورد عليه بالفرق بين المقامين، إذ يكفى فى مسأله الطهاره لأجل ترتيب آثارها على الثوب وجود أصل أو طريق إلى الطهاره، أما فى مسأله الحكم فلا- بد من إحراز الواقع، و أيضا: أصاله الصحه جاريه فى عمل غاسل الثوب فيحمل عمله على الصحه الواقعيه ما لم يعلم بالخلاف بخلاف الأمر فى الشهاده، فلو شهدا بمالكيه زيد

للدار و أراد الحاكم الحكم بمقتضى تلك الشهاده توقف الحكم على إحراز عداله الشاهدين، فظهر أن بين الطهاره و الملكيه و ما نحن فيه فرقا.

أقول: فى مسأله الشهاده ان شهد بوجود ملكه العداله فى المشهود له قبلت الشهاده، و ان شهد بالعداله فلا تقبل لانه يكون نظير الشهاده بعداله زيد مع عدم تعيين زيد المشهود بعدالته، و أما الحمل على الصحه الواقعيه- كما هو الحال فى الطهاره و الملكيه- ففيه تأمل و يحتاج الى تتبع كلماتهم فى ذلك.

ثم انه لا بد أن يظهر المطلب بعنوان الشهاده، و بعباره أخرى:

يشترط أن ينشئ الشهاده لا أن يخبر عن العداله مثلا، للفرق الواضح بين مفهومي الشهاده و الاخبار لغه و عرفا.

و يجب تعيين المزكى أو المجروح فلا يكفى القول المجمل بل كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يسأل الشاهدين فى حضور المدعى عليه هل هو نفسه أو لا-؟ و هل يشترط ضم ألفاظ أخرى إلى الشهاده بالعداله مثل «مقبول الشهاده» كما عن بعضهم أو «مقبول الشهاده لى و على» كما عن آخر أو لا يشترط؟ الذى يقوى فى النظر هو الثانى وفاقا لصاحب الجواهر، و لكن لا- لما ذكره قدس سره فإنه يبتنى على تماميه قاعده المقتضى و المانع، و هى محل بحث كما فصل فى محله، على أن تلك القاعده لا مجال لها فى بعض صور المسأله، كما إذا كان المانع احتمال بنوه الشاهد-بناء على أن شهادة الولد على والده غير

مسموعه- فإنه لا معنى للقول بأن الأصل عدم كونه ولد له.

بل لأن الإطلاقات و العمومات تعتبر العدالة فحسب و تفيد أن شهاده العادل مقبوله، فمن ادعى العدم فعليه اقامه الدليل المخصص لكن فى موارد الشك كما إذا شك فى كون الشاهد خصما للمدعى عليه فلا بد من إحراز عدم الخصومه و الا لكان التمسك بالعام حيثئذ من التمسك به فى الشبهات المصادقيه.

قال المحقق «قده»: «و لا يحتاج الجرح الى تقادم المعرفه و يكفى العلم بموجب الجرح» .

أقول: هذا واضح، بخلاف الشهاده بالعداله فهى متوقفه عليه.

حكم ما لو اختلف الشهود بالجرح و التعديل:

قال: «و لو اختلف الشهود بالجرح و التعديل قدم الجرح» .

أقول: فى حال اختلاف الشهود بالجرح و التعديل يتقدم الجرح لان حاصل شهاده المعدلين هو عدم العلم بما يوجب الفسق، لكن الجارحين يقولان: رأينا منه كذا. فتكون الشهاده بالجرح شهاده بما خفى عن المعدلين فيقدم الجرح و لا تعارض بين الشهادتين.

و على هذا الأساس لو قال الجارح: رأيتَه يفعل كذا يوم كذا، فقال المعدل: أشهد بأنه قد تاب عن ذلك الفعل و التزم بإتيان الواجبات و ترك المحرمات بعد هذا التاريخ قدم التعديل لأنه شهاده بما يخفى على الجارحين.

انما الكلام فيما لو شهد الطرفان بنحو لا يمكن الجمع بين

الشهادتين، كأن يقول الجارح: رأيتَه يفعل كذا في مكان كذا يوم الجمعة، و يقول المعدل: كان معي يوم الجمعة في سفر الى بلد آخر، فإنه تتعارض البيتان، قال المحقق: «و لو تعارضت البيتان في الجرح و التعديل قال في الخلاف: وقف الحاكم، و لو قيل: يعمل على الجرح كان حسنا» .

أقول: القول بالتوقف في صورته التعارض يكون تارة بمعنى رفع اليد عن شهاده الطرفين فلا يحكم بالفسق و لا بالعداله بل يحلف الخصم، و أخرى لا- يحكم بشيء و لا- يحلف الخصم، لكن في الخلاف أيضا: «إذا تعارضت البيتان على وجه لا- ترجيح لإحدهما على الأخرى أقرع بينهما فمن خرج اسمه حلف و أعطى الحق، هذا هو المعول عليه عند أصحابنا، و قد روى أنه يقسم نصفين» .

أما عدم تحليف الخصم فمن جهة انصراف قوله «ص»: «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» عن صورته التعارض بين البيتين و حينئذ فإن أمكن التنصيف و الا فالقرعه لأنها لكل أمر مشكل، و يحلف من خرجت باسمه احتياطا.

و أما لو قال أحدهما: هو الاذن عادل، و قال الأخر: هو الاذن فاسق، فهل يقدم قول الجارح أو يتعارضان؟ الظاهر هو الثاني فيتساقطان.

و قال في الجواهر: و قد يقال أيضا «ان هذا كله مع فرض عدم أمر سابق يمكن استصحابه من عداله أو فسق و الا حكم به» .

أقول: ان أراد صورته التعارض بين البيئتين فإنه مع جريان الاستصحاب لا حاجة الى الجرح و التعديل بل تستصحب حاله السابقه و يترتب الأثر، الا- أن الفقهاء لم يتعرضوا الى الاستصحاب هنا بل قالوا ان للحاكم أن يحكم بعلمه بالحال على أثر المخالطه، و ظاهر ذلك هو الاعتماد على البيئه مع عدم العلم لأنها الكاشفه عن الواقع. اللهم الا أن يقال بأن اقامه البيئه حكم تعبدى يعامل مع مفادها معامله الواقع لا أنها تكشف عنه، و حينئذ يقوم الاستصحاب مقامها لكن الظاهر أن حجيه البيئه هي بعنوان تميم الكشف و لعله لذا ذكر صاحب الجواهر المطلب بعنوان قد يقال.

ثم نقل عن كاشف اللثام احتمال تقديم شهاده التعديل لدى التعارض للأصل مع الخلو عن ظهور المعارض خلافا لمن قدم شهاده الجرح ثم قال: «و هو جيد فيما يرجع الى ما ذكرناه لا- مطلقا» فان قول بعضهم بأن الإسلام ملكه تمنع من ارتكاب المحرمات و ترك الواجبات ضعيف، و قد ضعفه كاشف اللثام أيضا و اختار أن العدالة حسن الظاهر كالجواهر.

(فى تفريق الشهود عند الشهاده)

قال المحقق «قده»: «لا بأس بتفريق الشهود، و يستحب فى من لا قوه عنده» (١).

ص: ٢١٤

أقول: ان الميزان الشرعى للقضاء هو البيّنات و الايمان كما فى الحديث الشريف، و لكن هل تعبدنا الشارع بالأخذ بذلك أو يجوز القضاء بالسؤال عن الخصوصيات و النظر فى القرائن و غير ذلك مما يستكشف به الواقع و يتوصل به الى حقيقه الحال ((١)؟ قال المحقق: «لا بأس بتفريق الشهود و يستحب فى من لا قوه عنده» .

أقول: ان إطلاق الآيه الكريمه «وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ» (١) و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبيّنات و الايمان» (٢) يشمل ما إذا شهدا معا أو شهد كل واحد من الشاهدين على حده، فيجوز الأمران، لكن فى صوره التفريق بينهما ربما يظهر كذبهما أو خطأهما فى الشهاده بخلاف ما إذا شهدا معا.

هذا بحسب القاعده و قطع النظر عن الاخبار الخاصه الوارده، لكن المحقق أفتى بالاستحباب فى صوره كون الشاهد لا قوه عقل عنده و لعل وجهه عمل النبى و أمير المؤمنين صلى الله عليهما و آلهما فى

ص: ٢١٥

١- ١) سورة البقره: ٢٨٢.

٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٦٩.

و فى الجواهر: قد يقال باختصاص جواز التفريق قبل إثبات العدالة و طلب المدعى الحكم.

و هذا غير واضح إذ لا أثر لتفريق الشهود و استماع شهادتهما بعد ذلك إلا التأكد و الاطمئنان. و كيف كان فلا شبهه فى الجواز و يدل على ذلك روايات منها: ما روى عن معاوية بن وهب عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «أتى عمر بن الخطاب بجاريه قد شهدوا عليها أنها بغت، و كان من قصتها أنها كانت يتيمه عند رجل و كان الرجل كثيرا ما يغيب عن أهله، فشبت اليتيمه فتخوفت المرأه أن يتزوجها زوجها، فدعت بنسوه حتى أمسكنها، فأخذت عذرتها بإصبعها، فلما قدم زوجها من غيبته رمت المرأه اليتيمه بالفاحشه و أقامت البينه من جاراتها اللائى ساعدنها على ذلك، فرفع ذلك الى عمر فلم يدر كيف يقضى فيها، ثم قال للرجل: ائت على بن أبى طالب عليه السلام و اذهب بنا إليه.

فأتوا علينا عليه السلام و قصوا عليه القصة فقال لامرأه الرجل: أ لك بينه أو برهان؟ قالت: لى شهود هؤلاء جاراتى يشهدن عليها بما أقول فأحضرتهن، فأخرج على بن أبى طالب عليه السلام السيف من غمده فطرح بين يديه، و أمر بكل واحده منهن فأدخلت بيتا، ثم دعا بامرأه الرجل فأدارها بكل وجه، فأبت أن تزول عن قولها فردها الى البيت الذى كانت فيه، و دعا احدى الشهود و جثى على

ركبته ثم قال: تعرفيني أنا على بن أبي طالب و هذا سيفى و قد قالت امرأه الرجل ما قالت و رجعت الى الحق و أعطيتها الأمان، و ان لم تصدقين لأملأن السيف منك، فالتفتت الى عمر فقالت: يا أمير المؤمنين الأمان على فقال أمير المؤمنين فاصدقنى، فقالت: لا- و الله الا أنها رأأت جمالا و هيئه فخافت فساد زوجها عليها، فسقتها المسكر و دعتنا فأمسكناها فافتضتها يا صبعها، فقال على عليه السلام: الله أكبر، أنا أول من فرق بين الشاهدين (الشهود) الا- دانيال النبي. فألزم على المرأه حد القاذف و ألزمهن جميعا العقر، و جعل عقرها أربعمائه درهم، و أمر امرأه الرجل أن تنفى من الرجل و يطلقها زوجها، و زوجه الجاربه، و ساق عنه على المهر. فقال عمر: يا أبا الحسن فحدثنا بحديث دانيال، فقال على عليه السلام: ان دانيال» (١).

و ما عن أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث: «ان شابا قال لأمير المؤمنين عليه السلام: ان هؤلاء النفر خرجوا بأبى معهم فى السفر، فرجعوا و لم يرجع أبى، فسألتهم عنه فقالوا: مات فسألتهم عن ماله فقالوا: ما ترك مالا، فقدمتهم الى شريح فاستحلفهم و قد علمت أن أبى خرج و معه مال كثير، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: و الله لأحكمن بينهم بحكم ما حكم به خلق قبلى إلا داود النبي عليه السلام. يا قنبر أذع لى شرطه الخميس فدعاهم، فوكل

ص: ٢١٧

بكل رجل منهم رجلا من الشرطه، ثم نظر الى وجوههم فقال: ماذا تقولون؟ تقولون انى لا أعلم ما صنعتم بأبى هذا الفتى؟ انى إذا لجاهل.

ثم قال: فرقوهم و غطوا رؤوسهم. قال: ففرق بينهم و أقيم كل رجل منهم إلى أسطوانه من أساطين المسجد و رؤوسهم مغطاه بثيابهم. ثم دعا بعبيد الله بن أبى رافع كاتبه فقال: هات صحيفه و دواه، و جلس أمير المؤمنين عليه السلام فى مجلس القضاء، و جلس الناس اليه، فقال لهم: إذا أنا كبرت فكبروا. ثم قال للناس: أخرجوا. ثم دعا بواحد منهم فأجلسه بين يديه و كشف عن وجهه. ثم قال لعبيد الله:

أكتب إقراره و ما يقول، ثم أقبل عليه بالسؤال فقال له أمير المؤمنين عليه السلام: فى أى يوم خرجتم من منازلكم و أبو هذا الفتى معكم؟ فقال الرجل: فى يوم كذا و كذا. فقال: و فى أى شهر؟ فقال: فى شهر كذا و كذا، قال: فى أى سنه؟ فقال: فى سنه كذا و كذا. فقال:

و الى أين بلغتم فى سفركم حتى مات أبو هذا الفتى؟ قال: الى موضع كذا و كذا. قال: و فى منزل من مات؟ قال: فى منزل فلان ابن فلان. قال: و ما كان مرضه؟ قال: كذا و كذا. قال: و كم يوما مرض؟ قال: كذا و كذا. قال: ففى أى يوم مات؟ و من غسله؟ و من كفنه؟ و بما كفتموه؟ و من صلى عليه؟ و من نزل قبره؟ فلما سأله عن جميع ما يريد كبر أمير المؤمنين عليه السلام و كبر الناس جميعا، فارتاب أولئك الباقون، و لم يشكوا أن صاحبهم قد أقر عليهم و على نفسه، فأمر أن يغطى رأسه و ينطلق به الى السجن. ثم دعا بآخر فأجلسه بين يديه و كشف عن وجهه و قال: كلا زعمتم أنى

لا أعلم ما صنعتم؟ فقال: يا أمير المؤمنين ما أنا إلا واحد من القوم، ولقد كنت كارها لقتله، فأقر. ثم دعا بواحد بعد واحد كلهم يقر بالقتل و أخذ المال. ثم رد الذي كان أمر به الى السجن فأقر أيضا.

فألزمهم المال و الدم. ثم ذكر حكم داود عليه السلام بمثل ذلك.» (١).

ص: ٢١٩

١-١) وسائل الشيعة: ١٨-٢٠٤. وفي سندها علي بن أبي حمزه البطائني.

(فى ما يعتبر فى الشهاده بالجرح)

قال المحقق «قده»: «لا يشهد الشاهدان بالجرح الا مع المشاهده لفعل ما يقدح فى العداله أو أن يشيع ذلك فى الناس شياعا موجبا للعلم.» .

أقول: يشترط فى الشهاده بالجرح مشاهده الشاهدين لفعل ما يقدح فى العداله أو أن يشيع ذلك الفعل منه فى الناس شياعا موجبا للعلم و اليقين، و الا- فلا تجوز الشهاده به، و أما فى الشهاده بالعداله فلا يشترط ذلك بل يكفى حسن الظاهر من جهه أنه- كما فى الاخبار- الطريق إلى معرفه العداله و الكاشف عن وجود الملكه الراسخه و ان كان احتمال الخلاف موجودا فقد ورد فى تلك الاخبار (١)

من كان كذلك تقبل شهادته، و من هنا يقع الفرق بين الشهاده بالجرح و الشهاده بالعداله.

و قد تقدم أن الشهاده استنادا إلى البيئه و الاستصحاب جائزه.

و عن المسالك: ان لم يبلغ المخبرون حد العلم لكنه استفاض و انتشر حتى قارب العلم ففي جواز الجرح و جهان، من أنه ظن في الجملة و قد نهى الله عن أتباعه إلا ما استثنى، و من أن ذلك ربما كان أقوى من البيئه المدعيه للمعاينه كما مر في نظائره.

و أورد عليه في الجواهر بقوله: و فيه ما لا يخفى بعد فرض عدم حصول مرتبه العلم، و عدم الدليل على الاكتفاء بمثله و حرمه القياس على البيئه التي مبناها التعبد، و من هنا كان ظاهر المصنف و غيره اشتراط العلم.

أقول: ان البحث هو في الشهاده بالجرح فان قلنا بعدم جواز الشهاده استنادا إلى البيئه بل و لا- بالاستناد إلى العشره، فنقض المسالك غير وارد حتى يتوجه اشكال الجواهر عليه.

هذا و تجوز الشهاده بالعداله استنادا الى حكم الحاكم، و حكم الحاكم بعداله الشاهدين أو فسقهما حجه بالنسبه إلى الحاكم الأخر، و لكن ليس للاول و لا غيره الشهاده بالفسق أو العداله، فحكم الحاكم حجه و أما شهادته فغير مسموعه.

ثم هل للافعال ظهور كالأقوال بحيث يجب الأخذ به؟ فيه خلاف و الظاهر هو العدم كما عليه أهل العرف. و انما يحصل له ظهور من بعض المقارنات، فإن أفادت تلك المقارنات العلم جرى عليه الحكم، و الا فهل الظن الحاصل من هذا الظهور حجه أو لا؟ الظاهر هو الأول وفاقا للسيد «قده» (١)).

ص: ٢٢٢

(فى الحكم باسمرار العداله حتى ثبوت ما ينافيها)

قال المحقق «قده»: «لو ثبت عداله الشاهد حكم باسمرار عدالته.» أقول: لو ثبت عداله الشاهد حكم الحاكم باسمرارها بالاستصحاب غير أنه لما كان للاستصحاب كاشفيه نوعيه بنى العقلاء على العمل بها كما تقرر فى الأصول-يشترط عدم الفاصل الطويل بين زمانى اليقين و الشك لان ذلك يؤدى الى ضعف الظن بالبقاء و الكاشفيه النوعيه المذكوره.

قال: «و قيل: ان مضت مده يمكن تغير حال الشاهد فيها استأنف البحث عنه و لا حد لذلك، بل بحسب ما يراه الحاكم.» .

أقول: و هذا قول ثان فى المسأله-قال فى الجواهر-و ان

كنا لم يتحقق القائل بذلك منا (١). و عن المبسوط عن بعضهم تحديده بسته أشهر و لا دليل عليه، بل الاستصحاب حجه حتى يتبين ما ينافي العدالة.

ص: ٢٢٤

المسأله الثانيه عشره

(فى كتابه الحاكم قضايا كل أسبوع)

قال المحقق: «ينبغى أن يجمع قضايا كل أسبوع و وثائقه و حججه و يكتب عليها، فإذا اجتمع ما لشهر كتب عليه قضاء شهر كذا، فإذا اجتمع ما لسنة جمعه و كتب عليه قضاء سنة كذا» .

أقول: كان ينبغى ذكر هذه المسأله فى الآداب، و الأمر سهل.

ص: ٢٢٥

(هل يجب على الحاكم كتابه المحضر؟)

قال المحقق: «كل موضع وجب على الحاكم كتابه المحضر.» أقول: لا يجب على الحاكم تحصيل مقدمات الكتابه و لوازمها كالدواه و القرطاس، و قيل: يجب عليه الدواه، و لو بذل باذل أو أرسل إليه من بيت المال- و كانت الكتابه واجبه عليه-وجب عليه الكتابه، و فى الجواهر: «لا دليل على الوجوب مع البذل أيضا و ان نسبه فى المسالك إلى الأشهر تاره و الى المعروف بين الأصحاب أخرى معللا- له بأن ذلك حجه فكان عليه إقامتها كالحكم، و كما لو أقر له بالحق و سأله الإشهاد على إقراره. الا أنه كما ترى، ضروره أن الحجه حكمه و الاشهاد عليه لا كتابه الحكم، بل و كذا كتابه الاشهاد على الإقرار.

أقول: قد يكون للكتابه و إعطائها بيد من حكم له دخل فى إحقاق الحق و وصول صاحبه اليه كالحكم نفسه بحيث إذا لم تكن

كتابه لم يتحقق الحق و تحصيله، بل قد يجب على الحاكم أخذ الحق بعد الحكم مع التمكن من ذلك من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و تسليمه لأهله.

و قد يستدل لوجوب الكتابه بقوله تعالى: «. وَ لِيُكْتَبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَ لَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ. » (١) فإنه ظاهر فى الوجوب و قد أكده بالنهى عن الإباء عنها، و أجاب فى الجواهر: بأنه فى غير ما نحن فيه و هو محمول على ضرب من الكراهه، للقطع بعدم وجوب ذلك.

و فيه: أن المستفاد من الآيه الكريمة هو الملاك العام و هو: عدم إباء الكاتب و الشاهد عن الكتابه و الشهاده عند الحاجه و احتمال ضياع الحق بدون ذلك. و خصوصيه مورد الآيه لا تخصص، و لذا استدل بها الأصحاب فى غير الدين.

و أما دعوى القطع بعدم وجوب الكتابه فإن أريد القطع بعدم وجوبها أولاً و بالذات فهو حق، و ان أريد القطع بعدم وجوبها عليه و ان بذل له ما يلزم و طولب بها و احتمال ضياع الحق لو لم يكتب فتلك دعوى بعينه.

و قد يستدل بقوله تعالى «وَ أَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَ لَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَ لَا شَهِيدٌ وَ إِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فُشِقَ بِكُمْ. » (٢) بناء على ما هو الأظهر من أن «يضار» أصله «يضار» فأدغمت الراء فى الراء و فتحت

ص: ٢٢٧

١-١) سورة البقره: ٢٨٢.

٢-٢) سورة البقره: ٢٨٢.

لالتقاء الساكنين، فيكون معناه: لا يكتب الكاتب الا بالحق و لا يشهد الشاهد الا بالحق و الا كان فسقا (١)).

نعم فى الآيه السابقه ما يحتمل معه كون الأمر فيه إرشاديا و هو قوله عز و جل «ذَلِكُمْ أَقْسَطُ» بناء على أنه يتوجه الى جميع الآيه لا الجملة الأخيره منها، و لكن الظاهر دلالة الآيه على الوجوب فى حال المطالبه و وجود الحاجه كما ذكرنا.

ص: ٢٢٨

(فى تعنيت الحاكم للشهود)

قال المحقق: «يكره للحاكم أن يعنت الشهود إذا كانوا من ذوى البصائر.» .

أقول: أى يكره أن يعامل الحاكم الشهود الذين هم من ذوى البصائر و الفهم و الأديان معامله من ليسوا كذلك.

قال: «لأن فى ذلك غضاظه لهم» كما لا يخفى.

قال: «و يستحب ذلك فى موضع الربيه.» .

أقول: و يظهر من قول أمير المؤمنين عليه السلام: «أنا أول من فرق الشهود» (١) ان هذا الأمر لم يكن جاريا إلا فى موارد الشبهه و الربيه.

ص: ٢٢٩

(لا يجوز للحاكم ان يتعتع الشهود)

قال المحقق: «لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد، و هو أن يداخله في التلفظ بالشهادة أو يعقبه، بل يكف عنه حتى ينتهى ما عنده و ان كان يتردد.

و لو تردد في الشهاده لم يجز ترغيبه في الاقدام على الإقامه و لا تزهيده في إقامتها.

و كذا لا- يجوز إيقاف عزم الغريم عن الإقرار لأنه ظلم لغريمه و يجوز (١) ذلك في حقوق الله، فان الرسول صلى الله عليه و آله و سلم

ص: ٢٣٠

قال لماعز عند اعترافه بالزنا «لعلك قبلتها، لعلك لمستها» و هو تعريض يإيثار الاستتار» .

أقول: و كل ذلك واضح.

ص: ٢٣١

(فى أنه يكره للحاكم أن يضيف أحد الخصمين)

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

أقول: و وجهه واضح، فان فيه ترجيحاً له على صاحبه، و قد روى: «أن رجلاً نزل بأمر المؤمنين عليه السلام فمكث عنده أياماً ثم تقدم إليه فى خصومه (حكومه) لم يذكرها لأمر المؤمنين، فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم. قال: تحول عنا فان رسول الله «ص» نهى أن يضاف الخصم الا و معه خصمه» (١).

و كذا يكره أن يذهب الى دار أحدهما دون الآخر، بل كل ما يقتضى ترجيح أحد الخصمين على صاحبه.

ص: ٢٣٢

اشاره

(في حرمه الرشوه)

قال المحقق: «الرشوه حرام على آخذها» .

أقول: لا- يجوز أخذ الرشوه، و هي حرام على آخذها بالإجماع بل بالضروره من الدين، و يدل عليه قوله تعالى «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْءُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ» (١).

و الاخبار في هذا الباب متواتره، و في جملة منها: ان الرشا في الحكم كفر بالله (١).

ص: ٢٣٣

و فى بعضها: انه شرك ((١)).

فلا ريب فى الحكم.

موضوع الرشوه:

إنما الكلام فى موضوع الرشوه، و كلمات الأصحاب من الفقهاء و اللغويين فى ذلك مضطربه:

قال المحقق: «و يَأْثَمُ الدَّافِعُ لَهَا إِنْ تَوَصَّلَ بِهَا إِلَى الْحُكْمِ لَهُ بِالْبَاطِلِ، وَ لَوْ كَانَ إِلَى حَقٍّ لَمْ يَأْثَمِ» .

أقول: و عن جامع المقاصد: «ان جعل من المتحاكمين رشوه» لكن ظاهر الروايه ((٢)): ان الأجره على القضاء غير الرشوه فلذا كانت الاولى سحتا و الثانيه كفرا.

ص: ٢٣٤

وقيل: ما يبذله المتحاكمان رشوه و لو كان بعنوان الجعالة و الأجره.

و فى القاموس فسر الرشوه بالجعل، لكن فى مجمع البحرين:

قلما تستعمل الرشوه إلا فيما يتوصل به الى إبطال حق أو تمشييه باطل.

و قال السيد: هى ما يبذله للقاضى ليحكم له بالباطل أو ليحكم له حقا كان أو باطلا أو ليعلمه طريق المخاصمه حتى يغلب على خصمه، و لا فرق فى الحرمه بين أن يكون ذلك لخصومه حاضره أو متوقعه» .

أقول: فإذا كانت الكلمات فى بيان حقيقه الرشوه مختلفه و مضطربه فإنه فى كل مورد يشك فى صدق عنوان «الرشوه» فيه مثل «أجور القضاء» يكون المرجع أصاله الحق لكونها شبهه مصداقيه لأدله حرمه الرشوه، الا أن تثبت الحرمه من دليل آخر و بعنوان غير عنوان الرشوه.

و القدر المتيقن من الرشوه: أنها ما يبذله للقاضى حتى يحكم لصالحه، فهذا هو القدر المتيقن من الآيه المباركه المذكوره أو لا الا- أن الأخبار المستفيضه الوارده فى الباب الخامس من أبواب ما يكتسب (1) به تدل على أن الرشا فى الأحكام «سحت» و «كفر» و هى

ص: ٢٣٥

بإطلاقها تعم ما إذا كان البذل لاحقاق الحق، لا يقال: انها وارده في مورد الآيه الكريمة. لأنه يحتمل أن يكون قيد «بالإثم» غالبيًا، لان غالب الراشين يتوصلون بالرشوه إلى أكل مال الناس و ابطال حقوقهم.

فظهر أن الرشا في الحكم مطلقا-أى حقا كان الحكم أو باطلا- حرام بالكتاب و السنه، و أما إذا توقف إحقاق الحق على بذل شىء بحيث لو لم يبذله لوقع فى الضرر العظيم و ضاع حقه-جاز البذل لتقدم قاعده نفى الضرر حينئذ، نظير ما قد يبذل للظالم مال دفعا لاذاه و تحفظا من ضرره.

حكم الرشوه فى غير الحكم:

و أما فى غير الاحكام فان أخبار الرشوه و ان كانت وارده فى مورد الحكم و الاحكام الا أن مقتضى إطلاق بعض تلك الاخبار هو حرمتها فى غير الاحكام أيضا، فقد روى الشيخ الصدوق «قده» عن الأصبغ ابن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «أیما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه يوم القيامة و عن حوائجه، و ان أخذ هديه كان غلولا، و ان أخذ الرشوه فهو مشرك» (١).

فهل تقييد إطلاق الروايه بالروايات المقيده أو أن ظهورها آب عن التقييد؟ الظاهر هو الثانى، و «حوائج الناس» يعم غير الاحكام كما لا يخفى.

ص: ٢٣٦

و روى الشيخ الصدوق «قده» أيضا عن سيدنا أبى الحسن الرضا عليه السلام عن آباءه عن أمير المؤمنين فى تفسير قوله تعالى:

أَكَاوُنَ لِلشُّحْتِ . قال: «هو الرجل يقضى لأخيه حاجته ثم يقبل هديته» (١).

و يمكن أن يقال -ولا سيما بالنظر الى هذين الخبرين- أنه و لو فرض كون الرشوه فى الحكم فقط، فان كون الرجل منصوبا - شرعا أو عرفا- لرفع الظلم عن الناس و قضاء حوائجهم يقتضى وجوب ذلك عليه و أن مطالبته أو أخذه شيئا فى مقابل عمله سحت.

و بالجمله فإن الرشوه فى الأحكام لإبطال الحق مقطوع بحرمتها و الظاهر أنها كذلك فى مطلق الحكم ان كان البذل بعنوان الرشوه سواء أثر فى كيفية الحكم أو لم يؤثر، و أما فى غير الاحكام فالمستفاد من الخبرين المذكورين حرمة الأخذ على من كان موظفا بالقيام بالواجبات الموضوعه على عاتقه.

ثم انه لا فرق فى «الرشوه» بين المال المبذول له و بين العمل النافع الذى يعمل له كخياطه ثوب مثلا أو إنجاز غرض له كأن يبيعه داره و لو بالثمن المتعارف، أى بأن يقدمه على غيره فى المعامله، و هل هذه المعامله باطله حينئذ؟ قيل: لا لانه نظير البيع عند النداء و قيل: نعم لان الحكم الوضعى هذا مترتب على الحكم التكليفى، فلما كانت الرشوه محرمة و كانت هذه المعامله مصداقا لها كانت باطله.

ص: ٢٣٧

و أيضا: لو دفع اليه الخمس أو الزكاه حتى يحكم له، فإنه حرام و لا تبرء ذمه المعطى من الخمس و الزكاه حينئذ.

و فى هذه الأيام يقول بعض جهله القضاة: إن أعطيت كذا للمستضعفين نجوت من العقوبه مثلا، فان هذا المال رشوه و لا يملكه المستضعفون.

و كذا يحرم احترام القاضى و تبجيله و الثناء عليه ان كان بعنوان الرشوه، و لو أثر ذلك فى نفس القاضى فحكم له كان مرتكبا للحرام أيضا.

و بالجملة فإن كل ما قصد به التوصل الى حكم الحاكم كان رشوه محرمة، و ان شك فى بعض الافراد فى الدخول تحت الاسم أو جزم بعدمه فالبراءه جاريه خلافا لصاحب الجواهر.

حكم الهديه للقاضى:

و أما الهديه فهى فى نفسها أمر مرغوب فيه، و قد كان النبى صلى الله عليه و آله و سلم و الأئمه عليهم السلام يأمرؤن بها و يقبلونها الا أنه لا ريب فى حرمه الهديه للقاضى و العامل، و قد ورد أن هدايا العمال «غلول». و «سحت» (١)، و فى حديث عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال «. ما بال العامل نبعثه على أعمالنا يقول:

هذا لكم و هذا أهدي لى، فهلا جلس فى قلب بيت أمه و أبيه ينظر أ يهدى له أم لا. و الذى نفسى بيده لا يأخذ أحد منها شيئا إلا جاء

ص: ٢٣٨

يوم القيامة يحمله على رقبتة.» (١)) و هذا الحديث يدل على ان أخذ العمال مطلقا-أى سواء كانوا عمال الظلمه أو غيرهم-الهديه حرام، و لا يبعد صدق عنوان «الرشوه» على هذا المال، و تخصيص بعض الأصحاب ذلك بعمال سلاطين الجور خلاف ظاهر الاخبار.

و أما صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام:

«عن رجل يرشو الرجل على أن يتحول من منزله فيسكنه. قال:

لا بأس.» .

فإن كان المنزل ملكا له فلا بأس بأن يأخذ شيئا حتى يتحول عن ملكه، و ان لم يكن -كما ذكر صاحب الوسائل- فيمكن حملها على المنزل المشترك كالموقوف للسكنى فيعطى الثانى للأول لأجل النزول عن حقه الحاصل له بالسبق-هذا بناء على ثبوت حق له بالسبق اليه، و اما بناء على أن الوقف مال محرر فلا يكون ملكا و لا متعلق حق لأحد، فإن سبق الى مكان موقوف فلا يجوز إزاحته عن ذلك المكان جبرا لان الناس مسلطون على أموالهم و أنفسهم.

فلا بأس بأن يطالب بشيء فى مقابل قيامه عن هذا المكان و ان لم يكن له حق فيه كما هو المفروض.

و هذا البحث جار فى المسجد و مكان المصلى، و كذا فى سوق المسلمين حيث قال صلى الله عليه و آله: «سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق اليه كان أحق به الى الليل.» .

ص: ٢٣٩

و على كل حال يكون التعبير عن الشيء المأخوذ في مقابل التحول عن المنزل ب «الرشوه» تعبيراً مجازياً، أو يقال بأنه رشوه - لأنه مال أعطى له لأجل التوصل الى الغرض - ولكنه لا بأس به هنا لكونه في مورد محلل.

فتلخص أن الرشوه هو ما يبذله للقاضي أو الوالي أو العامل في مقابل عمله الواجب عليه سواء كان بعنوان الرشوه أو الهديه.

و ان بذل للقاضي مال و جهل عنوانه فهل يحمل على الصحه؟ قال السيد نعم، و هو مشكل، فإن أثر حمل فعل المسلم على الصحه هو أن لا يكون فاعلاً لمحرّم، و لكن هذا لا يثبت كون المال المأخوذ صدقه مثلاً حتى يجوز له أخذه. و بعبارة أخرى: الحمل على الصحه انما يفيد الحل مع العلم بالعنوان، كأن يعلم بأنه هديه و يشك في كونها هديه صحيحه أو فاسده، فيحمل فعل المسلم على الصحه و يجوز التصرف في المال المأخوذ.

هذا، و لا ينفذ حكم الحاكم الأخذ للرشوه و ان كان حكمه بالحق لصيرورته فاسقاً بأخذها، و عليه رد ما أخذ على صاحبه.

قال المحقق: «و يجب على المرتشى إعادته الرشوه إلى صاحبها و لو تلفت قبل وصولها اليه ضمنها له» .

أقول: القول بالضمنان هو المختار، و عن بعضهم نفي الخلاف فيه، و يدل عليه عموم قوله «ص»: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» .

(هل يجب إحضار الخصم الى مجلس الحكم؟)

قال المحقق «قده»: «إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم أحضره إذا كان حاضرا» .

أقول: ظاهر «أحضره» هو الوجوب، و في القواعد: إذا استعدى رجل على رجل الى الحاكم لزمه أن يعديه و يستدعى خصمه ان كان حاضرا، سواء حرر المدعى دعواه أو لا. قال في الجواهر:

بلا خلاف أجده فيه، بل في المسالك نسبه إلى علمائنا و أكثر العامه و كذا عن ظاهر المبسوط الإجماع عليه.

فان كان إجماع على وجوب الإحضار فهو و الا- ففي ما ذكروه من تعلق حق الدعوى به نظر واضح، لان الحاكم كما يحتمل صدق المدعى في هذه الدعوى يحتمل كذبه و بطلان دعواه أيضا، و حيث لم يتبين للحاكم بعد صدق الدعوى و وجود الحق كيف يجب عليه إحضار الخصم؟

و كذا الكلام فى قولهم: ان مقتضى منصب الحاكم إحضار الخصم، فان لازم منصب الحاكم سماع الدعوى و القيام بجميع مقدمات رفع الخصومه و لكن لا توقف لذلك على إحضار الخصم بل له النظر فى القضية بحسب الموازين الشرعيه ثم الحكم على الخصم حكما غيابيا.

فظهر سقوط كلا- الوجهين، فالعمده هو الإجماع ان تم، قال فى الجواهر: «لكن الإنصاف أنه لا- يخفى عليك ما فى دعوى الإجماع فى أمثال هذه المسائل، على أن المحكى عن الفاضل فى المختلف عدم وجوب إحضار الغائب بعد تحرير الدعوى.» و عليه فلا يجب الإحضار و يتعين الحكم الغيابى و الغائب على حجته.

و بناء على الوجوب فلا فرق بين الأشخاص المحترمين و غيرهم قال فى كشف اللثام: سواء كان من أهل الصيانات و المرات أو لا.

قال فى المبسوط: لان عليا عليه السلام حضر مع يهودى عند شريح.» و هذا يعنى أن جميع المسلمين فى الحقوق و الاحكام على حد سواء و لا فضل لأحد منهم على أحد فيها (١)).

و لا فرق فى ذلك بين تحرير المدعى دعواه و عدم تحريره لها:

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

قال: «أما لو كان غائبا لم يعده الحاكم حتى يحرر دعواه و الفرق لزوم المشقه فى الثانى و عدمها فى الأول» .

أقول: هذا المقدار من المشقه لا يرفع وجوب الإحضار على الحاكم أو وجوب الحضور على المدعى عليه، و الا لانتفت الفائده من نصب الحاكم و الرجوع اليه و هى فصل الخصومه و رفع النزاع.

فلا- وجه لهذا التفصيل لكن تقدم التأمل فى أصل وجوب الإحضار، فعلى الحاكم أن يحكم فى القضييه بحسب الموازين ثم الغائب على حجته.

ص: ٢٤٣

قال: «هذا إذا كان في بعض مواضع ولايته و ليس له هناك خليفه يحكم» .

أقول: أى و الا سمع بيته ان كانت و كتب بالأمر إلى خليفته.

قال: «و ان كان في غير ولايته أثبت الحكم عليه بالحجه و ان كان غائباً» .

أقول: و حيث يكون غائباً يكون على حجته، فان حضر و أثبت بطلان دعوى المدعى سقطت الدعوى كما سيجيء في محله ان شاء الله تعالى.

و حيث يجب على الحاكم إحضار الخصم فعلى من تكون مؤنه الإحضار؟ هل على الحاكم أو على المدعى أو على المدعى عليه؟ فى المره الأولى المؤنه على المدعى لانه الملتمس للإرسال خلف خصمه فعليه المؤنه، لاین عمل الرسول محترم و لم يقصد المجان، الا أن يقال: لما وجب الحكم على الحاكم فقد وجب عليه دفع مؤنه إحضار المدعى عليه لأنه مقدمه للواجب، فيكون نظير شراء الماء للوضوء، و لكن الصحيح أن الواجب على الحاكم هو أصل الحكم.

ثم ان أرسل اليه و أبلغه الرسول إحضار الحاكم إياه، فإن أجاب فهو و الا فيرسل إليه أحد عماله للمره الثانيه، فان لم يجب أجبر على الحضور، فعلى من تكون المؤنه فيما عدا المره الأولى؟ قال الشهيد الثانى فيه وجهان، من أن الملتمس هو المدعى فتكون المؤنه عليه، و من أن الموجب لهذه المؤنه هو الخصم لاستنكافه عن الحضور فعليه المؤنه.

أقول: مقتضى القاعده الأوليه توجه المؤنه الى الملتمس، و أما توجهها الى الخصم الممتنع فيتوقف على كونه السبب الأقوى فى لزوم المؤنه و الضرر، و الظاهر أن المدعى هنا هو السبب للضرر اختياراً، و ليس امتناع الخصم عن الحضور أقوى فى السببيه للضرر.

و فى الجواهر: لا يمكن مطالبه المدعى بالضرر لانه لا جعله و لا اجاره، و أما الخصم فلا وجه لمطالبته، قال: بل فى المره الأولى كذلك لا يجب على المدعى دفع المؤنه. و فيه: أنا قد ذكرنا سابقاً أن عمل المسلم محترم و المفروض عدم إتيانه العمل بقصد المجان فحيث كان الملتمس هو المدعى فعليه دفع المؤنه.

و أما أن يصبر الحاكم حتى آخر الدعوى فيأخذ المؤنه كلها من المحكوم عليه، فاستحسان عقلى لا دليل عليه.

قال المحقق: «و لو ادعى على امرأه فإن كانت برزه (١) فهى كالرجل و ان كانت مخدره بعث إليها من يثق به فى الحكم بينها و بين غريمها» .

أقول: وجه هذا كله واضح لا يخفى.

اشاره

و فيها مقاصد: «الأول» في وظائف الحاكم.

«الثاني» في مسائل متعلقه بالدعوى.

«الثالث» في جواب المدعى عليه.

«الرابع» في كيفية الاستحلاف.

ص: ٢٤٧

المقصد الأول (فى وظائف الحاكم)

(الأولى: التسويه بين الخصمين.)

الأولى: التسويه بين الخصمين.

قال المحقق: «التسويه بين الخصمين فى السلام و الجلوس و النظر و الكلام و الإنصات و العدل فى الحكم» .

أقول: جعله التسويه بين الخصمين من الوظائف ظاهره الوجوب و به صرح فى الجواهر (١).

قال: «و لا تجب التسويه فى الميل بالقلب لتعذره غالباً» .

أقول: و أما ما ورد عن الامام الباقر عليه السلام من أنه «كان فى بنى إسرائيل قاض و كان يقضى بالحق فيهم فلما حضره الموت قال لامرأته: إذا أنا مت فاغسلينى و كفنينى و ضعينى على سريرى و غطى وجهى فإنك لا ترين سوءاً، فلما مات فعلت ذلك ثم مكث بذلك

حيناً، ثم انها كشفت عن وجهه لتنظر اليه فإذا هي (هو) بدوده تقرض منخره ففزعت من ذلك.

فلما كان الليل أتاها في منامها فقال لها: أفزعك ما رأيت؟ قالت: أجل، فقال لها: أما لئن كنت فزعت ما كان الذى رأيت إلا فى أخيك فلان، أتانى و معه خصم له، فلما جلسا الى قلت:

اللهم اجعل الحق له و وجه القضاء على صاحبه، فلما اختصما التى كان الحق له و رأيت ذلك بينا فى القضاء، فوجهت القضاء له على صاحبه، فأصابنى ما رأيت لموضع هواى كان مع موافقه الحق» (١) فقد حمله صاحب الجواهر على ضرب من الحث على المراتب العاليه (٢).

قال: «هذا كله مع التساوى فى الإسلام أو الكفر» .

أقول: أى انما تجب التسويه-على القول بها-مع التساوى

ص: ٢٥٠

بين الخصمين في الإسلام أو الكفر أي كونهما مسلمين أو كافرين، و أما إذا كان أحدهما مسلما جاز أن يكون الذمي قائما و المسلم قاعدا أو أعلى منزلا، قال في الجواهر «بلا خلاف، بل في الرياض أنه كذلك قولاً واحداً» (١).

قلت: أما العدل في الحكم فلا خلاف بين المسلمين في وجوبه حتى لو كان أحد الخصمين مسلماً و الآخر كافراً، و هو صريح الكتاب (٢).

ص: ٢٥١

و الاخبار المستفيضة ان لم تكن متواتره (١). هذا إذا لم يكن في الحكم ضرر، و أما إذا كان فيه ضرر فان كان الضرر المترتب متوجها الى حياه الحاكم، بمعنى أنه لو حكم بالعدل في القضية وقعت حياته في خطر ترك الحكم بالعدل، و لكن ليس له الحكم بالبطل، و ان استلزم الحكم ضررا على المدعى عليه زائدا على أصل ما يقتضيه لم يجب عليه إصدار الحكم حينئذ، و ان استلزم ضررا على المدعى فان كان باختيار نفسه فالأمر واضح، و ان كان الضرر يتوجه اليه فيما إذا حكم له الحاكم من قبل المحكوم عليه فلا يجب على الحاكم الحكم كذلك.

و ان تعارض ضرران على أثر حكم كضرر الحاكم و ضرر المحكوم عليه مثلا فقليل: مقتضى قاعده نفي الضرر أن يحكم الحاكم بحيث يندفع الأشد، و فيه: ان مقتضى القاعده أن لا يحكم الحاكم في القضية أصلا.

و أما التسويه بين الخصمين المسلمين أو الكافرين في الأمور

الأخرى كالسلام و الجلوس و النظر و الكلام و الإنصات و نحو ذلك ففي وجوبها خلاف، ففي المسالك نسبة الوجوب إلى الأكثر، بل ادعى عليه الشهرة، و قد يستدل له بقوله تعالى «فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (١) و نحوه، بناء على أن التسوية بينهما في هذه الأمور أيضا من مقدمات الحكم، فيكون معنى الآية وجوب العدالة في الحكم و مقدماته.

بل قيل بوجوب التسوية بينهما في رد السلام، فان سلم أحدهما قبل الآخر صبر حتى يسلم الآخر فيرد عليهما معا مره واحده بقوله:

«و عليكم السلام» الا إذا طالت المده عرفا فيرد السلام على الأول حينئذ.

أقول: لكن استفاده وجوب التسوية بينهما في هذه الأمور من الآية الكريمة مشكله.

و استدل أيضا بروايات على وجوب التسوية:

(١) محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن الحسن ابن محبوب عن عمرو بن أبي المقدام عن أبيه عن سلمه بن كهيل قال: سمعت عليا عليه السلام يقول لشريح. «. ثم واس بين المسلمين بوجهك و منطقتك و مجلسك حتى لا يطمع قريبيك في حيفك و لا يياس عدوك من عدلك.» (٢).

ص: ٢٥٣

١-١ (١) سورة ص: ٢٤.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٥٥.

و هذه الروايه يبتنى اعتبار سندها على القول بتصحيح ما يصح عن أحد الرواه الذين عرفوا بأصحاب الإجماع فلا تقدر جهاله الراوى الذى هو بعده، و هنا فى سند هذه الروايه من أصحاب الإجماع: «الحسن بن محبوب» (١) و لولاه فهى غير معتبره لوجود «سلمه بن كهيل» فيه.

و من حيث الدلاله قال المحقق العراقى «قده»: يستفاد من تعليله عليه السلام التساوى بهذا المعنى عدم وجوبه و كون الأمر إرشادياً، فلو حكم بالعدل واقعا و علم الخصمان بذلك و اطمأنا بذلك لم يلزم مراعاة هذه الأمور و كان فى سعه بالنسبه إليها.

ص: ٢٥٤

أقول: و ما ذكره «قده» يتم بناء على كون «حتى» تعليليه، و أما بناء على كونها غائيه و أن الامام عليه السلام قد ألزمه بالتسويه حتى لا- يطمع. فلا، و الظاهر هو الثانى، و لو سلمنا كلامه فإن العله لا ترفع الحكم، فلو قال: لا تشرب الخمر لانه مسكر لم يكن معناه عدم الحرمة عند عدم الإسكار، بل يحرم شربه حتى قليله الذى لا يسكر و حتى إذا مزج بالماء كما روى فعله من بعض خلفاء الجور.

(٢) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام لعمر بن الخطاب: «ثلاث ان حفظتهن و عملت بهن كفتك ما سواهن و ان تركتهن لم ينفعك شىء سواهن. قال: و ما هن يا أبا الحسن؟ قال: اقامه الحدود على القريب و البعيد و الحكم بكتاب الله فى الرضا و السخط و القسم بالعدل بين الأحمر و الأسود. قال عمر:

لعمري لقد أوجزت و أبلغت» (١)).

قال بعض المعاصرين: ان قوله عليه السلام: «ان حفظتهن

و عملت بهن كفتك ما سواهن، و ان تركتهن لم ينفعك شيء سواهن» يفيد عدم لزوم شيء آخر وراء ما ذكر (١).

و فيه: ان كانت الأخبار الداله على وجوب تلك الأمور معتبره سندا و دلاله لم يجر لنا رفع اليد عن مداليلها بهذه الروايه، و المراد من هذه الروايه التأكيد على أهميه هذه الأمور الثلاثه، على أن من الواضح وجود أمور لا ريب في حرمه فعلها أو تركها على القاضى لم يذكرها الامام عليه السلام في هذه الروايه فتكون نظير قوله تعالى:

«إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ» (٢) فإنه لا يقتضى خروج الصغائر عن كونها معاصى منهي عنها.

٣-السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم فى الإشاره و فى النظر و فى المجلس» (١).

ص: ٢٥٦

١-١) جامع المدارك: ٦-٢١.

٢-٢) سورة النساء: ٣١.

و الأمر ظاهر فى الوجوب.

٤-السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: «ان رجلا نزل بأمر المؤمنين عليه السلام فمكث عنده أياما ثم تقدم إليه فى خصومه لم يذكرها لأمر المؤمنين عليه السلام فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم.

قال: تحول عنا فان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى أن يضاف الخصم الا و معه خصمه» (١).

فان الاستفادة منه لزوم ترك كل أمر ينتزع منه الحب و الاختصاص و اللطف لأحد الخصمين دون الآخر.

٥-عن عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا تقدمت مع خصم الى وال أو الى قاض فكن عن يمينه. يعنى عن يمين الخصم» (٢) أى كن الى جنبه من طرف يمينه.

هذا، و قد اختار فى الجواهر تبعا لجماعه استحباب التسوية، فقال-بعد أن أورد بعض هذه الاخبار و ذكر كلام صاحب الرياض فى اعتبار أسانيدھا و حجيه بعضها: «الا أنه لا يخفى عليك ما فيه من دعوى اعتبار أسانيدھا و حجيه بعضها، لانه مبنى على أنه ان كان فى السند أحد من أصحاب الإجماع لم تقدر جهاله الراوى بل و فسقه، و التحقيق خلافه. و حينئذ فقطع الأصول المعظمه بمثل هذه النصوص المنساق منها اراده ضرب من النذب و الكراهه كما

ص: ٢٥٧

١-١) وسائل الشيعه: ١٨-١٥٧ بالإسناد المتقدم.

