



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



الرمضان
عليكم يا صابرين

WWW. **Ghaemiyeh** .com
WWW. **Ghaemiyeh** .org
WWW. **Ghaemiyeh** .net
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

الْقَضَاءُ وَالشَّهَادَاتُ

مبنيّة على

كيفية أداء القضاء والشهادة

التي وردت في القرآن الكريم

والسنة النبوية

المؤلف:

د. محمد

الشيخ محمد بن عبد الوهاب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

القضاء و الشهادات

كاتب:

آيت الله على حسينى ميلانى

نشرت فى الطباعة:

الحقايق

رقمى الناشر:

مركز القائمىة باصفهان للتحريرات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٣	القضاء والشهادات المجلد ١
١٣	اشاره
١٣	اشاره
١٧	تقريظ آيه الله العظمى السيد گلپايگانى
١٩	كلمه المؤلف
٢١	كلمه المؤلف فى الطبعه الاولى
٢٧	كتاب القضاء
٢٧	اشاره
٢٩	القضاء فى اللغه والإصطلاح
٣١	القضاء فى الشريعه:
٣٣	صفات القاضى
٣٣	اشاره
٣٥	مقتضى الاصل
٣٥	اشاره
٣٦	١ - البلوغ
٣٦	٢ - العقل
٣٧	٣ - الإيمان
٣٨	٤ - العدالة
٣٨	٥ - طهاره المولد
٣٩	٦ - العلم
٣٩	اشاره
٥٤	الضبط:
٥٦	٧ - الذكوره:

- ٦١ السمع، البصر، النطق:
- ٦٣ مسائل
- ٦٣ اشاره
- ٦٥ المسألة الاولى: (الكلام فى قاضى التحكيم)
- ٦٥ اشاره
- ٦٦ هل يشترط الرضا بالحكم بعده؟
- ٦٨ هل يشترط فيه ما يشترط فى المنصوب؟
- ٧١ وهل يشترط الأعلميه؟
- ٧١ وهل يشترط الأعلميه فى البلد؟
- ٧٢ نفوذ قضاء الفقيه فى زمن الغيبه:
- ٧٨ المسألة الثانية: (فى حكم تولى القضاء)
- ٧٨ اشاره
- ٨٣ هل له أن يبذل مالاً ليلى القضاء؟
- ٨٤ المسألة الثالثة: (هل يجوز الرجوع إلى المفضل مع وجود الأفضل؟)
- ٩١ المسألة الرابعة: (هل يجوز للقاضى الإستخلاف؟)
- ٩١ اشاره
- ٩٢ هل القضاء قابل للوكالة؟
- ٩٧ المسألة الخامسة: (فى حكم ارتزاق القاضى من بيت المال)
- ٩٧ اشاره
- ٩٨ موجز الكلام فى أخذ الاجره على الواجبات:
- ١٠٥ ما ورد فى خصوص القضاء:
- ١٠٨ هل يجوز أخذ الأجره على الشهاده؟
- ١١٠ المسألة السادسة: (فى طريق ثبوت ولايه القاضى)
- ١١٠ اشاره
- ١١٦ أمور أخرى تثبت بالإستفاضه:
- ١٢٠ المسألة السابعه: (فى جواز نصب قاضيين فى البلد الواحد)

- ١٢٠ اشارة
- ١٢١ لو اختلف المترافعان فى تعيين القاضى: -
- ١٢٥ المسأله الثامنه: (فيما يتعلّق بانعزال القاضى وعزله) -
- ١٣٠ المسأله التاسعه: (هل ينعزل القاضى بموت الإمام؟) -
- ١٣٠ اشارة
- ١٣٣ لو مات القاضى الأصلى فهل ينعزل النائب عنه؟ -
- ١٣٦ المسأله العاشره: (هل تنعقد الولاية لفاقد الشرائط لو نصبه الإمام مصلحه؟) -
- ١٤٠ المسأله الحاديه عشر: (هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته؟) -
- ١٤٥ آداب القاضى والقضاء
- ١٤٥ اشارة
- ١٤٧ آداب المستحبه
- ١٥٠ آداب المكروهه
- ١٥٣ مسائل
- ١٥٣ اشارة
- ١٥٥ المسأله الاولى: (هل للقاضى أن يحكم بعلمه؟) -
- ١٦٢ المسأله الثانيه: (حكم ما لو لم يعرف عداله البيّنه) -
- ١٦٤ المسأله الثالثه: (حكم ما لو لم يعرف عداله البيّنه) -
- ١٦٤ اشارة
- ١٦٤ حكم تجديد المرافعه: -
- ١٦٥ حكم نظر الثانى فى حكم الأول: -
- ١٦٩ متى يجوز النقض؟ -
- ١٧٢ بم يتحقق الحكم؟ -
- ١٧٣ هل يجب على المجتهد الإعلام بتغير رأيه؟ -
- ١٧٨ المسأله الرابعه: (فى تتبع الحاكم حكم من قبله) -
- ١٨١ المسأله الخامسه: (فى دعوى أن المعزول حكم عليه بشهاده فاسقين) -
- ١٨٣ المسأله السادسه: (فى تعدّد وعداله مترجم الحاكم) -

- المسأله السابعه: (فى شرائط كاتب القاضى) ----- ١٨٧
- المسأله الثامنه: (فروع حول عداله الشاهدين) ----- ١٨٨
- اشاره ----- ١٨٨
- بحث الحاكم عن عداله الشاهدين: ----- ١٨٨
- انتقاض الحكم بفسقهما وقت الحكم: ----- ١٩٥
- هل يجوز التعويل على حسن الظاهر؟ ----- ١٩٧
- السؤال عن التزكيه وكيفيه ثبوتها: ----- ١٩٩
- كيفيه ثبوت الجرح: ----- ٢٠٠
- حكم ما لو اختلف الشهود بالجرح والتعديل: ----- ٢٠٣
- المسأله التاسعه: (فى تفريق الشهود عند الشهاده) ----- ٢٠٦
- المسأله العاشره: (فى ما يعتبر فى الشهاده بالجرح) ----- ٢١١
- المسأله الحاديه عشره: (فى الحكم باستمرار العداله حتى ثبوت ما ينافيها) ----- ٢١٣
- المسأله الثانيه عشره: (فى الحكم باستمرار العداله حتى ثبوت ما ينافيها) ----- ٢١٤
- المسأله الثالثه عشره: (هل يجب على الحاكم كتابه المحضر؟) ----- ٢١٥
- المسأله الرابعه عشره: (فى تعنيت الحاكم للشهود) ----- ٢١٧
- المسأله الخامسه عشره: (لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشهود) ----- ٢١٨
- المسأله السادسه عشره: (فى أنه يكره للحاكم أن يضيف أحد الخصمين) ----- ٢١٩
- المسأله السابعه عشره: (فى حرمه الرشوه) ----- ٢٢٠
- اشاره ----- ٢٢٠
- موضوع الرشوه: ----- ٢٢١
- حكم الرشوه فى غير الحكم: ----- ٢٢٢
- حكم الهديه للقاضى: ----- ٢٢٤
- المسأله الثامنه عشره: (هل يجب إحضار الخصم إلى مجلس الحكم؟) ----- ٢٢٨
- كيفيه مجلس الحكم ----- ٢٣٣
- اشاره ----- ٢٣٣
- المقصد الأول ----- ٢٣٥

- ٢٣٥ اشارة
- ٢٣٥ [الوظيفة الأولى]: (التسوية بين الخصمين)
- ٢٤٤ الوظيفة الثانية: (ترك تلقين أحد الخصمين)
- ٢٤٤ الوظيفة الثالثة: (أمر الخصمين بالتكلم)
- ٢٤٧ الوظيفة الرابعة: (ترغيب الخصمين فى الصلح)
- ٢٤٩ الوظيفة الخامسة: (رعايه العدالة فى ورود الخصوم عليه)
- ٢٥٠ الوظيفة السادسة: (عدم سماع دعوى المدعى عليه حين إقامه المدعى دعواه)
- ٢٥١ الوظيفة السابعة: (استماع دعوى الذى على يمين صاحبه)
- ٢٥٣ المقصد الثانى
- ٢٥٣ اشارة
- ٢٥٣ المسأله الأولى: (هل تسمع الدعوى المجهوله؟)
- ٢٥٧ المسأله الثانية: (هل يشترط الجزم فى الدعوى؟)
- ٢٤٣ المسأله الثالثه: (فى حكم مطالبه المدعى عليه بالجواب)
- ٢٤٤ المسأله الرابعه: (فى حكم الدعوى على القاضى)
- ٢٤٧ المسأله الخامسه: (فى استحباب جلوس الخصمين بين يدي الحاكم)
- ٢٤٩ المقصد الثالث
- ٢٤٩ اشارة
- ٢٧٠ ١ - الإقرار وجمله من أحكامه:
- ٢٧٠ اشارة
- ٢٧٧ هل يحبس الممتنع عن أداء الدين؟
- ٢٧٩ حكم ما لو ادعى الإعسار:
- ٢٨٢ هل يحبس حتى يتبين حاله؟
- ٢٨٤ ٢ - الإنكار وجمله من أحكامه:
- ٢٨٤ اشارة
- ٢٩٠ حكم ما إذا حلف المنكر:
- ٢٩٧ حكم ما إذا رد اليمين:

- اليمين المردوده فى حكم البينه أو الإقرار؟ ٣٠٠
- حكم ما إذا نكل المنكر: ٣٠٢
- لو بذل اليمين بعد النكول: ٣٠٩
- هل يأمر الحاكم المدعى بإحضار البينه؟ ٣١٢
- بعض أحكام البينه: ٣١٤
- حكم جرح المدعى عليه البينه: ٣١٧
- حكم ما لو كانت الدعوى على الميت: ٣١٨
- أحكام قيام البينه على الغائب والصبي والمجنون: ٣٢٧
- حكم ما لو ذكر المدعى أن له بينه غائبه: ٣٣٢
- ٣ - الأحكام المترتبة على سكوت المدعى عليه: ٣٣٥
- ٤ - حكم ما لو قال فى الجواب « لا أدري » : ٣٤٠
- مسائل تتعلق بالحكم على الغائب ٣٤٥
- اشاره ٣٤٥
- المسأله الأولى: (فى المراد من الغائب) ٣٤٩
- المسأله الثانيه: (يقضى على الغائب مطلقاً أو فى حقوق الناس؟) ٣٥٢
- المسأله الثالثه: (لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل) ٣٥٥
- المقصد الرابع ٣٥٧
- اشاره ٣٥٧
- البحث [الأول: (فى اليمين) ٣٥٧
- اشاره ٣٥٧
- لا يستحلف أحد إلا بالله: ٣٥٩
- عدم جواز الإحلاف بغير أسماء الله: ٣٦٣
- استحباب تقديم العظه وتغليظ اليمين: ٣٦٥
- الأول: حكم ما لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ: ٣٧٠
- الثانى: حكم ما لو حلف لا يجيب إلى التغليظ: ٣٧٢
- كيفية استحلاف الأخرس: ٣٧٦

- هل يشترط كون الاستحلاف في مجلس الحكم؟----- ٣٧٧
- البحث الثاني: (في يمين المنكر والمدعى)----- ٣٨١
- اشاره ----- ٣٨١
- حكم ما إذا كان الحلف على نفي فعل الغير وفروع ذلك ----- ٣٨٣
- هل يجوز الحلف اعتماداً على اليد والإستصحاب؟----- ٣٩٠
- متى يحلف المدعى؟----- ٣٩٣
- مسائل ثمان ----- ٣٩٧
- المسألة الأولى: (متى تتوجه اليمين على الوارث؟)----- ٣٩٧
- المسألة الثانية: (لو ادعى على المملوك فمن الغريم؟)----- ٤٠١
- المسألة الثالثة: (هل تسمع الدعوى في الحدود مجزده عن البيّنه؟)----- ٤٠٤
- المسألة الرابعة: (منكر السرقة تتوجه عليه اليمين)----- ٤٠٧
- المسألة الخامسة: (لو كان له بيّنه فأعرض عنها فهل له الرجوع؟)----- ٤٠٨
- المسألة السادسة: (فيمن يقبل قوله بلا يمين)----- ٤١٠
- المسألة السابعة: (حكم ما لو مات رجل وظهر له شاهد بدين)----- ٤١٤
- المسألة الثامنة: (حكم ما لو مات وعليه دين يحيط بالتركة)----- ٤١٦
- البحث الثالث: (في اليمين مع الشاهد)----- ٤١٩
- اشاره ----- ٤١٩
- حكم ما لو تقدمت اليمين على الشهاده----- ٤٢٣
- الكلام في مورد قبول الشاهد واليمين----- ٤٢٤
- حكم ما لو كان المدعى جماعه والشاهد واحد----- ٤٣٢
- عدم جواز الحلف من غير علم:----- ٤٣٤
- لا تثبت اليمين مالا لغير الحالف:----- ٤٣٧
- حكم ما لو ادعى جماعه مالا لمؤرثهم:----- ٤٤١
- هل للممتنع عن اليمين شركه مع الحالف؟----- ٤٤٤
- حكم ما لو كان في المدّعين صغير----- ٤٤٨
- مسائل خمس ----- ٤٥١

المسأله الاولى: (حكم ما لو قال: هذه الجاريه مملوكتي وأم ولدي) ----- ٤٥١

المسأله الثانيه: (حكم ما لو ادعى بعض الورثه أن الميت وقف عليهم داراً) ----- ٤٥٤

المسأله الثالثه: (حكم ما لو ادعى الوقفيه عليه وعلى أولاده بعده) ----- ٤٦١

المسأله الرابعه: (حكم ما لو ادعى عبداً وأنه أعتقه فأنكر المتشبهت) ----- ٤٦٨

المسأله الخامسه: (حكم ما لو ادعى عليه القتل وأقام شاهداً) ----- ٤٦٩

تعريف مركز ----- ٤٧١

سرشناسه: موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا

عنوان و نام پدید آور: القضاء والشهادات تقرير ابحاث زعيم الحوزة العلمية آية الله العظمى السيد محمد رضا الموسوي الكليپايگانی (قدس سره الشريف) / تالیف علی الحسينی الميلانی.

مشخصات نشر: قم: مركز الحقائق الاسلاميه، ۱۴۳۲ ق. = ۱۳۹۰-

مشخصات ظاهري: ج.: نمونه.

شابك: دوره ۹۷۸-۹۶۴-۲۵۰۱-۵۳-۳؛ ج. ۱-۹۷۸-۹۶۴-۲۵۰۱-۵۸-۸؛ ج. ۲-۹۷۸-۹۶۴-۲۵۰۱-۵۹-۵؛ ج. ۳-۹۷۸-۹۶۴-۲۵۰۱-۵۶-۴:

یادداشت: عربی.

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: قضاوت (فقه)

موضوع: گواهی و گواهان (فقه)

شناسه افزوده: حسینی میلانی، سید علی، ۱۳۲۶ -

شناسه افزوده: مركز الحقائق الاسلاميه

رده بندی کنگره: BP۱۹۵/م۸۴ق۶ ۱۳۹۰

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۵

شماره کتابشناسی ملی: ۲۳۷۶۵۵۵

ص: ۱

تقريظ آبه الله العظمى السيد گلپايگانی

□
الحمد لله الذى علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، وأفضل صلواته وأزكى تحياته على أشرف أنبيائه وخاتم رسله وخير خلقه محمد سيد العرب والعجم، وعلى آله وأصحابه البرره أولى الفضل والكرم. وعلى أعدائهم اللعن المؤبد الأتم، إله أن يحيى الله العظام بعد الرمم وبعد، فان العلم نور يقذفه الله فى قلب من يشاء ومن أتى العلم فقد أوتى خيراً كثيراً. وقد فضل الله مداد العلماء على دماء الشهداء، وجعلهم ورثة الأنبياء.

□
ثم ولدنا العلامة الحجه السيد على الميلانى ائده الله تعالى قد صرف عمره الشريف وزهره شبابه فى طلب العلم وكسب الفضيله وكتب محاضراتنا وابحاثنا فى الفقه من (كتاب القضاء) وعرض علينا ما كتب، فاطلنا عليه ووجدناه جامعاً للمسائل، حاوياً للمطالب، محتوياً على النكات والدقائق، وافياً بالمراد.

وقد استجازنا فى طبعه ونشره، فاجزنا له ذلك، سائلين المولى جل شأنه ان يوفقه لمراضيه، ويكثر فى العلماء والمجددين امثاله، فله تعالى درّه، وعليه سبحانه اجره. والسلام عليه وعلى سائر العلماء العاملين ورحمه الله وبركاته.

قم المقدسه فى ٢٨ شهر رمضان المبارك ١٤٠١ هـ

محمد رضا الموسوى گلپايگانی

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على محمد وآله الطاهرين، ولعنه الله على أعدائهم أجمعين.

وبعد:

فهذه أبحاث (إقضاء والشهادات) كما استفدتها من إفادات سيدنا الاستاذ الكبير، زعيم الحوزه العلمي في عصره وسيد الطائفة في أوانه، آيه الله العظمى، السيد محمد رضا الموسوي الكلپايگاني، قدس الله سره، أقدمها في طبعه جديده محققه، تخليداً لذكره وخدمه للعلم وأهله، راجياً من الله أن ينفع به، وهو ولي التوفيق.

الحوزه العلميّه - على الحسيني الميلاني

٢٥ ذو الحجه ١٤٢٥

ص:٧

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين، لا سيما خليفه الله في الأرضين، الإمام الثاني عشر الحجة ابن الحسن العسكري أرواحنا فداه، ولعنه الله على أعدائهم أجمعين من الأولين والآخرين.

اللهم إنا نرغب إليك في دوله كريمه تعزّ بها الإسلام وأهله وتذلّ بها النفاق وأهله، وتجعلنا فيها من الدعاه إلى طاعتك والقاده إلى سبيلك، وترزقنا بها كرامه الدنيا والآخرة.

وبعد:

فإن لكلّ موجود من الموجودات التي يشاهدها الإنسان نظاماً دقيقاً متقناً يسير عليه ولا يحد عنه، وذلك «صِيْنَعَ اللَّهِ الَّذِي أَتَقَنَ كُلَّ شَيْءٍ» (١)، كما يشاهد الإنسان كذلك نظاماً كلياً محكماً وسنناً إلهيه ثابتة تخضع لها الكائنات بأسرها، وتلك سنّه الله «وَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّهِ اللَّهِ تَبْدِيلاً» (٢).

ص: ٩

١-١) سورة النمل ٢٧: ٨٨.

٢-٢) سورة الأحزاب ٣٣: ٦٢.

ولم يكن الإنسان الذى خلقه الله تعالى وكرمه وفضّله على كثير ممن خلق - كما قال عزّ من قائل: «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبُرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً» (١) - بدعاً من سائر الموجودات من هذه الناحية، بل إن الإنسان أحق وأولى منها فى أن يكون له نظام، لأن الموجودات الاخرى قد خلقت لأجله، وسخّرت له، وجعلت تحت سلطنته، لتعينه على السير فى الصراط المستقيم المرسوم له، حتى يصل إلى الغايه المنشوده التى لأجلها خلق.

فكان لابد للإنسان أيضاً من نظام يحدّد له تصرّفاته فى مختلف شؤونه الخاصه منها والعامه، ويتناسب مع شتى حالاته، وذلك النظام هو الذى يعبّر عنه ب (الدين) ، ويعرف بأنه (ما شرع الله لعباده على لسان رسله)، حتى بعث سيدنا ومولانا محمد المصطفى صلى الله عليه وآله وسلّم، وكان ما جاء به هو النظام الأتم والقانون الأدق، ومن ثمّ كان خاتم النبيين وكان هذا الدين خاتمه الأديان.

إن الدين الإسلامى هو النظام الوحيد الذى يستجيب لنداء الإنسان ويتلائم مع فطرته التى خلق عليها، وإنه النظام الذى يتكفّل سعاده الإنسان ورقّيه إلى أعلى درجات الكمال، ويأخذ بيده إلى ما فيه خيره فى عاجله وآجله.

لقد اهتمّ الدين الإسلامى بكلّ ناحيه من نواحي الحياه الإنسانيه بالقدر اللّازم من الإهتمام، وعلى هذا الأساس، بذل بالنسبه إلى صيانه حقوق الإنسان وحفظ النظام العام إهتماماً بالغاً، للأهميه الكبيره لهذه الناحيه من حياه الإنسان، فشرّع لها القوانين الحقيقه الثابته، وحدّد علاقته بالإنسان بالإنسان، وما يجب له

ص: ١٠

وعليه تجاه الآخرين، وصله الفرد بالمجتمع وحدود المسؤوليات الفرديّة والإجتماعية، إلى غير ذلك من المسائل المتعلقة بهذا المجال من مجالات الحياة.

وقد أشارت الآية الكرّيمه: «لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيُقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ . . .» (١) إلى طريقه الإسلام في معالجه المشاكل التي تعرض الإنسان والمجتمع في هذا المقام. وتوضيح ذلك بإيجاز هو:

إن الغرض من خلق الإنسان هو إيصاله عن اختيار إلى الكمال المعنوي والفوز برضى الله عز وجل والقرب منه، وذلك لا يتحقق إلّا بتتميه الروح الإنسانيه المودعه فيه، وفطرته السليمه التي خلق عليها، وتعديل الغرائز المختلفه الكائنه فيه، فأرسل الله سبحانه رسله بالبينات وأنزل معهم الكتاب والحكمه والميزان لتحقيق هذا الغرض، وقال النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم: «إنما بعثت لأتمّم مكارم الأخلاق» (٢)، فجاء بتعاليم أخلاقيه ساميه، وعلم الكتاب والحكمه، ودعا إلى تهذيب النفوس، وأمر بالعدل والإحسان، ونهى عن الفحشاء والمنكر والبغى، وقد نجح - إلى حدّ بعيد - في هذا المجال، فكان في نفس كلّ إنسان - مسلم متأدّب بآدابه - وازع داخلي يمنعه من الإقتراب من أموال الآخرين، والنيل من أعراضهم والتعدّي على حقوقهم.

وقد جعل في الشريعه الإسلاميه - إلى جانب ذلك - الأحكام القضائيه والقوانين الجزائيه، لتكون سدّاً أمام من لم ينتفع بالآيات والحكم، ولم تؤثر فيه

ص: ١١

١-١) سورة الحديد ٥٧: ٢٥.

٢-٢) مجمع البيان ٥: ٣٣٣.

المواعظ والآداب، فمال مع غرائزه النفسانيه التي تحمل الإنسان على أن لا يقتنع بحقوقه، وتدفعه إلى الظلم والتعدى على حقوق الآخرين، فجعل (القاضي) لأن يكون مرجعاً للناس لفصل الخصومات وقطع المنازعات، وجعل (الحديد) فيه بأس شديد، تستأصل به جذور الفساد وعناصر البغي في المجتمع.

ومن وقف على جزئيات تلك التشريعات في الفقه الجعفري، عرف مدى الدقة المبذولة فيها من جهه، ومدى تلائمها مع الفطره الإنسانية من جهه أخرى، ولا عجب، فإنها تشريعات متّخذة من أخبار أهل بيت الوحي والرساله، وهي مستمدّه من جدّهم عن الله عزّ وجل العالم الخبير بما يصلح شأن العباد وينظم أمورهم، وذلك قوله تعالى: «أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ» (١).

وحينئذ، يسقط عن الاعتبار والإعتماد سائر التشريعات المنسوبة إلى السماء، فكيف بالقوانين الوضعيّة الحديثه؟ .

فشكر الله سعي علمائنا الأبرار الذين نَقَّحوا هذه المسائل، ورووا أخبارها وجمعوا آثارها، وكتبوا هذه البحوث العلميه الراقية، ودرّسوها وخلّدوها إلى يومنا الحاضر.

وعندما انبثقت الثورة في بلادنا ضد النظام الإمبراطوري، وأطاحت به، وطالبت الأمة بالعودة بها إلى أحكام الإسلام، وأقيمت المحاكم الشرعيه، قام سيدنا الاستاذ الأكبر فقيه الامّه وزعيم الحوزه العلميه، المرجع الديني الكبير، آيه الله العظمى الحاج السيد محمدرضا الموسوي الكلپايگاني دام ظلّه الوارف،

ص: ١٢

بتدريس « كتاب القضاء » (١) لإعداد ثلّه من الفضلاء للتأهل بتولّي هذا المنصب الخطير.

والحق إنها بادره منه - دام ظله - جديره بالتقدير، فإن القضاء إذا صلحوا وساروا على النهج الصحيح، وحكموا بالحق وهم يعلمون، وأقاموا العدل، قام المجتمع بالقسط وساده الأمن وانتشر فيه الصلاح، وأما إذا تولّى القضاء من ليس أهلاً له، أو اتّبع هواه عند الحكم، أو جار فيه، انتشر الفوضى واختل النظام وفسدت البلاد والعباد.

هذا، وقد وقّفت لتدوين ما يليه سيّدنا الاستاذ في بحثه الشريف، وعرضته عليه، فلاحظه وأقرّه، فلما اكتمل، استأذنته في نشره - نزولاً عند رغبه بعض الزملاء الأفاضل - فأذن بذلك.

وإني إذ أقدم هذا المجهود العلمي - مع تعليقات على بعض مواضعه - إلى زملائي الفضلاء وإخواني العلماء، أسأل الله عزّ وجلّ أن يمنّ علينا بدوام وجود سيّدنا الاستاذ، وأن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم، إنه سميع مجيب.

على الحسيني الميلاني

قم المقدّسه - الحوزه العلميّه

١٨ رمضان المبارك ١٤٠١

ص: ١٣

(١ - ١) وقد كان بحثه سابقاً في كتاب البيع، وطبع الجزء الأول منه بتقريرنا باسم (بلغه الطالب في التعليق على بيع المكاسب).

القضاء فى اللغة والإصطلاح * القضاء فى الشريعة * وجوب القضاء

ص: ١٥

هو لغه لمعان كثيره ولا حاجه إلى بيانها، فليراجع كتب اللغه (١).

أما في عرف الأصحاب، فقد قيل: هو فصل الخصومه بين المتخاصمين وتطبيق الأحكام على مواردها الجزئيه، بأن يحكم بأن هذه الدار لزيد، كما أن الفتوى عباره عن الحكم الكلى إلهي بغض النظر عن تطبيقه.

وقيل: هو الولاية على تطبيق الحكم الجزئي في الموارد الجزئيه (٢).

ص: ١٧

١-١) كالصحيح والقاموس وتاج العروس وغيرها، فمن تلك المعاني: الحكم والصنع والحتم والبيان والإتمام. . . ولكل واحد منها شواهد في الكتاب والسنة وكلمات العرب، وقد تكون له معان أخرى بحسب اختلاف موارد الإستعمال أو أداء التعديده الواردة في الكلام. والظاهر - كما عن بعض اللغويين - أن تلك المعاني كلها ترجع إلى معنى واحد وهو انقطاع الشيء، بمعنى تحتمه وتمامه. الصحيح ٦: ٢٤٦٣، القاموس ٤: ٤٣١، تاج العروس ١: ٣٩٦.

٢-٢) وفي المسالك (١٣: ٣٢٥): «عزّفوه شرعاً بأنه: ولاية الحكم شرعاً لمن له أهليته الفتوى بجزئيات القوانين الشرعيه على أشخاص معينه من البريه بإثبات الحقوق واستيفائها للمستحق». وفي المستند (٧: ١٧): «ولاية حكم خاص أو حكم خاص في واقعه مخصوصه وعلى شخص مخصوص، بإثبات ما يوجب عقوبه دنيويه شرعاً أو حق من حقوق الناس بعد التنازع فيه أو بنفي واحد منهما». وفي الكفايه (٢: ٦٦٠): «ولاية عامه بالنيابه عن النبي والإمام خصوصاً أو عموماً». وفي الدروس: «ولاية شرعيه على الحكم والمصالح العامه من قبل الإمام عليه السلام». وهذه التعاريف مشتمله على (الولاية) مع أن القضاء ليس ولاية، كما أن القضاء ليس فصل الخصومه. . . إذ قد يتحقق ذلك بالصلح ونحوه. ومما ذكرنا يظهر أن الأولى هو ما ذكره السيد الاستاذ دام ظلّه من أنه نفس الحكم. أي عند التنازع والخصومه لغرض رفعها، سواء كان في إثبات حق أو نفيه لأشخاص معينين في نزاع خاص أو في المصالح العامه للمسلمين، كالحكم بالهلال ونحوه.

أقول: والظاهر أن القضاء هو « الحكم » ، وهو أحد معانيه المذكورة في اللغة، وهو الأنسب بموارد استعماله، قال تعالى: « وَ قَضَى رُبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ . . . » (١).

إلا أن هذا الحكم الذى يجب إطاعته وتنفيذه، لا بد أن يكون ممن نصب لذلك من قبل الله تعالى، قال عز وجل: « يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ » (٢).

أو من قبل النبي صلى الله عليه وآله، أو الإمام عليه السلام، إما خصوصاً أو عموماً كما فى روايه أبى خديجه: « ولكن انظروا إلى رجل . . . » (٣).

وهو حكم مطابق للحكم الإلهي، فليس فصل الخصومه من القاضى بفتوى الفقيه أو الفقهاء، بل إنه حكم يصدره، ومن آثاره وخواصه وجوب تنفيذه على الكل حتى الفقهاء، - وهذه حيثيه أخرى للتفريق بين المفتى والحاكم (٤) - إلا إذا قطع

ص: ١٨

١-١) سورة الإسراء ١٧: ٢٣، بل (الحكم) أول المعانى المذكوره للقضاء فى القاموس والصحاح، فيكون المراد من (القضاء) نفس الحكم الصادر من القاضى من باب الولاية، فإنه الذى يقطع النزاع ويتم الأمر ويحتمه إن كان صدوره بالشرائط المعتره شرعاً، ومن هنا يعبر عن القاضى بالحاكم، ويؤمر بالتحاكم إليه.

٢-٢) سورة ص ٣٨: ٢٦.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ١٣/٥، أبواب صفات القاضى، الباب ١.

٤-٤) إن « القاضى » يغير « المفتى » و « المجتهد » و « الفقيه » بالحيثيه وإن كانت الأوصاف هذه كلها مجتمعته - بناءً على اعتبار الإجتهد - فيه، لأن القاضى يسمّى قاضياً وحاكماً باعتبار إزامه بالحكم الذى يصدره، وأما إذا كان ما يصدره مجرداً عن هذا الإعتبار فإنه يسمّى مفتياً، لأنه حينئذ يخبر عن الحكم فقط، وهو باعتبار مجرد الاستدلال على الأحكام يسمّى مجتهداً، وباعتبار علمه بتعين ما توصل إليه ظنّه حكماً شرعياً فى حقه وحق مقلديه يسمّى فقيهاً.

أحدهم بعدم تماميته بعض مقدمات حكم من الأحكام، أو لم يقل بولايه الفقيه (١).

وبالجملة، فالمراد من الحكم هنا هو ما يصدره القاضي بعنوان الولاية والسلطنة الشرعيه (٢)، لا- بعنوان الإخبار عن فتوى أو اجتهاد لنفسه أو غيره.

ولهذا الحكم آثار شرعيه، كعدم جواز نقضه حتى من مجتهد آخر، وعدم ضمان القاضي - مع عدم تقصيره في مقدمات الحكم - إلى غير ذلك.

القضاء في الشريعة:

ثم إن القضاء أمر ثابت في الشريعة لا يمكن المناقشه فيه، وتدلّ عليه الآيات (٣). والروايات البالغه حدّ التواتر عندنا (٤).

فإنها تدلّ على ثبوت أصل القضاء في الشريعة الغراء، من قبل الله عزّ وجل بين الناس.

والعقل أيضاً يحكم بوجوبه، فكما أن قاعده اللطف تقضى بوجود أحكام بين الناس من قبل الله عزّ وجل، كذلك تقضى بوجود ولي يقضى بينهم في موارد

ص: ١٩

١- ١) أو كان حكمه مخالفاً لدليل قطعي من الأدله الشرعيه.

٢- ٢) المجمعوله له من قبل المعصوم عليه السلام خصوصاً أو عموماً.

٣- ٣) كقوله تعالى: «فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ» (سوره النساء: ٦٥) وقوله: «إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ» (سوره النساء: ١٠٥) وقوله: «... فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ...» (سوره النساء: ٥٩) وقوله: «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ...» (سوره الاحزاب: ٣٦) وغيرها من آيات الكتاب.

٤- ٤) وسيأتي ذكر نصوص بعضها لدى التعليق على قول المحقق «... ينفذ قضاء الفقيه...» الشرائع ٤: ٦٨.

الإختلاف، حسماً للنزاع ودفعاً للخصومه، وأنه لا يجوز على الله سبحانه أن يترك الناس سدىً من غير وليّ يرجعون إليه عند الخصومه والنزاع ليرفعها، ويأخذ للمظلوم حقه من الظالم.

بل إن القضاء أمر ضرورى من ضروريات الدين، ولذا نرى المحقق قدس سرّه فى (الشرائع) لا يتعرّض لهذه الناحية، لأنه أمر مسلم مفروغ عنه.

و جوب القضاء:

هذا، ولا يجوز التصدى للقضاء لمن لم يكن واجداً للشرائط المعتره الآتية (١). وأما الواجد فهل يجب عليه ذلك؟ أما الوجوب: فإنه واجب كفاي، لأن الغرض حفظ النظام به كسائر الواجبات الكفائية المتوقّف عليها حفظ نظام المجتمع الإسلامى، وقد يجب عيناً فى صوره عدم تصدى أحد له، ومتى لم يتوفّر الواجد للشرائط أو وجد ولم يتصدّ له فهل يجب تحصيلها أو حمل الغير على ذلك؟ الظاهر ذلك، لتوقّف حفظ النظام عليه أولاً (٢)، ولأنه لو لم يكن ذلك لتصدّاه غير أهله، وهو ينافى الإراده التشريعيه لله عزّ وجلّ ثانياً.

وهذا الواجب كفاي كما تقدّم، ومع عدم قيام أحد به فالكلّ معاقبون.

ص: ٢٠

١- ١) بل إن الواجد لها على خطر عظيم، فعن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: « من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين » وعنه أيضاً: « لسان القاضى بين جمرتين من نار حتى يقضى بين الناس فيما فى الجنة وإما فى النار » وفى الخبر: « من حكم فى درهمين فأخطأ كفر » وفى آخر: « القضاء أربعة ثلاثه فى النار وواحد فى الجنة » وفى آخر: « أى قاض قضى بين اثنين فأخطأ سقط أبعد من السماء ». بل فى بعض الأخبار: إن القاضى إذا حكم بالحق وهو لا يعلم فهو فى النار، انظر: وسائل الشيعة ٢٧: ١٩/٨ و ٢١٤/٣ و ٣٢/٥ و ٢٢/٦ و ٣٢/٤، ٢٢/٦.

٢- ٢) أى ولو فى الجملة، لأن حفظ النظام يتحقق به وبأمور أخرى، كالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وحلّ المنازعات بالصلح ونحو ذلك.

البلوغ * العقل * الايمان * العدالة * طهاره المولد العلم * الضبط * الكتابه * الذكوره * السمع والبصر والنطق * الحريره.

الأصل: عدم نفوذ حكم أحد في حق أحد، لكن قام الدليل - نقلاً وعقلاً - على نفوذ حكم أشخاص... فالنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لا ريب في نفوذ حكمه، لأنه خليفة الله في الأرض وصاحب الولاية الكبرى المقتضيه لنفوذ حكمه... وقد قال عز وجل «فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَزَجًا مِّمَّا قُضِيَتْ وَ يُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا» (١)، كما لا ريب في ولاية الأئمة المعصومين من أهل بيته وعترته ونفوذ حكمهم، للأدلة المعتبرة الدالة على ذلك كتاباً وسنّه، ومن ذلك قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَ الرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ» (٢)(٣).

ولا ريب في أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قد تصدّى لذلك وكان ينصب أو يرسل بعض أصحابه لفصل الخصومات وقطع المشاجرات... وكذلك فعل مولانا أمير المؤمنين عليه الصّلاه والسلام... وهذا يدلّ على أنه يمكن إعطاء هذا المنصب لبعض الأشخاص وتوليتهم القضاء (٤)، فمن يصح نصبه لهذا الأمر؟ ومن الذى ينفذ

ص: ٢٣

١- ١) سورة النساء ٤: ٦٥.

٢- ٢) سورة النساء: ٥٩.

٣- ٣) فالمراد من «أولى الأمر» فيها - كما فى الأخبار المعتبرة - هم الأئمة المعصومون من أهل بيت الوحي والرسالة دون غيرهم.

٤- ٤) فالحاصل: إن الحكم فى الأصل لله عز وجل كما قال: «إِنِ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ» ثم إنه جعله لأشخاص معينين ونصبهم له، وهم الأنبياء والأوصياء، وقد أمر الناس بالرجوع إلى هؤلاء فيما شجر بينهم ورضى بحكم هؤلاء، أما غيرهم فقد نهى عن الرجوع إليهم، قال سبحانه: «يُرِيدُونَ أَن يُنَحِّكُمُوكُمْ إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَن يَكْفُرُوا بِهِ» (سورة النساء ٤: ٦٠). ومن هنا قال أمير المؤمنين عليه السلام لشریح: «قد جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصي أو شقى» وسائل الشيعة ٢٧: ١٧/٢. ابواب صفات القاضى، الباب ٣. ثم إن هذا المنصب الجسيم قد أذن للتصدى له من قبل الأئمة عليهم السلام لمن توفرت فيه الصفات المذكورة فى أدله الإذن، ومن هنا نشرع فى بيان تلك الصفات على ضوء تلك الأدلة.

حكمه وإن لم يكن منصوباً بالخصوص؟ وما هي صفاته؟

١ - البلوغ

قال المحقق قدس سره: « ويشترط فيه البلوغ » (١).

أقول: لا ريب ولا خلاف في اشتراط البلوغ في القاضى، فلا ينعقد القضاء لغير البالغ (٢)، لأنه قاصر محتاج إلى الولى، ولا تنفذ أعماله في حق نفسه ولا ولايه له عليها، فكيف يكون ولياً على غيره؟

٢ - العقل

قال: « وكمال العقل » (٣).

ص: ٢٤

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٦٧.

٢-٢) أى حتى المراهق الجامع للشرائط - عدا البلوغ - ويدل عليه الإجماع المصرح به في كلمات جماعه من الأصحاب، وهو العمده بعد معتبره أبى خديجه: « أنظروا إلى رجل . . . ». وأما كونه قاصراً محتاجاً إلى الولى في تصرّفاته فقاصر عن الدلاله على المنع، إذ يمكن لهذا الشخص المفروض جامعيته للشرائط عدا البلوغ أن يتصدى للحكم بإذن وليه. ثم إن الأدله الاخرى الظاهره في العموم تخصّص بالمعتبره المذكوره، ومثلها الاخرى: « إجعلوا بينكم رجلاً . . . » .

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ٦٧.

أقول: لا ريب ولا خلاف في اشتراطه واعتباره في القاضى كذلك، ولا حاجة إلى الاستدلال عليه (١).

٣ - الإيمان

قال: « والإيمان » (٢).

أقول: قد يراد به الإيمان المقابل للكفر، فلا ينعقد القضاء 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 » (٣) وقال صلى الله عليه وآله وسلم: « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه » (٤).

وقد يراد به الإيمان بالمعنى الأخص، وهو كونه إمامياً اثني عشرياً. . . قال في (الجواهر) (٥): هو من ضروريات مذهبنا، ويدل على اشتراطه النصوص الكثيرة البالغة حد الاستفاضه بل التواتر، الناهية عن الترافع إلى قضاءه الجور وحكام المخالفين - إلا عند التقية - والمقتضيه عدم جواز التصرف في ما حكم به قاضى الجور وإن كان حقاً (٦).

ص: ٢٥

١ - ١) بالإجماع والاعتبار، لوضوح الأمر، وإن أدله الإذن في الحكم منصرفه عن المجنون قطعاً، وإطلاق معقد الإجماع يعم من كان جنونه دورياً، وأما تعليل بعضهم بمثل ما ذكر في المتن في البلوغ، فغير تام كذلك، والعمده الإجماع.

٢ - ٢) شرائع الإسلام ٤: ٦٧.

٣ - ٣) سورة النساء: ٦٠.

٤ - ٤) وسائل الشيعة ١٧: ٣٧٦.

٥ - ٥) جواهر الكلام ٤٠: ١٣.

٦ - ٦) وتجد طائفه من هذه النصوص في الباب الأول من أبواب صفات القاضى من وسائل الشيعة، وأول تلك النصوص ما رواه عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « أيما مؤمن قدام مؤمناً في خصومه إلى قاض أو سلطان جائر فقاضى عليه بغير حكم الله، فقد شركه في الإثم ». وإلى اشتراطه يشير الإمام عليه السلام في معتبره أبي خديجه بقوله « رجل منكم ».

قال: « والعدالة » (١).

قال بعض علمائنا المعاصرين: هذا الشرط يغنى عن اشتراط « الإيمان » .

ويمكن الإستدلال لاشتراط العدالة بقوله سبحانه: « لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ » (٢)، لأن الولاية على القضاء ونفوذ الحكم، عهد من الله تعالى، والفاسق ظالم فلا يناله عهده (٣).

ويدل عليه النصوص الكثيرة (٤).

٥ - طهاره المولد

قال: « وطهاره المولد » .

ص: ٢٦

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٦٧.

٢- ٢) سورة البقره ٢: ١٢٤.

٣- ٣) ولأنه منع من الركون إلى الظالم في قوله عز وجل «وَلَا تَزْكُتُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ» ، والفاسق ظالم لنفسه والتحاكم إليه والإستناد إلى حكمه ركون عرفاً، وإن تنظر بعض أعلام العصر في الاستدلال بالآيه الكريمة في هذا المقام.

٤- ٤) كخبر سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « اتقوا الحكومه، فإن الحكومه إنما هي للإمام العالم بالقضاء العادل في المسلمين لنبي [كنبى] أو وصى نبي » وسائل الشيعه ٢٧: ١٧/٣. أبواب صفات القاضى، الباب ٣. ويدل عليه ما دل على اعتبار الإيمان. ولأن الفاسق قاصر عن مرتبه الولاية على الصبى فكيف بهذه المرتبه الجليله. ولأن شهادته مردوده فالقضاء أولى.

أقول: لا- دليل يدل عليه بالخصوص. قال في (الجواهر): « هو واضح بناءً على كفره (١)، أمّا على غيره، فالعمده الإجماع المحكى، وفحوى ما دلّ على المنع من إمامته وشهادته إن كان وقتنا به. . . » (٢) ولكن لا يحضرني الآن دليل لهذا الفحوى بحيث يستدل به ويعتمد عليه لذلك، ألّهم إلاّ بتفسيح المناط أو إثبات الأولويّه، والإنصاف: إن كلّ ذلك مشكل، فالعمده الإجماع المحكى عن جماعه (٣).

٦ - العلم

إشارة

قال: « والعلم » .

أقول: لا ريب في عدم نفوذ حكم الجاهل بالأحكام الشرعيّه وأنه يشترط كون القاضى عالماً، فعن أبي عبد الله عليه السلام قال: « القضاء أربعة ثلاثه في النار وواحد في الجنة: رجل قضى بجور وهو يعلم فهو في النار، ورجل قضى بجور وهو لا يعلم فهو في النار، ورجل قضى بالحق وهو لا يعلم فهو في النار، ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة » (٤).

فهل المراد من العلم (٥) في هذا الخبر ونحوه هو الإجتهد المطلق أو يعمّ

ص: ٢٧

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

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٣.

٣- ٣) والأصل الأولى المذكور سابقاً، وفي مباني تكمله المنهاج: « هذا، مضافاً إلى أن قوله عليه السلام في صحيحه الجمال المتقدمه: ولكن انظروا إلى رجل منكم ط ينصرف إلى غير ولد الزنا جزءاً » .

٤- ٤) وسائل الشيعه ١٨: ١١.

٥- ٥) البحث في هذا الشرط في جهات نذكرها باختصار، ونقتصر على الأقوال وبيان الخلاف فيها: الجبهه الاولى: إنه لا ريب ولا خلاف في اشتراط العلم في القاضى، فلا ينعقد القضاء للجاهل ولا ينفذ حكمه، ويدل عليه - قبل الإجماع - الكتاب والنصوص المستفيضه بل المتواتره من السنّه الشريفه، وقد عقد في الوسائل « باب عدم جواز القضاء والإفتاء بغير علم بورود الحكم عن المعصومين عليهم السلام ». ومن أخباره ما ذكر في المتن، وما رواه أبو عبيده عن أبي جعفر عليه السلام قال: « من أفتى الناس بغير علم ولا هدى من الله لعنته ملائكه الرحمه وملائكه العذاب ولحقه وزر من عمل بفتياه » وسائل الشيعه ٢٧: ٢٠. والثانيه: قال أكثر الأصحاب بأنه يشترط في هذا العالم أن يكون مستقلاً بأهليّه الفتوى، قال المحقق: « ولا ينعقد لغير العالم المستقل لأهليه الفتوى ولا يكفيه فتوى العلماء، ولا بدّ أن يكون عالماً بجميع ما وليه » شرائع الإسلام ٤: ٦٧. وقال العلامة قى القواعد: « فلا ينعقد قضاء. . الجاهل بالأحكام ولا- غير المستقل بشرائط الفتوى، ولا- يكتفى بفتوى العلماء، ويجب أن يكون عالماً بجميع ما وليه » قواعد الأحكام ٣: ٤٢١. وفي المسالك ١٣: ٣٢٨: « والمراد بالعالم هنا المجتهد في الأحكام الشرعيّه، وعلى اشتراط ذلك في

القاضي إجماع علمائنا، ولا- فرق بين حاله الإختيار والإضطرار، ولا- فرق فيمن نقص عن مرتبته بين المطلع على فتوى الفقهاء وغيره، والمراد بكونه عالماً بجميع ما وليه كونه مجتهداً مطلقاً، فلا- يكفي اجتهاده في بعض الأحكام دون بعض على القول بتجزى الإجتهد». وصریح كلام المسالك دعوى الإجماع على اشتراط الإجتهد المطلق، وقد حكى الإجماع على اشتراط الإجتهد عن جماعه، وبه صرّح فى الرياض، ومن قبلهم الشيخ قدس سرّه وستأتى عبارته فى المتن. ومن هنا يظهر أن ما ذكره الشيخ فى المبسوط بقوله: « وفى الناس من أجاز أن يكون القاضي عامياً ويستفتى العلماء ويقضى به» المبسوط ٨: ١٠١ ليس قولاً لأحد من قدماء أصحابنا. نعم، عن المحقق الأردبیلی (مجمع الفائده والبرهان ١٢: ١٨) نفى الشك عن عدم نفوذ قضاء غير المجتهد مع وجود المجتهد، واستشكل المحقق القمى فى (جامع الشتات ٢: ٦٨ - حجرى) الحكم باشتراط الإجتهد على الإطلاق، ولم يستبعد جواز المرافعه للعالم العادل المطلع على جميع المسائل المتعلقة بالواقعه تقليداً فى حال الإضطرار، وفى الجواهر: « بل قد يقال: إن المستفاد من الكتاب والسنة صحه الحكم بالحق والعدل والقسط من كل مؤمن . . . ». والثالثه: هل يشترط فى المجتهد أن يكون مجتهداً مطلقاً أم يكفي التجزى؟ فيه أقوال، فالأول: ما عرفته من العبارات المزبوره فى الجبهه الثانيه من اشتراط كونه مجتهداً مطلقاً، كما قد عرفت دعوى الإجماع عليه فى المسالك. والثانى: جواز المرافعه للمجتهد المتجزى مطلقاً، وإليه ذهب صاحب المستند (١٧: ٣٩) تبعاً لغيره. والثالث: التفصيل بين صورته التمکن من المرافعه عند المجتهد المطلق وصوره فقده، وهو مختار صاحب الكفايه حيث قال: « ولا- يبعد القول بالإكتفاء بالتجزى عند فقد المجتهد المطلق» كفايه الأحكام ٢: ٦٦٢.