٢-٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٥٩. و هو خبر صحيح.

سمعت الفتوى بها في إضافه أحد الخصمين مشكل، خصوصا مع ظهور خبر سلمه في إرادته بيان الآداب في أحوال القاضى لا خصوص المتخاصمين الذى هو محل البحث، و صعوبه المساواه الحقيقه». .

أقول: المراد من التسويه هى التسويه العرفيه لا الحقيقه، و حيث أن القول بالوجوب قد حكى عليه الشهره المطلقه بين الأصحاب و هى الجابره لضعف بعض هذه النصوص مع تصحيح بعضها الآخر بوقوع أحد أصحاب الإجماع فى سنده فالأظهر هو الوجوب، و مع التنزل فلا يترك الاحتياط.

و بما ذكرنا يندفع ما قاله بعض المعاصرين من أن إيجاب التسويه يورث الوحشه فى الحاكم و يوقعه فى الحرج (١).

هذا، و الظاهر أن ذكر تلك الأمور فى هذه الروايات هو من باب التمثيل فلا مانع من التعدى منها الى غيرها، بل ان الاستفادة من قوله عليه السلام «حتى لا- يطمع قريبيك فى حيفك و لا ييأس عدوك من عدلك» هو لزوم ترك كل أمر يورث طمع القريب فى حيفه و يأس البعيد من عدله.

الوظيفه الثانيه

(ترك تلقين أحد الخصمين)

قال المحقق: «لا يجوز أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر

ص: ٢٥٨

١-١) جامع المدارك: ٦-٢٠.

على خصمه، ولا أن يهديه لوجه الحجاج» .

أقول: ذكروا أنه لا يجوز للحاكم أن يلحق أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه، فمثلا قد يطرح المدعى دعواه بحيث يحتاج إلى إقامه البينه عليها، فيلقنه طرحها على النحو الذى لا يحتاج إليها، أو أن يقول المنكر للمدعى «أعطيتك طلبك» فيكون مدعىا يحتاج إلى البينه على إعطائه الطلب، فيلقنه الحاكم أن يقول «لا- تطلبنى» فيكون منكرا لا- يحتاج إلى إقامه البينه، وقد ذكر المحقق الدليل على ذلك بقوله: «لان ذلك يفتح باب المنازعه و قد نصب لسدها» .

أقول: و لكن هذا لا- يكون دليلا- لعدم جواز التلقين فى جميع الموارد، بل التلقين قد يؤدي الى سرعه حل النزاع و سد باب المخاصمه فى بعض الموارد فالدليل أخص من المدعى. هذا أولا.

و ثانيا: فتح باب المخاصمه فيما إذا ساعد على ظهور الحق و واقع القضييه غير محرم، فالصحيح عدم الحرمة (١) إلا إذا استلزم التلقين

ص: ٢٥٩

ضرراً أو كان منافياً للتسوية بناءً على وجوبها، ولم أجد في النصوص ما يقتضى حرمة التلقين بخصوصه.

هذا، ولا مانع من الاستفسار، بأن يسأله عن الخصوصيات لغرض العثور على الحق ووضوح الحكم إلا إذا استلزم ضرراً أو خالف التسوية كذلك.

الوظيفة الثالثة

(أمر الخصمين بالتكلم)

قال المحقق «فده»: «إذا سكت الخصمان استحب أن يقول

ص: ٢٤٠

لهما: تكلم أو ليتكلم المدعى، و لو أحس منهما باحتشامه أمر من يقول ذلك» .

أقول: لم أجد نصا يقتضى استحبابه، و الظاهر أنه أمر أخلاقي مستحسن عقلا (١)).

قال: «و يكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لما يتضمن من إيحاش الآخر» .

أقول: هذا لأنه ينافى التسوية، لكن بناء على وجوبها يكون مواجهه أحدهما بالخطاب دون الآخر غير جائز لا مكروها (٢)،

اللهم

ص: ٢٤١

الا إذا كان ذلك بحيث لا ينافي التسويه مثل ما إذا كان أحدهما حاضرا قبل الآخر و هو لا يعلم بكونهما خصمين.

الوظيفة الرابعة

(ترغيب الخصمين فى الصلح)

قال المحقق: «إذا ترفع الخصمان و كان الحكم واضحا لزمه القضاء، و يستحب ترغيبهما فى الصلح.» .

أقول: فى صوره وضوح الحكم يلزمه القضاء و لا سيما مع المطالبه به.

و الترغيب فى الصلح حينئذ معناه أن يتراضيا-بترغيب من القاضى-بعدم صدور الحكم و بفصل الخصومه بالمصالحه (١)) ، لكن المحقق رحمه الله يقول فى الوظيفة السابعه-كما سيأتى:- «و يكره للحاكم أن يشفع فى إسقاط حق أو إبطال» ، الا أن يجمع بين كلاميه بأن ترغيبهما فى الصلح هو قبل الحكم و فى صوره جهلهما

ص: ٢٦٢

به، و أما بعد ما حكم و علم به يكره أن يشفع في إسقاط حق أو إبطال.

بل يجب على القاضى ذلك في موارد، و من الموارد التى على القاضى الترغيب فى المصالحة فيها هو فيما إذا نصب قاض للقضاء بين الناس و هو يعلم بعدم عداله نفسه، فإنه لا يجوز له الحكم فى هذه الحال، بل عليه ترغيب المتخاصمين فى المصالحة أو حل النزاع بينهما بنقل الفتوى أو نحو ذلك من الطرق، ثم إرجاع النظر فى القضييه و الحكم فيها الى الحاكم الجامع للشرائط ان لم يتوافقا على الصلح.

هذا و أما مع عدم وضوح الحكم فلا- يجوز التعجيل فى الحكم بل يستحب إحضار العلماء و الفضلاء فى مجلس الحكم و التشاور معهم حتى يقل الاشتباه و الخطأ مهما أمكن.

الوظيفة الخامسة

(رعايه العدالة فى ورود الخصوم عليه)

قال المحقق «قده»: «إذا ورد الخصوم مترتين بدأ بالأول فالأول، فإن وردوا جميعا قيل: يقرع بينهم، و قيل: يكتب أسماء المدعين و لا يحتاج الى ذكر الخصوم، و قيل: يذكرهم أيضا لتنحصر الحكومه معه و ليس معتمدا، و يجعلها تحت ساتر و يخرج رقعته رقعته ثم يستدعى صاحبها، و قيل: انما يكتب أسماءهم مع

ص: ٢٤٣

تعسر القرعه بالكثرة» .

أقول: اذن فى المسأله أقوال متعدده، لكن المشهور- كما عن المسالك- هو القول الأخير (١) .

الوظيفة السادسة

(عدم سماع دعوى المدعى عليه حين إقامة المدعى دعواه)

قال المحقق: «إذا قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم يسمع حتى يجيب عن الدعوى و تنتهى الحكومه ثم يستأنف هو» .

أقول: إذا أقام أحد المتداعيين دعواه كان وظيفه القاضى الاستماع لها، فلو تكلم الآخر فى خلال دعواه لم يسمع كلامه، ثم عند ما تنتهى دعواه يسكت هذا و يبدأ ذاك، و ذلك لاحقيه السابق فى الحقوق المشتركة مطلقاً، أى سواء فى القضاء أو الفتوى أو الدرس، فان الأسبق أحق، و كذا الأمر فى الأموال المشتركة فمن سبق الى مكان مشترك فهو أحق به.

و هل لو خالف الحاكم ذلك ضمن-بالإضافه إلى المخالفه للوظيفه الشرعيه-؟ فيه تردد.

و لو أسقط السابق حقه سقط.

و هذا المعنى لا يختص بمورد الخصومه، فلقد كان من سيره

ص: ٢٤٤

النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه إذا كلمه أحد لا يستمع الى كلام غيره حتى يتم الكلام مع الأول الا ياذنه.

الوظيفة السابعه

(استماع دعوى الذى على يمين صاحبه)

قال المحقق: «إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى و لو ابتدرا بالدعوى سمع من الذى على يمين صاحبه» .

أقول: لا ريب فى أولويه من بدر من الخصمين بالدعوى بإيراد دعواه، و لو ابتدرا معا ذكروا: أنه يسمع الحاكم من الذى على يمين صاحبه (مع أنهم قالوا فى مسأله ورودهما معا عليه بالقرعه) ، و قد استندوا فى ذلك الى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: «قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يقدم صاحب اليمين فى المجلس بالكلام» (١). و يؤيده صحيحه عبد الله بن سنان المتقدمه سابقا: «إذا تقدمت مع خصم الى وال أو الى قاض فكن عن يمينه-يعنى: عن يمين الخصم» (٢) بناء على عود الضمير الى الخصم.

و عن الشيخ فى المبسوط نسبه إلى روايه أصحابنا، ثم ذكر الأقوال فى المسأله ثم قال: «و بعد ما روينا القرعه أولى» ، و عن

ص: ٢٤٥

١-١) وسائل الشيعه: ١٨-١٦٠.

٢-٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٥٩.

الخلاف قوه القول بالقرعه، قال: «لانه مذهبنا فى كل أمر مجهول» .

قلت: القول بتقديم الحاكم من شاء منهم-بعد الروايه- هو الأولى، لأنه بناء على كون الاستماع وظيفه شرعيه فحيث لا يمكنه الاستماع لهما معا للتزاحم كان الحكم هو التخيير عقلا، و معه لا جهاله حتى يرجع الى القرعه. لكن المتعين هو العمل طبق النص الموجود فى المقام.

قال: «و لو اتفق مسافر و حاضر فهما سواء ما لم يستضر أحدهما فيقدم دفعا للضرر» .

أقول: لكن هذا فى صورته حل النزاع بذلك، و أما لو توقف على الاستماع منهما فلا أثر لتقديم المسافر سواء كانا متداعيين أو لا و العجب من الشراح كيف لم يلتفتوا الى هذه النكته. نعم هذا الفرع يفيد فى صورته تعدد الدعوى، فإنه إذا استضر أحد طرفى إحداهما قدمت تلك الدعوى دفعا للضرر.

قال المحقق: «و يكره للحاكم أن يشفع فى إسقاط حق أو إبطال» .

أقول: قد ذكرنا طريق الجمع بين هذه العبارة و عبارته السابقه فى الوظيفه الرابعه.

المسألة الأولى

(هل تسمع الدعوى المجهوله؟)

قال المحقق «قده»: «قال الشيخ: لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهوله، مثل أن يدعى فرسا أو ثوبا، و يقبل الإقرار المجهول و يلزم تفسيره، و فى الأول إشكال» (١).

ص: ٢٦٧

أقول: وجه الاشكال عدم الفرق بين الدعوى و الإقرار فى ذلك و قد استدل القائلون بالفرق بعدم الفائدة من الدعوى إذا كانت مجهولة. و أورد عليه بأن الإقرار كذلك، فإن الزم بالتفسير فليزم المدعى بتفسير دعواه المجهولة. و ذكر بعضهم فى وجه الفرق: ان أثر الإقرار ثبوت حق للمقر له و لو إجمالاً- عند الحاكم فلو لم يسمعه لضاع هذا الحق، فعليه أن يسمعه حتى يمكنه إلزامه بالتفسير فإذا لم يسمعه لم يفسر، بخلاف المدعى للدعوى المجهولة فإنه إذا لم يرتب الحاكم أثراً على دعواه المجهولة اضطر بنفسه الى التفسير، لأنه يدعى حقاً لنفسه عند المدعى عليه. و أشكل عليه بأن مجرد هذا

لا يكفي لدفع الإيراد بأن وظيفه الحاكم هو الحكم و هذا متوقف على استماعه بلا فرق بين الدعوى و الإقرار.

و يمكن أن يقال: بأن الفرق هو أنه بالإقرار يقطع الحاكم بالحق فيحكم به و يلزم المقر بالتفسير، و أما فى الدعوى المجهوله فإن أصل الحق مشكوك فيه، و حيثئذ فليس على الحاكم إلزامه بالتفسير فان شاء المدعى أن يفسر فهو. و لكنه أيضا لا يكون جوابا، فان القضاء واجب على الحاكم، سواء فى المورد المقطوع بها و المشكوك فيها.

و قال صاحب الجواهر بعد ذكر الوجوه المذكوره و الاشكال فيها: «فالتحقيق أن يقال: لا ريب فى عدم سماع الدعوى المجهوله من كل وجه التى من أفرادها ما لا يقبل الدعوى. أما المجهوله التى كليها يوجب غرامه بأى فرد يفرض تشخيصه فلا مانع من قبولها وفاقا لأكثر المتأخرين أو جميعهم الا النادر.» أقول: ذكر هذا الشيخ فى المبسوط، و لعل وجهه دعوى انصراف الإطلاقات الواردة فى القضاء عن المورد الذى لا يفسر فيه المدعى دعواه. و هنا تاره عند ما يطالب بالتفسير بترك الدعوى و يرفع اليد عنها فلا كلام. و أخرى يدعى النسيان لخصوصيات مورد الدعوى فيطالب المدعى الحاكم بالسؤال من المدعى عليه فيقول «أسألوه فان لم يقر فلا دعوى»، فهنا الظاهر وجوب السؤال من المدعى عليه. فدعوى الانصراف فى الشق الأول صحيحه دون الثانى.

ثم قال الشيخ: «هذا كله ما لم يكن وصيه فأما ان كانت وصيه

سمع الدعوى فيها» .

أقول: لما تقرر فى كتاب الوصيه من أنه يصح الوصيه بالمجهول و قد بحثوا هناك عن مقدار ما إذا أوصى ب «شئ» أو «شئ» كثير» أو «جزء من المال» و نحو ذلك، حيث يدل ذلك على صحه الوصيه بالمجهول.

قال الشيخ «قده»: «و الفصل بينها و بين سائر الحقوق. ان تمليك المجهول بها يصح فصح أن تدعى وصيه، و ليس كذلك غيرها لان تمليك المجهول به لا يصح» .

أقول: لا- ريب فى جواز تملك المال المجهول كما و كيفاً، و هل يجوز تمليكه؟ نعم يجوز تمليكه هبه كأن يعطيه صندوقاً قائلاً له: وهبتك الصندوق بما فيه، أو وصيه، فان ادعى تمليك شئ مجهول لا بالوصيه و الهبه و الصلح لم تسمع دعواه لعدم جواز تمليك المجهول بغير هذه الأمور.

و حيث أن الإقرار بالمجهول مسموع فهل دعوى الإقرار كذلك مسموعه أيضاً؟ قيل: نعم لوجود الفائدة، و فى الجواهر عن الدروس فيه وجهان، و ذكر لعدم عدم إيجاب هذا الإقرار حقاً لأن الإقرار لا يثبت المقر فيه، و أجاب عنه فى الجواهر: بأنه لما ثبت إقراره بالدعوى أثبت الإقرار المقر فيه، و لا فرق فى ترتب الفائدة و وجودها بين كونه مع الواسطه أو بدونها، فالصحيح أنه بناء على الاستماع لا فرق.

ص: ٢٧٠

(هل يشترط الجزم فى الدعوى؟)

قال الشيخ «قده»: «فان كانت أثمانا فلا بد من ثلاثه أشياء يكون بها معلومه و هو: أن يذكر القدر و الجنس و النوع. فان كان هناك خلاف فى صحاح أو مكسره فلا بد من أن يقول: صحاحا أو مكسره، لأن التفاوت كثير فى كل هذا. قالوا: أ ليس لو باع ثوبا بألف مطلقا انصرف الى نقد البلد؟ هلا قلتم يسمع الدعوى مطلقا و ينصرف الى نقد البلد؟ قلنا: الفصل بينهما أن الدعوى اخبار عما كان واجبا عليه و ذلك يختلف فى وقت و جوبه باختلاف الازمان و البلدان، فلهذا لم يسمع منه الا محرره، و ليس كذلك الشراء لأنه إيجاب فى الحال، فلهذا انصرف الى نقد البلد كقيم المتلفات، فوزان الدعوى من الشراء أن يكون فى البلد نقود مختلفه فحينئذ لا يصح أن يطلق الثمن و لا بد أن يكون موصوفا. هذا إذا كانت أثمانا.

فأما ان كانت من غير الأثمان لم يخل من أحد أمرين: اما أن يكون عينا قائمه أو تالفه، فإن كانت عينا قائمه نظرت فان كانت مما يمكن ضبطها بالصفات كالحبوب و الثياب ضبطها و طالب بها، و ان ذكر قيمه كان تأكيدا. و ان لم يذكرها جاز لان الاعتماد على ضبط الصفات. و ان كانت العين مما لا يمكن ضبط صفاتها كالجواهر

و نحوها ذكر قيمتها. و أما ان كانت تالفه نظرت فان كان لها مثل كالحبوب و الادهان و الاقطان و صفها و طالب بها لأنها يضمن بالمثل، و ان لم يكن لها مثل كالعييد و الثياب فلا بد من ذكر قيمه» .

قال المحقق: «و فى الكل الإشكال ينشأ من مساواه الدعوى بالإقرار» .

ثم قال «قده»: «و لا بد من إيراد الدعوى بصيغته الجزم» .

أقول: فسر صاحب الجواهر «قده» كلام المحقق بقوله:

«التي يستدل بها على جزم المدعى بما يدعيه كما عن الكافي و الغنيه و الكيدرى و ظاهر الوسيله بل فى الكفايه نسبته إلى الشهره» و علل قول المحقق: «فلو قال أظن أو أتوهم لم تسمع» بقوله: «لان من لوازم الدعوى الصحيحه إمكان رد اليمين على المدعى و هو منتف، و للقضاء بالنكول فيها مع يمين المدعى أو عدمه و هو منتف هنا أيضا» أى: لا فرق بين النكول و الرد، و حيث أن كلا منهما منتف هنا يظهر أن هذه الدعوى ليست صحيحه. هذا توجيه منه لكلام المحقق.

قال فى الجواهر: «و لعدم صدق الدعوى عليه عرفا» أى:

لأن الدعوى هو الاخبار عن جزم.

قال المحقق «قده»: «و كان بعض من عاصرناه يسمعها فى التهمه و يحلف المنكر. و هو بعيد عن شبه الدعوى» .

أقول: مراده هو الشيخ نجيب الدين محمد بن نما الحللى، و فى الجواهر عن بعضهم التفصيل بأنها تسمع فى مثل القتل و السرقة

و نحوهما من الأمور التي يعسر الاطلاع عليها و لا يمكن الجزم فيها بسرعه و لا تسمع في غيرها، و عن الإيضاح: أنه قوى عدم اشتراط الجزم، لكن عن الرياض الجواب عنه بأنه لم يقل به أحد من الأصحاب، بل انهم بين قولين: اعتبار الجزم و الاكتفاء بالتهمة في مقامها.

و قال في المسالك: نبه بقوله إيراد الدعوى بصيغه الجزم على أن المعتبر من الجزم عنده ما كان في اللفظ، بأن يجعل الصيغه جازمه دون أن يقول: أظن أو أتوهم كذا، سواء انضم الى جزمه بالصيغه جزمه بالقلب و اعتقاده لاستحقاق الحق أم لا، و الأمر كذلك فان المدعى لا يشترط جزمه في نفس الأمر، لأنه إذا كان للمدعى بينه يشهد له بحق و هو لا يعلم به فله أن يدعيه به عليه و ان لم يعلم سببه في نفس الأمر ما هو.

أقول: كأن ثاني الشهيدين «قده» يريد أن قول المحقق «قده»:

«بصيغه الجزم» و عدم قوله بالجزم القلبي هو لأجل وجوب السماع في هاتين الصورتين و ان لم يكن يقين قلبي، كما تجوز الشهاده بالحق استنادا إلى الإقرار و ان لم يكن يقين قلبي، و كذا المجتهد يخبر عن حكم الله تعالى و يفتي به تاره عن علم و أخرى بالاستناد إلى اماره و ان لم يجزم بذلك الحكم.

لكن الظاهر من الجواهر استظهار أنه لما كان يمكن دعوى الجزم في الموردين و يجب سماعها و ان لم يكن عن يقين، فإنه إذن يمكن دعوى الجزم في كل مورد.

أقول: ان كانت استفاده صاحب الجواهر من كلام المحقق صحيحه ورد عليه اشكاله بأن إظهار الجزم بالصيغه مع عدمه فى القلب كذب و تدليس، و لكن استفاده هذا المعنى منه غير تامه، بل الحق ما ذكره صاحب المسالك، و هو الظاهر من قول المحقق «بصيغه الجزم» .

و هل الجزم شرط للسمع؟ قال به جماعه بل قيل انه المشهور، لان من لوازم الدعوى هو الحلف عند رد اليمين، و لان الدعوى لا تصدق مع عدمه. و قال فى الجواهر: و التحقيق احاله الأمر إلى العرف، و فى مورد التهمه تصدق الدعوى، و لو سلم عدمه يصدق التشاجر و التخاصم، و مع صدق الدعوى شملتها عمومات و جوب الحكم، ثم استشهد رحمه الله بالأخبار الوارده فى تهمه القصار و نحو ذلك ((١)).

ص: ٢٧٤

و أما استدلال صاحب الرياض عليه بأن الدعوى توجب التسلط على الغير بالإلزام بالإقرار أو بالإنكار أو التبريم و هو ضرر عليه منفي، ففيه أنه قد يوجب عدم سماعها الضرر على المدعى.

و أما لزوم رد اليمين فان ذلك غير لازم في موارد كثيره و عن المحقق العراقي «قده» الاستدلال بالأخبار الواردة في القصار و الصباغ لجواز الدعوى المجهوله التي قامت الاماره على تهمه المدعى عليه، فان تم هذا الحمل بالنسبه إلى تلك الأخبار فإن التمسك بالعمومات لا مانع منه، و لو شك في تخصيصها فالأصل عدمه (١).

أحلفته» (٣) خبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضا: «لا- يضمن الصائغ و لا- القصار و لا الحائك الا أن يكونوا متهمين فيخوف بالبينه و يستحلف لعله يستخرج منه شيئا» و هذه الاخبار و نحوها تجدها في الباب (٢٩) من أبواب كتاب الإجاره من وسائل الشيعة: ١٣-٢٧١. ثم انه أجاب عن الاستدلال بهذه الاخبار بنحو ما سينقله السيد الأستاذ دام بقاءه عن المحقق العراقي.

ص: ٢٧٥

و فى المسند: إذا كانت الدعوى بحيث لا- يترتب عليها فائده فلا تسمع، مثل أن يعلم من قبل انه لن يقر و لا يحلف و لا يرد اليمين- بناء على عدم الحكم بمجرد النكول-فلا تسمع هذه الدعوى، بخلاف ما إذا علم بترتب فائده عليها.

ص: ٢٧٤

(فى حكم مطالبه المدعى عليه بالجواب)

قال المحقق «قده»: «إذا تمت الدعوى هل يطالب المدعى عليه بالجواب أو يتوقف ذلك على التماس المدعى؟ فيه تردد، و الوجه أنه يتوقف لانه حق له فيقف على المطالبه» .

أقول: إذا حرر المدعى دعواه و المدعى عليه حاضر فهل على الحاكم أن يطالب بالجواب من المدعى عليه أو لا يطالبه به الا بعد التماس المدعى ذلك؟ لا إشكال فى جواز مطالبه الحاكم الجواب من المدعى عليه و ان لم يلتمس منه المدعى ذلك، إلا إذا رفع المدعى اليد عن حقه، فلا- موضوع لمطالبه الحاكم الجواب من المدعى عليه، فان لم يسقط حقه و لكن لم يلتمس من الحاكم المطالبه بالجواب فلا يجب كذلك، فان التمس وجب على الحاكم ذلك عند الأكثر لأن ذلك مقدمه للقضاء الواجب فيجب. و يمكن الخدشه فى ذلك بأنه ليس القضاء موقوفا على جواب المدعى عليه فى كل مورد بل للحاكم أن يطالب بإقامه البينه من المدعى فان أقامها حكم. هذا أولا- و ثانيا: لو فرض توقف الحكم عليه و أنه قد يقر بالحق فلا حازه الى البينه، فما الدليل على وجوب تحصيل موضوع القضاء و مقدمته على الحاكم؟ و فى المبسوط ذكر فى المسأله قولين، ثانيهما: عدم التوقف،

قال: ان نفس طرح الدعوى عند الحاكم مطالبه بالجواب. وقد نقله صاحب الجواهر عن المسالك و قال: ان هذا لا ينفى التوقف، و استدل في الجواهر لعدم التوقف بأمرين: أحدهما: الأصل، و الثاني: كون ذلك حقا للحاكم المنصوب لقطع الخصومات.

أقول: هل للحاكم في مقام الدعوى حق على المترافعين مجعول شرعا، فيكون ذا حق على المدعى عليه ليطالبه بالجواب على دعوى المدعى؟ ان هذا مشكل، و لعل مراده من الحق هو الولاية و السلطه على المترافعين لفصل الخصومه. و هذا صحيح لكن موضوع وجوب القضاء هو مطالبه المدعى بذلك، فان لم يطالب فهل يجب ذلك على الحاكم من باب الولاية؟ لا- وجه للوجوب، نعم له ذلك لغرض فصل الخصومه و حسم النزاع.

و أما الأصل: فإن مقتضاه عدم حرمه مطالبه المدعى عليه بالجواب، اللهم الا- أن يريد من الأصل ان مقتضى الإطلاقات و العمومات وجوب القضاء بعد مطالبه المدعى عليه بالجواب، و مع الشك في شرطيه التماس المدعى من الحاكم مطالبته به فالأصل عدمها، و يكون مرجع ذلك الى تخصيص أدله وجوب القضاء و الأصل عدمه.

و كيف كان فإنه يبقى عليه أنه ان أسقط المدعى حقه فلا خصومه حتى ترفع، و الا فان لم يطالب بالجواب فعلا فلا وجه لذلك بالنسبه إلى الحاكم و ان قلنا بإطلاق أدله القضاء، فيبقى صوره التماس المدعى. و هنا يمكن أن يقال بأن أدله القضاء لا تشمل هذه الصورة

بأن يحكم بعد قيام البينه و لا يطالب المدعى عليه بشيء، فان قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» و نحوه منصرف عن مثله، لا سيما و ان المتعارف من القضاء كونه كذلك، فإن القضاء كانوا يسألون المدعى عليه عن رأيه فى دعوى المدعى.

المسأله الرابعه

(فى حكم الدعوى على القاضى)

قال المحقق: «لو ادعى أحد الرعيه على القاضى، فإن كان هناك امام رافعه اليه و ان لم يكن و كان فى غير ولايته رافعه إلى قاضى تلك الولاية، و ان كان فى ولايته رافعه الى خليفته» .

أقول: ان كان النزاع فى زمن حضور الإمام فإنه يرجع اليه، و ان كان فى زمن الغيبه و كان النزاع مع حاكم فإنه يحضر عند حاكم آخر فى عرضه فى ولايته فان لم يكن فى الولاية ففى غيرها و ان كان ذاك الحاكم منصوبا من قبل هذا الحاكم المخاصم.

و الدليل على سماع هذه الدعوى إطلاقات أدله القضاء.

المسأله الخامسه

(فى استحباب جلوس الخصمين بين يدى الحاكم)

قال المحقق «فده»: «يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدى

الحاكم، و لو قاما بين يديه كان جائزا» .

أقول: قال في مفتاح الكرامه: لما روى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قضى أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي.
وقول على عليه السلام فيما تقدم: «لو لا أنه ذمى لجلست معه بين يديك» وأصل البراءه وأصل الإباحه مع ضعف السند وعدم وضوح الدلاله على الوجوب شواهد على الاستحباب. ولعل السر أنه أقرب للتسويه والخطاب معهما أسهل وأمرهما أوضح.

ص: ٢٨٠

إشارة

(في جواب المدعى عليه)

قال المحقق «قده»: «في جواب المدعى عليه، وهو إما إقرار أو إنكار أو سكوت» .

أقول: جواب المدعى عليه للدعوى التي يقيمها المدعى له صور، وقد أضاف بعض الأصحاب إلى ما ذكر المحقق صورته رابعة وهي أن يقول في الجواب: لا ادري (١)، و أضاف آخر صورته خامسة

ص: ٢٨١

و هي: أن يصرف الدعوى عن نفسه و يوجهها الى غيره كأن يقول في الجواب: لست أنا طرف الدعوى بل هو فلان.

١-الإقرار و جملة من أحكامه:

إشاره

قال: «أما الإقرار فيلزم إذا كان جائز التصرف» .

أقول: إذا أقر المدعى عليه و كان إقراره مطابقا لاعتقاده كان المؤثر هو الاعتقاد، لأنه إذا علم بأن الشيء المترافع فيه لزيد و جب عليه رده اليه عند مطالبته به سواء أقر بذلك بلسانه أو لم يقر، و حيث كان إقراره جامعا لشرائط الحجية المذكوره في محلها فإنه يلزم بما أقر به و العمل على طبقته، و لكن هل هذا الإقرار الحجج يتوقف ترتيب الأثر عليه على حكم الحاكم أو أنه بعد تماميه حجيته يترتب عليه الأثر من قبل المدعى بلا- توقف على الحكم، و لسائر الناس إلزامه من باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر كما هو الحال في الإقرار الجامع لشرائط الحجية الذي يترتب عليه الأثر مع عدم المرافعه و التحاكم الى الحاكم بلا خلاف؟ .

ص: ٢٨٢

لا إشكال في أن فصل الخصومه من آثار الحكم، فمع الحكم لا تسمع دعواه لو عدل عن إقراره أو أنكره بعدئذ، و لو كان ذلك منه قبل الحكم لسمعت دعواه، فهذا الأثر يختص بالحكم، و أما غير هذا الأثر من الآثار فقد قال جماعة بأن الأحوط عدم ترتيبه حتى يحكم الحاكم، و وجه هذا الاحتياط هو أنه كما أن فصل الخصومه متوقف على الحكم فكذلك غيره من الآثار، إذ مع الحضور عند الحاكم و الترافع لديه يكون الأمر بيده و تتوقف الآثار كلها على حكمه، و ان قامت الحجج بعد الإقرار للمدعى على أخذ ما يدعيه، فلا يبعد أن يكون هذا وجه الاحتياط و ان كان مقتضى إطلاقات الأدله هو الأخذ بالحججه و به قال جماعة.

و يدل على حججه الإقرار بناء العقلاء و سيرتهم على الأخذ به سواء حكم الحاكم أو لا، و قد أمضى الشارع هذه السيره بقوله:

«إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١))، فالإقرار حجه و ان لم يحكم الحاكم، نعم يحتمل أن يكون للحكم موضوعيه في مورد النزاع، فالأحوط أن ترتب الآثار بعده.

ثم هل البينه كالإقرار أو أن حجيتها متوقفه على الحكم؟ قال غير واحد من الأصحاب-بل قيل: انه المشهور-بالفرق بين

الأمرين (١). و أن الإقرار حجه و تترتب عليه الآثار-عدا ما يختص منها بالحكم-بخلاف البينه فلا يترتب عليها أثر مطلقا، فلا يجوز له التصرف فى المال ما لم يحكم الحاكم، فالبينه حجه بعد الحكم فى مقام المرافعه إلى الحاكم، و أما مع عدم الترافع اليه و قيامها فهى حجه و الأثر مترتب عليها.

و قيل: لا فرق بين الإقرار و البينه، فكما أن الإقرار حجه و للمقر له التصرف فى المال و ترتيب الأثر و كذا لغيره باذنه، فكذلك البينه بعد قيامها. نعم يتوقف قطع النزاع على حكم الحاكم و يكون أثره عدم سماع الدعوى بعد ذلك، فان كانت حجه البينه متوقفه فى مقام التخاصم على حكم الحاكم فكذلك الإقرار من دون فرق بينهما.

ثم هل الإقرار تتقدر حجيته بمقدار ضرر المقر أو أنه كالبينه فى الطريقه إلى إثبات حق المقر له؟ مثلا: إذا أقر بأن لزيد على ذمته كذا من الدراهم يكون إقراره حجه، و أما إذا أقر بالنسبه إلى عين خارجيه بأنها لزيد فهل يفيد عدم كونها له فقط أو يفيد مع ذلك كون

العين لزيد أيضا فيكون الإقرار طريقا إلى مالكيه زيد لتلك العين كالبينه؟ وجهان.

قد يقال بالأول لأن ذلك حد دليل حجيه الإقرار و هو «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» ، و أما كون الشيء لزيد بالخصوص فلا يقتضيه بل يحتاج الى دليل آخر، بخلاف البينه فإن مفاد دليل حجيتها و هو: «انما أقتضى بينكم بالبينات و الايمان» كون الشيء لمن أقامها فضلا عن دلالة على عدم كونه للمنكر.

أقول: و الوجه الثاني غير بعيد، فإنه لما يقر بكون الشيء لزيد يلزم بما أقر به-خصوصا بعد حكم الحاكم-و كون الشيء لزيد هو من مصاديق ضرر المقر كذلك، فلا- فرق بين البينه و الإقرار من هذه الجهة، و انما ينشأ الإشكال فيما ذكرنا بناء على القول بانحلال الإقرار إلى أمرين: «أحدهما» عدم كون المقر فيه للمقر، و «الأخر» كونه للمقر له، فيقال بكونه حجه في الأول فقط-و هو عدم الملكيه-لأنه مقدار الضرر. و لكن لا وجه لهذا المعنى، بل ان نفس ملكيه زيد للشيء المقر فيه من مصاديق الضرر فيشملة «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» .

و كذلك لا فرق بين الإقرار و البينه في سماع دعوى ثالث لذلك الشيء الذى تنازعا فيه، لان حكم الحاكم يفصل الخصومه بين المترافعين فلا تسمع دعوى أحدهما بعد صدور الحكم من الحاكم فى ذلك النزاع، أما بالنسبه إلى دعوى ثالث مالكيه ما أخذه المقر

له أو مقيم البينه فلا يقتضى الحكم عدم سماعها لأنها دعوى جديده يجب سماعها و النظر فيها بحسب الموازين الشرعيه.
و أما اليمين فليس لها حجيه شرعيه بالنسبه الى غير الحاكم، فليست كالبينه و الإقرار فى ترتب آثار الحجيه، بل ان الآثار كلها
تترتب عليها بالحكم (١)).

هل يحكم عليه من دون مسأله المدعى؟

قال المحقق «فده»: «و هل يحكم به عليه من دون مسأله المدعى؟ قيل: لا لانه حق له فلا يستوفى إلا بمسأله».

أقول: و هل يحكم الحاكم على المقر قبل مطالبه المقر له بالحكم؟ لا إشكال فى جواز الحكم مع مسأله المدعى، بل قد يجب
كما إذا توقف استيفاء الحق على حكمه، بل لا- يبعد الوجوب و ان لم يتوقف عليه، لان الحكم من شأن الحاكم و وظيفته بعد
الإقرار و المطالبه و أما الحكم من دون مطالبه المدعى ففيه قولان، فعن المبسوط:

ليس للحاكم الحكم قبل التماس المدعى، و ظاهره الحرمة قال:

لانه حق للمدعى فلا يستوفى إلا بمسأله، أى: فلا يجوز إصدار الحكم قبلها أو مع منعه. و لكن هذا التعليل غير تام، لان كونه

حقا لا ينافى أن لا يكون أداء هذا الحق موقوفا على اذنه أو مطالبته و لا يستلزم أن يكون حراما بدون ذلك، فالصحيح الرجوع الى الأدله أو الأصول، و حيث لا- دليل فى المسأله فإن الأصل مع الشك فى الحرمة هو عدم الحرمة، و مع الشك فى الوجوب فهو عدم الوجوب الا- أن يستفاد الوجوب من إطلاقات أدله الحكم و القضاء-فمقتضى الأصل هو جواز الحكم من دون مسأله المدعى هذا من الناحيه التكليفيه، و أما وضعا فالأصل مع الشك هو عدم نفوذ هذا الحكم لكن ظاهر مقبوله عمر بن حنظله «فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه.» هو الإطلاق، فليس الحكم مقيدا بالمطالبه و المسأله من المدعى.

هذا مع أن الحكم قد يكون حقا للمنكر كما إذا لم يقم المدعى البينه فيحلف المدعى عليه، فان الحكم حينئذ حق للمدعى عليه لا للمدعى. نعم يجوز لمن كان حقا له أن لا يطالب بحقه أو يسقطه ان كان قابلا له.

اذن يمكن القول بجواز الحكم مع عدم المطالبه، الا أن يقال بوجوبه حينئذ أيضا تمسكا بإطلاقات الايات و الروايات فيقال بأن الحكم وظيفه الحاكم بعد تماميه المقدمات سواء سئل بذلك أو لا، و أما مع المطالبه فالحكم واجب بلا كلام.

قال: «و صوره الحكم أن يقول: ألزمتك.» .

أقول: كل لفظ ظاهر فى الحكم صدر بقصد الإنشاء فهو الحكم و أما «ثبت عندي» و نحوه فليس صوره له لعدم ظهوره فيه.

و هل يتحقق الحكم بالفعل بقصد الإنشاء؟ قيل: نعم، و هو مشكل لعدم تحقق الحكم بالفعل عند أهل العرف، و شمول الإطلاقات له غير معلوم.

حكم كتابه الإقرار:

قال: «و لو التمس أن يكتب له بالإقرار لم يكتب حتى يعلم اسمه و نسبه.» .

أقول: و حيث حكم فهل يجب عليه كتابه الحكم مطلقا أو فى صورته الالتماس أو لا- يجب؟ قيل: يجب لأن الكتابه من تبعات الحكم و لواحقه فيجب كتابه الحكم حتى يبقى و لا- ينكر أو ينسى، و لأنه ان لم يكتب أضع حق المقر له، و قيل لا يجب لأن الذى يفصل الخصومه و يقطع النزاع هو الحكم، و أما الكتابه فهى من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر-لا- من آثار الحكم و لواحقه- و حيث كان من باب الأمر بالمعروف لغرض استيفاء الحق و إنقاذه فإن هذا الغرض يتحقق من طرق أخرى أيضا فلا تجب الكتابه.

و قيل: تحرم الكتابه لأنها قد تكون اعانه على الإثم كما إذا أخذ الشخص الكتابه إلى حاكم جور فكانت سبب الظلم لأحد أو ارتكاب محرم من قبل الحاكم الجائر فتكون اعانه على الإثم الصادر منه، و فصل بعضهم بأنه ان كان إحقاق حق المقر له متوقفا على الكتابه وجبت و الا فلا.

و بناء على وجوب الكتابه فلا يجوز له أخذ الأجره عليها بناء

على عدم جواز أخذ الأجره على الواجبات، و هو جائز له بناء على عدم وجوبها عليه، و حيث لا يجوز له أخذ الأجره فإنه لا يجوز له أخذ شيء في مقابل الدواه و القرطاس أيضا، فظهر أن الحكم هنا يتفرع على الحكم في الفرع السابق.

هذا، و لو قصر في تطبيق القواعد و الاحكام أو خالف في شيء منها فإنه لا أثر لحكمه حيث لا ينفوذ و ان كان حكمه حقا لقوله عليه السلام «. و رجل قضى بالحق و هو لا يعلم فهو في النار.» (١) إذ من الواضح أنه لا ينفذ حكم من كان من أهل النار، و لعل السر في ذلك أن الحكم له جهه تعبدية و يعتبر فيه قصد القربه و أن يكون على طبق الاحكام و القواعد المقرره لذلك من قبل الشارع، فان لم يكن كذلك أو كان بالمقدمات المحرمه لم ينفذ البتة، و عليه فلو حكم بالحق رياء أو طلبا لرضا أحد من المخلوقين لم ينفذ حكمه.

و يحتمل أن يكون السر في ذلك اشتراط نفوذ الحكم بكونه صادرا عن المقدمات الصحيحه و المشروعه، فمع انتفاء الشرط ينتفى المشروط.

و لو شك في كون إصدار الحكم واجبا تعبديا أو توصليا فإن الأصل في الواجبات هو التعبدية. و سيأتي مزيد تحقيق لهذه المسأله إنشاء الله تعالى.

هذا، و لو أجاب الحاكم المدعى بكتابه الإقرار و الحكم لم

ص: ٢٨٩

يكتب حتى يعلم اسمه و نسبه، أو يشهد على الاسم و النسب شاهدا عدل حتى يأمن الحاكم بذلك من التدليس بجعل الحكومه بالإقرار أو الشهاده به لغير من وقع، و قد اتفق حصول هذا التزوير فى زماننا من بعض المزوره، إذ حضر رجلان عند فقيه ورع-و هو مكفوف البصر-و ذكروا عنده أن فلانا حاضر عندكم يقر بأنه قد باع داره لفلان و نحن شهود على ذلك، فكتب الفقيه المذكور بذلك، ثم ظهر أنه كان تزويرا من الرجلين، و قد أدى الأمر إلى النزاع و الخصومه. إذن يشترط أن يكون الحاكم عارفا للشخص من حيث اسمه و نسبه و الا فيشترط شهاده شاهدين عادلين.

قال المحقق «قده»: «و لو شهد عليه بالحليه جاز و لم يفتقر إلى معرفه النسب.» .

أقول: و هل يغنى ذكر أوصافه و ملامحه الذاتيه عن ذكر الاسم و النسب قال المحقق: نعم، لكن فى الجواهر عن السرائر الإشكال فى كفايه ذلك، الا أن عبارته السرائر تدل على خلاف ما نسب إليها فى الجواهر فليراجع (١)). و كيف كان فما ذكره المحقق «قده» هو الأظهر لكن يجب ذكر الحليه بحيث يأمن معه من الاشتباه و التزوير.

و كيف كان فان امثـل المحكوم عليه حكم الحاكم فهو، و ان امتنع من أداء الحق أجبره الحاكم أو سائر الناس على الأداء من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و للغيرم أن يغـلظ له القول و يخاطبه بما يكرهه فى حدود الشرع، و لو لم يـفد ذلك كله حبسه الحاكم بالتماس الغيرم لقوله صلى الله عليه و آله و سلم- فى الخبر الضعيف المنجبر بعمل الأصحاب- «لى الواجد بالدين يحل عرضه و عقوبته ما لم يكن دينه فيما يكره الله عز و جل» (١) لكن العقوبه فيه مطلقه فالظاهر إناطتها بنظر الحاكم، الا أن فى جواز حبسه لذلك نص خاص، فى الموثق: عن أبى عبد الله عليه السلام «ان عليا عليه السلام كان يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ما له بينهم بالحصص (٢)» و فى هذا الحبس احتمالات، فيحتمل أن يكون عقوبه للمماطله السابقه منه، و أن يكون تحذيرا له عن المماطله فيما يستقبل، و أن يكون لغرض حمله على الاعتراف بما يملكه من الأموال، و يدل الخبر المذكور على أنه بعد الحبس يؤمر الغيرم أو لا- بأداء الحق بأن يقسم أمواله بين الغرماء بالحصص، فان أبى فعلى الامام ذلك بعد بيع ماله، و فى خبر السكونى: «ان عليا

ص: ٢٩٢

١- ١) وسائل الشيعة: ١٣-٩٠ عن مجالس ابن الشيخ.

٢- ٢) وسائل الشيعة: ١٣-١٤٧.

عليه السلام كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال أعطى الغرماء و ان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم ان شئتم و أجروه و ان شئتم استعملوه» (١).

بل عن الشيخين في المقنعه و التهذيب رسالا: «قال الصادق عليه السلام لقوم من أصحابه: انه قد حق لي أن آخذ البريء منكم بالسقيم، و كيف لا يحق لي و أنتم يبلغكم عن الرجل منكم القبيح فلا تنكرون عليه و لا تهجرونه و لا تؤذونه حتى يترك» فهذا يفيد جواز الإيذاء من باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، الا أنه لم يذكر حده في الروايات فيرجع ذلك الى نظر الحاكم.

فالحاصل: انه يلزم أن تكون أحكام القضاء و عقوباتهم مطابقه للأدله الشرعيه و الموازين المقرره الإلهيه، فما تداول في هذه الأيام من بعضهم من الحكم بالسجن و دفع كذا من المال في بعض الموارد حكم بل دليل، و كذا مصادره الأموال، فإنه لم يجعل الشارع هذه العقوبه على جرم في الشريعه المقدسه، و لو علم بوجود أموال مغصوبه في أموال أحد فاللازم استرداد ذلك المقدار فقط و دفعه الى صاحبه أو الى ورثته لا أن يجعل في صندوق المستضعفين أو يتصرف فيه الحاكم أو غيره تصرفات أخرى.

حكم ما لو ادعى الإعسار:

قال المحقق «قده»: «و لو ادعى الإعسار» .

ص: ٢٩٣

أقول: أى لو أقر بالحق ثم ادعى الإعسار، فإن استبان فقره و علم صدق دعواه أنظره لقوله تعالى «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ» (١) و للموثق الاتى ذكره و غيره.

قال: «و فى تسليمه الى غرمائه ليستعملوه أو يؤاجروه روايتان.» .

أقول: قال فى الجواهر: أشهرهما عملا- و أصحهما سندا أو أكثرهما عددا و أوفقهما بالأصل و الكتاب روايه الإنظار، يعنى الموثقه:

«ان عليا عليه السلام كان يحبس فى الدين، فإذا تبين له حاجه و إفلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا» (٢) و روايه السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام: «ان امرأه استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها و كان زوجها معسرا فأبى أن يحبسه و قال: ان مع العسر يسرا» (٣) و مراده من الأصل هو أنه مع الشك فى وجوب كونه أجيرا أو تسليم نفسه ليؤاجروه حتى يؤدى دينه فالأصل عدم الوجوب، و المراد من الكتاب الآيه الشريفه المذكوره آنفا.

و الروايه الأخرى ما رواه السكونى: «ان عليا عليه السلام كان يحبس فى الدين ثم ينظر فان كان له مال أعطى الغرماء و ان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم ان شئتم و أجروه و ان شئتم استعملوه.» .

ص: ٢٩٤

١-١) سورة البقره: ٢٨٠.

٢-٢) وسائل الشيعه: ١٣-١٤٨.

٣-٣) وسائل الشيعه: ١٣-١٤٨.

لكن الشيخ عمل فى النهايه بروايه السكونى، و عن ابن حمزه التفصيل بين ما إذا كان يتمكن من العمل فيستعمل، و ما إذا كان عاجزا.

عن العمل فينظر حتى حصول الميسره.

و قد رجح صاحب الجواهر الاولى على الثانيه لموافقته للكتاب، و قيل ان روايه السكونى غير مخالفه للكتاب حتى ترجح الاولى عليها لان المتمكن من العمل ليس معسرا، و بهذا المعنى صرح العلامة فى المختلف، و لذا لا يستحق الزكاه لأنه واجد للمال بالقوه.

أقول: ان كان لفظ «المعسر» ظاهرا فيمن ليس واجدا للمال فعلا سواء تمكن من تحصيله بسهولة أو لا وافقت الروايه الأولى لظاهر الكتاب، و ان كان ظاهرا فيمن ليس واجدا للمال و لو بالقوه لم توافقه، و الظاهر أن «المعسر» هو الذى ليس عنده مال و لا يمكنه تحصيله، لأن أكثر الناس يحصلون مؤنتهم عن طريق العمل و اجاره أنفسهم فى مختلف الصنائع و الحرف و الأشغال. لكن روايه السكونى تخالف الكتاب من جهه أخرى، و ذلك أنها تدل على تسليمه الى الغرماء و ليس فى الكتاب دلالة على ذلك.

و يحتمل أن تكون روايه السكونى موافقه للأصل، فإنه إذا كان مال المدين أقل من حقوق الغرماء أو مساويا لها منعه الحاكم عن التصرف فى ماله مع مطالبه الغرماء لحقوقهم، لان تصرفه فى ماله يوجب الضرر فى حقوق أولئك الا أن يأذنوا بذلك، فلو كان المدين ذا صنعه و حرفه لها ماله يبذل بإزائها المال و الغرماء يطالبون بحقوقهم

ص: ٢٩٥

كان على الحاكم أن يمنعه من العمل لنفسه و تسليمه الى الغرماء ليستعملوه حتى يستوفوا حقوقهم عن طريق استعماله و تشغيله- كما يمنعه و يحجره عن التصرف فى اعيان امواله-لأن المفروض ماله عمله، فتكون روايه السكونى غير مخالفه للأصل إذ الأصل وجوب حفظ حق الناس كيفما أمكن و المنع عن تضييعه و السعى وراء أدائه.

نعم لا- يجوز حمل المدين على عمل حرجى أو إجباره على تحصيل المال عن طريق غير متعارف كأن تؤمر الامراه بالتزوج لتأخذ المهر و تقضى الديون أو يؤمر الرجل بنخلع زوجته فيأخذ عوضه و نحو ذلك.

و بما ذكرنا يجمع بين الروايتين بأن من كان ذا صنعه و حرفه يستعمل و يحسب عمله عوضا عن ديونه نظير من عمل فى بناء المسجد مده و طلب من الفقيه أن يحسب عمله بدلا عن مبلغ معين من سهم الامام عليه السلام فى ذمته، و من لم يكن كذلك و لا يتمكن من عمل مشروع مطابق لشأنه فإنه ينظر حتى حصول الميسره.

هل يحبس حتى يتبين حاله؟

قال المحقق: «و هل يحبس حتى يتبين حاله؟ فيه تفصيل ذكر فى باب الفلس» .

أقول: لو أقر بالحق و ادعى الإعسار و جهل حاله ففى المسأله صور أربع

الصورة الاولى: ان يكون حالته السابقه الإعسار و الدائن يصدقه فى ذلك لكنه يدعى يساره الان و المدين يدعى بقاء حاله الإعسار.