المتجزى وعلم المقلد الذى يحكم بفتوى مقلده أو ناصبه أيضاً؟

لقد حكى الإجماع على لزوم كون القاضى مجتهداً، والقدر المتيقن منه هو (المجتهد المطلق) وأما بالنسبة إلى غيره فنقول: تاره يقال: بأن حكم الحاكم موضوع للنفوذ ووجوب الإمتثال، وأخرى يقال: بأنه بيان لحكم الإمام عليه السلام فيكون كناقل الحكم، فبناء على الثانى: ينفذ حكمه، سواء كان مقلداً أو مجتهداً مطلقاً أو متجزياً، وعلى الأول: يكون لحكمه موضوعيته، فيتوقف جواز الرجوع إلى المقلد والمتجزى ونفوذ حكمهما على حجه شرعيه، ومع الشك فالأصل عدم النفوذ.

وقد استدلل لجوازه بروايه أبى خديجه سالم بن مكرم الجمال: قال أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام: «إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم، فإنى قد جعلته قاضياً، فتحاكموا إليه» (١)، فإن كلاً من المقلد والمجتهد المتجزى «يعلم شيئاً. . .» .

وقوله عليه السلام: «فإنى. . .» يكشف عن أن القضاء منصب، وليس وجوبه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والروايه تعمّ زمان الغيبه والحضور معاً.

ص: ٢٩

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ١٣/٥. أبواب صفات القاضى، الباب ١.

لكن قال المجلسي قدس سره (١): هي خاصه بزمان الحضور، ولم يكن القضاء في ذلك الزمان مجتهدين بل كانوا يروون أحكام الأئمة ويرجعون إليهم.

وفيه: إن ظاهر قوله عليه السلام: « يعلم شيئاً . . . » اشتراط كونه عالماً، سواء مع الواسطه أو بدونها، فلا اختصاص بزمان الحضور، وسواء علم بالكبريات وعرف تطبيقها على الموارد الجزئيه باجتهاده أو لم يكن كذلك، خلافاً للعلامه المذكور حيث استظهر منها الدلاله على اعتبار الإجتهد. . . والروايه مشتهره بين الأصحاب كما في (المسالك) ، وهو يجبر ضعف سندها (٢) لو كان، يرويها الشيخ الكليني قدس سره (٣) عن أحمد بن محمد بن خالد، وطريقه إليه صحيح، وأحمد ثقه، و « أبو خديجه » ضعفه الشيخ (٤) ووثقه النجاشي (٥) والعلامه في (المختلف) (٦) وأبو علي في كتاب (الرجال الكبير) (٧) ولدى التعارض بين الجرح غير المفسر والتعديل، فالتعديل مقدم (٨).

ص: ٣٠

١-١) ملاذ الأختيار ١٠: ١٣.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٣: ٣٣٥.

٣-٣) في الكافي ٧: ٤١٢/٤ لم يروه عن أحمد بن محمد بن خالد.

٤-٤) الفهرست ١٤١: ٣٣٧.

٥-٥) رجال النجاشي ١٨٨: ٥٠١.

٦-٦) يذكر العلامه في المختلف ٣: ٢١٢، فيه قول.

٧-٧) منهج المقال: ١٥٧.

٨-٨) ما ذكره السيد الاستاذ دام ظلّه الشريف هو أحد الأقوال في المسأله، وقد ذكر جدنا العلامه المامقاني قدس سره فيها سبعة أقوال في مقباس الهدايه في علم الدرايه ٢: ١١١ - ١١٧. فليراجع. أقول: بل ينبغي أن لا يرتاب في وثاقه الرجل، لأن المنقول عن الشيخ قدس سره توثيقه في موضع آخر، فإذن، يتعارض قولاه ويتساقطان، ويبقى توثيق النجاشي قدس سره بلا معارض. هذا، مضافاً إلى ما ذكره علماء الرجال في محلّه من أن للشيخ اشتباهات، والنجاشي لم يشاهد له اشتباه، وقد كثر توثيقه.

إلا أن مقتضى قول صاحب الزمان أرواحنا له الفداء: « وأما الحوادث الواقعة، فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا، فإنهم حجتى عليكم وأنا حجة الله » (١) ومقبوله عمر بن حنظله: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعه فى دين أو ميراث فتحكما إلى السلطان وإلى القضاء أيحل ذلك؟ قال: من تحاكم إليهم فى حق أو باطل، فإنما تحاكم إلى الطاغوت، وما يحكم له فإنما يأخذ سحتاً وإن كان حقاً ثابتاً له، لأنه أخذه بحكم الطاغوت وما أمر الله أن يكفر به، قال الله تعالى: « بُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ » (٢).

قلت: فكيف يصنعان؟ قال: ينظران من كان منكم، ممن قد روى حديثنا ونظر فى حلالنا وحرماننا وعرف أحكامنا، فليرضوا به حكماً، فإنى قد جعلته عليكم حكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله، وعلينا رد، والراد علينا كالراد على الله، وهو على حد الشرك بالله» (٣) لزوم كون القاضى مجتهداً.

وهذه الروايه أيضاً مشتهره بين الأصحاب كما فى (المسالك) (٤) كذلك، ويكفى لاعتبارها اشتهاها بالمقبوله بينهم، بل لا يوجد فى سندها من توقف فى توثيقه إلا « داود بن الحصين » قال الشيخ: واقفى (٥)، لكن وثقه النجاشى (٦)، فهى

ص: ٣١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٠١.

٢- (٢) سوره النساء ٤: ٦٠.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٧: ١٣٦/١. أبواب صفات القاضى، الباب ١١.

٤- (٤) مسالك الأفهام ١٣: ٣٣٥.

٥- (٥) رجال الشيخ ٣٣٦: ٥٠٧.

٦- (٦) رجال النجاشى ١٥٩: ٤٢١.

موثقه معتبره (١). أقول: ويمكن الجمع بين روايتي أبي خديجه وعمر بن حنظله بأن يقال: بأنه لا- تنافى بين منطوقيهما، وإنما التنافى بين مفهوم روايه ابن حنظله ومنطوق روايه أبي

ص: ٣٢

١- ١) هي في الوسائل: « محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن عيسى عن صفوان بن يحيى عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظله. . . » قال: « ورواه الشيخ بإسناده عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسن بن شمون عن محمد بن عيسى. وإسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن محمد ابن عيسى نحوه » فطرقها تنتهي إلى « داود بن الحصين » وقد وثقه النجاشي، واستظهر في تنقيح المقال (تنقيح المقال ١: ٤٠٨) من عبارته كونه إمامياً اثني عشرياً، لأن من عاده النجاشي التعرض لمذهب من كان غير اثني عشرى، فيعارض قوله قول الشيخ بأنه واقفى فيتقدم عليه، لأنه أضبط من الشيخ في علم الرجال. هذا من ناحيه داود بن الحصين. وإنما ضعف الروايه من ضعفها من جهه « عمر بن حنظله » نفسه، لأن أصحاب الرجال لم ينصوا فيه بجرح ولا- تعديل، لكن عن الشهيد الثاني أنه قال: « لكن أمره عندى سهل، لأنى حققت توثيقه من محل آخر وإن كانوا قد أهملوه » (الرعايه: ١٣١) وقد أشار بذلك إلى ما روي في الكافي في باب وقت الصلاه عن على بن إبراهيم عن محمد بن عيسى عن يونس عن يزيد ابن خليفه قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن عمر بن حنظله أتانا عنك بوقت. فقال أبو عبد الله عليه السلام: إذا لا يكذب علينا، لكن أشكل في سندها بأن راويها « يزيد بن خليفه » ولم تثبت وثاقته، وأجاب في تنقيح المقال - مع تصريحه بعدم ثبوت وثاقته في ترجمته - بتلقى الأصحاب لها بالقبول في بابها حيث لم يردها أحد منهم، فتدبر. وقد ذكر روايه أخرى في توثيق عمر بن حنظله، وهى في التهذيب في باب العمل في ليله الجمعة ويومها، عن الحسين بن سعيد عن فضاله عن أبان عن إسماعيل الجعفى عن عمر بن حنظله قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام: القنوت يوم الجمعة. فقال: أنت رسولى إليهم فى هذا إذا صليتكم. الحديث (تهذيب الأحكام ٣: ١٦/٥٧) قلت: لكن الراوى لها هو ابن حنظله نفسه. وكيف كان، فإن وثاقه الرجل محلّ تأمل، فالعمده فى اعتبار روايته هذه بالخصوص أمران: أحدهما: ما ذكر فى المتن من تلقى الأصحاب إياها بالقبول حتى اشتهرت بالمقبوله، بناء على اعتبار ما كان بهذه المثابه من الأخبار. والثانى: كون صفوان بن يحيى فى سندها قبل داود بن الحصين، وهو ممن نقل إجماع العصابه على تصحيح ما يصح عنه، بناء على تماميه الكبرى فى محلها.

خديجه، فإن مفهوم تلك: من لم يرو حديثنا ولم ينظر في حلالنا و حرامنا فغير مجعول للقضاء، ومنطوق هذه: «... يعلم شيئاً. . . لكن التنافي هو بالإطلاق والتقييد، فالمنطوق مقيد والمفهوم مطلق، وحينئذ يتقدم خبر أبي خديجه لأنه منطوق أولاً (1) ولأنه مقيد ثانياً، فتكون النتيجة: «... قد روى حديثنا ونظر في حلالنا و حرامنا» وهو يعلم شيئاً من قضايانا. . .

وقد يقال: إن روايه أبي خديجه مطلقه كذلك، لأنها تدلّ على نفوذ حكم من « يعلم شيئاً» سواء كان « راوياً» و « ناظراً في الحلال والحرام» أو لا- فلا- يتم الجمع بينهما بما ذكر، إلا أن يقال: بأن الميزان هو: « العلم» كما في روايه « القضاء أربعة» وأن « الروايه» و « النظر» ليس لهما موضوعيه، بل اعتباراً كمقدمه وطريق لحصول « العلم». . . وبعبارة أخرى: التقييد ب « الروايه» و « النظر» محمول على الغلبه لا- الإ-حتراز، لأنه ظاهر في الطريقيه لا- الموضوعيه حتى يكون وصفاً يحترز به عن الظن ليسقط حكم غير المجتهد عن درجه الإعتبار، ويؤيد الحمل المذكور أنه يبعد جداً أن لا ينفذ حكم من « عرف الأحكام» ولكن لم يرو شيئاً من حديثهم، فلو كان التقييد ب « الروايه» احترازياً كان المعنى: من لم يرو شيئاً من أحاديثنا فلا ترجعوا إليه وإن كان عارفاً بأحكامنا وعالمًا بشيء من قضايانا.

□
ويؤيد ما ذكرنا: أن بعض الرواه كانوا يتعلمون الحكم من الإمام عليه السلام في الواقعه ثم يقضون به، كما في روايه عبد الله بن طلحه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « سألته عن رجل دخل على امرأه. . .

ص: ٣٣

١ - ١) أي بناء على أن المنطوق أظهر من المفهوم، وأما بناء على عدم التفاوت بينهما من هذه الجهة فلا- وجه لهذا الوجه، وتفصيل المطلب في الاصول.

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

فقال: يضمن مواليه. . .» (١).

وفي أخرى: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لَمَّا وُلِّيَ أمير المؤمنين عليه السلام شريحاً القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه» (٢).

وحينئذ، فمن « يعلم شيئاً. . . » سواء عن اجتهاد أو تقليد مجعول من قبل الإمام عليه السلام حاكماً، ويكون حكمه نافذاً، وحاصل ذلك نفوذ حكم القاضى العالم بالأحكام تقليداً، فضلاً عن المجتهد المتجزى.

إلا- أن يجمع بين الخبرين بنحو آخر فيقال: إنَّ المعتمره تشترط: « العلم بشىء من قضاياهم» أى الأحكام وكيفية القضاء بين المتخاصمين، والمقبوله تشترط « الروايه» و « النظر فى الحلال والحرام» و « معرفه الأحكام» أى: الإجتهد، فيكون الشرط المعتمره: الإجتهد مع العلم بشىء من قضاياهم، جمعاً بين الخبرين بناء على ظهورهما فى المعنيين المذكورين، فلا ينفذ حكم المتجزى فضلاً عن المقلد.

هذا كله، بناء على ظهور معتمره أبى خديجه فى جعل منصب القضاء لمن « يعلم شيئاً» من قضاياهم عليهم السلام كما هو الصحيح، خلافاً لبعض أعلام المعصر حيث قال: « إن الروايه غير ناظره إلى نصب القاضى ابتداءً، وذلك لأن قوله عليه السلام: فإنى قد جعلته قاضياً، متفرع على قوله عليه السلام: فاجعلوه بينكم، وهو القاضى المجعول من قبل المتخاصمين. فالنتيجه: أن الاستفادة منها أن

ص: ٣٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩: ٦٢/٢. أبواب القصاص، الباب ٢٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ١٦/١. أبواب صفات القاضى، الباب ٣.

من جعله المتخاصمان بينهما حكماً هو الذى جعله الإمام عليه السلام قاضياً، فلا دلالة فيها على نصب القاضى ابتداءً. . . (١).

أقول: ما ذكره يخالف ظاهر الرواية، لأن قوله عليه السلام « فإنى قد جعلته. . . » تعليل، أى: لا ترجعوا إلى من ليس منكم، بل ارجعوا إلى من جعلته قاضياً منكم وهو الذى ينفذ فيكم حكمه وترضون به، أو أن المعنى: إذا تراضيتم بحكم رجل منكم فإنى قد جعلت ذلك الرجل قاضياً. فالحاصل: إن جعل الإمام عليه السلام هو عله نفوذ حكمه وجواز الرجوع إليه.

هذا، والعجب من صاحب (الجواهر) قدس سره قوله بعد استظهار إرادته الأعم من المجتهد من معتبره أبى خديجه: « نعم، قد يقال بتوقف صحه ذلك على الإذن منهم عليهم السلام. . . » مع أن نفس هذه الرواية داله على الإذن.

ثم قال: « ولو سلم عدم ما يدل على الإذن، فليس فى شيء من النصوص ما يدل على عدم جواز الإذن لهم فى ذلك. » .

وفيه: إن مجرد عدم وجود نص على عدم الإذن لا- أثر له، وقد ذكرنا أن الأصل عدم نفوذ حكم أحد فى حق أحد، فالنفوذ محتاج إلى الدليل، وعدم ما يدل على عدم الإذن ليس بدليل.

قال: « بل عموم ولايتهم تقتضى ذلك » ولولا كلمه « بل » لارتفع الإشكال ودلّ الكلام صدرأ وذيلاً على أن عموم ولايتهم - مع فرض عدم الدليل على الإذن - دليل، وبه يخرج عن مقتضى الأصل المذكور، لكن ظاهر العبارة أن عموم الولاية دليل آخر.

ص: ٣٥

قال: « بل قد يدعى أن الموجودين في زمن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ ممن أمر بالترافع إليهم قاصرون عن مرتبه الاجتهاد، وإنما يقضون بين الناس بما سمعوه من النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ. »

أقول: وهذا يتم بناء على عدم الفرق بين زمن الحضور وزمن الغيبة. نعم، إذا كان المناط تعلم الحكم - سواء من السماع منهم عليهم السلام أو الاستنباط من الأدلة أو الأخذ من المجتهد - لم يفرق بين الزمنين.

ثم قال: « ويمكن بناء ذلك بل لعلّه الظاهر على إرادته النصب العام. . . » (١).

أقول: يعنى أن مقتضى « فإنى قد جعلته حاكماً » و « فإنهم حجّتى عليكم » أن للمجتهد أن ينصب العامى، لأن له ما للإمام عليه السلام فيكون للعامى ما للمجتهد. . . قلت: لكن هذا المعنى يستفاد من الخبر الثانى منهما فقط.

هذا ما يتعلق بالمسألة حسب الروايات الواردة فى الباب، وبقي الإجماع:

قال فى (الجواهر): « وأما دعوى الإجماع التى سمعتها فلم أتحققها، بل لعلّ المحقق عندنا خلافها، خصوصاً بعد أن حكى فى التنقيح عن المبسوط فى المسألة أقوالاً ثلاثه. . . » (٢).

أقول: هذه عبارته الشيخ فى شرائط القضاء من (المبسوط):

« لا ينعقد لأحد إلا بثلاث شرائط: أن يكون من أهل العلم والعدالة والكمال. وعند قوم - بدل كونه عالماً - أن يكون من أهل الاجتهاد، ولا يكون عالماً حتى يكون عارفاً بالكتاب والسنة والإجماع ولسان العرب وعندهم

ص: ٣٤

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١٨.

١-٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٩.

القياس. وفي الناس من أجاز أن يكون القاضي عامياً. . . والأوّل هو الصحيح (١)» (٢).

وقال في (الخلافاً): «لا- يجوز أن يتولّى القضاء إلاّ من كان عارفاً بجميع ما ولى، ولا يجوز أن يشدّ عنه شيء من ذلك ولا يجوز أن يقلّد غيره ثم يقضى به.

وقال الشافعي: ينبغي أن يكون من أهل الإجتهد ولا يكون عامياً ولا يجب أن يكون عالماً بجميع ما وليه. وقال في القديم مثل ما قلناه.

وقال أبو حنيفة: يجوز أن يكون جاهلاً بجميع ما وليه إذا كان ثقة ويستفتى الفقهاء ويحكم به. ووافقنا في العامي أنه لا يجوز أن يفتى.

دليلنا: إجماع الفرقه وأخبارهم، وأيضاً: توليه الولاية لمن لا يحسنها قبيحه في العقول، بأدله ليس هذا موضع ذكرها بينها في غير موضع، وأيضاً: ما اعتبرناه مجمع على جواز توليته، وليس على ما قالوه دليل. . .» (٣).

فالشّرخ - قدّس سرّه - يدعى الإجماع على اشتراط الإجتهد مرّتين.

فما نسب إليه في (الجواهر) عن (التنقيح) لا وجه له.

وقد ادّعى هذا الإجماع أيضاً جماعه منهم الشهيد الثاني قدّس سرّه (٤).

نعم، إن مثل هذا الإجماع - حيث يوجد على معقده أخبار - لا يعتمد عليه،

ص: ٣٧

١- ١) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ٩٩ - ١٠١.

٢- ٢) قد ذكرنا أن هذا القول ليس لأحد من أصحابنا الإماميه، ويتضح من عبارته في الخلافاً أن مراده من « وفي الناس من أجاز» هو « أبو حنيفة» ويؤكد ذلك شيوع التعبير عن العامه أو علمائهم ب « الناس» في الأخبار وكلمات الفقهاء.

٣- ٣) كتاب الخلافاً ٦: ٢٠٧ / المسأله ١.

٤- ٤) مسالك الأفهام ١٣: ٣٢٨.

إذ يحتمل أن تكون تلك الأخبار هي المدرك له (١)، فهي المرجع، وقد استظهرنا منها عدم الإشتراط.

هذا، ولا أقلّ من دلالة الإجماع وغيره على شهره القول بالإشتراط بين الأصحاب، وذهاب المشهور إلى هذا القول، يدلّ على وجود قرائن لديهم تمنع من انعقاد ظهور تلك الأدلّة في المعنى الذي استظهرناه منها، حتى ادّعوا الإجماع على الإشتراط، وهذا ما يمنعنا من الجزم بما استظهرناه، ويرجح القول باشتراط كونه مجتهداً مطلقاً أو في خصوص مسائل القضاء، على أن التصديّ للقضاء مع الجهل بالمسائل التي سيبتلى بها والأدلّة التي يحتاج إليها، خلاف ما هو المرتكز في أذهان المتشرّعه.

وأما الجاهل العامي فلا يجوز له التصديّ قطعاً.

وهنا مسائل:

(الأولى) هل للمجتهد أن ينصب مقلده للقضاء؟

قد يقال بالعدم، لعدم الدليل، ونصب المعصوم عليه السلام القاصر عن درجة الإجتهد لا يقتضى جوازه للمجتهد، لأن له الولاية العظمى الثابتة له من الله تعالى (٢).

ص: ٣٨

١- ١) ويقويه قول الشيخ « دليلنا إجماع الفرقه وأخبارهم » هذا مضافاً إلى أنه إجماع منقول، وقد تقرّر عدم حجّيته، مع أن في خصوص إجماعات الشيخ بحثاً ذكر في محلّه.

٢- ٢) وذلك هو المخرج عن الأصل، لأن موضوع أدله الإذن هو « العالم » و « الراوى للحديث » ونحو ذلك، والمقلد العامي لا يصدق عليه شيء من هذه العناوين، ولأن الأصل عدم تأثير نصب المجتهد. فإن قيل: فقد نصب المعصوم عليه السلام من كان قاصراً عن مرتبه الاجتهاد. قلنا: إن الكلام إنما هو في زمان الغيبه، وأما إذا نصب الإمام عليه السلام في زمان حضوره القاضي غير المجتهد فإن فعله عليه السلام حق لأنه معصوم وله الولاية الكبرى.

وقد يقال بالجواز، لعموم أدلّه ولايه الفقيه (1) الداله على أنّ كلّ ما ثبت للإمام عليه السلام فهو ثابت للمجتهد، ومن ذلك نصب القضاة، فله أن ينصب مقلده للقضاء بين الناس حسب فتاواه، أو استناداً إلى ولايته على النصب للقضاء خاصة، أو يقال: بأن المجتهد منصوب للقضاء ولنصب غيره له.

وتحقيق الكلام في هذه المسألة موكول إلى ما تقرّر في مبحث ولاية الفقيه.

وكيف كان، فإن فتوى المشهور باشتراط الإجتهد في القاضي تمنعنا من الجزم بالوجه الثاني.

(الثانية) قال بعض أعلام العصر: حكم القاضي في الشبهه الحكميه - وهي القضية التي يكون منشأ الترافع فيها الإختلاف في الفتوى، كما إذا تنازع الورثه في الأراضى، فادّعت الزوجه ذات الولد الإيرث منها، وادّعى الآخرون حرمانها، فتحاكما إلى القاضي - إرشادى لا- مولوى، لأنه حينئذ تنجز للمتنجز وهو تحصيل للحاصل وهو محال، فلا- يتصور الحكم في الشبهات الحكميه. وعليه، يكون المراد

ص: ٣٩

□
١ - ١) كالتوقيع الشريف: « وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله عليهم » و « مجارى الامور والأحكام على أيدي العلماء بالله الامناء على حلاله وحرامه » وسائل الشيعه ٢٧: ١٤/٩. أبواب صفات القاضي، الباب ١١. و « اللهم ارحم خلفائي. قيل: ومن خلفائك يا رسول الله؟ قال: الذين يأتون من بعدى ويروون حديثى وستى » وسائل الشيعه ٢٧: ٩١/٥٠. أبواب صفات القاضي، الباب ٨. وهذه الأدلّه فيها بحث سنداً ودلاله، وقد أجاب المانعون عن الاستدلال بها في المقام صغرى وكبرى، فليراجع. واكتفى المحقق النراقى في المستند بأن قال: « ربما يحكى عن بعض الفضلاء المعاصرين جوازه، ولم أتحققه ولم أره في كتابه، ولا أرى له وجهاً أصلاً. . . وتوهم: أن عموم الولاية فيما للإمام فيه الولاية ثابت للمجتهد ومنها الإذن الخاص فى القضاء، مدفوع، بأن للإمام الإذن للأهل والقابل، فالجواز للمجتهد أيضاً يكون مقصوراً على من له الأهليه، وهي لغير المجتهد غير ثابتة، ومن ثبت له لا يحتاج إلى النائب لثبوت الإذن له عن المنوب عنه. . . » مستند الشيعه ١٧:

٢٦.

من روايه عمر بن حنظله هو الفتوى لا الحكم، وحينئذ، تبقى روايه أبي خديجه بلا معارض (١).

وفيه: أولاً: إنه لا- ظهور لروايه عمر بن حنظله في الشبهه الحكميه، بل النزاع في « الدين » من حيث الشبهه الموضوعيه أكثر وأظهر، وكذا « الميراث » فقد يترافع حوله بنحو الشبهه الموضوعيه.

وثانياً: إن الحكم يعتبر فيه النفوذ عند العقلاء، فهو أمر اعتبارى ينتزع منه وجوب الامتثال، فالفرق بين « الفتوى » و « الحكم » ظاهر، وليست المقبوله ظاهره في الأولى.

(الثالثه) ما المراد من معرفه الأحكام، والعلم المعتبر في القاضى؟

□ إن كان المراد من « عرف أحكامنا » هو معرفه الأحكام الواقعيه، كان المعنى نفوذ حكم من علم بأن حكمه هذا هو حكم الله الواقعي فقط، ومع الشك فلا يجوز الرجوع إليه ولا ينفذ حكمه، لأنها شبهه مصداقيه، كما إذا قال: إقتد بالعدل، فشك في عداله زيد، فلا يجوز له الائتمام به.

وإن كان المراد: كون الخصمين عالمين بأنه عارف بأحكامهم عليهم السلام، فما هو الحكم في صوره اختلافهما في معرفه هذه الجبهه فيه؟ وبعبارة أخرى: هل ينفذ حكم الحاكم في القضيه مع العلم بالخلاف؟

أقول: لم تلحظ الخصوصيات في « الرجل » العالم بشيء من قضايا الأئمه عليهم السلام، والعارف بأحكامهم، من حيث أنه عالم بالحكم الواقعي أو أنه عالم حسب علمه هو أو علم المتخاصمين... فإن هذه الدقائق لم تكن ملحوظه عند

ص: ٤٠

الأمر بالرجوع إلى هكذا عالم، بل يكفي كون الرجل عالماً مشاركاً إليه بالعلم، وعلى هذا عمل الناس في هذه الأزمنة أيضاً، وليس معنى الروايات هذه مجملاً عندهم.

وأما في موارد العلم بالخلاف فنقول: إن حكم الحاكم ملزم ونافذ، إلما في صورته كون أحد الطرفين عالماً بالخلاف، فلو كان المدعى يعلم بأن المال الذي يدعى تملكه ليس له - بل لخصمه - لكن أحضر لدى القاضي شاهدين فحكم بأنه له، فإن هذا الحكم لا يجوز له التصرف في هذا المال، لأنه عالم بالخلاف وبكذب دعواه، وليس عدم نفوذ حكم القاضي حينئذ ردّاً لحكمه، بل إنه ردّ من المدعى لدعواه هو وإقراره بكذبه فيها.

ولو علم المحكوم عليه بمخالفة الحكم للواقع، كما إذا علمت المرأة بأنها ليست بزوجه لزيد، لكن حكم القاضي بزوجيتها له، فلا ينفذ هذا الحكم - حتى لو قيل بنفوذ الحكم مع العلم بالخلاف فيما إذا كان المال مورد الترافع - فلا يجوز لزيد وطؤها، وعلى المرأة أن لا تمكنه من نفسها ما أمكن، لأن حكم الحاكم ليس محللاً للحرام.

فالحاصل: إن حكم الحاكم لا يغيّر الواقع عمّا هو عليه فيما إذا خالفه.

الضبط:

قال المحقق قدّس سرّه: « ويدخل فيه أن يكون ضابطاً، فلو غلب عليه النسيان لم يجز نصبه» (١).

أقول: هذا مما لا يحتاج إلى الدليل، فلا بدّ من أن يكون القاضي ضابطاً -

ص: ٤١

قال: « وهل يشترط علمه بالكتابه؟ فيه تردد. . والأقرب: اشتراط ذلك. » (٢)(٣).

أقول: إن كان عدم علم القاضى الجامع للشرائط بالكتابه موجبا لوقوع الخلل فى الحكم أو مقدماته فهو، وإلا فإن الكتابه بنفسها لا ضروره لها، وعلى هذا عمل أصحاب الحوانيت والكسبه، فإنهم يكتبون مطالباتهم فى الدفاتر حذراً من الضياع والنسيان، وأما إذا كان أحدهم متمكناً من حفظ ذلك فلا يكتب.

ومع إخلال الجهل بالكتابه فى الحكم أو مقدماته، يشترط العلم بالكتابه فى القاضى مع عدم وجود عارف بها يطمئن إليه ويستعين به، وإلا فلا حاجه.

ص: ٤٢

١- ١) وقد اشترطه العلماء فى القواعد (٣: ٤٢١) والشهيدان فى الدروس (٢: ٦٥) والروضه (٣: ٦٢) والسيزوارى فى الكفايه (٢: ٦٦٤)، وفى الرياض (١٥: ١٢): الظاهر عدم الخلاف فيه، لكن فى مفتاح الكرامه (١٠: ١٠): قد خلا من هذا الشرط كثير من كتب الأصحاب كالتحرير وظاهر غيره، وعن الأردبيلي: ما نجد مانعاً لحكم من لا ضبط له كثير وضبط هذه الواقعه، وفى الجواهر والعروه لا دليل عليه بالخصوص. قال فى الثانى: إلا دعوى انصراف أدله الإذن كما لا يبعد فى الضبط ونحوه، أو الشك فى الشمول حيث أن الاصل عدم الإذن. وظاهر عبارته المحقق هنا وفى النافع الجواز لمن تساوى فيه الذكر والنسيان، لكن فى القواعد كغيره: ولو غلب النسيان أو ساوى ذكره لم يجز توليته.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٦٧.

٣- ٣) وقد نسبه فى المسالك إلى الأكثر (المسالك ١٣: ٣٢٩)، وفى شرح اللمعه إلى الأشهر، بل عن السرائر إلى مقتضى مذهبنا، لكن لم يذكروا على اعتبار هذا الشرط دليلاً بالخصوص، ودعوى تباعد اشتراطه من أدله الإذن أو انصرافها إلى العالم بها محل نظر. فما ذهب إليه السيد الاستاذ دام ظله من الاشتراط فى صورته توقف الضبط عليها دون غيرها هو الوجه.

قال المحقق قدس سره: « ولا ينعقد القضاء للمرأة وإن استكملت الشرائط » .

أقول: قد ادعى عدم الخلاف بل الإجماع على عدم انعقاد القضاء للمرأة.

واستدلّ بوجوه:

الأول: قوله تعالى «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» (١)، فإنه ظاهر في قيمويته الرجال على النساء، ولازمها سلطنته الرجال وحكومتهم عليهن دون العكس.

فإن قيل: الآيه وارده في مورد الزوجين.

قلنا: وهل يجوز أن لا تكون المرأة ذات سلطنته في شئونها مع زوجها، وتكون لها السلطنته في خارج دارها وعلى غير زوجها من الرجال؟

فإن قيل: الآيه المباركه تنفى ولاية النساء على الرجال، وأى مانع من ولاية المرأة على النساء؟ أمكن الجواب: بأن ذلك مقتضى الإجماع المركب.

«بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ» (٢) قال الفاضل الجواد قدس سره:

« أى: الرجال على النساء، وذلك بالعلم والعقل وحسن الرأى والتدبير والعزم ومزيد القوه فى الأعمال والطاعات والفروسيه والرمى، وأن منهم الأنبياء والأئمه والعلماء، وفيهم الإمامه الكبرى وهى الخلافه، والصغرى وهى الإقتداء بهم فى الصلاه، وأنهم أهل الجهاد والأذان والخطبه. إلى غير ذلك مما أوجب الفضل عليهن.

ص: ٤٣

١-١) سورة النساء ٤: ٣٤.

٢-٢) سورة النساء ٤: ٣٤.

قال في الكشاف: وفيه دليل على أن الولاية إنما تستحق بالفضل لا بالتغلب والإستطالة والقهر (١).

قلت: هذا مما أجراه الله على لسانه، فإننا لم نجد فيمن تقدّم على علي عليه السلام - بعد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ - فضيله يستحق بها الولاية، كما عرف في محلّه (٢).

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

ويشهد بذلك ما ذكره الفاضل المذكور، من أن فيهم النبوه والإمامه والولاية، ولم نجد إلى الآن انعقاد القضاء لامرأه، ولو كان ذلك جائزاً لتصدّى له بعض النساء الفاضلات، كالصدّيقه الطاهره وعقيله بنى هاشم عليهما السلام، ولو بالنسبه إلى النساء خاصّه، بل إن حضور النساء عند القاضي الرجل - في حال جواز انعقاده لامرأه - مرجوح مرغوب عنه شرعاً.

على أنا قد استشكلنا في إمامه المرأه للنساء واقتدائهنّ بها في الصّلاه، لعدم وجود دليل معتبر يدلّ عليه (٣).

هذا، والآيه نازله بعنوان حكم إلهي في قضيه، رواها الشيخ أبو علي

ص: ٤٤

١-١ (١) الكشاف ٢: ٦٧.

٢-٢ (٢) مسالك الأفهام إلى آيات الأحكام ٣: ٢٥٧.

٣-٣ (٣) قال سيدنا الاستاذ في التعليق على قول صاحب العروه «يجوز إمامه المرأه لمثلها» قال: «في غير صلاه الميت اشكال». وهذه المسأله قد اختلف فيها كلمات الأصحاب تبعاً للأخبار الوارده فيها. راجع الصلاه من مصباح الفقيه وغيره.

وهي تدلّ على أن للرجال الولاية على النساء، وليس لهنّ عليهم ولاية.

فهي مخصّصة لعمومات الحكومه بالعدل (٢).

الثاني - قوله تعالى: «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ»، فإن هذه الآية ظاهره في أن للنساء على الرجال حقوقاً، ولكن «لِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ» (٣).

الثالث - قوله تعالى: «وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ» (٤) واستلزام تصدّي المرأة القضاء للخروج عن البيت وإسماع صوتها الرجال وغير ذلك من الامور المنهى عنها في الشرع، في غايه الوضوح، وتعبير الأصحاب والصحّاحيات عائشه بنت أبي بكر على خروجها من بيتها إلى البصره - من هذه الجبهه - ونهيهن إياها عن الخروج وتذكيرهم لها بأمر الله وحكمه بأن تقرّ في بيتها، مشهور.

الرابع - قوله عليه السلام في معتبره أبي خديجه: «أنظروا إلى رجل» .

لا يقال: إنه ليس للرجل موضوعيه، لأنه لا يمكن إلغاء الخصوصيه في مثل

ص: ٤٥

١-١) مجمع البيان في تفسير القرآن ٢: ٤٢.
٢-٢) كقوله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (سوره النساء ٤: ٥٨) وقوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا إِعْدِلُوا» (سوره النساء ط: ١٣٥) وقوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا» (سوره المائده ٥: ٨) .

٣-٣) سوره الأحزاب ٣٣: ٣٣.

٤-٤) سوره الأحزاب: ٣٣.

هذا المقام، وأن مناسبه الحكم والموضوع تقتضى الموضوعية، فالرواية هذه مقيّده للروايات المطلقة إن لم تكن منصرفه عن النساء.

الخامس - ما ورد في وصيه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لِأَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ الْمَرْوِيهِ فِي (الفقيه)، بِإِسْنَادِهِ عَنْ حَمَادِ بْنِ عَمْرٍو وَأَنْسِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ آبَائِهِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ: « يَا عَلِيُّ لَيْسَ عَلَى الْمَرْأَةِ جَمْعُهُ - إِلَى أَنْ قَالَ - وَلَا تَوَلَّى الْقَضَاءَ » (١)، وَهَذَا النَّفْيُ وَضَعِي كَمَا لَا يَخْفَى.

والرواية وإن كانت غير تامه سنداً (٢)، إلا أن روايه الأصحاب لها واستدلّالهم بها يجبر ضعفها، كما تقرّر هذا المعنى بالنسبه إلى حديث « على اليد. » ونظائره.

وربما يقال: إن قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ « لَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ . . وَلَا تَوَلَّى الْقَضَاءَ » لَا يَدُلُّ عَلَى الْمَنْعِ، بَلْ ظَاهِرُهُ عَدَمُ الْوَجُوبِ. وفيه: ليس الأمر كذلك في كل مورد، فإن هناك موارد جاء فيها: « ليس على. . » بمعنى « لا يجوز. . ».

السادس - النبوي « لا يفلح قوم وليتهم امرأه » (٣).

السابع - ما عن مكارم الأخلاق: « إن إقامه للصلاه. . ولا تتولّى المرأة القضاء » (٤)، وهي مطلقه تعم الحكم الوضعي والتكليفى معاً (٥).

ص: ٤٤

-
- ١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ١٦/٢. أبواب صفات القاضي، الباب ٢.
- ٢- (٢) لأن روايتها بين مجهول ومهمّل.
- ٣- (٣) حديث نبوي رواه العامه، انظر المجموع في شرح المهذب ٢: ١٤٢.
- ٤- (٤) بحار الانوار ١٠٣: ٢٥٤/١.
- ٥- (٥) ويستدل له أيضا بما يلي: ١ - ما رواه جابر بن يزيد الجعفي قال: سمعت أبا جعفر محمد بن علي الباقر عليه السلام يقول: « ليس على النساء أذان ولا إقامة ولا جمعه ولا جماعه. . ولا تولّى المرأة القضاء ولا تلى الإمامه ولا تستشار » وسائل الشيعة ٢٠: ٢٢٠/١. أبواب مقدمات النكاح، الباب ١٢٣. ٢ - ما روى في الوسائل عن الكليني بسند عن أبي جعفر وبآخر عن أبي عبد الله عليهما السلام قال: - في رساله أمير المؤمنين عليه السلام إلى الحسن عليه السلام: « لا تملك المرأة من الأمر ما يجاوز نفسها. » قال في الوسائل: « ورواه الرضى في نهج البلاغه (٤٠٥/٣١) مرسلًا نحوه » وسائل الشيعة ٢٠: ١٦٨/١. أبواب مقدمات النكاح، الباب ٨٧. ٣ - ما رواه الشيخ الكليني في الكافي مسنداً عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: « كل أمر تدبره امرأه فهو ملعون » وسائل الشيعة ٢٠: ١٨٢/٤. أبواب مقدمات النكاح، الباب ٩٦. ٤ - ما دلّ على ترك طاعة النساء والنهي عن مشاورتهن. وسائل الشيعة ٢٠: ١٨١. أبواب مقدمات النكاح، الباب ٩٦. ٥ - ما دلّ على نقصان عقلها ودينها. ٦ - ما دلّ على عدم صلاحيتها للإمامه في الصلاه للرجال أو مطلقاً. ٧ - دعوى انصراف الأدله المطلقة عن المرأة. ٨ - الأصل، فقد تقرر أنه عدم الإذن. والحق: أن هذه

الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع وغير ذلك - بمجموعها - تشرف الفقيه على القطع بالحكم في هذه المسألة.

السمع، البصر، النطق:

وهل يشترط السمع والبصر والنطق؟ قيل: نعم، واستدلّ له بأنه لولاها لتعذر القضاء، وبأنه مقتضى الإطلاقات، فإنها منصرفه عن الأصم والأعمى والأبكم، ولا أقلّ من الشكّ في شمول أدله الإذن لهم.

أقول: لا ينبغي الإشكال في الإشتراط فيما إذا توقف القضاء على ذلك.

الحرّيّه:

وهل يشترط الحرّيّه؟ قال في (المبسوط): نعم (1)، وقال المحقق:

ص: ٤٧

١-١) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٠١.

« الأقرب: إنه ليس شرطاً » (١).

وقد استدللّ للأول في (المبسوط) و (المسالك) وغيرهما بأمرين:

أحدهما: إن من كان لغيره ولاية عليه لا يكون ذا ولاية.

والثاني: إن القضاء منصب عظيم، والعبد قاصر عن نيل هذا المنصب.

والجواب: أما عن الأول: فبأنه متى اجتمعت الشرائط المعتبرة فيه وأذن له المولى في تصدى القضاء، فلا مانع.

وأما عن الثاني: فبأن مقتضى الإطلاقات جوازه للعبد إن كان واجداً للشرائط المعتبرة، كالحجّ (٢).

ص: ٤٨

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٦٨.

٢- ٢) لكن قد يجاب عن الجواب الأول بأنه إذا جاز ذلك فليجز بالنسبة إلى غير البالغ - ولا سيما المراهق - . وعن الثاني: باحتمال انصراف تلك الإطلاقات عن العبد. هذا، ولا أقل من الشك والأصل هو العدم. لكن الذي يسهل الأمر انتفاء الموضوع في هذه الأزمنة.

فى قاضى التحكيم * حكم تولّى القضاء هل يجوز الرجوع إلى المفضول مع وجود الأفضل عند التعدّد؟ هل يجوز للقاضى الاستخلاف؟ حكم ارتزاق القاضى من بيت المال * بم تثبت ولاية القاضى؟ جواز نصب قاضيين فى البلد الواحد * ما يتعلق بانعزال القاضى وعزله * هل ينعزل بموت الإمام؟ هل تنعقد الولاية لفاقد الشرائط لو نصبه الامام مصلحه؟ هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته؟

قال المحقق قدس سره: « يشترط فى ثبوت الولاية اذن الامام عليه السلام أو من فوض إليه الإمام» (١).

أقول: لا ريب ولا خلاف فى هذا، وقد أشرنا إلى ما يدل على ثبوته، وهذه الكلمه من المحقق قدس سره كمقدمه لقوله بعده: « ولو استقضى أهل البلد قاضياً 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 وبسط يده واضح، لأن النبى وأمير المؤمنين - صلى الله عليهما وآلهما وسلّم - كانا يرسلان القضاء إلى البلاد، فلا- ينفذ حكم قاض آخر مع وجود القاضى المنصوب من قبل المعصوم. وأما فى زمن الغيبه - أو الحضور مع عدم بسط اليد - فإن الإذن العام الصادر منهم عليهم السلام - كما تدلّ عليه الروايات - يقتضى نفوذ حكم القاضى الذى استقضاه أهل البلد وطلبوا منه النظر فى مرافعاتهم، على الخلاف فى الصفات المعتره فيه، والقدر المتيقن هو المجتهد المطلق.

فعليه، لا ينفذ حكم من استقضاه الناس من دون مراجعه الإمام المبسوط اليد، وكسب إذنه.

ص: ٥١

وأما فى زمن الغيبه أو عدم بسط اليد، فالإذن العام يكفى لنفوذ حكم من كان هذا الإذن شاملاً له. ولقد أشكل الأمر هنا على الأصحاب فقالوا: إن كان من رجح إليه أهل البلد مجتهداً، فالإمام قد أذن فى الرجوع إليه مطلقاً، وإن لم يكن مجتهداً، فلا اعتبار بحكمه مطلقاً، فأى ثمره لهذا الكلام؟ لكن بما ذكرنا ظهرت الفائده فى العبارة، وعلم المراد من عنوان المسأله.

وقيل: المراد من قوله: « لو استقضى » هو القاضى العام فى البلد لعموم أهله، ومن قوله « نعم. » هو من استقضاه الخصمان فى واقعه خاصه، من غير أن يعرف بأنه قاضى البلد.

أقول: لكن الأولى ما ذكرناه.

هل يشترط الرضا بالحكم بعده؟

قال المحقق قدس سره: « ولا يشترط رضاها بعد الحكم » (١).

أقول: فى المسأله قولان، فالمشهور هو النفوذ وكفايه الرضا قبل الحكم، فليس لهما الرجوع عن حكمه ولا يشترط رضاها بعد الحكم، وقيل: يشترط رضاها بعد الحكم أيضاً.

أقول: مقتضى الدليل التعبدى تأثير رضاها بالحكم بعده فى بعض الموارد، مثل كون الديه على العاقله (٢)، وفى بعض الموارد لا يتوقف الحكم على

ص: ٥٢

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٦٨.

٢- ٢) يعنى: إنهما لو تنازعا فى قتل، فقال أحدهما بكونه عن عمد وقال الآخر هو عن خطأ، فحكم بكونه خطأ، فلو رضيا بهذا الحكم بعده وجبت الديه على العاقله، فأثر رضاها به بعده لزوم الديه على طرف ثالث وهو العاقله.

الرضا أصلاً، كما إذا تنازعا في الرضاع مثلاً بأن قال أحدهما بتحقيق الرضاع الموجب للحرمه في مورد، وقال الآخر بعدمه، فحكم الحاكم حسب القواعد والأدله، فإنه لا أثر لرضاهما بعدئذ. والحاصل: إن تأثير رضاهما على القاعده، إلا إذا دلّ الدليل في مورد على العدم أو التأثير بأثر بالنسبه إلى غير المتخاصمين.

□
ويمكن أن يستدل لكفايه الرضا السابق في جميع الموارد بروايه الحلبي قال: « قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ربما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعه في الشيء فيتراضيان برجل مئاً. فقال: ليس هو ذاك، إنما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسوط» (١) بأن يقال: فرق بين لسانها ولسان معتبره أبي خديجه التي جاء فيها: « فإني قد جعلته قاضياً فتلك تعلق نفوذ الحكم بالجعل، وهذه بالرضا، وظاهرها نفوذ حكم من رضى المتخاصمان من الأصحاب بحكمه، إذ ليس من أولئك الذين يجبر الناس على حكمهم بالسيف والسوط.. »

نعم، يشترط كونه واجداً للشرائط المعتره، وحينئذ، يكون الرضا دليلاً على النفوذ كالإذن مطلقاً، وعلى هذا، فلا تبقى ثمره لهذا البحث بالنسبه إلى زمن الغيبه حيث تحقق الإذن منهم بنفوذ حكم المجتهد من دون أثر للرضا. . إلا أن يدعى دلاله ما في ذيلها وهو قوله عليه السلام: « إنما هو الذي.. » على لزوم الرضا بعد الحكم، أي: بأن يكونا مطيعين للحكم ومنفذين له بدون إجبار، فلو كان كذلك لم ينفذ الحكم.

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

ص: ٥٣

قال: « ويشترط فيه ما يشترط في القاضى المنصوب عن الإمام » (١).