الصورة الثانية: أن يقر بالدين و باليسار سابقا-أو وجود مال الدائن عنده ان كان أصل الدعوى مالا-لكن يدعى الإعسار الان فيقول له الدائن: أنت على يسارك السابق، أو أن مالى موجود عندك الاذن.

الصورة الثالثة: الجهل بحالته السابقه.

الصورة الرابعة: أن يكون سابقا معسرا تاره و واجدا أخرى.

و تفصيل الكلام فى الصورة الاولى: فى هذه الصورة يجب على الدائن الذى يدعى يسار المدين إقامه البينه على دعواه، لان قول مدعى الإعسار هو الموافق للأصل، فان أقام البينه حكم على المدين بدفع المال و أداء الحق و لا معنى للأنظار، و ان أبى حبس، و ان لم يقم البينه أحلف مدعى الإعسار فإن حلف أنظر، و ان رد اليمين على من يدعى اليسار أحلف، فان حلف حكم على المدين بأداء الحق فإن أدى فهو و الا حبس، و ان امتنع عن اليمين فليل:

انه مع رد اليمين على المدعى و نكوله يكون النكول سببا للحكم بضرره، لان النكول عن اليمين المردوده هو بمثابة يمين المدعى عليه، و قيل: النكول لا يوجب ذلك و تبقى الدعوى مجمله، و المرجع فى صوره إجمال الدعوى-فى غير مسألتنا-هو الأصول و القواعد،

أما فى هذه الصورة فى محل الكلام فالمرجع هو قوله تعالى:

«وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ» فإنها تدل على أن وجوب الانظار مشروط بكونه معسرا، أى ان للدائن مطالبه حقه من المدين إلا- فى حال كونه ذا عسره، فان أحرز الشرط ترتب حكم وجوب الانظار، و مع الشك فلا يحكم بوجوبه، فله المطالبه بحقه و أن يطلب من الحاكم حسبه ان امتنع عن أدائه.

و لو أقام مدعى الإعسار البينه على ذلك قال بعض الأصحاب بحجيه تلك البينه بناء على إطلاق قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

«إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان»، و قيل: لا تقبل منه البينه لأنه منكر لقوله عليه الصلاه و السلام: «البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر» (١) و سيأتى تحقيق المسأله فى محلها ان شاء الله تعالى، و على الأول فهل يحتاج الى ضم اليمين إلى البينه؟ قيل: لا، لأن البينه حجه تامه، و قيل: نعم، لأن البينه على النفى ليست بحجه فلا بد من ضم اليمين إليها.

٢- الإنكار و جملة من احكامه:

اشاره

قال المحقق: «و أما الإنكار فإذا قال «لا حق له على» فان كان المدعى يعلم أنه موضع المطالبه بالبينه فالحاكم بالخيار ان شاء قال للمدعى: أ لك بينه؟ و ان شاء سكت، أما إذا كان المدعى لا

ص: ٢٩٨

(١- ١) وسائل الشيعه: ١٨- ٢١٥ فى حديث فدك عن تفسير على ابن إبراهيم القمى.

يعلم أنه موضع المطالبة بالبينه وجب أن يقول الحاكم ذلك أو معناه، فان لم تكن له بينه عرفه الحاكم أن له اليمين، و لا يحلف المدعى عليه الا بعد سؤال المدعى لانه حق له فيتوقف استيفاؤه على المطالبه» .

أقول: حاصل ما ذكره قدس سره أنه ان طرح المدعى دعواه عند الحاكم و قال المدعى عليه: لا حق له على، فالمدعى اما لا يعلم بأن عليه إقامه البينه على ما يدعيه فحينئذ يطالبه الحاكم بإقامتها، و اما يعلم فلا يجب على الحاكم أن يطلب منه ذلك، فان لم يكن عنده بينه على دعواه أو لم يقيمها أعلمه الحاكم بأن له استحلاف المدعى عليه المنكر لدعواه، لان ترتب الأثر على يمين المدعى عليه مشروط باستحلافه إياه، فلو حلف بدون له ليرتب عليه أثر، و كذا لو استحلفه المدعى و لم يحلفه الحاكم، أو أحلفه الحاكم بدون استحلاف المدعى، فترتب الأثر على يمين المدعى عليه يتوقف على كلا الأمرين: استحلاف المدعى و إحلاف الحاكم إياه بعد ذلك بإذن المدعى.

و هل المراد من قوله: «و لا يحلف المدعى عليه الا بعد سؤال المدعى» و أن الحاكم لا يحلفه الا بعد اذنه هو الأثر التكليفي أو الوضعي؟ أما تكليفا فلا أثر لليمين الواقعة بدون أحد الأمرين لأنها حينئذ لغو، بل قد يقال بحرمتها للنهي عن ذلك في الكتاب حيث قال عز و جل «وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ» (١)، هذا بالنسبه

ص: ٢٩٩

الى المدعى عليه، و أما الحاكم فان قلنا بحرمة الحلف على المدعى عليه لما ذكرنا حرم على الحاكم إحلّافه لأنه يأمره بالمعصية حينئذ و أما وضعا فلا يترتب على هذه اليمين أثر، و هذا هو المراد من قول المحقق «قده» :

«و لو تبرع هو أو تبرع الحاكم بإحلّافه لم يعتد بتلك اليمين و أعادها الحاكم ان التمس المدعى» .

و لقد استدلووا لعدم تأثيره وضعا بأن إحلّاف المدعى عليه حق للمدعى، و ما لم يأذن صاحب الحق بذلك لم يكن للحاكم إحلّافه لتوقف استيفاء حق المدعى عليه مطالبته. و فيه تأمل: لأن مجرد كون ذلك حقا للمدعى لا يمنع من قيام الحاكم بوظيفته الشرعيه و هو فصل الخصومه بين المتنازعين بعد تحاكمهما إليه، فإنه بعد التحاكم اليه يجب عليه النظر فى القضيه بحسب الموازين الشرعيه لغرض قطع النزاع من بين المتخاصمين، فلا يمكن المساعدة على القول بعدم ترتب الأثر على حكم الحاكم الصادر بعد إحلّافه المدعى عليه بدون إذن المدعى بالاستناد الى مجرد كون الحلف حقا للمدعى، بل قضيه إطلاقات أدله الحكم و القضاء كتابا و سنه هو نفوذ حكمه و وجوب امتثاله و ان كان صادرا بدون إذن المدعى، و لا مجال لدعوى انصرافها عن مثل هذا المورد.

فالحاصل: كونه حقا للمدعى لا يكون دليلا على عدم جواز حكم الحاكم و عدم نفوذ الحكم الصادر بدون مطالبه المدعى باستيفاء حقه فى إحلّاف المدعى عليه.

كما أن هذا الحق لا يجوز له منع المدعى عليه من الحلف ان أراد أن يحلف، بل هو كحق الدائن على المدين حيث لا يجوز له أن يمنعه عن أداء الدين اليه الا بقصد إسقاط حقه و إبراء ذمته، أو بقصد التنازل عن حقه و العدول عن مطالبته فيما نحن فيه، و أما بقصد إبقاء النزاع و الخصومه فلا.

و قد اعترض في الجواهر على استدلالهم بما ذكر بأن ذلك يقتضى عدم تحليفه مع عدم رضاه لا عدمه مطلقا حتى مع قيام شاهد الحال، و ذلك لاین الحق كالمال، فكما يجوز بعض التصرف في مال الغير برضاه و لو بشاهد الحال فكذلك الحق و لا يلزم الاذن الصريح منه بالحق، و عليه فان مجيئه بالخصم الى الحاكم و طرح الدعوى عنده يكفى شاهدا على رضاه بإحلاف المدعى عليه و الحكم في القضية.

و من هنا قال في الجواهر: فالأولى الاستدلال لذلك بعد الإجماع بظاهر النصوص الآتية في اشتراط الرضا الذى لا بد من العلم به، و شاهد الحال انما يفيد الظن فتأمل.

أقول: اذن لا بد من النظر في الاخبار، و قد وجدنا هذه الاخبار داله على لزوم الاستحلاف، ثم إذا حلف ذهب اليمين بحقه، فهذه الاخبار حيث ورد فيها الاستحلاف تكون بمنزله الشارح لإطلاقات «البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر» أو المبين لإجمالها، إذ تضمنت كيفية اليمين و أن المدعى يستحلف المنكر، فلو فرض

عدم دلالة الاخبار على تأثير اليمين بدون استحلاف المدعى فلا- ريب في أن القدر المتيقن من مدلولها كون يمين المنكر بمطالبه المدعى. و بهذا البيان يتم دلالة هذه الاخبار بظاها على ما ذهب إليه الأصحاب، و يكون ما نحن فيه نظير المعاملات، فان العلم برضا صاحب المال بيع ما له لا يكفي لجوازه بل لا بد من إظهار رضاه الباطن و التصريح به. و لعل السر في ذلك أنه كثيرا ما يندم البائع عن بيع متاعه فمع التصريح بالاذن و الرضا لا يؤثر ندمه، بخلاف ما إذا أريد الاعتماد على رضاه فيمكنه إنكار الرضا أصلا و لا- طريق إلى إثبات الرضا الباطني، و هنا كذلك فإنه إذا قال له احلف لم يبق له مجال بعدئذ للإنكار بخلاف ما إذا أريد الاستناد الى الرضا.

فحاصل المستفاد من الاخبار أن لاستحلاف المنكر موضوعيه في قبول حكم الحاكم في تلك القضية.

هذا و ليس في الروايات أن يقول المدعى للحاكم: أحلفه، بل فيها أنه يستحلف المنكر، بل في بعض الروايات أنه بنفسه يقول للمنكر: احلف، فما الدليل على أن استحلافه إياه هو أن يقول للحاكم: حلفه؟ و أن على الحاكم الاستيذان منه في إحلاف المنكر؟ و حيث لا دلالة في الاخبار على اشتراط الاذن فما هو وجه القول بعدم الاعتداد بيمين المنكر مع عدم إذن المدعى؟ ثم انه إذا أحلفه في حضور الحاكم و حلف فما الدليل على عدم صدق الاستحلاف

عليه؟ و هل المراد من الاستحلاف استدعاؤه من الحاكم إجلاله؟ اللهم الا أن يكون الدليل هو الإجماع و أن سيره المسلمين منذ صدر الإسلام حتى الان هي على إجلال الحاكم المنكر بعد مطالبه المدعى، و الا فإن المستفاد من الروايات هو ما ذكرناه، بل قيل: انه يعتد بيمينه الواقعه بعد التماس المدعى و ان لم يكن فى محضر الحاكم، و هو مقتضى إطلاق معتبره ابن أبى يعفور:

«إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له. قلت له:

و ان كانت عليه بينه عادله؟ قال: نعم.» (١).

لكن الظاهر أنها محموله على المعهود المتداول بين المسلمين فى كيفية حل النزاع بينهما، فان المتخصصين يتحاكمان الى الحاكم و يفوضان الأمر إليه فتجرى فى مجلسه جميع المقدمات باذنه و تحت نظره ثم يحكم فى الواقعه بحسب الموازين المقرره فى الشرع، فلا- إطلاق لها إذا، و يشهد بما ذكرنا أن فى الروايه: «قلت: و ان كانت له عليه بينه عادله؟» أى: هل اليمين تذهب بحقه و ان كانت له عليه بينه؟ فقد يتفق غياب البينه و هما مستعجلان فى فصل خصومتها فيحلف المدعى عليه المنكر ثم يحضر الشاهدان، فان المراد من البينه هنا هي البينه التى تقام عند الحاكم كما هو واضح، و بقرينه

ص: ٣٠٣

المقابلة بين هذه البيه و اليمين يعلم أن المراد من اليمين فى الخبر هى يمين المنكر عند الحاكم.

ثم ان الإجماع المدعى على لزوم إذن المدعى فى يمين المنكر مستند الى فهم الأصحاب اشترط ذلك من بعض الروايات أو الى السيره المستمره التى ذكرناها، و أما كونه إجماعا تعبديا غير مدركى فبعيد جدا، و الأظهر استناده الى السيره المستمره القائمه على كون أمر المترافعين بيد الحاكم بعد التحاكم اليه، و أنهما ليسا مختارين فى حل النزاع بينهما حيثئذ، و لذا قالوا بأن الحاكم يطالب المدعى بالبينه و يذكره بإقامتها ان كان غافلا عن ذلك، بل قيل بلزوم قول الحاكم له: أ لك بينه؟ و ان لم يكن غافلا فهذا يكشف عن قيام السيره على أن أمر المترافعين بيد الحاكم و أنه لا يجوز لهما التقدم عليه فى شأنهما، نعم القدر المتيقن من نفوذ حكم الحاكم هو الحكم الصادر منه بعد إحلاف المنكر بطلب من المدعى.

و ليس المراد من «الإحلاف» أن يأمر الحاكم المنكر بالحلف حتى يكون المنكر عاصيا بنكوله منه، لان المنكر بالخيار بين اليمين و الرد و النكول، بل المراد هو أن يأذن له باليمين، و هذا هو مراد من عبر ب «الأمر» أيضا.

و قد روى الشيخ الصدوق معتبره ابن أبى يعفور المذكوره بزياده جمله «من حلف لكم على حق فصدقوه» (1) و قد يدعى

ص: ٣٠٤

كونها مطلقه، لكنها محموله على ما ذكرنا ولا سيما و أن الجملة في ذيل تلك الروايه.

و في روايه أخرى: «. و ان تركه و لم يستحلفه فهو على حقه» (١).

و في أخرى لعبد الله بن وضاح: «كانت بيني و بين رجل من اليهود معامله فخانني بألف درهم فقدمته إلى الوالي فأحلفته فحلف، و قد علمت أنه حلف يمينا فاجر، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح و دراهم كثيره، فأردت أن أقتص آلاف درهم التي كانت لي عنده و أحلف عليها، فكتبت الى أبي الحسن عليه السلام فأخبرته: أنى قد أحلفته فحلف، و قد وقع له عندى مال، فإن أمرتى أن آخذ منه الالف درهم التي حلف عليها فعلت. فكتب: لا تأخذ منه شيئا ان كان قد ظلمك فلا تظلمه، و لو لا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، و لكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها» (٢) و قد استشهد في الجواهر بما في هذا الخبر-من أنه قد أحلفه عند الوالي لا الحاكم-على كفايه الحلف و ان لم يكن عند الحاكم.

لكن لعل هذا الوالي الذي حلف عنده كان من الولاه الذين لهم الولايه على الحكومه و نصب القضاء بعد الترافع اليه، فلا يستفاد منها كفايه الحلف عند غير الحاكم، و القدر المتيقن منها ما ذكرناه.

ص: ٣٠٥

١-١) وسائل الشيعة: ١٨-١٧٩.

٢-٢) وسائل الشيعة: ١٨-١٨٠.

و كيف كان فلو حلف سقطت دعواه في الدنيا و ان لم تبرء ذمته ان كانت يمينه فاجره بالإجماع، و في الحديث: «. فأیما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعه من النار» (١).

قال المحقق «فده»: «ثم المنكر اما أن يحلف أو يرد أو ينكل».

أقول: عند ما يطرح المدعى الدعوى و ينكر المدعى عليه فاما أن يحلف مع اذن الحاكم أو يرد اليمين على المدعى أو ينكل فلا يحلف و لا يردّها عليه.

حكم ما إذا حلف المنكر:

قال: «فإذا حلف سقطت الدعوى».

أقول: إذا حلف المنكر سقطت دعوى المدعى و لا- حق له على المنكر، ثم ان أثر هذه اليمين هو أنه ان كان صادقاً فكالأول، أى:

ان كان الشىء المتنازع فيه له حقاً فهو، و ان كان كاذباً فكذلك، أى لا يكون الشىء له باليمين و يحرم عليه التصرف فيه كما كان كذلك من قبل، هذا بالنسبة إلى المنكر نفسه، و أما بالنسبة الى المدعى فلا تجوز له مطالبه المدعى عليه بالشىء بحسب الظاهر و هذا معنى سقوط دعواه، و أما بالنسبة إلى الحاكم فأثر اليمين أن عليه أن يحكم للمنكر بما يطابق قوله، و أما بالنسبة إلى سائر الناس فإنهم إذا أرادوا

ص: ٣٠٦

التصرف فى الشىء المتنازع فيه لزمهم الاستيدان من المدعى عليه.

قال المحقق: «و لو ظفر المدعى بعد ذلك بمال الغريم لم تحل له المقاصه» .

أقول: و إذا سقطت الدعوى فهل للمدعى التقاص من مال المدعى عليه بحيث لا يشعر بذلك أحد؟ ادعى الاتفاق على عدم جواز التقاص منه ان كان مورد النزاع ديناً، و أما إذا كان عينا فالمشهور على الجواز، و قال جمع بالعدم و بقاء الحق إلى الآخره، بل قالوا بعدم جواز التصرف فى العين المتنازع فيها و ان لم يكن تصرفاً منافياً لكونها بيد المدعى عليه كأن تكون عبداً و يعتقه فى سبيل الله عز و جل أو يبرأ ذمه المنكر قربه الى الله تعالى، لان ذلك ينافى حكم الحاكم المقتضى لعدم كون المنكر مديناً للمدعى و مقتضى الإبراء كونه مديناً له.

أقول: ان مقتضى القاعده هو جواز التقاص منه-الا أن يقوم الدليل على المنع-إذ ليس الحكم من المملكات و النواقل للأموال و الا- لما قال صلى الله عليه و آله و سلم: «. فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعه من النار» فلا يقال بأنه على أثر اليمين و الحكم يكون الحالف مالكا و ان أثم فى اليمين الكاذبه نظير البيع وقت النداء من يوم الجمعة، و حيث لا تصبح العين ملكاً للحالف يمينه فاما أن تكون ملكاً بلا- مالك أو تبقى على ملك المدعى و الأول ساقط فثبت الثانى، فللمدعى التصرف فى العين أينما وجدها غير أنه يكون حينئذ راداً على الله لمخالفته لحكم الحاكم، و لكن

لو فعل ذلك خفيه أمكن القول بالجواز لعدم تحقق الرد. اللهم الا أن يقال بوجوب التزام المدعى بترتيب آثار مالكيه المدعى عليه و ان كانت العين ملكا له في اعتقاده، و أن سائر الناس ملزمون بمعامله هذه العين معاملة ملك المنكر كالمدعى نفسه، فعليهم الاستيذان من المنكر ان أرادوا التصرف فيها، و قيل بوجوب ذلك عليهم ان لم يكونوا عالمين بكونها ملكا للمدعى في نفس الأمر، الا أن الكلام في أثر إذن المدعى عليه حيث قد حلف كاذبا و هو يعلم بأن العين لم تدخل في ملكه واقعا بل هي باقيه على ملك المدعى، فإنه لا يجوز له الاذن و لو أذن لم يؤثر، فالأحوط لهم الاستجازه من المتداعيين كليهما في التصرف في العين.

قال المحقق: «و لو عاود المطالبه أثم و لم تسمع دعواه» .

أقول: أى ان الحاكم بعد ما حكم بأن الشيء للمنكر أو بأنه ليس مدينا للمدعى لا يجوز له سماع الدعوى مره ثانيه، و لا استماع شهاده بينه المدعى على مالكيته للشيء المتنازع فيه، قال المحقق: «و لو أقام بينه بما حلف عليه المنكر لم تسمع» و هذا مذهب المشهور بل حكى عليه الإجماع، و ذلك لحكومته خبر ابن أبي يعفور عن الصادق «ع» :

«إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف لا حق له قبله ذهب اليمين بحق المدعى فلا دعوى له. قلت له: و ان كانت عليه بينه عادله؟ قال: نعم و ان أقام بعد ما استحلفه خمسين قسامه ما كان له، و كانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه. قال رسول الله من حلف لكم بالله فصدقوه و ان سألكم بالله

فأعطوه، ذهب اليمين بدعوى المدعى ولا دعوى له» (١) وغيره من الاخبار على: «البينه على المدعى واليمين على من أنكر» (٢).

وهنا قولان آخران، قال المحقق: «وقيل: يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين، وقيل: ان نسي بينته سمعت وان أحلف» والثالث: انها تسمع مطلقا، قال المحقق: «والأول هو المروى» وتلك الأقوال مخالفه للنصوص الواردة فى المقام، وهى تدل على أن يمين المنكر يذهب بحق المدعى وأنه لا تسمع بعد ذلك دعواه أبدا، وقد عمل الأصحاب بتلك النصوص الا من شذ.

قال المحقق: «وكذا لو أقام بعد الإحلاف شاهدا وبذل معه اليمين، وهنا أولى» وهذا واضح.

قال: «أما لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته وحل مقاصته».

أقول: لو أكذب المدعى عليه الحالف نفسه بعد يمينه فهل يكون إقراره بالكذب كالبينه التى يقيمها المدعى بعد يمين المنكر فى عدم التأثير أو يؤثر هذا الإقرار؟ ان دليل حجية الإقرار مطلق، فهو حجه سواء كان قد حلف أو لا، ودليل حجية اليمين وذهابها بحق المدعى مطلق فهى تذهب بحقه سواء أكذب الحالف نفسه بعدها أو لا، فالنسبه بين الدليلين

ص: ٣٠٩

١-١) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٩.

٢-٢) وسائل الشيعه: ١٨-٢١٥.

هو العموم من وجه، فهل يتقدم دليل الإقرار لذهاب الأصحاب الى ذلك أو أنه لا تعارض بينهما في مورد الاجتماع لحكمه دليل ذهاب اليمين بحقه على دليل الإقرار لأنه رافع لموضوعه؟ المستفاد من المعتبره: «انى كنت استودعت رجلا مالا فجدنيه فحلف لى عليه، ثم انه جاءنى بعد ذلك بسنتين بالمال الذى أودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذ و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فهى لك مع مالك و اجعلنى فى حل، فأخذت منه المال و أبيت أن آخذ الربح منه، و رفعت المال الذى كنت استودعته و أبيت أخذه أستطلع رأيك، فما ترى؟ فقال: خذ نصف الربح و أعطه النصف و حلله، فان هذا الرجل تائب و الله يحب التوابين» (١) كون الإقرار مسموعا و أنه يتقدم على أدله ذهاب اليمين بحق المدعى.

بل ان تلك الأدله منصرفه عن صورته تكذيب الحالف نفسه.

بل ان اليمين من الطرق العقلية، و قد جعل الشارع يمين صاحب اليد طريقا لتثبيت حقه لو نازعه أحد على ما فى يده، كما أن الدليل المعتمد فى حجيه خبر الواحد هو السير و بناء العقلاء لكن اعتبارهم لليمين و الخبر مقيد بما إذا لم يكذب الحالف أو المخبر نفسه، و عليه فلا معنى للقول بإطلاق دليل حجيه خبر الواحد و يمين الحالف، لان عدم ترتيب العقلاء الأثر على ذلك حينئذ يكشف عن عدم اعتبار الشارع لتلك اليمين و أنها ليست مصداقا عنده لأدله ذهاب اليمين بحق المدعى. و كذلك اليينه لو أكذب الشاهدان

ص: ٣١٠

و أما بقاء مالكيه المدعى على المال فهو مقتضى خبر مناهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حيث ورد فيه النهى عن أكل أموال الناس بشهاده الزور، فعن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبي «ص»: «فى حديث المناهى: انه نهى عن أكل مال بشهاده الزور» (١). و كذا قوله «ص»: «. فإنما قطعت له قطعه من النار» (٢).

و فى خبر عبد الله بن وضاح: «كانت بينى و بين رجل من اليهود معامله فخانى بألف درهم فقدمته إلى الوالى فأحلفته فحلف، و قد علمت أنه حلف يمينا فاجره، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح و دراهم كثيره، فأردت أن أقتص الالف درهم التى كانت لى عنده و أحلف عليها، فكتبت الى أبى الحسن فأخبرته. فكتب: لا- تأخذ منه شيئا ان كان قد ظلمك فلا- تظلمه، و لو لا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، و لكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها» (٣).

بناء على أنه عليه السلام قد استعمل لفظ «الظلم» فيها من باب المشاكلة كما فى قوله تعالى «فَمَنْ إِعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إِعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (٤)، و الا فإن أخذ الحق ليس ظلما حقيقه، نعم

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٦٩.

٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٦٩.

٣- ٣) وسائل الشيعه: ١٨-١٨٠.

٤- ٤) سورة البقره: ١٩٤.

هو بعد حكم الحاكم غير جائز شرعا.

فتحصل: ثبوت ملكية المدعى للمال المتنازع فيه بعد إقرار الحالف بالكذب و سقوط يمينه عن التأثير، بخلاف البيه التي يقيمها المدعى بعد حلف المنكر فقد دلت النصوص على تقدم اليمين و عدم سماع البيه بعدها.

هذا، و في كلمات صاحب الجواهر أن اليمين لا تذهب بالمال بل تذهب بحق المدعى على المنكر. و فيه: أنه لا يثبت لصاحب المال المدعى حق على المنكر، بل ليس لصاحب المال المغصوب منه حق على غاصبه، و انما له المطالبه بماله و إيقاع أنحاء التصرفات فيه، و من الواضح ان هذه التصرفات من آثار سلطنته على ماله و ليست حقوقا له على من عنده المال، فالصحيح أن أدله ذهاب اليمين بحق المدعى تمنع تصرفه في ماله الذي بيد المنكر بعد يمينه لكن لا مانع من بقاء اعتبار مالكيته له و المنكر مخاطب بترتيب آثارها على هذا المال الذي بيده، فإن أكذب نفسه جاز للمدعى مطالبته بالمال و حلت له مقاصته ان امتنع من تسليمه.

و في المسالك: «أما لو أكذب الحالف. كما يحل له مع امتناعه من التسليم لتصادقهما حينئذ على بقاء الحق في ذمه الخصم فلا وجه لسقوطه». أقول: هذا يتوقف على عدم تماميه إطلاق أدله «ذهبت اليمين بحقه» كما ذكرنا و الا كان الإطلاق هو الوجه لسقوط الحق.

ص: ٣١٢

ثم انه هل يسقط حق المدعى بمجرد يمين المدعى عليه أو يتوقف ذلك معها على حكم الحاكم؟ ظاهر النصوص هو الأول، قال السيد: و الانصاف أنه ليس كل البعيد ان لم يكن الإجماع على خلافه. و الصحيح هو الثانى وفاقا للجواهر، لان اليمين مقدمه للحكم-كالبينه-و فصل الخصومه يحصل بالحكم و قد قال صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» أى: ان الحكم القاطع للنزاع يصدر بعد قيام البينه أو تحقق اليمين، فكل واحده منهما فى موردها مقدمه لحكم الحاكم و به ينقطع النزاع، فلو حلف المدعى عليه و لم يصدر الحكم من الحاكم لسبب من الأسباب جاز للمدعى استئناف الدعوى.

هذا كله إذا حلف المنكر.

حكم ما إذا رد اليمين:

قال المحقق: «و ان رد اليمين على المدعى لزمه الحلف» .

أقول: ان رد المنكر اليمين على المدعى قالوا: يجب على المدعى أن يحلف، و ليس المراد من هذا الوجوب أو اللزوم هو الوجوب التكليفي بل بمعنى أنه ان أراد تحصيل حقه من المدعى عليه لزمه الحلف، فهو لزوم وضعى من باب المقدمه لاحقاق الحق فإذا حلف حكم له و وجب على المنكر تسليم الشىء المتنازع فيه اليه.

و يدل على ذلك الإجماع و الاخبار المستفيضه أو المتواتره كما

فى الجواهر، و هذه نصوص طائفه من تلك الاخبار نذكرها لاشتمالها على أحكام أخرى أيضا:

١-محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «فى الرجل يدعى و لا بينه له. قال: يستحلفه فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له» (١).

٢-عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام: «فى الرجل يدعى عليه الحق و لا بينه للمدعى. قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق فان لم يفعل فلا حق له» (٢).

٣-الصدوق بإسناده عن أبان عن جميل عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا أقام المدعى بينه فليس عليه يمين و ان لم يتم بينه فرد عليه الذى ادعى عليه اليمين فأبى فلا حق له» (٣).

٤-الكلىنى عن حميد بن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعه عن بعض أصحابه عن أبان عن رجل عن أبى عبد الله عليه السلام:

«فى الرجل يدعى عليه الحق و ليس لصاحب الحق بينه. قال: يستحلف المدعى عليه فان أبى أن يحلف و قال: أنا أرد اليمين عليك لصاحب الحق فإن ذلك واجب على صاحب الحق أن يحلف و يأخذ ماله» (٤).

٥-يونس عن رواه قال: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه:

ص: ٣١٤

١- (١) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٦. و هى صحيحه.

٢- (٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٦. و هى صحيحه.

٣- (٣) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٧ و ليلاحظ طريق الصدوق الى أبان.

٤- (٤) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٧. و هى مرسله.

بشهاده رجلين عدلين، فان لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان، فان لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدعى، فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه، فان لم يحلف ورد اليمين على المدعى فهي واجبه عليه أن يحلف و يأخذ حقه، فان أبى أن يحلف فلا شيء له» (١).

٦- عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال: قلت للشيخ عليه السلام:

«خبرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه بماله.

قال: فيمين المدعى عليه فان حلف فلا- حق له، و ان رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا- حق له (و ان لم يحلف فعليه) و ان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه بينه فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله الا هو لقد مات فلان و أن حقه لعليه، فإن حلف و الا فلا حق له، لأننا لا ندري لعله قد أوفاه بينه لا نعلم موضعها، أو غير بينه قبل الموت، فمن صارت عليه اليمين مع بينه فإن ادعى بلا- بينه فلا- حق له لان المدعى عليه ليس بحى، و لو كان حيا لا لزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق» (٢).

فتحصل أن للمنكر رد اليمين على المدعى فان حلف ثبت حقه و حكم له، و أما إذا كانت دعواه ظنيه فقيل لا تسمع الدعوى الظنيه

ص: ٣١٥

١- ١) وسائل الشيعة: ١٨-١٧٦. و هي مضمرة.

٢- ٢) وسائل الشيعة: ١٨-١٧٢. و فيها «ياسين الضرير» و ليس لأئمه الرجال فيه مدح و لا ذم.

مطلقا، وقيل: بل تسمع إذ قد تقوم البيه على طبقها و تكون دليلا و مستندا لحكم الحاكم، لكن لا أثر لرد المنكر اليمين على المدعى حتى على القول الثانى، لأن الظان لا يمكنه الحلف، و كذا لو كان المدعى يدعى شيئا لغيره كولى الصغير الذى يدعى على أحد حقا للصغير، لان يمينه لا تثبت حقه و ان كان جازما به، لما تقرر عندهم من أن يمين أحد لا تثبت الحق لغيره، و كذا الأمر لو كان المدعى وصيا لميت فيدعى وصيته بشىء فينكر الوارث مثلا- ذلك، فإن أقام البيه على دعواه فهو و الا حلف الوارث أو أقر بالحق و لا يرد اليمين على الوصى. و قيل: لقد قام الدليل على أن البيه على المدعى و على المنكر أن يحلف أو يرد أو ينكل، و هذا الدليل مطلق يشمل صورته ما إذا لم يتمكن المدعى من اليمين أو لم تكن يمينه نافذه، فنحكم فى صورته رد المنكر اليمين و عجزه عنها- لكونه ظانا أو لكون الحق لغيره- بسقوط الحق المدعى لا بأن يكون عجزه سببا لتخير المنكر بين الأمرين الآخرين.

و الجواب من وجهين: «الأول» ان أدله تردد أمر المنكر بين الأمور الثلاثه منصرفه عن هذه الصوره، فليس له الرد فيها و يبقى الأمران. «الثانى» الشك فى إطلاق الأدله- بعد التنزل عن القول بانصرافها- فيؤخذ بالقدر المتيقن و هو ما عدا هذه الصوره.

و حيث لا يمكن الرد- لأجل لغويه يمين المدعى أو عجزه عنها- فهو مخير بين الإقرار و الحلف.

اليمين المردوده فى حكم البينه أو الإقرار؟

و هل اليمين المردوده فى حكم بينه المدعى أو فى حكم إقرار المنكر؟ قولان.

وجه الأول: ان الذى على المدعى هو البينه، و على المنكر اليمين، فان رد المنكر اليمين على المدعى و حلف ثبت حقه، فتكون هذه اليمين فى حكم البينه.

و وجه الثانى: ان إقرار المدعى عليه يثبت حق المدعى فتقوم اليمين المردوده منه على المدعى مقام الإقرار، إذ هو حينئذ مسلم لما يدعيه ان حلف.

و قد ذكروا لهذا الخلاف ثمرات منها: أن المدعى عليه إذا أقام بينه على أداء المال مثلا- حلف المدعى، فان كانت اليمين المردوده نازله منزله البينه جاز للمنكر إقامة البينه بعدها، و ان كانت نازله منزله الإقرار فلا مجال لإقامتها لأن الإقرار منه يكذبها.

قلت: و الأقوى أن اليمين المردوده طريق مستقل لإثبات حق المدعى، و ما ذكروه فى وجه القولين ضعيف، و ليس طريق إثبات الحق منحصر بالبينه و الإقرار بل هى ثلاثه طرق: البينه و الإقرار و اليمين المردوده، و لكل واحد منها أحكامه و آثاره، و أما الثمره التى ذكروها فغير مترتب لأن اليمين المردوده لا تصلح لنفى أداء المدعى عليه الدين بل هى تثبت أصل الدين، و حينئذ للمدعى عليه إقامة البينه على الأداء «كما أنه لو أقر بأصل الدين ثم أقام البينه على الأداء سقط الحق، و ان لم يكن عنده بينه حلف المدعى لانه

المنكر للأداء» و لا- معنى لإقامتها على نفى ما تثبته اليمين المردوده التي جعلت لخصم النزاع بينهما، اذن يجوز أن تقام البيئه فى مقابل اليمين المردوده لو اختلف مدلولاهما- كما ذكرنا.

و حيثئذ نبحت عن مقتضى الأدله أو الأصول فيما إذا أقام المنكر البيئه بعد يمين المدعى مثلا، فان شملت إطلاقات أدله البيئه هذه البيئه فهو و الا- فيرجع الى الأصل من دون أن يطبق على هذه اليمين أحكام أحد الأمرين. فالحاصل أنه لا وجه للحصر المذكور، و حيثئذ نقيده أدله البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر بأن اليمين على المنكر إلا إذا ردت على المدعى فهى عليه لا على المنكر.

ثم ان أثر اليمين المردوده يتوقف ترتيبه على حكم الحاكم، فهى من مقدمات الحكم، و الذى يثبت الحق هو الحكم و به تنفصل الخصومه و ينقطع النزاع كما ذكرنا سابقا، فيكون معنى قوله عليه السلام- فى مرسله أبان:- «. أن يحلف و يأخذ ماله» انه يحلف و يحكم الحاكم و يأخذ ماله.

قال المحقق: «و لو نكل سقطت دعواه» .

أقول: لو نكل المدعى عن اليمين المردوده فقد ذكروا أنه تسقط دعواه، ثم ادعى الإجماع على عدم جواز اعاده المدعى فى ذلك المجلس، و فى إعادتها فى مجلس آخر قولان، و فى المسالك:

ان كان ترك اليمين لسبب وجيه و عذر مقبول أمهل و الا كان ناكلا تسقط دعواه بامتناعه من اليمين.

أقول: ليس فى الاخبار تعرض للنكول، بل فىها: «أبى أن يحلف» و «لم يحلف» فان قال فى المجلس «لا أحلف» مثلاً فقد أبى أن يحلف، و لا- ببقى له حق، فان حكم الحاكم سقطت الدعوى و لا- تسمع بعدئذ، و ان لم يحكم الحاكم لم تسقط و بقت و جازت المطالبه بالحق و لكن تجديدها فى ذلك المجلس لغو، و أما الإمهال فإن كان لجهه عقلائيه أمكن القول بجوازه بدعوى انصراف الاخبار عن ذلك و الا فلا وجه لامهال الحاكم إياه، و هذه المهله- أى مقدار طالت- فقد آخر إحقاق حقه بنفسه و لا يجبر على اليمين لأجل أخذ حقه، بخلاف يمين المنكر فهناك لا يمهل لأن الحق للمدعى.

و هذا العذر الموجه لا بد أن يكون له أمد اما عرفاً و اما بتحديد من الحاكم.

و أما إذا رد اليمين على المدعى فادعى أنه ظان بالحق غير متيقن به فلا يمكنه الحلف، فان كان المنكر متيقناً قيل له: احلف، و ان كان هو أيضاً ظاناً أو شاكاً كالمدعى بقت الدعوى و رجع الحاكم إلى الأصول العمليه و أفتى فى المسأله بما أدى اليه نظره.

حكم ما إذا نكل المنكر:

قال المحقق: «و ان نكل المنكر بمعنى أنه لم يحلف و لم يرد، قال الحاكم: ان حلفت و الا جعلتك ناكلاً.» .

أقول: المراد من قوله: «و الا جعلتك ناكلاً» هو حكمه بنكوله، فالحاصل أنه ان حلف المنكر سقطت الدعوى، و ان رد

اليمين على المدعى فان نكل المدعى سقطت الدعوى كذلك، و ان نكل المنكر فلم يحلف و لم يرد قال المحقق: «قال الحاكم.» ثم قال: «و يكرر ذلك ثلاثا استظهارا لا فرضا» و لم يتم دليل على ذلك، بل لو فرضنا أن مجرد النكول يوجب الحكم عليه فهو محكوم الا أن يقوم إجماع على ما ذكره «قده» .

قال: «فإن أصر قيل يقضى عليه بالنكول، و قيل: يرد اليمين على المدعى فان حلف ثبت حقه و ان امتنع سقط.» .

أقول: ان أصر المنكر على النكول ففيه قولان: أحدهما يقضى عليه بالنكول، قال به جماعة من المتقدمين، و الآخر: يقول له الحاكم: رد اليمين على المدعى، فان رد و حلف ثبت حقه و ان امتنع المدعى عنه سقط حقه، و هو قول جماعة من الأصحاب.

قال المحقق: «و الأول أظهر و هو المروى» .

لقد استدلل للقول الأول بأخبار منها: قوله صلى الله عليه و آله و سلم «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» فقد فصل «ص» بين المدعى و المنكر، فجعل البينه وظيفه للمدعى و اليمين وظيفه للمنكر و التفصيل قاطع للشركه، أى: انهما ليسا شريكين فى البينه و اليمين بل لكل واحد منهما وظيفته فى ميزان فصل الخصومه، و أما «رد اليمين» فمن الاحكام الطارئه، مثلا: حقيقه الصلاه منوطه بتحقق أجزاءها و شرائطها المحققه لها و المذكوره أولا و بالذات، و أما ركعه الاحتياط مثلا فمن الأمور الطارويه عليها، . و حينئذ لو رد المنكر اليمين على المدعى وجب عليه أن يحلف، و أما إذا

لم يردّها عليه عن اختيار كان القانون العام المذكور هو المطبق لا محاله، و أما القول بأنه متى سكت رد الحاكم اليمين على المدعى ولايه أو حمل المنكر على الحلف فيستلزم أن لا يبقى مصداق لنكول المدعى عليه عن اليمين.

و بعبارة أخرى: مقتضى الدليل الاولى الحكم بنكوله إذا لم يحلف، و ان رد كان أمرا طارئا و اقتضى الدليل الثانوى ترتيب الأثر عليه لتحقق موضوعه و هو الرد، و أما إذا لم يحلف و لم يرد بقى الدليل الأول على مقتضاه و هو الحكم بنكوله.

و منها: ما رواه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه دين و أنكر و لم يكن للمدعى بينه؟ فقال: ان أمير المؤمنين عليه السلام أتى بأخرس فادعى عليه دين و لم يكن للمدعى بينه فقال أمير المؤمنين «ع»: الحمد لله الذى لم يخرجنى من الدنيا حتى بينت للأمة جميع ما تحتاج اليه، ثم قال:

ايتونى بمصحف، فأتى به، فقال للأخرس: ما هذا؟ فرفع رأسه الى السماء و أشار أنه كتاب الله عز و جل، ثم قال: ايتونى بوليّه، فأتى بأخ له فأقعدّه الى جنبه ثم قال: يا قنبر على بدواه و صحيفه، فأتاه بهما ثم قال لأخى الأخرس: قل لأخيك هذا بينك و بينه، انه على، فتقدم اليه بذلك، ثم كتب أمير المؤمنين «ع»: و الله الذى لا إله الا هو عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الذى يعلم السر و العلانيه ان فلان ابن فلان المدعى ليس له قبل فلان ابن فلان أعنى الأخرس حق

و لا طلبه بوجه من الوجوه و لا بسبب من الأسباب، ثم غسله و أمر الأخرس أن يشربه فامتنع، فألزمه الدين» (١).

فان الظاهر منها أن الامام عليه السلام قد ألزمه الدين بمجرد امتناعه عن الشرب، و ذلك يقتضى أنه قد امتنع عن رد اليمين على المدعى، للاتفاق على أنه لا يحكم عليه مع الرد. و ما أشكل عليه فى الجواهر: بالقطع بعدم اراده هذا الظاهر ضروره اشتراط الحكم بنكوله عن رده أيضا فلا بد فى إصلاحه حينئذ من تقدير، و التزام كونه موافقا لذلك ليس بأولى من جعله مخالفا له. ضعيف لانه لو رد لحكم الامام عليه السلام على المدعى باليمين قطعا و لحكى الامام الصادق عليه السلام ذلك البتة، إذ لا وجه لحكايه بعض الواقعه و ترك البعض الأخر مع كونه محتاجا اليه، لكن لا مانع من عدم حكايه ما هو المحرز منها و هو ما ذكرنا من عدم رده اليمين على المدعى، بل ان حكم الامام عليه السلام بأداء الحق قرينه على ذلك.

و أما قوله: على أنه قضيه فى واقعته لا عموم فيها. ففيه أن الامام الصادق عليه السلام قد ذكر القضيه فى جواب السؤال عن كيفية إحلاف الأخرس حينئذ مستشهدا و مستدلا بها و لم يكن ذلك منه مجرد حكايه لها حتى لا يكون لها عموم.

فتحصل أن الروايه تدل على كفايه عدم رده-مع علمه بأن له

ص: ٣٢٢

ذلك-للحكم عليه بدفع حق المدعى، و لا يلزم أمره بالرد ثم الحكم بذلك ان امتنع عن الرد.

و منها: روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله (١) المتقدمه سابقا.

فهذا الخبر يدل بظاهره صدرا و ذيلا-على روايه الشيخ الكليني «قده» و ذيلا على روايه الشيخ الصدوق «قده» في الفقيه- على القول الأول، لأن حاصل القدر المتفق على روايته: أن المدعى عليه ان حلف سقطت الدعوى، و ان لم يحلف فعليه الحق الا أن يرد- هو أو الحاكم من قبله-اليمين على المدعى-و لا يحكم على المدعى عليه بامتناعه عن اليمين-فان حلف المدعى ثبت حقه و الا سقطت الدعوى.

ثم ان الجواب عن دعوى الجواهر بأن اختلاف متنه موجب للترزل فيه. هو أن التزلزل يكون في حال اختلاف متن الخبر في الكتاب الواحد، و أما هذا الخبر فقد رواه الصدوق «قده» بلفظ يختلف عن لفظ الكليني «قده»، و قد تقرر عندهم أن الشيخ الكليني أضبط من غيره (١)، مع أن المحتمل تعدد نفس الروايه، و محل الاستدلال روايه الكليني، و مع التزلزل فان الذيل الذي اتفقا عليه ظاهر في الدلاله على القول الأول.

ص: ٣٢٣

و ليس مخالفه ما تدل عليه روايه الفقيه لفتوى أبى حنيفه مرجحه، لأن الترجيح بمخالفه العامه هو فى الخبرين المتعارضين حكما لا المختلفين زياده و نقصانا.

و احتمال تقدير جمله، بأن يقال: فان لم يحلف-أى المدعى عليه-ورد اليمين على المدعى فحلف-فعليه. ضعيف جدا.

هذا، و قد تلقى الأصحاب هذا الخبر بالقبول و أفتوا على طبقه فى لزوم ضم اليمين إلى البيئه فى الدعوى على الميت-و لا دليل لهم غيره-و هذا جابر لضعف سنده.

ثم ان صاحب الجواهر بعد أن ذكر أدله الطرفين قال: «و بذلك كله ظهر لك أن أدله الطرفين محل نظر. نعم قد يقال: انه بعد فرض الإجماع المركب على انحصار القضاء فى الفرض بأحد الأمرين و ان اختيار أمر ثالث. خرق للإجماع المزبور يتجه القول حينئذ انه يرد اليمين منه على المدعى، لأصالة عدم ثبوت الحق بدونه و لظهور حصر استخراج الحقوق فى مضمير يونس بالأربعه، و مجرد النكول خارج عنها، بل لعل النصوص المستفيضه أو المتواتره الداله على انحصار كيفيه القضاء بين الناس بالبينات و الايمان تقتضى ذلك.» .

أقول: أما الإجماع المركب فمنتف هنا، و أما أصاله عدم ثبوت الحق بدون رد اليمين على المدعى فمعارضه بأصاله عدم وجوب رد اليمين حينئذ، مع أن حكم الحاكم بوجوب أداء الحق على المنكر ان كان من جهه نكوله فالحق ثابت، و ان كان الحكم مترتبا على اليمين أو الرد فلا- يحكم عليه بدفع الحق. فظهر أنه لا مجال لجريان أصاله عدم ثبوت الحق، لأن موجب الحكم فى الصوره الأولى حاصل قطعا و فى الثانية غير حاصل قطعا و حيث يتردد الأمر بين أمرين مقطوع بهما لا يجرى الاستصحاب أبدا، الا- أن يقال هنا بأن الأصل عدم جعل حكم للنكول، لكن هذا الأصل أيضا معارض بأصاله عدم جعل جواز الرد أو وجوبه أو وجوب إلزام المدعى عليه بالرد على الحاكم.

و الحاصل: انه لو افترت الأمه على قولين، فقالت طائفه بأن مجرد النكول موجب لحكم الحاكم، و قالت أخرى: بأنه ليس له الحكم بالنكول بل يأمر المنكر برد اليمين على المدعى-أو يردها هو من قبله-فان حلف حكم بثبوت الحق و الا حكم بسقوطه، فان كان القولان متباينين-نظير ما إذا قالت طائفه بوجوب الجمعه فى زمن الغيبه و قالت الأخرى بحرمتها-فلا مجال للاستدلال لأحد القولين بالأصل، و ان كان القولان غير متباينين كأن يكون الاختلاف بينهما حول شرط من شروط الواجب أو جزء من أجزائه بأن تقول إحداهما بوجوب السوره فى الصلاه و تقول الأخرى بعدم وجوبها

مع اتفاقهما على اجزاء الصلاه مع السوره، فهنا لا تجرى أصاله عدم وجوب السوره لعدم الشك في اجزاء الصلاه الواجده لها.

و على هذا فان كان مقتضى القول بكفايه النكول عدم لزوم الرد على المدعى مع عدم المنع عنه، و مقتضى القول الآخر لزومه بعد النكول، فالقولان متفقان على ثبوت الحق ببذل المدعى اليمين المردوده و نفوذ الحكم بذلك قطعا فلا مجال لأصاله العدم حينئذ، لكن أصاله العدم بالنسبه إلى النكول وحده جاربه كما في الجواهر.

هذا، فان رد اليمين على المدعى فنكل فقولان كذلك، و هنا أيضا يتعارض الأصلان.

فظهر أن الأصل الذى ذكره في الجواهر يجرى في حال قبول الطرفين لترتب الأثر على رد اليمين على المدعى مع عدم وجود قول ثالث في البين.

و أما استدلاله بظهور حصر استخراج الحقوق في مضمرة يونس بالأربعه. ففيه نظر، إذ الروايه في مقام بيان طرق استخراج الحق من طرف المدعى فقط لا مطلقا و الا فإن إقرار المدعى عليه مثلا من أسباب ثبوت حق المدعى و ليس له ذكر في الروايه.

و أما قوله: بل لعل النصوص المستفيضه. ففيه: أن الأمر يدور بين تخصيص دليل وجوب البينه على المدعى بأن نقول: إلا في حال رد المنكر اليمين عليه، و بين تخصيص دليل وجوب اليمين على المنكر، بأن نقول: إلا إذا ردها على المدعى فحينئذ تجب

على المدعى لا المنكر، لكننا ذكرنا سابقا بأن اليمين توجب الاطمئنان نوعا بصدق الحالف و ان الامتناع منها يكشف-نوعا- عن الكذب، فهي مؤثره وجودا و عدما، فميزان القضاء هو بينه المدعى و يمين المنكر أو نكوله عن اليمين.

لو بذل اليمين بعد النكول:

و كيف كان فقد قال المحقق: «و لو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت إليه» .

أقول: لو بذل المنكر يمينه فان كان بذله لها بعد حكم الحاكم بنكوله فلا ريب في عدم الالتفات إليها، و هو المشهور بل عليه الأ-كثر بل ادعى عليه الإجماع، لأن الحكم قد فصل الخصومه و قطع النزاع و لا يجوز نقضه، و ان كان بذله قبل الحكم و بعد النكول فكذلك، لأن النكول حينئذ كاليمين و الإقرار و البينه في تعقب الحكم له من دون حاله منتظره، فلا أثر لبذل اليمين- بمعنى حلفه هو أو رد اليمين على المدعى- و لا يلتفت إليه، انما الكلام في كيفية تحقق النكول، فالمحقق «قده» على أنه يقول له الحاكم:

ان حلفت و الا- جعلتك ناكلا و يكرر ذلك ثلاثا، و اكتفى صاحب الرياض بالمره الواحده، و عن كاشف اللثام انه لا يجب إلا الأمر بالحلف لا قوله: ان حلفت و الا جعلتك ناكلا و لا مره، و هو الأظهر.

و أما بناء على القول الثانى من أنه لا يحكم عليه بالنكول بل ترد اليمين على المدعى فيلتفت إليه، لأنه يكون حينئذ كالبذل قبل

الحكم، فان حلف المدعى لم يلتفت اليه كذلك لأنه حينئذ يحكم عليه الحاكم بدفع الحق الى المدعى و بذلك ينقطع النزاع.

قال فى الجواهر: ان أدله القولين لا يعارضها إطلاق ما دل على أن اليمين على المنكر بعد تقييدها به، قال: بل فى الرياض دعوى اختصاصه بحكم التبادر و غيره بيمينه قبل الحكم عليه بنكول أو إحلاف المدعى برد اليمين عليه و لو من الحاكم. قلت: و أما بناء على ما ذكرنا من أن ما دل على ذلك ظاهر فى تأثير اليمين وجودا و عدما و أنه لو امتنع عن اليمين يتحقق النكول و يحكم عليه بالحق، فلا تصل النوبه إلى الإطلاق و التقييد أو دعوى الانصراف.

و فى الرياض: هذا إذا كان الحكم عليه بنكوله بعد عرض حكمه عليه و لو مره و لو قضى بنكوله من غير عرض فادعى الخصم الجهل بحكم النكول ففى نفوذ القضاء اشكال: من تفريطه و ظهور عذره، و لعل الثانى أظهر و بالأصل أوفق.

و أشكل عليه فى الجواهر بأنه: ليس فى شىء مما وصل إلينا من الأدله وجوب العرض عليه بمعنى اعلامه حكم النكول و الأصل البراءه، فلا وجه لنقض الحكم حينئذ مع العلم بحاله فضلا عن دعواه الجهل خصوصا بعد ملاحظه الاستصحاب و غيره.

أقول: ليس شرط نفوذ الحكم علم المنكر بحكم النكول، فان الحكم نافذ و الأصل براءه ذمه الحاكم عن وجوب الاعلام، لكن تمسك صاحب الجواهر باستصحاب بقاء الحكم و نفوذه الثابت

قبل البذل لو شك في بقاءه بعده، مخدوش بأن المتيقن تأثير اليمين أو الرد شرعا قبل صدور الحكم، و بعد الحكم حيث يشك في بقاء التأثير و عدمه فيستصحب فيقع التعارض بين الاستصحابيين.

و لو بذل المنكر يمينه قبل حلف المدعى اليمين المردوده- قال في الجواهر- فالمتجه جوازه للأصل، من غير فرق بين كون الرد منه أو من الحاكم، أى: ان الرد وحده ليس موضوع الحكم الشرعى بل هو الرد و يمين المدعى بعد، فإن أظهر استعداده لليمين قبل حلف المدعى فقد حصل ذلك قبل تحقق موضوع الحكم الشرعى، فلذا يلتفت اليه.

و لو بذلها بعد حلف المدعى اليمين المردوده و قبل حكم الحاكم فقولا-ن، من أن الفاصل للنزاع هو الحكم فما لم يحكم الحاكم يجوز بذله و يلتفت اليه، و من أنه لما حصل سبب الحكم و موجهه فقد قامت الحجة التامه للحاكم لان يحكم على طبقها فيجب عليه إصدار الحكم لا أن ينتظر قيام سبب آخر على خلاف السبب القائم. نظير الإقرار، فلو أقر المنكر بما يدعيه المدعى ثبت الحق و لزم الحكم بذلك، فلو رجع عن إقراره لا يلتفت اليه و ان كان قبل الحكم.

هل يأمر الحاكم المدعى بإحضار البيئه؟

قال المحقق: «و لو كان للمدعى بينه لم يقل الحاكم أحضرها لأنه حق له» .

أقول: هذا شروع فيما يتعلق بالمدعى من الأحكام، و ظاهر «لم يقل» عدم الجواز، و يشهد بذلك قوله فى مقابل هذا القول «و قيل: يجوز». و وجه عدم الجواز: ان الحق للمدعى و ليس للحاكم إجباره على إقامة البينه لاحقاق حقه. و لكن هذا الدليل هو بالنظر الى القاعده الكليه فى الحقوق، فالقاعده العامه فيها هى أن من كان ذا حق على أحد لا يجوز إجباره على استيفاء حقه، و أن للمدعى أن يطالب بيمين المنكر و ان كان له بينه على ما يدعيه.

فهذا الدليل يفيد الحكم بعدم جواز الإلزام و لا- يقتضى حرمه أن يقول له «أحضرها» من باب الإرشاد و التنبيه كما هو أحد الأقوال فى المسأله، فالأقوال أربعه: عدم الجواز مطلقا، و الجواز مطلقا، و التفصيل المذكور، و قيل: يجوز ان كان الغرض تعليمه المسأله.

و الظاهر أنه ان كان قوله من باب الإرشاد فهو جائز.

هذا بحسب القواعد الكليه، و أما بالنسبه إلى مورد المخاصمه فهل مدلول الأخبار الداله على أن «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر هو أن اليمين على من أنكر ان لم يكن للمدعى بينه أو لا- بل يجوز إحلاف المنكر و ان كانت البينه حاضره؟ فى الوسائل «باب أن المدعى إذا لم يكن له بينه فله استحلاف المنكر» (١) و النصوص الداله على ذلك كثيره، ففى خبر محمد

ص: ٣٣٠

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٦. الباب-٧ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

ابن مسلم: «فى الرجل يدعى ولا بينه له قال: يستحلفه» .

فهذا الخبر وارد فى مورد عدم وجود البينه، فله استحلافه حينئذ، فالظاهر هو الوجه الأول و أن ميزان المرافعه هو إقامه المدعى البينه فان لم يكن عنده بينه فله استحلافه فان رد اليمين على المدعى فحلف ثبتت الدعوى و ان نكل سقطت. و ان وظيفه الحاكم هو الحكم بحسب هذا الميزان.

و فى خبر عبيد بن زرارہ: «فى الرجل يدعى عليه الحق ولا بينه للمدعى. قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق» .

و فى خبر: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه. بشهادة رجلين عدلين» .

و فى مرسله أبان: «فى الرجل يدعى عليه الحق و ليس لصاحب الحق بينه. قال: يستحلف المدعى عليه» .

فمفاد هذه النصوص (١) و غيرها أن ميزان المرافعه عند الشرع ذلك، فكيف نرفع اليد عنها و نقول: ان اقامه البينه حق للمدعى و له رفع اليد عن حقه؟ و يؤيد ذلك أنا لم نجد خبرا يتضمن يمين المنكر أو استحلافه مع وجود البينه.

قال: «و قيل: يجوز و هو حسن» .

أقول: أى: يجوز الإلزام بناء على ما ذكرنا فى معنى «لم يقل» . لكن القول بجواز الإلزام غير تام.

ص: ٣٣١

١-١) و هى فى الباب المذكور من وسائل الشيعة.

لو كان للمدعى بينه فهنا ثلاثة أحكام، الأول ما تقدم من قول المحقق «لم يقل الحاكم أحضرها» .

و الحكم ثانى قول المحقق: «و مع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدعى» .

و الحكم الثالث قوله: «و مع الإقامه بالشهاده لا يحكم إلا بمسأله المدعى أيضا» .

و الدليل على هذه الأحكام الثلاثة قول المحقق فى ذيل الأول:

«لأن الحق له» أى الحق للمدعى فى هذه الحالات، فله ألا يحضر البينه و ان لا تدلى بشهادتها مع حضورها و ألا يحكم الحاكم فى القضييه بعد إقامتها بأن ينصرف عن حقه، أو يرضى بيمين المدعى عليه حينئذ فإن حلف كان له الانصراف عن حقه و ان امتنع أو رد اليمين على المدعى فهل على المدعى أن يحلف مع وجود البينه أو لا؟ فيه بحث.

و كيف كان فإنه يستفاد من هذه الاحكام مطلب آخر، و هو أن للمدعى أن يطالب المدعى عليه باليمين بعد إقامه الشهاده و قبل حكم الحاكم له، الا- أنا ذكرنا سابقا أن المنسبق من قوله صلى الله عليه و آله و سلم «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» بضميمه أدله «البينه على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه» انه لو كان للمدعى بينه على دعواه لا- تصل التوبه إلى مطالبه خصمه باليمين، فهو و ان كان له الانصراف عن حقه لقاعده السلطنه، أما كون التخيير بين اقامه

البينه و بين المطالبه بيمين المنكر حقا له فغير معلوم، بل لا- يبعد أن يكون من جمله الأحكام المقرره لمجلس القضاء و فصل الخصومه أن يطالب الحاكم المدعى بإقامه البينه، فان لم تكن عنده فيطالب المنكر باليمين، فليس تخيير المدعى بين الأمرين حقا له، كما أنه ليس من حقوق الحاكم أن يطلب من المنكر اليمين مع وجود بينه المدعى خلافا لمن قال بذلك.

هذا، و لكن ظاهر بعض الاخبار كروايه ابن أبي يعفور هو تخيير المدعى في ذلك، فقد جاء فيها: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له. قلت: و ان كانت عليه بينه عادله؟ قال: نعم و ان أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه ما كان له و كانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه» (١).

فهى ظاهره فى وجدانه البينه قبل رضاه بيمين المنكر، الا أنها غير ظاهره فى كون ذلك بعد إقامه البينه و قبل الحكم.

و المستفاد من روايه أبى العباس: «إذا أقام الرجل البينه على حقه فليس عليه يمين» (٢) انه لا أثر لرد اليمين بعد إقامه البينه بل يحكم الحاكم له.

و فى روايه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام

ص: ٣٣٣

١- ١) وسائل الشيعة ١٨-١٧٩. الباب-٩ من أبواب كيفية الحكم.

٢- ٢) وسائل الشيعة ١٨-١٧٨. الباب-٨ من أبواب كيفية الحكم.

عن الرجل يقيم البينه على حقه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» (١).

فان كان «يستحلف» مبنيًا للمعلوم كان المعنى أنه ليس عليه أن يستحلف المنكر، و ان كان مبنيًا للمجهول كان المعنى انه مع إقامه البينه على حقه لا يستحلف المدعى مع البينه، و الثانى هو الظاهر.

و فى روايه القاسم بن سليمان عن عبيد بن زراره: «فى الرجل يدعى عليه الحق و لا بينه للمدعى. قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحبه فان لم يفعل فلا حق له» (٢).

و فى روايه يونس: «فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه، فان لم يحلف ورد اليمين على المدعى فهى واجبه عليه أن يحلف» (٣) فان مفهومها أنه ان كان له شاهد فلا يمين على المدعى عليه.

فالحاصل: ان له المطالبه بيمين المنكر مع وجود البينه بمقتضى روايه ابن أبى يعفور، و أما أن يفعل ذلك بعد إقامه الشهاده فلا دليل عليه، بل مقتضى أدله الحكم مثل «فَأَخْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (٤) وجوب الحكم على الحاكم حينئذ.

ص: ٣٣٤

١-١) وسائل الشيعة: ١٨-١٧٦. الباب-٧ من أبواب كيفية الحكم.

٢-٢) وسائل الشيعة: ١٨-١٧٦. الباب-٧ من أبواب كيفية الحكم. و «القاسم بن سليمان» من رجال كامل الزيارات.

٣-٣) وسائل الشيعة: ١٨-١٧٦. و هى مضمرة.

٤-٤) سورة ص: ٢٦.

و ظاهر عباره الجواهر أخيرا هو اختيار هذا الوجه حيث قال:

«لكن قد يقال: ان له الحكم و ان لم يسأله المدعى لان ذلك منصبه و وظيفته.» .

فان كان المدعى جاهلا- أو غافلا- عن أنه ما لم يحكم الحاكم لم يثبت حقه فهل على الحاكم تنبيهه أو تعليمه ذلك كي يأذن بحكمه فيحكم أو لا يلزم عليه ذلك فلا يجب أن يحكم؟ وجهان.

ثم ان التمس المدعى سؤال الحاكم البيه فهل للحاكم أن يأمرها بالشهادة أو ليس له ذلك؟ ذهب الى الثاني جماعه و قالوا:

له أن يقول: من كان عنده شهادة فلا يكتمها، لأن الأمر بالشهادة قد يوهم الأدلاء بالشهادة و ان لم تكن عن علم، و لكن هذا لا يمكن المساعده عليه إذ لا- يكون معنى الأمر بالشهادة ما ذكروا و لا يتوهمه أحد، بل ان عليه أن يأمرهما بالشهادة لو احتمال كتمانها من باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، فالحق هو القول الأول.

حكم جرح المدعى عليه البيه:

قال المحقق «قده»: «و بعد أن يعرف عداله البيه يقول: هل عندك جرح؟» .

أقول: و كيف كان فإن أقيمت الشهاده و عرف الحاكم عداله البيه فإن قال للمدعى عليه: هل عندك جرح؟ فأجاب: نعم و سأل الانظار فى إثبات الجرح أنظره الحاكم ثلاثه أيام، و ان قال: لا،

حكم للمدعى. لكن فى الروايه (١) إمهاله أمدًا-يحضر فيه الجرح، بل هو مقتضى أدله القضاء. و لعله لذا احتمل فى كشف اللثام تنزيل إطلاق العبارة على ما إذا لم يدع بعد مسافه اليينه بحيث لا تحضر فى ثلاثه أيام، و اعترض عليه فى الجواهر و وجه العبارة بأن التأخير ثلاثه أيام لقاعده لا ضرر و لا ضرار، الا أنه كلام لا يمكن قبوله لان الخصم على حجته فمتى أثبت الجرح بطل الحكم و سقطت الدعوى، فلو انقضت الثلاثه أيام و أثبت الجرح كشف عن بطلان الشهاده و أن الحكم الصادر لم يكن على طبق الموازين الشرعيه، أى: ان العداله المعتبره فى الشاهد هى نظير العداله المعتبره فى شاهد الطلاق لا العداله المعتبره فى إمام الجماعه.

و يحتمل أن وجه تحديد الأصحاب الأمد بثلاثه أيام هو أن المستفاد من الروايه كون الأمر بيد الحاكم، و حينئذ فمقتضى الحكم بالحق و العدل هو الانظار ثلاثه أيام لا انه يكون ذلك بلحاظ قاعده لا حرج.

قال: «فان تعذر الجرح حكم بعد سؤال المدعى» .

أقول: ان تعذر الجرح مده الانظار-و هى ثلاثه أيام-أو الأمد الذى يمكن إتيان اليينه فيه بحسب المتعارف على اختلاف الموارد حكم عليه الحاكم بعد سؤال المدعى ذلك عند المحقق.

ص: ٣٣٦

قال المحقق «قده»: «و لا يستحلف المدعى مع البيئه الا أن تكون الشهاده على ميت.» .

أقول: فى هذا الفرع حكمان «الأول»: انه لا- يستحلف المدعى مع البيئه، و الدليل على ذلك الإجماع المدعى، مضافا الى النصوص الوارده فيه، مثل خبر محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يقيم البيئه على حقه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» (١).

و خبر أبى العباس عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا أقام الرجل البيئه على حقه فليس عليه يمين، فان لم يقم البيئه فرد عليه الذى ادعى عليه اليمين فان أبى أن يحلف له فلا حق له» (٢).

لكن فى الخبر فى وصيه أمير المؤمنين عليه السلام لشريح:

«ورد اليمين على المدعى مع بيئته فان ذلك أجلى للعمى و أثبت للقضاء» (٣) و لكنه ليس بحجه لضعفه، و لم يأخذ به أحد من الأصحاب فضعفه غير منجبر، و قد حمل على بعض الوجوه، و لكن الاولى فى

ص: ٣٣٧

-
- ١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٧. الباب-٨ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.
 - ٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٨. الباب-٨ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.
 - ٣- ٣) وسائل الشيعه: ١٨-١٥٥.

الجواب عنه ما ذكر، و بالجمله فالحكم فى الفرع الأول خال عن الاشكال.

«الحكم الثانى»: لو كانت الشهاده على ميت استحلف المدعى على بقاء حقه فى ذمه الميت استظهارا، قال فى الجواهر: بلا خلاف أجدّه فيه بين من تعرض له كما اعترف به غير واحد، و العمده فى الاستدلال عليه هو النصوص مثل:

ما رواه عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال: «قلت للشيخ: خبرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه. قال: فيمين المدعى عليه فان حلف فلا حق له، و ان رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له (و ان لم يحلف فعليه) و ان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه بينه، فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله الا هو لقد مات فلان و ان حقه لعليه و الا فلا حق له، لأننا لا ندرى لعله قد أوفاه بينه لا نعلم موضعها، أو غير بينه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع بينه، فإن ادعى بلا بينه فلا حق له، لان المدعى عليه ليس بحى، و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق» (١).

و بالجمله فلا إشكال فى أصل الحكمين المذكورين، انما الكلام فى جهات:

ص: ٣٣٨

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٢. الباب-٤ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

(الأولى): هل البينه فى الدعوى على الميت ساقطه عن الحجيه إلا- إذا ضم إليها اليمين أو أنها باقيه على حجيتها و لكن وجبت اليمين على المدعى معها، من جهه أن المدعى عليه لو كان حيا و ادعى وفاء الدين و أنكر هو ذلك لوجبت عليه اليمين؟ و ثمره هذا البحث واضح، إذ على الأول لا حجيه للينه بدون اليمين مطلقا، و أما على الثانى فيترتب الأثر على البينه لو كان معذورا عن اليمين.

(الثانية): هل يمكن التعدى عن مورد السؤال فى النصوص الى غيره أو لا؟ للتعدى عن مورد النص أنحاء، كالتعدى عن احتمال الوفاء الى احتمال الإبراء أو الوفاء بواسطه غيره فى حياته أو بواسطه وصيه بعد موته.

و كالتعدى عن الدائن إلى وليه، بأن نقول لا يشترط أن يكون مقيم الدعوى هو الدائن بل تسمع حتى لو أقامها وليه أو وصيه. و كالتعدى عن الدين الى العين.

و كالتعدى عن البينه إلى الشاهد الواحد و اليمين.

(الثالثة): أنه بناء على عدم التعدى عن مورد النص الى الموارد المذكوره، فلو ادعى عينا على ميت فهل تسمع دعواه و تكفى البينه أو الشاهد الواحد مع اليمين لإثباتها أو لا تسمع أصلا؟ و بناء على التعدى و الإلحاق فهل تسمع دعواه لو كان معذورا عن اليمين و يكتفى لإثباتها بالينه أو هى حينئذ ساقطه؟

(الرابعة): هل الوجوه و الاحتمالات التى يذكرها الامام عليه السلام فى جواب عبد الرحمن بن أبى عبد الله تقتضى قصور حجه البينه فى الدعوى على الميت؟ .

أقول: ان التعدى و الخروج عن مورد النص الى الموارد الأخرى يحتاج الى القطع بملاك الحكم الوارد فى النص و وجود ذلك الملاك بالقطع و اليقين فى غيره، أو الاستظهار من نفس اللفظ، أو العلم بعلة الحكم بمناسبه الحكم و الموضوع فيحكم به فى كل موضوع وجدت فيه تلك العلة، و أما تعديه الحكم من موضوع الى آخر من باب «حكم الامتثال فيما يجوز و فيما لا يجوز واحد» فهو قياس باطل و أما تنقيح المناط فالمعتبر منه القطعى و تحصيله مشكل.

فالمتمعن هو الاستظهار من النصوص و الدقه فيها للوصول إلى أحكام الفروع المشار إليها فى الجهات المذكوره.

ففى خبر عبد الرحمن: «. فان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينه فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله الا هو لقد مات فلان و ان حقه لعليه فإن حلف و الا فلا حق له لأننا لا ندرى لعلة قد وفاه ببينه لا نعلم موضعها أو بغير بينه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينه، فإن ادعى و لا بينه فلا حق له لان المدعى عليه ليس بحى و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه فمن ثم لم يثبت له عليه الحق» .

ص: ٣٤٠

و هو ظاهر فى أن يكون المدعى نفس صاحب الحق لا وليه أو وارثه أو وصيه. اللهم الا أن يقال بأن ما ذكره الامام عليه السلام فيه هو على سبيل التمثيل و لكنه مشكل. و أما دعوى الإطلاق فى «المطلوب بالحق» فمشكل أيضا لا سيما بالنظر الى ما جاء بعده من قوله: «فعلى المدعى اليمين. و ان حقه لعله» .

و كذا التمسك لذلك بالتعليل المذكور فى الخبر، و هو قوله عليه السلام «لأننا لا ندرى لعله قد واه بينه لا نعلم موضعها.» بأن نقول بأنه فى كل مورد لا-ندرى لعل المدعى عليه قد وفى ما للمدعى بينه كذلك وجبت اليمين لإثبات الحق، سواء كان الحالف المدعى نفسه أو وليه أو وصيه أو وارثه، لاحتمال كون هذا الكلام تعليلا للحكم بوجوب اليمين على المدعى نفسه. نعم لا مانع من التمسك به للتعدى عن الدين الى العين، و عن الوفاء إلى الإبراء و نحوه.

و بالجمله لا نتمكن أن نستفيد من هذه الروايه جواز حلف الولي أو الوصى أو الوارث مثلا بدلا من المدعى، كما أنه ليس عندنا دليل يدل على جواز يمين أحد بدلا عن غيره، بل من المسلم به أن اليمين حجه للحالف فقط و لا أثر ليمين غير ذى الحق و ان كان وليه و كان عالما بالواقع، و سيأتى وجهه فى محله ان شاء الله تعالى.

و هل يتعدى الحكم من الميت إلى الغائب و الطفل و المجنون؟ قولان ذكرهما الشهيد الثانى «قده» فى المسالك و اختار العدم تبعا للمحقق و خلافا للأكثر.

و كيف كان فعلى التعدى لا حجيه للبينه إلا بضم اليمين إليها، و كذا فى الموارد التى لا يتمكن المدعى من اليمين لأنها حقه و لا يتولاه غيره، و قال جماعه بأنه ان وجب الجمود فى كيفيه اليمين على ظاهر اللفظ الوارد فى الخبر فهو، و أما ان كان المراد هو اليمين بحسب حال الحالف- كما هو ظاهر الخبر الآخر- فلا مانع من يمين الولي مثلا حيث يقيم الدعوى بدلا عن الطفل المولى عليه على الميت، فيحلف بالله الذى لا إله الا هو لقد مات فلان و ان حق هذا الطفل لعليه، ان كان عالما بذلك، و الا لم يحلف، فان ادعى وارث الميت على الولي العلم بأن الميت قد وفى الطفل حقه كان له أن يحلف على نفي العلم بذلك.

و لو فرض كون الولي عالما بأداء الميت حق الطفل لم يجز له المطالبة بشيء، و لكن هذا لا يمنع الطفل من المطالبة بحقه عند كبره.

هذا كله بناء على القول بسقوط البينه عن الحجيه ما لم تضم إليها اليمين و ان كان المدعى غير متمكن منها، الا أن المختار أنه فى الفرض المذكور يعتمد على البينه و يحكم له بها.

ثم ان صاحب الجواهر «قده» لما كان يميل الى القول بالتعدى بالنسبه الى بعض الموارد اعترض على معاصره القائل بكفايه البينه فيما لو ادعى وارث ميت على ميت آخر- لان الدليل انما يدل على ثبوت اليمين على نفس المدعى فيبقى ما عداه على الأصل و أقصى ما يتوجه عليه بعد ذلك يمين نفي العلم- بأن ظاهر الفتوى

و النص خصوصا الصحيح كون ذلك-أى البيئه مع اليمين-هو الحججه على الميت، فيتجه حينئذ سقوط الحق.

أقول: مراده من «الصحيح» هو صحيحه الصفار: «كتب محمد بن الحسن الصفار الى أبى محمد الحسن بن على عليه السلام هل تقبل شهاده الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع عليه السلام: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين. و كتب: أ يجوز للوصى أن يشهد لو ارث الميت صغيرا أو كبيرا و هو القابض للصغير و ليس للكبير بقابض؟ فوقع عليه السلام: نعم، و ينبغى للوصى أن يشهد بالحق و لا يكتم الشهاده. و كتب: أو تقبل شهاده الوصى على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقع عليه السلام نعم من بعد يمين» (١).

ثم قال قدس سره «الا أنه كما ترى مناف لمذاق الفقه، فقد يقال ان للوارث الحلف على مقتضى الاستصحاب كما يحلف على مقتضى اليد. لكن هو-مع أنه كما ترى أيضا خصوصا إذا كان المستصحب غير معلوم له و انما شهدت به البيئه-لا- يتم فى الوصى الذى لا يجوز حلفه لإثبات مال الغير، اللهم الا أن يقال به هنا باعتبار أنه ليس مثبتا، بل هو شرط فى حجيه البيئه التى هى فى الحقيقه المثبتة، أو يقال بالاكْتفاء بيمين الوارث مع البيئه فى إثبات مفادها الذى

ص: ٣٤٣

١- ١) وسائل الشيعه ١٨-٢٧٣. الباب-٢٨ من أبواب الشهادات.

لا فرق فيه بين متعلق الوصايا والإرث، لأنها من الحجج المثبتة للموضوع في نفسه.

بل منه ينقدح عدم وجوب اليمين على كل واحد من الورثة بل يكفي يمين واحد من أحدهم، لأن مقتضى إطلاق النص اعتبار يمين واحد في تمامه حججه البينه التي قد عرفت ثبوت الموضوع بها لسائر الشركاء و ان أقامها أحدهم، فتأمل فإنه دقيق نافع و ان كان لا يخلو من بحث، ضروره كون اليمين هنا نحوها مع الشاهد الواحد، فلا يكتفى بها لغير ذى الحق.

بل قد يناقش في قبول اليمين من الوارث لتضمن يمين الاستظهار عدم الوفاء والإبراء ونحوهما، و لا يكون منه على البت لانه فعل الغير، فمع فرض اعتبار يمين البت في يمين الاستظهار يتجه حينئذ سقوط الحق كما سمعته أولاً، بل قد يؤيد بأنه مقتضى أصل عدم ثبوت الحق بعد فرض تعارض الامارات على وجه لا وثوق بشيء منها» .

قلت: لكن الشك في ثبوت الحق و عدمه مسبب عن الشك في تخصيص أدله حججه البينه زائدا على القدر المتيقن، و قد تقرر في محله جريان الأصل في السبب، فلو أريد الرجوع الى الأصل في هذا المقام كان المرجع أصاله عدم التخصيص الزائد لأدله حججه البينه، و يكون الحاصل حجيتها في المورد من غير توقف على ضم اليمين إليها.

ثم قال رحمه الله: «نعم قد يقال-بعد استبعاد سقوط الحق

مع بينه العادله خصوصاً مع قطع الوارث بالحق، بل يمكن دعوى معلومه خلافه و لو بالسيره القطعيه، و استبعاد سقوط اليمين فى الدعوى على الميت مع ظهور النص و الفتوى فيه-ان المتجه إلزام الوارث باليمين على نفي العلم باستيفاء مورثه أو إبرائه.

لكن فيه: أن اليمين على نفي العلم تفيد فيما إذا كان عدم علم الوارث مؤثراً، و هنا لا أثر لعدم علمه باستيفاء مورثه حقه أو إبرائه إياه، إذ لا ملازمه بين عدم علمه بذلك و ثبوت الحق، و المفروض أن هذه اليمين هى للاستظهار، و حيث لا أثر لهذه اليمين فان المتجه هو القول بخروج هذا الفرع من تحت تلك النصوص و لو بالسيره القطعيه، فلا بد من الأخذ بالبينه.

و من فروع المقام ما ذكره فى المسالك بقوله: «لو أقر له قبل الموت بمدته لا يمكن فيها الاستيفاء عاده ففى ضم اليمين إلى البينه وجهان، من إطلاق النص الشامل لموضع النزاع و قيام الاحتمال و هو إبراؤه منه و قبضه من ماله و لو بعد الموت، و من البناء على الأصل و الظاهر من بقاء الحق. و هذا أقوى» .

قلت: و الصحيح هو الوجه الثانى، و أما ما أورد عليه فى الجواهر من أنه مناف لإطلاق صحيح الصفار فيه أن التعليل الموجود فى خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله حيث قال عليه السلام: «لأنا لا ندرى لعله قد واه.» يقيد إطلاق صحيح الصفار فلا يشمل هذا المورد الذى نعلم بعدم وفاء الميت للحق. و مما ذكرنا يظهر

الإشكال فى قوله بعد ذلك «مع أن ظاهر الصحيح المزبور التعبد» لانه لا مجال لهذا الاستظهار مع وجود التعليل المذكور الذى يقتضى كون اليمين للاستظهار.

قال: ثم ان ظاهر قوله: «و قبضه من ماله و لو بعد الموت» مراعاة نفى الاحتمال بعد الموت أيضا، لكن ظاهر اليمين فى الخبر المزبور اعتبار نفيه الى حين الموت دون ما بعده». أقول:

لكن مقتضى التعليل فى الخبر هو العموم لما بعد الموت.

أحكام قيام اليينه على الغائب و الصبى و المجنون:

قال المحقق «قده»: «و لو شهدت على صبى أو مجنون أو غائب ففى ضم اليمين إلى اليينه تردد، أشبهه أنه لا-يمين و يدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال» .

أقول: ذكروا أن للحاكم أو عليه أن يدفع من مال الغائب الى المدعى، و هذا سواء قلنا بأن اليمين شرط حجيه اليينه هنا أو لم نقل بذلك، فإنه بعد قيام الحججه على الحكم و تماميه الحكم من قبل الحاكم يدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق الثابت عليه، لكن بعد تكفيل القابض بالمال لأن الغائب على حجته، فلو حضر و ظهر براءه ذمته من الحق المدعى استرجع المال المأخوذ منه اليه. و هل المراد من الكفاله هنا هو الضمان؟ ان الضمان المصطلح فى الدين هو: أن يضمن الشخص للدائن طلبه من المدين فينتقل الحق من ذمه المدين إلى ذمه الضامن و يكون هو المطالب

بالحق فى حال عدم وفاء المدين بالحق، لكن يشكك أن يكون المراد من التكفيل هنا هذا المعنى لعدم ثبوت اشتغال ذمه القابض - فلا معنى لان يضمه غيره لانه من قبيل ضمان ما لم يجب و هو باطل - و ان لم يكن عندنا قطع بعدم اشتغال الذمه، و أما العين فان ضمانها يكون بنحو التعهد لأخذها و ردها الى صاحبها. و حينئذ يقع الشك فى هذا المورد لانه -لما يدعى المدعى الحق على الغائب و يقيم البينه على ذلك و يحكم الحاكم له و يدفع اليه من مال الغائب بقدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال لما ذكرنا- يشكك فى أنه هل يصح ضمان الدين المشكوك. و بعبارة أخرى: هل يصح أن يضم الحق على تقدير ثبوته؟ هذا فى غير ما نحن فيه مشكك، لكن لما لم يكن ما نحن فيه من قبيل ضمان ما لم يجب أمكن الضمان فيه على تقدير، نعم يبقى فيه اشكال أن الإنشائيات يشترط فيها التنجيز و لا يصح التعليق، الا أن يدفع بأن التعليق هو فى المنشأ لا فى الإنشاء.

هذا، و لا حاجة الى ذكر دليل على جواز دفع الحاكم من مال الغائب الى المدعى لوضوح أن ذلك هو الأثر المترتب قهرا على البينه و حكم الحاكم بالحق، و أما التكفيل فدليل القول به هو النص و الا لم تكن حاجة إليه بعد ثبوت أن الغائب على حجته و أنه يسترجع ما له فيما إذا حضر و ثبت براءه ذمته، و النص المشار اليه هو:

ما رواه الشيخ بإسناده عن أبى القاسم جعفر بن محمد عن

جعفر بن محمد بن إبراهيم عن عبد الله بن نهيك عن ابن أبي عمير عن جميل بن دراج عن جماعه من أصحابنا عنهما عليهما السلام:

«الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيئه و يباع ماله و يقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجته إذا قدم. قال: و لا يدفع المال إلى الذى أقام البيئه إلا بكفلاء». و يمكن أن يستفاد منه اشتراط تعدد الكفيل لكن فى الجواهر أنه لم يعثر على قائل به، و لعل وجه عدم القول بذلك جعلهم العبارة نظير قولهم: إذا شهد عليه المسلمون فكذا حيث يراد بذلك المسلم، و كذا قولهم: يشترط اذن العلماء فى كذا، حيث يقصد العالم لا جميع العلماء.

قال فى الوسائل: و عنه عن أبيه عن سعد بن عبد الله عن أيوب ابن نوح عن محمد بن أبي عمير عن جميل مثله (١).

و نحوه ما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، لكن فيه: «إذا لم يكن ملياً» (١) فإنه ظاهر فى تكفيل القابض إذا لم يكن ملياً، و أما إذا كان ملياً فلا يجب، و لعل وجه ذلك أنه ان كان

ص: ٣٤٨

فقيرا و لم يؤخذ كفيل ضاع حق الغائب على تقدير براءه ذمته، لان المفروض إفلاس المدعى و المفلس فى أمان الله. و من هذه الروايه يعلم أيضا أن المدعى يكفل من جهه المال الذى يأخذه لا من جهه شخصه، و لذا لو أقام المدعى عليه البيئه على براءه ذمته أخذ الحاكم حقه و أرجعه اليه و ان لم يكن المدعى حاضرا.

هذا، و ليس فى الروايات ذكر لليمين، و من هنا يتوجه القول بعدم لزومها هنا. و لو سلم عموم التعليل فى روايه الدعوى على الميت الداله على لزوم اليمين فى تلك الصوره لما نحن فيه كانت روايات هذا المقام مخصصه لتلك الروايه و تكون النتيجة لزوم اليمين فى كل مورد جهل حال المدعى عليه من جهه أداء حق المدعى الا الغائب فلا يلزم فى الدعوى عليه ضم اليمين إلى البيئه. الا أن يقال بلزومها هنا أيضا من جهه أنه لا منافاه بين اشتراط اليمين هناك و اشتراط الكفيل هنا و عدم ذكر اليمين هنا لا ينفى لزومها، بل ان المراد من البيئه هو البيئه مع اليمين، و لكن هذا الاحتمال خلاف الظاهر، لان ظاهر الأدله كفايه البيئه بوحدتها.

هذا، و جميل من أصحاب الإجماع و الروايه معمول بها عند الأصحاب فلا يقدر إرسالها فى حجيتها (١).

ثم ان صاحب المسالك قال فى شرح عبارته المحقق «قده» :

وانما اعتبر المصنف الكفيل لانه لم يوجب عليه اليمين مع البيئه، فجعل الكفيل عوضا عنه لاحتمال براءه الغائب من الحق على وجه لا- تعلمه البيئه، و من أوجب عليه اليمين لم يعتبر الكفيل الا- على تقدير تعذرهما كما لو كان المدعى على الغائب وكيل المستحق فإنه لا يجوز إحلافه فيستظهر بالكفيل، و لا شك فى أن الكفاله و اليمين احتياط و استظهار الا أن ثبوتهما يحتاج الى دليل» .

و قد استغرب صاحب الجواهر صدور هذا الكلام منه قائلا بأنه لو اشترطنا اليمين فإنه متى تعذرت عليه كما لو كان المدعى على الغائب و كيلا لزم القول بعدم ثبوت الدعوى لا التكفيل عوضا عن اليمين، الا أن يقول بأن هنا روايتين إحداهما تفيد الاستظهار بالكفيل و الأخرى تفيد الاستظهار باليمين، و فيما نحن فيه يمكن التمسك بكل منهما و لا يجمع بين الأمرين، بل ان حلف فلا يكفل و ان كفل فلا يحلف، و أورد عليه فى الجواهر بأنه لا مانع من الجمع بين الأمرين، و من هنا اعتبر فى القواعد ضم اليمين الى التكفيل.

قال: و لكن لا يجب شىء من الأمرين لا فيما نحن فيه و لا فى

صوره الدعوى على الميت، بل ان القضييه تتم بحكم الحاكم، بعد قيام البيئه و أما اليمين و الكفيل فلاحتياط و الاستظهار.

أقول: يتوجه هذا الكلام فى خصوص كون المدعى عليه غائبا لأن الروايه الداله على اعتبار ضم اليمين إلى البيئه فى حال كون المدعى عليه ميتا تختص بموردها و لا تشمل محل الكلام، و حينئذ يكون اعتبار اليمين هنا من باب الاحتياط و الاستظهار، و قد استفاد فى الجواهر أن أخذ الكفيل فى حال عدم الملاءه- كما فى روايه محمد بن مسلم- هو للاستظهار أيضا و أنه ليس الحكم متوقفا على التكفيل، و لكن ظاهرها توقف دفع المال إليه فى هذه الحاله على التكفيل.

و عن الأردبيلى قدس سره الإشكال فى دفع المال الى المدعى لانه قد يستلزم الضرر على الغائب، و أن الخبر غير عام فينبغى الاقتصار على موضع الوفاق و هو فيما إذا علم الخصم بأنه إذا لم يحضر يحكم عليه و هو غائب لأنه يكون أدخل الضرر على نفسه.

أقول: لكن الظاهر أنه فى مثل هذا الحكم الذى يستلزم الضرر غالبا لا يمكن القول بحكومه أدله لا ضرر.

هذا كله بالنسبه إلى الغائب، و كذلك المجنون و الصغير، فإنه بنفس البيئه يحكم الحاكم على وليهما بدفع حق المدعى من دون حاجه الى ضم اليمين إلى البيئه لعدم شمول روايه اعتبار اليمين

الوارده فى خصوص الميآ لهما و قياسهما عليه باطل بالضرورة؁ فالأشبه أنه لا يمين وفاقا للمصنف و جماعه.

حكم ما لو ذكر المدعى ان له بينه غائبه:

قال المحقق: «و لو ذكر المدعى أن له بينه غائبه خيره الحاكم بين الصبر و بين إحلأف الغريم.» .

أقول: ذكر جماعه أنه لو ذكر المدعى بعد طرح دعواه عند الحاكم أن له بينه على ما يدعى و لكنها غائبه خيره الحاكم بين أن يصبر حتى تحضر البينه و بين أن يحلف غريمه المنكر؁ و ليس للمدعى ملازمه الغريم و لا مطالبته بكفيل.

و ليس فى عباره المحقق «قده» ذكر لمده الصبر؁ و أما التخيير بينه و بين إحلأف الغريم فهو مقتضى القاعده و لا حاجه الى دليل خاص يدل عليه لان الخيار بيده و أن يمين الغريم حق ثابت له؁ بل له اختيار إحلأف الغريم حتى مع حضور البينه.

هذا ما ذكره المحقق «قده» هنا؁ لكن فى النافع: «و لو قال: البينه غائبه أجل بمقدار إحضارها؁ و فى تكفيل المدعى عليه تردد؁ و يخرج من الكفاله عند انقضاء الأجل.» .

و قد ذكر الشهيد الثانى «قده» فى المسالك أدله الطرفين؁ فـدليل عدم لزوم أخذ الكفيل هو أن الأصل براءه ذمه المدعى عليه من إعطاء الكفيل و لا دليل على جواز لإلزام بإعطاء الكفيل؁ و دليل اللزوم: احتمال ضرر المدعى فيدفع الضرر بأخذ الكفيل. قال

فى المسالك: و هو الأحوط.

اذن فى المسأله ثلاثه أقوال.

و قد أشكل فى الجواهر فى التأجيل بأنه لا ثمره له، لأنه إن أحضر البينه بعد انتهاء المده سمعت الشهاده بلا خلاف، و لم يقل أحد بأنه يجبر على الإحلاف بعد المده مع عدم حضور الشاهدين، و ان كان المراد تعيين الأجل للكفاله بناء على جواز أخذ الكفيل كان له وجه، و تكون الثمره خروجه من الكفاله عند انقضاء الأجل، و لكن هذا لا يتلائم مع عباره النافع حيث تردد فى أخذ الكفيل، فيكون التأجيل لغوا.

لكن فى قول أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: «اجعل لمن ادعى شهودا غيبا أمدا بينهما فإن أحضرهم أخذت له بحقه و ان لم يحضرهم أوجبت عليه القضيّه» دلالة على لزوم تعيين الأجل، فمع انقضائه لم يمهل، الا أنه لا قائل بذلك، فالأولى حملة على مجرد الإمهال حتى حضور البينه، مع احتمال حملة و ان كان بعيدا على كون الشهاده على جرح بينه المدعى بعد إقامتها، فيجعل لإحضار شهود الجرح أمد حتى لا يبقى النزاع بينهما. هذا كله لو فرض تماميه سند الخبر.

و هل يلزم التكفيل؟ استدلل للعدم بأن المدعى قد اختار الصبر حتى حضور البينه، فلا وجه لإلزامه المدعى عليه بإعطاء الكفيل أو ملازمته إياه أو المطالبه بحبسه، لان حق المدعى غير ثابت فكيف يقال بإضرار المدعى عليه فعلا كأن يحبس أو يلازم دفعا للضرر المحتمل

ص: ٣٥٣

توجهه على المدعى.

فان قيل: اذن يؤخذ منه الكفيل لأنه ان كان ضررا على المدعى عليه فهو أقل من الضرر المحتمل توجهه الى المدعى، فنقول: ان قاعده نفي الضرر ليست مشرعه بل أنها قاعده ثانويه ترفع الحكم الاولي المجعول حالكونه ضرريا، و فيما نحن فيه لا حكم شرعى مجعول ترفعه قاعده نفي الضرر لكونه ضرريا.

فان قيل: ان حرمة الإلزام بالكفيل حكم ضررى فترفعه القاعده و يحكم بالجواز، فنقول: ان هذا المعنى يستلزم الضرر الكبير على المدعى عليه، و لا معنى لدفع ضرر أحد الشخصين بضرر الآخر.

و أما كون أخذ الكفيل هو الأحوط كما فى المسالك ففیه أن الأحوط هو العكس، لان معنى الاحتياط هو الإتيان بالفعل مثلا لأجل التيقن بفراغ الذمه على كلا احتمالى الوجوب و الاستحباب، و أما هنا فان فى أخذ الكفيل ضررا فعليا على المدعى عليه، و فى عدمه ضرر احتمالى على المدعى، فالأحوط عدم أخذ الكفيل منه، لأنه فى حال ترك الأخذ يعلم بعدم الضرر، و أما أخذ الكفيل فهو لدفع الضرر المحتمل مع أنه ضرر قد أقدم عليه المدعى باختياره الصبر فالأحوط الترك.

و قد يفصل بأنه إذا كان المدعى عليه مليا و يمكن استرجاع المال منه بعد ثبوت براءه ذمه الخصم فلا يكفل و الا فيكفل، و الوجه فى ذلك وجوب مراعاة الحاكم لأقل الضررين فى حال دوران الأمر بينهما.

ص: ٣٥٤

و هذا أيضا ضعيف لانه يلاحظ أقل الضررين ان كانا متوجهين الى شخص واحد لا شخصين.

و على التكفيل فهل يتعين فى ضرب مده ثلاثه أيام كما عن ابن حمزه أو يناط بنظر الحاكم؟ قولان.

و ان كان له شاهد واحد و ذكر أن الآخر غائب فقد قيل بحبسه حتى يحضر الآخر، و الأشبه أنه لا وجه للحبس و لا للتكفيل، فهذا الفرع كسابقه.

٣- الأحكام المترتبة على سكوت المدعى عليه:

قال المحقق: «و أما السكوت فان اعتمده أُلزم بالجواب فان عاند حبس حتى يبين، و قيل: يجبر حتى يجيب، و قيل. و الأول مروى.» .

أقول: ان سكت المدعى عليه أو قال: لا أدري، فتاره يكون سكوته لا عن عناد بل من جهه خوف أو دهشه أو تفكير فى الأمر و الجواب أو نحو ذلك، فحينئذ يطمئن الحاكم و يصبر حتى يزول خوفه، و تاره يكون سكوته عن عناد و لجاجه فهنا ثلاثه أقوال ذكرها المحقق «قده»: «الأول» الحبس حتى يبين الجواب «الثانى» إجباره على الجواب بالضرب و نحوه. «الثالث» أن يقول له الحاكم: اما أجبت و اما جعلتك ناكلا و رددت اليمين على المدعى، فان أصر على السكوت رد الحاكم اليمين على المدعى.

و هل هذا البحث و الخلاف قبل إقامه المدعى اليه أو بعدها؟

يمكن تصوير ثلاث صور لهذا المقام «الأولى»: أن يقيم المدعى دعواه عند الحاكم فيسأل الحاكم المدعى عليه عن جوابه فيسكت، «الثانية»: أن يقيم الدعوى و يطالبه الحاكم بإقامه بينه ثم يسأل المدعى عليه فيسكت. «و الثالثة»: أن يقيم الدعوى و لا بينه عنده عليها فيسكت المدعى عليه عن الجواب.

لا ريب في عدم كون الصورة الأولى محل الخلاف و الأقوال.

و أما في الصورة الثانية فإن علم الحاكم بعدالة الشاهدين فإنه بعد سكوت المدعى عليه يعمل بعلمه و يحكم و يرتفع النزاع.

فظهر أن مورد الأقوال هو الصورة الثالثة، و الحق أن جواب المدعى عليه ليس حقا للمدعى، و أنه لا- دليل على وجوبه عليه شرعا، نعم هو مقدمه للعلم بالحال و فصل النزاع. و ننظر فيما يمكن أن يستدل له للأقوال في هذا المقام، فنقول:

الظاهر أنه لا نص في المسألة بالخصوص، و قول المحقق و العلامة قدس سرهما بالنسبة إلى القول الأول: «و الأول مروى» يمكن أن يكون إشارة إلى النبوى المشهور: «لى الواجد يحل عرضه و عقوبته» (١) الذى ذكروا انجبار ضعفه بعمل الأصحاب. و قد أجيب بأن الظاهر من «الواجد» هو من وجد المال لا ما يعم استحقاق جواب الدعوى، و يشهد بذلك أن الامام أمير المؤمنين عليه السلام كان يحبس المدين و الغريم كما فى الاخبار.

ص: ٣٥٦

أقول: و في الاستدلال به و الجواب عنه كليهما نظر، أما في الاستدلال فلانه يتوقف على ثبوت كون الجواب واجبا على المدعى عليه اما من جهه كونه حقا للمدعى و اما من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و حينئذ لو شككنا في عقاب من لم يعمل بهذا الواجب أمكن الاستدلال بالحديث، و أما مع عدم ثبوت وجوب الجواب عليه فلا- يجوز حبسه، كما لا يجوز حبس من يشك في كونه مدينا. و قد تقدم أن في وجوب الجواب على المدعى عليه مطلقا تأملا و اشكالا اللهم الا أن يكون إجماع، فسقط الاستدلال.

و في الجواب المذكور أيضا نظر من جهه أنه لو فرض ظهور لفظ «الواجد» فيما ذكر، بل حتى لو صرح بالمال في الكلام فلا مانع من دعوى إلغاء خصوصيه المال هنا بمناسبه الحكم و الموضوع، فيكون معنى الحديث: لى الواجد عن أداء ما للناس -مالا كان أو حقا- يحل عقوبته و عرضه.

و استدل للقول الثاني بأن إجباره على الجواب بالضرب هو من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

و فيه: ان هذا أيضا متوقف على ثبوت وجوب الجواب عليه و الا- فإن أدله وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر لا تثبت موضوع المعروف و المنكر.

و استدل للقول الثالث بعموم الروايات الواردة في باب «أن المدعى إذا لم يكن له بينه فله استحلاف المنكر، فان رد اليمين على المدعى فحلف ثبتت الدعوى و ان نكل بطلت» كصحيحه محمد

ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «في الرجل يدعى و لا بينه له. قال: يستحلفه، فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له» (١).

و بالروايه الوارده فى الأخرس (٢) إذ المستفاد منها أن الإنكار غير لازم بل يكفى لثبوت حق المدعى امتناع المدعى عليه من اليمين، و لكن الاستدلال بها يتوقف على عدم مجيء شبهه القياس.

و بروايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٣).

فالأظهر هو القول الثالث، و ان قال بالأول جماعه كبيره من الأصحاب.

و قد يستدل للمختار بأن السكوت لا يخلو عن أحد أمرين، لان المدعى عليه ان كان يعلم بصدق المدعى فهو مقر و عليه دفع ما يدعيه، و ان كان ينكر ذلك و جب عليه رد اليمين على المدعى، و حيث امتنع من ذلك بسكوته فان الحاكم يرد اليمين على المدعى فان حلف ثبتت دعواه و الا سقطت، فالحاصل أنه مع السكوت يحكم عليه بدفع الحق.

و فيه: ان الإقرار أو الإنكار لا بد من إبرازه حتى يترتب عليه الأثر، و العلم الإجمالى المذكور غير كاف لترتب أثر أحد الحالين.

ص: ٣٥٨

-
- ١-١) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٦. الباب: ٧ من أبواب كيفية الحكم.
 - ٢-٢) وسائل الشيعه: ١٨-٢٢٢. الباب: ٣٣ من أبواب كيفية الحكم.
 - ٣-٣) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٢. الباب: ٤ من أبواب كيفية الحكم.

وقد يعترض بأنه لو كان السكوت فى حكم النكول-كما تمسك لذلك بالروايات العامه-فيرد اليمين على المدعى كان اللازم أن يكون مجرد عدم جواب الصغير و المجنون و الغائب و الميت موضوعا لجواز الرد على المدعى.