أقول: أشكل عليه بأن هذا الكلام لا ثمره له أصلاً، لأنه بعد اشتراط كونه واجداً للشرائط المعترهه فى القاضى المنصوب، من الإجتهد وغيره، يكون قاضى التحكيم المستجمع لها منصوباً من قبل الإمام عليه السلام ومأذوناً له فى الحكم.

وقال جماعه: بأن هذا الفرع يجرى فى زمن حضور الولى الذى بيده الحكم ونصب القاضى لأجل الحكم، فإنه ينفذ حكم من تراضى الخصمان بالترافع عنده مع كونه واجداً للشرائط المعترهه وإن لم يأذن له الإمام بالحكم، سواء كان فى زمن الحضور مع بسط اليد، كزمن النبى وأمير المؤمنين عليهما الصلاه والسلام، أو مع عدمه، فلا ثمره للبحث عن قاضى التحكيم فى زمن الغيبه، لأنه إن لم يكن واجداً للشرائط فلا- أثر لحكمه، وإن كان واجداً لها فقد دلت المقبوله وغيرها على أن من كان كذلك كان مأذوناً من قبل الإمام فى الحكم.

وعن 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، وإنما منع الإمام عليه السلام من الترافع عند من يجبر الناس على الترافع عندهم بالسوط والسيف، فالروايه ظاهره فى أنه حيث لا جبر، يصح الترافع وإن لم يكن واجداً للشرائط، فيكون حاصل البحث: إن الإمام عليه السلام يقول بأن تلك الشرائط إنما تعتبر فيما إذا كان هناك إجبار على قبول الحكم بعد إصداره - وإن الحاكم الحق أيضاً قد يلتجأ إلى السيف والسوط لتنفيذ أحكامه -

ص: ٥٤

فمفاد قوله: إذا لم يكن سيف وسوط، هو أنه ينفذ حكمه وإن لم يكن مجتهداً، ويكفى علمه بالحكم في الواقع المتخاصم فيها. وكذا معتبره أبو خديجه، فإنها ظاهره في عدم لزوم الاجتهاد، بل يكفي كونه عالماً ببعض القضايا، والرضا بالحكم عله لجواز الرجوع إليه.

وقوله تعالى: «يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (١)، يشمل بإطلاقه العامى غير المأذون بالحكم الذى تراضيا بالترافع عنده.

أقول: وفي هذا القول نظر، فإن الآيه وأمثالها لم نتمسك بإطلاقها لأجل نفوذ حكم غير المجتهد المطلق، بل أخذنا بالقدر المتيقن منها وهو المجتهد المطلق، فكيف يكون لها إطلاق بالنسبه إلى العامى الذى تراضيا بالترافع عنده؟

وأما روايه أبو خديجه، فليس المستظهر منها ما ذكر، بل تقدّم أنها ظاهره فى أن من كان كذلك، فتراضوا بالرجوع إليه، لأنه مجعول حاكماً من قبلى، فإذا حكم فقد حكم بحكمننا، ومع التسليم بما ذكره، فإن النسبه بين هذه الروايه والمقبوله هي العموم من وجه، فيقع التعارض ويتساقطان، ويرجع إلى الأصل المذكور فى أول الكتاب.

ولكن الصحيح هو ما استظهرناه سابقاً، وأنه يتقدّم المنطوق على مفهوم تلك الروايه الاخرى، لأن المنطوق يتقدم على المفهوم، ولأنه خاص أيضاً، بل لقد احتملنا سابقاً، كون المقبوله بصدد بيان اعتبار المعرفه والنظر فى الأحكام،

ص: ٥٥

والمعتبره بصدد بيان العلم بالقضايا، فتكون احدهما مؤكده للاخرى. نعم، لا- يشترط الإحاطه بجميع الأحكام والقضايا، بل يكفي كونه مجتهداً متجزياً (١).

فالحاصل: إن كان المستفاد من المقبوله والمعتبره هو اشتراط كونه مجتهداً كما تقدم، فنقول بنفوذ حكم المجتهد المطلق والمجتهد المتجزى، وأما إذنهما لغيرهما للتصدى فيحتاج إلى دليل. ولو فرض الإطلاق في « يعلم شيئاً »، فإن المشهور قد أعرضوا عنه وأفتوا بخلافه، ولعله لقرينه موجوده عندهم مفقوده عندنا، فالقول بجواز جعل العامى قاضياً للتحكيم مشكل جداً (٢).

ص: ٥٦

١- ١) أى بغض النظر عن الاجماع على اعتبار الإجتهد المطلق.

٢- ٢) وحاصل الكلام فى هذه المسأله فى مقامات: الأول: فى مشروعيه التحكيم، والمشهور كما فى المسالك (١٣: ٣٣٢) والرياض (١٥: ١٤) والكفايه (٢: ٦٦٤) جوازه، بل لم يذكروا فيه خلافاً، بل عن الخلاف والمجمع الاجماع عليه صريحاً، واستدلوا عليه بعموم قوله تعالى: « وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ » وعموم ما دل على وجوب الأمر بالمعروف، وبخصوص « من حكم بين اثنين فتراضيا به فلم يعدل فعليه لعنة الله تعالى » (المغنى ١١: ٤٨٥)، وهو خبر نبوى عامى. قال فى مفتاح الكرامه: « واستدل عليه أيضا فى الخلاف بأخبار الفرقه، ويشير إليه حسن أبى بصير يزيد بن إسحاق وغيره من الأخبار. فكأن من أنكر الدليل عليه من الأخبار لم يلحظ أخبار الكتب الثلاثه بكمال التأمل ولم يظفر بأخبار الخلاف ». هذا، وصريح عباره المحقق والعلامه فى أول القواعد كغيرهما نفوذ حكم قاضى التحكيم فى كل الأحكام، قال فى المسالك (١٣: ٣٣٢): لوجود المقتضى فى الجميع وعموم الخبر، وعن العلامه أنه استشكل ثبوته فى الحبس واستيفاء العقوبه. الثانى: قد نص المحقق والعلامه والشهيد وغيرهم على أنه يشترط فيه ما يشترط فى القاضى المنسوب، بل فى المسالك - كغيره - وقوع الإتفاق عليه، وهو مختار سيدنا الاستاذ دام ظله، خلافاً لبعض أعلام العصر فى مبانى تكمله المنهاج. وقد بحثوا - بناء على الإشتراط - عن تصوير قاضى التحكيم فى حال الحضور والغيه، لأنه إن استجمعها كان مأذوناً وإن فقدت فيه لم يجز له القضاء. والثالث: هل يشترط رضا الخصمين بالحكم بعده؟ قال فى الروضه: قولان أجودهما العدم، عملاً بإطلاق النصوص. وقد نسب هذا القول إلى المشهور، ونقل الخلاف عن العلامه فى بعض كتبه، وعلى المشهور، يجوز الرجوع قبل تمام الحكم حتى لو أقام المدعى شاهديه فقال المدعى عليه للقاضى عزلتك، لم يكن له أن يحكم.

وهل يشترط الأعلميه؟

لا دليل على اعتبار هذا القيد، والأدله مطلقه، على أنه يستلزم العسر والحرج.

وهل يشترط الأعلميه فى البلد؟

يمكن اشتراط ذلك فى البلاد الصغيره، وأما الكبيره، فإنه يستلزم العسر والحرج، والأدله مطلقه.

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

وقال صاحب (الجواهر) قدس سره باشتراط أن لا يكون الحاكم المجتهد انسدادياً، لأن الإنسدادى غير عالم، وقد اعتبر الشارع كونه عالماً بالأحكام، إلما إذا كان عالماً وقاطعاً بحكم الله تعالى وإن كان عن طريق ظنى، لأين ظنيه الطريق لا- تنافى قطعيه الحكم، وأما مع كونه ظاناً بالحكم فى حينه، فلا يجوز الرجوع إليه ولا ينفذ حكمه.

أقول: وهذا متين، إلا إذا صادف كون جميع الفقهاء فى عصر من العصور

ص: ٥٧

□
١- ١) وسائل الشيعه ١٨: ١٦٣. وعهد الإمام أمير المؤمنين عليه السلام إلى مالك الأشتر رضى الله عنه مذکور فى نهج البلاغه.

قال المحقق قدس سره: « ويعم الجواز كل الأحكام ».

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

نفوذ قضاء الفقيه في زمن الغيبه:

قال المحقق: « ومع عدم (١)الإمام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت (٢)، ولو عدل والحال هذه إلى قضاء الجور كان مخطئاً» (٣).

أقول: وفي (الجواهر): نعم لو توقف حصول حقه عليه ولو لامتناع خصمه

ص: ٥٨

١- ١) أي عدم حضوره، وفي نسخه: ومع غيبه الامام. . . .

٢- ٢) من الأخبار التي يستدل بها على نفوذ حكم الفقيه من فقهاء أهل البيت عليهم السلام في زمن الغيبه - بغض النظر عن البحث في المراد من « الفقيه» فيها - خبر أبي خديجه الذي ذكره المحقق في المتن. ومنها: مقبوله عمر بن حنظله الذي جاء فيه: « ينظران إلى من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً، فإنني قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما بحكم الله استخف وعلينا رد، والراد علينا الراد على الله وهو على حد الشرك بالله. قال: فإن كان كل واحد اختار رجلاً من أصحابنا. . . فقال: الحكم ما حكم به أعدلهما وأفقههما وأصدقهما في الحديث وأورعهما. . . ». ومنها: خبر داود بن الحصين: « في رجلين اتفقا على عدلين جعلاهما بينهما في الحكم وقع بينهما فيه اختلاف. . . فقال: ينظر إلى أفقههما وأعلمهما بأحاديثنا وأورعهما فينفذ حكمه، ولا يلتفت إلى الآخر ». ومنها: خبر النميري، فقد جاء فيه: « ينظر إلى أعدلهما وأفقههما في دين الله فيمضى حكمه ». ومنها: التوقيع الشريف: « وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواه أحاديثنا. . . ». راجع أبواب صفات القاضي من وسائل الشيعه.

٣- ٣) للنهي عن ذلك في النصوص المعتمده الكثيره، كخبر أبي خديجه ومقبوله عمر بن حنظله وخبر أبي بصير ونحوها مما هو مذكور في الباب الأول من أبواب صفات القاضي من وسائل الشيعه.

عن المرافعه إلّا إليهم جاز (١).

وقال السيد قدّس سرّه في (العروه): لا يجوز الترافع إلى قضاء الجور اختياريّاً، ولا يحلّ ما أخذه بحكمهم إذا لم يعلم بكونه محقّاً إلا من طرف حكمهم، وأمّا إذا علم بكونه محقّاً واقعاً فيحتمل حليّته (٢).

أقول: لكن الروايه (٣) تدل على عدم جواز الأخذ بحكمهم وإن كان حقّاً، إلّا أن تحمل الروايه على صورته شكّه بكونه محقّاً، وأن أخذه بحكمهم حال كونه شاكّاً غير جائز، فإن تم هذا الحمل لم تشمل الروايه صورته العلم ولم يبعد كلام السيد قدّس سرّه.

وعن (الكفايه) (٤): إن حكم الجائر بينهما فعل محرم والترافع إليه يقتضى ذلك، فيكون إعانه على الإثم وهي منهي عنها.

وأجاب في (الجواهر) بمنع كونه إعانه أوّلاً، ومنع حرمتها ثانياً. . .

أقول: أما الحكم، فإنه يصدر من القاضي اختياريّاً، وليس الترافع إليه إعانه عليه، لأنه ليس له أثر في تحقّقه - فليس من قبيل إعطاء السوط لأجل الضرب

ص: ٥٩

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٣٥.

٢-٢ (٢) العروه الوثقى ٣: ٩.

٣-٣ (٣) يعني روايه عمر بن حنظله قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعه في دين أو ميراث، فتحاكما إلى السلطان أو إلى القضاء أيحلّ ذلك؟ فقال: من تحاكم إليهم في حقّ أو باطل فإنما تحاكم إلى الطاغوت، وما يحكم له، فإنما يأخذ سحتاً وإن كان حقه ثابتاً، لأنه أخذه بحكم الطاغوت وقد أمر الله أن يكفر به، قال الله تعالى: «يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ» الحديث. وسائل الشيعه ٢٧: ١٣/٤. أبواب صفات القاضي، الباب ١. وقد تقدّم الكلام فيما يتعلّق بالسند.

٤-٤ (٤) كفايه الأحكام ٢: ٦٦٤.

ظلماً - وإن كان لولاه لما صدر الحكم منه، فهو كأن يقول لزيد: أقتل عمراً، فإن كلامه هذا ليس مؤثراً في تحقق القتل، مع فرض اختيار زيد وقدرته على الترك. هذا وجه ما ذكره أولاً. ووجه ما ذكره ثانياً هو: دعوى انصراف روايه ابن حنظله المشار إليها إلى صورته عدم توقف إنقاذ الحق وإحقاقه على الترافع إليه، فيكون حكمه في هذا المورد الخاص غير محرم، وإن كان في سائر الموارد حراماً، وإذ ليس هذا الحكم إثماً، فليس الترافع إليه إعانه على الإثم.

هذا إن أراد عدم حرمة الحكم.

ويمكن أن يراد عدم حرمة هذه الإعانه على هذا الإثم، نظير ما إذا رجع إلى جائر لإنقاذ حقه من غاصب، فلو ضرب الجائر الغاصب واسترجع الحق منه، كان رجوعه إليه إعانه على الإثم - إذ لو لم يرجع إليه لما ضربه - ولكنها والحال هذه ليست إعانه محرّمة، نظير ضرب اللص المتوقف عليه دفعه وحفظ المال.

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

هذا، واستدلّ في (الجواهر) بخبر علي بن محمد قال: «سألته هل نأخذ في أحكام المخالفين ما يأخذون منا في أحكامهم؟ فكتب عليه السلام: يجوز لك ذلك إن شاء الله، إذا كان مذهبكم فيه التقيه والمداراه لهم» (1) قال: بناءً على ما في (الوافي) (2) من أن: المراد هل يجوز لنا أن نأخذ حقوقنا منهم بحكم قضاتهم كما يأخذون منا بحكم قضاتهم. يعني إذا اضطر إليه كما إذا قدمه الخصم إليهم.

أقول: إن كان هذا معنى الروايه، فستكون معارضه لروايه ابن حنظله الدالّه

ص: ٦٠

١- ١) كذا في الجواهر المطبوع (٤٠: ٣٥) ، وفي الوسائل: . . . عن علي بن مهزيار عن علي بن محمد عليهما السلام قال: سألته . . .

. باختلاف يسير. وسائل الشيعه ٢٧: ٢٢٦/١. أبواب آداب القاضي، الباب ١١.

٢- ٢) الوافي ١١: ٩٠٤.

على أن المأخوذ بحكمهم سحت وإن كان حقاً ثابتاً، إلماً أن تحمل تلك على صورته التمكن من إنقاذ الحق من طريق آخر، وتحمل هذه على صورته الإنحصار والضرورة، أو تحمل هذه على صورته العلم بكونه محقاً، وتلك على صورته الجهل أو الشك بكونه حقاً له، كما تقدم.

ويحتمل أن يكون المراد: إنهم يقولون - مثلاً - بصحة الطلاق ثلاثاً في المجلس الواحد، ونحن نقول بطلانه، فهل يجوز لنا أن نحكم عليهم طبق أحكامهم وفتاواهم ونعاملهم بحسبها؟ فتكون نظير « أُلزموهم بما أُلزموا به أنفسهم. » (١) وتخرج بذلك عن مبحث القضاء.

وعن علي بن الحسين عليهما السلام: « إذا كنتم في أئمة الجور فامضوا في أحكامهم ولا تشهروا أنفسكم فقتلوا وإن تعاملتم بأحكامنا كان خيراً لكم » (٢).

ومورد هذه الرواية خصوص حال التقيه، والعبادات في تلك الحال صحيحه نصاً وفتوى، وأمياً المعاملات، فلو عامل طبق أحكامهم تقيه فهل تصح حال كونها باطله عندنا؟

قال في (الجواهر): لم يحضرنى الآن كلام للأصحاب بالخصوص (٣).

أقول: وكيف كان، فهي وارده في حال التقيه، ولا مناسبه لها بمورد انحصار طريق الاستنقاذ بذلك، إلا إذا كان الإنحصار من جهة التقيه، فهي دالّة على الجواز

ص: ٦١

١-١) التهذيب ٩: ٣٢٢/١١٥٦.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ١٤/٧. أبواب صفات القاضي، الباب ١، وهو للصدوق قدس سرّه بإسناده عن عطاء بن السائب عن علي بن الحسين عليه السلام. وفي تنقيح المقال ٢: ٢٥٣: قد وقع الرجل في طريق الصدوق في باب من يجوز التحاكم إليه، وهو غير المذكور في الكتب الرجالية لأصحابنا.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٦.

حينئذ. وفي (المسالك): « يستثنى منه ما لو توقّف حصول حقه عليه، فيجوز كما يجوز الاستعانة على تحصيل الحق بغير القاضى، والنهى فى هذه الأخبار وغيرها محمول على الترافع إليهم اختياراً مع إمكان تحصيل الغرض بأهل الحق، وقد صرح به فى خبر أبى بصير (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: « فى رجل كان بينه وبين أخ له مزارع فى حق، فدعاه إلى رجل من إخوانه ليحكم بينه وبينه، فأبى إلما أن يرافعه إلى هؤلاء، كان بمنزلة الذين قال الله عزوجل: « أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَكَّمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ » (٢) الآية » (٣).

أى: فإنها ظاهره بل صريحه فى اختصاص النهى عن الترافع إليهم، بصورة التمكن من الترافع إلى القاضى العدل، وقد وافقه فى (الجواهر) على ذلك وأضاف: بأن الإثم حينئذ على الممتنع.

وقد استدلل لجواز الترافع إلى الجائر - حتى مع التمكن من العادل إن كان عالماً بكونه محققاً - بخبر ابن فضال قال: « قرأت فى كتاب أبى الأسد إلى أبى الحسن الثانى عليه السلام - وقرأته بخطه - سأله: ما تفسير قوله تعالى: « وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ » (٤) فكتب بخطه: الحكام: القضاة. ثم كتب تحته: هو أن يعلم الرجل أنه ظالم فيحكم له القاضى، فهو غير معذور فى أخذه ذلك

ص: ٦٢

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ١١/٢. أبواب صفات القاضى، الباب ١.

٢-٢) سورة النساء ٤: ٦٠.

٣-٣) مسالك الأفهام ١٣: ٣٣٥.

٤-٤) سورة البقرة ٢: ١٨٨.

الذى قد حكم له إذا كان قد علم أنه ظالم» (١).

أقول: والتحقيق أنه لولا- أدلّه النهى المطلقه، لحكمنا بجواز الترافع إلى قضاء الجور مع العلم بالحق أو الشك، سواء تمكن من الترافع إلى العادل أو لا- بمقتضى الآيه الكريمه والروايه الوارده فى ذيلها، لكن الآيه مطلقه وتلك الأدله وارده فى خصوص قضاء الجور، وأنه لا يجوز الترافع إليهم حتى مع العلم بالحق أو الشك فيه، فمقتضى الجمع جواز الرجوع إلى الحاكم الجائر فى صورته العلم أو الشك بكونه محققاً، مع عدم التمكن من الترافع إلى القاضى العادل، وأما فى صورته العلم بالخلاف فلا يجوز مطلقاً، كما لا يجوز الترافع إلى قضاء الجور فى صورته التمكن من العادل حتى مع العلم بكونه محققاً.

واستدلّ المحقق الآشتياني للجواز - فى صورته توقّف أخذ الحق على التحاكم إلى قضاء الجور - بقاعده نفي الضرر والضرار فى الشريعة (٢).

وفيه: إن قاعده نفي الضرر لا ترفع الضرر، أى: إن الحكم بحرمة الترافع إليهم فى صورته التوقف ضررى، ولكن لا دلالة للقاعده على كون عدم نفوذ حكمه حينئذ ضررياً كذلك، فلا تقتضى القاعده هذه إلا رفع الحرمة التكليفيه، وأيضاً: إن كان معنى « السحت » فى قوله عليه السلام: « وما يحكم له فإنما يأخذ سحتاً وإن كان حقه ثابتاً » (٣) بمعنى الإثم رفعته قاعده نفي الضرر، وأما إن كان بمعنى حرمة الأكل، فإنه حكم ضررى مجعول، ومن المعلوم أن القاعده لا ترفع الحكم الضررى المجعول.

ص: ٦٣

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ١٥/٩. أبواب صفات القاضى، الباب ١.

٢- ٢) كتاب القضاء: ٢١.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ١٣/٤. أبواب صفات القاضى، الباب ١.

قال المحقق قدس سرّه: « تولّى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه، وربما وجب ووجوبه على الكفايه. . . » (١).

أقول: فيه مطالب:

الأول: تولّى القضاء مستحب، وظاهر كلامه أنه مستحب ذاتاً.

الثاني: إنه لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه.

الثالث: إنه قد يجب.

الرابع: وجوبه حينئذ كفاي.

وفى (الدروس): ولو وجد غيره، ففي استحباب تعرّضه للولاية نظر، من حيث الخطر وعظم الثواب إذا سلم، والأقرب ثبوته لمن يثق من نفسه القيام به (٢).

وفى (الروضه): وفى استحبابه مع التعدد عيناً قولان: أجودهما ذلك مع الوثوق (٣).

ص: ٦٤

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٦٨.

٢-٢) الدروس الشرعية ٢: ٦٦.

٣-٣) الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه ٣: ٦٢.

وفى (كشف اللثام): ويستحب التولية على الأعيان إلا من وجبت عليه عيناً، لأنه أمر مرغوب عقلاً وشرعاً (١).

وفى (الرياض): استحبابه - أى قبوله - عيني، فلا ينافى ما قدمناه من أنه واجب كفائى (٢).

أقول: المنافاه أو عدمها يتوقف على بيان الواجب الكفائى، وهو: ما وجب الإتيان بالواجب على الكل ويسقط بإتيان البعض، بخلاف العيني، وسقوط الوجوب يكون إما بالإطاعة وإما بالعصيان وإما بارتفاع الموضوع، ومحل الكلام من قبيل الثالث، نظير ما إذا صلى أحد المكلّفين على الميت، فإنه لا يبقى موضوع

ص: ٦٥

١- ١) كشف اللثام فى شرح قواعد الأحكام ١٠: ١٠.

٢- ٢) رياض المسائل (١٥: ٢٦) وفى القواعد (٣: ٤٢٠): ويستحب التولية لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائها على الأعيان وتجب على الكفايه. وفى الكفايه (٢: ٦٦٥): تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه القيام بالشرائط المعتمده فيه، وهو من الواجبات الكفائيه، وقد يتعين وجوبه عند الأمر من الإمام عليه السلام أو الإنحصار فيه. وفى مفتاح الكرامه بشرح عباره القواعد المتقدمه (١٠: ٥) « ويستحب التولية لمن يثق من نفسه» أى بأن لا يخرج عن الشرع. وقد أجمعت الامه كما فى المبسوط - ما عدا أبا قلابه لأنه كان يحتمل أنه غير فقيه - على أنه طاعه وأمر مرغوب عقلاً ونقلاً والاستحباب العيني لا ينافى الوجوب الكفائى. فالدليل على الإستحباب - بعد العمومات وبعض الأخبار - هو الإجماع المذكور، وفى الرياض: لا خلاف فى شىء من ذلك عندنا خلافاً لبعض العامه. وأما دليل الوجوب على الكفايه، ففى مفتاح الكرامه: يدلّ عليه - بعد مرسل ابن أبى عمير والخبر النبوى - عموم ما أوجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، والإجماع كما فى المجمع، والإعتبار من تحصيل النظام ودفع المفساد. وفى الرياض: هو من فروض الكفايه بلا خلاف فيه بينهم أجده. ثم إنهم تصدّوا لرفع التنافى الظاهر بين الحكمين، فذكروا وجوهاً لأجل تعدد موضوع الاستحباب والوجوب، والسيد الاستاذ مدّ ظله لم يرتض بشىء منها.

للوجوب، إذ لا يجب إلاّ صلاه واحده عليه، ولما كان الوجوب والاستحباب ضدّين، فكيف يكون الشى الواحد واجباً ومستحباً معاً؟ المستحب ما يجوز تركه فإذا كان مستحباً عينياً كيف يكون واجباً لا يجوز تركه، وأنه إذا ترك فالكُلّ معاقبون على ذلك؟

وقيل: الواجب الكفائى ما يجب فعله على المجموع.

ولم يتضح لنا وجه الفرق بين هذا التعريف وما ذكرناه. . .

فالحاصل: دعوى عدم التنافى بينهما غير واضحه عندنا.

فالقائلون بعدم المنافاه فى سعه من توجيه عبارته المحقق، وأمّا الذين لا- يوافقون على ذلك، فقد حاولوا توجيهها، فى (المسالك): : وظيفه القضاء من فروض الكفايه لتوقف النظام عليه، أو لما يترتب عليه من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، ولعظم فائدته تولاه النبى صلى الله عليه وآله وسلم ومن قبله من الأنبياء بأنفسهم لأمّتهم ومن بعدهم من خلفائهم، وحينئذ، فحكم المصنف باستحبابه لمن يثق بنفسه محمول على طلبه من الإمام ممن لم يأمره به إذا كان من أهله، أو على فعله لأهله فى حال الغيبه حيث لا- يتوقف على إذن خاص. وقوله « وربما وجب » يتحقق الوجوب فيما ذكرناه من طلب الإمام له، وفيما إذا انحصر الأمر فيه ولم يعلم الإمام به أو لم ينحصر بالنظر إلى الوجوب الكفائى، أو على تقدير توقف حصول الحق عليه أو الأمر بالمعروف فى حال الغيبه. وقوله « ووجوبه على الكفايه » يعنى به على تقدير وجوبه عنده، وإنما يكون على الكفايه إذا أمكن قيام غيره مقامه ولم يعينه عليه الإمام، وإلاّ كان وجوبه عينياً كغيره من

فروض الكفايات، إذا لم يحصل منها إلا فرد واحد (١) ..

أقول: إن كان مراد المحقق قدس سره تولّى القضاء والتصدي لهذا المنصب، فإنه يختص بزمان حضور الإمام، لأنه الزمن الذي لا حكم وجوبى عليه - إلأى حال تعيين الإمام ونصبه - فيستحب له الحضور عند الإمام لأخذه منه، ولا مورد للإستحباب غيره، فإن نصبه كان واجباً عينياً وإن نصب جماعه كان كفاثياً، ولا يجتمع الإستحباب مع الوجوب الكفاثى.

وإن كان المراد أن يجعل نفسه فى معرض ترفع الناس إليه - وإن كان هناك قاض - فإن كان التصدى واجباً عليه، كان تعريض نفسه لذلك واجباً كذلك من باب المقدمه، وإن كان واجباً عليه وعلى غيره كفايه، كان ذلك واجباً عليه من باب المقدمه كذلك، إذ لا يكون ذو المقدمه واجباً والمقدمه مستحبه.

وإن كان المراد من التولّى نفس القضاء وفصل الخصومه، فإن كان فى زمن الحضور وقد نصب لذلك وأمر به، كان واجباً عينياً عليه، ومع الإذن العام يكون واجباً كفاثياً، فلا يتصور الاستحباب.

وإن كان القضاء وجوبه من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، كان واجباً عليه من باب مقدمه الواجب.

فالحاصل: إن من كان حكمه فى زمن الغيبه نافذاً، كان وجوب القضاء عليه كفاثياً، سواء وجد غيره أيضاً لوضوح الأمر حينئذ، أو لم يوجد غيره، لأن الواجب الكفاثى لا ينقلب معه إلى العينى، بل يتعين عليه القضاء بحكم العقل، وهذا هو مراد من عبّر بالواجب العينى حينئذ.

ص: ٦٧

فظهر أنه لا يتصور الإستحباب.

وخالف في استحبابه أو وجوبه بعض العامّة، فحكم بكراهته لعظم خطره ونظراً إلى الأحاديث المحذّره... وأجيب عنه في (المسالك) وغيره بأن المقصود من التحذير بيان عظم خطره (١) ولزوم شدة الإحتياط فيه.

ثم إن الأحكام التي ذكرها المحقق قدّس سرّه في هذه المسألة بالنسبة إلى زمن الحضور (٢) لا ثمره للبحث عنها بالنسبة إلينا، نعم يحتمل وجود الثمره في قوله: « ولو وجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله، ولو ألزمه الإمام: قال في الخلاف: لم يكن له الإمتناع... » (٣).

أقول: وجه ما ذهب إليه المحقق قدّس سرّه: أن الإمام لا- يوجب ما وجب كفايه بالوجوب العيني، فلو خاطب الإمام أحد المكلفين في واجب كفائي، لم يخرج بذلك عن كونه كفائياً، ولا يلزم بامتناله مع وجود غيره.

ووجه ما ذكره الشيخ قدّس سرّه في (الخلاف) هو: أن المصالح قد توجب اختلاف الحكم وتغيّره - لا أنه يجتمع حينئذ حكمان - فيكون كحال الإضطراب وطروء العنوان الثانوي.

فظهر أنه لا اختلاف بين المحقق والشيخ في المسألة، لاختلاف الموضوع، وأن الإمام عليه السلام لا يجعل الواجب الكفائي عينيّاً بالعنوان الأوّل.

ص: ٦٨

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٣٣٨.

٢-٢) وهو قوله: وإذا علم الإمام أن بلداً خال من قاض لزمه أن يبعث له، ويأثم أهل البلد بالاتفاق على منعه، ويحل قتالهم طلباً للإجابة .

٣-٣) كتاب الخلاف ٦: ٢٠٩، المسألة ٢.

قال المحقق: « ولو لم يعلم به الإمام وجب أن يعرّف نفسه. . . » (١).

أقول: علم الإمام عليه السلام بالأمر يكون في ظرف إرادته وإشأته لأن يعلم به (٢)، فعلم الإمام كبصر البصير، ودليل الوجوب في حال عدم وجود غيره أن القضاء من باب الأمر بالمعروف، فيكون - بناء عليه - واجباً من باب المقدمه. . . وهذه العبارة كالتمهيد لقوله:

هل له أن يبذل مالاً ليلي القضاء؟

« وهل يجوز أن يبذل مالاً ليلي القضاء؟ قيل: لا، لأنه كالرشوه » (٣).

أقول: أما في الحضور فلا مورد لهذا الفرع كما هو واضح، وأما في زمن الغيبة حيث الأمر بيد السلطان، ولا قاضى يقضى بالحق، فإن راجعه فاشترط عليه بذل مال، فهل له أن يبذله لتصدى ذلك لغرض الحكم بالحق وإجراء الأحكام الإلهية وأداء الواجب عليه؟

لا يبعد الجواز بل الوجوب مقدّمه للواجب، نظير الضرائب التي تعينها الحكومات لأداء بعض الفرائض كالحج، حيث يجب دفعها مع الإمكان لأجل التمكن من أداء الواجب. هذا مع انحصار القاضى به، وإلا فلا وجوب.

ويشترط - على أى حال - أن يثق من نفسه القيام بالحق والالتزام بالأحكام، وليس هذا رشوه ولا كالرشوه. نعم، يحرم هذا المال على آخذه.

ص: ٦٩

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٦٩.

٢- ٢) تدل على ذلك النصوص الواردة عنهم عليهم السلام والمخرجه في أصول الكافي في الباب الذى عقده الشيخ الكليني قدس سرّه بنفس هذا العنوان.

٣- ٣) شرائع الإسلام ٤: ٦٩.

المسأله الثالثه: (هل يجوز الرجوع إلى المفضول مع وجود الأفضل؟)

قال المحقق قدس سره: « إذا وجد اثنان متفاوتان في الفضيله مع استكمال الشرائط المعبره فيهما، فإن قلّد الأفضل جازاً (١).

أقول: لا- خلاف ولا إشكال في ذلك، وفي (الجواهر) (٢): وإن كان المفضول أروع، لأن الملاك - وهو العداله المانع من الاقتحام في المحرّمات وترك الواجبات - موجود في كليهما، والشرائط المعبره متوفّره فيهما، والأعلم مقدّم على غيره.

قال المحقق قدس سره: « وهل يجوز العدول إلى المفضول؟ فيه تردّد، والوجه الجواز، لأن خلله ينجبر بنظر الإمام» .

أقول: وجه الجواز: اشتراك المفضول والأفضل معاً في الأهليه، ولزوم العسر والحرص على العامي في معرفه الأفضل، وأن الصحابه كانوا يتصدّون لذلك من غير توقف ولا إنكار، مع أنهم كانوا متفاوتين في الفضيله، فكأنهم قد أجمعوا على جواز ذلك.

وأجيب عن الأول: بأن الأهليه لكلّ منهما تجوّز التصدي وتوجب نفوذ

ص: ٧٠

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٦٩.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٢.

الحكم، ولكن جواز رجوع المترافعين إلى المفضول مع وجود الأفضل أول الكلام.

وعن الثاني: بأنه إن كانت معرفه أصل الأهلئيه ممكنه له، فإن معرفه الأعلمئيه ممكنه أيضاً.

وعن الثالث: بأن الأصحاب الذين أعرضوا عن أمير المؤمنين عليه السلام - وهو الأفضل من جميع الجهات، وصاحب الولاية العظمى بنص من الله عز وجل ورسوله صلى الله عليه وآله وسلم - ليس عملهم حجه عندنا.

ووجه المنع: إنه مقتضى مقبولة عمر بن حنظله (1).

وفيه: إن هذا في ظرف المعارضه، وأما في غيره فلا دليل على تقدّم قول الأعلّم. بل يفهم من المقبولة نفسها أن لكليهما صلاحيه الحكم وأهليته، وإنما حكم الإمام عليه السلام بتقدّم قول الأعلّم لدى الاختلاف بينهما. ويشهد بهذا قوله عليه السلام في معتبره أبي خديجه: « أنظروا إلى رجل منكم يعلم... » وإلا لقال من أول الأمر: ... إلى رجل أعلّم... »

وأن الظن الحاصل من حكم الأفضل أقوى من الظن الحاصل من حكم المفضول، فيجب اتباعه بحكم العقل دونه.

ص: ٧١

١-١) إذ جاء فيها: « قال: فإن كان كل واحد اختار رجلاً من أصحابنا فرضياً أن يكونا الناظرين في حقهما واختلفا فيما حكما وكلاهما اختلفا في حديثكم؟ فقال: الحكم ما حكم به أعدلهما وأفقههما وأصدقهما في الحديث وأورعهما، ولا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر » قال في المسالك (١٣ : ٣٤٤) : إنها نص في المطلوب. لكنه خدش فيها سنداً بقوله: لكن قد عرفت ما في طريقها. فإن تم الاستدلال بها لانجبار ضعفها بالشهره فهي العمده وإلا فلا. أقول: لكن القرينه الداخليه المشتمله عليها هي المانع عن الاستدلال بها للمدعى، كما ذكر سيدنا الاستاذ دام بقاه.

وفيه: إن هذا أول الكلام، فربما يكون الظن الحاصل من حكم المفضول أقوى.

سَلَمْنَا، ولكن ما الدليل الشرعى على تقدم ما يفيد الظن الأقوى؟ (١).

وقد رتب في (المسالك) القولين على أن المقلد هل يجب عليه تقليد أعلم المجتهدين أم يتخير في تقليد من شاء منهم؟

وفيه: أن الظاهر كون الملازمة من طرف واحد كما سيتضح ذلك قريباً، وكأن صاحب (الجواهر) قدس سرّه وافقه على هذه الملازمة - وإن لم يصرح بها - لاستدلاله بنفس هذه الأدلة للقول بجواز العدول عن الأفضل، وإن أجاب عنها بعد ذلك بمثل ما تقدم منّا في الجواب.

لكن ظاهر المحقق عدم القول بتلك الملازمة فإنه قال: «الوجه الجواز، لأن خلله ينجبر بنظر الإمام» وهذا يرتبط بحال حضور الإمام عليه السلام ونصبه للمفضول، ولا يفيد بالنسبة إلى حال الغيبة، فيكون فرض المسألة خالياً عن الثمره، ضروره أنه عليه الصلاه والسلام أعلم بما يفعل حينئذ، ولا يحق لنا أن نتكلم عن جواز ذلك له وعدمه (٢).

ص: ٧٢

١ - ١) واستدل للمنع أيضاً بالإجماع المحكى عن بعضهم، قال في مفتاح الكرامه بشرح قول العلامة: «ولو كان أحدهم أفضل تعين الترافع إليه حال الغيبة وإن كان المفضول أزهد» دليل هذا الحكم الإجماع الذى حكاه المرتضى فى ظاهر الذريعه والمحقق الثانى فى حواشى كتاب الجهاد من الشرائع. والجواب عنه: إنه موهون بتحقيق الخلاف فى المسأله، وإن تم فهو إجماع مستند وليس بحجه لعدم كاشفيتها عن رأى المعصوم عليه السلام.

٢ - ٢) أى لا ثمره فى أن نبحت عن جواز نصب الإمام القاضى المفضول وعدم جوازه مع وجود الأفضل، لكن مراد المحقق أنه يجوز العدول إليه والتحاكم لديه لو فعل الإمام عليه السلام ذلك، لأن خطأ هذا القاضى ينجبر بنظر الإمام الذى نصبه، وهذا المعنى هو ظاهر القواعد أيضاً حيث قال: ولو كان أحدهم أفضل تعين الترافع إليه حال الغيبة وان كان المفضول أزهد إذا تساوى فى الشرائط. أما حال ظهور الإمام عليه السلام فالأقرب جواز العدول إلى المفضول لأن خطأه ينجبر بنظر الإمام.

وفى (المستند) اختار الجواز، للأصل والإطلاقات (١).

أقول: لم يتضح لنا مراده من «الأصل»، لأن مورد الشك إن كان جواز التصدي للمفضول وعدم جوازه، فلا ريب في أن الأصل هو البراءة، وإن كان نفوذ حكم المفضول وعدم نفوذه، فلا ريب في أن مقتضى الأصل عدم النفوذ.

وأما التمسك بإطلاقات الروايات، فلا بأس به، لأن الروايات الواردة في الباب مطلقه، ففي احداها: «... يعلم شيئاً...». وفي أخرى: «... عرف أحكامنا ونظر في حلالنا وحرامنا...».

لا يقال: إن هذه الاخبار في مقام الردع عن الترافع إلى قضاء الجور والأمر بالترافع إلى قضاء الحق والعدل، فلا إطلاق فيها.

لأننا نقول: إن الراوى يسأل الإمام عليه السلام قائلاً: «فكيف يصنعان؟ فلو أراد الإمام خصوص الأعم لم يبين ذلك، وإلا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، لا سيما مع التفات الراوى إلى الجهات المختلفه، وأنه لو اختلفا فكيف يصنع؟ ثم إن الراوى لم يسأل الإمام عليه السلام عن اشتراط الأعميه وعدمه، وهذا يشهد بفهمه الإطلاق من كلام الإمام عليه السلام.

أللهم إلا أن يدعى تقييدها بما ورد في ذيل المقبوله، وهو قوله عليه السلام «... أفقهما...». لكن يجاب عن ذلك: بأنه ناظر إلى خصوص حال التعارض كما تقدم، أى: إنها مقيده في موردها لا بنحو الإطلاق، بمعنى أنه يقدم حكم الأفضل

ص: ٧٣

منهما لدى الاختلاف فقط.

وقال السيد قدّس سرّه: لا يبعد قوه هذا القول - يعنى: تقديم الأعلم - لكون الإطلاقات مقيده بالأخبار الدالّه على الرجوع إلى المرجّحات عند اختلاف الحاكمين، من الأفقيه والأصديه والأعدليه، مع امكان دعوى عدم كونها إلا فى مقام بيان عدم جواز الرجوع إلى قضاة الجور فلا إطلاق فيها. . . .

ودعوى: أن مورد أخبار المرجّحات التى هى العمده فى المقام خصوص صورته اختيار كلّ من المترافعين حاكماً أو صورته رضاها بحكمين، فاختلفاً، فلا دلالة فيها على وجوب الرجوع إلى الأعلم مطلقاً، مدفوعه: بأن الظاهر منها أن المدار على الأرجح عند التعارض مطلقاً، كما هو الحال فى الخبرين المتعارضين، بل فى صورته عدم العلم بالاختلاف أيضاً، لوجوب الفحص عن المعارض، لكن هذا إذا كان مدرك الحكم هو الفتوى وكان الاختلاف فيها، بأن كانا مختلفين فى الحكم من جهة اختلاف الفتوى، وأما إذا كان أصل الحكم معلوماً وكان المرجع إثبات الحق بالبينه واليمين والجرح والتعديل ونحو ذلك، فلا دلالة فى الأخبار على تعيين الأعلم (١).

أقول: فتكون الأقوال فى المسأله ثلاثه:

أحدها: تقدّم قول الأعلم مطلقاً.

والثانى: تقدّم قوله لدى الاختلاف.

والثالث: إنهما إذا رجعا إليهما فحكما بحكمين مختلفين قدّم قول الأعلم، وإلا فيجوز الرجوع إلى المفضول ابتداء حتى مع العلم أو احتمال الاختلاف بينهما فى الحكم.

ص: ٧٤

والروايات المقيده وارده فى مورد الترافع إلى كليهما ثم وجدان الاختلاف بينهما، وهى غير متعرضه لصوره المراجعه ابتداء.

إلا أن يقال: إنه لما كان قول الأعلّم هو المقدم، حكم الإمام عليه السلام بتقدمه فى صورته التعارض، وإلا لما حكم بذلك فى تلك الصوره.

بل إن السيد - رحمه الله - يقول بعدم جواز المراجعه إلى غير الأعلّم لو لم يعلم بموافقته فتواه لقول الأعلّم، لأن ذلك كالخبرين المتعارضين، حيث يجب الأخذ بالخبر الراجح منهما.

وعلى هذا، فيجب على المراجع إلى غير الأعلّم مراجعته الأعلّم من ذى قبل، فإن لم يجده مخالفاً لفتوى غيره جاز رجوعه إلى غير الأعلّم، ولكن هذا المعنى يتوقف تماميته على استفادته من الأخبار وإلا فلا وجه له، ولعله من هنا قال فى (الجواهر) بمنعه كلّ المنع.

هذا، والتوسعه فى الترافع وعدم وجوبه إلى الأفضل لا يلازم التوسعه فى الفتوى، فهناك يكون رجوع الجاهل إلى العالم لغرض الوصول إلى الأحكام الإلهيه، ويكون فتوى الأعلّم هنا أقرب إلى الواقع، أما هنا فإن اشتراط ذلك يؤدي إلى التضيق على المكلفين، فالتوسعه هنا نظير التوسعه فى مورد الشك أو الظن بنجاسه شىء حيث تجرى أصاله الطهاره توسعه على الأمه، ولأنه ليس الغرض هنا الوصول إلى الواقع فقط. وعلى هذا الأساس يمكن أن يقال بنفوذ حكم غير الأعلّم فى حق الأعلّم إذا كان طرفاً فى النزاع وعدم جواز الردّ عليه، لأن الغرض فصل الخصومه لا- كون القضاء طريقاً إلى الواقع حتى يقال بوجوب الأخذ بالقول الأقرب إليه.

ومما ذكرنا يظهر ما فى قولهم: إن قول الأعلّم يفيد الظن الأقوى قياساً على

الدليل في مورد التعارض، ففيه - كما تقدم سابقاً، لو سلّمنا كون الظن الحاصل من قول الأعمى أقوى - إنه ليس الغرض هنا تحصيل الواقع.

وكذا قولهم: إن تقديم المفضل على الفاضل قبيح، ولذا نقول بقبح تقدّم من تقدّم على أمير المؤمنين عليه السلام، لأن ذلك في الإمامه العامه والرئاسه الكبرى، حيث الغرض منها إجراء الأحكام الواقعيه والوصول إلى الواقع، لكن الغرض هنا فصل الخصومه وحسم النزاع، وقد اقتضت المصلحه التوسعه فيه فلا قبح.

ص: ٧٦

أشاره

قال المحقق قدس سره: « إذا أذن له الإمام فى الإستخلاف جاز. . . » (١).

أقول: يقع البحث عن ذلك تارة فى زمن الحضور، وأخرى فى زمن الغيبه.

أما بالنسبه إلى زمن الحضور، فإن نصب الإمام أحداً وأذن له فى الإستخلاف، فلا كلام فى الجواز، وإن صرح بالمنع فلا كلام فى عدمه، وإن أطلق، فإن كان هناك شاهد حال - مثلاً - على الإذن فيه كإرسال الوالى إلى بلاد واسعته بحيث لا تضبطها اليد الواحده فهو، وإلا فلا (٢).

ولا ثمره عمليه لنا فى البحث عن ذلك، نعم فيه ثمره علميه، فقد ذكروا فى كتاب الوكاله أن كل ما اشترطت فيه المباشره شرعاً فلا يقبل الوكاله، وكل ما لم يشترط فيه ذلك جاز التوكيل فيه (٣).

ص: ٧٧

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٦٩.

٢- ٢) والدليل على ذلك هو أن الحكومه حق للإمام عليه السلام، فهو مسلط عليها تسلط المالك على ملكه، فله الإذن فى قيام غيره بها وله المنع، ومع إطلاقه يتوقف الجواز على أماره تدل على إذنه.

٣- ٣) فمن الأول: العبادات التى تعلق غرض الشارع بتحققها من المكلف مباشره، ومن الثانى: البيع والطلاق ونحوهما من العقود والإيقاعات التى تعلق غرضه بوقوعها، سواء كان المباشر المالك والزوج بأنفسهما أو غيرهما.

وجعل الإمام القاضى فى زمن الحضور، يدلّ على أن القضاء من الأمور القابلة لقيام الغير بها ولا يشترط فيه المباشرة، فيقع الكلام فى أن ذلك توكيل منه عليه السلام - أى: أن القاضى المنصوب من قبله إنما يقضى وكالة عنه - أو أنه توليه منه له على الحكم، كما جعل الأب والجد له ولياً على الصغير، فيجوز له التوكيل لغيره فى الأمور التى تخصه، كما يجوز له جعل الولي عليه بعد الموت ليقوم بأموره؟

إن كان جعله من باب الوكالة، تمّ ما ذكره المحقق قدّس سرّه، من أنه إذا أذن له فى الإستخلاف جاز، لأنه يكون حينئذ وكيلًا فى القضاء ووكيلًا فى التوكيل فيه، وإن كان جعله من باب الولاية، فلا حاجة إلى الإذن فى استخلاف غيره للقضاء، فيجوز له استخلاف من كان واجداً للشرائط المعترهه فى القاضى، نظير من جعلت له الولاية فى أمور الصغير من قبل وليه ليكون ولياً عليه بعد موته، فإنه يجوز له حينئذ ك توكيل غيره فى القيام بالأمور من قبله.