و فيه: انه قياس مع الفارق.

و أما رأى صاحب الجواهر «قده» فهو بقاء النزاع على حاله فيكون بحكم الدعوى على الميت بلا بينه.

و فيه: انه مشكل جدا فإنه يؤدى الى عدم ثبوت دعوى أبدا، و لا ريب فى بطلان نسبه هذا الحكم الى الشارع، و عليه فلا مناص من سماع الدعوى، و مع سكوت المدعى عليه يحلف المدعى بمجرد ذلك أو بعد رد الحاكم اليمين عليه، و ان كان الثانى هو الأحوط، فان لم يحلف سقطت الدعوى.

بل ربما يكون ما ذكرناه هو طريق فصل النزاع حتى فى صوره الحبس أو الضرب، لانه قد لا يجيب المدعى عليه بعدهما و يكون المرجع ما ذكرناه، و عليه فهل يجب الحبس أو الضرب مع وجود هذا الطريق الذى يحتمل سلوكه بالتالى؟ الحق هو العدم.

قال المحقق «قده»: «و لو كان به آفه من طرش أو خرس توصل إلى معرفه جوابه بالإشاره المفيده لليقين» .

أقول: هذا إذا لم نقل بأن إشاره الأخرس تقوم مقام لفظ المتكلم الذى يكتفى بالظن بالمراد منه فلا حاجه الى مترجم لتحصيل اليقين بكونه مقرا أو منكرا.

قال: «و لو استغلقت إشارته بحيث يحتاج الى المترجم لم يكف الواحد.» .

أقول: ان القول بافتقاره الى مترجمين عدلين مبنى على أن ذلك من مقام الشهاده، و أما بناء على كونه من باب الرجوع الى أهل الخبره فى فهم اللغات مثلا فلا يعتبر التعدد.

٤- حكم ما لو أجاب بقوله «لا ادرى» :

اشاره

إذا أجاب المدعى عليه بقوله «لا أدرى» فإن كان للمدعى بينه على دعواه فهو و الا فوجه:

منها: سقوط الدعوى، لان المدعى بعد فرض عدم البينه يقر بأن من لا يدري هل هو مدين أو لا لا يجب عليه دفع شىء.

و منها: أن يحلف المدعى عليه بأنه لا حق للمدعى فى ذمته استنادا الى الأصل، فإن شك فى مشروعيه هذه اليمين و سقوط الدعوى بها فالأصل هو العدم، و لكن تعارضه أصاله عدم استحقاق الحق.

و منها: ان يرد اليمين على المدعى.

و منها: انه منكر و عليه اليمين بنفى العلم باستحقاق المدعى ما يدعيه عليه، قال فى الجواهر: «ثم ان ظاهر حصر الأصحاب حال المدعى عليه فى الثلاثه عدم حال آخر رابع مخالف لها فى الحكم، و حينئذ فإذا كان جوابه لا ادرى و لا اعلم و نحو ذلك فهو منكر، ضروره عدم كونه إقرارا كضروره عدم كونه ساكتا فليس إلا الإنكار و انسياق القطع بالعدم منه لا ينافى كونه فردا آخر له مرجعه عدم

ص: ٣٦٠

استحقاق ما يدعيه و ان لم يعلمه في نفس الأمر، ضروره اقتضاء تعلق الدعوى به استحقاق المدعى به عليه، فإذا نفى العلم بسببه كان نافيا للاستحقاق المزبور الذي هو روح الدعوى عليه، وبذلك يكون منكرًا لا يتوجه عليه الا اليمين لموافقته للأصل و غيره، و لا ينافي ذلك ما تسمعه من الأصحاب من غير خلاف فيه يعرف بينهم من اعتبار الحلف على البت في فعله نفيًا و إثباتًا المنزل على الصورة الغالبة من الإنكار بخلاف ما إذا كان إنكاره بالصورة الثانية فإنه يحلف على عدم العلم نحو يمين الوارث» .

و منها: ما ذكره السيد «قده» -و لا يبعد كونه الأصح- و هو التفصيل بين صورته تصديق المدعى دعوى المدعى عليه عدم الدراية و بين صورته عدم تصديقه لها، فقال ما حاصله بلفظه: «إذا أجاب المدعى عليه بقوله: لا أدري، فاما أن يصدقه المدعى في هذه الدعوى أو لا- فعلى الأول: ان كان للمدعى بينه على دعواه فهو و الا فلا حق له، لان المفروض تصديقه في عدم علمه، و معه ليس مكلفًا بالأداء في مرحله الظاهر لأن الأصل براءة ذمته و المدعى أيضا معترف بذلك، فالمقام نظير الدعوى على الميت مع عدم البيهنة و اعتراف المدعى بعدم علم الوارث، فإنه لا- خلاف في سقوط دعواه حيثئذ. و يمكن أن يستدل على ما ذكرنا بالأخبار الواردة في ادعاء رجل زوجته امرأه لها زوج و أنه لا تسمع دعواه إذا لم تكن بينه كموثقه سماعه (1) و روايه

ص: ٣٤١

١- ١) وسائل الشيعه: ١٤-٢٢٦. الباب: ٢٣ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد من كتاب النكاح.

يونس (١) و حسنه عبد العزيز (٢) فان المفروض في هذه الاخبار عدم علم الزوج بصدق المدعى و كذبه، و الظاهر عدم الفرق بين دعوى الزوجيه و غيرها.

و على الثانى فللمدعى عليه أن يحلف على عدم اشتغال ذمته فعلا بحسب الظاهر، لانه منكر من هذه الحثيه، فالمنكر قسمان: منكر للاشتغال الواقعى، و منكر للاشتغال بحسب ظاهر الشرع، و للمدعى أن يحلفه على نفي العلم ان ادعى علمه بثبوت الحق، فإن حلف كفى فى سقوط الدعوى، و ان رد اليمين على المدعى أو الحاكم ردها عليه فحلف ثبت حقه و لكن هذا الحلف لا يوجب سقوط حقه واقعا حتى لا تسمع منه البيئه بعد ذلك و لا يجوز له المقاصه» .

هذا إذا كانت الدعوى ديناً، و أما إذا كانت متعلقه بعين فى يده و أجاب المدعى عليه بقوله: «لا أدري» فقد ذكروا أنه ان كانت تحت تصرف تلك اليد فقط و لم تشاركها يد أخرى فى الأخذ و الوضع من الصندوق الذى وضعت تلك العين فيها مثلاً كانت اليد المنحصره حجه و الا و جب على المدعى إقامه البيئه، فإن أقامها حكم له و الا فيما أن المدعى عليه غير متمكن من الحلف لعدم درايته بالواقع و من هنا أيضا لا يمكنه رد اليمين على المدعى تكون الدعوى ساقطه ظاهراً.

ص: ٣٤٢

١-١) وسائل الشيعه: ١٤-٢٢٦.

٢-٢) وسائل الشيعه: ١٤-٢٢٦.

و قال السيد رحمه الله ما ملخصه «بل يمكن أن يقال بجواز حلفه على عدم الحق للمدعى على الميت اعتمادا على يد من انتقلت منه اليه كما يظهر من خبر حفص بن غياث (١) فإنه يظهر منه جواز الحلف إذا اشترى من ذى يد، بل يظهر منه جواز الشهادة باليد مع أن أمر الشهادة أصعب، بل و كذا إذا كانت فى يده و لم يعلم حالها يحكم بمقتضى يده أنها له، و لا يضر قوله: لا أدرى من أين صارت فى يدي و أنها فى الواقع لى أو ليست لى.

لكن قال فى المستند فى هذه الصورة: ان رد اليمين على المدعى فحلف كانت له و ان لم يدع عليه العلم أو ادعى و حلف على نفى العلم لا يحكم بكونها له بل يقرع بينه و بين المدعى، لانه يشترط فى دلالة اليد على الملكيه عدم اعتراف ذىها بعدم علمه بأنه له أو لا» .

قلت: و الاولى ما ذكره السيد «قده» لانه مقتضى قاعده اليد.

ص: ٣٦٣

ثم انه بناء على ما ذكرنا من سقوط الدعوى فى صورته تصديق المدعى دعوى المدعى عليه عدم درايتة و أنه لا أثر لليمين حينئذ -لأن الغرض منها ازاله الشك فى صدقه فمع العلم به لا أثر لها- يحكم بسقوط الدعوى كذلك لو علم بصدقه فى دعوى عدم الدرايه من دون حاجه الى يمين المدعى عليه على ذلك.

و قال بعض المعاصرين: و إذا أجاب المدعى عليه بعدم العلم فقد يقال مع تصديق المدعى له، فاما أن يكون له بينه فهو، و مع عدمها لا- حق له لعدم كون المدعى عليه مكلفا بالأداء فى الظاهر و المدعى معترف بذلك فلا يجوز مطالبتة، و معه ليست الدعوى مسموعه حتى يقال يصدق عليه المدعى و كل دعوى مسموعه يكون الفصل فيها باليمين و اليمين، و ذلك لعدم البينه و عدم إمكان الحلف على الواقع لعدم العلم به و لا على الظاهر لتصديقه له فى براءته بحسب الظاهر» (1).

و فيه: أنه ليس الشك فى الصدق ملحقا بالعلم به فى عدم جواز الإحلاف، لأن اليمين هى للاستظهار فى حال تكذيبه دعوى نفى العلم أو الشك فى صدق هذه الدعوى.

و انما يحلف مع كون الأصل عدم كونه مدينا لان الصحيح- كما ذكر الشيخ الأستاذ قدس سره (1) -ان قولهم بعدم وجوب الفحص فى الشبهه الموضوعيه ليس على إطلاقه، لأنه قد يكون

ص: ٣٦٤

الفحص من السهولة بحيث لا يصدق معه الشك و الشبهه عرفا، فلو توقف ظهور حقيقه الحال فى المنازعه على حق على مراجعه دفتر الحساب لم يؤثر جواب المدعى عليه بالشك فى صدق الدعوى و تمسكه بأصالة العدم حينئذ. و ما نحن فيه من هذا القبيل فالحلف لا بد منه فى هذا المقام.

(مسائل تتعلق بالحكم على الغائب)

الأصل- لو لا الدليل-عدم نفوذ الحكم على الغائب، الا أنه لا ريب فى سماع الدعوى و نفوذ الحكم عليه، و فى الجواهر الإجماع بقسميه عليه، و قد يستدل لذلك بالأدله التاليه:

١-إطلاق أدله القضاء كقوله تعالى «فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (١).

٢-إطلاق أدله الحكم بالبينه و اليمين، كقوله صلى الله عليه و آله و سلم «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» (٢).

الا- أن التمسك بهاتين الطائفتين من الأدله غير تام لعدم الإطلاق الشامل للغائب فيها بحيث يمكن أن يكون دليلا للجواز لو لا الاخبار الخاصه و الإجماع، لأن هذه الأدله فى مقام بيان الحكم على الإجمال، فهى تبين أصل القضاء و تشريعه من غير تعرض إلى الشرائط

ص: ٣٦٥

١- ١) سورة ص: ٢٦.

٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٦٩. الباب: ٢ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

و الخصوصيات، و يكون معنى «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان»، انى لا افضى بينكم عن طريق العلم بالغيب و لا بالمعجزه بل أفضى بينكم بالبينات و الايمان، بل ان هذا الحديث و نحوه منصرف عن صورته كون أحد المتخاصمين غائباً.

٣- ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم من أنه قال لهند زوجه أبى سفيان بعد أن ادعت انه رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى و ولدى: «خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف» (١) و كان أبو سفيان غائباً.

و فيه- مع الغرض عن سنده و عما قيل من أن كون أبى سفيان غائباً غير معلوم- أنه لا ظهور له فى كون ذلك من النبى «ص» من باب الحكم، بل كونه من باب الولاية على الممتنع أولى، فلا يتم الاستدلال به.

٤- ما روى عن أبى موسى الأشعري: «كان النبى صلى الله عليه و آله و سلم إذا حضر عنده خصمان فتواعدا الموعد فوفى أحدهما و لم يف الآخر قضى للذى و فى على الذى لم يف. أى مع البيه» (٢).

و هذا الحديث- مع الغرض عن سنده- صريح فى حضور كليهما عند الحاكم و غياب أحدهما عند الحكم، فلا يستدل به لصورته غياب أحدهما من الأول.

٥-خبر جميل: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيه و يباع ماله و يقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجه إذا قدم و لا يدفع المال إلى الذى أقام البيه إلا بكفلاء» (١).

٦-خبر محمد بن مسلم: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيه و يباع ماله و يقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجه إذا قدم و لا يدفع المال إلى الذى أقام البيه إلا بكفلاء إذا لم يكن ملياً» (٢).

٧-إطلاق ما روى عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال: «القضاء أربعة، ثلاثة فى النار و واحد فى الجنة، رجل قضى بجور و هو يعلم فهو فى النار، و رجل قضى بجور و هو لا يعلم فهو فى النار، و رجل قضى بالحق و هو لا يعلم فهو فى النار، و رجل قضى بالحق و هو يعلم فهو فى الجنة» (٣).

لكن الظاهر كونه فى مقام بيان لزوم العلم بالحق و الحكم بالحق فقط، فلا إطلاق له ليستدل به فى المقام.

و ببعض ما ذكر يتقيد إطلاق ما رواه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «إذا

ص: ٣٦٧

١-١) وسائل الشيعة: ١٨-٢١٦. الباب: ٢٦ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى.

٢-٢) وسائل الشيعة: ١٨-٢١٦.

٣-٣) وسائل الشيعة: ١٨-١١. الباب: ٤ من أبواب صفات القاضى.

تقاضى إليك رجلان فلا تقض للاول حتى تسمع من الآخر، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء» (١) و ان كان يحتمل ظهور «تقاضى إليك رجلان» فى كونهما حاضرين، فيكون وجه الجمع: الحكم فى القضية جزما و يكون الغائب على حجه إذا قدم.

و كذا ما عن على عليه السلام قال: «قال النبى صلى الله عليه و آله و سلم لما وجهنى إلى اليمن: إذا تحوكم إليك فلا تحكم لأحد الخصمين دون أن تسأل من الآخر. قال: فما شككت فى قضاء بعد ذلك» (٢)، و ما رواه العياشى فى تفسيره عن الحسن عن على عليه السلام ان النبى صلى الله عليه و آله و سلم بعثه ببراءة-الى أن قال-فقال: «ان الناس سيتقاضون إليك، فإذا أتاك الخصمان فلا تقض لواحد حتى تسمع من الآخر فإنه أجدر أن تعلم الحق» (٣) بناء على ظهورهما فى الإطلاق، و يكون مفاد أخبار الأمر بالسؤال من الآخر أنه إذا حضرا معا فلا يجوز الحكم قبل السؤال من الآخر و سماع كلامه، و قد حمل الأمر بالسؤال منه على الإرشاد و لكنه خلاف الظاهر.

و أما ما رواه أبو البخترى عن جعفر عن أبيه عن عليه السلام

ص: ٣٤٨

١-١) وسائل الشيعه: ١٨-١٥٨ ضعيفه.

٢-٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٥٩ ضعيفه.

٣-٣) وسائل الشيعه: ١٨-١٥٩ ضعيفه.

من أنه قال: «لا يقضى على غائب» (١) فلا يعارض ما تقدم لضعف سنده (١) و لإعراض الأصحاب عنه، مع إمكان حمله على بعض الوجوه.

و بعد، فهل يقضى على الغائب فى كل دعوى و على كل حال؟ يتضح الأمر فى هذا المقام فى مسائل:

المسألة الأولى

(فى المراد من الغائب)

قال المحقق «قده»: «يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقا مسافرا و حاضرا، و قيل: يعتبر فى الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم» .

أقول: لا- اشكال و لا- خلاف فى أنه يقضى على الغائب المتعذر عليه الحضور من جهه مرض أو شبهه، أو كان ممتنعا عن الحضور.

و لا- خلاف فى صدق «الغائب» على المسافر بمقدار المسافه الشرعيه، و أما إذا كان أقل منها فعن يحيى بن سعيد القول بعدم الصدق، و لعل دليله أن القدر المتيقن من «الغائب» هو المسافر بقدر المسافه الشرعيه.

ص: ٣٦٩

١-١) وسائل الشيعه: ١٨-٢١٧ عن قرب الاسناد عن السندى بن محمد عن أبى البختري.

و هو ضعيف لصدق الغائب على المسافر بأقل منها حقيقه.

و ان كان حاضرا فى البلد و غائبا عن مجلس الحكم فالمشهور أنه كالغائب عن البلد فيقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقا، قال فى الجواهر: و ان لم يتعذر عليه الحضور، لكن فيه عن المبسوط و تعليق الإرشاد: يعتبر فى الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم، إلا أنا لم نجد فى المبسوط ما نسب اليه، و الشيخ «قده» لم يتعرض إلى مسألتنا، و يمكن أن يكون قد تعرض لها فى محل آخر.

و فى المسالك: ان كان غائبا عن البلد قضى عليه باتفاق أصحابنا سواء كان بعيدا أم قريبا، و كذا لو كان حاضرا فى البلد و تعذر حضوره فى مجلس الحكم اما قصدا أو لعارض، و لو لم يتعذر حضوره فالمشهور الجواز أيضا لعموم الأدله. و قال الشيخ فى المبسوط:

لا يحكم عليه حينئذ لأن القضاء على الغائب موضع ضروره فيقتصر فيه على محلها، و لانه ربما وجد مطعنا و مدفعا و جاز فى الغائب للمشقه بطول انتظاره. و الأظهر الأول.

و لعل المشهور قد حملوا أدله السؤال من المدعى عليه على الحاضر فى المجلس، أو حملوا «الغائب» فى أدله القضاء عليه على من غاب عن المجلس، فتكون هذه الأدله مخصصه لأدله السؤال من المدعى عليه بناء على عموم التعليل الموجود فيها، لان ظهور «يقضى على الغائب» أقوى من ظهور العله فى تلك الأدله، و يجوز حمل العله على الاستحباب أو العليه الناقصه. لكن فى الحكم على الغائب عن المجلس تردد و ان كان ما ذهب اليه المشهور هو

الأظهر، و كونه على حجته إذا قدم يدفع الضرر عنه.

هذا و لا يجب على الحاكم الإرسال خلف المدعى عليه للحضور فى المجلس الا أن يلتمس المدعى ذلك.

ثم هل يشترط فى الحكم عليه دعوى جحوده كما فى القواعد التوقف فيه، بل عن التحرير الجزم بعدم سماع بيئته إلا لأخذ المال لو اعترف باعترافه-و مرجعه الى اشتراط ادعاء الجحود إذا طلب الحكم دون المال-و التردد إذا لم يتعرض لجحوده من اشتراط سماعها به و لم يعلم، و من تنزل الغيبه منزله السكوت النازل منزله الجحود، لاحتماله الجحود فى الغيبه و ان لا يقدر بعد على الإثبات إذا ظهر الجحود؟ قال فى الجواهر: لا يخفى عليك إطلاق النص و الفتوى و معقد الإجماع. أقول: على أنه إذا كان مبنى الحكم كون المدعى عليه جاحدا فيلزم فى صوره إقرار المدعى عليه أن لا يحكم الحاكم بعد الإقرار، نعم له أن يأمره بدفع ما أقر فيه لو كان متساهلا فى تسليمه. و الا فلا معنى لتوقف تنفيذ حكم الله على حكم الحاكم فى القضية. الا أن يقال بأن الله عز و جل قد أذن للحاكم أن ينشئ الحكم حتى تترتب الآثار على الحكم الشرعى ان كان لحكمه أثر زائد على الإقرار-لأن المسلم به أنه لا يسمع الإنكار بعد الإقرار و أن الإقرار كحكم الحاكم فى فصل الخصومه-كأن يكون أثر الحكم عدم سماع دعواه الاشتباه مثلا فى الإقرار.

قال فى الجواهر: نعم قد يتوقف فى صوره العلم باعترافه بناء

على اشتراط الخصومه فى مطلق القضاء على الحاضر و قد عرفت الكلام فيه سابقا، و المتيقن من الخبرين غير المفروض، نعم لا إشكال فى تناولهما غير معلوم الحال كما هو واضح.

أقول: لكن دعوى انصراف الخبرين عن هذه الصوره مشكله.

المسأله الثانيه

(يقضى على الغائب مطلقا أو فى حقوق الناس؟)

قال المحقق «قده»: «يقضى على الغائب فى حقوق الناس كالديون و العقود و لا يقضى فى حقوق الله تعالى كالزنا و اللواط لأنها مبنيه على التخفيف» .

أقول: و لذا تدرء الحدود بالشبهات، بخلاف حقوق الناس فإنها مبنيه على الاحتياط. فان قيل: فلما ذا لا يعتنى باحتمال خطأ الشاهدين بل يحكم على طبق شهادتهما على المدعى عليه الحاضر قلنا: ان احتمال خطأ البيه يبلغه دليل حجيتها فلا مجال حينئذ لدليل درء الحد بالشبهه و الا لتوقف اجراء الحد على العلم بالواقع فى القضيه أو بصدق الشاهدين، لكن حيث أن المدعى عليه غائب يمكن حضوره و جرح الشاهدين أو إقامة البيه على أن المتهم فى هذه القضيه ليس هو بل غيره، فهذا الاحتمال يدرأ به الحد.

قال المحقق: «و لو اشتمل الحكم على الحقين قضى بما يخص الناس كالسرقه يقضى بالغرم، و فى القضاء بالقطع تردد» .

أقول: لو اشتمل الحكم على حق الناس و حق الله معا كالسرقه

يقضى عليه في حق الناس، و أما القضاء بحق الله و هو القطع فقد تردد فيه المحقق «قده»، قال شارحوه انه لم يتردد في عدم القضاء به غيره من الفقهاء.

و ذكر في الجواهر وجه التردد: ان السرقة عله للأمرين، فإذا قامت البيهه عليها لم يعقل التفكيك بين المعلولين، و أجيب عن ذلك بأن الأحكام الشرعيه معرفات لا علل حقيقيه. و معنى هذا الكلام:

ان الأمور المذكوره في كلمات الشارع بعنوان العله ليست علالا حقيقيه يحكم العقل بامتناع الانفكاك بينها بل هي معرفات. أقول:

ان العقل لا يمكنه ادراك أن الشيء الكذائي عله للشيء الكذائي في الأحكام الشرعيه، فلو لا بيان الشارع ان الجنابه عله لوجب الغسل لم يدرك العقل ذلك، و حينئذ فلو جاء في كلامه أن الشيء الفلاني عله للشيء الفلاني و جب التصديق بحكم الشارع بالعليه، لكن الفرق بين العليه المدركه بالعقل كعليه النار للحراره و العليه الوارده في لسان الشارع هو أنه في الأول يستحيل التفكيك بين النار و الحراره إلا عن طريق الاعجاز، أما في الثاني فإنه يمكن تخلف ما جعل معلولا عما جعل عله، و لذا نرى أن الشارع قد يقول في مورد بعدم ترتب المعلول على العله و هو يكشف عن عدم العليه التامه. اذن ليست الأحكام الشرعيه معرفات، بل هي علل و معاليل كالعلل و المعاليل الأخرى.

و عليه فلو أقر الحاضر بالسرقة مرتين ترتب الأثران، و ان أقر مره واحده يؤخذ منه حق الناس و لا يحكم عليه في حق الله، فلا

يلزم أن نقول الأحكام الشرعيه معرفات، بل نقول هي علل، و لكن فى هذا المورد العله لترتب الأمرين هو الإقرار مرتين، و الإقرار مره واحده عله لترتب أحد الأثرين، و ذلك لان مبنى الشارع فى الحدود الإلهيه على التخفيف فلا بد من إقرارين، و أما فى حقوق الناس فعلى الاحتياط فيكفى الإقرار الواحد لأن يقضى عليه بالغرم.

هذا، و لكن مقتضى أدله القضاء عمومها بالنسبه إلى الحاضر و الغائب، و حيثئذ فلو سرق حكم بقطع يده و بالغرم معا لعموم الأدله، و دليل درء الحد بالشبهه لا يشمل هذا المقام و لا مخصص تام سندا و دلاله لتلك العمومات، فيقضى عليه فى الحقين بلا فرق الا أن يكون هناك إجماع.

المسأله الثالثه

(لو كان صاحب الحق غائبا فطالب الوكيل)

قال المحقق: «لو كان صاحب الحق غائبا فطالب الوكيل فادعى الغريم التسليم الى الموكل و لا بينه، ففى الإلزام تردد بين الوقوف فى الحكم لاحتمال الأداء، و بين الحكم و إلغاء دعواه لان التوقف يؤدي الى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء و الأول أشبهه» .

أقول: الوكيل تاره و كيل فى المرافعه فقط و أخرى هو و كيل فى المرافعه و المطالبه بالحق معا، و حيث يكون له المطالبه بالحق فان ادعى الغريم تسليمه الى الموكل طالبه بإقامه البيئه على دعواه الوفاء به، فإن أقامها حكم الحاكم له، و ان لم يكن له بينه على

تلك الدعوى فلا يمكنه إحلاف الوكيل لان يمين الوكيل لا أثر لها، و حينئذ تسقط دعواه و يلزم بدفع الحق، لأن الأصل عدم دفع الحق و عدم إبراء صاحب الحق إياه، و هذا هو الوجه الصحيح للقول بالإلزام.

و أما قوله: «لان التوقف يؤدي الى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء» فقد يجاب عنه بأن استيفاء الحق ليس متوقفا على ذلك، فيمكن طلبها بأسباب أخرى.

و أما القول بأنه لو لم يلزم لتوجه الضرر على صاحب الحق بضياع حقه، ففيه أنه يحتمل أيضا توجه الضرر الى الغريم لاحتمال صدقه فى دعوى الأداء.

و هل يلزم التكفيل حينئذ لو طلبه الدافع؟ ان كان ذلك بعد حكم الحاكم لم يكن للتكفيل أثر لان الدعوى بعد الحكم لا تسمع، و الا كان له وجه نظير ما إذا كانت الدعوى على غائب حيث ورد الخبر بأخذ الكفيل من المدعى.

و فى المسأله وجهان آخران:

أحدهما-تفصيل صاحب المستند بين ما إذا كان الوكيل وكيلا فى دعوى الإبراء و الوفاء أيضا فالتوقف، و بين ما إذا لم يكن وكيلا فالإلزام.

و الثانى-التفصيل الذى لم يستبعد السيد «قده» قوته، و هو التفصيل بين ما إذا ثبت الحق بالبينه أو بإقرار المدعى عليه من الأول،

فعلى الأول الإلزام و على الثانى فالتوقف.

و ان لم يأذن ذو الحق للوكيل بأخذ الحق من الغريم فلا- وجه لأخذه له، فحيث يلزم بدفع الحق فإنه يدفعه الى الحاكم حتى يسلمه الى صاحب الحق عند حضوره.

ص: ٣٧٤

إشاره

فى كئفئه الاستحلاف و البعث فى أمور ثلاثه

(الأول: فى اليمين)

إشاره

اعلم أن المستفاد من الاخبار الكئفئه كراهه اليمين الصادقه و كونها مرجوحه مطلقا، فعن أبى عبد الله عليه السلام قال «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من أجل الله أن يحلف به أعطاه الله خيرا مما ذهب منه» (١).

و عنه عليه السلام قال: «لا تحلفوا بالله صادقين و لا كاذبين، فإنه عز و جل يقول وَ لَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ» (٢).

و عن أبى جعفر عليه السلام فى روايه: «و انى لأكره أن أقول (و الله) على حال من الأحوال» (٣).

ص: ٣٧٧

١-١) و سائل الشيعه: ١٦-١١٥. الباب-١-كتاب الايمان.

٢-٢) و سائل الشيعه: ١٦-١١٦. الباب-١-كتاب الايمان.

٣-٣) و سائل الشيعه: ١٦-١١٥-١-كتاب الايمان.

و لكن تزول الكراهه بل يترجح إتيانها في كثير من الموارد بالنظر الى الأثر المترتب عليها كيان أهميه المطلب أو التأكيد عليه و نحو ذلك، و لذا كان النبي و الأئمه عليه و عليهم الصلاه و السلام قد يحلفون في كلامهم، فعن الرضا عليه السلام: «بلغنى أن الناس يقولون أنا نزعنا أن الناس عبيد لنا، لا و قرابتى من رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ما قلته قط.» (١).

بل قد يجب الحلف في بعض الموارد، كما إذا وقعت المرافعه على زوجيه امرأه مثلاً أو ملكيه دار و نحو ذلك.

و يحرم الحلف بالأوثان و الأصنام، فالحلف باللائت مثلاً حرام و ان كان على ترك محرم أو إتيان واجب، و لا كفاره عليه في صورته المخالفه.

و لو حلف على ترك واجب أو فعل حرام فقد يقال بحرمة هذا الحلف و لو خالف لم تجب عليه الكفاره.

لا يستحلف أحد إلا بالله:

قال المحقق قده: «و لا يستحلف أحد إلا بالله و لو كان كافرا» .

أقول: ان اليمين تكون في موارد ثلاثه:

الأول: في المورد الذي لا يترتب عليه أثر أصلا، كأن يحلف الرجل على ما يقوله في مقام التكلم مع غيره، فهذا ما لا يترتب عليه أثر وضعي.

و الثاني: أن يحلف على فعل أمر راجح فعله أو ترك أمر مرجوح فعله، و أثر هذه اليمين هو وجوب الكفاره عليه مع المخالفه ان كانت بالله عز و جل.

و الثالث: اليمين في مورد المرافعه لإثبات حق أو إسقاطه.

ففي الأول يجوز الحلف بغير الله تعالى؟ ان الاخبار الوارده في النهي عن اليمين بغير الله فوق حد التواتر، لكن الأصحاب رفعوا اليد عن ظهورها في الحرمة و حملوها على الكراهه و لم يفت أحد منهم بحرمة اليمين بغير الله، بل ادعى الإجماع على الكراهه، بل لقد وجدنا في الاخبار حلف الأئمه بغير الله في محادثاتهم و محاوراتهم (١))، و في كتاب القضاء للمحقق الآشتياني: أن عليه السيره، و أجاب عن

ذلك بأن الأخبار الناهية عن اليمين تصلح لأن تكون رادعه عن هذه السيره، و فيه: انها ليست رادعه، بل يمكن القول بأن السيره كاشفه عن عدم إرادته الحرمة من تلك الاخبار (١).

و أشكل بأن بعض تلك الأخبار يأبى الحمل على الكراهه، مثل ما روى عن النبي «ص»: «من حلف بغير الله فقد أشرك» (١) و في حديث آخر «فقد كفر» (٢).

و فيه: أن الحديثين-مع الغض عن سندهما-محمولان على اليمين الموجهه للكفر و الشرك كأن يحلف المسلم باللات و العزى، أو بالأب و الابن-تعالى الله عن ذلك-و نحوهما. و يشهد بذلك وجود لفظى الشرك و الكفر فى الحديثين، لان من المعلوم أن الحلف بغير الله مما لا يوجب الكفر و الشرك لا يكون كفرا و شركا، و يؤيد ذلك سيره المشرعه.

و فى الثانى لا إشكال فى جواز الحلف بغير الله و عدم وجوب الكفاره على مخالفته.

و أما الثالث-و هو مورد البحث و الكلام-فقد دلت جمله من النصوص بصراحه على أنه لا يحلف الا بالله، و إليك بعضها:

ص: ٣٨٠

١-١) مستدرک وسائل الشيعه: الباب: ٢٤ من كتاب الايمان.

٢-٢) سنن البيهقى: ١٠-٢٩.

(١) عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«لا يحلف اليهودى ولا النصرانى ولا المجوسى بغير الله، ان الله عز و جل يقول فَاخُكُمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ» (١).

(٢) عن جراح المدائنى عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا يحلف بغير الله. و قال: اليهودى و النصرانى و المجوسى لا تحلفوهم الا بالله عز و جل» (٢).

(٣) عن الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أهل الملل يستحلفون. فقال: لا تحلفوهم الا بالله عز و جل» (٣).

(٤) عن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته هل يصلح لأحد أن يحلف أحدا من اليهود و النصرارى و المجوس بالهتهم؟ قال: لا يصلح لأحد أن يحلف أحدا إلا بالله عز و جل» (٤).

(٥) عن الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أهل الملل كيف يستحلفون؟ فقال: لا تحلفوهم الا بالله» (٥).

(٦) عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن استحلاف أهل الذمه. قال: لا تحلفوهم الا بالله» (٦).

ص: ٣٨١

١-١) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٤. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

٢-٢) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٤. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

٣-٣) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٤. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

٤-٤) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٥. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

٥-٥) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٥. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

٦-٦) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٦. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

٧) عن علي بن مهزيار قال: «قلت لأبي جعفر الثاني عليه السلام:

قول الله عز وجل وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى وَالنَّهَارِ إِذَا تَجَلَّى . وقوله عز وجل وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَى وما أشبه هذا. فقال: ان الله عز وجل يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا الا به عز وجل» (١).

٨) عن محمد بن مسلم قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام قول الله عز وجل وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى - وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَى وما أشبه ذلك. فقال: ان لله عز وجل أن يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا الا به» (٢).

٩) عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا أرى للرجل أن يحلف الا بالله.» (٣).

١٠) عن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا أرى للرجل أن يحلف الا بالله.» (٤).

فهذه الاخبار تدل على أنه لا يستحلف أحد إلا بالله عز وجل ولو كان كافرا بإنكار أصل واجب الوجود فضلا عن غيره، وقد ورد في بعض الاخبار (٥) أن اليمين بغير الله يؤدي الى ترك الحلف بالله، أي

ص: ٣٨٢

١-١) وسائل الشيعه: ١٦-١٥٩. الباب: ٣٠، كتاب الايمان.

٢-٢) وسائل الشيعه: ١٦-١٦٠. الباب: ٣٠، كتاب الايمان.

٣-٣) وسائل الشيعه: ١٦-١٦٠. الباب: ٣٠، كتاب الايمان.

٤-٤) وسائل الشيعه: ١٦-١٦٠. الباب: ٣٠، كتاب الايمان.

٥-٥) وسائل الشيعه: ١٦-١٦١، ١٦٠.

أنه فى المورد الذى يترجح فيه اليمين لا- بد من الحلف بالله حتى لا يعظم شىء فى مقابله عز و جل، لان الحلف يكون عادة بماله أهميه و جلاله و عظمه، فالالتزام بالحلف بالله تعالى تعظيم له و إثبات لعظمته و نفى لعظمه شىء سواه، و أما الاستحلاف فى مورد المرافعه فلا يجوز بغير الله عز و جل و ان رضى الطرفان بالحلف بغيره.

و هناك أخبار وارده فى الاستحلاف بغير الله تعالى سند كرها قريبا.

ثم ان ظاهر أخبار المقام عدم اعتبار إضافه شىء من صفات الذات أو الأفعال إلى الاسم فى ترتب الأثر، لكن قال المحقق:

«و قيل: لا يقتصر فى المجوس على لفظ الجلاله، بل يضم الى هذه اللفظه الشريفه ما يزيل الاحتمال لأنه سمي النور إلها» .

أقول: هل يستحلف المجوسى الذى يسمى النور آلهما بالله تعالى كالمسلمين أو يقال له: «احلف بخالق النور» مثلا و ان كان غير معتقد به؟ ظاهر المبسوط حيث قال: فان قيل: كيف حلفته بالله و ليست عنده يمين؟ قلنا: ليزداد اثما و يستوجب العقوبه» هو الثانى، لكن مقتضى إطلاق الاخبار هو الأول، و أما قول الشيخ: «ليزداد اثما و يستوجب العقوبه» فلم يظهر لنا المراد منه.

و كذا الأمر بالنسبه إلى منكر أصل واجب الوجود، و من يعتقد بآله غير الله، و من يعتقد بالهين كالثنويه، و من يعبد الأصنام.

لإطلاق الأدله.

قال المحقق: «و لا يجوز الإحلاف بغير أسماء الله سبحانه كالكتب المنزله و الرسل المعظمه و الأماكن المشرفه» .

أقول: و يدل على ذلك النصوص الكثيره المذكور بعضها آنفا، فلا يجوز الحلف بغير الله و ان تراضى الطرفان بالحلف بغيره، بل ان المصالحه على الحلف بغيره تعالى لا- يفصل النزاع، لان هذه اليمين محرمه اما تكليفا و وضعا و اما وضعا فقط على الخلاف، لانه على الأول يكون الصلح على أمر محرم فعله، و على الثانى يكون على أمر لغو، فيكون أكل ما صولح عليه به أكلا للمال بالباطل.

و وجه الخلاف فى هذا المقام بين الأصحاب هو اختلافهم فى الاستفاده من أدله النهى عن الاستحلاف بغير الله، و مع الشك فى الحرمة التكليفية تجرى البراءة، و حينئذ لا- يحكم بفسق المحلف و الحالف، أما مع الشك فى الحكم الوضعى فالأصل عدم النفوذ، و القدر المتيقن من النصوص دلالتها على عدم ثبوت الحق و عدم سقوطه باليمين بغير الله تعالى و ان كان من الكتب المنزله أو الرسل المعظمه أو الأماكن المشرفه.

لكن فى بعض الاخبار ما ينافى تلك الأدله، و هذه نصوص تلك الاخبار:

(١) عن السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: «ان أمير المؤمنين

عليه السلام استحلف يهوديا بالتوراه التي أنزلت على موسى عليه السلام» (١).

(٢) عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «سألته عن الاحكام. فقال: في كل دين ما يستحلفون به» (٢).

(٣) عن محمد بن قيس قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول:

قضى على عليه السلام فيمن استحلف أهل الكتاب يمين صبر أن يستحلف بكتابه و ملته» (٣).

(٤) عن محمد بن مسلم قال: «سألته عن الاحكام، فقال: تجوز على كل دين بما يستحلفون» (٤).

(٥) الصدوق «قده» قال: «وقضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن استحلف رجلا من أهل الكتاب يمين صبر أن يستحلفه بكتابه و ملته» (٥).

و لعل بالنظر الى هذه الاخبار قال المحقق «قده» :

«و لو رأى الحاكم إحلاف الذمي بما يقتضيه دينه أردع جاز» .

لكن المشهور عدم جواز إحلاف اليهود و النصرارى بغير الله للنصوص الناهيه عن ذلك عموما و خصوصا، و قد أجابوا عن خبر

ص: ٣٨٥

١- ١) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٥. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

٢- ٢) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٥. و عن نسخه: يستحلون به.

٣- ٣) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٥. و «يمين صبر»: جهد القسم.

٤- ٤) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٦. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

٥- ٥) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٦. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

السكونى بضعف سنده، و فى الوسائل: حملة الشيخ على أنه مخصوص بالإمام، و على هذا حملت الأخبار الأخرى أيضا، و أما صحيح محمد بن مسلم فهو مجرد اخبار عن شرائعهم.

و الحاصل ان هذه النصوص لا تصلح معارضة للنصوص السابقة لقصور بعضها سندا و البعض الآخر دلالة.

و هل يجب أن يكون الحلف بلفظ الجلالة فقط؟ الواجب هو الحلف بذات الله المقدسه، أى المسمى بلفظ الجلالة و الأسماء الحسنى، فيجزى أى اسم كان من أسمائه أو أى صفة من صفاته الخاصة به عز و جل.

استحباب تقديم العظه و تغليظ اليمين:

قال المحقق: «و يستحب للحاكم تقديم العظه على اليمين و التخويف من عاقبتها» .

أقول: بأن يذكر له مما ورد من ذلك فى الاخبار مثل:

(١) «من حلف بالله كاذبا كفر و من حلف بالله صادقا أثم» (١).

(٢) «ان يمين الصبر الكاذبه تترك الديار بلاقع» (٢).

(٣) «من حلف على يمين و هو يعلم أنه كاذب فقد بارز الله» (٣).

ص: ٣٨٦

١-١) وسائل الشيعة: ١٦-١١٦.

٢-٢) وسائل الشيعة: ١٦-١١٩.

٣-٣) وسائل الشيعة: ١٦-١١٩.

٤) «اليمين الصبر الكاذبه تورث العقب الفقر» (١).

٥) «ان اليمين الكاذبه و قطيعه الرحم ليزدان الديار بلاقع من أهلها و تثقلان الرحم، و ان ثقل الرحم انقطاع النسل» (٢).

٦) «قال الله عز و جل: لا أنيل رحمتى من يعرضنى للإيمان الكاذبه.» (٣).

قال المحقق: «و يكفى أن يقول: و الله ما له قبلى حق».

أقول: و الدليل على ذلك إطلاق الأدله.

قال: «و قد يغلظ اليمين بالقول و الزمان و المكان، لكن ذلك غير لازم و لو التمس المدعى، بل هو مستحب استظهارا فى الحكم».

أقول: يدل على عدم وجوب التغليظ إطلاق الأدله فى الايمان، و يدل فعل أمير المؤمنين فى إحلاف الأخرس كغيره من الاخبار على جواز التغليظ فى اليمين، و قد استدل به على الاستحباب، قلت:

و فيه انه عليه السلام كتب تلك الكلمات و غسلها و أمر الأخرس بشرب ذلك الماء، فان كان الأخرس يعرف القراءه تحقق التغليظ و الا فأى تأثير لهذه الكلمات من حيث التغليظ؟ هذا غير واضح عندنا.

ثم ان الامام قد حكم بعد امتناعه عن شرب ذلك الماء من دون رد لليمين على المدعى، و هذا يخالف سائر الاخبار و القاعده المقرره فى فصل الخصومه و كيفيه القضاء، مع أن فعل الامام عليه السلام لا

ص: ٣٨٧

١-١) و سائل الشيعة: ١٦-١٢٠.

٢-٢) و سائل الشيعة: ١٦-١٢٠.

٣-٣) و سائل الشيعة: ١٦-١٢٢.

يدل على استحباب التغليظ، و انما على الجواز كما ذكر، فالتمسك بها لاستحباب التغليظ فى اليمين فى غير محله.

و قد يستدل بما رواه صفوان الجمال: «أن أبا جعفر المنصور قال لأبى عبد الله عليه السلام: رفع الى أن مولاك المعلى بن خنيس يدعو إليك و يجمع لك الأموال. فقال: و الله ما كان-الى أن قال المنصور-فأنا أجمع بينك و بين من سعى بك، قال: فافعل. فجاء الرجل الذى سعى به، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: يا هذا أ تحلف؟ فقال: نعم و الله الذى لا إله الا هو عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم لقد فعلت. فقال له أبو عبد الله عليه السلام: ويلك تبجل الله فيستحى من تعذيبك و لكن قل: برئت من حول الله و قوته و ألجئت إلى حولى و قوتى، فحلف بها الرجل فلم يستتمها حتى وقع ميتا. فقال أبو جعفر المنصور: لا أصدق عليك بعد هذا أبدا، و أحسن جائزته و رده» (١).

و لكن دلالتها على الاستحباب غير واضحة.

و استدل بروايه السيد الرضى «قده» عن أمير المؤمنين عليه السلام: «أحلفوا الظالم إذا أردتم يمينه بأنه برىء من حول الله و قوته، فإنه إذا حلف بها كاذبا عوجل و إذا حلف بالله الذى لا إله هو لم يعاجل لانه قد وحد الله سبحانه» (٢).

ص: ٣٨٨

١- ١) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٧. الباب: ٣٣، كتاب الايمان.

٢- ٢) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٧.

و هذه الروايه لا تدل على الاستحباب، بل الأمر فيها ظاهر فى الإرشاد، و يشهد بذلك قوله بعده: إذا أردتم.

و استدل بروايه الراوندى «قده» عن الرضا عليه السلام عن أبيه: «ان رجلا وشى الى المنصور أن جعفر بن محمد عليه السلام يأخذ البيعه لنفسه على الناس ليخرج عليهم، فأحضره المنصور، فقال الصادق عليه السلام: ما فعلت شيئا من ذلك، فقال المنصور لحاجبه: حلف هذا الرجل على ما حكاه عن هذا-يعنى الصادق عليه السلام-فقال الحاجب: قل و الله الذى لا إله الا هو، و جعل يغلظ عليه اليمين. فقال الصادق: لا تحلفه هكذا. فقال المنصور: فحلفه إذا يا جعفر. فقال الصادق عليه السلام للرجل: قل ان كنت كاذبا عليك فبرئت من حول الله و قوته و لجأت إلى حولى و قوتى. فقالها الرجل، فقال الصادق عليه السلام: اللهم ان كان كاذبا فأمته، فما استتم كلامه حتى سقط الرجل ميتا.» (١) و هذا أيضا لا يدل على الاستحباب.

فالإلصاف: انه لا دليل على استحباب التغليظ، و من هنا قال فى المسالك: هذا الحكم هو المشهور بين الأصحاب و ذكروا أنه مروى و ما وقفت على مستنده.

و كيف كان فقد قال المحقق: «فالتغليظ بالقول مثل أن يقول:

و الله الذى لا إله الا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع

ص: ٣٨٩

(١ - ١) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٧.

المدرّك المهلك الذى يعلم من السر ما يعلمه من العلانيه ما لهذا المدعى على شىء مما ادعاه، و يجوز التغليظ بغير هذه الألفاظ مما يراه الحاكم» .

أقول: كما فى روايه إخالاف الأخرس، و روايه نهج البلاغه، و غيرهما.

قال: «و بالمكان كالمسجد و الحرم و ما شاكله من الأماكن المعظمه، و بالزمان كيوم الجمعة و العيد و غيرها من الأوقات المكرمه» .

أقول: و من التغليظ ما تعارف بين الناس فعله من وضع اليد على المصحف الشريف فى حال أداء اليمين.

قال: «و يغلظ على الكافر بالأماكن التى يعتقد شرفها و الأزمان التى يرى حرمتها» .

أقول: يدل عليه ما رواه الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه «أن عليا كان يستحلف اليهود و النصارى فى بيعهم و كنائسهم و المجوس فى بيوت نيرانهم و يقول: شددوا عليهم احتياطا للمسلمين» (١).

و ما رواه أبو البخترى عن جعفر عن أبيه «ان عليا عليه السلام كان يستحلف اليهود و النصارى بكتابهم و يستحلف المجوس ببيوت نيرانهم» (٢).

قال: «و يستحب التغليظ فى الحقوق كلها و ان قلت عدا المال

ص: ٣٩٠

١- ١) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٦. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

٢- ٢) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٦. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

فإنه لا يغلظ فيه بما دون نصاب القطع» .

أقول: استحباب التغليظ هو المشهور بل ادعى عليه الإجماع لكن تقدم أنه لا دليل عليه، و أما النهى عن التغليظ فى المال الأقل من نصاب القطع فقد ورد فى خصوص كونه عند قبر النبى صلى الله عليه وآله و هو ما رواه محمد بن مسلم و زراره عنهما عليهما السلام جميعا قالوا: «لا يحلف أحد عند قبر النبى صلى الله عليه وآله على أقل مما يجب فيه القطع» (١).

فرعان:

الأول: حكم ما لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ:

قال المحقق: «لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لم يجبر، و لم يتحقق بامتناعه النكول» .

أقول: استدل له بالأصل، أى: ان الأصل عدم جواز إجباره على ذلك، و قبله إطلاقات أدله القضاء و كيفية الحكم، مضافا الى قوله عليه السلام: «من حلف بالله فليصدق، و من حلف له بالله فليرض، و من لم يرض فليس من الله» (٢) و فى الجواهر: بلا خلاف أجده إلا- عند من ستعرف. ثم نقل الخلاف عن بعض العامة من وجوبها عليه و تحقق النكول بالامتناع لو طلبه الحاكم منه.

ص: ٣٩١

١- (١) وسائل الشيعه: ١٨-٢١٩.

٢- (٢) وسائل الشيعه: ١٦-١٢٥. الباب: ٦، كتاب الايمان.

لكن بناء على كون الإحلاف و كفيته حقا للمدعى يجب عليه الإجابة، و فى روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله: «. فان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيه فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله الا هو لقد مات فلان و أن حقه لعليه، فإن حلف و الا فلا حق له.» (١) فان ظاهرها ان الامتناع عن اليمين المغلظه نكول، لكن لا يبعد أن لا يكون النظر فيها إلى الكيفيه بل المراد- كما عليه الأكثر- هو الامتناع عن أصل اليمين و أنه ان لم يحلف فلا حق له.

و ذكر فى الجواهر وجه خلاف بعض العامه بقوله: و لعل وجهه أنه لا- فائده فى استحبابه للحاكم مع فرض عدم وجوبه على المدعى عليه، مضافا الى استمرار السيره على توجيه اليمين مغلظه على المنكر. الا أن ذلك كله كما ترى.

أى: لأن اللغويه ممنوعه، لأن أثر استحباب التغليظ للحاكم هو تخويف المدعى عليه و تشديد الأمر عليه لئلا يقدم على اليمين الكاذبه (١)، و لان اتصال هذه السيره بزمن النبى صلى الله عليه و آله

ص: ٣٩٢

١- (١) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٢. الباب: ٤ من أبواب كفيته الحكم.

و سلم غير معلوم، و لو سلم فإنها لا تدل على وجوب الإجابة و أنه لو امتنع كان ناكلا.

فالحاصل: ان فى المسأله قولين الوجوب و هو لأصحابنا و عدم الوجوب و هو لبعض العامه، و لا قائل بالاستحباب، و عن آخر من العامه التفصيل بين التغليظ الزمانى و المكانى فتجب الإجابة عليه فيه و بين التغليظ القولى فلا- تجب و لعله لإطلاق أدله اليمين، و أما وجوبها بالنسبه إلى الزمانى و المكانى فلان للمدعى أن يؤخر استحلافه الى يوم الجمعة أو الى المسجد مثلا و ليس للمدعى عليه الامتناع من ذلك.