وكذا الأمر بالنسبه إلى من عيّن لأجل القيام بأمور وقف من قبل حاكم الشرع، فإن كان وكيلًا فى ذلك، لم يجز له استخلاف غيره إلا- مع الإذن الصريح أو شاهد الحال، ولو مات الحاكم بطلت وكالته، وأما إذا جعل الولاية له عليها، لم يجب عليه الإستيدان فى الإستخلاف، ولا معنى لأن يكون ولياً بشرط المباشرة، ولم تبطل بموت الحاكم.

فظهر أن ثمره البحث، أنه إن كان الجعل بنحو الوكالة، فعليه إحراز الإذن فى الإستخلاف، وإن كان بنحو الولاية فلا يجب.

هل القضاء قابل للوكالة؟

وأما بالنسبه إلى زمن الغيبه، فهل للفقيه أن يستخلف غيره إذناً أو وكالة أو

ولايه؟ فيه خلاف، فعن (جامع المقاصد) : إن القضاء من الأمور القابلة للتوكيل (١)، ومال إليه في (الجواهر) ، وعن (المسالك) عدم الجواز (٢).

أقول: لا نصّ في المسألة، ولا يمكن الجزم بوجوب المباشرة في القضاء أو بعدم وجوبها عن طريق دليل آخر، فلا بدّ من مراجعته إلى الأصل.

قال في وكاله (الجواهر) (٣): إن المستفاد من كلمات الأصحاب كون الأصل جواز الوكالة في كلّ شيء، ثم ذكر الأصل وعموم أدلّه الوكالة.

قلت: أما الأصل الذي ذكره - وهو عدم اشتراط المباشرة في القضاء - فإنه معارض بأصالة عدم ثبوت جواز القضاء بالوكالة، وما أفاده في الجواب من أن أصالة عدم جريان الوكالة فيه منقطعه بمشروعيه الوكالة، فمندفع بأن المشروعيه لها موارد هي القدر المتيقن من ذلك، وهناك موارد لا تجوز فيها الوكالة قطعاً، وموارد أخرى أصل المشروعيه فيها مشكوك فيه، فلا ينقطع أصالة عدم الوكالة بمشروعيه الوكالة بنحو الإهمال، لأنه مع الشك في أصل المشروعيه، فالأصل عدمها.

والحاصل: إن المباشرة ليست من قيود المكلف به، بل الحاكم بها هو العقل، وحينئذ، لا يمكن رفعها بالأصل عند الشك، ولو سلّمنا جريانه، فالأصل عدم جواز توكيل الحاكم غيره في أمر القضاء.

وأما الأدلّه العامه، فإن إرجاع القاضى أمر القضاء إلى المقلد، إما يكون عن طريق جعل التوليه له، كما هو المشهور بين الفقهاء من جواز ذلك للحاكم، كأن

ص: ٧٩

١-١) جامع المقاصد في شرح القواعد ٨: ٢١٧.

٢-٢) مسالك الأفهام ٥: ٢٥٦.

٣-٣) جواهر الكلام ٢٧: ٣٨١.

يجعله متولياً على موقفه أو ولياً على الصغار للقيام بأمرهم، وإما يكون عن طريق التوكيل بأن يوكله في أمر القضاء، كما تجوز الوكالة في أمور أخرى، كالبيع والطلاق ونحوهما.

لكن الولاية إن كانت من جهة أن لازم جعل الحكومه صلاحية الحاكم لتفويضها إلى غيره، فإن هذا يتوقف على استفادة هذه الناحية من أدله الجعل وهي غير متحققه، لأن الإمام عليه السلام يذكر صفات القاضى « كالروايه » و « النظر » وغير ذلك، وهذا تحديد من الإمام، وكون القاضى متمكناً من جعل من ليس متصفاً بتلك الصفات، معناه أن تكون دائره صلاحيته أوسع من الإمام، وهذا لا يقول به أحد.

ونحن فى التوليه على الأوقاف لا نقول بجواز توليه المتولى غيره، لأن جعل الحاكم إياه متولياً لا يستلزم جواز جعله غيره متولياً عليها بعد موته.

وإن كانت من جهة تنزيل الإمام الحاكم منزلته وإثبات الولاية العامه له، فله أن يجعل مقلده كما للإمام عليه السلام أن ينصب للقضاء غير المجتهد، ففيه: أن الإمام قد تعرض لأمر القضاء وللنصب له كلاً على حده وانفراد، وهذا يدل على عدم شمول التنزيل لأمر القضاء وأنه لم يجعل القاضى نازلاً منزلته، ومع الشك فى جعل الولاية له على نصب غيره، فالأصل العدم كما هو واضح. فالحاصل: عدم تمامية إرجاع أمر القضاء إلى المقلد عن طريق الولاية.

وأما الوكالة، فهي ثابتة وجائزه فى كثير من العقود، ولكن 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 إلا ما استثني كالنذر واليمين ونحوهما. أما الدليل الخاص، فغير موجود، نعم، هناك دليل يمكن الاستدلال

بإطلاقه، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: « من وَّكَل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها» (١).

وتقريب الإستدلال: إنه لا-ريب في أنه إذا لم يكن المتكلم في مقام بيان جهه من جهات الكلام لم يجز التمسك بالإطلاق بالنسبة إليها، وهذه الروايه تدل على مضي الوكالة في كل أمر يجوز فيه التوكيل، وأن الوكالة باقيه حتى الإعلام بالعزل، وليست في مقام الدلاله على صحه الوكالة بأى نحو كانت، إلا أنه قد يكون لتلك الجبهه التى ينظر إليها المتكلم فى الكلام لازم فيجوز أن يتمسك بالكلام بالنظر إلى ذلك اللازم، مثلاً قوله تعالى: « . . . فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا . . . » (٢) فى مقام تشريع التيمم عند فقدان الماء، فيجب على فاقد الماء التيمم، ولكن يجوز التمسك بإطلاق « الماء » فيها - بأن يقال المراد عدم وجدان مطلق ما يصدق عليه الماء - وإن لم تكن الآية الكريمة ناظره إلى هذا الحث، لأن لازم تشريع التيمم بيان أنه متى يجب التيمم، فكان لنا أن نقول: إن الآية بإطلاقها تدل على أنه متى لم يوجد ما يصدق عليه الماء يجب التيمم.

وهنا كذلك، فإن الإمام عليه السلام فى مقام بيان أن الوكالة إذا ثبتت، كان عمل الوكيل فى ما وَّكَل فيه ماضياً حتى يعلمه بالعزل، ولكنه قال قبل ذلك « على إمضاء أمر من الأمور » ولازم هذا جواز الوكالة فى كل أمر لم يقم دليل على عدم

ص: ٨١

١- ١) وسائل الشيعة ١٩: ١٦١/١. أبواب الوكالة، الباب ١: « محمد بن على بن الحسين بإسناده عن معاويه بن وهب وجابر بن يزيد جميعاً عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال: من وَّكَل . . . محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن على بن محبوب عن محمد بن خالد الطيالسى عن عمرو بن شمر عن جابر بن يزيد ومعاويه بن وهب جميعاً مثله»
٢- ٢) سورة النساء ٤: ٤٣.

جوازها فيه، وإلا- ليّين ذلك في نفس الكلام، فيجوز التمسك بإطلاق هذا الكلام، بأن يقال بجواز الوكالة في القضاء، لأنه أمر من الأمور عند العرف، ولم يتم دليل شرعى على عدم قابليته القضاء للوكالة.

فالظاهر تماميته هذا الإطلاق وأنه لا- مانع من التمسك به (١) إلا- إذا قيل: بأن القضاء من الأمور التي يعتبر فيها أهل العرف المباشره، ولا يقبل التوكيل عندهم، لكن مذهب جماعه من الأصحاب صحه الوكالة فيه، ووجه المنع عند غيرهم عدم تماميه الإطلاق لا عدم القابليه عرفاً.

هذا، وقد جوّز بعض المانعين التوكيل في مقدمات الحكم، كاستماع الشهاده والتحليف، وأشكل عليه في (الجواهر) (٢) بأنه إذا كان استماع الشهاده قابلاً للوكالة فالحكم بالأولويه. ووجه ذلك ما ذكرناه سابقاً من أن أهل العرف يقسمون الأمور إلى ما يقبل الوكالة و ما لا يقبلها، فمن الأول: البيع والشراء، ومن الثانى: الأكل والشرب، فصاحب (الجواهر) يقول: إنه إن جازت الوكالة في استماع الشهاده والتحليف - مع أن الحاكم نفسه هو المكلف باستماعها وتحليف المنكر - كانت جائزه في نفس الحكم بالأولويه.

□
والصحيح: أن كل أمر كان للوكالة عرفيه فيه ولا منع من قبل الشرع، كان مشمولاً ل « الأمور » في الروايه المذكوره، والله العالم.

ص: ٨٢

١ - ١) كما أجاز في العروه التمسك بعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ونحوه بدعوى شموله للوكالة، بناءً على أن المراد من الوفاء بالعقود هو العمل بمقتضاها، إن لازماً فلازماً وإن جائزاً فجائزاً.

٢ - ٢) جواهر الكلام ٢٧: ٣٨١ - ٣٨٢.

قال المحقق قدس سره: « إذا ولى من لا يتعين عليه القضاء، فإن كان له كفايه من ماله، فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال (١)، ولو طلب جاز، لأنه من المصالح، وإن تعين عليه القضاء ولم يكن له كفايه، جاز له أخذ الرزق، وإن كان له كفايه قيل: لا يجوز له أخذ الرزق، لأنه يؤدى فرضاً (٢).

أقول: إرتزاق القاضى من بيت المال إن لم يكن له كفايه من ماله جائز، سواء كان القضاء متعيناً عليه أولاً، فله أخذ مؤنته من بيت المال، والحاكم يعطيه منه لا بعنوان الاجره على القضاء، بل بعنوان أن ذلك من مصالح المسلمين التى أعد لها بيت المال. وإن كان عنده ما يكفى المؤنه، فأخذه من بيت المال يكون قهراً بعنوان

ص: ٨٣

١ - ١) المراد من بيت المال - كما يستفاد من كلمات الفقهاء - هو البيت الذى يجمع فيه ما يشترك فيه جميع المسلمين من الأموال ويصرف فى مصالح جميعهم كبناء المسجد ونحو ذلك، وأما ما يجمع فيه الزكاه والخمس وغيرهما مما يكون مختصاً بطائفه منهم، فلا- يكون من بيت المال فى شىء ولا يجوز صرف ذلك فى المصالح العامه بل يعطى لمستحقه. فما يظهر من بعض من أن المراد هو الأعم ليس على ما ينبغى - قاله المحقق الآشتياني (كتاب القضاء: ٢٥).

٢ - ٢) شرائع الإسلام ٤: ٦٩.

الاجره على القضاء، فيدخل في مبحث (1) جواز أخذ الاجره على الواجبات وعدم جوازه، فنقول:

موجز الكلام في أخذ الاجره على الواجبات:

إن العمل الذى يقوم به الإنسان المكلف تارة يكون ذا منفعه وأخرى يكون بلا منفعه، فإن كان بلا منفعه، فلا معنى لأن يطالب بالعرض، سواء كان واجباً أو لا، وإن كان العمل الذى يقوم به لغيره ذا منفعه له، جاز له المطالب به بالعوض منه فى صورته عدم منافاه أخذ العوض للعمل المطلوب منه الإتيان به، فلو أمره زيد بالخروج للصيلاه على ميت فطالبه بشيء فى مقابل امثاله - الذى أثره لزيد سقوط خروجه إليها وقد كان واجباً عليه كذلك - جاز، ولكنه يتنافى مع قصد القربة المعتبر فى الصيلاه على الميت، فيشكل أخذ الاجره على فعله هذا، إلا بأن يتصور إيجاد الداعى إلى الداعى، نظير ما إذا أعطى مالاً لغيره لأجل أن يطيع أمر زيد بالقيام بعمل، فإن قام بالعمل إطاعه لزيد جاز أخذ الاجره وإن كان لا بقصد ذلك لم يجز، وحينئذ، فلو أعطاه مالاً لأن يطيع الله ويمثل أوامره، فإن اعتبر قصد القربة فى العمل لم يجز له الأخذ، لعدم صلاحية هذا العمل للمقربيه، وإن قلنا بأن كونه داعياً إلى الداعى لا يضرب بقصد القربة وأنه يكفى كون الأمر الإلهى هو الداعى، ولا

ص: ٨٤

١- ١) محضيل كلام سيدنا الأستاذ هو دخوله فى هذا البحث فيما إذا كان له كفايه من ماله فى كلا الصورتين: توليه القضاء بعنوان الواجب الكفائى، وتوليه بعنوان الواجب العينى بتعيين الإمام عليه السلام أو لعدم وجود غيره، خلافاً للمحقق، حيث جوز له الأخذ من بيت المال فى صورته الأولى - وإن جعل الأفضل الترك - وقال بالنسبه إلى الثانيه: قيل لا يجوز له أخذ الرزق لأنه يؤدى فرضاً.

يضرّ في ذلك وجود واسطه دنيويه تدعو إليه، جاز له أخذ الأجره على العمل.

□

وفصّل بعضهم الداعى الراجع نفعه إلى الفاعل، بين ما إذا كان منفعه من الله سبحانه، فلا يضرّ بالقصد، وإلا لما كان لذكر الأجره التي في القرآن للذين آمنوا وعملوا الصالحات وجه، وإن كان منفعه من غيره عزّ وجل فيضرّ بالقصد.

هذا، وفرق بين الواجب التعيّدي والواجب التوضيحي، ففي التوضيحي، يمكن أن يوجب الشارع أصل العمل وأن لا يمنع من أخذ الأجره عليه كسائر الصنائع والحرف، فإنها واجبات توصلتيه ويجوز أخذ الأجره عليها، لكن قيل: هذا ما دام الوجوب فيه كفاً، وأما إذا كان عينيّاً، فلا يجوز، فلو انحصر الطبيب في واحد، كان معالجه المرضى واجباً عينيّاً بالنسبه إليه، لوجوب حفظ النفوس المحترمه، فلا يجوز له أخذ الأجره، ومن هنا كان الأطباء المتدينون سابقاً يتقاضون الأجره عوضاً عن الحضور لدى المرضى، ويعتبرون عن ذلك ب « حق القدم » .

وظاهر قول العلّامة في (القواعد): « ويجوز أخذ الأجره على عقد النكاح ويحرم الأجر على الإمامه والشهاده وأدائها» (١) هو أن الواجب المعين لا يجوز أخذ الأجره عليه. وقال في إجاره (القواعد) (٢) « هل يجوز على تعليم الفقه؟ الوجه المنع مع الوجوب» أي: إذا كان واجباً عينيّاً « والجواز لا معه» أي: لا مع الوجوب العيني وكونه كفاً.

وفصّل الفخر في (الإيضاح) (٣) بين ما يشترط فيه القربه فلا يجوز كالصلاه على الميت، وما لا يشترط فيجوز... .

ص: ٨٥

١-١) قواعد الأحكام ٢: ١٠.

٢-٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٩٤.

٣-٣) إيضاح الفوائد في شرح القواعد ٢: ٢٦٤.

وفى (جامع المقاصد) (١) معلقاً على « هل يجوز » من عبارته القواعد المزبوره: « إن كان واجباً على المعلم والمتعلم عيناً أو كفايه لم يجر أخذ الأجره عليه، لأن المعلم مأخوذ بالتعليم ومؤديه، فيمتنع أخذ الأجره كسائر الواجبات » وتَنْظُرُ في كلام الفخر قائلاً: بأن الوجوب مطلقاً مانع عن أخذ الأجره عليه كما تقدم في كتاب التجاره، وهو صريح كلام الأصحاب، وما ذكره من الجواز إذا لم يكن الواجب مشروطاً بالتيه، مخالف لما عليه الأصحاب» .

أقول: أما الكفائي، فسيأتى الكلام عليه، وأما العيني - توصلياً كان أو تعبدياً - فوجه المنع من أخذ الأجره عليه هو أن أخذ الأجره إنما يصح حال كونه مالكاً لما يعطيه في مقابل الأجر، فلا مانع من أن يملك الإنسان ما يملكه عيناً أو عملاً ويأخذ العوض، ولذا لا يجوز له أن يؤجر نفسه لثالث في ذلك الزمان المعين أو العمل المعين، وأما إذا كان العمل واجباً عليه شرعاً ولا يجوز له تركه، فإنه لا يملك ذاك العمل، بل عليه القيام به وتسليمه لله، وحيث لا يملكه بل كان ملكاً لله سبحانه، فلا قدره له على أن يملكه الغير، سواء كان تعبدياً أو توصلياً، وأضاف في (الجواهر) بأنه لو أخذ عوضاً عنه لزم الجمع بين العوض والمعوض، لكن الأولى أن يقال: بأنه عوض بلا معوض فهو آكل للمال بالباطل.

وفى الواجب الكفائي، قد صرح الأ-كثر بأنه لو تعين بالانحصار لم يجر أخذ الأجره عليه، وإلاً جاز، لقدرته على الترك، لكن الواجب الكفائي - عندنا - يتعلّق بالمكلفين، أى بكل واحد منهم كالواجب العيني سواء كان عبادياً أو لا، والفرق

ص: ٨٤

بينهما حينئذ: أن العيني لا- يسقط بقيام الغير به بخلاف الكفائي، فإنه يسقط بقيام الغير به بحكم العقل، وعليه، فقبل قيام أحد المكلفين بالواجب، لا- يملك أحد منهم العمل فلا يجوز له أخذ الأجره عليه، لكونه أكلاً للمال بالباطل، فظهر أنه لا فرق بين الواجب الكفائي المتعين وغيره في عدم جواز أخذ الأجره.

وذهب جماعه من الأصحاب إلى جواز أخذ الأجره، وقالوا في وجه الجواز: بأن هذه الأعمال صالحه لأن تقع عليها المعامله - بقطع النظر عن الوجوب - لأن لها مائيه ويبدل بأزائها المال لرفع الحاجه، ويجوز أخذ المال في مقابلها لأنها مملوكه لأصحابها، ومع الوجوب يكون للمسأله وجوه: أحدها: وجوب العمل مجاناً، والثاني: وجوب العمل مع جواز أخذ الأجره، وقد يجب الأخذ للإتفاق على من يجب الإتفاق عليه، والثالث: وجوب العمل مع الخيار في أمر أخذ الأجره عليه.

قالوا: ولا منافاه بين الوجوب وأخذ الأجره على العمل، نعم لو صرّح بوجوب الإتيان به مجاناً لم يجز، وأما مع عدم التصريح أو التصريح بالاختيار أو وجوب الأخذ للإتفاق الواجب مثلاً أخذ، وذلك لا ينافى وجوب العمل، ومع الشك في اشتراط المجانيه في هذا الواجب وعدمه كان له الأخذ كذلك، جمعاً بين دليل وجوب العمل ودليل حرمه عمل المسلم، لما تقدم من عدم المنافاه.

واختار السيد في (العروه) (1) الجواز مطلقاً (2) قال: « للأصل والإطلاقات

ص: ٨٧

١- ١) العروه الوثقى ٣: ١٩.

٢- ٢) أى: بعد أن ذكر الأقوال في المسأله، ولا- بأس بإيراد نصّ عبارته: « اختلفوا في جواز أخذ الأجره على القضاء من المتخاصمين، أو أحدهما أو غيرهما، مطلقاً أو مع الضروره أو مع عدم التعين عليه أو مع الأمرين، وعدم جوازه مطلقاً على أقوال، فعن جماعه الجواز مطلقاً كما حكى عن القواعد والنهائيه والقاضى وعن المفاتيح نقله عن بعضهم، وعن شرحه إسناد جواز الأخذ إلى المشهور وظاهره إطلاق الجواز، وعن جماعه المنع مطلقاً، بل عن المبسوط أنه قال: عندنا لا يجوز بحال، وظاهره الإجماع عليه، وعن المعتمد الإجماع عليه مع عدم الحاجه، وعن الكفايه نفى الخلاف فيه مع وجود الكفايه في بيت المال قال: ومع عدمها ووجود الحاجه قولان أشهرهما المنع، وكذا عن المسالك، وعن بعضهم الجواز مع عدم التعين والضروره ومع التعين والكفايه لا يجوز قولاً واحداً، وفي المستند دعوى ظهور الإجماع على عدم الجواز مع الكفايه» .

وعدم الدليل على المنع، سوى دعوى الإجماع والشهرة أو عدم الخلاف، ولا حجتيه في شيء منها، لا سيما مع ما مرّ من وجود الخلاف بل دعوى الشهرة على الجواز، وسوى ما هو المشهور المدعى عليه الإجماع من المحقق الثاني من عدم جواز أخذ الأجره على الواجبات، وقد بين في محله عدم الدليل عليه، لمنع الإجماع - مع أن القدر المتيقن منه على فرضه الواجب العيني التعيني التعبدى - ولضعف سائر ما استدلوا به عليه» .

وقد استدلّ على المنع بوجوه:

منها: إنه مناف لقصد القربه.

وفيه: إنه يختص بالتعبدى ولا يشمل التوصلى، وهل القضاء من التعبديات أو التوصليات؟ إن نتيجة القضاء كنتيجة الطهارة من الخبث، فكما أن الطهارة من الخبث حصولها لا يتوقف على قصد القربه، فإن أثر القضاء هو فصل الخصومه وهو يتحقق من غير حاجة إلى قصد القربه، فكون القضاء من التعبديات غير معلوم، إلا- أن يقوم دليل على اعتبار قصد القربه فيه حتى مع تحقق الغرض منه بدونه.

وقد اختلفوا فى العبادات، هل يكفى فيها قصد امتثال الأمر أو لا بدّ من قصد

□
وقصد الإمتثال يكون على أنحاء، تاره: يعبد الله ويمتثل أوامره لأنه خالقه ورازقه، وأخرى: يعبده ويطيعه خوفاً من عذابه، وثالثه: طمعاً في جنته، ورابعه: طلباً للمزيد من فضله. ونحو ذلك، وقد يعبد الله تعالى لأنه أهل للعباده، وتلك عباده أمير المؤمنين عليه السلام والأئمة المعصومين عليهم السلام.

فإن كان المعتمر عدم وجود شيء من الدواعي النفسانية والامور المادية، كان الأخذ منافياً ولم يكن عمله مقرباً ومسقطاً للتكليف، وإن كان المعتمر الإمتثال والقيام بالعمل وتحققه في الخارج - وإن كان الداعي إليه هو الأجره - جاز أخذها، وكأنه يأخذ الأجر على إطاعه الله وامثاله، لكن المانعين لا يصححون الداعي إلى الداعي، فأما الإمتثال خوفاً فغير مضر.

ومنها: التنافي بين الوجوب وأخذ الاجره، لأن إيجاب العمل مقتضاه سلب اختيار العبد في العمل وإلغاء ملكيته له، فهو ليس له حتى يأخذ شيئاً بأزائه أو لا يأخذ، بل إن العمل حينئذ يوجد في الخارج مملوكاً لله، وهذا نظير ما إذا كان أجيراً لزيد في خياطه مثلاً، فإنه لا يجوز له أن يملك نفس هذه الخياطه لعمرو.

□
وأجاب عنه السيد قدس سره (1) بعد قوله: « إنه مختص بالواجب العيني » بوجهين أحدهما: « منع كون الوجوب من الله تعالى موجباً للملكيه نظير الملكيه للناس » .

□
وتوضيحه: إن الإيجاب لا يوجب سلب ملكيه الإنسان لعمله، فمثلاً عندما ينذر دفع كذا من المال في سبيل الله، يجب عليه ذلك عند تحقق مطلوبه، لكن ذلك

لا يخرج عن ملكه، فلو باعه كان البيع صحيحاً وضعاً، فالوجوب التكليفي لا يقتضى سلب الملكيه، وكذلك العمل إن وجب لا يخرج عن ملك العبد.

□
والثاني: « لا مانع من اجتماع المالكين إذا كان إحدى الملكيتين في طول الأخرى، فإن الله تعالى مالك لذلك الفعل والمستأجر أيضاً مالك له لكن لا لنفسه بل لله تعالى » .

□
وتوضيحه: إن سلمنا كون الفعل ملكاً لله، فإنه لو كانت ملكيته عرضيه ورد الإشكال بأنهما لا يجتمعان، لأن اعتبار الملكيتين كذلك غير معقول، لكن إحدى الملكيتين في طول الأخرى، نظير ملكيه العبد التي هي في طول ملكيه مولاه، فإنه يملك ما وهب مثلاً لكنه مع ما في يده لمولاه، كما أن العقلاء يعتبرون الملكيه لما يحصل من الطرق المعينه، والشارع قد أمضى هذه الملكيه ووافق على هذا الإعتبار إلا بالنسبه إلى أشياء مخصوصه كالخمر والخنزير، وبالنسبه إلى طرق معينه كالمنازله والربا، بل الملكيه من ضروريات جميع الأديان. مع أن الله عز وجل مالك السماوات والأرضين، وسنخ ملكه للأشياء غير سنخ ملكيتنا لها، إلا في المورد الذي جعل هو سنخ ملكيتنا لنفسه، حيث قال تعالى في آيه الخمس: «وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِي الْقُرْبَىٰ وَ لِْيَتَامَىٰ وَ الْمَسَاكِينِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ» (١) الآية.

□
والحاصل: إن الملكيه الطويله موجوده للعبد بالنسبه إلى ماله وعمله وهي ممضاه من قبل الله سبحانه، فيجوز له بيع ماله وعمله وأخذ العوض، وإن كان هو وما يملكه لله تعالى.

ص: ٩٠

أقول: هذا توضيح الجواب وتقريبه، فأما أن يقال بأن ذات العمل الواجب لله، وأنه عندما يؤجر الشخص نفسه لهذا العمل يؤجر نفسه لإيجاده موصوفاً بكونه لله ويأخذ الأجر عليه، فغير واضح، لعدم اعتبار ملكيته ما كان موصوفاً بكونه لله لأحد عرفاً.

ومنها: إن أخذ المال على الفعل الواجب أكل للمال بالباطل، والعقلاء لا يعتبرون الملكيه في هذه الصوره، لأن الإلزام الشرعى كالإلزام الطبيعى.

وأجاب السيد قدس سرّه عنه بوجهين، أحدهما: اختصاصه بالواجب العينى التعينى، والثانى: إمكان أن يكون للمستأجر غرض عقلائى فى ذلك، لا أقل من حبّ كون معبوده مطاعاً.

ومنها: إن أخذ الأجره على الواجب معناه توقيف الواجب على شرط، ولا يجوز توقيف الواجب على شرط بل يجب الإتيان به مطلقاً.

وأجاب: بأن هذا الإشكال يتوجه فيما إذا جاء بالفعل فى مقام العمل مشروطاً، وأما إذا جاء به بنحو الإطلاق وقصد ذات العمل - لا العمل الذى كان بأزائه كذا - فلا مانع.

على أن هذا - لو تمّ - يتمشى فى التعديّات فقط.

ما ورد فى خصوص القضاء:

ثم إنه قد وردت نصوص عديده فى خصوص أخذ الأجره على القضاء:

كالصحيحه التى رواها فى (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 إنه «سحت» لأن السلطان حاكم جور أو أنه سحت لأنه في مقابل القضاء؟ وجهان، قال السيد: إن ظاهره خلاف الإجماع، فإنه لا مانع من ارتزاقه من بيت المال. أي: فلا بد من حمل الرواية على الوجه الأول، إلا أن ظاهر «على القضاء» هو الوجه الثاني. على أنه إن كان من جهة كون السلطان جائراً، فإن للإمام عليه السلام الولايه على الإذن في القضاء في سلطنه السلطان الجائر.

□
وكالصحيحه عن الشيخ الصدوق في (الخصال) عن عمار بن مروان قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: «كلّ شيء غلّ من الإمام فهو سحت، والسحت أنواع كثيره، منها ما أصيب من أعمال الولاة الظلمه، ومنها أجور القضاء، وأجور الفواجر، وثمر الخمر والنبيذ المسكر، والزبا بعد البينه. فأما الرشا - يا عمار - في الأحكام، فإن ذلك الكفر بالله العظيم وبرسوله صلى الله عليه وآله وسلّم» (٢).

فقال المانعون: بأن الصحيحه هذه ظاهره في أن المراد من «أجور القضاء» فيها ما يأخذه القضاء في مقابل القضاء، وإن لم يكن ما يأخذونه من «الولاة الظلمه»، كأن يأخذوا من المتخاصمين مثلاً، فيكون ذلك من «السحت» كأجور الفواجر وثمر الخمر..

..

وأجاب المجوّزون - كالسيد قدّس سرّه (٣) - بأن الظاهر أنها ناظره إلى

ص: ٩٢

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢١/١. أبواب صفات القاضي، الباب ٨.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٧: ٩٥/١٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ٥.

٣-٣) العروه الوثقى ٣: ٢٠ - ٢١.

الاجور التي كان القضاء يأخذونها من «الولاه الظلمه» ، فأجورهم إن كانت مما أصيب من أولئك فهي سحت، لا مطلقاً، من جهة أن الظاهر كون الضمير في «ومنها» راجعاً إلى «ما» في «ما أصيب» فتكون الحرمة من هذا الحيث.

أقول: والظاهر أنه إن كان هذا الضمير راجعاً إلى ما ذكر، لجاء بلفظ المذكور لا المؤنث، فما ذكره خلاف الظاهر، ومجرد عدم تكرار «منها» لكل واحد من الأنواع لا يكون دليلاً على ما ذكر. وبالجملة:

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

نعم، لا- تدلّ على حرمة الإرتزاق من بيت المال لا بعنوان الأجر، ولا سيما مع الحاجة والضروره، فإن ذلك لا مانع منه، ويكون القاضى حينئذ كسائر العمال، لكن لا بمعنى كون ذلك في مقابل العمل «القضاء» بل يكون نظير تحصيل الطلاب للعلوم الدينيه قربه إلى الله تعالى، مع أن الحاكم الشرعى يرزقهم من بيت المال، ولقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقسم الغنائم على من اشترك في الحروب والغزوات، ويعطى كلّاً حسب جهده ومقامه. . . لكن لا بعنوان العوض» (١).

قال المحقق: «أما لو أخذ الجعل من المتحاكين، ففيه خلاف. . .» (٢).

أقول: وبناءً على الجواز، فهل له أن يأخذه من المدعى أو المحكوم له أو المتخاصمين معاً؟ إن كان بعنوان الأجر فهو إما جعل وإما إجاره، وحينئذ، يجب دفعه على الجاعل أو المستأجر، وإن كان قد قضى ولم يقصد كونه مجاناً ضمن

ص: ٩٣

١- ١) وإختار في مباني تكمله المنهاج (١: ٥) الجواز واستدل عليه بقول أمير المؤمنين عليه السلام في عهده إلى مالك الأشتر رضى الله عنه: «وأكثر تعاهد قضاتك وافسح له بالبدل ما يزيح علته وتقل معه حاجته إلى الناس» قال: وطريق الشيخ إلى عهده عليه السلام إلى مالك الأشتر معتبر.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٦٩.

أجره، فهل يضمنه المحكوم له لأنه المنتفع بحكمه، أو كلاهما لأنه قد عمل للمحكوم عليه أيضاً وعمله محترم، ولا يشترط في وجوب دفع العوض وجود المنفعة؟ وجهان.

هل يجوز أخذ الأجره على الشهاده؟

قال المحقق: «أما الشاهد فلا يجوز له أخذ الأجره. . .» (١).

أقول: لا إشكال في حرمة أخذ الأجره على الشاهد، بناءً على حرمة أخذ الأجره على الواجبات مطلقاً، لأن الشهاده واجبه عليه، فيكون الشاهد كالقاضي في حرمة الأخذ بناءً عليه بلا فرق بينهما، فلا وجه لأن يكون أخذ الأجره عليها أشدّ حرمة منه على القضاء. نعم، يحصل الفرق فيما إذا كان الوجوب على الشاهد عينياً والقضاء كفائياً.

وهل يجوز أخذها على تحمّل الشهاده؟ قال في (الجواهر): قد يقال بجواز الأخذ عليه مع عدم تعيينه عليه، لكن الأولى تركه (٢).

وهل يجوز أخذها على مقدّمات أداء الشهاده؟ وجهان، من أن الواجب إقامه الشهاده لا تحصيل المقدمات، ومن أن الشهاده واجبه وتحصيل مقدماتها مقدّمه للواجب فهو واجب، فلا يجوز أخذ شيء في مقابل مقدّمه الشهاده.

أقول: أداء الشهاده من الواجبات البدنيه لا الماليه، فلا يجب عليه بذل المال لتحصيل المقدمات المتوقف عليها أداء الشهاده، كأجره السيّاره التي تقلّه إلى بلد

ص: ٩٤

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٦٩.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٥٤.

آخر، لأجل الحضور فى مجلس الشهاده والقضاء مثلاً، إلا أن يقال بوجوبها عليه حتى مع بذل ما يلزم من المال فى سبيلها.

قال المحقق: « ويجوز للمؤذن والقاسم وكاتب القاضى والمترجم وصاحب الديوان ووالى بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال المعدّ للمصالح، وكذا من يكيل للناس ويزن ومن يعلم الآداب والسنن» (١).

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

ص: ٩٥

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٦٩.

قال المحقق قدس سره: « تثبت ولايه القاضى بالإستفاضه » (١).

□
أقول: لم يتعرض رحمه الله لثبوت ولايه القاضى بالعلم والبيئه، لأن ثبوتها بهما لا ريب فيه (٢)، فالولايه تثبت بشهاده عدلين بها وإن لم يحكم بها حاكم، كما فى (المسالك) وغيرها، فتكون نظير الإجتهد، فإنهم ذكروا أن الإجتهد والأهليه للمرجعيه فى الأحكام الشرعيه تثبت بشهاده عدلين من أهل الخبره، من دون توقف على حكم مجتهد آخر بها، لإطلاق أدله البيئه الشامل للمورد. نعم، لو أنكر منكر ولايه القاضى مدعياً عدم نصب الحاكم إياه للقضاء، أو أنكر اجتهاده - بناءً على اشتراطه فيه - وقعت المرافعه، وتوقف ثبوت الولايه على حكم الحاكم فيها حينئذ.

وحيث لا علم ولا بيئه، تثبت ولايه القاضى بالإستفاضه، ومع عدم ثبوتها فلا يجوز الترافع عنده والتحاكم إليه.

ص: ٩٤

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٧٠.

٢- ٢) ولعله لهذا السبب أيضاً لم يتعرض « لثبوتها بسماع التوليه من الإمام عليه السلام نفسه، وبإقراره عليه السلام بها، وبحكم الحاكم بها بناءً على ثبوتها به.

وهل المراد من الإستفاضه الخبر المفيد للعلم، أو الشيع المفيد للظن المتأخم للعلم، أو يكفى فى صدقه إفادته للظن؟

فى (المسالك): هى إخبار جماعه، لا يجمعهم داعيه التواطى عاده، يحصل بقولهم العلم بمضمون خبرهم، على ما يقتضيه كلام المصنف هنا، أو الظن الغالب المقارب له على قول (١).

وفى (الجواهر) (٢) فسير الإستفاضه بالشيع الذى يحصل غالباً منه سكون النفس واطمئنانها بمضمونه، قال: بل لعل ذلك هو المراد بالعلم فى الشرع موضوعاً أو حكماً.

فإن أراد المحقق الشيع المفيد للظن، كان نظير خبر الواحد والبيئه، غير أنه فى البيئه يشترط العداله والعلم الحسى بالموضوع وغير ذلك ولا يشترط ذلك فى المستفيض، فلو جاء جماعه - فىهم الكبير والصغير والمسلم وغير المسلم - نبأ، أفاد المجموع الظن وإن لم يفد كل واحد من الأخبار الظن بوحده.

والظاهر: أن المحقق لا يريد ما ذكر فى (المسالك) و (الجواهر)، لأن إرادته ما يفيد العلم أو ما كان كالعلم بعينه، بعد أن لم يتعرض للعلم والبيئه فى طريق ثبوت الولايه، فكأنه يريد أن ثبوت ذلك بالعلم أو الاطمينان مسلم، ولذا تعرض للإستفاضه غير المفيده لأحدهما رأساً. . . بل الظاهر: أن مراده من الإستفاضه هو الشيع المفيد للظن، فهو الحجه فى ثبوت الولايه للقاضى (٣).

ص: ٩٧

١- ١) مسالك الأفهام ١٣: ٣٥١.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٥٥.

٣- ٣) الإستفاضه من: فاض الماء يفيض فيضاً وفيضاً بمعنى «كثر»، فإذن، يعتبر فى الخبر المستفيض تكثر رواته، ولذا عتب فى المسالك بأنها إخبار جماعه، وفى الجواهر بالشيع. ثم اختلفت كلماتهم فى حدّ هذه الكثره المعتره. وقد يستظهر من عباره المسالك ونحوها اعتبار اتحاد لفظ جميع المخبرين فى صدق «المستفيض» على خبرهم، بخلاف عباره الجواهر ونحوها، فإنها ظاهره فى تحقق صدقه باتّحاد المعنى وإن تعددت الألفاظ. ثم هل المعتره فى الخبر المستفيض حصول العلم بمضمون الخبر أو الظن الغالب المتأخم للعلم أو مطلق الظن؟ أقوال، قد عرفت نسبه الشهيد الثانى الأول إلى المحقق ولكنها غير تامه وقد قال رحمه الله فى آخر المسأله: وسيأتى رجوع المصنّف عن الجزم باعتبار العلم إلى الإكتفاء بمتأخمه على تردّد فيه، وعلى القولين الآخرين يكون الخبر المستفيض من أخبار الآحاد، ويؤيد ذلك قول الأصحاب فى الكتب الفقهيّه: هذا الخبر مستفيض بل متواتر.

ولعل وجه كلام الشهيد الثانى - حيث ينسب المعنى المذكور إلى المحقق - هو قول المحقق فى آخر المسأله: « ولا يجب على أهل الولاية قبول دعواه مع عدم البيئه وإن شهدت له الأمارات ما لم يحصل اليقين » .

ولكن الذى يقوى فى النظر، أنه قد تطرّق إلى هذا الحيث على فرض عدم تحقق الإستفاضه، إذ قال قبل ذلك: « ولو لم يستفض . أشهد الإمام عليه السلام أو من نصبه الإمام على ولايته شاهدين . » فلا يدل كلامه المذكور على أن مراده من الإستفاضه ما يحصل منه العلم واليقين .

ثم قال فى (المسالك) (1) فى بيان وجه كلام المحقق: إن كان المراد من الإستفاضه ما يوجب العلم، فإنها تفيد ذلك لأنها أولى من البيئه، وإن أريد ما يفيد الظن، فهو حجه فى كل مورد لا طريق إلى إقامه البيئه عليه ولا طريق إلى العلم فيه، ففى مثل ذلك قامت سيره على الإعتماد على الإستفاضه . . .

والشيخ قدس سرّه ذكر فى (المبسوط) (2) ثبوت ذلك بالإستفاضه، ثم

ص: ٩٨

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٣٥١.

٢-٢) المبسوط فى فقه الإماميه ٦: ٨٦.

استدلّ لحجّيه الإستفاضه فى مورد آخر بالأخبار، وذلك يدل على أن مراده من الإستفاضه ما يفيد الظن وإلا لم يستدل بالأخبار.

وصاحب (الجواهر) تمسّك بالسيره والأخبار لحجّيه الإستفاضه بغض النظر عن إفادتها للعلم أو الظن، فظاهر كلامه قدّس سرّه أنها حجه عند العقلاء مطلقاً.

□
ومما استدلّ به فيها: مرسله يونس عن بعض رجاله عن أبى عبد الله عليه السلام قال: « سألته عن البينه إذا أُقيمت على الحق، أيحلّ للقاضى أن يقضى بقول البينه إذا لم يعرفهم من غير مسأله؟ فقال: خمسه أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم: الولايات والتناكح والمواريث والذبائح والشهادات، فإذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه» (١).

قال المجلسى والكاشانى « قدّس سرّهما » فى شرحه (٢): إن الاستفادة من الخبر الحكم بظاهر دعوى متولّى الأمر، وأنه لا يجب الفحص عن باطن الأمر، فإذا ادّعى الولايه وتولّى الأمر فلا يجب السؤال عن باطنه.

قال أحدهما: المدعى للتزويج يقبل منه، وكذا القصاب بالنسبه إلى المذيحه فلا يسأل عن باطن اللحم، والشاهد كذلك، فإنه يحكم بحسب ظاهره ولا يسأل عن باطن حاله، فكأن جواب الإمام عليه السلام فى خصوص الشاهد: إنه يحكم بحسب ظاهر الأمر، ولا حاجه إلى السؤال عن باطن الشاهد وحقيقه حاله إن كان ظاهره ظاهراً مأموناً.

ص: ٩٩

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٨٩/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢٢، وقد روى هذا الخبر مع اختلاف فى بعض ألفاظه.

٢- ٢) مرآه العقول ٢٤: ٣٠٣، الوافى ٩: ١٠١٥.

أقول: لكن هذا المعنى لا- يساعده لفظ الروايه، ففي الروايه: « فإذا كان ظاهره » وهو ضمير مفرد لا يصح عوده إلى الشهادات والبينه، إلا أن يجعل المرجع له أحد الفردين أو الأفراد، وهو خلاف الظاهر.

وجعل صاحب (الجواهر) مرجع الضمير « الحال » و « المطلب » أى: فإذا كان ظاهر المطلب ظاهراً مأموناً، فتكون الروايه وارده فى مورد الشيع، وأما على ما ذكره، فتكون أجنبه عن محلّ الكلام، لكن ما ذكره فى (الجواهر) مشكل أيضاً.

وفى الروايه احتمالات أخرى، والحاصل إنه لا دلالة تامه لها على الحكم (1).

□
ومما استدل به: صحيحه حريز قال: « كانت لإسماعيل ابن أبى عبد الله عليه السلام دنانير، وأراد رجل من قريش أن يخرج إلى اليمن، فقال إسماعيل: يا أبه إن فلاناً يريد الخروج إلى اليمن وعندى كذا وكذا ديناراً، أفترى أن أدفعها بيتاع لى بها بضاعه من اليمن؟

□
فقال أبو عبد الله عليه السلام: يا بنى، أما بلغك أنه يشرب الخمر؟

ص: ١٠٠

١- ١) أى لإجمال لفظ الروايه. وأما سنداً فهى مرسله، إلا أن « يونس » فيها هو يونس بن عبد الرحمن كما جاء فى الوسائل عن الصدوق، ويونس بن عبد الرحمن من أصحاب الإجماع، فتكون الروايه معتبره بناءً على تصحيح ما يصح عن أحدهم. لكن راويها عن يونس هو: « محمد بن عيسى » وهو: ابن عبيد ابن يقطين أبو جعفر العبيدى الأسدى الراويه عن يونس حتى قيل له « اليونسى » نسبه إليه. وهذا الرجل قد وثقه النجاشى (رجال النجاشى ٣٣٣: ٨٩٦) قائلاً: جليل من أصحابنا ثقه عين كثير الروايه حسن التصانيف. وضعفه الشيخ قائلاً: ضعيف استثناه أبو جعفر ابن بابويه من رجال نواذر الحكمه وقال: لا أروى ما يختص بروايته، وقيل: إنه يذهب مذهب الغلاه. . . (الفهرست ٢١٦: ٦١١). إلا أنه قد تقرر تقدم رأى النجاشى على رأى الشيخ عند التعارض، ولا سيما وأن الظاهر هنا كون سبب تضعيف الشيخ ما ذكره عن الصدوق تبعاً لشيخه ابن الوليد، على أنه قد تقرر أيضاً اعتبار خبر الثقه وإن كان فاسد المذهب.

فقال إسماعيل: هكذا يقول الناس.

فقال: يا بني لا تفعل.

فعصى أباه ودفع إليه دنائيره، فاستهلكها ولم يأت بشيء منها.

فخرج إسماعيل وقضى أن أبا عبد الله عليه السلام حج، وحج إسماعيل تلك السنه، فجعل يطوف بالبيت وهو يقول: اللهم أجرني وأخلف علي، فلحقه أبو عبد الله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه وقال له: مه يا بني، فلا والله مالك على الله هذا، ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك، وقد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمته.

فقال إسماعيل: يا أبة، إنى لم أره يشرب الخمر، إنما سمعت الناس يقولون.

فقال: يا بني، إن الله عز وجل يقول في كتابه «يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ» يقول: يصدق لله ويصدق للمؤمنين، فإذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم، ولا تأتمن شارب الخمر، فإن الله تعالى يقول «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» فأى سفيه أسفه من شارب الخمر، إن شارب الخمر لا يزوج إذا خطب، ولا يشفع إذا شفع، ولا يؤتمن على أمانه، فمن ائتمنه على أمانه فاستهلكها لم يكن للذى ائتمنه على الله أن يأجره ولا يخلف عليه» (١).

فإنها صريحه فى اعتبار الشيعاء بين الناس وترتيب الأثر عليه، بأن لا يأتى الإنسان بما يخالف مقتضاه، ولكن لو كان هذا الشيعاء كالبيته فى الحجيه، للزم إجراء الحدّ عليه، وهو خلاف الإجماع بل الضروره.

فمراد الإمام عليه السلام هو الإحتياط من هكذا شخص، وأن لا يسلم

ص: ١٠١

١-١) وسائل الشيعه ١٩: ٨٢/١. كتاب الوديعه، الباب ٦. رواها الكلينى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبى عمير عن حماد بن عيسى عن حريز. وهى صحيحه أو حسنه بإبراهيم بن هاشم.

الإنسان ماله، ولا يأتمن أحداً على شيء إلا بعد الوثوق بدينه وأمانته، بل الشيعاء لا يقتضى التفسيق، والغالب فى الشيعاء عدم الإستناد إلى الحس، فإن الحكم بفسق من شاع عنه أنه يشرب الخمر وإجراء حدّ شرب الخمر عليه بالإستناد إليه غير جائز. نعم، ترك تزويجه فى محلّه، لأنه محل شبهه وإن لم يكن العقد لشارب الخمر باطلاً.

وبالجملة: إن أفاد الشيعاء العلم أو الإطمينان العقلانى - وهو الذى يعبرون عنه بالعلم ويرتبون عليه أثره أو يجعلونه موضوعاً - فهو، وإلا فليس بحجه إلا أن تقوم السيره على جعل الشيعاء كخبر الواحد فى ترتيب أثره عليه، ولا يبعد تحقق هذه السيره عند عموم الناس - ما عدا المحتاطين منهم - ولكن فى اتصالها بزمن المعصوم وإمضائه لها تأمل.

أمور أخرى تثبت بالإستفاضه:

قال المحقق: « وكذا يثبت بالإستفاضه النسب والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعتق » (١).

أقول: يكفى فى ثبوت النسب - كما لو شك فى كون زيد هاشمياً مثلاً - شيعاء ذلك فى بلده حيث لا طريق آخر إلى إثباته، وكذا الأمر فى الوقف، فلو شاع أن القرية الفلانيه موقوفه للجهه الكذائيه، كفى ذلك فى ثبوت الوقف، حيث لا طريق مفيداً للعلم بذلك، وكذا الموت، فإنه قد يشهد بذلك شاهدان عادلان أو يحصل العلم الوجدانى بالموت، وأما مع عدمهما كالموت فى السفر - مثلاً - فلا طريق إلى الثبوت إلا الشيعاء، فتقسم الأموال وتترتب الآثار... وكذا الأمر فى الملك المطلق،

ص: ١٠٢

فإنه لا طريق إلى إثباته إلا بالأخذ بالشياع، لأن تواطى الناس على ذلك محال عادة، وكذا النكاح والعتق.

والدليل على كفايه الإستفاضه فى ثبوت هذه الامور هو السيره - كما أنها الدليل المعتمد عليه فى حجيه خبر الواحد - فإن أهل العرف يرتّبون الأثر فى مثل هذه الامور على الإستفاضه فيها، لأنها مفيده للوثوق النوعى عندهم.

أقول: ونفس إقامه الدليل على الإعتماد على الإستفاضه، دليل على أنهم لا يريدون من الإستفاضه ما يفيد العلم أو الإطمينان المتأخم له، وإلا فنفس العلم أو الإطمينان دليل.

وفى (المسالك): الإستفاضه المفيده للعلم دليل حجيتها هو العلم، والمفيده للظن دليل حجيتها السيره، ولكن السيره لا تتحقق إلا فى موارد مخصوصه ومنها الولايه على القضاء، لأنه لولا الإستناد إليها يلزم العسر والحرج، لعدم إمكان إقامه البيئه (1).

وعن بعضهم دليل آخر على حجيه الإستفاضه وهو: إن الحجه لا تقام عند الحاكم وإلا لزم الدور، مثاله: إذا كان فى البلد قاض، وقد نصب الحاكم قاضياً آخر، ولم يعتبر الشيعاء ولا البيئه إلا بحكم، وتوقف قبول البيئه على ولايه الثانى على الحكم، فإن كان الحاكم بثبوت ولايه الثانى هو القاضى الأول، فإن المفروض سبق عزله ثبوت ولايه القاضى الجديد، بناءً على القول بسقوط ولايته بمجرد نصب الثانى، فلا ينفذ حكمه، وكذلك الأمر بناءً على القول بانعزاله ببلوغه خبر نصب الثانى، لأنه مع وصول الخبر ينزل، فلو أراد أن يحكم، لم ينفذ حكمه بولايه

ص: ١٠٣

الثانى. وإن كان الحاكم بثبوت الولاية هو القاضى الثانى نفسه، فإن ثبوت ولايته يتوقف على حكمه، وحكمه يتوقف على ثبوت ولايته، وهذا 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.

وقال فى (المسالك): « وهذا يتم على القول بعدم جواز تعليق العزل على شرط، وقد جوزه العلامة فى القواعد » (١)(٢).

لكن فيه: إنه لا يوافق قواعد الأصحاب، وقد حكموا ببطان الوكالة المعلقة، أى: لا يصح تعليق الوكالة على شرط، ولا بد من كونها منجزه، فإذا كان التعليق مبطلاً لها مع كونها من العقود الإذنيه، فإن إبطاله للولاية التى ليست منها يكون بطريق أولى.

وقيل: بالفرق بين الولاية والوكالة، لأن الوكالة من العقود. فلا بد لها من الصيغه الممتنع فيها التعليق شرعاً، والولاية ليست من العقود بل هو جعل للمنصب نظير جعل الوجوب والحرمة، فيجوز فى الولاية ما لا يجوز فى الوكالة، فيجوز أن يكون الأول معزولاً عن الولاية فى ظرف ثبوت ولاية الثانى، فحينئذ يحكم بولاية الثانى وينعزل هو عن القضاء.

وهذه بحوث علميه بحته ليست محلاً للإبتلاء فعلاً، نعم يجرى البحث لو قلنا بقبول القضاء للوكالة، كأن يوكل الثانى ويرسله إلى البلد، فإنه بوصله إليه ينعزل الأول، ومن البحوث العلميه قول المحقق:

ص: ١٠٤

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٣٥١ - ٣٥٢.

٢-٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٠٣.

« ولو لم يستفرض، إما لبعده موضع ولايته عن موضع عقد القضاء له أو لغيره من الأسباب، أشهد الإمام عليه السلام أو من نصبه الإمام على ولايته شاهدين بصورة ما عهد إليه و سيرهما معه ليشهدا له بالولاية» .

و كيف كان: « لا يجب على أهل الولاية قبول دعواه مع عدم البينة وإن شهدت له الأمارات، ما لم يحصل اليقين» .

ص: ١٠٥

قال المحقق: « يجوز نصب قاضيين في البلد الواحد لكل منهما جهه على انفراده» (١).

أقول: لا ريب في جواز نصب قاضيين في البلد الواحد، على أن يكون لكل منهما جهه على انفراده، كجعل أحدهما قاضياً في الأموال والآخر في الدماء والفروج ونحو ذلك.

قال: « وهل يجوز التشريك بينهما في الجهه الواحده؟ ... » .

أقول: وهل يجوز التشريك بينهما في الولاية الواحده؟ قولان، اختار المحقق قدس سره الجواز، والصحيح: المنع، لأن الولاية من الامور ذات الإضافه فلا يمكن التشريك فيها، إلا أن يراد من التشريك إناطه نفوذ حكم أحدهما بموافقه الآخر. . . .

ومع التعدد، فحيث أن كل واحد منهما جعله الشارع قاضياً بالإستقلال، وليس نفوذ حكمه مشروطاً - في زمن الغيبه - بموافقه الآخر وإمضاء حكمه، كان النافذ حكم السابق منهما في الحكم في الواقعه، فلا يجوز للآخر نقضه - إلا مع طلب

ص: ١٠٦

المترافعين أو العلم بالإشتمابه فى الحكم - كما هو الحال فى إجراء العقد للصبى من قبل كل من الأب والجد...

لو اختلف المترافعان فى تعيين القاضى:

فإن اختلف المترافعان فى تعيين القاضى، فهل يلزم المنكر بالترافع عند من شاء المدعى الترافع عنده؟ قيل: نعم، وأدعى عليه الإجماع، لأن المدعى هو صاحب الحق. وفيه نظر، وفقاً للسيد صاحب (العروه) (1) قدس سره، إذ ليس للمدعى الحق، لا على القاضى - لأنه لو كان ذا حق لجاز له إسقاطه، والحال أن نظر القاضى فى المرافعة حكم واجب - ولا على المدعى عليه، لأنه ما لم يثبت صدق دعواه بحسب القواعد لم يثبت الحق، وإن أمكن ثبوته فى علم الله سبحانه.

على أنه لو كان من حق فهو للمترافعين معاً، فإن للمدعى عليه الترافع عند من شاء من القاضيين حتى يخلصه من دعوى المدعى، وكذا إحضاره عنده ليثبت عدم صدق دعواه، وحينئذ، قالوا: يرجع إلى القرعة لتعيين القاضى، لأنها المرجع عند التداعى كما سيأتى.

فتحصل سقوط هذا الوجه لتقديم قول المدعى، ويبقى الإجماع إن كان، وإلا فالقرعة هى المرجع أيضاً.

وأما فى صورته التداعى، بأن يكون كل منهما مدعياً ومنكراً، كأن يدعى أحدهما البيع فيثبت لنفسه الخيار والآخر الصلح فلا خيار، فإن توافقا على الترافع عند أحد الحاكمين فهو، وإن سبق أحدهما إلى الحاكم نفذ حكمه بناءً على نفوذ

ص: ١٠٧

الحكم الغيابي، وإن رجع كل واحد من المترافعين إلى واحد من الحاكمين، وحكم كل منهما غياباً، قال الأكثر بالقرعه، لأن أحد الحكّمين المتنافيين مطابق للواقع فيعين بها.

لكن مقتضى القاعده بطلان الحكّمين معاً، لأنه إن أريد بالقرعه العثور على الواقع، كترافع الرجلين على مال في يد ثالث فيقترع، فهو، ولكن في المورد حيث مقدّمات الحكم في كلا الطرفين تامّه، ويراد ترتيب الأثر على كل واحد باعتباره حكماً مطابقاً للواقع، كان الحكمان متضادّين، ومقتضى القاعده سقوطهما، لكن لم أجد من أفتى بذلك.

وتفصيل المسأله: إنه إذا حكم كل من الحاكّمين لكل من المتخاصمين بنحو التقارن، فالوجه سقوط الحكّمين، وإنما يتصور ذلك في الحكم الغيابي، والحكم الغيابي يتصوّر في حالين:

الأول: أن يحضر أحد المترافعين عند الحاكم فيرسل الحاكم خلف الآخر، فتاره يمتنع عن الترافع عند هذا الحاكم، وأخرى يمتنع عنه مطلقاً، فإن أبي عن الحضور مطلقاً، طلب الحاكم من المدعى الشهود ثم يحكم حكماً غيابياً على الخصم وينفذ هذا الحكم في حقّه بلا كلام، وإن أبي عن الحضور عند هذا الحاكم مع الموافقه على الترافع عند غيره، فهل يسمع كلامه أو لا، فيحكم عليه غياباً؟

الصحيح: إنه لا وجه للإلزامه، بل يرجع إلى القرعه.

الثاني: أن يكون الحكم غيابياً بالنسبه إليهما معاً - بأن يكون أحدهما في بلد والآخر في بلد آخر، فيرجع كل منهما إلى حاكم بلده بعد عدم اجتماعهما في بلد واحد للمرافعه لجهه من الجهات، فيحكم كل واحد من الحكّمين حكماً غيابياً على الخصم الآخر - فأى الحكّمين النافذ؟

إن علم الأسبق منهما زماناً فهو المقدم، ومع عدمه فالقرعه هي الطريق لتعيين الحكم السابق النافذ، ومع العلم بوقوعهما في زمان واحد، فمقتضى القاعده سقوطهما، لأنهما كالسبيين المتمانعين، وبعبارة أخرى: هما حكمان لموضوع واحد، ودليل اعتبارهما واحد، فحيث لا يمكن اجتماعهما يسقطان.

وقيل: إنهما كالخبرين المتعارضين، فيحكم بالتخير.

قلت: إنما يحكم بالتخير بين الخبرين المتعارضين في صورته الإمكان، لا في كل خبرين متعارضين، وفيما نحن فيه، لو كان مقتضى أحد الحكمين كون المال المتنازع فيه لزيد ومقتضى الآخر كونه لعمرو، كيف يحكم بالتخير؟

قال السيد قدس سرّه: إن أدلّه نفوذ حكم الحاكم منصرفه عن مورد التعارض بين الحكمين، فدليل اعتبار الحكم لا يشمل.

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

واحتتم السيد الرجوع إلى حاكم ثالث، فيكون حكمه رافعاً للنزاع.

قلت: وهل يجب ذلك أو هما بالخيار فيرجع البحث؟ والصحيح: سقوط الحكمين معاً، فإن تراضيا بعدئذ بالتراجع عند حاكم ثالث فهو، وإلا فيرجع إلى القرعه لتعيين الحاكم.

ثم إن التداعي يكون تارة في الشبهه الحكميه، كأن تعقد البنت الباكراه العاقله الرشيدته نفسها لرجل - بناءً على صحته - ويعقدها الولي لرجل آخر - بناءً على استقلاله في ذلك - فيقع النزاع بين الرجلين...

وكما لو وقع النزاع في الحبوه بين الولد الأكبر وسائر الورثه، فاختلف

الطرفان فى الحكم تبعاً لمقلديهما - مثلاً - .

وأخرى فى الشبهه الموضوعيّه، كأن يتنازعا على مال، فإن كان فى يد أحدهما، كان الآخر مدّعياً وصاحب اليد منكرًا، فإن أثبت المدعى ملكيته له فهو، وإلاّ - حلف المنكر على أنه ليس للمدعى وأبقى فى يده، وإن لم يكن لأحدهما يد على المال كان التداعى.

وقد أجرى فى (المستند) هذا التفصيل فى الشبهه الحكميه أيضاً (١).

والحق - وفاقاً للسيد قدّس سرّه - كونهما متداعيين فى تلك الشبهه وإن كان لأحدهما يد، لأن اليد حجّه فى صوره الجهل بمدركها، فيحتمل أن تكون على وجه صحيح، وأما مع العلم بكون مستند اليد فتوى المجتهد مثلاً فليست بحجّه . . . فلو كانت المرأه تحت من عقد له الأب، وجاء من يدعى سبق عقد الجد له عليها، ووقع النزاع حول الأقدم، كان احتمال صحه اليد فى محلّه، فيطالب الخصم بالبينه، فإن جاء بها وإلاّ حلف صاحب اليد وبقيت تحته، ففى هذه الصوره حيث النزاع على الأسبقيه، وليس المنشأ هو الاختلاف فى الحكم، يحتمل صحه اليد، وكان من قبيل المدعى والمنكر لا المتداعيين.

ص: ١١٠

١- ١) مستند الشيعه فى أحكام الشريعه ١٧: ٩٥.

المسألة الثامنة: (فيما يتعلّق بانعزال القاضي وعزله)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا حدث به ما يمنع الإنعقاد انعزل، وإن لم يشهد الإمام بعزله كالجنون والفسق، ولو حكم لم ينفذ حكمه » (١).

أقول: إذا فقد القاضي أحد الشروط المعتره، سقط حكمه عن الإعتبار ولم ينفذ، لأن أدله اعتبار الصفات تقتضى وجودها فيه ابتداءً واستدامه، فلا وجه للإستصحاب، لأنه أصل وهو لا يعارض الأدله، فإن ارتفع المانع، فهل تعود التولية أو لا بدّ من نصب جديد؟

إختار فى (المسالك) الثانى ووافق فى (الجواهر) قال: لا تعود بزوال هذه العوارض، للأصل.

أقول: والمراد من الأصل، إما استصحاب حال الجنون - مثلاً - وإما أن التولية تحتاج إلى دليل، وبعد زوال الجنون فالأصل عدم التولية، فيكون نظير الوكاله إذا جنّ الوكيل . . .

والحق: أنه إن نصب شخص الإمام عليه السلام أحداً بخصوصه للقضاء، كان حاله حال الوكيل فيما ذكر، وأما إذا كان حكم النصب كلياً، سواء فى زمن الحضور أو الغيبه كما فى معتبره أبى خديجه، فإنه مع زوال العارض يشمل الحكم

ص: ١١١

الكلى وينفذ حكمه، نظير: « صلّ خلف من تثق بدينه » (١)، فلو حدث في إمام الجماعة فسق لم تجز الصلاة خلفه، فإن تاب وعاد جاز الائتمام به لقوله عليه السلام: « صلّ » لأن معناه: جواز الصلاة خلفه في كل زمان حصل الوثوق بدينه وعدالته. . . ولعلّ كلمات الأصحاب ناظره إلى المنصوب من قبل الإمام عليه السلام بشخصه، وهذا جار في المنصوب من قبل المجتهد أيضاً، بناء على أن له ذلك.

هذا كله في الإنعزال القهري، فإن القاضى ينزل بحدوث ما يمنع انعقاد القضاء له، وإن لم يعلم الإمام عليه السلام بذلك، لأنهم إذا شاءوا علموا كما في الأخبار.

وربما فرق بين ما إذا كان العارض سريع الزوال كالإغماء، وبين غيره كالجنون، فتعود في الأوّل قياساً على السهو والنسيان دون الثانى.

أقول: وفيه إنه يشترط في القاضى العقل، وإن زواله يوجب العزل، سواء كان بالإغماء أو الجنون، إذ لا أثر لقله زمان الزوال حتى يفرق بين الإغماء والجنون، وأما في حال النوم والسهو والنسيان ونحو ذلك فلا يزول العقل، فهو قياس مع الفارق.

قال المحقق قدس سرّه: « وهل يجوز أن يعزل اقتراحاً؟ الوجه: لا، لأن ولايته استقرت شرعاً فلا تزول تشهياً » (٢).

أقول: إن كان في العزل مصلحة فلا إشكال في جوازه، ومورد البحث ما إذا أراد عزله لا لمصلحه بل تشهياً، وقد استدلل المحقق قدس سرّه للعدم بما سمعت،

ص: ١١٢

١-١) وسائل الشيعة ٨: ٣٠٩/٢. أبواب صلاة الجماعة، الباب ١٠.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٧١.

لكنه مصادره محضه.

وقيل: لأنه عبث، والإمام عليه السلام لا يفعله.

وفيه: إنه إن عزله فلا يكون عبثاً.

وقيل: إنه يعرض بذلك للقدح من ليس بمقدوح فيه.

وفيه: إن عزله مع رفع هذه الشبهه، فلا إشكال، على أن لزوم ذلك أمر ثانوى، والعنوان الثانوى قد يحصل حتى من النصب، فقد ينصب الحاكم للقضاء ويترتب على ذلك المفسده، فلا بدّ من البحث فى جهه أخرى، وهى أنه هل يجوز عزل القاضى عن القضاء أو لا؟

لقد ذكرنا سابقاً: أن الولاية على القضاء أمر اعتبارى عرفى قابل للجعل، كالزوجه والملكيه ونحوهما، فهى موجوده بين أهل العرف، وقد جعل الشارع هذه الولاية للنبي والإمام عليهما الصلاه والسلام، ثم رخص المجتهد فى ذلك أيضاً، فهل يستفاد من نفس التمكّن من الجعل التمكّن من العزل كذلك؟

أمّا بالنسبه إلى الإمام عليه السلام، فلا ريب فى انعزال من يعزله، وأمّا بالنسبه إلى المجتهد، فهذا مشكل، بل لا بدّ من دليل آخر، كما ليس لحاكم الشرع عزل من جعله متولياً على وقف أو نصبه ولياً على أمر من الأمور من غير سبب يقتضى ذلك شرعاً، إلّا أن يدعى النيابة العامه للمجتهد، بأن يكون له فعل كلّ ما فعله الإمام عليه السلام. . . وهذا يتوقف - بالإضافة إلى إثبات ذلك من ناحيه الأدله - على إثبات فعل الإمام عليه السلام ذلك، إلّا أن يقال بأن أمير المؤمنين عليه السلام كان قد نصب وعزل بعض القضاة، ولكن هذا يحتاج إلى الإثبات، فلعلّه أرجع القاضى من ذاك البلد ليرسله إلى بلد آخر.

وكيف كان، فيحتاج إلى دليل آخر غير ما دلّ على جواز النصب.

نعم، كل شيء يتوقف على الإذن - لا الجعل - جاز الرجوع فيه عن الإذن.

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

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

وعلى فرض جواز العزل، فهل ينزل القاضى بمجرد العزل أو بعد بلوغ الخبر إليه كالوكيل؟ قال في (المسالك): قولان، أظهرهما الثاني، لعظم الضرر في ردّ قضيته بعد العزل وقبل بلوغ الخبر، فيكون الحكم فيه أولى من الوكيل (1).

وفي الأصول: إن الضرر اللازم كما يمكن أن يكون متوجهاً إلى من كان له الحق، كذلك يحتمل أن يتوجه إلى مدعى الباطل منهما، ودليل «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 منصوباً لذلك من قبل الامام، ثم بان له أنه لم يكن له ذلك، فإن حكمه باطل، وكذا من باع مال غيره متخيلاً أنه وكيل عنه في ذلك، ثم ظهر العدم.

ص: ١١٤

وفى الثانى: إن الأولويّه ممنوعه، إلا أن يقال بأن الولاية على القضاء وكاله مع زياده السلطنه أو يصحح ذلك بتنقيح المناط.

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

قالوا: هذا إذا عزل القاضى لفظاً أو كتب إليه: أنت معزول - مثلاً -، وأما إذا كتب إليه: إذا قرأت كتابى فأنت معزول، ففيه فروع:

منها: أنه لا ينعزل إلا بعد قراءة الكتاب، سواء وصل إلى يده أو لا، فلو وصل إليه الكتاب وحكم فى قضيه قبل أن يقرأه نفذ حكمه بلا إشكال.

ومنها: أنه لا يشترط قراءته للكتاب مباشرة، بل الظاهر أن المراد فهمه بما فيه، ولو بقراءه غيره له.

ومنها: أنه هل يشترط قراءه الكتاب كله أو يكفى العلم بحاصل المراد؟ وتظهر الفائدة فيما لو ذهب بعض الكتابه أو تعذر عليه قراءته. . .

قال فى (الجواهر) (1) إن هذه احتمالات بارده، أطنب فيها العامه فى كتبهم لغرض صيروره الكتاب ضخماً.

قلت: ويمكن أن تثمر هذه الفروع فى الإجازات والوكالات التى يكتبها الفقهاء للأشخاص. . . ولكنها قليلة الجدوى.

ص: ١١٥

قال المحقق قدس سرّه: « إذا مات الإمام عليه السلام قال الشيخ: الذى يقتضيه مذهبنا انزال القضاة أجمع. وقال فى المبسوط: لا ينزلون، لأن ولايتهم ثبتت شرعاً فلا تزول بموته. والأوّل أشبه» (١).

أقول: علّل فى (المسالك) (٢) القول الأوّل بقوله: لأنهم نوابه وولايتهم فرع ولايته، فإذا زال الأصل زال الفرع، ووافقه فى (الجواهر) فيه وأضاف: فإن أمر كلّ عصر إلى إمام ذلك العصر. أى: إن قضاة ذلك العصر ينزلون بموته، ثم ينصبهم الإمام اللاحق مره أخرى أو ينصب غيرهم.

واستدلّ للقول الثانى: بأن ولايته القضاة قد ثبتت شرعاً فلا تزول بموت الإمام، ومع الشك تستصحب، وقد أيد ذلك فى (الجواهر) (٣) وغيره بما فى الانعزال من الضرر العام للخلق، بخلوّ البلدان من الحكام إلى أن يجدد الإمام اللاحق نواباً فتعطل الأحكام.

والصحيح أن يقال: إن كلّ فرد من الناس إذا وكلّ أحداً أو أنابه أو أذن له فى

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٧١، المبسوط فى فقه الاماميه ٨: ١٢٧.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٣: ٣٥٩.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٦٤.

شئونه الخاصه والأمور التي بيده، فإنه إذا مات ينعزل الوكيل والنائب والمأذون بلا كلام، من غير فرق في ذلك بين الإمام وغيره، فإن كان القضاء كذلك، بمعنى أن يكون أمر القضاء للإمام، وأن القاضي ينوب عنه في القضاء أو يقوم بذلك وكاله عنه، انعزل القضاء بموته، لأن من قواعد المذهب انعزال الوكيل والنائب بموت الموكل والمنوب عنه.

وإن كان القضاء نظير نصب المتولّى على الموقوفه أو الولاية على الصغار، فلا- ينعزل بموت من نصبه، لأنه يقوم بالأمر بعنوان السلطنه لا بعنوان الوكاله والإذن.

وبما ذكرنا يظهر الحال في التمسّك بالإستصحاب، لعدم انعزالهم بموت الإمام، لأن ولايتهم إن كانت من باب الوكاله فقد بطلت، وإن كانت من باب الولاية، فلا شك في بقائها حتى تستصحب، بل لو شك يستصحب عدم جعل الولاية، ولا يعارضه استصحاب عدم كونه وكاله، لعدم الأثر.

ويمكن تقريب الإستدلال بأن يقال: إن الولاية قد يكون جعلها مقيداً بزمان حياه الإمام، فلا ريب في انقطاعها بالموت، وقد يكون غير مقيد بذلك فهي مطلقة، ولا ريب في بقائها بعد موت الإمام، ومع الشك في كونها مقيده أو مطلقة يستصحب كلى الولاية، فلا ينعزل القاضي بموته وينفذ حكمه.

ولكن يشكل: بأنه يبتنى على القول بجريان الإستصحاب مع الشك في المقتضى.

ويمكن أن يكون المستصحب عدم وجود القيد في الولاية، وليس هذا الاستصحاب مثبتاً، لخفاء الواسطه، وحينئذ، يسند بقاء الولاية المطلقة إلى الشارع.

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

وأما استدلالهم بلزوم الضرر العام بالانعزال، فيرد عليه: إن لزوم الضرر لا يفيد لإثبات عدم الانعزال، فلو أن ماء حكم بطهارته الظاهرية بالاستصحاب وتوضأ به مده من الزمن، وغسلت به الثياب ونحو ذلك، ثم انكشف الخلاف، لم يكن الضرر العظيم المترتب على ذلك بمانع عن القول بنجاسه الماء.

إلا أن يقال: بأن لزوم الضرر يقتضى القول بعدم سقوط أحكام هؤلاء القضاة، وأما أصل ولايتهم على الحكم، فلا تثبته قاعده نفي الضرر، لأنه أمر تكويني.

قال في (المسالك): « والأظهر هو الأول، وقد يقدح هذا في ولاية الفقيه حال الغيبه وأن الإمام الذي قد جعله قاضياً وحاكماً قد مات، فيجوز في حكمه ذلك الخلاف المذكور، إلا أن الأصحاب مطبقون على استمرار تلك التولية، فإنها ليست كالتولية الخاصة بل حكم بمضمون ذلك، فأعلامه بكونه من أهل الولاية على ذلك، كأعلامه بكون العدل مقبول الشهادة وذو اليد مقبول الخبر وغير ذلك، وفيه بحث» (١).

قلت: وهو خلاف ظاهر المعبره حيث قال عليه السلام «فإني جعلته حاكماً» ولم يقل: فحكمه نافذ - مثلاً - فلو كان حاكماً إلهياً لم يكن متوقفاً على جعل من الإمام، بل ظاهر الرواية أن الحكومه لغير النبي والإمام متوقفه على الجعل وهو بيد الإمام عليه السلام، فيكون الحاصل: إن من كان معنوياً بتلك العناوين

ص: ١١٨

مجعول ولياً من قبل الإمام، وليس هذا الجعل مقيداً بزمان حياته، بل هو نظير جعل التولية على المسجد لإمام الجماعة من قبل الواقف، فليس من شك حتى يستصحب، وأما كون المسألة نظير الوكالة أو الحكم، فكل ذلك خلاف الظاهر.

وبالجملة: إن كان توليهم للقضاء مستنداً إلى النيابة من ناحية الإمام أو إلى الوكالة عنه، كانت ولايتهم فرع ولايه الإمام وبموته ينزلون، وإن كان جعلاً من قبله وسلطنه لهم على الحكم، فلا ينزلون بموت الإمام.

فالحق في المسألة ما ذكرناه (١).

لومات القاضي الأصلي فهل ينزل النائب عنه؟

ثم قال المحقق قدس سره: «ولو مات القاضي الأصلي لم ينزل النائب عنه، لأن الاستتابة مشروطة بإذن الإمام عليه السلام، فالنائب عنه كالنائب عن الإمام فلا ينزل بموت الواسطه. والقول بانعزاله أشبه» (٢).

أقول: لو أذن الإمام 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، وهذا واضح، ولو كان ذلك من قبل

ص: ١١٩

١-١) من بناء الخلاف فيها على كيفية الاستظهار من أدله الإذن، ومقتضى استظهار الجعل غير المقيد بزمن الحياه - من معتبره أبي خديجه ونحوها من تلك الأدله - هو اختيار القول بعدم الانعزال بموت الإمام، وهذا البحث يختص بزمان الحضور، ولذا جعل في المسالك القول بالانعزال قادحاً في ولايه الفقيه الذي قد مات الإمام الذي جعله قاضياً وحاكماً وغاب الإمام المتأخر عنه، لأن المفروض هو الانعزال بموت السابق وعدم النصب المجدد من اللاحق لغيابه، لكن المحقق والجماعه جعلوا المعتبره من أدله النفوذ في زمن الغيبه كما تقدم.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٧١.

نفسه لا- الإمام، فلا- ريب في انزالهم بموته، وهذا واضح أيضاً، ولو أمره الإمام بإنشاء النصب وجعل الولاية على القضاء فلا ينزلون، لا بموته ولا بموت الإمام، لما تقدّم في الفرع السابق.

هذا كله في مقام الثبوت.

وفي مقام الإثبات: إن علم الأمر من الإمام عليه السلام أو بالقرائن الحافّة بالكلام، فلا بحث، وإن شك في كيفية الأمر وفي نفوذ حكم القضاء المنصوبين بعد موت القاضي الأصلي، فلا مجال لاستصحاب كلى الوكالة أو النيابة، لعدم جريانه مع الشك في المقتضى، مضافاً إلى أنه مسبّب عن الشك في كون الجعل من قبل الإمام، والأصل عدمه، كما أن الأصل عدم جعل الولاية والسلطنة، فلا وجه لنفوذ حكمهم بعد موت القاضي الأصلي.

وأما في حال الغيبة، فلا- ريب في نفوذ قضاء الفقيه الجامع للشرائط، لأن له الولاية على القضاء، فإن قلنا بأنه لا يجوز له نصب غيره للقضاء، فلا كلام، وإن قلنا بأن له ما للإمام، جاء فيه التفصيل المذكور في الفرع السابق.

وأما في الأمور الحسينية، فتاره: يأذن أو يوكل أو ينيب من يثق به فيها، فإن أعماله نافذه، ما دام الفقيه الناصب له حياً وينزل بموته ألبته. وأخرى: يجعل الولاية له بالاستقلال، فلا ينزل بموته.

وأشكل المحقق الآشتياني في أن يكون للفقيه ما للإمام من التصرف في الأمور المستقبلية، لعدم الدليل على ذلك (1).

وفيه: إن هذا صحيح، ولكن الفقيه يجعل الولاية في حال حياته، ثم تبقى بعد

ص: ١٢٠

موته حتى يحدث ما يزيلها أو يموت - نظير علقه الزوجيه التي لا تزول بموت العاقدين - لأن ذات الولاية المجعوله قابله للبقاء بمجرد إنشائها، حتى يقوم الدليل على زوالها.

وهل للنائب أو الوكيل جعل الولاية الخاصه لثالث؟

الظاهر: لا، لأن غرض الشارع في الأمور الحسينيه يتحقق بالإذن.

وتظهر الفائده في أنه مع الجعل لا يمكن العزل، وقد تدعو الضروره إلى العزل بخلاف الإذن، فلذا يكون التصرف بنحو الإذن حتى يتمكن من ذلك.

ص: ١٢١

المسألة العاشرة: (هل تنعقد الولاية لفاقد الشرائط لو نصبه الإمام مصلحه؟)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا اقتضت المصلحه توليه من لم يستكمل الشرائط، انعقدت ولايته مراعاة للمصلحه فى نظر الإمام عليه السلام، كما اتفق لبعض القضاة فى زمن على عليه السلام. وربما منع من ذلك. . . » (١).

أقول: اختلف الأصحاب فى المسألة على قولين، ومنشأ الخلاف أن أمير المؤمنين عليه السلام نصب شريحاً للقضاء، مع أنه لم يكن جامعاً للشرائط المعتبرة فى القاضى، فالمستفاد من بعض الروايات أنه لم يكن عالماً حتى بأحكام القضاء، كما أنه لم يكن عادلاً. كما هو واضح، فيدور الأمر فى الحقيقة بين رفع اليد عن بعض الشرائط فى حال توليه الإمام، أو حمل فعل الإمام على بعض الوجوه.

وقد حمل بعضهم نصب الإمام أمير المؤمنين عليه السلام شريحاً على التقية، لأنه كان منصوباً من قبل فى الكوفة، فلو عزله عليه السلام لخالف القوم، كما وقع بالنسبة إلى بعض الأمور التى أراد عليه السلام تغييرها أو رفعها، كصلاة التراويح حيث ارتفعت أصوات القوم وجعلوا ينادون « وا عمراه » (٢).

وقيل: إن الأئمة عليهم السلام مهما كانوا فى تقيه وشده، لم يكونوا يتقون فى

ص: ١٢٢

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٧١.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٨: ٤٦/٢. أبواب نافله شهر رمضان، الباب ١٠.

أمر القضاء، وكانوا ينهاون عن التحاكم إلى قضاء الجور والمخالفين، فكيف بنصب القاضى الجائر؟ على أن أمير المؤمنين عليه السلام لو كان فى حال تقيه لما عزل معاويه عن الشام.

أقول: أما النقص بعزل معاويه، فغير تام، لأن معاويه لم يبايع الإمام مع بيعه سائر المسلمين والولاه له، وأما شريح، فإن الإمام لم يؤله ولم يتمكن من عزله حتى خاطبه قائلاً: « يا شريح جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصى أو شقى » (١).

وقيل: إن الإمام لم يفوض إليه أمر القضاء، بل شاركه فيما ينفذه. وهذا هو المستفاد من الروايات، وهو أحسن الوجوه فى المسأله.

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

وفى (المسالك): المروى من حال شريح معه عليه السلام خلاف ذلك، وفى حديث الدرع الغلول ما يرشد إلى ما ذكرناه (٢).

أقول: ولندكر 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 شريحاً القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه » (٣).

ومنها - ما رواه المشايخ الثلاثة عن سلمه بن كهيل قال: سمعت علياً عليه السلام يقول لشريح: « وإياك أن تنفذ قضيه فى قصاص أو حدّ من حدود الله أو

ص: ١٢٣

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ١٧/٢. أبواب صفات القاضى، الباب ٣.

٢- (٢) مسالك الأفهام ١٣: ٣٦٣.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧: ١٦/١. أبواب صفات القاضى، الباب ٣.

حق من حقوق المسلمين حتى تعرض ذلك على إن شاء الله. « (١).

وأما حديث الدرع الغلول، فهذا نصّه عن الكليني قدّس سرّه، بسنده عن عبد الرحمن بن الحجّاج قال: « دخل الحكم بن عتيبه وسلمه بن كهيل على أبي جعفر عليه السلام، فسألاه عن شاهد ويمين. فقال: قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضى به على عليه السلام عندكم بالكوفة. فقالا: هذا خلاف القرآن، فقال: وأين وجدتموه خلاف القرآن؟ قالا: إن الله يقول «وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ». فقال: قول الله: «وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» هو لا تقبلوا شهاده واحد ويمينا! ثم قال:

□
إن علياً عليه السلام كان قاعداً في مسجد الكوفة، فمَرَّ به عبد الله بن قفل التميمي ومعه درع طلحه. فقال على عليه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلواً يوم البصره. فقال له عبد الله بن قفل: اجعل بيني وبينك قاضيك الذي رضيتَه للمسلمين، فجعل بينه وبينه شريحاً.

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

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

قال: فغضب على عليه السلام وقال: خذها، فإن هذا قضى بجور، ثلاث

ص: ١٢٤

مرّات. قال: فتحول شريح وقال: لا أفضى بين اثنين حتى تخبرني من أين قضيت بجور ثلاث مرات؟ فقال له: ويلك - أو ويحك - إنني لمّا أخبرتك أنها درع طلحه أخذت غلولاً يوم البصره فقلت: هات على ما تقول بيّنه وقد قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: حيث ما وجد غلول أخذ بغير بيّنه. فقلت: رجل لم يسمع الحديث. فهذه وإحده. ثم أتيتك بالحسن فشهد. فقلت: هذا واحد ولا أفضى بشهادة واحد حتى يكون معه آخر، وقد قضى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم بشهادة واحد ويمين، فهذه ثنتان. ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولاً يوم البصره فقلت: هذا مملوك وما بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً. ثم قال:

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

ص: ١٢٥

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١١/١. أبواب آداب القاضى، الباب ١.

المسأله الحاديه عشر: (هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته؟)

قال المحقق قدس سرّه: « كلّ من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه، كالولد على الوالد والعبد على مولاه والخصم على خصمه. ويجوز حكم الأب على ولده وله، والأخ على أخيه وله» (١).

أقول: هذا مذهب الأ-كثر، بل ادعى عليه الإجماع، لكنه غير معلوم، واستدلّ على ذلك بأن الحكم شهاده وزياده، فكّل من لا تقبل شهادته فى حق أحد لا ينفذ حكمه فيه، وقد أنكر جماعه كون الحكم كذلك، فلا مانع من شمول الإطلاقات ونفوذ حكم من ذكر، كالولد على الوالد والعبد على مولاه، وفى أصل قبول هذه الشهاده أخبار متعارضه، سيأتى التعرض لها فى محلّها إن شاء الله تعالى.

وكذلك حكم الحاكم على خصمه أو له، إلا إذا رجع حكمه إلى الإقرار، وهذا بحث آخر، ويدلّ عليه - مضافاً إلى الإجماع المدعى - انصراف الأدلّه عن ذلك، بل المتبادر منها الرجوع إلى الغير، فإن قوله عليه السلام « أنظروا إلى رجل منكم... فتحاكموا إليه» ظاهر فى وجوب ترافع الخصمين عند من كان واجداً للشرائط المعتره، وإن كان أحدهما كذلك.

ص: ١٢٤

قال السيد صاحب (العروه) (١) قدّس سرّه: نعم له أن ينقل حقّه إلى غيره ثم يرجع ذلك الغير مع الخصم إليه، فإنه حينئذ ينفذ حكمه لذلك الغير، وإن انتقل إليه بعد ذلك بإقاله أو نحوها. . .

وهل ينفذ حكمه لمن له عليه ولاية خاصه كالأبوه والوصايه؟

قيل: نعم، لأن الحكم ليس لنفسه، وقيل: لا، لأنه هو المنازع في الحقيقة، واختاره السيد وهو الأظهر.

وأما المولّى عليه بالولاية العامه، فالصحيح نفوذ حكمه، وإلاّ لم يرتفع النزاع في هذه الموارد، لأن كلّ قاض وليّ الأيتام والمجانين ونحو ذلك.

وإذا كان للحاكم شركه مع غيره في مال، ووقع النزاع فيه بينهما وبين غيرهما، كما إذا تنازع أخوه مع غيره في مال مشترك بينه وبين أخيه من جهة الإرث، فليس للحاكم أن يطالب الغير بالترافع عند نفسه، لكن لأخيه مطالبته بالترافع عنده، وهل ينفذ حكمه حينئذ؟ ذكروا أنه إذا حكم لأخيه نفذ في حصه أخيه ولا ينفذ في حصه نفسه. وهذا فيه بحث، لأنه إذا ثبت كون المال إرثاً، كان النصف الآخر للحاكم في الفرض المذكور، وإلاّ لزم التفكيك بين اللّازم والملزوم.

وأجاب المحقق النراقي قدّس سرّه (٢): بأن اللّوازم الشرعيّه ليست كالعقليّه بل هي قابله للإستثناء.

وفيه: إنه لا يمكن المساعدة عليه، لأن الواقع لا ينقلب عمّا هو عليه، لأن

ص: ١٢٧

١- (١) العروه الوثقى ٣: ١٦.

٢- (٢) مستند الشيعة ١٧: ٧٥.

هذا المال، إن كان لأبيهما واقعاً كان الحاكم وأخوه شريكين فيه، وإن لم يكن له، فليس لأحدهما فيه شيء. نعم، يمكن التفكيك في فصل الخصومه، بأن ترفع بالنسبة إلى حصّه أخيه وترفيع هو والغير عند حاكم آخر لفصل الخصومه في حصته خاصة.

ولما كانت الملازمه المذكوره بحسب واقع الأمر، فإنه يمكن التفكيك بين السهمين بحسب الظاهر، وذلك في حال الشك في كون المال إرثاً، نظير ما إذا تيقن زيد بتنجس ماء معين وشك عمرو، فيجب على الأول الإجتناّب عنه دون الثاني فله البناء على طهارته الظاهرية، فحصل التفكيك في الحكم بينهما مع وجود الملازمه بينهما بحسب الواقع، لأنه إن كان طاهراً واقعاً، جاز لهما شربه، وإن كان متنجساً واقعاً، وجب عليهما الإجتناّب عنه.

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

وقد فرّق السيد (١) في مسأله الشركه في صورته كون مورد الدعوى عيناً، بين ما إذا كانت الدعوى بعد إفراز الحاكم حصته عن حصه أخيه وبين ما إذا كانت بعده، قال: إذا كان للحاكم شركه مع غيره في مال، ووقع النزاع فيه بينهما وبين غيرهما، نفذ حكمه في حصّه شريكه لا- في حصّه نفسه. مثلاً: إذا تنازع أخوه مع غيره في مال مشترك بينه وبين أخيه من طرف الإرث وترافعا إليه فحكم لأخيه، نفذ في حصّه أخيه ولا ينفذ في حصّه نفسه، ولا يشترك مع أخيه في تلك الحصّه التي ثبتت لأخيه، إلا إذا كانت الدعوى في عين وقد قسّمها أخوه مع ذلك الغير وأفرز حصّته، إذ حينئذ يشترك معه في تلك الحصّه لإقراره بالشركه، وأما قبل

ص: ١٢٨

القسمه فلا يشترك معه، فلاخيه أن ينقلها إلى غيره على إشاعتها، وأما إذا كانت الدعوى ديناً فلا يشاركه مطلقاً ولو بعد القبض على الأقوى.

وفيه نظر، لأنه إن استلزم الإقرار لم يكن فرق بين العين والدين، وإن لم يستلزمه فكذلك، فالتفريق بينهما لا وجه له.

ولو تنازع جماعه مشتركون في مال مع غيرهم، فأقاموا شاهداً واحداً وحلف بعضهم دون بعض، فإنه يثبت حصّه الحالف دون غيره، لأن يمين كل واحد منهم جزء، ولولاه فالخصومه باقيه.

ص: ١٢٩

أشاره

وهي قسمان:

* الآداب المستحبه

* الآداب المكروهه

ص: ١٣١

قال المحقق قدس سره (١): « النظر الثاني في الآداب (٢) وهي قسمان: مستحبه ومكروهه.

فالمستحب: أن يطلب (٣) من أهل ولايته من يسأله عما يحتاج إليه في أمور بلده، وأن يسكن عند وصوله في وسط البلد ليرد الخصوم عليه وروداً متساوياً، وأن ينادى بقدمه إن كان البلد واسعاً لا ينتشر خبره فيه إلا بالنداء، وأن يجلس للقضاء في موضع بارز مثل رحبه أو فضاء ليسهل الوصول إليه، وأن يبدأ بأخذ ما في يد الحاكم المعزول من حجج الناس وودائعهم (٤).

ولو حكم في المسجد صلّى عند دخوله تحيه المسجد، ثم يجلس مستدبر القبلة ليكون وجه الخصوم إليها، وقيل: يستقبل القبلة لقوله عليه السلام: خير

ص: ١٣٣

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٧٢ - ٧٦.

٢-٢) لم يتعرض السيد الأستاذ دام ظله في الدرس للآداب توفيراً للوقت، لكننا نذكر متن عبارته المحقق قدس سره مع بعض الفوائد الأخرى التي ذكرها الأصحاب في هذا المقام، لئلا يخلو الكتاب من هذا المبحث، وقد صرحوا بأن كثيراً من هذه الآداب لا دليل عليه بالخصوص.

٣-٣) في المسالك (١٤: ٣٦٥): أن يطلب قبل قدومه إلى البلد . . . فإن لم يتيسر له ذلك قبل الدخول سأل حين يدخل. قال: قيل: ويستحب أن يكون الدخول يوم الاثنين تأسياً بالنبي صلّى الله عليه وآله وسلّم حيث دخل المدينة في ذلك اليوم. قال في الجواهر: وهو كما ترى. قال: نعم في كشف اللثام: ينبغي له أن يقصد الجامع إذا قدم ويصلّي ركعتين ويسأل الله العصمه والإعانه.

٤-٤) لأنها كانت في يد الأئمة بحكم الولاية، وقد انتقلت الولاية إليه، فيتوصل بذلك إلى تفاصيل أحوال الناس ومعرفة حقوقهم وحوادثهم.

المجالس ما استقبل به القبلة، والأول أظهر (١).

ثم يسأل عن أهل السجون ويثبت أسماءهم وينادى فى البلد بذلك ويجعل له وقتاً، فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد ويسأله عن موجب حبسه ويعرضه على خصمه، فإن ثبت لحبسه موجب أعاده وإلا أشاع حاله بحيث إن لم يظهر له خصم أطلقه (٢).

وكذا لو أحضر محبوساً وقال: لا خصم لى، فإنه ينادى فى البلد، فإن لم يظهر

ص: ١٣٤

١ - ١) وفاقاً للأكثر ومنهم الشيخ فى النهايه (٣٣٨)، ولم يظهر وجه كونه الأظهر مع وجود النص المذكور على استحباب الجلوس مستقبل القبلة، قال فى جامع المدارك: والجلوس مستدبر القبلة لا دليل على استحبابه، بل المستحب بنحو الإطلاق الجلوس مستقبل القبلة، وذكر فى وجه ذلك كون الخصوم مستقبلي القبلة لعلهم يخافون الله ويرجعون عن الظلم. ولا يخفى أن هذا لا يوجب استحباب استدبار القبلة للقاضى.

٢ - ٢) فى الجواهر (٧٤ : ٤٠) : « وجواب المحبوس يفرض على وجوه: منها - أن يعترف بالحبس بالحق، فإن كان ما حبس به مالا - أمر بأدائه، فإن قال: أنا معسر فعلى ما عرفته فى الفلس، فإن لم يؤد ولم يثبت إعساره ردّ إلى الحبس، وإن أذى أو ثبت إعساره نودى عليه فلعلّ له خصماً آخر، فإن لم يظهر خلّى سبيله، وإن كان ما حبس عليه حداً أقيم عليه وخلقى. ومنها - أن يقول: شهدت على البيه فحبسنى القاضى، يبيح عن حال الشهود، فإن كان مذهبه أنه يحبس بذلك تركه أيضاً محبوساً وبحث وإلا أطلقه. ومنها - أن يقول: حبست ظلماً، ففى المسالك: إن كان الخصم معه فعلى الخصم الحجّه، والقول قول المحبوس بيمينه. وفيه: إنه يمكن العكس عملاً - بأصالة الصحه فى فعل القاضى. وإن كان للمحبوس خصم غائب ففى إطلاقه وإبقائه فى الحبس وجوه: الإطلاق، لأنه عذاب وانتظار الغائب قد يطول، والإبقاء مع الكتابه إلى خصمه، فإن لم يحضر أطلق، والإطلاق مع المراقبه إلى أن يحضر خصمه ويكتب إليه أن يعجل، فإن تأخر لا لعذر تركت المراقبه. وعن الشهيد التخيير بينها وبين الكفيل، وهو جيّد، إذ المدار على الجمع بين الحقيين ». وأورد عليه فى جامع المدارك بأنه: كيف يكون من المستحبات! فإن المدين مع إظهار العسر يحبس حتى يتبين حاله، ومع تبين إعساره لا مجوّز لحبسه، فكيف يكون السؤال عن حاله وموجب حبسه مستحجاً!

له خصم أطلقه. وقيل: يحلفه مع ذلك (١).

ثم يسأل عن الأوصياء وعن الأيتام ويعمل معهم ما يجب من تضمين أو إنفاذ أو إسقاط ولايه، إما لبلوغ اليتيم أو لظهور خيانه أو ضمّ مشارك إن ظهر من الوصى عجز.