قال فى الجواهر: و فيه أنه يمكن أن يكون الأمر بالعكس.

لكن فى كشف اللثام الموافقه على ذلك، فلم يجوز الجبر فى التغليظ القولى، قال: أما بالزمان و المكان فيجبر عليهما، فان اليمين حق للمدعى.

أقول: ان التغليظ مطلقا مستحب للحاكم، و المستحب يتسامح فيه، الا أنهم دققوا النظر فى المسأله من جهه ترتب أثر النكول و عدم ترتبه على الامتناع عن الإجابة.

ثم هل يقتضى قوله عليه السلام: «لا يحلف أحد عند قبر النبى صلى الله عليه و آله و سلم على أقل مما يجب فيه القطع» (١) بناء على قراءته بالتشديد جواز التغليظ فى الحقوق و الأموال كلها مطلقا الا على الأقل مما يجب فيه القطع، أى سواء كان عند قبره «ص» أو

ص: ٣٩٣

غيره من الأماكن المشرفة، و سواء كان التغليظ مكانيا أو زمانيا؟ الإنصاف: ان استفاده هذا الحكم الكلى من الخبر مشكل.

قال فى الجواهر: و لو ادعى العبد- و قيمته أقل من نصاب القطع- العتق فأنكر مولاه لم يغلظ، و لو رد فحلف العبد غلظ عليه لان العتق ليس بمال و لا المقصود منه المال.

الثانى: حكم ما لو حلف لا يجيب الى التغليظ:

قال المحقق: «لو حلف لا يجيب الى التغليظ فالتمسه خصمه لم تنحل يمينه» .

أقول: لو حلف الشخص على أن لا يحلف اليمين المغلظه انعقدت يمينه و لو خالف وجبت عليه الكفاره، فإن التمسه خصمه قال المحقق: لا- تنحل يمينه، لعدم رجحان التغليظ، بل ان مفاد بعض الاخبار كراهه اليمين المغلظه و مرجوحيتها. و ليس من شرط متعلق اليمين أن يكون راجحا- كما هو الحال فى متعلق النذر- بل يشترط فيه أن لا يكون مرجوحا.

و استحباب إحلاف الحاكم إياه كذلك لا يلازم استحباب اجابه الحالف إليه. أقول: لكن يمكن القول بأن أدله استحباب إجابه دعوه المؤمن و قضاء حاجته توجب زوال الكراهه و تحقق الرجحان لليمين المغلظه، نظير الصوم المستحب حيث يترجح الإفطار منه لو طلب ذلك، و نظير ما إذا نذر الولد ترك شىء كشرب التتن مثلا حيث قالوا بانحلاله بأمر والده بفعل ذلك لان فعله حينئذ يترجح على تركه و من شرط انعقاد النذر رجحان متعلقه.

بل الظاهر عدم انعقاد اليمين مع طلب المؤمن على أن لا يجيب.

على أن هناك أخبارا تدل على أن الرجل لو حلف يميناً على أمر ثم رأى مخالفتها خيراً من الوفاء بها جاز له المخالفه بل استحب و لا كفاره عليه. فعن سعيد الأعرج: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحلف على اليمين فيرى أن تركها أفضل، و ان لم يتركها خشى أن يآثم أ يتركها؟ قال: أما سمعت قول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إذا رأيت خيراً من يمينك فدعها» (١).

و استدل في الجواهر لما ذكره المحقق بأن «حق المستحلف متأخر عن لزوم اليمين». أي: انه لما حلف على أن لا يجيب فقد لزم اليمين، و حق المستحلف في إحلافه متأخر عن لزومها، و هذا الدليل لا يلائم الدليل السابق عليه، لانه مع فرض عدم استحباب الإجابة لعدم الملازمه لا يبقى حق للمستحلف، الا أن يكون هذا الوجه بعد الغض عن ذاك الوجه السابق له.

ثم قال: و ما ورد من أن طرو أولويه المحلوف على تركه يبيح الحل لا يجدى، إذ لا أولويه للحالف و ان التمسه الخصم أى طلبه منه. و هذا الكلام إشاره إلى خبر سعيد الأعرج و نحوه الظاهر في جواز المخالفه بل استحبابها.

قال: لكن في الدروس: و لو حلف على عدمه ففي انعقاد يمينه نظر من اشتمالها على ترك المستحب و من توهم اختصاص الاستحباب

ص: ٣٩٥

بالحاكم. و قد اعترض عليه بقوله: و فيه أنه لا خلاف أجده في اختصاص الاستحباب به، بل في الرياض: نسبه الى ظاهر النص و الفتوى بخلاف من عليه الحلف فإن الأرجح له ترك التغليظ بل الأرجح له ترك الحلف بالله. و من هنا قال في كشف اللثام معرضا بما سمعته من الدروس: و احتمال عدم انعقاد اليمين باستحباب التغليظ في غاية الضعف» .

قلت: لكن كاشف اللثام ممن قال بالفرق بين التغليظ القولى و بين التغليظ الزمانى و المكانى فاختر لزوم الإجابة فى الثانى دون الأول. و على هذا المبني لا مانع من القول بانحلال اليمين السابقه على عدم الإجابة.

ثم ان اليمين تاره تكون فى المرافعات المالىه فهنا يمكن أن يقال بتخيير المدعى عليه بين اليمين و بين دفع المال المدعى، و لكن هل يمكن أن يكون الشىء الواجب بالوجوب التخيريى مكروها فى نفس الوقت؟ و أخرى تكون فى الجنائيات فإنه إذا لم يحلف حينئذ يجرى القصاص فى حقه فيكون الحلف حينئذ واجبا عليه بالوجوب التعينى، و حيث تجب اليمين فكيف يقال بكراهتها؟ فمن هنا قال فى الجواهر: و لكن الانصاف عدم خلو المسأله بعد من اشكال.

و كذا الأمر بالنسبه إلى التغليظ، و لذا قال «قده»: بل و كذا المغلظه منها بعد أمر الحاكم بها كذلك.

قال: بل لا يخفى استبعاد رجحان التغليظ للحاكم على وجه

يأمر به من عليه اليمين مع استحباب عدمه من الحالف و ان كان مخالفا للحاكم الذى لا ينبغي أن يأمره بما هو مكروه فى حقه كما هو مقتضى القول المزبور.

فتلخص أن ما ذكره المحقق «قده» مشكل.

أقول: تاره يجتمع حكمان من الأحكام الخمسه فى موضوع واحد مثل: «أنقذ الغريق، و لا تغصب» فيمن اتفق غرقه فى مكان مغصوب، و حينئذ يتقدم أحدهما الأهم بحكم العقل.

و تاره يتوجه أحد الحكمين الى ذات الموضوع و الآخر إلى ذاك الموضوع مقيدا بأن لا يتوجه اليه حكم آخر، و حينئذ لا ريب فى تقدم الحكم الأول على الثانى فى حال اجتماعهما، و من هنا قلنا بوجوب الحج على من نذر قبل حصول الاستطاعه أن يزور الحسين عليه السلام فى كل عرفه ثم حصلت له الاستطاعه، و انحلال نذره المذكور، خلافا لصاحب العروه «قده»، لان الشرط فى وجوب الحج هو الاستطاعه من حيث المال و البدن و تخليه السرب، و حيث تحقق ذلك كانت الاستطاعه متحققه و وجب الحج، لأن الأمر بالحج متوجه الى ذات الحج، و الأمر بالوفاء بالنذر فى حقيقته متوجه إلى زياره عرفه المقيده بعدم استلزامها لتفويت الحج (١).

و فيما نحن فيه ان كان الأمر بالحلف المغلظ متوجها الى ذات اليمين من دون قيد الرجحان و كان الأمر بالتزام ما حلف عليه سابقا مقيدا بعدم استلزام ذلك لترك ما هو الراجح فإنه يتقدم أمر الحاكم باليمين المغلظه إجابته لالتماس الخصم و تنحل اليمين السابقة.

كيفية استحلاف الأخرس:

قال المحقق: «و حلف الأخرس بالإشارة، و قيل: وضع يده على اسم الله في المصحف أو يكتب اسمه سبحانه و يوضع يده عليه، و قيل: يكتب اليمين في لوح و يغسل و يؤمر بشربه بعد اعلامه فان شربه كان حالفا و ان امتنع ألزم الحق استنادا الى حكم على عليه السلام في واقعه الأخرس» .

أقول: فالأقوال في كيفية استحلاف الأخرس مختلفه، و مستند الأخير صحيحه محمد بن مسلم التي ذكرناها سابقا، و ربما يستظهر

هل يشترط كون الاستحلاف في مجلس الحكم؟ منها التعيين و لكن الأصحاب لم يعلموا بها بهذا الوصف، إذ لعل الامام عليه السلام كان عالما بحقيقه الحال و واقع الأمر في تلك الوقعه، و قد يؤيد ذلك بحكمه «ع» بعد امتناعه عن الشرب من دون رد اليمين على المدعى، و قد يقال بكونها قضيه في واقعه لا سيما بالنظر الى ما ذكر، أو أن ذلك من كيفيه من أنحاء استحلاف الأخرس:

و الحق أنه لا يستفاد منها الحصر، لان لفظ اليمين الذى كتبه الامام عليه السلام يختلف من حيث التعليل عما جاء في الاخبار الأخرى، و لذا احتاط في الجواهر بالجمع بين الإشاره المفهمه التى بها يتم العقد و الإيقاع و غيرها من الأخرس و بين كيفيه المذكوره مع رضاه بشرب ذلك الماء و الا فالإشاره.

هل يشترط كون الاستحلاف في مجلس الحكم؟

قال المحقق: «و لا يستحلف الحاكم أحدا إلا في مجلس قضائه إلا مع العذر كالمرض المانع و شبهه.» .

أقول: لقد ادعى الإجماع على هذا الحكم، و ظاهر الجواهر أن الاستحلاف في مجلس القضاء و الحكم-أى كونهما في مجلس واحد-من شرائط نفوذ الحكم، فتكون عبارته المحقق هذه كقوله:

«لا يستحلف أحد إلا بالله.» و نحوه، و يكون نتيجة ذلك أنه لو استحلفه في غير ذاك المجلس من غير عذر لم يؤثر الحكم المتعقب له. قال في الجواهر: و لعله لأصالة عدم انقطاع الدعوى بغيره بعد الشك أو الظن بعدم تناول الإطلاق الوارد في تعليم ميزان القضاء

للحكام لغير الغرض و لو للاتفاق المزبور، بل يمكن دعوى انسياق ذلك منه خصوصا النصوص المستفيضة المشتمله على الشكوى من نبي من الأنبياء الى الله تعالى من القضاء بما لم تر العين و لم تسمع الاذن فقال: «اقض بينهم بالبينات و أضفهم إلى اسمى يحلفون به» (١) الظاهره فى مباشره ذلك بنفسه، فلا تصح الاستنابه فيه حينئذ.

لكن فى المسالك جعل المراد من العبارة الكراهه، فإنه قال:

قد تقدم أن مكان التغليظ المستحب للحاكم المسجد و نحوه، و حينئذ فالنهي عن الاستحلاف فى غير مجلس القضاء المراد به منه الكراهه انما يتم على تقدير كون مجلس القضاء من أمكنه التغليظ و الا لم يتم النفي و النهى مطلقا، أو يحتمل على يمين لا تغليظ فيها.

بل ظاهر السرائر أن استحلافه فى مجلس الحكم من الأمور المستحبه للحاكم، فإنه قال: «و ينبغى للحاكم أن لا يحلف أحدا إلا فى مجلس الحكم.» فيكون من المستحبات مثل استحباب التغليظ للحاكم. و بناء عليه يتوجه البحث عن استحباب ذلك للحالف أيضا و عدمه.

و لكن الأكثر على الأول و هو جعل «لا يستحلف» عزيمة و لذا تعرضوا الى نفوذ الحكم و عدمه بدون ذلك، و لو كان مكروها أو مستحبا لم يكن لذلك البحث هنا وجه، و لما تمسكوا بالأصل أقول: الا أن الشك الذى ذكره فى الجواهر مسبب عن الشك

ص: ٤٠٠

فى شرطيه الاستحلاف فى مجلس الحكم لنفوذ الحكم، فىكون المرجع هو البراءة و تكون النتىجه نفوذ الحكم، و أما الخبر الذى ذكره «قده» فان ظهوره فى المباشرة لىس لفظىا، نعم اللانزم العقلى لتوجه الخطاب بإضافه الحاكم ذلك الى اسمه تعالى هو المباشرة، إلا إذا قامت قرينه على أن المطلوب غير مشروط بالمباشرة، و حيث لا قرينه فلا حجه للمخاطب على الترك.

ثم ان بعض الأمور تقبل الوكالة عرفا كالعقود فتشملها أدله الوكالة و ان كانت أدله تلك الأمور ظاهره فى المباشرة، لأن أدله الوكالة تنزل الغير منزله الوكيل، فان كان الاستحلاف منها شملته أدله الوكالة كذلك و لم يلزم مباشرة الحاكم له بل يكفى استحلاف وكيله، و يكفى استحلافه سواء كان فى المجلس أو غيره عملا بإطلاق «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»، و ان كان الاستحلاف من الأمور غير القابلة للتوكيل كما هو الأصل فى العبادات فالمباشرة لازمه.

هذا كله الا مع العذر كالمرض المانع من الحضور و شبهه، فان الأكثر-بل نفى الخلاف فيه-على أن الحاكم يستتنب من يحلفه فى مكانه، و كذا المرأه التى لا عاده لها بالبروز الى مجمع الرجال فإنه يرسل الى منزلها من يستحلفها. و قيل: يجب على الحاكم المضى بنفسه مع فرض عدم النقص عليه، و قيل بالتوقف حتى يزول العذر.

قلت: لكن أدله الوكالة مطلقه تعم صورته الاختيار و الاضطرار فان كان الأمر يقبلها جاز التوكيل فيه مطلقا و الا فلا كذلك، اللهم
الا أن يكون إجماع، فالأحوط هو القول الأول، و عند الاضطرار فالقول الثاني مع فرض عدم النقص عليه و الا فالثالث، اللهم إلا
إذا استلزم التوقف الضرر. و ان كان القول بعموم أدله الوكالة-إلا ما خرج بالدليل-غير بعيد، و يشهد به تجويزهم لذلك عند
الاضطرار و قد تقدم سابقا بعض الإشاره الى ذلك (١))

ص: ٤٠٢

(فى يمين المنكر و المدعى)

قال المحقق «قده»: «اليمين تتوجه على المنكر تعويلا على الخبر، و على المدعى مع الرد و مع الشاهد الواحد، و قد تتوجه مع اللوث فى دعوى الدم» .

أقول: الأصل فى اليمين أن تتوجه على المنكر، و قد أستثنى من ذلك موارد ذكر المحقق «قده» ثلاثه منها: «أحدها» رد المنكر اليمين على المدعى، «و الثانى» ثبوت الدعوى بيمين المدعى مع الشاهد الواحد فى دعوى الدين، «و الثالث» ما إذا كانت دعوى المدعى فى القتل مقرونه بالظن، فهنا تتوجه اليه اليمين على تفصيل ذكر فى محله.

و تتوجه اليمين على المدعى فى الدعوى على الميت مع السببه و فى الموارد التى لا- تعلم حقيقه الحال فيها عاده الا- من قبل المدعى، كما إذا طلقت المرأه فادعت كونها غير طاهره عند الطلاق.

و الحاصل أن الأصل توجهها على المنكر، و هذا الأصل قانون كلي مستفاد من الاخبار (١)، و يكون المرجع في كل مورد شك في توجه اليمين فيه على المدعى أو المنكر. و قد جاء في أكثر تلك الاخبار: «و اليمين على المدعى عليه» لكن الفقهاء يعبرون عنه ب «المنكر»، و لعله من جهه أن المدعى عليه قد لا تجب عليه اليمين كما إذا أقر بما يدعيه المدعى.

و هذه الاخبار تقيد إطلاق قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» (٢) لو كان مطلقا.

قال: «و لا يمين للمنكر مع بينه المدعى» .

أقول: و يدل على ذلك النصوص أيضا (٣) .

قال: «لانتفاء التهمه عنها» .

أقول: أى لما يقيم المدعى البينه و هى حجه شرعيه من دون ضم يمين إليها تنتفى التهمه عن الدعوى.

قال: «و مع فقدها فالمنكر مستند إلى البراءه الأصلية فهو أولى باليمين» .

ص: ٤٠٤

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٠، الباب ٣ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٦٩.

٣- ٣) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٦. الباب: ٧ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

أقول: هذا معنى آخر للأصل المذكور سابقا، فإنه مع فقد المدعى للبينه يكون المنكر مستندا إلى البراءة الأصلية، إذ الأصل براءة ذمه المنكر عما يدعيه المدعى، و حيث ادعى عليه فهو أولى باليمين من المدعى، فان حلف سقطت الدعوى.

و أما استحلاف المدعى الذى لا بينه له على ما يدعيه فيتوقف جوازه على وجود دليل فى مقابل الأصل الذى يقتضى براءة ذمه المدعى عليه، و أما «إنما أفضى بينكم.» فقد ذكرنا أن المراد منه بيان ميزان القضاء و ليس فيه تعرض الى من عليه البينه و من عليه اليمين، فلا إطلاق له.

على أن يد المنكر على مورد الدعوى لا ترتفع بيمين المدعى و أما تقدم البينه على اليد فقد ثبت بالدليل.

أقول: لكن الظاهر أن هذا المعنى لا يصلح لأن يكون الحكمه لجعل الشارع اليمين وظيفه للمنكر، و ليس معنى آخر للقاعده الكليه فى المقام بحيث يكون المرجع لدى الشك لو لا النصوص المشار إليها.

حكم ما إذا كان الحلف على نفي فعل الغير و فروع ذلك

قال المحقق: «و مع توجهها يلزم الحلف على القطع مطردا الا على نفي فعل الغير فإنها على نفي العلم.»

أقول: هذا أحد الأقوال فى المسأله، و فيها قولان آخران:

أحدهما: لزوم أن يكون الحلف على نفي العلم دائما، لأن

المؤثر هو العلم، فلو ادعى على زيد حقا كان مجرد عدم علمه بالحق كافيا لعدم ثبوته و لا حاجه الى نفيه كونه مدينا للمدعى.

و الثانى: لزوم كون الحلف على البت و القطع سواء كان على فعله أو فعل غيره، إذ لا معنى للتقابل بين الواقع و نفى العلم به، بل ان اليمين يجب أن تكون دائما مع الجزم و اليقين بنفى الدعوى مطلقا.

أقول: و الذى وجدنا فى النصوص هو الحلف و الاستحلاف على نفى المدعى، و لم نجد فى شىء منها أن يحلف على نفى العلم (١) و كيف كان فالمعتبر هو الجزم سواء قلنا بأن نفى المدعى يستلزم نفى العلم به أولا، و قد أفتى بعضهم بأنه حيث ينكر المدعى به له أن يحلف على نفيه و أن يحلف على نفى العلم به، و أما على القول بلزوم اليمين على نفى المدعى على البت فلا يكفى اليمين على نفى العلم حينئذ.

و بناء على القول الثانى لو ادعى عليه دينا و لا بينه له و جب عليه الأداء فى صورته العلم بكونه مدينا، و مع الشك لا يجب لأصالة البراءة، فإن ادعى علمه بذلك و نكل المدعى عليه عن اليمين ثبت الحق و و جب عليه الأداء، و حينئذ يتوجه على هذا القول أنه لا يمكن أن يكون الميزان اليمين على نفى العلم فى كل مورد مع أنه مخالف

لظواهر النصوص المشار إليها، و من هنا حمل هذا القول على كون الدعوى على فعل الغير مع دعوى كون المدعى عليه عالما فهناك يحلف على نفي العلم.

ثم انه لو ادعى عليه ما ليس يعلمه و لم يطلب منه اليمين على نفي العلم سقطت الدعوى، لان الجواب بنفي العلم بمنزله الإنكار فان لم يكن له بينه و لم يستحلفه كانت الدعوى ساقطة.

هذا، و هنا فروع يشكل حكمها و إلحاقها بأحد القسمين، قال المحقق: «فلو ادعى عليه ابتياع أو قرض أو جنايه فأنكر حلف على الجزم، و لو ادعى على أبيه الميت لم يتوجه اليمين ما لم يدع عليه العلم فيكفيه الحلف أنه لا يعلم» .

أقول: أما فى الفرع الأول فلا ينال الابتياح مثلا- فعل نفسه فإذا أنكر حلف على الجزم، و أما فى الفرع الثانى فلا تتوجه عليه اليمين لانه فعل الغير، فان ادعى عليه العلم بفعل أبيه الميت مثلا كفاه الحلف على أنه لا يعلم.

هذا و ظاهر قوله: «فيكفيه الحلف أنه لا يعلم» هو فصل الخصومه بهذا الحلف، و أما إذا لم يحلف كانت الخصومه باقيه و تسمع بينه المدعى حينئذ، و سيأتى بيان ذلك قريبا.

و من الفروع ما ذكره بقوله: «و كذا لو قال قبض و كيلك» .

يعنى: أنه لو طالبه بحقه فقال له: قبض و كيلك، فان كان يعلم بعدم القبض جاز له الحلف على الجزم على قول، و قيل لا يجوز لانه فعل الغير.

أقول: لكن قد يحصل له العلم و الجزم بعدم القبض و ان كان فعل غيره، فحينئذ يجوز له الحلف على القطع، لان المنع عن اليمين على فعل الغير هو من جهة الجهل به غالباً، فان علم به جاز، كما إذا قال المدين: قبضه و كيلك الساعة العاشرة من صباح يوم الجمعة و قد كان الوكيل عند موكله المدعى يوم الجمعة من أول الصبح حتى الظهر مثلاً، فإنه حينئذ يجوز للموكل أن يحلف على البت على نفي القبض لعلمه الجازم بذلك.

فان لم يعلم الموكل لم يجز له الحلف، و كذا لا يحلف على نفي العلم ما لم يدع عليه ذلك، و حيث لا بينه للمدعى عليه على الأداء و جب عليه دفع الحق.

و فى الجواهر عن كشف اللثام: «فإذا حلف الموكل أثبت المدعى قبض الوكيل أو حلف على البراءة. و فيه: أنه لا وجه للحلف بدون رضا الموكل.» .

أقول: ليس فى كشف اللثام ما يفيد ذلك، و هذا نص كلامه معلقاً على قول العلامة: «و لو قال قبض و كيلك حلف على نفي العلم» بقوله: «دون البت، لانه فعل الغير و ان قيل أن يده يده و قبضه قبضه» نعم فى القواعد فرع آخر ذكره بقوله: «و يكفى مع الإنكار الحلف على نفي الاستحقاق و ان نفي الدعوى على رأى.» .

هذا، و لكن قال المحقق الآشتياني «قده» انه لو ادعى علمه بالقبض لم تسمع دعواه-لا أنه يحلف لنفيه-لان علم الموكل لا يلازم صدق الدعوى، إذ قد يكون جهلاً مركباً، و لا يكون حجه

للحاكم حتى يحكم على طبقه.

و فيه: أنه منقوض بما لو ادعى علمه بقبض الوكيل فصدقه الموكل، فان هذا التصديق يكون بمنزله الإقرار عرفا و ان احتمل عقلا كونه جهلا مركبا، فظهر أن لدعوى العلم بالقبض أثرا و لا أقل من نهى الحاكم إياه عن المطالبة حينئذ، فلما ذا لا تسمع؟ و من الفروع ما ذكر في المسالك و الجواهر: لو ادعى عليه أن عبده جنى على المدعى ما يوجب استحقاقه أو بعضه فأنكر فوجهان من أنه فعل الغير فيحلف على نفى العلم، و من أنه عبده ما له و فعله كفعل نفسه و لذلك سمعت الدعوى عليه فيحلف على البت.

فعلى الثانى ان لم يحلف يكون ناكلا- بخلاف الأول فلا يكون ناكلا بعدم الحلف، فان كان للمدعى بينه على الجنايه فهو و الا سقطت دعواه.

و منها: إذا ادعى عليه أن بهيمته أتلفت زرعاً له مثلاً حيث يجب الضمان بإتلاف البهيمه فأنكر فهل يحلف على البت لأنه الذى يضمن الضرر بتقصيره فى حفظها أولا- لأنه فعل الغير؟ قولان، و عن الشهيد قدس سره: ان العبد يخالف البهيمه من وجهين «الأول»: ان البهيمه لا- تضمن جنائتها الا- مع التفريط بخلافه «الثانى»: ان جنايه العبد تتعلق برقبته، فإذا أتلف لم يضمن مولاه بخلاف البهيمه، فإنها إذا أتلفت بتفريط فان المالك يضمن جنائتها و لا تتعلق برقبته.

و منها: لو نصب البائع وكيلا ليقبض الثمن و يسلم المبيع فقال له المشتري: ان موكلك أذن فى تسليم المبيع و أبطل حق

الحبس و أنت تعلم، فهل يكتفى بالحلف على نفي العلم لأنها لنفى فعل الغير، أو لا- بد من اليمين على البت لانه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع فان لم يحلف قضي عليه بالنكول أو برد اليمين؟ وجهان.

و منها: لو طولب البائع بتسليم المبيع فادعى حدوث عجز عنه و قال للمشتري: أنت عالم به. قيل: يحلف على البت لأنه يستبقى يمينه و جوب تسليم المبيع اليه، و يحتمل الحلف على نفي العلم، لان متعلقه فعل الغير.

و منها: ما لو مات عن ابن في الظاهر فجاء آخر فقال: أنا أخوك فالميراث بيننا فأنكر، قيل: يحلف على البت أيضا لأن الإخوة رابطة جامعهم بينهما، و يحتمل قويا حلفه على نفي العلم.

ثم ان المراد من «الغير» هو أن لا يكون الفعل مستندا الى نفسه مع الالتفات و ان لم يكن مستندا الى «غيره» .

هذا، و قد اعترض صاحب الجواهر على القول الأول بعد ذكر الفروع المذكوره بقوله: «و لكن تحقيق الحال في ذلك متوقف على تحقيق اقتضاء الدعوى المتعلقة بفعل الإنسان نفسه نفيًا و إثباتًا و بفعل الغير إثباتًا: يمينًا على البت أو ردا، و الا كان ناكلا قضي عليه به أو بردها من الحاكم، و لا يجديه الجواب بنفي العلم و ان صدقه المدعى فضلا عما لو ادعاه عليه أيضا، فإن جميع هذه الفروع مبنيه على ذلك، و قد تقدم سابقا في جواب المنكر ما يستفاد منه

المناقشه فى ذلك و نزيد هنا بأنه لا دليل على تسببها ذلك.» ثم انه «قده» انتهى الى القول: «و بذلك يظهر لك حينئذ ما فى الفروع السابقه جميعها، و أنه لا فرق فى الحكم فيها بين القول بتعلقها فى فعل الغير أو فعل المدعى عليه فى الاجتراء بيمين نفي العلم مطلقا أو إذا ادعى عليه، و الا كان طريق إثباتها منحصرافا فى البينه.» .

لكن الأظهر كون اليمين على البت، لانه مقتضى أدله وجوبها على المنكر، فان كانت الدعوى على الواقع و هو ينكرها حلف على البت سواء كان على نفي فعل نفسه أو غيره، و ان كانت على علمه و هو ينكره حلف على نفيه كذلك مطلقا.

و لو كان شاكا فى صدق دعوى المدعى لم يمكنه اليمين سواء كانت على فعل نفسه أو غيره، فلا- يمكنه رد الحلف على المدعى، و إذ ليس للمدعى بينه على دعواه- كما هو المفروض- تسقط الدعوى لانحصار سبب الحكم فى بينه المدعى و يمين المنكر و كلاهما منتفیان، فان ادعى عليه العلم بالواقع بعدئذ كانت دعوى جديده و كان له الحلف على نفيه.

فيكون الحاصل لزوم كون اليمين على البت مطلقا.

و هل اليمين بنفى العلم تفصل الخصومه كيمين المنكر على عدم الحق فلا يستمع الى بينه المدعى بعدها أو لا؟ قال المشهور بالأول و هو ظاهر قول المحقق «قده»: «فيكفيه الحلف على أنه لا يعلم» أى: فيكفيه فاصلا للخصومه، بمعنى أن الحاكم ان حكم على طبقها لم تسمع بينه المدعى بعدها على أصل الدعوى، لان معنى

«و اليمين على من أنكر» و «انما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» هو القضاء بكل يمين كان وظيفه المدعى عليه بذلها، فحيث ادعى عليه العلم و حلف على نفيه و حكم الحاكم فصلت الخصومه. على أن ظاهر المدعى الفاقد للبينه على ما يدعيه من الحق هو رضاه بيمين المدعى عليه فى نفي دعواه علمه بالواقع، و قد دلت الاخبار على أن من رضى بيمين خصمه سقط حقه (١)، فإذا حلف فقد حصل سبب الحكم و بصدوره تنفصل الخصومه و لا تسمع البينه بعدئذ، بخلاف ما إذا لم يطلب منه اليمين على نفي العلم فإنها تسمع لأن الخصومه باقيه و ليس للحاكم إحلافه، لما تقدم من أنه لا يستحلفه الا بالتماس المدعى.

و بعبارة أخرى: عند ما يحلف بنفى العلم تسقط دعوى العلم، و حينئذ لا ملزم للمدعى عليه بدفع الحق لعدم البينه، فيكون أثر الحلف على نفي العلم-مع حكم الحاكم-فصل الخصومه و عدم سماع البينه، فيكون الحاصل: ان الحلف على نفي العلم لا ينفى الواقع و لكنه لا يبقى المجال لان يتمكن المدعى من الإلزام بدفع شيء بإقامه البينه على الدعوى.

هذا كله بناء على عدم جواز الحلف على البت بمقتضى الامارات و الأصول، و الا كان له الحلف على نفي الواقع بالاستناد الى الحكم الظاهرى، فما هو المستفاد من الأدله؟

ص: ٤١٢

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٨. الباب: ٩ من أبواب كيفية الحكم.

الظاهر عدم الخلاف فى أن اليد اماره على الملكيه، فكلما كان تحت سلطنه الشخص من غير معارض يكون له ملكا له (١)، و من هنا يجوز له أنحاء التصرف فيه، و يجوز لغيره الاخبار فى غير مورد المرافعه عن كون الشيء ملكا له استنادا الى كونه تحت يده.

هل يجوز الحلف اعتمادا على اليد و الاستصحاب؟

و هل يجوز الحلف اعتمادا على اليد؟ قولان.

و يدل على الجواز:

١-خبر حفص بن غياث عن أبى عبد الله عليه السلام: «قال له رجل: إذا رأيت شيئا فى يدى رجل يجوز لى أن أشهد أنه له؟ قال: نعم. قال الرجل: أشهد أنه فى يده و لا أشهد أنه له فلعله لغيره.

فقال أبو عبد الله عليه السلام: أ فيحل الشراء منه؟ قال: نعم. فقال أبو عبد الله عليه السلام: فلعله لغيره فمن أين جاز لك أن تشتريه و يصير ملكا لك ثم تقول بعد الملك هو لى و تحلف عليه و لا يجوز أن تنسبه الى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: لو لم يجز هذا لم يقيم للمسلمين سوق» (٢).

بل قد يستظهر من قوله «و تحلف عليه» ان كلما يجوز الحلف اعتمادا عليه تجوز الشهاده كذلك.

ص: ٤١٣

١-١) وسائل الشيعة: ١٨-٢١٤. الباب: ٢٥ من أبواب كيفية الحكم.

٢-٢) وسائل الشيعة: ١٨-٢١٥.

٢-خبر على بن إبراهيم فى تفسيره بسنده عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث فذك أن أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبى بكر:

«أتحكم فىنا بخلاف حكم الله فى المسلمين؟ قال: لا. قال: فان كان فى يد المسلمين شىء يملكونه ادعيت أنا فيه من تسأل البيه؟ قال: إياك كنت أسأل البيه على ما تدعيه على المسلمين. قال: فإذا كان فى يدى شىء فادعى فيه المسلمون تسألنى البيه على ما فى يدى و قد ملكته فى حياه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم و بعده و لم تسأل المؤمنين البيه على ما ادعوا على كما سألتنى البيه على ما ادعيت عليهم.» (١).

و أماره الصدق على هذا الخبر لائحته مع حسنه سندا (١).

و يدل على جواز الشهاده و الحلف اعتمادا على الاستصحاب خبر معاويه بن وهب قال: «قلت له: ان أبى ليلى يسألنى الشهاده عن هذه الدار مات فلان و تركها ميراثا و أنه ليس له وارث غير الذى شهدنا له. فقال: اشهد بما هو علمك. قلت: ان أبى ليلى يحلفنا الغموس. فقال: احلف انما هو على علمك» (٢).

و يدل على الجواز فى خصوص الشهاده خبره الآخر: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يكون له العبد و الأمه قد عرف

ص: ٤١٤

١-١) وسائل الشيعة: ١٨-٢١٥.

٢-٢) وسائل الشيعة: ١٨-٢٤٥. الباب: ١٧ من أبواب الشهادات.

ذلك فيقول: أبق غلامى أو أمتى فيكلفونه القضاء شاهدين بأن هذا غلامه أو أمته لم يبع و لم يهب أن نشهد على هذا إذا كلفناه؟ قال: نعم» (١).

لكن يعارضه المنع الوارد فى ذيل خبر آخر له و ان كان صدره دالا على الجواز كذلك، و هذا نص الخبر بتمامه «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يكون فى داره ثم يغيب عنها ثلاثين سنه و يدع فيها عياله، ثم يأتينا هلاكه و نحن لا ندرى ما أحدث فى داره و لا ندرى ما أحدث له من الولد، إلا أنا لا نعلم أنه أحدث فى داره شيئاً و لا حدث له ولد و لا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك فى الدار حتى يشهد شاهدا عدل أن هذه دار فلان ابن فلان مات و تركها ميراثاً بين فلان و فلان، أو نشهد على هذا؟ قال: نعم.

قلت: الرجل يكون له العبد و الأمه فيقول: أبق غلامى أو أبق أمتى فيؤخذ بالبلد فيكلفه القاضى اليينه أن هذا غلام فلان لم يبعه و لم يهبه أن نشهد على هذا إذا كلفناه و نحن لم نعلم أنه أحدث شيئاً؟ فقال: كلما غاب من يد المرء المسلم غلامه أو أمته أو غاب عنك لم تشهد به» (٢).

و هذا الذيل و الخبر المتقدم كلاهما واردان فى مورد الترافع فحمل المانع على هذا المورد و المجوز على أن المراد من الشهاده فيه هو الاخبار عن الواقع استنادا الى الاستصحاب خلاف الظاهر

ص: ٤١٥

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-٢٤٦. الباب: ١٧ من أبواب الشهادات.

٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-٢٤٦. الباب: ١٧ من أبواب الشهادات.

و الاولى الجمع بينهما بحمل الخبر المانع على الكراهه لأنه ينافى رغبه الشارع و ترغيبه فى اعتناق الإمام و العبيد بشتى الوسائل مهما أمكن.

هذا كله بالنظر الى الأدله الخاصه، و يمكن الاستدلال لذلك بعمومات أدله الاستصحاب و اليد، إذ الاستفادة من خبر حفص بن غياث عدم اعتبار العلم بالواقع عند الشهاده، و عليه فان شهد بأن هذا ملكه ترتبت آثار الملكيه بلا ريب، و كذا فى الاستصحاب، فحيث يستصحب طهاره الثوب مثلا و تجوز الصلاه فيه يجوز الحلف على هذه الطهاره أيضا و لا مقيد بكونها طهاره واقعيه حتى يجوز الحلف.

ثم ان الدعوى تبرز تاره بحيث يكون للمدعى عليه الحلف على البت و ان كانت فى الواقع متعلقه بفعل الغير كأن يقول له: «الذى فى يدك لى» و أخرى تبرز على وجه لا يكون له ذلك، كأن يقول له: «الذى بيدك قد غصبه مورثك» فهنا يحلف على نفى العلم.

متى يحلف المدعى؟

قال المحقق: «أما المدعى و لا شاهد له فلا يمين عليه» .

أى: لما تقدم مرارا من قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «اليمينه على المدعى و اليمين على من ادعى عليه» .

قال: «الا مع الرد أو نكول المدعى عليه على قول» .

أى: بناء على القول بتوجه اليمين على المدعى مع نكول

المدعى عليه و أما على القول الآخر فيثبت حق المدعى بنكول المدعى عليه من دون يمين.

قال: «فان ردها المنكر توجهت، فيحلف على الجزم، و لو نكل سقطت دعواه إجماعاً» .

أى: و تنفصل الخصومه فلا تسمع دعواه بعدئذ.

قال: «و لو رد المنكر اليمين ثم بذلها قبل الإحلاف، قال الشيخ: ليس له ذلك الا برضا المدعى. و فيه تردد منشؤه أن ذلك تفويض لا إسقاط» .

أقول: و الظاهر أنه تفويض لا إسقاط، و هو مقتضى عمومات و إطلاقات: «و اليمين على المدعى عليه» ، إذ القدر المتيقن خروج صورته الرد مع حلف المدعى، بل هو مقتضى استصحاب جواز حلف المنكر أو بقاء حقه فى الحلف الثابت له قبل الرد، و لا ينافيه ما فى النصوص من التعليل بقوله عليه السلام: «لأنه رضى.» لأن المراد هو أن اليمين التى كانت برضاه تذهب بحقه لا أن مجرد رضاه بيمينه يسقطه.

قال: «و يكفى مع الإنكار الحلف على نفى الاستحقاق.» .

أقول: قد يدعى المدعى الحلف و لا يذكر سبب الاستحقاق، و قد يذكره أيضا، فان لم يذكر السبب حلف المنكر على نفى الحق، و ان ذكره كان بالخيار، فله أن يحلف على نفى الحق، و له أن يحلف على نفى الاستحقاق بحيث يعم ذاك السبب و غيره، إذ لا فرق بين

نفي عين المدعى و بين نفي الأعم.

و عن الشيخ «يلزمه الحلف على وفق الجواب، لأنه لم يجب به الا و هو قادر على الحلف عليه» .

و لكن مقتضى إطلاقات أدله البينه هو الأول.

قال المحقق «قده»: «و لو ادعى المنكر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب مدعيا و المدعى منكرا، فيكفى للمدعى اليمين على بقاء الحق، و لو حلف على نفي ذلك كان آكد لكنه غير لازم» .

أقول: أى أنه لا-خلاف هنا على أن يقول: و الله لم أبرأ ذمتك، أو: و الله ما أقبضتني حتى، و له أن يقول: و الله ان حتى باق، بخلاف الفرع السابق حيث كانت المسأله خلافيه.

قال: «و كل ما يتوجه الجواب عن الدعوى فيه يتوجه معه اليمين و يقضى على المنكر به مع النكول كالعق و النسب و النكاح و غير ذلك، و على القول الآخر ترد اليمين على المدعى و يقضى له مع اليمين و عليه مع النكول» .

أقول: ان بعض الدعاوى تسقط مع عدم البينه و لا يمين فيها على المنكر مثل الدعوى فى الحدود، فلو أحضر زيدا عند الحاكم و ادعى عليه شرب الخمر لم يثبت بهذه الدعوى حق فلذا لا يسمعها الحاكم، و أما لو كان له بينه على ذلك حكم بوجوب الحد عليه.

و بعض الدعاوى يحلف المنكر فيها على النفي عند عدم البينه مثل الدعوى على مال أو حق.

و بعض الدعاوى وقع الخلاف فيها بين العامه و الخاصه مثل

الدعوى على الطلاق و النكاح، فالأصحاب على أن اليمين تتوجه على المنكر مع عدم بينه المدعى، و خالف بعض العامة فمنع من توجه الحلف على المنكر فى الأبواب المذكوره لأن المطلوب من التحليف الإقرار أو النكول ليحكم به، و النكول عن اليمين نازل منزله البذل و الإباحه، و لا مدخل لهما فى هذه الأبواب، و خالف بعض آخر منهم، فخص التحليف فيما يثبت بشاهدين ذكرين إلحاقا له بالحد.

و عمومات و إطلاقات «و اليمين على المدعى عليه» و «على من أنكر» تبطل ما ذهبوا اليه، و ما ذكر فى وجه المنع استحسان محض، و قد تقدم أن اليمين تتوجه على المنكر فى كل مورد أوجب حقا بخلاف الدعوى فى الحدود.

مضافا الى خصوص ما رووه: «ان ركانه أتى النبى (ص) فقال:

يا رسول الله طلقت امرأتى البته. فقال: ما أردت بالبته؟ قال: واحده فقال: و الله ما أردت بها إلا واحده؟ فقال ركانه: و الله ما أردت بها إلا واحده، فردها اليه، ثم طلقها الثانيه فى زمن عمر و الثالثه فى زمن عثمان» (١) حيث اكتفى فيه باليمين على ما أخبر به من قصده بها فى الطلاق من جهه أن قصده ذلك لا يعرف الا من قبله فلذا أمره صلى الله عليه و آله و سلم بالحلف.

و لكن استخلافه «ص» على أنه قصد المره-و لم يكن الطلاق ثلاثا فى المجلس الواحد مبدعا بعد-وجهه غير واضح.

ص: ٤١٩

المسألة الأولى

(متى تتوجه اليمين على الوارث؟)

قال المحقق «قده»: «لا تتوجه اليمين على الوارث ما لم يدع عليه العلم بموت المورث و العلم بالحق، و أنه ترك في يده مالا» .

أقول: يشترط في صحة الدعوى على الوارث في حق على المورث أمور: «الأول» علم الوارث بموت المورث، «و الثاني» علمه بثبوت الحق على المورث و اشتغال ذمته به، «و الثالث» العلم بوجود تركه في يد الوارث بمقدار الحق أو بعضه.

فهذه الأمور شرط، و لذا لو صدق المدعى الوارث على عدم أحد هذه الأمور الثلاثة لم يكن للدعوى عليه وجه فضلا عن توجه اليمين عليه الذي أشار إليه المحقق بقوله:

«و لو ساعد المدعى على عدم أحد هذه الأمور لم يتوجه» .

ثم قال «قده»: «و لو ادعى عليه العلم بموته أو بالحق كفاه الحلف أنه لا يعلم» .

أى: لأنها دعوى تتعلق بعلمه بفعل الغير، فحيث لا يعلم كفاه الحلف على نفي العلم.

قال: «نعم لو أثبت الحق و الوفاء و ادعى فى يده مالا حلف الوارث على القطع» .

أقول: لا- اشكال فيما ذكر، لانه بعد ثبوت الحق و الوفاء بالبينه مثلا تكون دعوى وجود مال للمورث عند الوارث متعلقه بأمر راجع الى نفس الوارث، فان كان ينكر ذلك و جب عليه الحلف على نفيه على البت لا على نفي العلم.

و لكن هل الدعوى مشروطه بهذه الأمور أو أن الاستحلاف مشروط بها؟ الظاهر هو الأول كما ذكرنا، بل لا ريب فى اشتراط الأمر الأول حتى يتمكن من الدعوى، إذ تقدم فى محله أنه يشترط فى صحه الدعوى كونها عن جزم فلا تسمع دعواه باحتمال كونه ذا حق.

و لو صدق الوارث فى دعوى الجهل بكون مورثه مدينا كانت مطالبته بحقه منه لاغيه، و أما لو كان متيقنا من علمه أو شك فيه جازت له المطالبه مع فرض وجود التركه، و هل يحلفه على نفي العلم أو على إنكار أصل الدعوى؟ ان ادعى علمه بالأمر كان عليه اليمين على نفي العلم، و هل هذه اليمين تفصل الخصومه على الواقع؟

قولان. و تظهر ثمره الخلاف فى البيئه التى يقيمها المدعى بعدها.

و عن الشيخ: انه لا- يشترط فى صحه الدعوى دعوى المدعى على الوارث العلم، بل للمدعى إبراز الدعوى و للوارث حيثنذ الحلف على نفى العلم، فان حلف سقطت الدعوى و فصلت الخصومه، لكن قول الشيخ بجواز حلف الوارث على نفى العلم مع عدم ادعاء المدعى عليه ذلك بعيدا جدا.

و قال المحقق «قده»: لا تتوجه اليمين ما لم يدع علمه بالحق إذ لا يحلف على فعل الغير. و هذه العبارة مفادها عدم كون شرط الدعوى ذلك، بل شرط الاستحلاف دعوى علمه، و يكون الحاصل جواز دعواه الحق، فإن كان له بينه ثبت حقه و الا فإن ادعى علم الوارث حلف على نفيه و الا- لم يحلف لانه على فعل الغير، و مع الحلف تنفصل الخصومه و ينقطع النزاع، و قيل: لا تسقط الدعوى باليمين على نفى العلم.

لكننا نقول بناء على ما عرفت فيما مضى فى مسأله يمين الموكل انه ان كان الوارث متمكنا من اليمين على نفى أصل الدعوى جاز له ذلك، و الا وجب عليه اليمين على نفى العلم و ان لم يكن يدعى عليه العلم حتى و لو كان المال الذى بيده للمدعى فى الواقع، الا أن يقال بانصراف أدله «اليمين على من ادعى عليه» عن هذا المورد لكن تقدم أن الأظهر عمومها للمورد، و أن اليمين على نفى العلم تقوم مقام اليمين على نفى الواقع، لان الغرض من الدعوى على

المورث فى الحقيقه هو الدعوى على الوارث و أنه عالم بذلك، و الا لم يكن للترافع بينه و بين الوارث وجه.

و بعباره أخرى: ان اليمين على نفى العلم أثرها سد الطريق على المدعى بحيث لا يمكنه بعد ذلك إلزام الوارث بالحق.

و اختار صاحب الجواهر «قده» كفايه اليمين على نفى العلم عن اليمين على نفى الحق، و اعترض على الأصحاب بأن الأمر مشوش غير منقح عندهم، خصوصا بعد اقتضائه ما هو كالمقطوع بفساده من عدم سماع الدعوى فى غير الوارث أيضا، كما لو ادعى مدعى على عين فى يد آخر أنه سرقه سارق و باعه أباك من دون أن يدعى عليه العلم بذلك، ضروره عدم الفرق بين الوارث و غيره فى ذلك.

المسأله الثانيه

(لو ادعى على المملوك فمن الغريم؟)

قال المحقق «قده»: «إذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه و يستوى فى ذلك دعوى المال و الجنايه» .

أقول: يعنى أن المدعى عليه فى الحقيقه هو المولى، و عليه يكون العبره بإقراره و إنكاره لا- بإقرار العبد و إنكاره، سواء كانت الدعوى فى المال أو كانت فى جنايه ارتكبها العبد. لكن فى المسأله تفصيل، و بيان ذلك:

انه فى كل دعوى يكون الضرر متوجها فيها على المولى تكون العبره بإقرار المولى و إنكاره، فلو ادعى على المملوك ملكيه مال

معين بيده كان المولى هو المدعى عليه في الواقع لانه الغريم، إذ العبد و ما فى يده لمولاه، فإن أقر المولى أخذ المال و دفع الى المدعى و ان أنكر حلف، و كذا لو كانت الدعوى جنايه، فعلى القول بأن ديه خطأ العبد على المولى يكون الاعتبار بإقرار المولى و إنكاره، و لا- فرق فى الجنايه بين ما يوجب استحقاق العبد و غيره، لائن الغريم هو المولى على كل حال، و أما على القول بأن هذه الديه على العبد نفسه لا- على المولى كانت العبره بإقرار العبد و إنكاره، فإن أقر صبر حتى ينعق فيؤدى و الا حلف على النفى.

و كذا لو صدر منه ما يوجب قتله قصاصا بعد العتق.

و لو صدر من العبد ما يوجب قتله قصاصا فى حال رقيته فهل المعتبر إقرار المولى و إنكاره لأنه الغريم أو يعتبر إقرار و إنكار العبد حينئذ لأنه المباشر و المدعى عليه؟ وجهان، و تظهر الثمره فيما لو أقر المولى بالجنايه و أنكر العبد. و الأول مشكل، لانه و ان كان هو الغريم لكن ليس المولى مالكا لحياه العبد، و قد تقرر أن من ملك شيئا ملك الإقرار به.

و لو أقر العبد بهذه الجنايه فإن إقراره ينتهى إلى ضرر المولى إذ المفروض وجوب قتله فعلا- قبل الانعتاق، و حينئذ يتوجه الإشكال بأن دليل: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» ليس على إطلاقه ليشمل صورته استلزامه الضرر لغيره.

فظهر أن فى المسأله تفصيلا، و الظاهر أن مراد المحقق من كلامه ما إذا كانت الدعوى على المملوك من حيث أنه مملوك.

وقد تلخص أنه يدور أمر الاعتبار بالإقرار و الإنكار مدار الغرم، فحيث يتوجه الضرر و الخساره على المولى يكون الاعتبار بإقرار و إنكاره و حيث يتوجه على نفس العبد بأن يؤدى الحق بعد الانعتاق كان الاعتبار بإقراره و إنكاره.

و عن القواعد: «و إذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه سواء كانت الدعوى مالا أو جناية، و الأقرب عندى توجه اليمين عليه، فان نكل ردت على المدعى و تثبت الدعوى فى ذمه العبد يتبع بها بعد العتق» و ظاهره وجوب اليمين على العبد و ان كان الغريم مولاه فان نكل لم تؤثر يمين المولى. و فى الجواهر: و مراده على الظاهر الإشاره بذلك الى توجه سماع الدعوى على العبد منفردا أو اقتضاء الدعوى على المولى يمينا أخرى على العبد غير يمين المولى.