ثم ينظر في أمناء الحاكم الحافظين لأموال الأيتام الذين يليهم الحاكم، ولأموال الناس من وديعه ومال محجور عليه، فيعزل الخائن ويسعد الضعيف بمشارك أو يستبدل به بحسب ما يقتضيه رأيه. ثم ينظر في الضوال واللقط، فيبيع ما يخشى تلفه وما يستوعب نفقته ثمه، ويتسلم ما عرفه الملتقط حولاً إن كان شياً من ذلك في يد أمناء الحاكم، ويستبقى ما عدا ذلك مثل الأثمان والجواهر محفوظة على أربابها لتدفع إليهم عند الحضور على الوجه المحرر، ويحضر من أهل العلم (٢) من يشهد حكمه فإن أخطأ تبهوه، لأن المصيب عندنا واحد، ويخاوضهم فيما يشبهه من المسائل النظرية لتقع الفتوى مقرره.

ولو أخطأ فأتلف لم يضمن، وكان على بيت المال (٣).

ص: ١٣٥

١ - ١) في الجواهر (٤٠: ٧٥): استحسنة بعضهم. وفيه: أنه لا وجه مع عدم خصم له، والأصل البراءة، ولذا نسبه المصنف إلى القليل مشعراً بتمريضه.

٢ - ٢) في المسالك (١٣: ٣٧٣): المراد بأهل العلم المجتهدون في الأحكام الشرعية لا مطلق العلماء، وخالفه في الجواهر حيث قال: ولا يعتبر فيهم الاجتهاد لأنه ليس المراد تقليدهم. وفي المستند: إنه لا ينحصر من ينبغي إحضاره بالمجتهدين، إذ يجوز لغير المجتهد تنبيه المجتهد فما في المسالك ليس بجيد. لكن في جامع المدارك: وكذلك إحضار أهل العلم حال الحكم لكونه في معرض السهو والخطأ، فمع الإطمئنان بعدم السهو والخطأ يكون معذوراً إذا أخطأ، ومع عدم الإطمئنان كيف يجوز له الحكم حتى يقال: يستحب إحضارهم للتنبيه على الغفلة والخطأ.

٣ - ٣) قد تقدّم في الكتاب أنه مع عدم تقصير القاضى في الحكم وتحصيل مقدماته لا يضمن شيئاً لو أخطأ في الحكم، بل يكون على بيت المال. قال في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه نصاً وفتوى. وفي الوسائل: باب أن أرش خطأ القاضى في دم أو قطع على بيت المال. وقد جاء فيه: عن الأصمغ بن نباته قال: « قضى أمير المؤمنين عليه السلام: أن ما أخطأت القضاة في دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين » وسائل الشيعه ٢٧: ٢٢٦/١٠. أبواب آداب القاضى، الباب ١٠، وهو - كما ترى - وارد في مورد ديه الدم والقطع لكن عباراتهم مطلقه، وللسيد في العروه في صورته كون مورد الحكم مالا تفصيل، فراجع العروه ٣: ٢٩.

وإذا تعدّى أحد الغريمين عرّفه خطأه برفق، فإن عاد زجره، فإن عاد أدّبّه بحسب حاله، مقتصرًا على ما يوجب لزوم النمط.

آداب المكروهه

والآداب المكروهه: أن يتخذ حاجبًا وقت القضاء (١)، وأن يجعل المسجد مجلسًا للقضاء دائمًا، وقيل: لا يكره مطلقًا، إلتفاتًا إلى ما عرف من قضاء على عليه السلام بجامع الكوفه (٢)، وأن يقضى وهو غضبان (٣) وكذا يكره مع كل وصف

ص: ١٣٦

□
١ - ١) للنبي العامي (مسند احمد ٥: ٢٣٨): « من ولي شيئاً من الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب الله تعالى دون حاجته وفاقته وفقره» قال في الجواهر (٤٠: ٨٠): بل ربما قيل بالحرمة، بل عن الفخر أنه قرّبه مع اتخاذه على الدوام بحيث يمنع أرباب الحوائج ويضربهم، بل في المسالك: هو حسن لما فيه من تعطيل الحق الواجب قضاؤه على الفور. قال: وإن كان الجميع كما ترى، ضروره كون المراد كراهه اتّخاذه من حيث كونه حاجبًا فلا ينافي الحرمة من جهه أخرى. وفي جامع المدارك: لا يخفى أن الاستفادة من هذا الحديث الحرمة أو الكراهه لنفس الاحتجاب وليس من المكروهات أو المحرمات لنفس القضاء.

٢ - ٢) في المستند (١٧: ٥٩): « القضاء في المسجد مكروه مطلقاً وفاقاً للأكثر كما في المعتمد، لمرسله ابن أسباط: جئوا مساجدكم الشرى والبيع والمجانين والصبيان والأحكام والضالّ والحدود ورفع الصوت. ومرسله الفقيه: جئوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشرائكم وبيعكم والضالّ والحدود والأحكام. والإستدلال بالنبي: جئوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وخصوماتكم، منظور فيه. وقيل باستحبابه كذلك، لأن المسجد للذكر ومنه القضاء، ولكونه أفضل الأعمال اللائق بأشرف البقاع. وقيل بالإباحه، للأصل وفعل على عليه السلام، حتى أن دكه قضائه مشهوره. وقيل: بكراهه الدائم دون غيره، جمعاً بين أدله المنع والجواز. . . »

□ □ □
٣ - ٣) يدل عليه ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: من ابتلى بالقضاء فلا يقضى وهو غضبان ». وفي روايه عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال لشريح: « . . . وإن غضبت فقم ولا تقضين وأنت غضبان ». أنظر باب كراهه القضاء في حال الغضب من وسائل الشيعه ٢٧: ٢١٣/٢. أبواب آداب القاضي. الباب ٢.

يساوى الغضب فى شغل النفس كالجوع والعطش والغم والفرح ومدافعه الأخييين وغلبه النعاس (١).

فلو قضى والحال هذه نفذ إذا وقع حقاً، وأن يتولّى البيع والشراء لنفسه (٢)، وكذا الحكومه (٣)، وأن يستعمل الإنقباض المانع من اللحن بالحجّه، وكذا يكره اللين الذى لا يؤمن معه جرأه الخصوم.

ويكره أن يرتّب للشهاده قوماً دون غيرهم، وقيل: يحرم، لاستواء العدول فى موجب القبول، ولأن فى ذلك مشقّه على الناس بما يلحق من كلفه الإقتصار (٤).

ص: ١٣٧

١-١) يدل على ذلك ما رواه الشيخ الكلينى بإسناده عن سلمه بن كهيل فى وصيه أمير المؤمنين لشريح: « ولا تقعد فى مجلس القضاء حتى تطعم» وسائل الشيعه ٢٧: ٢١١/١. أبواب آداب القاضى، الباب ١. وما رواه العامه فى النبوى: « لا يقضى إلا وهو شبعان ريّان» وما ذكروه فى آخره: « لا يقضى وهو غضبان مهموم ولا مصاب محزون». قال فى المستند (١٧: ٦٢): وقد صرحوا بكرهه سائر ما يشبه المذكورات من شاغلات النفس ومشوبات الخاطر، ولا بأس به وإن لم أعر على نص عام. ويمكن استنباط الجميع من التعليل المذكور فى المروى عن الأمالى.

٢-٢) فى الجواهر (٤٠: ٨٣): « فى مجلس الحكم وغيره مع من يعلم أنه يحاسبه وغيره... بل الظاهر إلحاق غير البيع والشراء من المعاملات بهما... ».

٣-٣) فى الجواهر (٤٠: ٨٣): بأن يقف بنفسه مع خصمه عند قاض آخر... وما اتفق وقوعه منه عليه السلام أو من النبى صلّى الله عليه وآله وسلّم إنما كان لبيان بعض الأحكام الشرعيه التى أخطأ فيها من نصب نفسه قاضياً للناس أو لغير ذلك من المصالح.

٤-٤) نسب القول بالحرمة إلى الشيخ قدّس سرّه فى المبسوط. وقد نقل فى الجواهر عبارته ثم قال: ومن ذلك يعلم أن الشيخ غير مخالف فى مفروض المتن... فراجع (الجواهر ٤٠: ٨٣).

هل للقاضى أن يحكم بعلمه؟ * حكم ما لو لم يعرف الحاكم عداله اليينه * هل للحاكم الثانى نقض حكم الاول؟ * فى تتبع الحاكم حكم من قبله * فى دعوى إن المعزول حكم عليه بشهادة فاسقين * فى تعدد وعداله مترجم الحاكم * فى شرائط كاتب القاضى. 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 اسبوع * هل يجب عليه كتابه المحضر؟ * يكره له أن يعنت الشهود * لا يجوز له أن يتعتع الشاهد * يكره له أن يضيف أحد الخصمين * فى حرمه الرشوه * فى إحضار الخصم إلى مجلس القضاء.

قال المحقق قدس سره: « وهنا مسائل: الأولى: الإمام على السَّلام يقضى بعلمه مطلقاً، وغيره من القضاة يقضى بعلمه في حقوق الناس، وفي حقوق الله تعالى على قولين، أصحهما القضاء. ويجوز أن يحكم في ذلك كله من غير حضور شاهد يشهد بالحكم» (١).

أقول: أما حكم قضاء الإمام بعلمه، فلا ثمره للبحث عنه (٢) إلا من جهه أنه

ص: ١٤١

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٧٥.

٢- ٢) ذكروا أن للإمام أن يقضى بعلمه مطلقاً، أى في حق الله وحق الناس، واستدلوا لذلك بالكتاب والسُّنن الإجماع، فمن الكتاب قوله تعالى: «يَا دَاوُدُ إِذَا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (سوره ص ٣٨: ٢٦). ومن السنن بأخبار منها: ما رواه الصدوق بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام - وقد وصفوه بالشهره - قال: « جاء أعرابي إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فادعى عليه سبعين درهماً ثمن ناقه باعها منه. فقال: قد أوفيتك. فقال: اجعل بيني وبينك رجلاً يحكم بيننا، فأقبل رجل من قريش فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أحكم بيننا، فقال للأعرابي: ما تدعى على رسول الله؟ فقال: سبعين درهماً ثمن ناقه بعثها منه، فقال: ما تقول يا رسول الله؟ فقال: قد أوفيته، فقال للأعرابي: ما تقول؟ فقال: لم يوفني، فقال لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ألك بينه أنك قد أوفيته؟ قال: لا، فقال للأعرابي: أتحلف أنك لم تستوف حقه وتأخذه؟ فقال: نعم، فقال رسول الله: لأتحاكمن مع هذا إلى رجل يحكم بيننا بحكم الله، فأتى على بن أبي طالب عليه السلام ومعه الأعرابي، فقال على عليه السلام: مالك يا رسول الله؟ قال: يا أبا الحسن، أحكم بيني وبين هذا الأعرابي، فقال على عليه السلام: يا أعرابي ما تدعى على رسول الله؟ قال: سبعين درهماً ثمن ناقه بعثها منه. فقال: ما تقول يا رسول الله؟ قال: قد أوفيته ثمنها. فقال: يا أعرابي أصدق رسول الله فيما قال؟ قال الأعرابي: لا ما أوفاني شيئاً. فأخرج على سيفه فضرب عنقه. فقال رسول الله: لم فعلت يا على ذلك؟ فقال: يا رسول الله، نحن نصدقك على أمر الله ونهيه، وعلى أمر الجنه والنار والثواب والعقاب ووحى الله عز وجل، ولا نصدقك على ثمن ناقه الأعرابي، وإنى قتلته لأنه كذّبك لما قلت له: أصدق رسول الله. فقال: لا ما أوفاني شيئاً. فقال رسول الله: أصبت يا على، فلا تعد إلى مثلها. ثم التفت إلى القرشى وكان قد تبعه فقال: هذا حكم الله لا ما حكمت به». ومنها: ما رواه الصدوق بإسناده عن ابن عباس، وذكر قضيه عن أمير المؤمنين عليه السلام نحو القضيه المذكوره. ومنها: ما رواه الصدوق بإسناد عن عماره بن خزيمة بن ثابت عن عمه: « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ابتاع فرساً من أعرابي فأسرع ليقضيه ثمن فرسه فأبطأ الأعرابي، ففطق رجال يعترضون الأعرابي فيسأله بالفرس ولا يشعرون بأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ابتاعها، حتى زاد بعضهم الأعرابي في السوم، فنادى الأعرابي فقال: إن كنت مبتاعاً لهذا الفرس فابتعه وإلا بعته، فقام النبي صلى الله عليه وآله وسلم عليه وآله وسلم حين سمع الأعرابي فقال: أو ليس قد ابتعته منك؟ ففطق الناس يلوذون بالنبي وبالأعرابي وهما يتشاجران، فقال الأعرابي: هلم شهيداً يشهد أنى قد بايعتك، ومن جاء من المسلمين قال للأعرابي: إن النبي لم يكن يقول إلا حقاً، حتى جاء خزيمة بن ثابت فاستمع لمراجعه النبي للأعرابي فقال خزيمة: إنى أنا أشهد أنك قد بايعته، فأقبل النبي على خزيمة فقال: بم تشهد؟ فقال: بتصديقك يا رسول الله، فجعل رسول الله شاهده خزيمة بن ثابت شاهدين وسماه ذا الشهادتين».

وهذه الأخبار تجدها في وسائل الشيعة ٢٧: ٢٧٤. أبواب كيفية القضاء، الباب ١٨. ومنها: خبر درع طلحه المذكور سابقاً. واستدل له أيضا بفحوى الأدلة الدالة على قضاء غير الإمام بعلمه، وبأن عصمه الإمام تمنع من التهمة، وبوجوب تصديق الإمام في كل ما يقول. وأما الإجماع، فقد حكى عن كتب جماعه من الأصحاب، كالإنتصار والخلاف والغنية والإيضاح وغيرها. هذا، وربما نقل الخلاف في هذه المسألة عن بعض القدماء.

إذا ثبت أن الإمام عليه السلام لا يقضى بعلمه ثبت عدم جواز القضاء لغيره من

ص: ١٤٢

القضاء بعلمه بالأولويّه، ولكن قد وجدنا أنه قد قضى بعلمه فى بعض الموارد، إلا أن هذا بوحده لا يكفى للقول بجوازه لغيره كما لا يخفى، بل لابد من ملاحظه الأدله بالنسبه إليه.

وأما غير الإمام من القضاء، فلا كلام ولا إشكال فى حكمه بعلمه فى الشبهات الحكميه، فلو تنازع الولد الأكبر مع سائر الورثه فى حكم الجوه - لاختلاف فتوى مقلديهما فى المسأله، فرضى الطرفان بالترافع عند مجتهد ثالث، حكم بينهما بما رآه، ولزم عليهما قبول حكمه.

وإنما الكلام فى الشبهات الموضوعيه، كما إذا تنازع زيد مع عمرو فى مال، وعلم القاضى بأنه لزيد، فهل له أن يحكم بعلمه من دون بينه أو إقرار أو لا؟ الحق هو الأوّل، وفاقاً للمشهور بل حكى الإجماع عليه عن جماعه من الأكابر، وقد حكى عن بعضهم التفصيل بين حق الله وحق الناس، فأجازته فى الأوّل دون الثانى، وعن آخر التفصيل على عكسه، لما تقرّر فى محلّه فى القطع الموضوعى، من أنه إذا أخذ القطع فى موضوع الحكم بما هو طريق له، قامت الإماره مقامه فى العمل - بخلاف ما إذا أخذ بما هو صفة خاصه قائمه بالشخص - فإذا كان الظن الحاصل من البينه بما هى طريق يترتب عليه الأثر لحجيتها، فإن العلم أقوى من البينه، فيجب ترتيب الأثر عليه بالأولويّه (١).

ويدلّ عليه - بعد الإجماع - ما ذكره من استلزام عدم القضاء به فسق الحاكم، أو إيقاف الحكم، واستلزامه عدم وجوب إنكار المنكر، وعدم وجوب إظهار الحق مع إمكانه أو الحكم بعلمه.

ص: ١٤٣

١- ١) وأشكل عليه بعدم معلوميه العله فى البينه حتى يقاس عليها العلم.

ويدلّ عليه أيضاً: عموم ما دلّ على الحكم بالحق والقسط والعدل، فإذا علم بكون المال لزيد وجب عليه الحكم بذلك وكان على عمرو قبوله.

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

ويمكن رفع المنافاه: بأنه وإن كان ظاهر العمومات كون الواقع تمام الموضوع للحكم، لكن هذه الروايه تقضى باعتبار أمر آخر مع ذلك، وهو كون القاضى عالماً بالواقع، فيكون مجموع الأمرين هو الموجب لنفوذ الحكم وفصل الخصومه.

وأما حمل الروايه على بيان شرطيه العلم في أصل القضاء، أو إثبات العقوبه على مثل هذا القاضى، من جهه تجزيه على القضاء بغير علم وإن كان نافذاً، فخلاف الظاهر.

فيكون حاصل الجمع: إن الحكم النافذ هو الحكم المطابق للواقع مع علم الحاكم بهذه المطابقه، وإن كان هذا العلم جهلاً مركباً في نفس الأمر، ومع شك المتخاصمين بكون الحاكم عالماً بالواقع فلا ينفذ، لكن لا يشترط علمهما بالمطابقه، ومع علمهما بعدم المطابقه، فيؤثر الحكم في رفع الخصومه خاصه، فظهر أن العلم بوصف الطريقيه جزء لموضوع الحكم، وتقوم البيئه والأيمان مقامه مع عدمه، مع

الفرق بينهما من جهة أن العلم حجه بذاته ولا سبيل للجعل إليه، بخلافهما.

هذا، ولكنَّ المستفاد من طائفه من آيات الكتاب العظيم كقوله تعالى: « وَ لِيُحْكُمَ أَهْلَ الْأَنْبِيَاءِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ » (١) وقوله تعالى: « وَ أَنْ أُحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ » (٢) أن على الحاكم أن يحكم « بما أنزل الله »، وظاهر ذلك أن « ما أنزل الله » هو موضوع الحكم بين الناس، ومع العلم به يجب الحكم بحسبه عقلاً، وإلا لم يجز الحكم لأنه افتراء على الله تعالى، فموضوع الحكم هو الواقع فقط، فإن علم به حكم بحسبه، ومع عدم العلم لم يجز له الحكم عقلاً ولا شرعاً.

وأما اليقينات والأيمان، فلا تحمل على ما هو الغالب كما قال في (الجواهر)، بل إنها طريق شرعي لإحراز الموضوع - وهو الواقع - عند عدم العلم به، فلا دخل للعلم ولا لليقينات والأيمان في فصل الخصومه.

وأما قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فِي قَضِيهِ الْمَلَاعِنَةِ: « لَوْ كُنْتُ رَاجِعاً مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ لَرَجَمْتُهَا » الظاهر في توقف الرجم على البيئته بالرغم من علمه بالواقع، فلا يمكن حمله على مورد الشك.

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

ص: ١٤٥

١-١) سورة المائدة ٥: ٤٧.

٢-٢) سورة المائدة ٥: ٤٩.

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

هذا، وقد استثنى القائلون بالمنع صوراً من القضاء بالعلم، فأفتوا فيها بالجواز.

منها: تزكيه الشهود وجرحهم.

قلت: قد يقال بترتب الأثر هنا شرعاً على إقامه البينه للتعديل، وأنه لا يكفي علم القاضى بالعداله، ولكن يندفع هذا باستلزامه للدور أو التسلسل، على أنه قد حكى الإجماع على الجواز فى هذه المسأله.

ومنها: تعزير من أساء الأدب فى مجلس القضاء وإن لم يعلم به غير القاضى حتى لا تقل أبه القضاء.

ومنها: الإقرار فى مجلس القضاء وإن لم يسمعه غير الحاكم.

أقول: أما نحن، ففى سعه من إقامه الدليل على الجواز فى هذه الموارد، إذ المختار هو الجواز مطلقاً، لكن على من استثناها بيان ذلك (1).

ص: ١٤٦

١ - ١) وأما قول المحقق فى آخر المسأله: ويجوز أن يحكم... فالمراد منه أنه لا يشترط فى حكمه بعلمه حضور شاهد يشهد بالحكم. وهو إشاره إلى خلاف بعض العامه. وفى القواعد: لكن يستحب. قال شارحوه: دفعاً للتهمه، لكن فى الجواهر: لم نتحقق دليله... .

المسأله الثانيه: (حكم ما لو لم يعرف عداله البيئه)

قال المحقق قدس سره: « إذا أقام المدعى بينه ولم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدعى حبس المنكر ليعدّلها، قال الشيخ رحمه الله يجوز حبسه لقيام البيئه بما ادّعاها، وفيه إشكال، من حيث لم يثبت بتلك البيئه حق يوجب العقوبه» (١).

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

وقد يؤيد الأول: بأن الأصل في الأشخاص هو العداله حتى يثبت الخلاف، وبأن الأصل في فعل المسلم هو الصّحه، فتحمل الشهاده على الصّحه ويحكم على طبقها.

وفي ذلك كلّ نظر، إذ لا يقتضى شيء من هذه الوجوه جواز حبسه، ولا سيّما في حال استلزام ذلك بقاءه في السجن مده من الزمن، فأما أصاله الصّحه، فهي تجرى في فعل المسلم لا بالنسبه إلى شخصه، وأما كون الأصل في كلّ شخص مسلم هو العداله، فليس هذا أصلاً عقلاً يبنى العقلاء عليه أمورهم، وإجراء أصاله

ص: ١٤٧

الإسلام بالنسبة إلى من شك في كونه مسلماً في بلد أكثر أهله مسلمون، هو من باب الغلبه، وليست العدالة في هذا الحد بين المسلمين.

فالحق - وفقاً للمشهور - عدم جواز حبسه قبل ثبوت الحق، بل هو كذلك حتى على القول بمانعيه الفسق، لأنه - ولو سلم تماميه قاعده المقتضى والمانع - لا يحصل القطع بالحق ما لم يقطع بعدم المانع، على أن مقتضى القول بتماميه القاعده في المقام هو الحكم رأساً لا الحبس ريثما يثبت الحق.

وبالجملة، فما لم تثبت عداله اليينه لا يجوز الحبس.

ص: ١٤٨

اشاره

قال المحقق قدس سرّه: « لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال وأمر بحبسه، فعند حضور الحاكم الثانى ينظر، فإن كان الحكم موافقاً للحق لزم وإلاّ أبطله، وكذا كلّ حكم قضى به الأوّل وبان للثانى فيه الخطأ، فإنه ينقضه، وكذا لو حكم هو ثم تبين الخطأ. . « (١).

أقول: لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال وأمر بحبسه حتى يستوفى منه الحق، ثم حضر الحاكم الثانى بعد موت الأوّل أو انزاله مثلاً قال المحقق قدس سرّه: ينظر الثانى فى حكم الأوّل، فإن كان الحكم موافقاً للحق أمضاه وألزمه بدفع المال، وإن وجدته مخالفاً للحق أبطله. وفى المسأله فروع كثيره.

حكم تجديد المرافعه:

فنقول: لا ريب فى أن حكم الحاكم نافذ بالنسبه إلى المحكوم عليه، فلا يجوز له بعد الحكم الإباء عن قبوله أو المطالبه بتجديد المرافعه عنده أو عند حاكم آخر، لأنه ردّ عليه، والرادّ عليه كالرادّ على الإمام عليه السلام.

ولا إشكال فى عدم جواز إلزام المحكوم له بالحضور عند حاكم آخر للترافع

ص: ١٤٩

مره أخرى، ولو رضی المحكوم له بذلك فقیل: لا مانع من ذلك، وقیل: لا يجوز كذلك لعدم الأثر لرضا المحكوم له.

ومنشأ الخلاف هو هل یصدق الردّ بذلك أو لا؟ والأقوى هو القول الثانی، لصدقه حينئذ، علی أنه لو جاز للزم التسلسل، نعم، لو ادعی المحكوم علیه تفصیر الحاکم الأوّل فی الحكم أو فی بعض مقدماته، كان له الترافع معه عند حاکم آخر... .

هذا كلّه بالنسبه إلى المحكوم علیه.

حكم نظر الثانی فی حكم الأوّل:

وأما بالنسبه إلى الحاکم الثانی، فقیل بوجوب النظر علیه فی حكم الأوّل، وقیل: لا یجب علیه ذلك، وقیل: بل لا يجوز.

ومنشأ الخلاف هو الخلاف فی صدق الردّ علی النظر كذلك، لكن الظاهر العدم، كما أن جریان أصاله الصّحّه فی حكم الحاکم الأوّل لا یقتضی حرمة النظر والسؤال عن الواقع فی ذلك المورد، ولا دلیل علی وجوب العمل بهذا الأصل، فلو أوقع عقداً وشك فی صحّته، لم یمنع الإحتیاط بإجرائه مرّه أخرى جریان أصاله الصّحه فيه، فالظاهر جواز النظر فی الحكم وإن أمکن حمله علی الوجه الصّحیح، نعم، لو استلزم النظر نقض حكم صحیح لم یجز له ذلك، وأما القول بالوجوب فمشکل جدّاً، لأن الشك فی صحه حكم الحاکم الأوّل الواجد للشرائط لا یقتضی وجوب النظر كما لا یخفی.

وهل یجب علی الحاکم الثانی النظر فی الأمور الجاریه فی البلد؟ الظاهر: لا، إلا إذا طالبه أحد من الناس بالنظر فی قضیه، أو كانت له دعوی بالنسبه إلى الحاکم

الأوّل، فحينئذ، يجب عليه النظر لفصل الخصومه.

أما قول المحقق « ينظر » فظاهره وجوب النظر، وبه صرّح في (الجواهر) (1) وقال في (المسالك) (2) بوجوب النظر في صورتين، إحداهما: دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأوّل في حكمه، والثانيه: كون الغريم محبوساً ولم يفصل الأمر بعد.

أقول: إن كان النظر في مورد لم تفصل الخصومه فيه، فلا مانع منه بل هو واجب، وإن كان بعد تمام حكم الحاكم الأوّل، لكن امتنع المحكوم عليه من أداء الحق فأمر بحبسه، فلا وجه للقول بوجوب النظر ولا- جوازه، لأن المفروض تمام الحكم فالردّ عليه غير جائز، لا سيما مع عدم دعوى المحكوم عليه تقصير الحاكم الأوّل في الحكم. نعم، على الحاكم الثاني حينئذ مراجعه الغريم، فإن كان عنده ما يجب عليه أدائه، وجب عليه إجباره على الأداء من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وأما النظر في الحكم، فلا- وجه له. وحمل عبارته المحقق عليه غير صحيح، ولذا استشكل في (الجواهر) في الفتوى بوجوبه، وحمل في (المسالك) كلام المحقق على مورد دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأوّل، وحمله في (الجواهر) على إرادته النظر إن شاء. وفيه: إن أدله حرمه النقض وإنفاذ الحكم، نعم المورد الذي احتمل صدقه فيه، فلا- يجوز النظر، بل يحمل الحكم حينئذ على الصحة. . . فظهر: أنه لا بدّ من حمل عبارته المحقق قدس سرّه على معنى آخر غير وجوب النظر، وما ذكره الشهيد الثاني هو الأوّلي.

بل لا يجوز النظر حتى مع تراضى الخصمين، خلافاً لصاحب (الجواهر)

ص: ١٥١

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٩٣.

٢-٢ (٢) مسالك الأفهام ١٣: ٣٨٨.

قدّس سرّه، إذ لا وجه لذلك أيضاً، مع صدق النقض والردّ على هذا النظر، وحمل عبارته المحقق على هذا الوجه في غير محلّه.

ولا ينافي ذلك ما ذكره الأصحاب في آداب القضاء من نظر الحاكم الثاني في المحبوسين، إذ لا منافاه بين استحباب النظر وعدم جواز تجديد الحكم، بمعنى أن ينظر في المحبوسين، فمن وجده محبوساً بحكم حاكم تركه في الحبس...

نعم، يجب تجديد النظر في صورته دعوى المحكوم عليه كون حكم الحاكم الأوّل على خلاف القواعد والأحكام المقررة في القضاء، فإن كان حكمه عن تقصير فهو ضامن، وإن كان عن قصور فضمانه من بيت المال.

فالحاصل: إنه مع حكم الحاكم الأوّل وفصل الخصومه بحكمه وحبس المحكوم عليه، لا يجوز تجديد النظر بمجرد امتناع المحكوم عليه عن أداء الحق، وإن رضى المحكوم له بذلك.

وقد ظهر بما ذكرنا أنه لا مجال للقول بتجديد النظر، إلا في صورته دعوى المحكوم عليه مخالفة الحاكم الأوّل لأحكام القضاء في حكمه، فإنها مورد البحث والكلام، فقييل بلزوم النظر وإن أمكن حمله على الوجه الصحيح، وأنه ينفذ حكم الحاكم الثاني وإن استلزم النقض.

أقول: إن استلزم نقض الحكم مع إمكان حمله على الوجه الصحيح فهو مشكل، وإلا وجب النظر، إذ لا وجه لعدم سماعها حينئذ.

وأما التبع لحكم الحاكم الأوّل والتفحص عن دليل حكمه للوقوف عليه والبحث عن صحته وعدم صحته من غير موجب لذلك، فغير جائز، إلا أن يدعى بأن حكم الحاكم الأوّل بوحده لا يكفي للحمل على الصحة، فلو حكم على الغريم بأداء الحق وأخذه منه وأعطاه لمن له الحق، فحينئذ لا يجوز النظر فيه، لأنه نقض

لحكمه أو لأنه ليس مورداً للإبتلاء، وأما مع صدور الحكم المجرد عن استيفاء الحق فالنظر واجب، لكون الحكم الأول ناقصاً، فعندما حضر الحاكم الثانى وأراد استيفاء الحق، فلا بد من تجديد النظر فى أصل الحكم ليكون مسوّغاً لاستنقاذ الحق، لكن عبارته المحقق تأبى الحمل على هذا المعنى، فإن ظاهرها تمام الحكم لا نقصانه.

وكيف كان، فلا يشترط فى حكم الحاكم استيفاء الحق، بل الحكم بدونه تام، إلّا أن تقوم دعوى أخرى لأجل استيفاء الحق، فلو ادّعى المحكوم عليه الإعسار، سمعت دعواه وطولب بالبيّنه وأمهل حتى اليسار كى يؤدى الحق، فظهر أن القول بالنظر فى هذه الصورة مشكل.

وأما لو ادّعى المحكوم عليه جور الحاكم الأوّل فى الحكم، فهل يكون سماعها رداً على الحكم أو لا؟ التحقيق: أنه إن كان المراد من الحكم الواجب إنفاذه والمحرم نقضه، هو الحكم الصادر بحسب القواعد والأدلة الشرعية، فكلّ حكم لا يكون كذلك فليس حراماً نقضه، فلا وجه لقول صاحب (الجواهر) « وإن اقتضى نقض الأوّل ». وأما إذا صدق عليه النقض، فلا مناص من الإلتزام بتخصيص أدلّه سماع الدعوى لأدلّه نفوذ الحكم، فلا يجوز نقض الحكم، إلّا إذا كان عن جور أو تقصير.

ويكون المسوغ لأصل النظر فى الحكم - مع وجود الأدلّه الآمره بحمله على الوجه الصحيح - هو دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأوّل، فإن ذلك يوجب النظر فى الحكم مع وجود الأصل المذكور، لأن هذا الأصل لا يقتضى عدم جواز النظر.

فتلخص: إن الحق وجوب النظر فى هذه الصورة، وعليه يحمل عبارته المحقق كما فى (المسالك)، وأما حملة على صورته تراضى الخصمين أو صورته صدور الحكم

من الحاكم الأول من غير استنفاذ للحق كما في (الجواهر) ، فغير صحيح كما تقدم، وقد عدل هو قدس سره عن ذلك أيضاً، وحمله على إرادته النظر إن شاء، وقد تقدم ما فيه أيضاً.

متى يجوز النقض؟

وكيف كان، فمع جواز النظر يجوز نقض الحكم بالدليل الإجتهادي المعتبر، ولا- يختص جواز النقض بصورة مخالفته الحاكم الأول للإجماع أو الدليل المعتبر كالخبر المتواتر. وبعبارة أخرى: إن كان الحكم الأول طبق الموازين الشرعيه فلا يجوز نقضه، سواء بالقطع النظري أو غيره من الأدله المعتبره أو الظن الإجتهادي، وأما إذا كان الحاكم الأول مقصّيراً في اجتهاده، أو قد حكم غافلاً عن دليل معتبر في المسأله فأخطأ على أثر ذلك في الحكم، جاز نقض الثاني حكمه، سواء كان عن قطع أو غيره.

والأوضح أن يقال: إن أمكن للحاكم الثاني أن يعذر الأول في حكمه - وإن كان مخالفاً له في الرأي - فلا يجوز نقضه، وإن لم يمكنه ذلك نقضه بلا إشكال، بل إن هذا ليس نقضاً في الحقيقة، وإنما يكون تنبيهاً على الخطأ في الحكم.

ولا- فرق في هذا بين العقود والإيقاعات وغيرها، حتى الأحكام الوضعيه كالطهاره والنجاسه ونحوهما، ولا بين حق الله سبحانه وحق الناس.

وأما دعوى الإجماع من بعضهم على عدم جواز نقض الحكم الناشئ عن اجتهاد صحيح باجتهاد كذلك، وإنما يجوز نقضه بالقطعي من إجماع أو سنه متواتره أو نحوهما، فمندفعه أولاً: بأنه إجماع منقول، وثانياً: بأن المفروض بطلان ذاك الإجتهااد عنده بعد تبدل رأيه أو عند الحاكم الثاني، فلا يكون حجه حينئذ ولا

يصدق عليه النقص، لعدم وجوب تنفيذه بعد ظهور بطلانه.

وحيث لم يجز النقص وجب على الحاكم الثاني إنفاذ حكم الحاكم الأول وإن خالفه في الرأي، ولكن هل يجب عليه متابعه الحاكم الأول حينئذ عملاً بالنسبه إلى نفسه ومقلّديه، أو يكتفى في التنفيذ بمقدار فصل الخصومه به؟ ظاهر (الجواهر) الأول، والمختار هو الثاني، لئلا يلزم القول بالتصويب.

وكما لا- يجوز نقض الحكم بالحكم، كذلك لا- يجوز نقضه بالفتوى، بل يبقى الحكم في مورد النزاع على قوته ونفوذه وإن تبدل الرأي، ولا- فرق هنا أيضاً بين العقود والإيقاعات والأحكام الوضعيه، وكذا الأمر في العبادات، فلو توضع بماء محكوم بالطهاره صح وضوؤه وصلاته به. قالوا: والدليل هو الإجزاء.

أقول: الإجزاء تارة يكون بالحكم الظاهري، وأخرى بالحكم الاضطراري الثانوي. أما في الثاني، فمع كشف الخلاف يكون الحكم متغيراً حقيقه، وأمّا في الأول، فمعه يبنى الحكم بصحة الصلاه على القول بالإجزاء. وكيف كان، فإنّ بقاء الحكم حينئذ يختص بمورده فقط كما هو واضح.

وأما الفتوى، فيجوز نقضها بالحكم، وحينئذ، يجب على غير الحاكم من المجتهدين ومقلّديهم تنفيذ هذا الحكم وإمضاؤه، فلو كان مذهبه - إجتهداً أو تقليداً - نجاسه عرق الجنب من الحرام مثلاً، واشترى مائعاً فتبين أنه كان ملاقياً لعرق الجنب من الحرام، فتنازع مع البائع في صحه البيع وعدمها، وترافعا إلى مجتهد كان مذهبه عدم نجاسته وصحه البيع، فحكم بصحته، لزم على المشتري العمل بحكمه وجاز له التصرف في ذلك المائع، ففي هذا المورد بالخصوص يعمل بمقتضى الطهاره ويبنى عليها وينقض الفتوى بالنسبه إليه بذلك الحكم.

وأما بالنسبه إلى سائر الموارد، فيعمل على طبق مذهبه وهو القول

بالنجاسه، وحتى أنه إذا لاقى ذلك المائع بعد حكم الحاكم بالطهاره عرق الجنب من الحرام مرّه أخرى، يبقى على ذلك، ما لم يقع نزاع ولم يرجع إلى الحاكم.

وحيث حكم بطهاره هذا المائع، فلو لاقاه مائع آخر، فهل يحكم بطهاره الملاقى كذلك أو لا؟ إن كان النزاع فى صحه البيع وبطلانه، فحكم الحاكم بصحّه البيع دون طهاره المائع، فقبل فى هذه الصوره يحكم بصحّه البيع وطهاره المائع الأول دون الملاقى.

وإن كان النزاع فى نفس الطهاره والنجاسه، فمع الحكم بالطهاره يترتب جميع آثار الطهاره عليه.

□
وسيجى تتمه لهذا الفرع إن شاء الله تعالى.

وبالجمله، فإن الحكم ينقض الفتوى، من غير فرق بين أن يكون الحكم فى العقود والإيقاعات والأحكام الوضعيه، فيجب تنفيذ الحكم مطلقاً، إلا فى صوره القطع بمخالفته للواقع.

وأما انتقاض الفتوى بالفتوى، فالظاهر ذلك، فلو عقد بنتاً لمن ارتضع معها عشر رضعات، ثم تبدل رأيه فى المسأله واختار القول بنشر هذا العدد للحرمة، قال فى (الجواهر) ببقاء الزوجيه، وهو مشكل، لأنه بناء على الطريقيه، فقد انكشف الخلاف وظهر له بطلان هذا العقد من أصله، وبناء على السببيه حيث يحكم باستمرار الحكم، فقيه: أنه مع كشف الخلاف ينكشف له عدم تحقق علقه الزوجيه بينهما، فالعقد باطل من أصله، فكيف يستمر الحكم؟

وكذا الكلام فى ثوب غسل بماء أفتى بطهارته سابقاً، ثم تبدل رأيه وأفتى بنجاسته الآن، فإنه يجب عليه تطهير الثوب الآن وإلا لم تصح الصلاه فيه. وتفريق صاحب (الجواهر) - بين النكاح حيث اختار فيه العدم وبين الثوب حيث اختار

فيه النقض - غير واضح، وإن ادعى في (منيه الطالب) الإجماع على عدم النقض، وتمسك في (الجواهر) بالسيره، لأنه لو تم ذلك كان لانزمه رفع اليد عن الحكم الواقعي في ذاك المورد ونظائره، وقد ذكر السيد الأستاذ دام بقاه في (الحاشيه على العروه) في مسأله عدول المجتهد عن فتواه: أن الأحوط أن يرتب المقلد ما أمكنه من آثار الفتوى اللاحقه، إلا أن يدعى العسر والحرص، وفيها إشكال آخر، فإن الحرج يرفع التكليف ولكنه لا يغير الحكم الشرعي.

بم يتحقق الحكم؟

وهل يشترط في وجوب امتثال الحكم كونه صادراً في مورد نزاع وتخاصم؟ لا إشكال في صدق الحكم إن كان في مورد النزاع، كما لا- إشكال في نفوذ الحكم الصادر في غير المورد المذكور كالهلال - مثلاً -، وأما إذا حكم في مورد نزاع قبل التحاكم إليه، ففي نفوذه إشكال، إلا أن يقال بأن نفوذ حكمه هو من جهه كونه منصوباً من قبل الإمام عليه السلام، وأنه كما ينفذ حكم الإمام من غير تخصص فهو كذلك، ولكن في صدور مثل هذا الحكم من الإمام تأمل، على أن المعروف كون الحكم بعد التحاكم.

ولا إشكال في تحقق الحكم بلفظ « حكمت » و « أنفذت » ونحوهما كقوله: « إُدفع إليه ماله » بقصد الإنشاء.

وهل يتحقق بقوله: ثبت عندي؟ الظاهر: العدم، ولذا يمكنه نقضه بعدئذ.

وهل يتحقق الحكم بالفعل، كأن يعطى الشئ لمستحقه بعد ثبوت الحق بقصد الحكم؟ فيه إشكال، للشك في شمول الإطلاقات له.

والقدر المتيقن من الحكم كل لفظ ظاهر في إنشاء الحكم، فلا يكفي الفعل والكتابه ونحوهما.

هذا، ومع تغير رأى المجتهد يجب عليه إعلام مقلديه بذلك؟

أقول: أما بالنسبة إلى المجتهد، فإنه مع تغير رأيه - بحيث يكون الرأى الثانى مقتضياً لفساد الأوّل من الآن على الأقل - يجب الإعلام لأمرين، أحدهما: إن لازم تغيير رأيه كذلك بطلان عمل مقلّديه بالرأى السابق، والآخر: وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وإرشاد الجاهل، فبناء على هاتين المقدمتين يجب على المجتهد إعلام مقلّديه بتغيير رأيه.

وأما مع العدول لدليل ظنى لا يقتضى فساد الإجتهد الأوّل فقول: لا يجب الإعلام، وهو مشكل، لأنه بعد حصول الظن المعبر عنه على خلاف الرأى السابق، لا يبقى له ظن بذلك الرأى بل ينقلب إلى الشك.

فالحق: أنه لا فرق بين العدول بدليل قطعى أو بدليل ظنى، فإن كلّاً منهما يرفع طريقه الظن السابق ويوجب سقوطه عن التأثير. ودعوى القطع بعدم وجوب الإعلام غير واضحة، والتمسك بسيره العلماء واختلاف فتاواهم فى الكتاب الواحد، يتوقف تماميته على استمرارها واتصالها بزمن المعصوم عليه الصّلاه والسلام.

وأما بالنسبة إلى المقلّد، فإن المقلّد إذا لم يعلم بتغيير رأى المجتهد يعمل بالفتوى التى تعلّمها، فإن لم يطابق الواقع فهو معذور وغير آثم، ومعه، فلا يجب على المجتهد الإعلام، إذ لا موضوع للنهى عن المنكر والأمر بالمعروف بالنسبة إليه، وإن كان شاكاً فى تغيير رأى مقلّده، كان له استصحاب بقاء الرأى السابق، أو استصحاب عدم تغييره، وحينئذ، فلا إثم عليه فلا موضوع للنهى عن المنكر والأمر بالمعروف بالنسبة إليه كذلك، وإن علم بتغيير الرأى، وجب عليه العمل

بالرأى اللاحق.

وأما مع ترك التفحص والعمل بالفتوى السابقة وقد كان الرأى متغيراً فى الواقع، فإن أفتى المجتهد بصحّ عمله فهو، وإلا فقد قيل بجريان الإستصحاب هنا.

وتوضيحه: إنه لو تيّقن سابقاً بأن الواجب فى الصلاه ثلاث تسيّحات ثم شك فى صحّ هذا اليقين، كان مقتضى دليل الإستصحاب هو العمل على طبق اليقين السابق، وهنا المقلّد متيقّن من صحّ صلاته - مثلاً - ومع الشك فى صحه يقينه بالصحّ يستصحب، فإن تمّ استفاده هذا المعنى من دليل الإستصحاب كانت صلاته بدلاً عن الواقع، وأما على قول الجماعه الذين يستبعدون استفاده هذا المعنى من الدليل، فلا- سبيل إلى تصحيحها، إلاّ- بما تقدم من أن الإجتهد اللاحق لا يوجب بطلان الإجتهد السابق فلا يجب الإعلام، وأعمال المقلد صحيحه، لأن كلاً من الرأيين مستند إلى دليل ظنى.

وعن المحقق القمى قدّس سرّه: إن المقلّد إن عمل بلا تقليد ثم ظهر مطابقته لرأى مجتهد صحّ عمله، لكن فى (العروه): عمل الجاهل المقصّر الملتفت باطل وإن كان مطابقاً للواقع، وقد ذكر الاستاذ فى (التعليقه) إن هذا إن كان عبادياً ولم تتمش منه القربه (1)، وأما التوصلى فصحيح، وأما إذا اتفق مطابقته للواقع وتمشّى منه قصد القربه فلا تجب الإعاده.

وعنه قدّس سرّه: إن طابق العمل فتوى المجتهد وشك فى مطابقه الفتوى للواقع، فيحمل على الصحّ بعد العمل.

ص: ١٥٩

قلت: الحمل على الصّحة بعد العمل له صور:

١ - أن يشكّ بعد العمل، كأن يشكّ بعد الفراغ من الوضوء في تحريك خاتمه مثلاً، فهنا يحمل على الصّحة عند الكلّ.

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

٣ - أن يعلم بعدم التحريك وعدم النفوذ معاً، فلو أن مجتهداً أفتى بعدم إخلال ذلك في صحّ الوضوء وشك في مطابقه هذه الفتوى للواقع، فهل يحمل الوضوء على الصّحة الواقعية؟ مقتضى كلام القمى: نعم. وهو مشكل جداً.

كالإشكال فيما قد يقال بصحة العقد من المجتهد أو مقلّده إذا أوقعه على خلاف الإجتهد أو التقليد، وكان موافقاً لأحد الآراء في المسألة، بل الأصل في العقود هو الفساد. هذا في صورته الاحتمال. وأما مع وجود الطريق عنده إلى بطلان هذا العقد، فلا يحكم بصحّته بالأولوية.

وأما لو أتى بالأعمال مدّة من الزمن من غير تقليد، فإنه بعد الإلتفات إلى وجوب التقليد، يجب عليه ذلك، ثم إن كلّ ما طابق من أعماله السابقة فتوى المجتهد الذي يريد تقليده، فصحيح، لأن فتوى المجتهد تكون طريقاً إلى الواقع، وإلا، فإن أمكن الحكم بصحّتها على بعض القواعد فهو وإلا لزمته الإعادة. . . .

ولو أوقع العقد وتنازعا في صحّته تبعاً لفتوى مقلّديهما، وجب الرجوع إلى حاكم ثالث، وحكمه نافذ في حقهما.

والحاصل في مسأله الإعلام بتغيّر الرأى: أنه إن كان المجتهد يرى صحّ أعمال المقلّد حسب الفتوى السابقة، فلا يجب الإعلام، وأما مع القطع ببطلانها

فيجب. قال في (الجواهر) (١): « بل الظاهر اتّحاد الحكم والفتوى في ذلك » يعنى: إنه ينكشف له بطلان الحكم من حينه لا أنه ينقضه الآن.

والمقلّد إذا شك في تغيير رأى المجتهد استصحّب وكان عمله صحيحاً، والمراد من الصحّ أنه إن طابق الواقع فهو، وإن كان على خلافه كان معذوراً، وقد أدرك مصلحة العمل بالحكم الظاهري بناء على الأجزاء، وليس المراد من الصحّ هو صحه عمله سواء طابق أولاً. وإذا كان الأمر كذلك، لم يجب على المجتهد إعلامه بتغيير رأيه.

نعم، يمكن أن يقال بأنه حينئذ يفتوّت المصلحة على المقلّد.