قلت: و لكن توجه اليمين على العبد حيث يكون هو الغريم هو قول جميع الفقهاء و ليس قولاً للعلامه حتى يقول و الأقرب عندى.

و يحتمل أنه وجه اليمين على العبد لا المولى لأنها على فعل الغير، و فيه: لو كان مراده ذلك لوجهها على المولى بأن يحلف على نفي العلم.

المسأله الثالثه

(هل تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن البيئه؟)

قال المحقق: «لا تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن البيئه» .

أقول: لا خلاف فى عدم سماع الدعوى فى الحدود حتى يقيم

ص: ٤٢٥

المدعى البينه المعينه شرعا فى كل مورد، لان الحدود حق الله تعالى و قد اشترط فى ترتيب الأثر على الدعوى فيها وجود البينه، بل انه تعالى يحب عدم تعقيب ما يوجبها و ترك إثباتها، بل أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات (١).

قال: «فلا يتوجه اليمين على المنكر» .

و أما فى حق الآدمى فتسمع الدعوى المجرده عن البينه و يستحلف المنكر لادن اليمين أحد طريقى إثبات حق الآدمى، و لذا يسقط الحق برضا صاحبه بيمين خصمه.

قال: «نعم لو قذفه بالزنا و لا بينه فادعاه عليه قال فى المبسوط:

جاز أن يحلف ليثبت الحد على القاذف و فيه إشكال، إذ لا يمين فى الحد» .

أقول: كان ما ذكرناه فى خصوص الدعوى فى حق الله تعالى كحد الزنا و شرب الخمر، و لو اشتركت الدعوى بين الله و بين الآدمى كحد القذف كأن يقذفه بالزنا و لا بينه فهل لليمين أثر فى ثبوت الحد و عدمه أو لا؟ الصحيح هو الثانى لإطلاق النصوص الواردة فى المقام و الداله على أنه «لا يمين فى حد» :

(١) فعن البنظى عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام برجل فقال: هذا قذفى،

ص: ٤٢٦

و لم تكن له بينه. فقال: يا أمير المؤمنين استحلفه، فقال: لا يمين في حد و لا قصاص في عظم» (١)).

و هذا الخبر ظاهر في أن الرجل قد ظن أن للقاذف الذي لا بينه له أن يستحلف المقذوف لكونه منكرا كسائر المرافعات، فقال الامام عليه السلام: ان اليمين لا تؤثر لا في إثباته و لا في نفيه.

(٢) عن أمير المؤمنين عليه السلام في حديث قال: «لا يستحلف صاحب الحد» (١).

و الظاهر أن المراد من «صاحب الحد» هو من يجب اجراء الحد عليه، و يحتمل أن يكون المراد: ان الذي يريد اجراء الحد

ص: ٤٢٧

١- ١) وسائل الشيعة: ١٨-٣٣٥. الباب: ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، و هو معتبر.

-و هو الامام-لا يستحلف.

(٣) عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: «ان رجلا استعدى عليا عليه السلام على رجل فقال: انه افتري على، فقال علي عليه السلام للرجل: أ فعلت ما فعلت؟ فقال: لا. ثم قال علي عليه السلام: أ لك بينه؟ قال: فقال: ما لي بينه فأحلفه لي. قال علي عليه السلام: «ما عليه يمين» (١).

خلافًا للشيخ قدس سره في المبسوط إذ قال: «جاز أن يحلف ليثبت الحد على القاذف» أي: ترجيحًا لحق آدمي على حق الله عز وجل، و من الحالف حينئذ؟ في العبارة احتمالان- «أحدهما»:

أن يكون المراد أن يقذفه بالزنا ولا بينه فيدعى المقذوف عليه ذلك فينكر و يمتنع عن اليمين و يردّها على المدعى، فيجوز له أن يحلف اليمين المردودة ليثبت الحد على القاذف «و الثاني»: أن يكون المراد قذفه بالزنا بأن يقول له: يا زاني، ثم لما أريد إجراء حد القذف عليه ادعى الزنا على المقذوف و لكن لا بينه له على ذلك. فيجوز أن يحلف المقذوف على عدم الزنا ليثبت الحد على القاذف، فان لم يحلف لم يثبت الحد.

و كيف كان فما ذهب إليه ينافي تلك النصوص الداله على أنه لا يحلف لا في إثبات الحد و لا في نفيه، فان كان للقاذف بينه على

ص: ٤٢٨

١- ١) وسائل الشيعة: ١٨-٣٣٥. الباب: ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، فيه «غياث بن كلوب» و هو مجهول.

الزنا سقط الحد و الا ثبت، قال الله تعالى «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ .» الى آخر الآية (١).

و ليس حق الآدمى فى هذه المسأله منفصلا عن حق الله تعالى ليرجح فيها حقه على حق الله، بل الحقان كلاهما واردان على الحد بخلاف مسأله السرقة حيث الغرم و القطع أمران مختلفان و لذا يمكن إثبات الغرم دون القطع فى بعض صورها كما سيأتى أيضا.

المسأله الرابعه

(منكر السرقة تتوجه عليه اليمين)

قال المحقق: «منكر السرقة يتوجه عليه اليمين لإسقاط الغرم» .

أقول: قد عرفت فيما تقدم أن السرقة توجب فى حال ثبوتها أمرين: «أحدهما» حق الآدمى و هو المال المسروق، و «الثانى» القطع و هو الحد الشرعى و هو حق الله تعالى، و قد عرفت أنه لا- ملازمه بين الحقين فقد يثبت أحدهما فى مورد دون الآخر، فمن ادعى عليه السرقة فأنكرها يتوجه عليه اليمين من جهه حق الآدمى، فإن حلف سقط الغرم.

«و لو نكل لزمه المال دون القطع بناء على القضاء بالنكول و هو الأظهر» تبعا للمحقق و جماعه «و الا حلف المدعى» ليثبت الحق و الا سقطت الدعوى.

ص: ٤٢٩

قال المحقق: «و لا يثبت الحد على القولين» .

أقول: أى لما عرفت من أن ثبوت الغرم أو سقوط الحق باليمين و عدمها لا يثبت كونه سارقا بحيث يترتب عليه الحكم الشرعى المقرر.

قال: «و كذا لو أقام شاهدا و حلف» .

أقول: أى لأنه لا يمين فى حد كما تقدم، إذ لا فرق حينئذ بين وجود الشاهد الواحد و عدمه من هذه الجهة.

المسألة الخامسة

(لو كان له بينه فأعرض عنها فهل له الرجوع؟)

قال المحقق: «لو كان له بينه فأعرض عنها و التمس يمين المنكر أو قال أسقطت اليه و قبلت اليمين فهل له الرجوع؟ قيل: لا. و فيه تردد، و لعل الأقرب الجواز» .

أقول: فى المسألة قولان، و الأقوى هو الجواز وفاقا للمحقق و غيره و خلافا للشيخ، و وجه التردد عند المحقق هو التأمل فى أن إقامه اليه حق للمدعى أو أنه حكم شرعى، و لو كان حقا فهل هو من الحقوق القابلة للإسقاط أو لا؟ و الظاهر أنه حق لا يقبل الإسقاط، و مع الشك فى كونه حقا قابلا له يكون الأصل بقاءه، و كذا يستصحب البقاء بناء على كونه حكما، فالظاهر هو جواز الرجوع الى إقامه اليه أو إليها بعد إقامتها و قبل حلف المنكر.

و لا يجرى هنا استصحاب تأثير اليمين، بأن يقال انه بالإعراض

أو الإسقاط يكون المؤثر اليمين فمع الشك في بقاء تأثيرها بعد الرجوع يستصحب التأثير، ووجه عدم الجريان هو أن المورد يكون من صغريات كبرى دوران الأمر بين استصحاب حكم المخصص و التمسك بعموم العام، وقد تقرر في محله أن التحقيق هو الثاني.

قال: «و كذا البحث لو أقام شاهدا فأعرض عنه و قنع بيمين المنكر» .

أى: ثم عاد اليه قبل الحلف أو رد المنكر اليمين على المدعى ثم عاد الى اختيار الحلف الذى يقوم مقام الشاهد الثانى.

المسألة السادسة

(فيمن يقبل قوله بلا يمين)

ذكر المحقق فيها أربعة فروع أفتى فى الثلاثة الأولى منها بقبول قول المدعى بلا يمين و تردد فى الرابع، لكن فى المسالك ذكر أكثر من عشرين فرعا قال فى جميعها بقبوله كذلك، فالفروع الثلاثة هى:

الأول «لو ادعى صاحب النصاب ابداله فى أثناء الحول» أى لينفى عنه الزكاه «قبل قوله بلا يمين» .

الثانى «و كذا لو خرص عليه فادعى النقصان» أى: فى الثمره المخروصه أو الزرع عما خرص عليه لينقص عنه ما قدر عليه من الزكاه.

ص: ٤٣١

الثالث «و كذا لو ادعى الذمى الإسلام قبل الحول» أى:

ليتخلص عن الجزية بناء على عدم شمول «الإسلام يجب ما قبله» (١)) لهذا المورد، و أما بناء عليه فلا يطالب بالجزية و ان لم يدع ذلك.

ثم ان الدليل فى هذه الفروع عدم الخلاف كما فى الجواهر، و أن الحق فى هذه الموارد لله عز و جل، مع أن الحق فيها لا يعلم الا من قبل المدعى.

و هناك نصوص فى خصوص بعض فروع المسألة مثل أن يقول:

«لا زكاه على» مثلا (٢)).

و الفرع الرابع قوله: «أما لو ادعى الحربى الإنبات بعلاج لا- بالسن ليتخلص من القتل فيه تردد، و لعل الأقرب أنه لا يقبل الا مع البيئه» .

أقول: منشأ التردد هو: ان قتل الكافر الحربى حد من حدود الله تعالى، و قد أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات، و قد تقدم أن

لا يمين فى حد، و أن الإنبات لا يعلم الا من قبل الشخص، مع أن اليمين لا تقبل من غير البالغ و هذا مشكوك فى بلوغه.

و من أن الإنبات أماره شرعيه على البلوغ، و كونه بعلاج خلاف الظاهر، و لا يقبل قول من ادعى خلاف الظاهر الا مع البيئه، و إذ لا بينه هنا فإن أقل ما تثبت به الدعوى هو اليمين، فقيل: يحلف الان لوجود الاماره الشرعيه على البلوغ المعتبر فى صحه اليمين، و قيل:

يصبر حتى يعلم ببلوغه، و على الأول ان حلف لم يقتل و الا-قتل، و على الثانى ان حلف سقط الحد و ان نكل كشف عن استحقاقه القتل منذ الأسر.

أقول: لكن يرد على القول الثانى أنه ان بلغ كافرا و جب قتله و لا حاجه الى هذا البحث، و ان أسلم فإن قلنا بمقتضى «الإسلام يجب ما قبله» فلا يحلف و لا شىء عليه، و الا فإن حلف سقط الحد و ان نكل قتل.

هذا ان لم نقل بأن كون الإنبات أماره للبلوغ مشروط بكونه طبيعيا و الا فإنه مع الشك فى كونه بالعلاج أو بالطبع فلا يجوز قتله و ان لم يدع الإنبات بعلاج، الا- أن يتمسك بأن الأصل عدم كونه بعلاج، لكنه أصل مثبت. اللهم الا أن يكون إجماع على وجوب قتله حينئذ.

و معنى قول المحقق: «لا يقبل الا مع البيئه» انه لا يقبل مع اليمين، فإن أقام البيئه قبل و الا قتل، و أشكل عليه فى الجواهر بقوله:

«لكن لا يخفى عليك ما فيه من أنه بعد تسليم الظهور لا ينافى تحقق

الشبهه الدارئة-قال:- بل الظاهر تحققها مع عدم اليمين خصوصا فى مثل الفرض» .

و هل يقبل قول مدعى الإنبات بعلاج فى غير مورد الحد الذى أمرنا بدرئته بالشبهه؟ مثاله: لو أجرى عقد بيع ثم لما حضر المشتري لتسلم المبيع ادعى كونه صغيرا فى حال اجراء العقد و أن إنبات الشعر المتحقق فيه حاصل بعلاج منه و ليس طبيعيا ليدل على البلوغ فهل يسمع قوله لا سيما و أنه مطابق للأصل أو لا بل يسمع قول المشتري و هو مقتضى أصاله الصحه؟ أقول: أما أصاله الصحه فتجرى عند الشك فى الصحه بعد إحراز اجتماع الشرائط المعتره، و مع الشك فى بلوغ البائع فلا يجرى هذا الأصل لأنه لا يحرز البلوغ. لكن الصحيح عدم قبول قول البائع فى هذه الصوره، لأن إنبات الشعر ظاهر فى البلوغ، و المناقشه فى هذا الظهور ممنوعه، و هو متقدم على الأصل و الا لم تتقدم أماره على أصل فى مورد.

قال فى الجواهر: و مما ألحق بذلك دعوى البلوغ مطلقا أو بالاحتلام خاصه، لإمكان إقامه البيئه على السن و اعتبار الإنبات لأن محله ليس من العوره، و على تقديره فهو من مواضع الضروره. و على كل حال لا يمين و الا لزم الدور، لان اعتباره موقوف على البلوغ الموقوف على اعتباره.

أقول: صحه اليمين متوقفه على البلوغ، و البالغ قد لا يحلف

أصلاً، نعم ثبوت البلوغ يتوقف عليها، فلا- دور. فالدليل على عدم اليمين فى المقام كونه شبهه مصداقيه للبلوغ المعترف بتحقيقه للحالف فى صحه يمينه.

هذا وقد ذكروا فى المقام فروعاً، والضابط الكلى هو: ان كان الطرف فى الدعوى هو الله تعالى محضاً فلا يشترط اليمين، و كذا ان كان مورد الدعوى حقاً عاماً للناس.

و فى المسالك: ضبطها بعضهم بأنه كل ما كان بين العبد و بين الله تعالى، أو لا يعلم الا منه و لا ضرر فيه على الغير، أو ما تعلق بالحد أو التعزير.

و فيه- كما فى الجواهر- ان ذلك كله مع عدم الخصومه، و أما معها فلا، فقول ذى اليد مثلاً حجه إلا إذا خصم فحينئذ تتوجه عليه اليمين.

المسألة السابعه

(حكم ما لو مات رجل و ظهر له شاهد بدين)

قال المحقق: «لو مات و لا- وارث له و ظهر له شاهد بدين قيل: يحبس حتى يحلف أو يقر. و كذا لو ادعى الوصى أن الميت أوصى للفقراء و شهد واحد و أنكر الوارث. و فى الموضوعين إشكال لأن السجن عقوبه لم يثبت موجباً».

أقول: فى المسألة فرعان: «الأول»- لو شهد شاهد بأن زيدا الميت يطلب من عمرو كذا مالا و لا وارث لزيد حتى يطالبه به،

فإن أقر عمرو بالدين وجب عليه الأداء، و ان أنكر وجب عليه اليمين، فان حلف على الإنكار فلا شيء عليه، و ان نكل ألزم بدفع الحق، إذ المفروض عدم إمكان الرد لموت الدائن و عدم الوارث و أنه يستحيل تحليف المسلمين و الامام عليه السلام، و عن الشيخ في المبسوط: يجبس حتى يحلف أو يقر.

و «الفرع الثاني»: لو ادعى الوصى على الوارث أن الميت أوصى للفقراء كذا من ماله ثم شهد شاهد واحد بما يدعيه الوصى و أنكر الوارث ذلك، فان كان الوارث يعلم بالعدم حلف على النفى على البت، و ان لم يعلم حلف على نفى العلم، و لو نكل لم يمكن رد اليمين على الوصى، لأنه يدعى حقا للفقراء فلا يجوز له أن يحلف عنهم، و حينئذ يحكم على الوارث بالنكول، و يلزم بدفع الحق، و قيل: يجبس حتى يحلف أو يقر.

بل لا- فرق في الفرع الثاني بين أن يكون للوصى شاهد واحد أو لا، لما عرفت من عدم ترتب الأثر على يمينه، فوجود الشاهد الواحد و عدمه على سواء.

و لو ادعى الوارث على أحد حقا لمورثه استنادا الى ما وجدته مسجلا في ثبته، فان حلف زيد على النفى فهو، و ان حلف على نفى العلم فكذلك، و الا فلا مجال للرد على الوارث، و عليه دفع الحق بمجرد النكول.

و كذا الأمر في كل مورد لم يمكن فيه الرد، فإنه يحكم على

المنكر بالنكول و يلزم بدفع الحق، و أما مع إمكانه فإن حلف المدعى ثبت الحق و الا سقطت الدعوى.

و لو كان صاحب الحق الامام عليه السلام فعلى المنكر اليمين، فان لم يحلف ثبت الحق و لا يرد على الإمام.

المسألة الثامنة

(حكم ما لو مات و عليه دين يحيط بالتركة)

قال المحقق: «لو مات و عليه دين يحيط بالتركة لم ينتقل الى الوارث و كانت بحكم مال الميت، و ان لم يحط انتقل اليه ما فضل عن الدين» .

أقول: في الكتاب مطلقا تدل على انتقال مال الميت الى وارثه مطلقا، مثل قوله تعالى «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ .» و قد قيد ذلك في آيات كقوله تعالى «. مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ» فيكون مقتضى الجمع: انتقال ما فضل من المال الى الوارث بعد إخراج الوصايا و الديون. و عليه: فان استوعب الدين و أحاط بالتركة لم ينتقل الى الوارث شيء منها.

و القول بانتقالها الى الوارث يبتنى على التجوز اما في المطلق بأن يحمل على الأعم من الملك المستقر و غير المستقر، و اما في المقيد فيكون المعنى: استقرار الملك بعد الوصيه و الدين.

و مع التنزل عن هذا الدليل و غيره فإن الأصل عدم انتقال المال الى الوارث و بقاؤه على ملك الميت، لأن الملكيه أمر اعتبارى فيجوز اعتبارها له، و مع الشك في البقاء يستصحب، الا أن يقال

بأن العقلاء يفرقون في هذا الاعتبار بين الحي و الميت، و هو بعيد، و على هذا الأساس يتضح معنى الوصيه، فإنها في الحقيقه تصرف المالك في ماله بعد حياته.

و أما بناء على أن المملكه من عوارض الوجود و أنها أمر يقوم بنفس المالك فان مات زالت فلا يتم الاستصحاب، و عليه يكون المال بعد موت مالكه بلا مالك، لكن يكون بحكم مال الميت و تجرى عليه أحكامه.

و أما القول بأن الشك في بقاء المال على ملك الميت مسبب عن الشك في انتقاله الى وارثه، و مع جريان أصاله العدم في المسبب يزول الشك في بقاءه على ملك الميت. ففيه: انه أصل مثبت و هو ليس بحجه.

و كيف كان فان تم هذا الأصل فهو و الا وصلت النوبه إلى الاحتياط و مقتضاه العمل طبق الوصيه و أداء الدين باذن الوارث.

قال المحقق: «و في الحالين للوارث المحاكمه على ما يدعيه لمورثه لأنه قائم مقامه» .

أقول: و سواء على القولين: القول الثاني و هو الانتقال و القول الأول و هو عدم الانتقال، فان الوارث يطالب بحقوق الميت اما لانه المالك و اما لانه قائم مقامه.

و لو ادعى ديان الميت على المدين فحلف على الإنكار لم يجز لهم مطالبته فيما بعد، فان جاء الوارث و أقام البيئه على المدين فهل تسمع دعواه أو أن اليمين تلك فصلت الخصومه؟ الظاهر هو الأول.

(فى اليمين مع الشاهد)

قال المحقق: «يقضى بالشاهد و اليمين فى الجملة استنادا الى قضاء رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و قضاء على عليه السلام بعده» .

أقول: لا ريب و لا خلاف فى القضاء بذلك فى الجملة، و القدر المسلم منه أن تكون الدعوى فى الدين فيشهد الشاهد و يحلف المدعى، فهذا هو القدر المتيقن من معقد الإجماع و نصوص المسأله الحاكيه لقضاء النبى صلى الله عليه و آله و سلم و أمير المؤمنين عليه السلام مثل:

(١) ما عن محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يجيز فى الدين شهاده رجل واحد و يمين صاحب الدين، و لم يجز فى الهلال إلا شاهدى عدل» (١).

(٢) عن منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقضى بشاهد واحد مع يمين

ص: ٤٣٩

(٣) عن حماد بن عثمان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام:

يقول: «كان على عليه السلام يجيز في الدين شهاده رجل و يمين المدعى» (٢) (٤) عن حماد بن عيسى قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «حدثني أبي عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى بشاهد و يمين» (٣).

(٥) عن أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له عند الرجل الحق و له شاهد واحد. قال فقال: كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقضى بشاهد واحد و يمين صاحب الحق و ذلك في الدين» (٤).

ثم ان كان المراد من البيئه في قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» و في أخبار:

«البيئه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» و نحوه هو ما يبين الشيء (١) فلا كلام، و ان كان المراد منها شهاده الشاهدين في الواقعه

ص: ٤٤٠

١-١) و سائل الشيعة: ١٨-١٩٣. الباب: ١٤ من أبواب كيفيه الحكم.

٢-٢) و سائل الشيعة: ١٨-١٩٣. الباب: ١٤ من أبواب كيفيه الحكم.

٣-٣) و سائل الشيعة: ١٨-١٩٣. الباب: ١٤ من أبواب كيفيه الحكم.

٤-٤) و سائل الشيعة: ١٨-١٩٣. الباب: ١٤ من أبواب كيفيه الحكم.

- كما هو المنسب إلى أذهان المتشرعة عند الإطلاق- فإن ثبوت الدعوى بشاهد و يمين في بعض الموارد يكون من جهة الأدلة المعتمرة الدالة عليه، فتكون تلك الأدلة مخصصة للخبرين المذكورين من حيث الاكتفاء هنا بشاهد و يمين المدعى، و من حيث أن اليمين هنا تكون على المدعى لا على المدعى عليه.

و ما ورد في بعض الاخبار المتقدمه من «كان رسول الله (ص) .» و «كان على عليه السلام.» ظاهر في أن سيرتهما عليهما السلام كانت على ذلك و لم يكن قضاؤهما في تلك الموارد خاصه بها أو نادر الوقوع.

٦) عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: دخل الحكم بن عتبه و سلمه بن كهيل على أبي جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد و يمين فقال: «قضى به رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و قضى به على عليه السلام عندكم بالكوفه، فقالا: هذا خلاف القرآن. فقال:

و أين وجدتموه خلاف القرآن؟ قالوا: ان الله يقول وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ. فقال قول الله «وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» هو لا تقبلوا شهاده واحد و يمينا!! . ثم قال: ان عليا عليه السلام كان قاعدا في مسجد الكوفه، فمر به عبد الله بن قفل التميمي و معه درع طلحه، فقال على عليه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلولا يوم

البصره. فقال له عبد الله بن قفل: اجعل بيني وبينك قاضيك الذي رضيته للمسلمين، فجعل بينه وبينه شريحا.

فقال على عليه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره فقال له شريح: هات على ما تقول بينه، فأتاه بالحسن فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فقال شريح: هذا شاهد واحد ولا أقضى بشهاده واحد حتى يكون معه آخر، فدعا قنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فقال شريح: هذا مملوك ولا أقضى بشهاده مملوك.

قال: فغضب على عليه السلام و قال: خذها فان هذا قضى بجور ثلاث مرات، قال: فتحول شريح و قال: لا أقضى بين اثنين حتى تخبرني من أين قضيت بجور ثلاث مرات. فقال له: ويلك-أو ويحك-اني لما أخبرتك أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره فقلت: هات على ما تقول بينه و قد قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: حيث ما وجد غلول أخذ بغير بينه فقلت: رجل لم يسمع الحديث فهذه واحده، ثم أتيتك بالحسن فشهد فقلت: هذا واحد ولا أقضى بشهاده واحد حتى يكون معه آخر و قد قضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بشهاده واحد و يمين، فهذه ثنتان، ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره فقلت:

هذا مملوك و ما بأس بشهاده المملوك إذا كان عدلا.

ثم قال: ويلك-أو ويحك-ان امام المسلمين يؤمن من

أمورهم على ما هو أعظم من هذا» (١).

قلت: و شريح مخطئ من جهات آخر أيضا لم يشر الامام عليه السلام إليها.

قال المحقق: «و يشترط شهاده الشاهد أولا و ثبوت عدالته ثم اليمين» .

أقول: لا-ريب فى اشتراط ثبوت عداله الشاهد، انما الكلام فى لزوم تقدم الشهاده و ثبوت عدالته قبل يمين المدعى، فقال المحقق:

حكم ما لو تقدمت اليمين على الشهاده

«و لو بدأ باليمين وقعت لاغيه و افتقر إلى إعادتها بعد الإقامه» .

أقول: قد ذكرنا أن القدر المتيقن نفوذ الحكم الصادر بعد الشهاده و اليمين، فهذا الذى لا ريب فيه، بخلاف ما إذا تقدمت اليمين على الشهاده، و مع الشك فالأصل عدم النفوذ، لانه المرجع فى كل مورد شك فى نفوذ الحكم فيه.

و أما الاستدلال لاشتراط تقدم إقامه الشهاده على اليمين بتقدم ذكرها عليها فى نصوص المسأله ففيه: أولا-ان التقدم الذكرى فى النصوص لا يقتضى التقدم فى مجلس القضاء و كيفيه المحاكمه.

و ثانيا: لقد ذكرت اليمين فى بعض النصوص مقدمه على الشهاده (٢).

ص: ٤٤٣

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٤. الباب: ١٤ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٦. الباب: ١٤ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى. الحديث: ١٥، ١٦.

و من هنا نقول: ان الظاهر أن نصوص المسأله ليست بصدد بيان الكيفيه مطلقا، بل هي في مقام بيان أصل المطلب، و هو ثبوت الدعوى هنا بشاهد واحد و يمين المدعى من دون تعرض الى الخصوصيات، لكن المؤثر يقينا هو صورته تقدم الشهاده على اليمين، و نفوذ الحكم في صورته العكس مشكوك فيه فالمرجع هو الأصل المزبور.

و في المسالك: «أما اشتراط إقامه الشهاده أولا لان المدعى وظيفته اليه لا اليمين بالأصله، فإذا أقام شاهده صارت اليه التي هي وظيفته ناقصه و متممها اليمين بالنص، بخلاف ما لو قدم اليمين فإنه ابتداء بما ليس وظيفه و لم يتقدمه ما يكون متمم له» .

و فيه: ما ذكرنا من أن المستفاد من نصوص المسأله أن وظيفته هنا اقامه الشاهد الواحد و اليمين حتى تثبت دعواه، فالقضاء يكون بكلا الأمرين و ليس في شيء من النصوص إشاره الى أن وظيفته هنا إقامه اليه-كسائر الموارد-و أن يمينه تكون متممه للوظيفه الناقصه من جهه عدم الشاهد الأخر.

و عن كاشف اللثام الاستدلال له بأن جانبه حينئذ يقوى، و انما يحلف من يقوى جانبه، كما أنه يحلف إذا نكل المدعى عليه، لان النكول قوى جانبه.

و فيه: انه استحسان لا أكثر.

و الحاصل: ان المثبت للدعوى كلا الأمرين الشهاده و اليمين حالكونها متقدمه على اليمين، و صورته العكس مشكوك فيها من حيث

النفوذ و عدمه و الأصل هو العدم، و على ما ذكرنا فلو رجع الشاهد عن شهادته يكون الغرم نصف ما أخذه المدعى من المال فى هذه الدعوى.

الكلام فى مورد قبول الشاهد و اليمين

ثم هل ثبوت الدعوى بشاهد واحد و يمين يختص بما إذا كانت فى الدين، أو تثبت فى مطلق ما كان مالا أو كان المقصود منه المال أو يثبت بذلك كل ما كان للناس من حق أو مال؟ قال بالأول جماعه، و اختار الثانى آخرون بل نسب الى المشهور و يشهد للثالث إطلاق عده من الاخبار كخبر منصور بن حازم، و خبر حماد بن عيسى، و كالأخبار الآتية:

(١) عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق» (١) و «كان» له ظهور فى الاستمرار.

(٢) عن أبى مريم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «أجاز رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم شهادته شاهد مع يمين طالب الحق إذا حلف أنه الحق» (٢) و «أجاز» هنا بمعنى «الإنفاذ» .

ص: ٤٤٥

-
- ١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٥. الباب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى.
٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٥. الباب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى.

٣) عن العباس بن هلال عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: «ان جعفر بن محمد عليهما السلام قال له أبو حنيفة: كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد؟ فقال جعفر عليه السلام: قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم و قضى به على عليه السلام عندكم. فضحك أبو حنيفة. فقال له جعفر عليه السلام: أنتم تقضون بشهادة واحد شهادة مائه. فقال: ما نفعل. فقال: بلى يشهد مائه فترسلون واحدا يسأل عنهم ثم تجيزون شهادتهم بقوله» (١).

٤) محمد بن علي بن الحسين قال: «قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بشهادة شاهد و يمين المدعى. قال و قال عليه السلام:

نزل جبرئيل بشهادة شاهد و يمين صاحب الحق و حكم به أمير المؤمنين عليه السلام بالعراق» (٢).

٥) عن جابر بن عبد الله قال: «جاء جبرئيل إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأمره أن يأخذ باليمين مع الشاهد» (٣) و هذا الخبر أيضا ظاهر في أن الحكم الشرعى ذلك، و هو بإطلاقه يشمل المال و غيره.

ص: ٤٤٤

-
- ١- ١) وسائل الشيعة: ١٨-١٩٦. الباب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى.
 - ٢- ٢) وسائل الشيعة: ١٨-١٩٦. الباب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى.
 - ٣- ٣) وسائل الشيعة: ١٨-١٩٦. الباب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى.

لكن لا ريب في خروج «حق الله» من تحت هذه المطلقات لصحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله عز وجل أو رؤيه الهلال فلا (١)» و المراد بضم الأخبار الأخرى و الإجماع: شهادة الرجل الواحد مع اليمين، و المراد من «الخصم» هو نفس المدعى.

و استدلل للقول الأول- وهو التخصيص بالدين-بعده من الاخبار المذكوره كخبر محمد بن مسلم و خبر أبي بصير المتقدمين بل في خبر القاسم بن سليمان:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بشهادة رجل مع يمين الطالب في الدين وحده» (٢).

و قد حمل إطلاق النصوص السابقه على التقييد في هذه النصوص و أجيب عن خبر درع طلحه-حيث كان النزاع في العين-بأنه انما أنكر أمير المؤمنين عليه السلام على إطلاق قول شريح «ما أفضى إلا بشاهد آخر معه»، ضروره عدم كون خصوص المقام مما يكتفى فيه بالشاهد و اليمين من الوالى.

ص: ٤٤٧

-
- ١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٥. الباب: ١٤ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.
 - ٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٥. الباب: ١٤ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

وقد يستشكل فى هذا الحمل بأن أخبار «الدين» تحكى حكم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشاهد واليمين فى الدين، وهذا لا مفهوم له بل هو نظير: أكرم العالم الفقيه، إذ لا يفهم منه عدم وجوب إكرام العالم النحوى مثلاً.

بل دعوى اختصاص «الدين» بالمال ممنوعه، فقد ورد التعبير فى الروايات عن الحج ب «الدين» (١).

وفى الجواهر: ان حمل المطلق على المقيد انما يصح بعد فرض التقييد و عدم قوه المطلق من حيث كونه مطلقاً و هما معا ممنوعان، لإمكان عدم اراده التقييد فى النصوص السابقه، ضروره أن القضاء بهما فى الدين أو جوازه لا يقتضى عدم القضاء و لا عدم جوازه بغيره.

فالحاصل أنه لا مانع من حمل أخبار الدين على نقل الامام عليه السلام حكم رسول الله و أمير المؤمنين صلى الله عليهما و آلهما بنحو القضايا الشخصيه-نظير قوله عليه السلام: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الكوفه بكذا-ثم يقول بنحو الحكم الكلى: «لو كان الأمر إلينا أجزنا. فى حقوق الناس»، و ربما يشهد بما ذكرنا أنه جاء فى خبر القاسم بن سليمان المشتمل على لفظ «فى الدين وحده» :

«وقضى رسول الله.» و لم يقل: «كان رسول الله يقضى.» .

ص: ٤٤٨

١ - ١) راجع وسائل الشيعه ج: ٩، كتاب الحج، الباب ٢٥ من أبواب وجوب الحج و شرائطه، الأحاديث: ٤، ٥، الباب ٢٨، الحديث: ٩.

هذا كله بعد الإغضاء عن قصور السند في بعض الاخبار التي أخذت مقيدة للإطلاقات (١)).

و بعد، فان مقتضى الإطلاقات هو عدم التخصيص بالدين و الحكم بالشاهد و اليمين في غيره من الحقوق الماليه، و هل يجوز التعديه عنها الى مطلق حق الناس؟ ان مقتضى الإطلاقات هو ذلك، لكن المشهور على خلافه، و لعل وجه تقييدهم بالحقوق الماليه ما روى مرسلا عن ابن عباس: «ان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: استشرت جبرئيل في القضاء باليمين مع الشاهد فأشار على بذلك في الأموال و قال: لا تعدو ذلك» لكنه- كما في الجواهر- ليس هو من طرقنا و لا معروف النقل في كتب فروعنا. فالأولى ما ذكره قدس سره من احتمال فهم الأصحاب «المال» من نصوص «الدين» لا خصوص المعنى المصطلح، فالمراد من «الدين وحده» هو «المال وحده» فتخرج الحقوق التي ليست بمال، و أما «حقوق الناس» في صحيحه محمد بن مسلم فينصرف الى الحقوق الماليه فلا إطلاق له. و كيف كان فلا ريب في ثبوت الحق بشاهد و يمين إذا كان مورد النزاع عينا.

ص: ٤٤٩

كما لا ريب في كفايه اليمين مع المرأتين القائمتين مقام الرجل الواحد في الشهادة للنصوص الداله على ذلك، و منها:

(١) عن منصور بن حازم: «ان أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام قال: إذا شهد لطالب الحق امرأتان و يمينه فهو جائز» (١) أي: فهو نافذ.

(٢) عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «ان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أجاز شهاده النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله أن حقه لحق» (٢).

ثم انه-بعد أن استقر رأى المشهور على الثبوت في الحقوق الماليه-لم يفرقوا بين أن يكون المدعى بنفسه مالا و بين أن يكون من الحقوق التي تترتب عليها آثار ماليه و لذا ذكر المحقق «قده» أمثله من القسامين ثم ذكر الضابط في المسأله قال:

«و يثبت الحكم بذلك في الأموال كالدين» فإنه حق مالي صرف «و القرض» فإنه لما يقول له: قد أقرضتك كذا يدعى حقا ماليا له على ذمته «و الغصب» كذلك، فإنه و ان كان مغايرا للمال مفهوما، لكنه لما يدعى عليه غصب شيء له فإنه يستلزم كون ذلك الشيء

ص: ٤٥٠

١-١) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٧. الباب: ١٥ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى، و هي صحيحه.

٢-٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٨. الباب: ١٥ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى، و هي صحيحه.

ملكاً له «و فى المعاوضات» يثبت الحكم أيضاً، فإن المقصود فيها هو المال «كالباع و الصرف و الصلح و الإجاره و القراض و الوصيه له» فى مال عينا أو دينا «و الجنايه الموجه للديه كالخطأ» فمن ادعى جنايه فقد ادعى موضوع الديه، فهى حق يقصد بها المال، أما لو كانت جنايه موجهه للقصاص فلا، لان القصاص حق و ليس مالا «و عمد الخطأ، و قتل الوالد ولده و الحر بالعبد» إذ تثبت الديه دون القصاص فإنه لا يقتل الوالد بالولد و الحر بالعبد، «و كسر العظام» حيث يتعذر القصاص و تجب الديه فتكون الدعوى ماليه «و الجائفه» و هى الجنايه التى تصل الجوف «و المأمومه» و هى التى تصل أم الدماغ.

قال «قده»: «و ضابطه ما كان مالا أو المقصود منه مالا» أى:

بخلاف القصاص و نحوه.

لكن قد وقع الكلام بينهم من جهه أخرى، و هى أنه هل يلزم أن يكون المقصود بالذات المال أو يكفى ترتب الأثر المالى مطلقاً و ان لم يكن هو المقصود بالذات؟ و لذا اختلفوا فى بعض المصاديق كالنكاح، فقد قال المحقق:

«و فى ثبوت النكاح تردد» .

أى: لتردد المقصود بالنكاح بين كونه مالا و غير مال، فان قلنا بالثبوت حتى فى صورته كون ترتب المال من اللوازم البعيده ثبت النكاح بالشاهد و اليمين، لانه المهر و النفقه-ان كانت الدعوى من الزوجه-وارث الزوج مال الزوجه بعد موتها-ان كانت الدعوى من الزوج-من الآثار المترتبه على النكاح و ان كان المقصود منه بالذات

ص: ٤٥١

هو التناسل و اقامه السنه و كف النفس عن الحرام، و النفقه و المهر تابعان (١)).

قال «قده»: «أما الخلع و الطلاق و الرجعه و العتق و التدبير و الكتابه و النسب و الوكاله و الوصيه اليه و عيوب النساء فلا» .

أقول: لكن الخلع إذا ادعاه الزوج يثبت بالشاهد و اليمين لدخوله في الضابط الذي ذكره من جهة أنه مشروط ببذل الزوجه مالا الى الزوج ليطلقها به، فحيث يدعى الرجل ذلك فإنه يدعى حقا ماليا.

ص: ٤٥٢

قال: «و فى الوقف إشكال منشؤه النظر الى من ينتقل، و الأشبه القبول لانتقاله الى الموقوف عليهم» .

أقول: هذا فى الوقف الخاص، و أما العام فلا تتضمن دعواه المال، لان الموقوف بالوقف العام لا مالك له بل يكون كعتق العبد لله، و لو قلنا بالانتقال فيه الى الموقوف عليهم فإنه يتعذر حلف جميعهم و لا فائده فى يمين بعضهم.

أقول: و صفوه الكلام فى هذا المقام هو: أن الأصل الاولى هو عدم ثبوت شىء إلا مع العلم، ثم ان قوله صلى الله عليه و آله و سلم «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» أصبح أصلاً ثانوياً، فتقبل كل دعوى أقام المدعى فيها البينه على دعواه و يحكم له بثبوت حقه، ثم نزل جبرئيل عليه «ص» بالشاهد و اليمين فيجوز أن يكون حاكماً على الحديث السابق، و أن يكون مقيداً له فيكون الحصر فيه إضافياً- ثم قيد إطلاق قبول الشاهد و اليمين بحقوق الناس، فلا يقبل ذلك فى حقوق الله تعالى، ثم وقع الخلاف بينهم فى المراد من «حقوق الناس» و قد تقدم عدم جواز التعويل على ما روى عن ابن عباس -فان تم ما ذكرنا من انصراف «حق الناس» الى «الحق المالى» فهو، و الا فهى شبهة مفهومية مردده بين الأقل و الأكثر، و الأقل هو المتيقن، و المرجع فيما زاد عنه هو «انما أفضى بينكم». فيقبل الشاهد و اليمين فى كل ما كان مالا من حقوق الناس.

و «الحق المالى» أيضاً مردد بين ما هو حق مالى بالذات و ما

هو حق مالى مطلقا-سواء كان مالا بالذات أو بالتبع-و هنا أيضا يؤخذ بالقدر المتيقن-و هو الحق المالى بالمقصود بالذات-و ان لم يكن عنوان الدعوى مالا مثل البيع، و لذا قال فى الجواهر:

«و من الغريب اتفاقهم على خروج الوكاله عن المال و ان كانت بجعل و كذا الوصيه و اختلافهم فى العتق» .

و أما فى موارد الشبهه المصداقيه، فلا يؤخذ فيها بعموم العام بل المرجع هو الأصل. نعم للمتداعيين العمل بالاحتياط فى صورته الشك.

حكم ما لو كان المدعى جماعه و الشاهد واحد

قال المحقق: «و لا تثبت دعوى الجماعه مع الشاهد الا مع حلف كل واحد منهم» .

أقول: هذا لا اشكال فيه، لان الدعوى حينئذ تنحل إلى دعاوى متعدده و ان كانت شهاده الشاهد الواحد كافيه لجميعها، فان حلف جميع أفراد الجماعه تثبت الدعوى «و لو امتنع البعض ثبت نصيب من حلف دون الممتنع» لان مقتضى الأدله السابقه ثبوت الدعوى المالىه بالشاهد و يمين المدعى، فمن حلف مع الشهاده ثبت حقه و كان له استيفاء سهمه سواء كانت الدعوى فى حق الإرث أو حق الشركه، و من امتنع من الحلف فلا يثبت له شىء، و هنا فروع:

«الأول»: هل نكول الممتنع عن الحلف هنا يكون كنكول المدعى عن اليمين المردوده فى سقوط الدعوى فلا يترتب على

امكان ارائه محتوا وجود ندارد

ص:

أقول: انما لا تسمع دعوى المدعى عليه الإبراء مثلا فيما لو قال المدعى: هذا المال لى الإن و شهد الشاهد على ذلك، كما أنه لو شهد الشاهد على المدعى عليه بأن فلانا مات و له عليك كذا، فإنه حينئذ لا تسمع دعواه الإبراء و لا يتوقف مطالبه الوارث بالحق منه على عدم بينته. و لعل هذا الذى ذكرناه هو وجه نظر صاحب الجواهر فيما ذكره كاشف اللثام.

«الرابع»: لو ورث الناكل الحالف أخذ سهمه و ان لم يدفع اليه سهمه لامتناعه عن اليمين، إذ لا ملازمه بين الأمرين، نعم لا ريب فى عدم انتقال سهم الحالف الى الناكل فى صورته تكذيبه الدعوى.

«الخامس»: لو أقر المدعى عليه كون المال لزيد الميت بعد شهادته الشاهد و يمينه أو مطلقا، ثم جاء فقال الوارث بأن مورثك قد نقل المال الى، فعلى الوارث أن يحلف على أن المال له الآن، و وجه وجوب الحلف عليه للمره الثانيه هو أن ما يدعيه الآن دعوى جديده فيتوقف ثبوتها على يمين أخرى، فإن حلف ثبت الحق - الا - إذا أثبت المدعى عليه الانتقال - و هل يلزم إعاده الشهاده كذلك؟ قال العلامة: الأقوى نعم.

أقول: ان كانت هذه دعوى جديده بمعنى أن الوارث يدعى أن هذا المال الثابت للمورث لم ينتقل الى المدعى عليه، فلا بد من اقامه الشهاده أيضا، لأن الشهاده السابقه قد أثبتت الملك للمورث فلا تنفع لدعوى عدم الانتقال الى المدعى عليه، و ان لم تكن دعوى

جديده فلا وجه لاشتراط تجديد اليمين، ففيما ذكره العلامة و غيره هنا تأمل.

عدم جواز الحلف من غير علم:

قال المحقق: «و لا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقينا» .

أقول: لا يجوز الحلف من غير علم مطلقا و لا سيما فى مورد المرافعه، و يدل على ذلك النصوص الصريحه مثل:

١- ما عن هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لا يحلف الرجل الا على علمه» (١).

٢- و عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لا يستحلف الرجل الا على علمه» (٢).

٣- و عن يونس عن بعض أصحابه عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لا يستحلف الرجل الا على علمه و لا تقع اليمين الا على العلم استحلف أو لم يستحلف» (٣).

قال فى الجواهر بعد عبارته المتن: «و ان كان هو مقتضى الأصول العقليه» قلت: لعل مراده ما فى القواعد و غيره من أن من شرط اليمين الجزم و الجزم لا يتحقق الا مع العلم.

هذا، و قد تقدم الكلام على أنه هل تجوز اليمين بمقتضى اليد

ص: ٤٥٧

١- ١) و سائل الشيعه: ١٦-١٥٠. الباب: ٢٢ كتاب الايمان.

٢- ٢) و سائل الشيعه: ١٦-١٥٠. الباب: ٢٢ كتاب الايمان.

٣- ٣) و سائل الشيعه: ١٦-١٥٠. الباب: ٢٢ كتاب الايمان.

كما تجوز الشهاده أو لا؟ و قد قلنا بجوازها فى كل مورد تجوز الشهاده فيه، سواء كانت استنادا الى اليد أو غيرها من الامارات الشرعيه، بل قيل بجواز الحلف بمقتضى الاستصحاب على اشكال فيه.

و هل يحلف على أنه ماله واقعا أو أنه له بحسب الحكم الظاهرى؟ ان حلف على أن ما بيده ملك له واقعا استنادا الى اليد فان لازم ذلك تجويز الكذب فى هذا المورد، و أن أريد الملكيه الظاهريه لزم التخصيص فى الأصل العقلى و النصوص الوارده فى المسأله لعدم الجزم المعتبر فى اليمين مع أن حكم العقل لا يقبل التخصيص.

أقول: انا نقول بالتخطئه فى الأحكام الواقعيه و الظاهريه معا، و الحكم الظاهرى يمكن تعلق العلم به مع الشك فى الحكم الواقعى، و حينئذ يجوز الحلف بحسب العلم بالحكم الظاهرى، فمرادهم من «لا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقينا» هو عدم جواز يمين الوارث مثلا استنادا الى كتابه من خط مورثه، أو شهاده شاهد واحد بأن المال الكذائى للمورث.

قال فى الجواهر: أما لو شهد له به شاهدان فقد يقال بالجواز لأنها حجه شرعيه، بل قد يحتمل جواز الحلف على مقتضى استصحاب الموضوع الثابت، لكنه لا يخلو من اشكال بل منع فيهما لعدم العلم المعتبر فى الحلف.

و فيه-أولا: ان الفرق بين اليد و البينه غير واضح، و ثانيا:

قد تقدم أن اليمين على اليد هو الحلف بالحكم الظاهرى، و على

هذا فلا فرق بين اليد و الاستصحاب.

و الملكيه الظاهريه هي المراد من روايه حفص بن غياث (١).

لا تثبت اليمين مالا لغير الحالف:

قال المحقق: «و لا يثبت مالا لغيره».

أقول: قال فى الجواهر: و ان تعلق له به حق، بلا خلاف بل قد يظهر من المسالك و غيرها الإجماع عليه.

و يدل على ذلك مع ما ذكر ظواهر أدله القضاء كقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» ، فإنه ظاهر فى كون البينات و الايمان هي ميزان القضاء بين المتخاصمين أنفسهما، و هو منصرف عما لو ادعى مالا لغيره.

قال فى الجواهر: لكن فى كشف اللثام: الـ الولى لمال المولى عليه، فان الحالف اما المنكر و اما المدعى له، أما الولى فقوله بمنزله قول المولى عليه. قال: و لم أجده لغيره بل إطلاقهم يقتضى خلافه.

قلت: لكن لم نجد هذا الكلام فى كشف اللثام، بل قد صرح بأن القيم لا يجوز له الحلف، نعم فيه جواز حلف المولى لمال العبد.

قال المحقق: «فلو ادعى غريم الميت مالا له على آخر مع شاهد فان حلف الوارث ثبت و ان امتنع لم يحلف الغريم».

أقول: و على ما ذكرنا فلو مات المدين و لا تركه له، و قد عرف الدائن مدينا للميت و له على حقه من الميت شاهد واحد فهل

ص: ٤٥٩

له أن يحلف عند المدين الثاني مع شهادته الشاهد حتى يستوفى حقه منه؟ قالوا: يثبت حقه ان حلف الوارث و أما يمينه هو فلا أثر لها لأنها في مال الميت و ان تعلق له به حق، و ترتب هذا الأثر على يمين الوارث مبنى على أن الوارث يملك كل ما كان لمورثه، و لو كان الدين مستوعبا لم يجز له التصرف في شيء من المال، فإنه بناء على هذا يكون يمين الوارث في ماله لا في مال الغير.

و تعرض في الجواهر إلى مسأله الوصيه من جهه أنها تتفرع على ما ذكر من ترتب الأثر على يمين الوارث دون الغريم، فلو أوصى الميت بصرف كذا من المال في مورد معين و لم يترك مالا يفي لتنفيذ الوصيه، لكن ادعى الوارث بأن والده مثلا يطلب من فلان كذا من المال، فقيل: الوصيه بحكم الدين في ترتب الأثر على يمين الوارث فقط، و في الجواهر: ان كانت الوصيه كليه غير متعلقه بالمال فهي كالدين، و ان كانت متعلقه بالمال-و لو بعنوان الكلى في المعين كالعشره دنانير من المال، أو الحصه المشاعه- فالحكم يبنى على القول بانتقال ما للميت الى الوارث بالموت و عدمه.

أقول: الوصيه (تاره) تتعلق بالفعل-و ان كان مشتملا على المال-فهنا صورتان:

«فالأولى»: أن يكون مراد الموصى صرف كذا من ماله قبل انتقاله الى الوارث. فبناء على أن الملكيه أمر اعتبارى يكون المال للميت و على الوصى صرف المال الذى أوصى به فى المورد الذى

عينه، و في هذه الصورة لا يحلف الوصى و لا الوارث و لا الموصى له، لان المفروض كون المال للميت و حلف كل واحد من هؤلاء يكون في مال الغير فلا أثر له.

و كذا الأمر بناء على القول ببقاء المال في حكم مال الميت.

و «الصورة الثانية»: أن تكون الوصيه بنحو ترتب نفوذها على انتقال المال الى الوارث، أى يكون تملك الوارث له مقدما في الرتبة على تملك الموصى له، ففي هذه الصورة يحلف الوارث أو الوصى.

و بناء على كون المال الموصى به في حكم الدين -بمعنى جعل المورث على ذمه الوارث كذا من المال بأن ينتقل اليه بحكم الإرث ثم تكون ذمته مشغوله بصرف ما عينه المورث في كذا بحكم الوصيه - فلا إشكال في أنه يحلف حينئذ.

و أما لو كانت الوصيه مضافه الى المال بنحو الحصة المشاعه فلا يحلف.

(و أخرى) تكون الوصيه بنحو النتيجة، كأن يوصى بأن كذا من المال لزيد بعد وفاتي، فإن قبل الموصى له الوصيه فلا أثر لحلف الوارث بل المؤثر يمين الموصى له لاین المال ملكه، سواء كان بنحو المشاع أو المفروز أو الكلى فى المعين، و سواء قلنا بأن المال يكون بعد الموت فى حكم مال الميت ثم ينتقل الى الموصى له بحكم الوصيه، أو قلنا بانتقاله الى الوارث بالإرث ثم الى الموصى له، أو قلنا بانتقاله الى الموصى له رأسا. و ان لم يقبل الموصى له

الوصيه فهنا تأتي الأقوال، و على كل حال فليس له أن يحلف، و أما الوارث فيحلف بناء على انتقال المال إليه بالإرث ثم انتقاله الى الموصى له بعد القبول.

و كذلك الكلام في المال الذى تعلق به الخمس أو الزكاه ثم خرج المال من تحت يد صاحبه الى الغير، فعلى القول بتعلق الخمس مثلا- بذمه الميت فلا يحلف مستحقه. فان قلنا بانتقال المال الى الوارث حلف الوارث، و ان قلنا ببقائه على ملك الميت أو فى حكم ماله فلا يحلف.

هذا، و حيث لا- يحلف الغريم فهل له إحلاف المدعى عليه؟ قال فى الجواهر: نعم، لان الدليل على عدم حلفه هو الإجماع و انصراف الأدله، و أما الإحلاف فلا دليل على المنع منه، فان حلف المدعى عليه برأت ذمته و ان نكل ثبت الحق بمجرد ان لم يمكن الرد.

و أما الوارث الذى له أن يحلف فهل يجبر عليه لو امتنع منه؟ قال فى الجواهر: لا، لعدم الدليل، نعم لو كان المورث يمكنه أداء الدين فقصر عنه و أراد الوارث تخليص ذمته كان له ذلك و لكنه ليس بواجب.

و على القول ببقاء المال فى ملك الميت أو فى حكم ملكه قلنا بأنه ليس للوارث أن يحلف، و هنا قال فى الجواهر: اللهم الا أن يقال انه قد ورث حق الدعوى به و ان صار بعد الثبوت على حكم مال الميت و لا تعلق للوارث به. و لكنه كما ترى، و لم أجد ذلك محررا فى كلام الأصحاب.

قلت: و ما أشار إليه من التأمل فى هذا الاحتمال هو الظاهر، لان حق الدعوى فى المال يتبع ملكيه نفس المال، لأنه أثر كسائر الآثار المترتبه على تملكه فلا يثبت هذا الحق بالنسبه الى مال الغير إلا فى صورته الوكاله عنه.

و لو أحلف الغريم المدين فحلف سقطت دعوى الغريم تجاهه، و لكن حق الوارث باق، فله أن يحلفه فان حلف و ثبت الحق و استوفاه الوارث فهل للغريم مراجعه الوارث؟ الظاهر: نعم لان سقوط الحق من جهه لا ينافى عدم سقوطه من جهه أخرى.

قال المحقق: «و كذا لو ادعى رهنا و أقام شاهدا أنه للراهن لم يحلف لان يمينه لإثبات مال الغير» .

أقول: هذا واضح و لا اشكال فيه، نعم لو ادعى رهانه المال و أراد إثباتها من غير تعرض لمالك المال ثبتت بالشاهد و اليمين و ان كان المال ملكا للغير، إذ المفروض إرادته إثبات الرهانه لا الملك.

حكم ما لو ادعى جماعه مالا لمورثهم:

قال: «و لو ادعى الجماعه مالا لمورثهم و حلفوا مع شاهدهم ثبتت الدعوى و قسم بينهم على الفريضة.» .

أقول: ان حلف الجماعه كلهم أخذوا المال المدعى و قسموه بينهم حسب الفريضة سواء كان المال عينا أو دينا.

«و لو كان وصيه قسموه بالسويه الا أن يثبت التفضيل» من الموصى.

و انما يحلف جميعهم لان هذه الدعوى تنحل إلى دعاوى متعدده.

«و لو امتنعوا لم يحكم لهم» و هذا واضح و لا اشكال فيه.

و لو حلف بعضهم دون بعض ففيه بحث، قال المحقق:

«و لو حلف بعض أخذ و لم يكن للممتنع معه شركة» .

يعنى سواء كان المدعى به فى الأصل ديناً أو عيناً، و قيل: يكون له معه شركة مطلقاً، و قيل: بالتفصيل بين الدين فلا يشاركه و بين العين فله معه شركة.

أقول: ان حلف الحالف ليس نظير البينه فى الحجية و إثبات الدعوى حتى يحكم الحاكم للحالف، و ليس امتناعه عن اليمين مثل نكول المدعى عن اليمين المردوده فى سقوط الدعوى، فلو غصب غاصب عيناً مشتركه بين أخوين فقال لأحدهما: انى أريد غصب سهم أخيك دون سهمك فدفع اليه نصف العين كان الاخوان شريكين فى النصف، لكون الحق مشاعاً و لا حق للغاصب فى افراز السهم إجماعاً. هذا فى العين الخارجيه، فلو وقع الترافع بين الأخوين معا و الغاصب الى الحاكم، فحلف أحدهما دون الآخر فقيل باشتراكهما فى النصف الذى يأخذه الحالف كالنصف الباقي بيد الغاصب، لان نكول الممتنع لا يسقط حقه و يمين أحدهما لا يوجب فرز حقه عن حق الآخر فالشركة باقيه، و قيل: بعدم الشركة مطلقاً-أى سواء فى العين أو الدين-لحكم الحاكم بكون ما يأخذه الحالف ملكاً له فلا يشاركه أخوه الممتنع من الحلف-و قيل:

بالتفصيل بين العين و الدين، فلا شركة فى الدين لانه بالقبض يفرز

سهم كل واحد عن سهم الآخر فيكون ما قبضه الحالف ملكا له.

و لو أقرض رجلان مالا مشتركا بينهما رجلا، كان له تبديل الكلى فى ذمته بمال معين فى الخارج فيكون مشتركا بين الدائنين، و لكن ليس له دفع نصف الدين إلى أحدهما، لأن حق أحدهما لا يتعين دون الآخر و ان أذن، بل يكونان شريكين فى ذلك النصف، فان وقع النزاع بينهم و ترفعوا الى الحاكم فحلف أحد الشريكين و امتنع الآخر ثبت نصف الدين الكلى بحكم الحاكم لكن ليس للمدين تعيين النصف الا مع اذن الآخر، لأن الحق المشاع لا يفرز فى الخارج و لا يتعين الا برضا الشريكين.

ثم انه أشكل فى المسالك على المحقق فى شرح عبارته المذكوره: «و قد يشكل الفرق بين هذا و بين ما لو ادعى على آخر مالا و ذكر سببا موجبا للشركة كالإرث فإنه إذا أقر لأحدهما شاركه الآخر فيما وصل اليه.

فخص بعضهم هذا بالدين و ذاك بالعين، لان أعيان التركة مشتركة بين الورثة و المصدق معترف بأنه من التركة بخلاف الدين فإنه انما يتعين بالتعيين و القبض، فالذى أخذه الحالف تعيين لنفسه بالقبض فلم يشاركه الآخر فيه.» .

و لم يفرق فى الجواهر بين العين و الدين حيث قال: «و التحقيق عدم الفرق بين الدين و العين بعد تحقق سبب الشركة فيهما، إذ الدين عين أيضا الا- أنها كليه.» أى: كما لا يفرز الحق فى الشىء المشترك فى الخارج الا مع رضا الشريك فان ما فى الذمه كذلك،

ص: ٤٦٥

فيكون الخارج مصداقا لما في الذمه و مشتركا، و لو أوجد في الخارج باذن الشريك مصداق نصف ما في الذمه كان مشتركا بينهما، فلو لم يأذن الشريك في جعل المصداق لم يكن للمدين ذلك.

لا يقال: إذا كان كذلك لزم ثبوت ما للغير بيمين غيره.

لأننا نقول: ان المدين بعد الشهاده و الحلف يدفع نصف الحالف اليه، لكن الحالف الأخذ للنصف يعلم و يقر بمشاركه أخيه له في ذلك بحكم الإرث.

هذا و قال المحقق «قده» في كتاب الشركه: «إذا باع الشريكان سلعه صفقه ثم استوفى أحدهما منه شيئا شاركه الآخر فيه» .

و في الإقرار: «لو أقر بعين أو دين و دفع مقدارا تشارك الشريكان في ذلك المقدار» .

هل للممتنع عن اليمين شركه مع الحالف؟

و هنا قال: «و لو حلف بعض أخذ و لم يكن للممتنع معه شركه» .

و من هنا يظهر أن رأى المحقق يختلف، ففي صورته التنازع يفتى بعدم الشركه و في صورته عدمه يقول بالشركه، و يدل على ما ذكره في كتاب الشركه روايات:

(١) عن أبي حمزه قال: «سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما و منه غائب عنهما، فاقتما الذي بأيديهما و أحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب فاقترضى أحدهما و لم يقتض

آخر. قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله» (١).

(٢) عن غياث عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام مثله الا أنه قال: «ما اقتضى أحدهما فهو بينهما و ما يذهب بينهما» (٢).

(٣) عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجلين بينهما مال منه دين و منه عين، فاقسما العين و الدين فتوى (١) الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه و خرج الذي للآخر أ يرد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله» (٣).

و قال فى الجواهر فى شرح العبارة: «لكن هذه النصوص بل و المتن و ما شابهه مشتمله على الجزم بالشركة، و ما ذاك الا لحصول الاذن من الشريك بالقبض و لو زعم القسمة الفاسده و نحوها، و حينئذ يتجه الجزم بشركة المقبوض، انما الكلام فيما إذا قبض أحد الشريكين حصته لنفسه من دون اذن شريكه، و قد ذكر غير واحد من الأصحاب بل نسب الى المشهور أن للشريك مشاركته الآخر فيما قبض، و له مطالبه الغريم بمقدار حصته، فيكون قدر الحصه فى يد القابض، كقبض الفضول أن أجازته ملكه و تبعه النماء و ان رده ملكه الدافع و يكون مضمونا عليه على التقديرين، و لو تلف قبل اختيار

ص: ٤٦٧

١- ١) و سائل الشيعة: ١٣-١٧٩. الباب: ٦ كتاب الشركة.

٢- ٢) و سائل الشيعة: ١٣-١٧٩. الباب: ٦ كتاب الشركة.

٣- ٣) و سائل الشيعة: ١٣-١٨٠. الباب: ٦ كتاب الشركة.

الشريك كما في المسالك، بل في التذكرة التصريح في تعيين حقه به ولا يضمنه للشريك، وقد أطنب في المسالك في تحقيق ذلك وأنه من الفضولي، وأن ذلك هو المراد من قولهم تخير الشريك بين الرجوع على الغريم وبين الشركة فيما قبضه شريكه.

والجميع كما ترى لا- ينطبق على القواعد الشرعية، وذلك لانه وان اتجهت الشركة مع اجازة القبض لهما بناء على تأثير مثل هذه الاجازة في مثله، وان كان فيه إشكال أو منع من وجوه بل لم نجد في المقام لغير ثاني الشهيدين، لكن اختصاص القبض وملكه مع عدمها لا وجه له، بل المتجه حينئذ بقاؤه على ملك الدافع، وذلك لان القبض ليس له الا نصف المال المشاع بينه وبين شريكه، ومع فرض عدم اجازة الشريك لم يكن المال المقبوض مال الشركة، ونيه الدافع أنه مقدار حصه القبض لا تنفع في ذلك وان وافقتها نيه القبض، بل لو رضى الشريك بكون ذلك حصه القبض، وما في ذمه الغريم حصه له لم يجد لعدم صحه مثل هذه القسمة.

و دعوى جوازها لكنها مراعاة بقبضه فان حصل تمت و الا- رجوع على القبض، و شاركة فيما قبضه تهجس بلا دليل، بل هو مخالف للمعروف من عدم صحه قسمة الدين، و للمعلوم من أنه مع عدم اجازة القبض على وجه يكون به المقبوض مالا للشركة لا- يكون كذلك، فكيف يعود اليه بعد عدم القبض، و حينئذ فان لم يكن ثمه إجماع أشكال الحكم بملك القبض جميع ما قبضه بعد عدم الاجازة بل ولا بعضه، اللهم الا أن يقال انه برضا الشريك يكون

المقبوض حصه للقابض بتمحض المقبوض مالا للشركه، بل هو فى الحقيقه إجازة لذلك» .

اذن قد فرق المحقق و جماعه بين مورد الدعوى و غيره، و لذا أشكل فى المسالك الفرق ثم نقل عن بعضهم التفصيل بين الدين و العين، و قد أشكل فى الجواهر على هذا الفرق.

و عن جماعه التفريق بين الإقرار و بين المقام، و أشكله فى المسالك بأن سبب الملك فى المقام ليس هو اليمين بل الأمر السابق من إرث أو وصيه. و يكون أثر اليمين من بعض الجماعه رفع المانع من تصرفهم فى المال برجوعه إليهم.

هذا و فى الجواهر: «نعم لو أراد الاستقلال بذلك صالحه عن حصته المشاعه بعين أو حول عليها على إشاعتها أو نحو ذلك مما ذكرناه فى وجه اختصاص بعض الشركاء عن بعض حتى فى العين» .

و الظاهر أن مراده من «أو حول عليها» أن يحول شريكه على شخص آخر فيتقاضى منه ما يقابل حقه فى هذا المال فيختص به عن شريكه و لا يطالبه شريكه بحقه فيه.

قال: نعم قد يتجه اختصاص الشريك فى الدين و العين بما يقبضه منهما إذا لم يعلم بقاء سبب الشركه لاحتمال الإبراء من شريكه أو نقله بحصته على الإشاعه أو نحو ذلك، و العلم السابق بحصول الشركه لا يقتضى التشريك فيما يدفعه المديون أو من فى يده العين منها.

أقول: يمكن أن يقال بأن الشك في بقاء الشركه مسيب عن الشك في نقل الشريك حصته مثلا، و جريان الأصل في السبب لا يثبت بقاء الشركه في المال الا على القول بالأصل المثبت، و هذا هو مراد صاحب الجواهر، و لكن لا مانع من إجراء أصاله عدم الشركه في هذه العين فلا يشاركه أخوه فيها، فالاستصحاب في العين تام و في الدين مشكل لشبهه الإثبات.

قال: «مع عدم ثبوت الشركه بظاهر الشرع» .

أقول: انه إذا حلف أحد الشريكين يقول الحاكم للمديون ادفع اليه حقه، فان علم الأخذ ببقاء حق شريكه و جب عليه إعطاؤه حقه، و ان كان شاكا فكذا لك للأصل، فقوله أراد بعدم ثبوت الشركه بظاهر الشرع عدم ثبوتها في العين فهو غير تام.

قال: بل ربما ثبت عدمها بظاهر الشرع كما لو رضى بيمينه أو نكل عن يمين ردت عليه أو نحو ذلك.

أقول: يعنى إذا وقع النزاع في الإبراء فادعاه المديون و أنكره هو فرضى بيمين المديون، فإذا حلف سقط حقه، و كذا لو رد المديون اليمين عليه فنكل عنها، فإنه يثبت بذلك عدم الشركه بظاهر الشرع.

هذا و يختص المال بالحالف مع غيبه الشريك و ان جاء و حلف، فلا يشارك أخاه فيما أخذ بل يثبت بحلفه حقه على المديون، و لو كان ثمة شركه له فيما أخذه لترتب عليها آثارها كالشركه في النماء الحاصل بيد الشريك و ضمانه فيما لو تلف المال بيده.

قال المحقق: «و لو كان في الجملة مولى عليه يوقف نصيبه فان كمل و رشد حلف و استحق و ان امتنع لم يحكم له» .

أقول: لقد تقدم أنه لا- يحلف أحد في مال غيره، و عليه فلا يحلف ولي الصغير مثلاً في مال الصغير، بل يصبر حتى يكبر فان حلف مع شهادته الشاهد ثبت حقه و ان امتنع فلا.

و هل يجوز توقيف مال المديون أو تكفيله حتى يكبر الصغير؟ قيل: نعم ان كان المال عيناً، و الأظهر هو العدم مطلقاً لعدم ثبوت الحق بعد.

قال: «و ان مات قبل ذلك كان لوارثه الحلف و استيفاء نصيبه» .

أقول: و ان مات الصغير قبل الكبر طالب الوارث بسهمه فان حلف استوفى نصيبه، و هل يحتاج إلى إعادة الشهاده؟ الأقوى:

العدم مطلقاً، خلافاً لمن فصل بين ما إذا كان العنوان الإرث فلا حجه و ما إذا كان العنوان الوصيه فيلزم.

هذا كله فيما إذا أريد إثبات الحق بالشاهد و اليمين، و لو أن بعض الجماعة أقام اليينه على دعواه و حكم الحاكم بثبوت الدعوى فإنه يثبت كون المال الموجود بيد المدعى عليه للميت-ان لم يدع الإبراء أو نحوه-و بذلك يثبت حق جميع الورثه، و لو تمكن من أخذ بعض المال اشتركوا معه فيه كذلك، فلا- تكون اليينه حجه لمن أقامها فقط، لكونها طريقاً الى الواقع و كاشفه عنه و لازمها

اشتراك جميع الورثة فى المال حتى الغائب و المجنون و لازم البينه حجه.

و أما فى الدين فان تطبيق المديون المال على عين خارجيه موقوف على اذن جميع الورثه، و أما المجنون و الغائب فيأذن الحاكم عنهما من باب الولاية، و بناء على هذه الولاية فللحاكم أن يرافع من قبل الصغير الذى يكون تحت ولايته بأن يقيم البينه على حقه مثلاً، و أما بناء على عدم هذه الولاية فإنه يصبر حتى يكبر الصغير و يطالب بحقه بنفسه.

ص: ٤٧٢

المسألة الأولى

(حكم ما لو قال: هذه الجارية مملوكتي و أم ولدي)

قال المحقق «قده»: «لو قال: هذه الجارية مملوكتي و أم ولدي حلف مع شاهده و ثبت رقيتها، دون الولد لانه ليس مالا و يثبت لها حكم أم الولد بإقراره» .

أقول: لو كانت جارية في يد شخص فادعى أحد أنها له و هي أم ولده فدعواه تشتمل على جهات «الأولى» كون الجارية مملوكته و «الثانية»: أنها أم ولد، و «الثالثة»: لحق الولد به، و «الرابعة»:

حرية الولد.

فإن أقام شاهدا على دعواه و حلف مع شاهده ثبت بذلك جهتان «إحدهما»: كون الجارية مملوكته، لان الجارية مال و قد تقدم ثبوت الحق المالي بالشاهد و اليمين، و «الثانية»: كونها أم الولد لانه قد أقر بذلك، و حينئذ يثبت لها حكم أم الولد من عدم جواز

بيعها و عدم انتقالها إلى الورثه بموته و غير ذلك من الاحكام.

و أما «الجهه الثالثه» فلا تثبت بالشاهد و اليمين لان الولد ليس مالا.

و أما «الجهه الرابعه» و هى حريه الولد-فلا تثبت بالشاهد و اليمين كذلك لأنها ليست بمال، الا أن يقال بأن مورد تأثير الشاهد و اليمين هو الأعم من صورته إثبات المالىه و صورته نفى المالىه لإطلاق الأدله، و فيما نحن فيه حيث ينكر من بيده الولد حريته فهو على هذا التقدير مال، و الذى يدعى حريته ينفى مالىته، فإذا كانت أدله الشاهد و اليمين مطلقه أثرت الشهاده و اليمين من هذه الجهه أيضا و حكم بحريه الولد.

لكن هذا يتوقف على إطلاق الأدله بل الأظهر ان هذه الأدله وارده فى مورد إحقاق المدعى حقه بالشاهد و اليمين، و أما إنكار حق للآخر فهى منصرفه عنه، و مع التنزل عن ذلك فإنه لو شك فى ذلك كان الحكم عدم ثبوت الحريه بالشاهد و اليمين، بل لا بد من اقامه البيئه.

و أما الحكم بالحريه بناء على الملكيه آنا ما ثم الانعتاق ففيه:

ان الملكيه آنا ما تتحقق فى مورد دعوى الولد مالكيه أحد عموديه فإنه إن أقام شاهدا و حلف مع شاهده ثبت و تملك آنا ما ثم انعتق عليه و أما فى هذه المسأله فهو يدعى أن هذا الولد حر منذ وجد فليس له حاله الرقيه سابقا فلا يقاس ما نحن فيه على ذاك المورد.

و قال فى الجواهر: و أما الحريه فبناء على ثبوتها بالشاهد و اليمين

فقد يقال بعدمه هنا باعتبار كونها هنا تابعه للنسب لا واقعه بالذات، و انتفاء المتبوع يستتبع انتفاء التابع. و فيه: ان انتفائه واقعا يقتضى ذلك لا عدم الحكم به فى ظاهر الشرع، و حينئذ يمكن إثباتها بهما كما لو اشتملت الدعوى على أمرين يثبت أحدهما بذلك دون الآخر.

فهى حينئذ كدعوى السرقة، و دعوى أن حرية الولد ليست من حقوق المدعى كى تندرج فى ضابط الشاهد و اليمين يدفعها أنها من حقوقه مع استنادها الى كونه ولدا له.

أقول: و فى جوابه وجوه من النظر، فأولاه: ليست الحرية حقا من الحقوق بل هى عدم تعلق الحق، و ثانيا: ليست الحرية من الحقوق الماليه لو كانت حقا، و ثالثا: سلمنا لكن هذا الحق للحر نفسه، و لا معنى لان يقال بأن حرية الولد من حقوق الأب.

فالحق أن الاشكال المذكور لا يندفع بما ذكره، و يبقى الولد فى يد من بيده الجاربه حتى ترتفع بإقراره مثلا.

و أما قوله: «بل قد يقال ان الحكم بملكه الجاربه يقتضى الحكم أيضا بملكه الولد الذى هو من نمائها التابع لها.» ففيه:

ان هذا يصح حالكون الولد قد وجد ملكا للجاربه فيكون ملكا لمولاهما بتبعها، لكن المفروض أنه قد وجد حرا كما تقدم، فما ذكره غير تام.

المسألة الثانية

(حكم ما لو ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم دارا)

ص: ٤٧٥

قال المحقق «قده»: «لو ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم دارا و على نسلهم فان حلف المدعون مع شاهدهم قضى لهم» .

أقول: الظاهر عدم الفرق بين كون من يدعى وقفه الدار عليه من الورثة أو غيرهم، فإن الوقفية تثبت بالشاهد و يمين المدعى، و بذلك تخرج الدار عن التركة فلا- يؤدي منها الدين و ان كان مستوعبا و لا- تقسم بين الورثة بحسب الميراث، بل تكون بين الموقوف عليهم بحسب صورته الوقفية فان انقرض هؤلاء فهل يتوقف أخذ البطن الثاني الدار على إقامة الشهاده و الحلف مره أخرى أم لا بل يكفي لذلك حلف البطن الأول و شهاده شاهدهم على دعواهم المذكوره فتنتقل الدار إليهم كالإرث؟ وجهان. و هذا البحث يتوجه فيما إذا كان الوقف المدعى بنحو التشريك بين البطنين لا الترتيب، «فالوجه الأول» هو التوقف على تجديد الحلف و الشهاده، لأن دعوى الوقفية على نفسه و على نسله تنحل فى الواقع الى دعويين: كونه الموقوف عليه ما دام حيا و كون الدار وقفا على نسله من بعده، فيمينه و شهاده شاهده تثبت الدعوى الاولى، و ثبوت الثانيه يتوقف على يمين البطن الثاني و شهاده شاهدهم.

«و الوجه الثانى» كفايه حلف البطن الأول مع شهاده الشاهد لاین البطن الثانى يتلقى الدار من البطن السابق لا من الواقف، و المفروض ثبوت دعوى البطن السابق بكونها وقفا عليه و على نسله.

و بعبارة أخرى: ان كان الواقف يجعل الدار للبطن الأول مشروطا بانتقالها منهم الى البطن الثاني دون سائر الورثة-نظير إيقاف الدار على زيد ما دام حيا و انتقالها بعد موته إلى جهة اقامه المأتم على سيد الشهداء عليه السلام-فلا حاجة الى إثبات البطن الثاني للوقفية، و ان كان للواقف جعلان أحدهما للبطن الأول و الثاني للبطن الثاني بعد انقراض الأول لزم الحلف و اقامه الشهادة على الثاني.

و ظاهر المسالك اختيار الوجه الأول، و قد ذكر وجوها على ذلك «أخذها» التنظير بالإرث، قال: «كما إذا أثبت ملكا بالشاهد و اليمين ثم مات، فان وارثه يأخذه بغير يمين». و أجاب في الجواهر بأن تملك المورث موضوع في الدليل الشرعي للانتقال الى الوارث و لكن لا- دليل في مسأله الوقف على أن ما ثبت لهذا البطن ثابت للبطن اللاحق، نعم ان أقيمت البيهه كانت كاشفه عن ملكيه هذا البطن و نسله.

«و الثاني» قوله: «و لانه قد ثبت كونه وقفا بحجه يثبت بها الوقف فيدوم كما لو ثبت بالشاهدين». أقول: ان أراد من هذا الوجه الأخذ بتنقيح المناط بمعنى أن الموجب لأخذ البطن الأول يوجب أخذ الثاني بالأولويه ففيه: أن ذلك ممنوع إلا إذا ثبتت الوقفيه بالبينه. و ان أراد أن ثبوت الوقفيه يستلزم الدوام، لان الدوام له دخل في مفهوم الوقف، ففيه: ان الذي ثبت بالشاهد و يمين البطن الأول جواز انتفاعهم من منافع الدار لا وقفيتها، لان الوقف لا يثبت

بالشاهد و اليمين، فيكون نظير جواز الصلاه في الثوب المحكوم بالطهاره استصحابا، فإنه لا يثبت له الطهاره بل ثبت جواز الصلاه فيه.

«و الثالث» قوله: «و لان البطن الثانى و ان كانوا يأخذون عن الواقف فهم خلفاء عن المستحقين أولا فلا يحتاجون الى اليمين.» و فيه: ان هذا ليس بدليل يعتمد عليه.

فتلخص: أن أصل الوقفيه لا يثبت بالشاهد و يمين البطن الأول، فإن وصلت النوبه إلى البطن الثانى و جب عليهم إعادة الشهاده و اليمين و لا ملازمه عقلا أو شرعا بين قول البطن الأول و قول البطن الثانى.

ثم قال فى المسالك: «و ان قلنا بالثانى لم يأخذ إلا باليمين كالبطن الأول، و عليه فلو كان الاستحقاق بعد الورثه كالأولاد مثلا للفقراء و كانوا محصورين كفقراء قريته و محلته فالحكم كأول، و ان لم يكونوا محصورين بطل الوقف لعدم إمكان إثباته باليمين و عادت الدار إرثا» .

و فيه: انه لا- وجه للحكم ببطلان الوقف، نعم لا- يثبت الوقف و هو أمر آخر، اللهم الا- أن يقال بترتب أثر البطلان عليه، و حيث تعود الدار إرثا فهل يشترط فى استحقاق الوارث منها وجوده عند موت المورث أولا؟ فيه بحث.

ثم قال «قده»: «و هل يصرف إليهم بغير يمين؟ و جهان» .

أقول: و هذا عجيب، فإنه لما تعود الدار إرثا لا يبقى مورد لهذا البحث.

قال: «و يحتمل عودها إلى أقرب الناس الى الواقف بناء على أنه وقف تعذر مصرفه كالوقف «المنقطع». أى: انه مع غض النظر عن الاشكال من جهة تعذر حلف جميعهم لفرض عدم الانحصار يكون وقفا متعذر مصرف، فيحتمل عودها إلى أقرب الناس الى الواقف وفيه: انه ان كان المراد من الأقرب إليه هو الأقرب بما هو أقرب لا بما هو وارث فهذا لا يقول به أحد من الأصحاب، و الاولى فى الوقف الذى تعذر مصرفه أن يصرف فى مطلق وجوه البر أو الى الوجه الأقرب الى غرض الواقف.

و لو مات أحد الحالفين و بقى سائرهم صرف نصيبه إليهم، فان لم يبق منهم الا واحد صرف كل الوقف اليه، قال فى المسالك:

«و هل أخذ الآخرين يكون بيمين أو بغير يمين؟ بينى على أن البطن الثانى هل يأخذ بيمين أم لا؟ فان قلنا بعدم افتقاره الى اليمين فهنا أولى و ان قلنا باليمين ففيه هنا وجهان: من انتقال الحق إلى الباقي من غيره فيفتقر الى الحلف. و من كونه قد حلف مره و صار من أهل الوقف فيستحق بحسب شرط الوقف تاره أقل و تاره أكثر» لكن الأقرب -وفاقا للجواهر- عدم التوقف على اليمين. هذا كله بالنسبة إلى حكم ما إذا حلف المدعون أجمع.

قال المحقق «قده»: «و ان امتنعوا حكم بها ميراثا و كان نصيب المدعين وقفا» .

أقول: و ان امتنع جميع المدعين للوقفه عن اليمين اشتركوا مع سائر الورثة فى الدار و قسمت بينهم حسب الفريضة فى الميراث،

لكنهم حيث يعترفون بالوقفية يكون ما وقع إليهم وقفا فلا يتصرفون فيه التصرف الملكي، و مع موت الناكلين تنتقل سهامهم الى وراثتهم و عليهم أن يعاملوا ما ينتقل إليهم معاملة الوقف لإقرار مورثيهم بالوقفية، و لو ادعى هؤلاء على سائر الوراث بأن جميع الدار وقف ففي المسالك: «وجهان مبيان من كون الأولاد تبعاً لابائهم فإذا لم يحلفوا لم يحلفوا، و من أنهم يتلقون الوقف من الواقف فلا تبعيه. و ربما بنى الخلاف على أن الوقف المنقطع الابتداء هل يصح أم لا؟ فان منعناه لم يحلف الأولاد على الجميع لانقطاعه قبل طبقتهم، و ان جوزناه جاء الوجهان. و الحق مجيئهما و ان منعنا من الوقف المنقطع الأول، لأن حلف الأولاد اقتضى عدم انقطاعه في الواقع و ان انقطع بالعارض حيث لم يحلف آباؤهم، و لان البطن الثاني كالأول، لأن الوقف صار إليهم بالصيغة الأولى عن الواقف، و لان منع الثاني من الحلف يؤدي الى جواز إفساد البطن الأول الوقف على الثاني و هذا لا سبيل اليه. فالقول بجواز حلفهم أقوى، و هو خيره الشيخ في المبسوط و المصنف و غيرهما» .

قلت: و ما ذهبوا اليه هو الأقوى، و أما إشكال صاحب الجواهر قدس سره من «أن يمين الأولاد لا يصلح لإثبات اتصال الوقف لأنه حينئذ يكون يمينا للغير» فمندفع بأن هذه اليمين تثبت عدم انقطاع الابتداء و ليست لابائهم.

قال المحقق: «و ان حلف بعض ثبت نصيب الحالف وقفا و كان الباقي طلقا تقضى منه الديون و تخرج الوصايا و ما فضل ميراثا»

أقول: أى ينتفع منه الجميع، و لكن الناقلين الذين يعترفون بالوقفه ليس لهم أن يعاملوا ما وقع إليهم معامله الملك، و كذا الأمر بالنسبه إلى وراثتهم و ان أعطوا بعنوان الإرث، لأن إقرار آبائهم بالنسبه الى ما بأيديهم حجه، فلو أقر المورث عند الوارث بأن الشيء الفلانى وديعه عنده من فلان و ليس من جملة أمواله و جب على الوارث دفع الشيء إلى مالكة بلا بينه.

و من ادعى الوقفيه و نكل عن اليمين جاز لوارثه أن يحلف عليها فيأخذ مثل وارث الحالف بعد انقراض البطن الأول. و يترتب على يمين وارث الناكل أنه ان كان الوقف على الأولاد بالسويه و امتنع أحدهم عن اليمين كان أمر بنته دائرا بين أن تحلف على الوقفيه- فيكون نصيبها مساويا لنصيب أخيها- و بين أن تأخذ نصف سهمه من باب الإرث.

و حيث يثبت نصيب الحالف وقفا فهل يعطى مع ذلك سهمها بعنوان الإرث؟ قال المحقق و العلامه قدس سرهما: نعم.

و الأقوى كما تقدم هو جواز حلف الأولاد على أن جميع الدار وقف، لانه ليست الوقفيه على البطن الثانى تابعه للوقفه على البطن الأول، و أيضا: ليست يمين البطن الثانى تابعه ليمين البطن الأول.

قال المحقق: «و ما يحصل من الفاضل للمدعين يكون وقفا» .

أقول: أى للإقرار كما عرفت آنفا.

قال: «و لو انقضى الممتنع كان للبطن التى تأخذ بعده الحلف مع الشاهد و لا يبطل حقهم بامتناع الأول» .

أقول: وهذا واضح وقد عرفته آنفا أيضا.

المسألة الثالثة

(حكم ما لو ادعى الوقفيه عليه و على أولاده بعده)

قال المحقق «قده»: «إذا ادعى الوقفيه عليه و على أولاده بعده و حلف مع شاهده ثبتت الدعوى و لا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفه» .

أقول: هذا مذهب المحقق و جماعه، و فى المسالك بنى المسألة على أنه ان كان الأولاد يتلقون الدار مثلا من الواقف فيحلفون و ان كان من البطن الأول فلا، و وجه ما ذكره المحقق «قده» قوله: «لان الثبوت الأول أغنى عن تجديده» يعنى ان ثبوت الوقفيه فى حق البطن الأول يعنى عن إثباته فى حق البطن الثانى.

و فى الجواهر: «لكن قد عرفت أن فيه منعا واضحا، ضروره كونه كذلك إذا كان فى مال لا منازع لهم فيه لا فى مثل الفرض» قلت: و هذا هو الاولى.

قال المحقق: «و كذا إذا انقرضت البطون و صار الى الفقراء أو المصالح» .

أقول: أى لا- يلزم أحد بالحلف حينئذ بل يكتفى لثبوت الوقفيه بحلف البطن الأول مع شهاده شاهدهم، لكن بناء على ما ذهب اليه صاحب الجواهر يجب على الفقراء مثلا- الحلف ان كانوا محصورين و أما فى حال عدم كونهم محصورين فالوقف باطل لعدم صحه اليمين

من أحدهم، وقد احتمل هنا سقوط اليمين حينئذ، لكن ضعفه في الجواهر، وقال: بل مناف لظاهر الأدله.

هذا كله في وقف الترتيب.

قال المحقق: «أما لو ادعى الشريك بينه وبين أولاده افتقر البطن الثاني إلى اليمين» .

في الجواهر: قطعاً بل لا خلاف أجده فيه، وقد بين المحقق وجه ذلك بقوله: «لان البطن الثاني بعد وجودها تعود كالموجوده وقت الدعوى» أى لما تقرر من أنهم جميعاً يتلقون الدار من الواقف هذا من جهه، و من جهه أخرى قد تقرر عدم ثبوت حق أحد بيمين غيره.

و خالف السيد صاحب العروه قدس سره فقال الأقوى عدم الحاجه الى الحالف، قال: لان الطبقات المتأخره و ان كانوا يتلقون من الواقف، الا- أن الوقف بهذه الكيفيه أمر واحد مستمر، فإذا أثبت من الأول ثبت في حق الجميع، وفيه أنه ليس في المقام إلا إنشاء صيغته واحده فيقول: وقفت لاولادى، لكن هذا الإنشاء ينحل بعدد الأولاد في البطن الواحد، ولكنه حيث يوقف على الأولاد و أولادهم يقول: وقفت على أولادى و أولاد أولادى، و حينئذ يكون شموله للطبقه المتأخره متوقفاً على اليمين.

و على ما تقدم قال المحقق: «فلو ادعى إخوه ثلاثه أن الوقف عليهم و على أولادهم مشتركاً فحلفوا مع الشاهد» أى: و ثبت ذلك بالنسبه إليهم «ثم صار لأحدهم ولد فقد صار الوقف أرباعاً» فهنا

(الأولى) هل يجب على الولد اليمين عند البلوغ؟ نعم فإنه لا- فرق بينه وبين الثلاثة، فكما أن أولئك ثبتت دعواهم و أعطوا حصصهم باليمين فكذلك هذا الولد لا تثبت حصته ما لم يحلف.

و وجه ذلك ما تقدم من كون التلقى عن الواقف، فلو كان رابع الثلاثة من أول الأمر لوجب عليه اليمين مثلهم فالآن كذلك، و على هذا فيوقف له ربع الدار حتى يكبر، و لذا قال المحقق: «و لا- تثبت حصه هذا الولد ما لم يحلف، لانه يتلقى الوقف عن الواقف، فهو كما لو كان موجودا وقت الدعوى، و يوقف له الربع» .

(الثانية) و إذ يوقف له الربع فعند من يوقف؟ فى المسالك:

«فى تسليمه الى وليه أو يوضع فى يد أمين وجهان.» توضيح الأول: انه يجعل عند وليه لان لولده سهمها بإقرار الثلاثة، و ما للولد يكون عند وليه، و توضيح الثانى: انه يجعل عند أمين من غير الثلاثة، لأنه قد لا يحلف عند كماله، و يحتمل أن أبى وليه عن رده، فان كان الوارث منحصرًا بالثلاثة فمع إقرارهم بعدم استحقاق ثلاثة أرباع الدار من جهة و مع نكول الولد عند الكمال أو نفيه الوقفيه من جهة أخرى يكون الربع للميت و منه تقضى ديونه و تنجز وصاياه، و ان لم يكن منحصرًا كان الربع لسائر الورثة.

و قد اختار صاحب المسالك الوجه الثانى، حيث قال بعده:

«و هذا هو الأصح» و فى الجواهر: قلت بل يتوقف فى أصل إيقافه

لما عرفته فى الوجه الأصح، و حينئذ يجرى عليه حكم ما لم يثبت وقفه و يحرم الثلاثه منه لاعترافهم بعدم استحقاقهم منه شيئاً، الا انى لم أجد قائلاً بذلك، و لعله قوى للاحتياط فى مثله.

(الثالثه) لو مات الولد قبل البلوغ عادت الدار أثلاثاً، و بقى الكلام حول نماء سهمه من حين ولادته الى موته. و حيث أن الثلاثه قد أقروا بكونه للولد فهم ملزمون بحرمانهم منه، فيصل النماء إلى ورثه الولد.

(الرابعه) قال المحقق: «فان كمل و حلف أخذ، و ان امتنع قال الشيخ يرجع ربه على الإخوه لأنهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم و بامتناعه جرى مجرى المعدوم. و فيه إشكال ينشأ من اعتراف الاخوه بعدم استحقاق الربع». .

أقول: ذهب الشيخ رحمه الله الى رد الربع إلى الثلاثه لإثباتهم أصل الوقف عليهم، و الولد بنكوله عن اليمين يجرى مجرى المعدوم فتبقى الدار بين الثلاثه كما كان الأمر قبل ولاده الولد. و لان الواقف جعل الإخوه الثلاثه أصلاً فى استحقاق الدار ثم أدخل من يتجدد فى جملة المستحقين على سبيل العول، فإذا سقط الداخل فالقسمه باقيه بحالها على الأصول كما كانت، نظير ما إذا مات انسان و خلف ألفاً من الدراهم فجاء ثلاثه و ادعى كل واحد ألفاً على الميت و أقام شاهداً، فان حلفوا معه فالألف بينهم، و ان حلف اثنان منهم فهو لهما، و ان حلف واحد فالألف له.

فللشيخ رحمه الله على ما ذهب اليه وجهان، وقد أشكل المحقق وغيره في الأول بأن الاخوه معترفون بعدم استحقاق الربع و أنه للولد فكيف يجوز لهم أخذه بنكوله عن اليمين؟ لكن الشيخ نفسه قد تعرض الى هذا الاشكال و أجاب عنه، و هذا نص كلامه: «فان قيل: الثلاثة إذا اعترفوا بالربع للصبى كيف يعود إليهم ما اعترفوا به لغيرهم؟ قلنا: الإقرار ضربان: مطلق و معزى الى سبب، فإذا عزى الى سبب فلم يثبت السبب عاد إلى المقر به، كقولهم: مات أبونا و أوصى لزيد بثلث ماله، فرد ذلك لزيد، فإنه يعود على من اعترف بذلك، و كذا من اعترف لغيره بدار في يده فلم يقبلها الغير عادت الى المقر، كذلك ههنا» .

و فى الوجه الثانى نظر، فأما المثال الأول فالفرق بينه و بين محل الكلام واضح، لانه مع رد زيد الموصى له للوصيه لا تتم تلك الوصيه. و أما الثانى فلا نسلم بعود الدار الى المقر مع عدم قبول المقر له، لان المقر يعترف بعدم استحقاقه لها، فيلزم إعطاؤها للمقر له بأى نحو كان.

هذا، و ما ذهب اليه الشيخ من عود سهم الولد إلى الثلاثة أحد الوجوه فى مصرف هذا السهم فى هذه المسأله، و قد ذكر وجهان آخران:

الأول: صرفه الى الناكل بالرغم من نكوله لاعتراف الاخوه له بالاستحقاق دونهم، الا أن هذا يتوجه فيما إذا كان الولد معترفا

بالوقفية أو ممتنعا عن اليمين، و أما فى صورته إنكاره لأصل الوقفيه و اعترافه بعدم الاستحقاق فلا وجه لأخذه ما يعطونه، لكن الشيخ لم يمنع من أخذ الثلاثة لهذا السهم مع اعترافهم بعدم كونه لهم مع أن الفرق بين الموضوعين غير واضح، إلا أن الشيخ قد وجه ما ذهب إليه بما قدمنا نقله عنه من تقسيمه الإقرار إلى ضربين.

و يمكن القول هنا بأن كون المال للاخوه بأحد سببين «الأول» كون المال إرثا، فهم يستحقونه بالإرث بالعنوان الاولى، إلا أن يقوم دليل ثانوى على تصرفهم فيه بعنوان آخر. و «الثانى» السبب العارض و العنوان الثانوى و هو الوقفيه. و حيثئذ فإن إقرار الاخوه بعدم كون السهم لهم مستند إلى الوقفيه، لكن رفع اليد عن مقتضى الدليل الاولى للاستحقاق يتوقف على ثبوت عنوان الوقفيه، أما هناك فان مجرد عدم ثبوت الوقفيه كاف لثبوت كونه إرثا من غير حاجة الى أن يهلفوا على الإرث، و على هذا فإن الإقرار المستند إلى الوقفيه مع عدم ثبوت المستند لا يمنع من صرف سهم الناكل إليه، فيكونون شركاء فى الإرث، إلا أن الاخوه الثلاثة يعلمون بأن الجمع بين العنوانين لا يجوز.

«الثانى»: أنه وقف تعذر مصرفه، لانه لا يصرف إلى الثلاثة لاعترافهم بعدم الاستحقاق، و لا الى الولد لعدم ثبوته له بنكوله، فيكون من صغريات مسأله الوقف الذى تعذر مصرفه، فهل يرجع الى الواقف أو الى ورثته أو يصرف فى أقرب الوجوه الى غرضه

أو مطلق وجوه البر؟ وجوه.

(الخامسه): قال المحقق: «و لو مات أحد الإخوه قبل بلوغ الطفل عزل له الثلث من حين وفاه الميت، لان الوقف صار أثلاثا و قد كان له الربع الى حين الوفاء. فإن بلغ و حلف أخذ الجميع، و ان رد كان الربع الى حين الوفاء لورثه الميت و الأخوين، و الثلث من حين الوفاء للأخوين» .

و هذا مذهب الشيخ «قده» قال المحقق: «و فيه أيضا إشكال كالأول» .

أقول: ان رد فلا يعطى وراثه شيئا، بل يصرف إلى ورثه الواقف فإنهم الطبقة الاولى و ينكرون الوقفيه، و ان لم يكن له ورثه فيصرف الى الحالفين.

هذا و أضاف في الجواهر فرعا و قال: و لو ادعى البطن الأول الوقف على الترتيب و حلفوا مع شاهدهم فقال البطن الثاني بعد وجودهم انه وقف تشريك، ففي القواعد: كانت الخصومه بينهم و بين البطن الأول، فإن أقاموا شاهدا واحدا حلفوا و تشاركوا، و لهم حينئذ مطالبتهم بحصتهم من النماء من حين وجودهم. و فى كشف اللثام: و ان نكلوا خلص الوقف للأولين ما بقى منهم أحد، و ان تجددوا و ادعوا التشريك قبل حلف الأولين كان خصوما لهم و لغيرهم من الورثه، و لكن لا يجدى نكلهم الا المدعين، فإنهم لما ادعوا الاختصاص فحلفوا مع شاهدهم ثبت لهم ذلك، نعم ان انعكس بأن حلف هؤلاء و نكل الأولون صار نصيب الأولين ميراثا. و الله العالم.

ص: ٤٨٨

المسأله الرابعه

(حكم ما لو ادعى عبدا و أنه أعتقه فأنكر المتشبه)

قال المحقق قدس سره: «لو ادعى عبدا و ذكر أنه كان له و أعتقه فأنكر المتشبه. قال الشيخ: يحلف مع شاهده و يستنقذه. و هو بعيد لانه لا يدعى مالا» .

أقول: لو ادعى عبدا هو الان بيد غيره، فقال انه كان لى و قد أعتقته، فأنكر الذى بيده العبد ذلك. قال الشيخ: يحلف المدعى مع شاهده و يستنقذ العبد. و قال المحقق: «هو بعيد لانه لا يدعى مالا» و قد تقدم أن الذى يثبت بالشاهد الواحد و اليمين هو المال وحده، و تقدم أيضا أن الحريه ليست مالا. و أما بناء على كون الحريه حقا من الحقوق فتشملها صحيحه محمد بن مسلم، فان هذا الحق يكون للعبد نفسه لا لمعتقه، و لا أثر ليمين المعتق لإثبات حق غيره فيكون هذا المورد نظير دعوى أن هذه المرأه أم ولده، بل لو سلم ثبوت المطلب هناك فان هذه الدعوى هنا لا تثبت.

و لعل نظر الشيخ الى ترتب الأثر المالى على هذه الدعوى، و هو أنه يرثه من جهه الولاء.

المسأله الخامسه

(حكم ما لو ادعى عليه القتل و أقام شاهدا)

ص: ٤٨٩

قال المحقق «قده»: «لو ادعى عليه القتل و أقام شاهدا فان كان خطأ أو عمد الخطأ حلف و حكم له. و ان كان عمدا موجبا للقصاص لم يثبت باليمين مع الواحد و كانت شهاده الشاهد لوثا، و جاز له إثبات دعواه بالقسامه» .

أقول: لو ادعى عليه القتل و أقام شاهدا واحدا فتارة يدعى ما يوجب المال و أخرى يدعى مالا يوجهه، ففي «الصوره الأولى» كما لو كان القتل المدعى خطأ أو عمد الخطأ حلف المدعى مع شهاده الشاهد و حكم له لما تقدم من ثبوت الحق المالى بالشاهد و اليمين.

و فى «الصوره الثانيه» كما لو كان القتل المدعى عمدا موجبا للقصاص لم يثبت الحق باليمين مع شهاده الشاهد الواحد لعدم كونه حقا ماليا، و تكون شهاده الشاهد الواحد فى هذه الصوره لوثا و جاز للمدعى إثبات دعواه حينئذ بالقسامه.

و توضيحه: ان قتل العمد يثبت بأمور: (١) البيئه، (٢) إقرار القاتل، و يكفى مره واحده. (٣) القسامه فى صوره اللوث. و اللوث أماره دون البيئه، أى أن يكون هناك قرينه موجه للظن بأنه القاتل فحينئذ تجب القسامه، مثلا: لو وجدت جثه شخص مقتول مضرج بدمائه و بالقرب منه شخص آخر بيده سيف ملطخ بالدم، فتقام القسامه و هى أن يقسم خمسون رجل-أحدهم ولى المقتول-بأن فلانا هو القاتل فيثبت القصاص حينئذ و ان لم يكن هؤلاء عدولا.

و لو كانوا خمسه و عشرين رجلا حلف كل واحد منهم مرتين،

و لو كانوا أقل كرروا اليمين حتى الخمسين، و لو كان الولي وحده حلف خمسين مره، و لو لم يوجد أحد أو امتنعوا عن اليمين حلف خمسون رجل على الإنكار، أو أقيمت البيئه على النفي.

و هنا حيث يوجد شاهد واحد كانت شهادته لوثا و جاز للمدعى إثبات دعواه بالقسامه فإن أقيمت ثبت الحكم كما ذكرنا.

(قال الميلاني) : هذا آخر الجزء الأول من الكتاب. و يتلوه ان شاء الله تعالى الجزء الثاني و أوله: في كتاب قاض إلى قاضي.

و الحمد لله أولا و آخرا و صلى الله على محمد و آله الطاهرين و لعنه الله على أعدائهم أجمعين.

ص: ٤٩١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

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

إجراءات المؤسسة:

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

الأهداف:

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

السياسات:

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

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

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

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

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

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

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

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

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

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

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

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

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

عنوان المكتب المركزي

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

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



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