إلا أنه قد يجاب: بأن ذلك غير معلوم. لكن قد يقال: هل يجوز للمجتهد السكوت في مقابل إجراء المقلّد هذا الإستصحاب الذى لا يراه المجتهد مطابقاً للواقع؟ الأقوى: إنه لا يجوز له السكوت، لأنه هو السبب في وقوع المقلّد في خلاف الواقع فيجب عليه الإعلام من هذه الجهة، لا- من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، بخلاف ما إذا لم يكن هو السبب، فلا يجب عليه الإعلام والمنع عن إجراء الإستصحاب، إلّا في الدماء والفروج لأهمّيها عند الشارع.

وكذا الأمر في صورته تيقّن المقلّد بعدم تغيير فتوى مقلّده وكون عمله طبق الفتوى السابقة، مع تغييرها في الواقع، فهنا جهل مركب، ولا حكم ظاهري، فإن الأقوى حينئذ وجوب الإعلام وإن طابق العمل فتوى من يجوز تقليده، لأن هذا

ص: ١٤١

المجتهد لما تغيّر رأيه فقد قام عنده الدليل على بطلان تلك الأعمال.

وأما ما عن المحقق القمي من صحه عمله لو كان بلا تقليد عن تقصير، فوافق فتوى من يجوز تقليده، فمبنى على ما ذكروا في الأصول من أنه إذا قامت حجّة، وكان عمل الشخص بلا-التفات إليها، ثم صادف العمل تلك الحجّة، صح عمله وجاز للعبد الإحتجاج بتلك الحجّة، وإن كان حين عمله جاهلاً-بها، لكن فيه نظر. نعم مطابقه العمل للواقع اتّفاقاً تكفى لصحه العمل، أما مطابقته للحجّة التي، فلا يعلمها لا توجب صحه العمل عقلاً، بل العقل يجوّز مؤاخذه المولى للعبد في مثل المورد.

ثم إنه لو كان كلّ من الصحيح والفساد معلوماً، ثم شكّ في صحه عمله، جرت أصاله الصحه، وأما مع الجهل بالصحيح فلا أصل ليتمسك به.

ص: ١٦٢

المسأله الرابعه: (فى تتبع الحاكم حكم من قبله)

قال المحقق قدس سره: « ليس على الحاكم الثانى تتبع حكم من كان قبله » (١).

أقول: ليس على الحاكم الثانى تتبع حكم الأول، حملاً لذلك الحكم على الصحه، وإن جاز له ذلك، سواء طلب المحكوم عليه ذلك أو لا، للأصل.

وأشكل فى الجواز بأن التتبع قد يظهر خطأ الحاكم الأول، فعليه ترك التتبع لئلا يؤدى إلى ذلك وحمل الحكم على الصحه وإنفاذه، نعم، إذا طوب بالحكم فى المسأله كان عليه الفحص والتتبع.

وفيه: إن العثور على خطأ الحاكم الأول لا- يوجب القدح فيه ألبته حتى لا يجوز، إذ لا يسلم من الخطأ إلا أهل العصمه عليهم الصلاه والسلام. نعم، لو علم بأن تفحصه سيؤدى إلى العلم بفسق الحاكم الأول، لم يجز له التتبع، إلا إذا توقف عليه إحقاق حق أو إنجاء نفس محترمه مثلاً.

وبالجمله، فإن النظر فى حكم الأول يحتاج إلى مسوغ، كأن يطلب المحكوم عليه ذلك، أو يتوقف عليه إحقاق حق، أو إنجاء نفس محترمه أو نحو ذلك، والعثور على الخطأ ليس بقادح.

ص: ١٦٣

وقد حمل في (الجواهر) (١) قول بعضهم بلزوم النظر على الثاني، على صورته عدم تمام حكم الحاكم الأول، أو تراضى الخصمين بتجديد النظر.

نعم، لو علم الثاني بفساد حكم الأول، وجب عليه التبع، سواء كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس، وقيل: لو رضى المحكوم له بذلك في حقوق الناس.

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

قال في (الجواهر): بلا- خلاف أجده بين من تعرض له متما، وأوضحه بقوله: لأنها دعوى لا- دليل على عدم سماعها، فتبقى مندرجه في إطلاق ما دلّ على قبول كلّ دعوى من مدّعيها من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ « البينه على المدعى» وغيره (٢).

أقول: وأيّ دلالة لهذا الحديث على وجوب استماع الدعوى والنظر؟ فالصحيح التمسك بأدله وجوب القضاء.

فإن قيل: لعل وجه الدلالة أنه لما يدعى على الأول الحكم بالجور، فإن الحاكم الثاني يطالبه بالبينه وينظر في القضية.

قلنا: إن الأمر الإجتهادى والحكم الشرعى ليس من الأمور التى تقام البينه عليها، بل يجب عليه النظر فى حكم الأول وأدلته - عند دعوى الجور - ثم الحكم فى القضية عن علم.

ص: ١٦٤

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١٠٣.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٠٣.

فظهر أن مورد النظر في حكم الأوّل دعوى المحكوم عليه حكمه بالجور أو علم الثاني بفساد حكمه، ومن هنا قال المحقق:

« وكذا لو ثبت عنده ما يبطل حكم الأوّل أبطله، سواء (١) كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس » (٢).

وقيل: إن الحاكم المنصوب من قبل الإمام عليه السلام - خصوصاً أو عموماً - له الولاية على الناس وحكمه نافذ، فكما لا تسمع دعوى المولى عليه على وليه، لا تسمع دعوى المحكوم عليه على الحاكم. هذا ما قاله بعضهم، ولذا حمل كلام المحقق على صورته كون الحاكم الأوّل معزولاً، ولا ولاية له على المحكوم عليه حين الدعوى.

لكن فيه: إن النظر في حكم الأوّل في صورته العلم بفساده أو دعوى المحكوم عليه الجور، ليس نقضاً لحكمه و ردّاً عليه، وهو وإن كان له الولاية، إلا أنه قد ولي لأن يحكم بالحق، ومع الجور في الحكم أو العلم بفساده فلا مانع من النظر فيه، والمولى عليه إن علم بفساد عمل من أعمال وليه المتعلقة بأموره، يجوز له الردّ عليه، فلو عقد له امرأه وظهر له فساد العقد لم يقبل هذه الزوجية، لأنه كان ولياً عليه لأن يوقع عقداً صحيحاً، وحيث لم يكن عقده كذلك لم يكن عليه القبول، ويترتب الأثر على رده عندما يكون متمكناً منه.

ص: ١٦٥

١-١) قول المحقق « سواء كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس » إشارته إلى ما عن الشيخ - وتبعه بعضهم - من أنه لا ينقض حق الآدمي إلا - مع المطالبة، لأن صاحب الحق ربما أسقطه، وأما إذا كان حقاً لله تعالى فإنه ينقضه لأن له النظر في حقوق الله تعالى.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٧٦.

المسألة الخامسة: (في دعوى أن المعزول حكم عليه بشهادة فاسقين)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا ادعى رجل أن المعزول قضى عليه بشهادة فاسقين، وجب إحضاره وإن لم يقيم المدعى بينه، فإن حضر واعترف ألزم » (١).

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

وإن ادعى أنه قضى عليه بشهادة فاسقين عنده وعادلين عند الحاكم لم يكن على الحاكم شيء، لأن المفروض حكمه بشهادة شاهدين عادلين، فإن جاء المدعى بالبينة لجرحهما فهو وإلا فلا تسمع دعواه.

وإن ادعى أنه قد حكم عليه بالجور، لأنه قد حكم بشهادة فاسقين عنده أيضاً، ففي هذه الصورة قال المحقق: يجب على الحاكم إحضار الحاكم الأول وإن لم يقيم المدعى البينة، ثم بعد إحضاره يطالب المدعى بالبينة، فإن أقامها فهو وإلا فإن اعترف الحاكم الأول بما يدعيه المدعى ألزم، وما قطع به قدس سرّه هو مذهب الأكثر. وقيل: لا يحضر الحاكم إلا أن يذكر المدعى أن له بينه بذلك.

وعلى تقدير إحضاره - سواء قلنا بجوازه مطلقاً أو بعد ذكر المدعى وجود

ص: ١٦٦

البينه - فإن أقام المدعى البينه حكم الحاكم فى القضية بحسب الموازين الشرعيه، وإن اعترف الحاكم أزم، وإن قال: ما حكمت عليك بشهاده فاسقين كان منكراً والخصم هو المدعى « وإن قال: لم أحكم إلا بشهاده عادلين، قال الشيخ: يكلف البينه، لأنه اعترف بنقل المال وهو يدعى بما يزيل الضمان عنه» ويكون خصمه المنكر، فإن أقام البينه فهو وإلا حلف الخصم.

قال المحقق: « ويشكل بما أن الظاهر استظهار الحكّام فى أحكامهم، فيكون القول قوله مع يمينه، لأنه يدعى الظاهر» (١) وهذا مذهب الأكثر، فعلى من ادعى خلاف الظاهر - وهو الخصم - إقامه البينه على دعواه، كما هى القاعده المقرره فى نظائر المسأله.

ومورد البحث فى هذه المسأله هو الحاكم المنصوب من قبل الإمام عليه السلام فى زمن الحضور والمعزول من قبله، وأما قبل العزل، فلا تسمع دعوى المولى عليه، وبه صرح فخر المحققين فى (شرح القواعد) (٢) ومن هنا قيد المحقق ب (المعزول) (٣).

ص: ١٤٧

(١-١) شرائع الإسلام ٤: ٧٦.

(٢-٢) إيضاح الفوائد فى شرح القواعد ٤: ٣٢٠.

(٣-٣) والحاصل: أن فى المسأله خلافاً فى موضعين أحدهما: فى وجوب إحضار الحاكم الثانى للحاكم الأوّل المعزول، فقال المحقق والعلامة فى القواعد: وجب إحضاره وإن لم يقم المدعى بينه، ونسبه فى المسالك إلى الأكثر وقال: وهو الأقوى. وقد استدل له بأنها دعوى شرعيه يشملها عموم: « البينه على المدعى واليمين على من أنكر» فيجب سماعها وترتيب الأثر عليها بإحضار المدعى عليه، وهو الحاكم المعزول، والنظر فى المرافعه، وإن لم يقم المدعى بينه له بذلك، قال فى الجواهر: بل وإن صرح بعدمها بناء على أن له اليمين، ولاحتمال إقراره، وأبهبه القضاء لا تنافى ذلك. وعن بعضهم: لا تسمع مطلقاً، وقيل: لا تسمع إلا أن يذكر المدعى أن له بينه عليه بذلك، لأن الحاكم أمين الشرع والظاهر أن أحكامه وقعت على وفق الصواب فيعمل بهذا الظاهر إلى أن تقوم الحججه بخلافه، ولأن فتح هذا الباب موجب للطعن فى الحكّام. وهذا القول اختيار فخر المحققين. والثانى: أنه على تقدير إحضار الحاكم المعزول وجوابه عن الدعوى بقوله لم أحكم إلا بشهاده عدلين، فهل يتقدم قوله مطلقاً أو مع اليمين أو يفتقر إلى البينه وإلا قدم قول المدعى؟ اختار الشيخ فى المبسوط الثالث، لأنه اعترف بنقل المال وهو يدعى بما يزيل الضمان عنه، فعليه البينه حينئذ. واختار فى المسالك الثانى قائلاً: وهو الذى مال إليه المصنف والعلامة وأكثر المتأخرين، وهو قول الشيخ أيضاً فى الخلاف وابن الجنيّد، لادّعائه الظاهر كسائر الأئمّه إذا ادعى عليهم خيانه. وقد أشكل المحقق على قول الشيخ بما سمعت، وفى القواعد: وفيه نظر، لأن الظاهر من الحكّام الاستظهار فى حكمهم فيجب عليه اليمين لادّعائه الظاهر. وقد ردّ دليل الشيخ: بمنع كون مطلق نقله المال موجباً للضمان، بل إنما يكون سبباً للضمان مع التفريط، والأصل عدمه، وبأن هذا يؤدى إلى امتهان الحكّام وزهدهم فى الأحكام. وقيل: إنه يصدق بغير يمين، لأنه كان أمين الشرع فيصان منصبه عن التحليف والابتذال. وقد حكى الشيخ هذا القول فى المبسوط، قال فى المسالك: واستحسنه الشيخ فخر الدين فى شرحه بعد أن رجح القول الثانى، ولا نعلم به قائلاً من الأصحاب، وفى مفتاح الكرامه: حكاه الشيخ وهو الصواب. هذا، وظاهر السيد الأستاذ موافقه المحقق فى كلا الموضوعين.

المسأله السادسة: (فى تعدّد وعداله مترجم الحاكم)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا افتقر الحاكم إلى مترجم، لم يقبل إلا شاهدان عادلان ولا يقنع بالواحد، عملاً بالمتفق عليه» (١).

أقول: إذا افتقر الحاكم إلى المترجم، فقد حكى الإجماع على اشتراط كون

ص: ١٦٨

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٧٦.

المرجم بالغاً عادلاً وإن كانت سيره قائمه على القبول وترتيب الأثر مع الوثوق والإطمينان وإن لم يكن المترجم بالغاً عاقلاً، فالناس في حوائجهم الشخصية يكتفون بالطريقه النوعيه لكلام المترجم ولا يشترطون فيه ذلك.

إنما الكلام في التعدد، فهل يكفي المترجم الواحد البالغ العاقل، أو لابد من التعدد؟ فهل هو كالبينه حيث يشترط التعدد أو كخبر الواحد فيكفي الواحد؟

إن كانت الترجمة شهادة، فلا بد من التعدد لقوله تعالى: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» (١) وإن كانت إخباراً، أمكن القول بكفايه الواحد بناء على شمول أدله حجه خبر الواحد لجميع الإخبارات.

قال المحقق بلزوم التعدد، لأنه القدر المتيقن من الحجه، وكأنه قدس سره غير جازم بكون الترجمة خبراً أو شهادة، إذ لو كان جازماً بكونه خبراً لأفتى بكفايه الواحد، وإن كان جازماً بكونه شهادة لأفتى بالتعدد، فلم يجزم بأحد الوجهين وأفتى بعدم قبول الواحد من باب الأخذ بالقدر المتيقن، لعدم وجود إطلاق أو أصل يقتضى عدم لزوم التعدد مع الشك في حجه ترجمه الواحد.

وقيل: الروايه خبر والشهادة خبر، ولكن اشترط في حجه الثاني أن يكون المخبر متعدداً، فأدله حجه خبر الواحد تقتضى حجته إلغافى مورد الشهاده حيث قام الدليل على لزوم التعدد، ومع الشك في كون الترجمة شهادة، يتمسك بعموم أدله حجه خبر الواحد، أخذاً بالقدر المتيقن من الدليل المخصص المجمل (٢).

ص: ١٦٩

١-١) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

٢-٢) ويمكن توجيه هذا القول بأن عمده الأدله على حجه خبر الواحد هي سيره، وهي قائمه على اعتبار خبر الثقة في الأحكام والموضوعات على السواء، ولما كان اعتبار سيره متوقفاً على عدم ردع الشارع، فإنه في كل مورد قام الدليل الشرعي على اشتراط التعدد كان ذاك الدليل رادعاً في ذاك المورد، وحيث لم يرد نص في اعتبار التعدد في خصوص الترجمة ليكون رادعاً عن سيره، جاز الإكتفاء بترجمه الواحد. وبما ذكرنا يظهر الجواب عما أجاب به في الجواهر عن هذا القول.

وأجاب في (الجواهر) بأن الشهاده غير الخبر عند العرف، فهما مفهومان متباينان، وليست الشهاده خبراً مقيداً بتعدد المخبر حتى يقال فيه ذلك. هذا أولاً.

وثانياً: إن عمده الأدله لحجيه خبر الواحد هو السيره، وهو دليل لثبى يؤخذ منه بالقدر المتيقن، وهو غير ترجمه (1).

فإن قيل: إن آيه النبأ (2) مطلقه، ومفهومها عدم وجوب التبين عند إخبار العادل، والمترجم العادل يخبر فلا يشترط فيه التعدد.

وأجاب في (الجواهر): بأن التبين غير واجب، ولكن التعدد أمر آخر لا تنفيه الآيه، ولا منافاه بين عدم وجوب التبين ولزوم تعدد المخبر لدليل خاص.

وأيضاً: آيه النبأ وارده في مورد موضوع خاص يحتاج إلى البيئه.

وأيضاً: آيه النبأ يمكن أن نقول بأنها ليست في مقام وجوب العمل بخبر العادل، بل هي في مقام بيان عدم جواز ترتيب الأثر والتعويل على قول الفاسق، وبعبارة أخرى: ننكر أن يكون للآيه مفهوم.

والحاصل: إنه لا إطلاق للآيه الكريمة.

والأولى أن نقول: إن لم تكن ترجمه في مورد الحكم ومقام الترافع - نظير الواعظ الذى يقرأ الروايه على المنبر ويترجمها - كفى الواحد، والسيره قائمه على

ص: ١٧٠

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١٠٧.

٢-٢) وهى قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بَنِيًّا فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصِيبُكُمْ بِحُورِ عَلِيٍّ مِمَّا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾
سوره الحجرات ٤٩: ٦.

قبول هذه الترجمة، بل الترجمة في هذه الحالة نظير الرجوع إلى أهل الخبره عرفاً، وإن كانت في مورد الحكم وتوقف القضاء عليها، اشترط فيه التعدد.

وبالجملة: إن كليهما إخبار، غير أنه في مورد الترافع شهادة فيعتبر التعدد، وفي مورد غيره إخبار، وحيث تكون الترجمة للشهادة في مورد الترافع فإنها تكون شهادة على الشهادة، وعليه، ففي الشهادة على الزنا حيث يشترط أن يكون الشهود أربعة يكفي أن يكون المترجم اثنين.

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

المسألة السابعة: (في شرائط كاتب القاضى)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا اتخذ القاضى كاتباً، وجب أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً بصيراً، ليؤمن انخداعه، وإن كان مع ذلك فقيهاً كان حسناً» (١).

أقول: ويشترط أن يكون مع ذلك مؤمناً. وقد قال المحقق: « إذا اتخذ» لكن فى (المسالك): ينبغى للحاكم أن يتخذ كاتباً، لمسيس الحاجة إلى كتب المحاضرات والسجلات والكتب الحكيمه، والحاكم لا- يتفرغ لها غالباً، ومن المشهور أنه قد كان لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كتاب.

وذكر فى (المسالك) (٢) أوصافاً أخرى اشترطها فى الكاتب استجباً حيث قال: ويستحب أن يكون مع ذلك وافر العقل، عفيفاً عن المطامع الفاسده، لكيلا- يخدع من غيره بمال وغيره، وأن يكون فقيهاً لا- يؤتى من جهل، وأن يكون جيّد الخط، ضابطاً للحروف لئلا يقع فى الغلط والإشبهاء.

وعن بعض العامة: إن الكتابه هى للتذكّر، فلا يشترط فى الكاتب وجود شىء من هذه الأوصاف، بل يجوز أن يكون غير مسلم ولا عادل.

أقول: يحتاج إلى هذه الأوصاف فى الكاتب حتى على القول بعدم الإعتبار بالقرطاس، وذلك من جهات أخرى، كاشتغال المكاتبات على أمور يجب أن يكون كاتبها مسلماً عدلاً، لكي يتمكن من استئمانه عليها ويحصل الإطمئنان بها.

ص: ١٧٢

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٧٦.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٣: ٣٩٦.

قال المحقق: « الحاكم إن عرف عداله الشاهدين حكم، وإن عرف فسقهما اطرح، وإن جهل الأمرين بحث عنهما » (١).

بحث الحاكم عن عداله الشاهدين:

أقول: إذا طرح المدعى دعواه وطالبه الحاكم بإقامه البينه، فإن عرف الحاكم عداله الشاهدين حكم ولا حاجه إلى التزكيه، وإن عرف فسقهما أطرح الدعوى، لما تقدم من أن للحاكم أن يحكم بعلمه، وإن جهل حال الشاهدين بحث عنهما بنفسه - إذا لم يوجد هناك شاهدان عادلان يزكيانها - فعن تفسير الإمام العسكري عليه السلام عن آبائه عن أمير المؤمنين عليهما السلام قال:

« كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إذا تخاصم إليه رجلان قال للمدعى: ألك حجه؟ فإن أقام بينه يرضاها ويعرفها، أنفذ الحكم على المدعى عليه، وإن لم يكن له بينه، حلف المدعى عليه بالله ما لهذا قبله ذلك الذى ادّعاها ولا شىء منه. وإذا جاء بشهود لا يعرفهم بخير ولا شرّ قال للشهود: أين قبائلكما؟ فيصفان، أين سوقكما، فيصفان، أين منزلكما؟ فيصفان، ثم يقيم الخصوم

ص: ١٧٣

والشهود بين يديه، ثم يأمر فيكتب أسامى المدعى والمدعى عليه والشهود، ويصف ما شهدوا به، ثم يدفع ذلك إلى رجل من أصحابه الخيار، ثم مثل ذلك إلى رجل آخر من خيار أصحابه، ثم يقول: ليذهب كل واحد منكما من حيث لا يشعر الآخر إلى قبائلهما وأسواقهما ومحالهما والربض الذى ينزلانه، فيسأل عنهما، فيذهبان ويسألان.

فإن أتوا خيراً وذكروا فضلاً رجعوا إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأخبراه، أحضر القوم الذى أثنوا عليهما وأحضر الشهود، فقال للقوم المثين عليهما: هذا فلان ابن فلان، وهذا فلان ابن فلان، أتعرفونهما؟ فيقولون: نعم، فيقول: إن فلاناً وفلاناً جاءنى عنكم فيما بيننا بجميل وذكر صالح أنكما قالوا، فإن قالوا: نعم، قضى حينئذ بشهادتهما على المدعى عليه.

فإن رجعا بخبر سيئ وثناء قبيح دعا بهم، فيقول: أتعرفون فلاناً وفلاناً؟ فيقولون: نعم. فيقول: ااعدوا حتى يحضرا، فيقعدون، فيحضرهما فيقول للقوم: أهما هما؟ فيقولون: نعم، فإذا ثبت عنده ذلك، لم يهتك سرّ الشاهدين ولا عابهما ولا وبّخهما، ولكن يدعو الخصوم إلى الصلح، فلا يزال بهم حتى يصطلحوا لئلا يفتضح الشهود ويستر عليهم، وكان رؤوفاً رحيماً عطوفاً على أمته.

فإن كان الشهود من أخلاط الناس، غرباء لا يعرفون، ولا قبيله لهما ولا سوق ولا دار، أقبل على المدعى عليه فقال: ما تقول فيهما؟ فإن قال: ما عرفنا إلا خيراً، غير أنهما قد غلطا فيما شهدا على، أنفذ شهادتهما، وإن جرحهما وطعن عليهما، أصلح بين الخصم وخصمه، وأحلف المدعى عليه، وقطع الخصومه

قال: « وكذا لو عرف إسلامهما وجهل عدالتهما... وقال في الخلاف: يحكم، وبه روايه شاذه» .

أقول: لو جهل الحاكم إسلام الشاهدين أو عدالتهما، من جهة الشك في إسلامهما، فلا خلاف في وجوب التوقف عن الحكم والتفحص عن حالهما، وكذا لو عرف إسلامهما وجهل عدالتهما عند المشهور، لأن الواجب على الحاكم أن يحكم بالحق عند التخاصم إليه، ومن شرائط الحكم بالحق عداله الشاهدين في مورد قيام البيئه، فمع الجهل بها لا يكون الحكم بالحق.

ومذهب المشهور أن عداله أمر زائد على الإسلام بل الإيمان أيضاً، واستدلوا لذلك بقوله تعالى: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» (٢) فإنه ظاهر في أن عداله وصف زائد على الإسلام، إذ لو كان الإسلام كافياً لما قيد بالعداله مع وجود كلمه « منكم» ، وهذه الآيه المباركه تقييد الآيه الأخرى: «وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ» (٣) بالمنطوق أو بمفهوم الوصف، والظاهر من الآيه - لكونها في مورد الشهاده - بيان الحكم الوضعي، أي: إن شرط قبول الحكم موقوف على كون البيئه عادله.

ص: ١٧٥

١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٩/٦. أبواب كيفية الحكم، الباب ٦، عن تفسير الإمام العسكري: ٢٨٤.

٢- ٢) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

٣- ٣) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

وعن الشيخ في (الخلاف) والمفيد وابن الجنيّد (1): عدم وجوب الفحص عن عداله الشاهدين مع العلم ياسلامهما، قالوا: والآيتان تدلان على قبول شهاده المسلم، والتقييد المذكور غير تام، لعدم حجيه مفهوم الوصف، وقال تعالى: «إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا. . .» (2) وهو ظاهر في أن وجوب التبين مشروط بالعلم بالفسق، فمع الشك في كونه فاسقاً لا وجوب للفحص والتبين.

أقول: إنا لو سلّمنا ما ذكروا بالنسبه إلى الآيتين، فإن هذه الآية الثالثه الداله على عدم قبول قول الفاسق تقيدهما، فيكون الحاصل: استشهادوا شهيدين غير فاسقين من رجالكم، فإن أرادوا التمسك بإطلاق الآيتين، كان من التمسك بالعام في الشبهه المصادقيه. وحيث أن الدليل الدال على اشتراط العداله لا يوضح معنى العداله، كان للقائل بعدم وجوب الفحص والتحقيق عن حال الشاهدين المسلمين، أن يقول بأن الإسلام عداله، لكننا نقول: لا إشكال في أن أحكام الإسلام مبنيّه على العداله، وأن من كان مسلماً واقعاً كان عادلاً، لأنه يأتي بجميع الأحكام ويطيعها فعلاً وتركاً، فإن أرادوا من قولهم: «الإسلام عداله» هذا المعنى، فهو صحيح، وإن أرادوا من «الإسلام» مجرد التفوه بالشهادتين، فإن أثر التفوه بالشهادتين - كما في الروايات - هو أن له ما للمسلمين وعليه ما على المسلمين، وهذا أمر تعبدى لا يفيد العداله كما هو واضح.

نعم، قيل: إن الأصل في المسلم أن يكون عادلاً، لأن الإعتقاد إن كان كاملاً جاء العمل بالأحكام قهراً، فلا يعصى هذا المسلم ربّه إلا نادراً، وحينئذ، فمع الشك في عداله مسلم أخذ بالأصل المذكور وحكم بعدالته، من باب أن الظن يلحق الشئ بالأعم الأغلب، وهذا الأصل يبتنى على القول بأن الإسلام غير العداله،

ص: ١٧٦

١-١) كتاب الخلاف ٦: ٢١٧ / المسأله ١٠، حكاه عنه العلّامه في المختلف ٨: ٤٩٩، الإشراف (مصنفات الشيخ المفيد ٩: ٢٥).

٢-٢) سوره الحجرات ٤٩: ٦.

وأن العدالة ملكه، أو أنها فعل الواجبات وترك المحرمات، أو كفايه حسن الظاهر.

ولكن الحق أنه مع وجود الدواعي الكثيره المختلفه إلى المعصيه، لا غلبه حتى يلحق بها، بل قد يكون الأصل والغالب في بعض الأزمنه هو الفساد، وبه روايه (١)، وكذلك زماننا.

قال في (المسالك) بالنسبه إلى مذهب الشيخ قدس سره: إن هذا القول وإن كان أمتن دليلاً. لكن المشهور الآن بل المذهب خلافه... (٢).

أقول: ومراد المحقق من وصف الروايه بالشذوذ هو إعراض الأصحاب عما يدل على ذلك، وإن كانت عليه روايات عديده (٣)، حتى أن الشيخ نفسه لم يعمل بها

ص: ١٧٧

١- ١) في سفينه البحار ٥: ٣٩٤: الدرّه الباهره: قال أبو الحسن الثالث عليه السلام: إذا كان زمان العدل فيه أغلب من الجور فحرام أن تظن بأحدٍ سوء حتى يعلم ذلك منه، وإذا كان زمان الجور فيه أغلب من العدل فليس لأحدٍ أن يظن بأحدٍ خيراً حتى يبدو ذلك منه. نهج - قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا استولى الصلاح على الزمان وأهله ثم أساء رجل الظن برجل لم تظهر منه خزيه فقد ظلم، وإذا استولى الفساد على الزمان وأهله فأحسن رجل الظن برجل فقد غرر.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٣: ٤٠٣.

٣- ٣) قد أخرج قسم منها في أبواب الشهادات من وسائل الشيعة ومنها: ما عن علقمه قال « قال الصادق عليه السلام - وقد قلت له: يا ابن رسول الله، أخبرني عن تقبل شهادته ومن لا تقبل - فقال: يا علقمه، كل من كان على فطره الإسلام جازت شهادته. قال فقلت له: تقبل شهاده مقترف الذنوب؟ فقال: يا علقمه، لو لم تقبل شهاده المقترفين للذنوب لما قبلت إلا شهاده الأنبياء والأوصياء عليهم السلام، لأنهم المعصومون دون سائر الخلق، فمن لم تره بعينك يرتكب ذنباً أو لم يشهد عليه بذلك شاهدان فهو من أهل العدالة والستر وشهادته مقبوله وإن كان في نفسه مذنباً، ومن اغتابه بما فيه فهو خارج عن ولاية الله داخل في ولاية الشيطان» وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩٥/١٣. كتاب الشهادات، الباب ٤١. ومنها: ما عن حريز عن أبي عبد الله عليه السلام « في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا فعدل منهم اثنان ولم يعدل الآخران. فقال: إذا كانوا أربعة من المسلمين ليس يعرفون بشهاده الزور أجزت شهادتهم جميعاً، وأقيم الحد على الذي شهدوا عليه، إنما عليهم أن يشهدوا بما أبصروا وعلموا، وعلى الوالى أن يجيز شهادتهم إلا أن يكونوا معروفين بالفسق» وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩٧/١٨. كتاب الشهادات، الباب ٤١. ومنها: مرسله يونس عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « سألته عن البيئه إذا أقيمت على الحق أيحل للقاضي أن يقضى بقول البيئه؟ فقال: خمس أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات والمناكح والذبائح والشهادات والأنساب. فإذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه» وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩٢/١٨. كتاب الشهادات، الباب ٤١. وقد ذكر هذا الخبر في الكتاب وبحث عن لفظه ومعناه. ومنها: ما عن عبد الله بن المغيرة قال قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام: رجل طلق امرأته وأشهد شاهدين ناصبيين. قال: كل من ولد على الفطره وعرف بالصّلاح في نفسه جازت شهادته « وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩٨/١٨. كتاب الشهادات، الباب ٤١. وقد أطال في الجواهر البحث عن هذه الأخبار ودلالاتها ووجوه الجواب عن الاستدلال بها، في صلاه

الجماعه من كتاب الصلاه، لمزيد من الإطلاع انظر جواهر الكلام ١٣: ٢٨١.

فى مواضع أآر؁ بل إن التفآص عن الشهاده كان معمولاً- به فى زمن النبى صلى الله عليه وآله وسلم؁ كما دلت على ذلك الروايه المذكوره سابقاً؁ وهى وإن كانت ضعيفه سنداً (١) لكن عليها العمل.

وقال السيد فى (العروه): « لو جهل الحاكم حالهما وجب عليه أن يبين للمدعى أن له تزكيتهما بالشهود إذا كان جاهلاً بذلك ثم يطلبها منه؁ ولو قال: لا- طريق لى إلى ذلك أو قال: يعسر على أو قال: لا أفعل؁ وطلب من الحاكم الفحص عن ذلك؁ هل يجب عليه أو لا-؟ قد يقال بوجوبه... والأقوى عدم وجوبه عليه؁ لمنع كون الحكم مطلقاً وإلا- لزم على الحاكم الفحص عن وجود الشاهد وعدمه

ص: ١٧٨

١- ١) لأنها من أخبار التفسير المنسوب إلى الإمام الحسن العسكرى عليه السلام؁ وفى ثبوت هذا التفسير له عليه السلام بحث بين علمائنا وكلام طويل مذكور فى كتب الحديث.

أيضاً، مع أنه ليس كذلك قطعاً (١).

□
أقول: ليس المراد من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «إنما أفضى بينكم بالبيّنات والأيمان» ترك النظر في الدعوى، إذا لم يكن للمدعى بينه عادله على دعواه، بل المعنى أنه حيثئذ يقضى باليمين، نظير الصّلاه، حيث تجب الصّلاه مع الوضوء في حال وجدان الماء، وإلّا وجبت مع التيمم بعد الفحص واليأس عنه في الحدود المعينه لذلك شرعاً، غير أن الشارع لم يحدّد وجود البيّنه بل أحال الأمر إلى العرف، وأهل العرف يفحصون عن حال الشاهدين في بلدهما وعشيرتهما، بل روى ذلك عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أيضاً، فحاصل معنى الحديث: أنه إن كان هناك - مع الجهل بحال الشاهدين - طريق متعارف إلى معرفه حالهما، فالفحص عن ذلك لازم، وإلّا فيكون الحكم بالأيمان... وهذا تقريب آخر لمذهب المشهور، بل يجب على الحاكم الإرسال خلف الشاهدين - لو امتنع المدعى عن إحضارهما - إن أمكنه ذلك، لأن الحكم واجب عليه، فيجب عليه تحصيل مقدماته بحسب الإمكان والمتعارف... فالحقّ مع المشهور.

انتقاض الحكم بفسقهما وقت الحكم:

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

أقول: لا-ريب في هذا، ولا-يختلف باختلاف الأقوال في حقيقه العداله، فإنه بتبين فسق الشاهدين ينتقض الحكم، لكن يشترط تحقق موجب الفسق منهما قبل

ص: ١٧٩

صدور الحكم بل قبل أداء الشهاده، ووجه الإنتقاص: أن العدالة شرط واقعي لا علمي، فمع انكشاف الخلاف ينتقض الحكم.

وقد يقال: بأن الشرط في قبول الشهاده هو كون الشاهد عادلاً في نظر الحاكم، وإلا فلا طريق إلى العلم بالعدالة الواقعيه لأحد، بل الإكتفاء بذلك هو المراد من قوله تعالى: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» (١).

وفيه: إن ظاهر اشتراط شى لشى هو اشتراط تحقق مفهومه الواقعي، وكذا الأحكام تتوجه إلى الأمور الواقعيه، فإذا قيل: الغنم حلال، أو البول نجس، أريد الغنم الواقعي، والبول الواقعي، ولو أريد الاشتراط العلمى لكان بيان ذلك بتعبير آخر، ألا ترى إلى قول الشارع فى مسأله الإقتداء فى الصياله حيث العدالة فيه شرط علمى لا واقعي: «لا تصلّ إلا خلف من تثق بدينه» (٢) فلو صلّى خلف من وثق بعدالته وانكشف الخلاف، لم تجب عليه الإعاده ولا القضاء، بخلاف ما لو كان الكلام هكذا: صلّ خلف العادل، فإنه ظاهر فى الشرطيه الواقعيه، ويترتب عليه الإعاده أو القضاء مع انكشاف الخلاف.

وقد ذكر صاحب (الجواهر): أن الأصل هو الواقعيه فى الشرائط، وهذا الأصل غير واضح عندنا، ولعله يريد الظاهر، ولقد كان الأولى التعبير به دونه، لأن الظاهر أماره.

وقال فى (الجواهر): الفسق بعد الحكم لا- ينتقض الحكم، قال: بل لعله كذلك لو كان بعد الإقامه قبل الحكم، وإن المراد من التبين هو تبين حاله اتفاقاً، لا بأن

ص: ١٨٠

١-١) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

٢-٢) وسائل الشيعه ٨: ٣١٩/١. أبواب صلاه الجماعه، الباب ١٢.

يقول الخصم - بعد إحراز الحاكم العدالة -: لو تفحصتم عن حالهما لبان لكم فسقهما، فليس للحاكم قبول كلامه والتفحص عن ذلك (١).

هل يجوز التعويل على حسن الظاهر؟

قال المحقق قدس سرّه: « ولا يجوز التعويل في الشهادة على حسن الظاهر » (٢).

أقول: أي إنه لا يجوز الإعتماد على حسن الظاهر، بل لابد من معرفه باطن الشخص على أثر المعاشره والمخالطه معه، وهذا مبني على أن العدالة ملكه، فإنه بناء على هذا يشترط الشهاده بوجود الملكه فيهما، ولا يحصل العلم بذلك إلا بالمعاشره، إذ الأعمال الجوارحيه يمكن الإطلاع عن طريقها إلى الجهات الباطنيه، لأن الإناء يترشح بما فيه.

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

وقد شبه صاحب (الجواهر) (٣) العدالة بناء على مذهب المحقق بالإعسار، فلو ادعى المدين الإعسار لم يقبل منه ولا يثبت الإعسار بمجرد ظاهر حاله حتى تحرم المطالبه، بل لابد من التحقيق، فالملكه أيضاً كذلك، فإن كثيراً من المعاصي لا يتظاهر بها أهلها، فلا يكفي حسن الظاهر، وخالفه استناداً إلى الأخبار الكثيره الداله على جواز الشهاده تعويلاً على حسن الظاهر.

ص: ١٨١

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١١٣ - ١١٤.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٧٦.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ١١٤.

وسياتى فى كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى البحث تفصيلاً عن جواز الشهاده استناداً إلى طريق من الطرق والأمارات الشرعيه كاليد والبينه، وعدم جوازه ووجوب العلم بالمشهود به، وملخصه:

أنه لو شك مثلاً فى كلام لا يعلم هل هو كذب أو لا، جاز التكلم به، لعدم جواز التمسك بأدله حرمه الكذب حينئذ، لأنها شبهه مصداقيه، وعليه، تجرى البراءه عن الحرمة، إلا أن يقال بالاحتياط إن كان ذلك الكلام يتعلق بما يحتاط فيه، كالفروج والدماء، وأما الإخبار عن شىء بنحو الجزم - مع الشك فى تحققه - فلا يبعد كونه افتراء، فالشهاده بما لا يعلم افتراء، إذن، لابد من العلم فى الشهاده، فإن 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 والطريق، فتجوز الشهاده اعتماداً على الطريق الشرعى. هذا كله أصولاً.

وأما فقهاً، فإن الروايات الواردة فى الجواز كثيره (١)، وتفصيل المسأله فى كتاب الشهادات.

بل فى (الجواهر) إن حسن الظاهر بنفسه عداله (٢)، فما ذكره المحقق هنا مخالف للروايات، بل قال: إن البحث هنا علمى، مرجعه إلى أن العداله شرعاً هى ملكه يصدر عنها حسن الظاهر أو أنها عباره عنه، وإلا فالجميع متفقون على تحققها بذلك، بناء على كون مراد القائلين بحسن الظاهر هو أن جميع ما يظهر منه حسن بعد الخلطه والصحبه المتأكده فى سرّه وعلانيته.

ص: ١٨٢

١- ١) ذكرنا بعضها فى الهامش المتقدم.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ١١٤.

أقول: والمختار أن العدالة هي الملكة وحسن الظاهر طريق إليها، لأن حسن الظاهر أعم من العدالة، لكن الملكة تكون عله لحسن الظاهر، لأنها حاله نفسانيته مستنده إلى الإعتقادات الراسخه وتوجب ترك المحرمات والعمل بالواجبات، بحيث لو صدر منه خطأ حملته الملكة على الندم والتوبه.

ولا ريب في أن العلم بحسن الظاهر أيضاً يتوقف على المعاشره كذلك، فإن الصفات التي ذكرت في الروايات - المستفاد منها الإكتفاء بحسن الظاهر - لا- يمكن الإطلاع عليها عادةً إلا بها. . . فالحاصل: إن الآثار تترتب على حسن الظاهر المعلوم بما ذكر، عملاً بالأخبار خلافاً للمحقق، وليس حسن الظاهر هو العدالة خلافاً للجواهر، بل هو طريق إليها، وعليه، فتقوم الطرق الشرعيه مقام العلم في الشهاده.

ثم إن المستفاد من تلك الأخبار عدم وجوب التعمق الشديد في حالات الشخص.

السؤال عن التزكيه وكيفيه ثبوتها:

قال المحقق: « وينبغي أن يكون السؤال عن التزكيه سرّاً، فإنه أبعد من التهمه » (١).

أقول: وهذا واضح، لأنه إن سأل الشخص عن حال الشاهد في حضوره يصعب عليه الجواب بعدم التزكيه، إما حياء وإما وفاء وإما خوفاً وإما رجاء، وإن كان يعلم بعدالته فأجاب بالإيجاب وشهد بذلك، لآتهم من قبل الخصم بأنه زكاه

ص: ١٨٣

قال: « وثبت مطلقه وتفتقر إلى المعرفة الباطنه المتقادمه» (١).

أقول: إن التزكيه تفتقر إلى المعرفة السابقه بباطن المزكى على أثر المخالطه، ولا تكفى الشهاده تعويلاً على حسن الظاهر عند المحقق، لكن فى (الجواهر) (٢) « تفتقر إلى المعرفة الباطنه المتقادمه المفيده للعلم أو الظن بحصول الملكه، وأن ما يصدر من ذلك من آثارها، أو بحسن الظاهر بمعنى أنه لا يظهر منه سرّاً وعلانيه إلا الحسن» أى: إن علم بالعداله فهو وإلا كفى الظن بحصول الملكه، وكذا يكفى الشهاده بحسن ظاهره بالمعنى المذكور، فكأنه يحمل عباره المحقق الصريحه فى عدم كفايه حسن الظاهر على حسن ظاهر بعض أحواله وأفعاله التى لا يستفاد منها الحسن فى جميع ما يظهر منه سرّاً وعلانيه، قال: وهذا هو مراد القائلين بكفايه حسن الظاهر، فيتحدّد القولان.

ثم إن الشهاده بالعداله لا يشترط فيها التفصيل، فيكفى أن يشهد بعدالته. وقيل: بل يلزم أن يقول فى حقه: عادل مقبول الشهاده، إذ ربما يكون عادل غير مقبول الشهاده، كالعادل الكثير الشك وصاحب الوسوسه، وربما يقال: بكفايه الشهاده بأنه مقبول الشهاده. . . وسيأتى لذلك تتمه قريباً إن شاء الله.

كيفية ثبوت الجرح:

قال المحقق: « ولا يثبت الجرح إلا مفسراً، وفى الخلاف: يثبت مطلقاً» (٣).

ص: ١٨٤

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٧٧.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ١١٦.

٣-٣ (٣) شرائع الإسلام ٤: ٧٧.

أقول: فى هذا المقام أقوال، فقيل: لا تثبت العدالة ولا الجرح إلا مفسراً بذكر سبب التعديل دون التفسيق، وقيل: بالعكس، وهو مختار المحقق قدس سره.

ووجه تفصيل المحقق هو: إن تفسير العدالة يحتاج إلى ذكر جميع الواجبات وأنه يعملها كلها، وذكر جميع المحرمات وأنه يتركها كلها، وهذا أمر يستلزم العسر والحرج، فلذا تكفى الشهادة بالعدالة مطلقه، بخلاف الجرح لعدم العسر بذكره، لأنه يكفى فى ثبوت الفسق فعل كبيره واحده من الكبائر.

وأيضاً: أسباب الفسق ممّا وقع الخلاف فيها بين الفقهاء، فلو كان الشاهد مقلداً لمن يرى حرمه فعل من الأفعال وليس حراماً عند من يقلده الفاعل، كانت شهادته بذلك عند الحاكم إغراءً له بالجهل، أو ربما يكون لعمل الفاعل وجه شرعى لا يعلمه الشاهد. . فلا بدّ من ذكر السبب حتى يتضح الأمر وترتفع الجهالة.

وقد أُجيب عن الوجه الأوّل: بالمنع من لزوم الحرج، وعن الثانى: بوقوع الخلاف فى سبب العدالة كذلك، وعليه، يكفى الإطلاق فى كلا المقامين أو يجب التفصيل فيهما معاً.

ثم إن المعدّل أو الجارح يجب أن يكون عالماً بمعنى العدالة، وأن أى شى يضرّ بها وأى شىء لا يضرّ بها، وأن يكون عالماً بفتوى الحاكم فى المسألة، لئلا يلزم الإغراء بالجهل، فإن أحرز الحاكم معرفه الشاهدين بالأمرين، رتب الأثر على شهادتهما، سواء فى الجرح والتعديل من غير حاجه إلى ذكر السبب، وإن علم الحاكم بالإختلاف بين فتواه ونظر الشاهدين أو مقلديهما فى معنى العدالة، فلا يرتب الأثر، وكذا إذا احتمل الإختلاف.

وفى (الجواهر) استوجه حمل عبارته الشاهد على الواقع وإن اختلف

الإجتهد في تشخيصه (قال): ومن هنا لا يجب سؤاله عن سبب التملك مع الشهادة به، وكذا التطهير والتنجيس وغيرهما وإن كانت هي أيضاً مختلفه في الإجتهد، بل يحمل قول الشاهد على الواقع كما يحمل فعله على الصحيح. . . .

وأورد عليه بالفرق بين المقامين، إذ يكفي في مسأله الطهاره لأجل ترتيب آثارها على الثوب وجود أصل أو طريق إلى الطهاره، أما في مسأله الحكم فلا بد من إحراز الواقع، وأيضاً: أصاله الصحه جاريه في عمل غاسل الثوب، فيحمل عمله على الصحه الواقعيه ما لم يعلم بالخلاف، بخلاف الحال في الشهاده، فلو شهدا بمالكه زيد للدار، وأراد الحاكم الحكم بمقتضى تلك الشهاده، توقف الحكم على إحراز عداله الشاهدين، فظهر أن بين الطهاره والملكيه وما نحن فيه فرقاً.

أقول: في مسأله الشهاده، إن شهد بوجود ملكه العداله في المشهود له قبلت الشهاده، وإن شهد بالعداله فلا تقبل، لأنه يكون نظير الشهاده بعداله زيد مع عدم تعيين زيد المشهود بعدالته، وأما الحمل على الصحه الواقعيه - كما هو الحال في الطهاره والملكيه - ففيه تأمل، ويحتاج إلى تتبع كلماتهم في ذلك.

ثم إنه لا بد أن يظهر المطلب بعنوان الشهاده، وبعبارة أخرى: يشترط أن ينشئ الشهاده، لا - أن يخبر عن العداله مثلاً للفرق الواضح بين مفهومي الشهاده والإخبار لغه وعرفاً.

ويجب تعيين المزكى أو المجروح، فلا يكفي القول المجمل، بل كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يسأل الشاهدين في حضور المدعى عليه: هل هو نفسه أو أنه شخص آخر غيره؟

وهل يشترط ضم ألفاظ أخرى إلى الشهاده بالعداله مثل «مقبول الشهاده» كما عن بعضهم أو «مقبول الشهاده لى وعلى» كما عن آخر، أو لا يشترط؟ الذى

يقوى في النظر هو الثاني، وفاقاً لصاحب (الجواهر) ، ولكن لا- لما ذكره قدّس سرّه، فإنه يبتنى على تماميه قاعده المقتضى والمانع، وهي محل بحث كما فصل في محلّه، على أن تلك القاعده لا مجال لها في بعض صور المسأله، كما إذا كان المانع احتمال بنوّ الشاهد - بناء على أن شهاده الولد على والده غير مسموعه - فإنه لا معنى للقول بأن الأصل عدم كونه ولدأ له.

بل لأن الإطلاقات والعمومات تعتبر العداله فحسب، وتفيد أن شهاده العادل مقبوله، فمن ادّعى العدم فعليه إقامه الدليل المخصص، لكن في موارد الشك، كما إذا شك في كون الشاهد خصماً للمدّعى عليه، فلا بدّ من إحراز عدم الخصومه وإلّا لكان التمسك بالعام حينئذ من التمسك به في الشبهات المصادقيه.

قال المحقق قدّس سرّه: « ولا يحتاج الجرح إلى تقادم المعرفه، ويكفي العلم بموجب الجرح » .

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

حكم ما لو اختلف الشهود بالجرح والتعديل:

قال: « ولو اختلف الشهود بالجرح والتعديل قدّم الجرح . . . » (١).

أقول: في حال اختلاف الشهود بالجرح والتعديل يتقدّم الجرح، لأن حاصل شهاده المعدّلين هو عدم العلم بما يوجب الفسق، لكن الجارحين يقولان: رأينا منه كذا. . . فتكون الشهاده بالجرح شهاده بما خفي على المعدّلين، فيقدّم الجرح ولا تعارض بين الشهادتين. وعلى هذا الأساس لو قال الجارح: رأيتّه يفعل كذا

ص: ١٨٧

يوم كذا، فقال المعدل: أشهد بأنه قد تاب عن ذلك الفعل والترم يأتیان الواجبات وترك المحرمات بعد هذا التاريخ، قدّم التعديل لأنه شهادته بما يخفى على الجارحين.

إنما الكلام فيما لو شهد الطرفان بنحو لا يمكن الجمع بين الشهادتين، كأن يقول الجارح: رأيتَه يفعل كذا في مكان كذا يوم الجمعة، ويقول المعدل: كان معي يوم الجمعة في سفر إلى بلد آخر، فإنه تتعارض البيّتان، قال المحقق: « ولو تعارضت البيّتان في الجرح والتعديل، قال في الخلاف: وقف الحاكم، ولو قيل: يعمل على الجرح كان حسناً» (١).

أقول: القول بالتوقّف في صورته التعارض يكون تارة: بمعنى رفع اليد عن شهادته الطرفين، فلا يحكم بالفسق ولا بالعدالة، بل يحلف الخصم، وأخرى: لا يحكم بشي ولا يحلف الخصم، لكن في (الخلاف) أيضاً: « إذا تعارضت البيّتان على وجه لا ترجيح لأحدهما على الأخرى، أقرع بينهما، فمن خرج اسمه حلف وأعطى الحق، هذا هو المعوّل عليه عند أصحابنا، وقد روى أنه يقسم نصفين» (٢).

□
أما عدم تحليف الخصم، فمن جهة انصراف قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: « إنما أفضى بينكم بالبيّنات والأيمان» عن صورته التعارض بين البيّتين، وحينئذ، فإن أمكن التنصيف وإلا فالقرعه لأنها لكل أمر مشكل، ويحلف من خرجت باسمه احتياطاً.

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

ص: ١٨٨

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٧٧.

٢-٢) كتاب الخلاف ٦: ٣٣٧.

وقال فى (الجواهر): وقد يقال أيضاً « إن هذا كله مع فرض عدم أمر سابق يمكن استصحابه من عداله أو فسق وإلا حكم به»
(١).

أقول: إن أراد صورته التعارض بين البيتين، فإنه مع جريان الإستصحاب لا- حاجه إلى الجرح والتعديل، بل تستصحب الحاله السابقه ويترتب الأثر، إلا أن الفقهاء لم يتعرضوا للإستصحاب هنا، بل قالوا إن للحاكم أن يحكم بعلمه بالحال على أثر المخالطه، وظاهر ذلك هو الاعتماد على البيئه مع عدم العلم، لأنها الكاشفه عن الواقع.

اللهم إلا- أن يقال بأن إقامه البيئه حكم تعبدى يعامل مع مفادها معامله الواقع، لا أنها تكشف عنه، وحينئذ يقوم الإستصحاب مقامها.

لكن الظاهر أن حجيه البيئه هى بعنوان تميم الكشف، ولعله لذا ذكر صاحب (الجواهر) المطلب بعنوان: قد يقال.

ثم إنه نقل عن (كاشف اللثام) (٢) احتمال تقديم شهاده التعديل لدى التعارض، للأصل مع الخلو عن ظهور المعارض، خلافاً لمن قدّم شهاده الجرح ثم قال: « وهو جيد فيما يرجع إلى ما ذكرناه لا مطلقاً» .

فإن قول بعضهم بأن الإسلام ملكه تمنع من ارتكاب المحرمات وترك الواجبات، ضعيف، وقد ضعفه كاشف اللثام أيضاً، واختار أن العداله حسن الظاهر كالجواهر.

ص: ١٨٩

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١٢١.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٢١.

قال المحقق قدس سره (١): « لا بأس بتفريق الشهود، ويستحب في من لا قوه عنده» (٢).

أقول: إن الميزان الشرعي للقضاء هو البيّنات والأيمان كما في الحديث الشريف، ولكن هل تعبّدنا الشارع بالأخذ بذلك، أو يجوز القضاء بالسؤال عن الخصوصيات والنظر في القرائن وغير ذلك ما يستكشف به الواقع ويتوصّل به إلى حقيقه الحال (٣)؟ قال المحقق: « لا بأس بتفريق الشهود، ويستحب في من لا قوه عنده» .

ص: ١٩٠

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٧٧.

٢- ٢) هذا كلامه قدس سره هنا، وسيأتي في المسألة الرابعه عشره: يكره للحاكم أن يعنّت الشهود إذا كانوا من ذوى البصائر والأديان القويّه، مثل أن يفرّق بينهم، لأن في ذلك غضاضه لهم، ويستحب ذلك في موضع الريبه. وقال في النافع في الآداب المستحبه للقاضي: وتفریق الشهود عند الإقامه فإنه أوثق، خصوصاً في موضع الريبه، عدا ذوى البصائر لما يتضمن من الغضاضه. وقال العلامة قدس سره في القواعد: وينبغي للحاكم إذا طلب الإستظهار في موضع الريبه أن يفرّق الشهود خصوصاً في من لا قوه عنده، ويكره إذا كان الشهود من ذوى البصائر والأديان القويه. وفي الرياض: عدا ذوى البصائر والشأن من العلماء والصلحاء الأعيان، فلا يستحب تفريقهم بل ويكره وربما حرم، لما يتضمن تفريقهم من الغضاضه والمهانه بهم، بل وربما يحصل في ذلك كسر قلوبهم.

٣- ٣) إستفاد السيد الأستاذ تبعاً لسائر الفقهاء من الخبرين الآتين عدم الإختصاص بتفريق الشهود، وأن للحاكم التوصل إلى معرفه الحق بما يراه في ذلك الوقت مما لا ينافى الشرع.

أقول: إن إطلاق الآيه الكريمة: «وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ» (١) وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّمَا أَقْضَى بَيْنَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَالْأَيْمَانِ» (٢) يشمل ما إذا شهدا معاً أو شهد كل واحد من الشاهدين على حده، فيجوز الأمران، لكن في صورته التفريق بينهما ربما يظهر كذبهما أو خطأهما في الشهاده، بخلاف ما إذا شهدا معاً... هذا بحسب القاعده وقطع النظر عن الأخبار الخاصه الوارده، لكن المحقق أفتى بالإستحباب في صورته كون الشاهد لا قوه عقل عنده، ولعل وجهه عمل النبي وأمير المؤمنين صلى الله عليهما وآلهما في بعض الموارد.

وفي (الجواهر): قد يقال باختصاص جواز التفريق قبل إثبات العداله وطلب المدعى الحكم. وهذا غير واضح، إذ لا أثر لتفريق الشهود واستماع شهادتهما بعد ذلك إلا التأكد والإطمئنان...

وكيف كان، فلا شبهه في الجواز، ويدل على ذلك روايات منها:

□
ما روى عن معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أتى عمر بن الخطاب بجاريه قد شهدوا عليها أنها بغت، وكان من قصيتها أنها كانت يتيمه عند رجل، وكان الرجل كثيراً ما يغيب عن أهله، فسببت اليتيمه، فتخوفت المرأه أن يتزوجها زوجها، فدعت بنسوه حتى أمسكنها، فأخذت عذرتها بأصبعها، فلما قدم زوجها من غيبته رمت المرأه اليتيمه بالفاحشه وأقامت البينه من جاراتها اللاتي ساعدنها على ذلك، فرفع ذلك إلى عمر، فلم يدر كيف يقضى فيها، ثم قال للرجل: إيت على بن أبي طالب عليه السلام واذهب بنا إليه.

ص: ١٩١

١-١) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢.

فأتوا علياً عليه السلام، وقصّوا عليه القصة، فقال لامرأه الرجل: ألك بينه أو برهان؟ قالت: لى شهود، هؤلاء جاراتي يشهدن عليها بما أقول، فأحضرتهن، فأخرج على بن أبى طالب عليه السلام السيف من غمده فطرح بين يديه، وأمر بكل واحد منهن فأدخلت بيتاً، ثم دعا بامرأه الرجل فأدارها بكل وجه، فأبت أن تزول عن قولها، فردّها إلى البيت الذى كانت فيه، ودعا إحدى الشهود وجثى على ركبتيه ثم قال: تعرفينى أنا على بن أبى طالب وهذا سيفى، وقد قالت امرأه الرجل ما قالت ورجعت إلى الحق وأعطيتها الأمان، وإن لم تصدقين لأمن السيف منك، فالتفتت إلى عمر فقالت: يا أمير المؤمنين الأمان على، فقال أمير المؤمنين: فاصدقى، فقالت: لا- والله، إلا أنها رأّت جمالاً وهيئه، فخافت فساد زوجها عليها، فسقتها المسكر، ودعتنا فأمسكناها فافتضتها بأصبعها، فقال على عليه السلام: الله اكبر، أنا أوّل من فرّق بين الشاهدين [الشهود] إلا- دانيال النّبى. فألزم على المرأه حدّ القاذف وألزمهن جميعاً العقر، وجعل عقرها أربعمائه درهم، وأمر امرأه الرجل أن تنفى من الرجل ويطلقها زوجها، وزوجه الجارية، وساق عنه على المهر. فقال عمر: يا أبا الحسن، فحدّثنا بحديث دانيال، فقال على عليه السلام: إن دانيال. . . « (١).

وما عن أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث: « إن شاباً قال لأمير المؤمنين عليه السلام: إن هؤلاء النفر خرجوا بأبى معهم فى السفر، فرجعوا ولم يرجع أبى، فسألتهم عنه فقالوا: مات، فسألتهم عن ماله فقالوا: ما ترك مالا، فقدّمتهم إلى شريح فاستحلفهم، وقد علمت أن أبى خرج ومعه مال كثير، فقال

ص: ١٩٢

أمير المؤمنين عليه السلام: والله لأحکمَ بينهم بحکم ما حکم به خلق قبلى إلا- داود النبی علیه السلام. یا قنبر أَدع لى شرطه الخمیس فدعاهم، فوکل بکل رجل منهم رجلاً من الشرطه، ثم نظر إلى وجوههم فقال: ماذا تقولون؟ تقولون: إنی لا أعلم ما صنعتم بأبى هذا الفتى؟ إنی إذا لجاهل. ثم قال: فزقوهم وغطوا رؤوسهم، قال: ففرق بينهم وأقیم کل رجل منهم إلى أسطوانه من أساطین المسجد ورؤوسهم مغطاه بثيابهم. ثم دعا بعبيد الله بن أبى رافع كاتبه فقال: هات صحيفه ودواه، وجلس أمير المؤمنين عليه السلام فى مجلس القضاء، وجلس الناس إليه، فقال لهم: إذا أنا كبرت فكبروا، ثم قال للناس: أخرجوا.

□

ثم دعا بواحد منهم فأجلسه بين يديه وكشف عن وجهه، ثم قال لعبيد الله: أكتب إقراره وما يقول، ثم أقبل عليه بالسؤال فقال له أمير المؤمنين عليه السلام: فى أى يوم خرجتم من منازلکم وأبو هذا الفتى معکم؟ فقال الرجل: فى يوم كذا وكذا. فقال: وفى أى شهر؟ فقال: فى شهر كذا وكذا، قال: فى أى سنه؟ فقال: فى سنه كذا وكذا. فقال: وإلى أين بلغتم فى سفرکم حتى مات أبو هذا الفتى؟ قال: إلى موضع كذا وكذا. قال: وفى منزل من مات؟ قال: فى منزل فلان ابن فلان. قال: وما كان مرضه؟ قال: كذا وكذا. قال: وكم يوماً مرض؟ قال: كذا وكذا. قال: ففى أى يوم مات؟ ومن غسّله؟ ومن كفّنه؟ وبما كفّتموه؟ ومن صلّى عليه؟ ومن نزل قبره؟ فلمّا سأله عن جميع ما يريد، كبر أمير المؤمنين عليه السلام وكبر الناس جميعاً، فارتاب أولئك الباقون، ولم يشكوا أن صاحبهم قد أقرّ عليهم وعلى نفسه، فأمر أن يغطى رأسه وينطلق به إلى السجن.

ثم دعا بآخر، فأجلسه بين يديه وكشف عن وجهه وقال: كلاً زعمتم أنى لا أعلم ما صنعتم؟ فقال: يا أمير المؤمنين ما أنا إلا واحد من القوم، ولقد كنت

كارهاً لقتله، فأقرّ.

ثم دعا بواحد بعد واحد، كلهم يقرّ بالقتل وأخذ المال.

ثم ردّ الذي كان أمر به إلى السجن فأقرّ أيضاً.

فألزمهم المال والدم.

ثم ذكر حكم داود عليه السلام بمثل ذلك. . . «(١).

ص: ١٩٤

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٧٩/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٠.

المسألة العاشرة: (في ما يعتبر في الشهادة بالجرح)

قال المحقق قدس سرّه: « لا يشهد الشاهدان بالجرح إلاّ مع المشاهده لفعل ما يقدح في العدالة، أو أن يشيع ذلك في الناس شياً موجباً للعلم. . . » (١).

أقول: يشترط في الشهادة بالجرح مشاهده الشاهدين لفعل ما يقدح في العدالة، أو أن يشيع ذلك الفعل منه في الناس شياً موجباً للعلم واليقين، وإلاّ فلا تجوز الشهاده به، وأما في الشهاده بالعداله، فلا يشترط ذلك بل يكفي حسن الظاهر، من جهه أنه - كما في الأخبار - الطريق إلى معرفه العداله والكاشف عن وجود الملكه الراسخه، وإن كان احتمال الخلاف موجوداً، فقد ورد في تلك الأخبار (٢) من كان كذلك تقبل شهادته، ومن هنا يقع الفرق بين الشهاده بالجرح والشهاده بالعداله.

وقد تقدّم أن الشهاده استناداً إلى البيئه والاستصحاب جائزه.

وعن (المسالك) (٣): إن لم يبلغ المخبرون حدّ العلم، لكنّه استفاض وانتشر

ص: ١٩٥

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٧٧.

٢-٢ (٢) قد تقدّم ذكر بعضها، ففي مرسله يونس: «... فإذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه» وفي روايه عبد الله بن المغيره: «كلّ من ولد على الفطره وعرف بالصّلاح في نفسه جازت شهادته» ونحوهما غيرهما.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٣: ٤١٣.

حتى قارب العلم، ففي جواز الجرح وجهان، من أنه ظن في الجملة وقد نهى الله عن اتّباعه إلاّ ما استثني، ومن أن ذلك ربما كان أقوى من البينه المدّعيه للمعاینه، كما مرّ في نظائره.

وأورد عليه في (الجواهر) (١)بقوله: وفيه ما لا- يخفى بعد فرض عدم حصول مرتبه العلم، وعدم الدليل على الإكتفاء بمثله، وحرمة القياس على البينه التي مبناها التبعّد، ومن هنا، كان ظاهر المصنّف وغيره اشتراط العلم.

أقول: إن البحث هو في الشهاده بالجرح، فإن قلنا بعدم جواز الشهاده استناداً إلى البينه، بل ولا بالإستناد إلى العشره، فنقض (المسالك) غير وارد حتى يتوجّه إشكال (الجواهر) عليه.

هذا، وتجاوز الشهاده بالعداله استناداً إلى حكم الحاكم، وحكم الحاكم بعداله الشاهدين أو فسقهما حجه بالنسبه إلى الحاكم الآخر، ولكن ليس للأوّل ولا لغيره الشهاده بالفسق أو العداله، فحكم الحاكم حجه، وأما شهادته فغير مسموعه.

ثم هل للأفعال ظهور كالأقوال بحيث يجب الأخذ به؟ فيه خلاف، والظاهر هو العدم كما عليه أهل العرف، وإنما يحصل له ظهور من بعض المقارنات، فإن أفادت تلك المقارنات العلم جرى عليه الحكم، وإلاّ فهل الظن الحاصل من هذا الظهور حجه أو لا؟ الظاهر هو الأوّل وفاقاً للسيد قدّس سرّه (٢).

ص: ١٩٤

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١٢٤.

٢-٢) إذ قال: إنه يكفي ظهوره بملا-حظه الحالات والمنضمات وأنه من الظنون المعتمده، وخلافاً لصاحب الجواهر قدّس سرّه حيث قال بأنه: من الظن الذي لا دليل على حجّيته بل الدليل على خلافه.

المسأله الحاديه عشره: (في الحكم باستمرار العداله حتى ثبوت ما ينافيها)

قال المحقق قدس سره: « لو ثبت عداله الشاهد حكم باستمرار عدالته. . . » .

أقول: لو ثبت عداله الشاهد حكم الحاكم باستمرارها بالإستصحاب، غير أنه - لما كان للإستصحاب كاشفيّه نوعيه بنى العقلاء على العمل بها كما تقرّر في الاصول - يشترط عدم الفاصل الطويل بين زمانى اليقين والشك، لأن ذلك يؤدّى إلى ضعف الظن بالبقاء والكاشفيه النوعيه المذكوره.

قال: « وقيل: إن مضت مدّه يمكن تغيير حال الشاهد فيها استأنف البحث عنه ولا حدّ لذلك، بل بحسب ما يراه الحاكم » (١).

أقول: وهذا قول ثان في المسأله - قال في (الجواهر) - وإن كنا لم نتحقّق القائل بذلك منا (٢). وعن (المبسوط) (٣) عن بعضهم تحديده بسته أشهر، ولا دليل عليه، بل الإستصحاب حجّه حتى يتبيّن ما ينافى العداله.

ص: ١٩٧

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٧٧.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٢٦. أقول: وجعله المحقق العراقي قدس سره من خرافات العامه، لكنه الأحوط في القواعد (٣: ٤٣٢) إذ جاء فيه: والأحوط أن يطلب التركيه مع مضي مدّه يمكن تغيير حال الشاهد، وذلك بحسب ما يراه الحاكم من طول الزمان وقصره. وقال صاحب مفتاح الكرامه (١٠: ٥١) : ولا ريب في استحبابه.

٣- ٣) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١١٢.

المسأله الثانيه عشره: (في الحكم باستمرار العداله حتى ثبوت ما ينافيها)

قال المحقق: « ينبغي أن يجمع قضايا كل أسبوع ووثائقه وحججه ويكتب عليها، فإذا اجتمع ما لشهر كتب عليه قضاء شهر كذا، فإذا اجتمع ما لسنة جمعه وكتب عليه قضاء سنة كذا» (١).

أقول: كان ينبغي ذكر هذه المسأله في الآداب، والأمر سهل.

ص: ١٩٨

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٧٧.

المسألة الثالثة عشره: (هل يجب على الحاكم كتابه المحضر؟)

قال المحقق: « كل موضع وجب على الحاكم كتابه المحضر. . . » (١).

أقول: لا- يجب على الحاكم تحصيل مقدمات الكتابه ولو ازمها كالذواه والقرطاس، وقيل: يجب عليه الذواه، ولو بذل باذل أو أرسل إليه من بيت المال - وكانت الكتابه واجبه عليه - وجب عليه الكتابه، وفي (الجواهر) (٢): لا دليل على الوجوب مع البذل أيضاً، وإن نسبه في (المسالك) إلى الأشهر تاره وإلى المعروف بين الأصحاب أخرى، معللاً له بأن ذلك حجه فكان عليه إقامتها كالحكم، وكما لو أقر له بالحق وسأله الإشهاد على إقراره، إلا أنه كما ترى، ضروره أن الحجّه حكمه والإشهاد عليه لا كتابه الحكم، بل وكذا كتابه الإشهاد على الإقرار.

أقول: قد يكون للكتابه وإعطائها بيد من حكم له دخل في إحقاق الحق ووصول صاحبه إليه كالحكم نفسه، بحيث إذا لم تكن كتابه لم يتحقق الحق وتحصيله، بل قد يجب على الحاكم أخذ الحق بعد الحكم مع التمكن من ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وتسليمه لأهله.

وقد يستدلّ لوجوب الكتابه بقوله تعالى: « . . . وَ لِيُكْتَبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَ لَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ . . . » (٣).

ص: ١٩٩

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٧٧.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٢٧.

٣- ٣) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

فإنه ظاهر في الوجوب، وقد أكدته بالنهي عن الإيذاء عنها، وأجاب في (الجواهر): بأنه في غير ما نحن فيه، وهو محمول على ضرب من الكراهه، للقطع بعدم وجوب ذلك (١).

وفيه: إن المستفاد من الآية الكريمة هو الملاك العام وهو: عدم إباء الكاتب والشاهد عن الكتابه والشهادة عند الحاجة واحتمال ضياع الحق بدون ذلك، وخصوصيه مورد الآية لا تخصص، ولذا استدل بها الأصحاب في غير الدين.

وأما دعوى القطع بعدم وجوب الكتابه، فإن أريد القطع بعدم وجوبها أولاً وبالذات فهو حق، وإن أريد القطع بعدم وجوبها عليه وإن بذل له ما يلزم وطولب بها واحتمل ضياع الحق لو لم يكتب، فتلك دعوى بعينه.

وقد يستدل بقوله تعالى: «وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَلَّوْا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ» (٢) بناء على ما هو الأظهر من أن «يضار» أصله «يضارر» فأدغمت الراء في الراء وفتحت لالتقاء الساكنين، فيكون معناه: لا يكتب الكاتب إلا بالحق، ولا يشهد الشاهد إلا بالحق وإلا كان فسقاً (٣).

نعم، في الآية السابقة ما يحتمل معه كون الأمر فيه إرشادياً، وهو قوله عز وجل «ذَلِكُمْ أَقْسَطُ...» بناء على أنه يتوجه إلى جميع الآية لا الجملة الأخيره منها، ولكن الظاهر دلالة الآية على الوجوب في حال المطالبه ووجود

ص: ٢٠٠

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١٢٨.

٢-٢) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٣-٣) القول الثاني: إن أصله «يضارر» بفتح الراء الاولى فأدغمت، فيكون المعنى: لا يدعى الكاتب على وجه يضر به وكذلك الشاهد، لقاعده نفي الضرر. وقد ذكر في مجمع البيان القولين، قال: والأول أبين.

الحاجه كما ذكرنا.

المسأله الرابعه عشره: (فى تعنيت الحاكم للشهود)

قال المحقق: « يكره للحاكم أن يعنّت الشهود إذا كانوا من ذوى البصائر. . . » (١).

أقول: أى يكره أن يعامل الحاكم الشهود الذين هم من ذوى البصائر والفهم والأديان معامله من ليسوا كذلك.

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

قال: « ويستحب ذلك فى موضع الريبه » .

أقول: ويظهر من قول أمير المؤمنين عليه الصّلاه والسّلام: « أنا أوّل من فرّق الشهود » (٢) إن هذا الأمر لم يكن جارياً إلا فى موارد الشبهه والريبه.

ص: ٢٠١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٧٧.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٧٧/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٩.

المسألة الخامسة عشره: (لا يجوز للحاكم أن يتتعن الشهود)

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

ولو تردد في الشهادة لم يجز ترغيبه في الإقدام على الإقامه ولا تهديده في إقامتها.

وكذا لا يجوز إيقاف عزم الغريم عن الإقرار، لأنه ظلم لغريمه ويجوز (١) ذلك في حقوق الله، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لماعز عند اعترافه بالزنا « لعلك قبلتها، لعلك لمستها، وهو تعريض بإيثار الإستتار » (٢).

أقول: وكل ذلك واضح.

ص: ٢٠٢

١- ١) وفي المسالك (١٣: ٤١٨): يستحب. قال: يستحب له ذلك تأسيًا بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم في قضيه ماعز بن مالك لما جاء إلى النبي وأقرّ عنده بالزنا، وكان يعرض له بالتأويل ويقول له: لعلك قبلتها لعلك لمستها. إيثاراً للإستتار. والروايه مشهوره.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٧٨.

المسأله السادسة عشره: (فى أنه يكره للحاكم أن يضيف أحد الخصمين)

قال المحقق قدس سره: « يكره أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه » (١).

أقول: ووجهه واضح، فإن فيه ترجيحاً له على صاحبه، وقد 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: تحوّل عنا، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى أن يضاف الخصم إلا ومعه خصمه » (٢).

وكذا يكره أن يذهب إلى دار أحدهما دون الآخر، بل كل ما يقتضى ترجيح أحد الخصمين على صاحبه.

ص: ٢٠٣

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٧٨.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١٤/٢. أبواب آداب القاضى، الباب ٣.

قال المحقق: « الرشوة حرام على أخذها » (١).

أقول: لا- يجوز أخذ الرشوة، وهي حرام على أخذها، بالإجماع بل بالضرورة من الدين، ويدل عليه قوله تعالى: « وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ » (٢).

والأخبار في هذا الباب متواتره، وفي جملة منها: إن الرشا في الحكم كفر بالله (٣).

وفي بعضها: إنه شرك (٤).

فلا ريب في الحكم.

ص: ٢٠٤

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٧٨.

٢- ٢) سورة البقره ٢: ١٨٨.

٣- ٣) عن سماعة عن أبي عبد الله؛ عليه السلام قال: « الرشا في الحكم هو الكفر بالله ». وعنه عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: « وأما الرشا في الحكم فهو الكفر بالله » أنظر وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢٢ و ٢٢٣/٣ و ٨. أبواب آداب القاضي، الباب ٨. وعن عمار بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: « فأما الرشا في الحكم، فإن ذلك الكفر بالله العظيم جل اسمه وبرسوله صلى الله عليه وآله وسلم » وسائل الشيعة ١٧: ٩٢/٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ٥.

٤- ٤) عن الأصبغ بن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام في حديث قال: « وإن أخذ الرشوة فهو مشرك ». وسائل الشيعة ١٧: ٩٤/١٠. أبواب ما يكتسب به، الباب ٥.

إنما الكلام فى موضوع الرشوة، وكلمات الأصحاب من الفقهاء واللغويين فى ذلك مضطربة:

قال المحقق: « ويأثم الدافع لها إن توصل بها إلى الحكم له بالباطل، ولو كان إلى حق لم يأثم » (١).

أقول: وعن (جامع المقاصد) (٢): « إن جعل من المتحاكمين رشوة » لكن ظاهر الرواية (٣): إن أجره على القضاء غير الرشوة، فلذا كانت الأولى سحتاً والثانية كفوفاً.

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

وفى القاموس: فسّر الرشوة بالجعل (٤).

لكن فى مجمع البحرين: قلما تستعمل الرشوة إلا فيما يتوصل به إلى ابطال حق أو تمشيه باطل (٥).

وقال السيد: هى ما يبذله للقاضى ليحكم له بالباطل أو ليحكم له، حقاً

ص: ٢٠٥

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٧٨.

٢- ٢) جامع المقاصد فى شرح القواعد ٤: ٣٧.

٣- ٣) يعنى: ما عن عمار بن مروان قال قال أبو عبد الله عليه السلام: « كلّ شيء غلّ من الإمام فهو سحت، والسحت أنواع كثيرة، منها ما أصيب من أعمال الولاة الظلمه، ومنها أجور القضاء وأجور الفواجر وثمان الخمر والنيذ المسكر والربا بعد البيئه، فأما الرشا - يا عمار - فى الأحكام فإن ذلك الكفر بالله العظيم وبرسوله ». وسائل الشيعة ١٧: ٩٥/١٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ٥.

٤- ٤) القاموس المحيط ٤: ٣٣٤.

٥- ٥) مجمع البحرين ٢: ٧٠٣.

كان أو باطلاً، أو ليعلمه طريق المخاصمه حتى يغلب على خصمه، ولا فرق في الحرمة بين أن يكون ذلك لخصومه حاضره أو متوقعه» (١).

أقول: فإذا كانت الكلمات في بيان حقيقه الرشوه مختلفه ومضطربه، فإنه في كل مورد يشك في صدق عنوان « الرشوه » فيه مثل « أجور القضاء» يكون المرجع أصاله الحلّ، لكونها شبهه مصداقيه لأدله حرمة الرشوه، إلا أن تثبت الحرمة من دليل آخر وبمعنوان غير عنوان الرشوه.

والقدر المتيقن من الرشوه: أنها ما يبذله للقاضي حتى يحكم لصالحه، فهذا هو القدر المتيقن من الآيه المباركه المذكوره أولاً، إلا- أن الأخبار المستفيضه الوارده في الباب الخامس من أبواب ما يكتسب (٢) به، تدلّ على أن الرشا في الأحكام « سحت » و « كفر »، وهي بإطلاقها تعمّ ما إذا كان البذل لإحقاق الحق.

لا يقال: إنها وارده في مورد الآيه الكريمة.

لأنه يحتمل أن يكون قيد « بالإثم » غالباً، لأن غالب الرّاشين يتوصّلون بالرشوه إلى أكل أموال الناس وإبطال حقوقهم.

فظهر أن الرشا في الحكم مطلقاً - أي حقاً كان الحكم أو باطلاً - حرام بالكتاب والسنة، وأما إذا توقّف إحقاق الحق على بذل شيء - بحيث لو لم يبذله لوقع في الضرر العظيم وضاع حقه - جاز البذل، لتقدّم قاعده نفي الضرر حينئذ، نظير ما قد يبذل للظالم دفعاً لأذاه وتحفظاً من ضرره.

حكم الرشوه في غير الحكم:

ص: ٢٠٦

١- (١) العروه الوثقى ٣: ٢٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧: ٩٢ - ٩٧.

وأما في غير الأحكام، فإن أخبار الرشوة وإن كانت وارده في مورد الحكم والأحكام، إلا أن مقتضى إطلاق بعض تلك الأخبار هو حرمتها في غير الأحكام أيضاً، فقد روى الشيخ الصِّدوق قَدَس سرّه، عن الأصنع بن نباته، عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «أَيُّمَا وَالِ احْتَجَبَ عَن حَوَائِجِ النَّاسِ، احْتَجَبَ اللَّهُ عَنْهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَعَن حَوَائِجِهِ، وَإِن أَخَذَ هَدِيَّةً كَانَ غُلُولًا، وَإِن أَخَذَ الرِّشْوَةَ فَهُوَ مُشْرِكٌ» (١).

فهل تقيّد إطلاق الرواية بالروايات المقيّده، أو أن ظهورها آب عن التقييد؟

الظاهر هو الثانى، و « حوائج الناس » يعمّ غير الأحكام كما لا يخفى.

وروى الشيخ الصِّدوق قَدَس سرّه أيضاً، عن سيدنا أبي الحسن الرضا عليه السلام، عن آبائه، عن أمير المؤمنين في تفسير قوله تعالى: «أَكَاوُنَ لِلشُّحِّ» قال: « هو الرجل يقضى لأخيه حاجته ثم يقبل هديته » (٢).

ويمكن أن يقال - ولا سيّما بالنظر إلى هذين الخبرين - أنه ولو فرض كون الرشوة في الحكم فقط، فإن كون الرجل منصوباً - شرعاً أو عرفاً - لرفع الظلم عن الناس وقضاء حوائجهم، يقتضى وجوب ذلك عليه، وأن مطالبته أو أخذه شيئاً في مقابل عمله سحت.

وبالجملة، فإن الرشوة في الأحكام لإبطال الحق مقطوع بحرمتها، والظاهر أنها كذلك في مطلق الحكم إن كان البذل بعنوان الرشوة، سواء أثر في كيفية الحكم أو لم يؤثر، وأما في غير الأحكام، فالمستفاد من الخبرين المذكورين حرمة الأخذ

ص: ٢٠٧

١-١) وسائل الشيعة ١٧: ٩٤/١٠. أبواب ما يكتسب به، الباب ٥.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٧: ٩٥/١١. أبواب ما يكتسب به، الباب ٥.

على من كان موظفًا بالقيام بالواجبات الموضوعه على عاتقه.

ثم إنه لا- فرق في « الرشوه» بين المال المبذول له وبين العمل النافع الذي يعمل له، كخياطه ثوب مثلاً أو إنجاز غرض له كأن يبيعه داره ولو بالثمن المتعارف، أى بأن يقدمه على غيره في المعامله، وهل هذه المعامله باطله حينئذ؟ قيل: لا، لأنه نظير البيع عند النداء، وقيل: نعم، لأن الحكم الوضعى هذا مترتب على الحكم التكليفى، فلما كانت الرشوه محرّمه، وكانت هذه المعامله مصداقاً لها، كانت باطله.

وأيضاً: لو دفع إليه الخمس أو الزكاه حتى يحكم له، فإنه حرام، ولا تبرء ذمه المعطى من الخمس والزكاه حينئذ.

وفى هذه الأيام يقول بعض جهله القضاة: إن أعطيت كذا للمستضعفين نجوت من العقوبه مثلاً، فإن هذا المال رشوه ولا يملكه المستضعفون.

وكذا يحرم احترام القاضى وتبجيله والثناء عليه إن كان بعنوان الرشوه، ولو أثر ذلك فى نفس القاضى فحكم له، كان مرتكباً للحرام أيضاً.

وبالجملة، فإن كل ما قصد به التوصل إلى حكم الحاكم كان رشوه محرّمه، وإن شك فى بعض الأفراد فى الدخول تحت الاسم أو جزم بعدمه، فالبراءه جاريه خلافاً لصاحب (الجواهر) (١).

حكم الهديه للقاضى:

ص: ٢٠٨

وأما الهدية، فهي في نفسها أمر مرغوب فيه، وقد كان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ والأئمة عليهم السلام يأمرُون بها ويقبلونها، إلا- أنه لا ريب في حرمة الهدية للقاضي والعامل، وقد ورد أن هدايا العمال « غلول » . و « سحت » (١)، وفي حديث عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أنه قال « . . . ما بال عامل نبعثه على أعمالنا يقول: هذا لكم وهذا أهدي لي، فهلاً جلس في قلب بيت أمه وأبيه ينظر أيهدى له أم لا- والذى نفسى بيده لا- يأخذ أحد منها شيئاً إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبتة . . . » (٢) وهذا الحديث يدل على أن أخذ العمال مطلقاً - أى سواء كانوا عمال الظلمه أو غيرهم - الهدية حرام، ولا يبعد صدق عنوان « الرشوه » على هذا المال، وتخصيص بعض الأصحاب ذلك بعمال سلاطين الجور، خلاف ظاهر الأخبار.

□
وأما صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: « عن رجل يرشو الرجل على أن يتحول من منزله فيسكنه. قال: لا بأس » (٣).

فإن كان المنزل ملكاً له فلا بأس بأن يأخذ شيئاً حتى يتحول عن ملكه، وإن 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 إليه، وأما بناء على أن الوقف مال محرر، فلا يكون ملكاً ولا متعلق حق لأحد، فإن سبق إلى مكان موقوف فلا يجوز إزاحته عن ذلك المكان جبراً، فلا بأس بأن يطالب بشى فى مقابل قيامه عن هذا

ص: ٢٠٩

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢٣/٦ و٧. أبواب آداب القاضي، الباب ٨.

٢- (٢) مسند أحمد ٥: ٤٢٣.

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧: ٢٧٨/٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ٨٥.

المكان، وإن لم يكن له حق فيه كما هو المفروض.

□
وهذا البحث جار في المسجد ومكان المصلى، وكذا في سوق المسلمين، حيث قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق إليه كان أحق به إلى الليل» (١).

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

فتلخص، إن الرشوه هو ما يبذل للقاضي أو الوالى أو العامل في مقابل عمله الواجب عليه، سواء كان بعنوان الرشوه أو الهديه.

وإن بذل للقاضي مال وجهل عنوانه فهل يحمل على الصحه؟

قال السيد: نعم (٢)، وهو مشكل، فإن أثر حمل فعل المسلم على الصحه هو أن لا يكون فاعلاً لمحرم، ولكن هذا لا يثبت كون المال المأخوذ صدقه مثلاً حتى يجوز له أخذه. وبعبارة أخرى: الحمل على الصحه إنما يفيد الحل مع العلم بالعنوان، كأن يعلم بأنه هديه ويشك في كونها هديه صحيحة أو فاسده، فيحمل فعل المسلم على الصحه ويجوز التصرف في المال المأخوذ.

هذا، ولا ينفذ حكم الحاكم الآخذ للرشوه وإن كان حكمه بالحق، لصيرورته فاسقاً بأخذها، وعليه ردّ ما أخذ على صاحبه.

قال المحقق: «ويجب على المرتشى إعادته الرشوه إلى صاحبها، ولو تلفت

ص: ٢١٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ٤٠٥/١. أبواب آداب التجاره، الباب ١٧.

٢- (٢) العروه الوثقى ٣: ٢٥.

قبل وصولها إليه ضمنها له» (١).

أقول: القول بالضممان هو المختار، وعن بعضهم نفي الخلاف فيه، ويدلّ عليه عموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» (٢).

ص: ٢١١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٧٨.

٢-٢) عوالي اللثالي ١: ٢٢٤/١٠٦.

المسأله الثامنه عشره: (هل يجب إحضار الخصم إلى مجلس الحكم؟)

قال المحقق قدس سره: « إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم أحضره إذا كان حاضراً» (١).

أقول: ظاهر « أحضره » هو الوجوب، وفي (القواعد) (٢): إذا استعدى رجل على رجل إلى الحاكم، لزمه أن يعديه ويستدعى خصمه إن كان حاضراً، سواء حزر المدعى دعواه أو لا. قال في (الجواهر) (٣): بلا. خلاف أجده فيه، بل في (المسالك) (٤) نسبه إلى علمائنا وأكثر العامه، وكذا عن ظاهر (المبسوط) (٥) الإجماع عليه.

فإن كان إجماع على وجوب الإحضار فهو، وإلا ففي ما ذكره من تعلق حق الدعوى به، نظر واضح، لأن الحاكم كما يحتمل صدق المدعى في هذه الدعوى يحتمل كذبه وبطلان دعواه أيضاً، وحيث لم يتبين للحاكم بعد صدق الدعوى ووجود الحق، كيف يجب عليه إحضار الخصم؟

ص: ٢١٢

- ١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٧٨.
- ٢- ٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٣٤.
- ٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ١٣٤.
- ٤- ٤) مسالك الأفهام ١٣: ٤٢٣.
- ٥- ٥) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٥٤.

وكذا الكلام في قولهم: إن مقتضى منصب الحاكم إحضار الخصم، فإن لزم منصب الحاكم سماع الدعوى والقيام بجميع مقدمات رفع الخصومه، ولكن لا توقف لذلك على إحضار الخصم، بل له النظر في القضية بحسب الموازين الشرعيه ثم الحكم على الخصم حكماً غائباً.

فظهر سقوط كلا الوجهين، فالعمده هو الإجماع إن تم.

قال في (الجواهر) (١): « لكن الإنصاف أنه لا يخفى عليك ما في دعوى الإجماع في أمثال هذه المسائل، على أن المحكى عن الفاضل في المختلف عدم وجوب إحضار الغائب بعد تحرير الدعوى. . . » وعليه، فلا يجب الإحضار ويتعين الحكم الغيابي، والغائب على حجته.

وبناء على الوجوب، فلا فرق بين الأشخاص المحترمين وغيرهم:

قال في (كشف اللثام) (٢): سواء كان من أهل الصيانات والمروات أو لا. . . قال في المبسوط (٣): « لأن علياً عليه السلام حضر مع يهودى عند شريح. . . » وهذا يعنى أن جميع المسلمين في الحقوق والأحكام على حدّ سواء، ولا فضل لأحد منهم على أحد فيها (٤).

ص: ٢١٣

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١٣٦.

٢-٢) كشف اللثام ٢: ٣٣٤ ط حجرى.

٣-٣) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٥٤.

٤-٤) وقد استشكل في الحكم بوجوب الإحضار مطلقاً جماعه، فعن المحقق الأردبيلي قدّس سرّه في شرح الإرشاد (مجمع الفائده ١٢: ٩١): في الوجوب بل الجواز تأمل إن لم يكن إجماع، إذ مجرد الطلب إلى مجلس القاضى والدعوى ضرر وإهانته، ففعل ذلك من غير ظهور موجب محل تأمل، وكون الظاهر صحه دعواه لا يوجب ذلك وهو ظاهر، على أن تحرير الدعوى لا يضرّه بوجه. وفي المستند (١٧: ١٣٨) بعد كلام له: وبالجملة: لا- وجه تاماً لوجوب الإحضار مع جواز الحكم على الغائب، فالأقرب التخيير، والأولى البعث إليه وإخباره بأنه يحضر أو يحكم عليه. وفي الكفايه (٢: ٦٨٠) - بعد أن نسب القول بالوجوب مطلقاً إلى المعروف من مذهب الأصحاب - والأحوط أن لا يحكم بإحضار قبل تحرير الدعوى، لأن في الإحضار في مجلس الحكم نوع إيذاء. وقال السيد فى العروه (٣: ٣٠): والأقوى عدم وجوب إحضاره حتى بعد التحرير وعدم وجوب حضوره، بناء على جواز الحكم على الغائب عن البلد بل الحاضر فيه إذا أسقط حق حضوره. وقال السيد الخونسارى: فإن تم الإجماع فلا كلام وإلا فيشكل، حيث أنه مع عدم ثبوت شيء على المدعى عليه ما وجه إلزامه؟

ولا فرق في ذلك بين تحرير المدعى دعواه وعدم تحريره لها:

قال المحقق: « سواء حرّر المدعى دعواه أم لم يحررها » (١).

قال: « أما لو كان غائباً لم يدعه الحاكم حتى يحرر دعواه، والفرق لزوم المشقه في الثاني وعدمها في الأوّل » .

أقول: هذا المقدار من المشقه لا يرفع وجوب الإحضار على الحاكم أو وجوب الحضور على المدعى عليه، وإلا لانتفت الفائده من نصب الحاكم والرجوع إليه، وهى فصل الخصومه ورفع النزاع... فلا وجه لهذا التفصيل، لكن تقدّم التأمل فى أصل وجوب الإحضار، فعلى الحاكم أن يحكم فى القضية بحسب الموازين، ثم الغائب على حجه.

قال: « هذا إذا كان فى بعض مواضع ولايته وليس له هناك خليفه يحكم » .

أقول: أى وإلا سمع بينته إن كانت، وكتب بالأمر إلى خليفته.

قال: « وإن كان فى غير ولايته أثبت الحكم عليه بالحجه وإن كان غائباً » .

أقول: وحيث يكون غائباً يكون على حجه، فإن حضر وأثبت بطلان دعوى المدعى سقطت الدعوى، كما سيجى فى محلّه إن شاء الله تعالى.

ص: ٢١٤

وحيث يجب على الحاكم إحضار الخصم، فعلى من تكون مؤنه الإحضار؟ هل على الحاكم أو على المدعى أو على المدعى عليه؟ في المرّة الأولى المؤنه على المدعى، لأنه الملتمس للإرسال خلف خصمه فعليه المؤنه، لأن عمل الرسول محترم ولم يقصد المجان، إلا أن يقال: لما وجب الحكم على الحاكم فقد وجب عليه دفع مؤنه إحضار المدعى عليه، لأنه مقدمه للواجب، فيكون نظير شراء الماء للوضوء، ولكن الصحيح أن الواجب على الحاكم هو أصل الحكم.

ثم، إذا أرسل إليه وأبلغه الرسول إحضار الحاكم إياه، فإن أجاب فهو، وإلا فیرسل إليه أحد عماله للمرّة الثانية، فإن لم يجب أجبر على الحضور، فعلى من تكون المؤنه فيما عدا المرّة الأولى؟ قال الشهيد الثاني (1): فيه وجهان، من أن الملتمس هو المدعى فتكون المؤنه عليه، ومن أن الموجب لهذه المؤنه هو الخصم لاستنكافه عن الحضور فعليه المؤنه.

أقول: مقتضى القاعده الأولىه توجه المؤنه إلى الملتمس، وأما توجهها إلى الخصم الممتنع، فيتوقف على كونه السبب الأقوى في لزوم المؤنه والضرر، والظاهر أن المدعى هنا هو السبب للضرر اختياراً، وليس امتناع الخصم عن الحضور أقوى في السبب للضرر. وفي (الجواهر) (2): لا يمكن مطالبه المدعى بالضرر، لأنه لاجعاله ولا إجاره، وأما الخصم فلا وجه لمطالبته، قال: بل في المرّة الأولى كذلك، لا يجب على المدعى دفع المؤنه.

ص: ٢١٥

١-١ (١) مسالك الأفهام ١٣: ٤٢٣ - ٤٢٤.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٣٨.

وفيه: أنا قد ذكرنا سابقاً: أن عمل المسلم محترم، والمفروض عدم إتيانه بالعمل بقصد المّجان، فحيث كان الملتمس هو المدعى فعليه دفع المؤنه.

وأما أن يصبر الحاكم حتى آخر الدعوى فيأخذ المؤنه كلّها من المحكوم عليه، فاستحسان عقلي لا دليل عليه.

قال المحقق: « ولو ادّعى على امرأه، فإن كانت برزه (١) فهي كالرجل، وإن كانت مخدّره، بعث إليها من يثق به في الحكم بينها وبين غريمها» .

أقول: وجه هذا كلّ واضح لا يخفى.

ص: ٢١٤

١ - ١) المراد من المرأه البرزه هي غير المخدّره كما هو مقتضى التقابل بينهما، لكن المرجع فيه العرف والعاده كمانص عليه جماعه.

اشاره

وفيها مقاصد:

الأول: في وظائف الحاكم.

الثاني: في مسائل متعلقه بالدعوى.

الثالث: في جواب المدعى عليه.

الرابع: في كيفية الإستحلاف.

ص: ٢١٧

في وظائف الحاكم

[الوظيفه] الأولى: (التسويه بين الخصمين)

قال المحقق: « التسويه بين الخصمين في السلام والجلوس والنظر والكلام والإنصات والعدل في الحكم » (١).

أقول: جعله التسويه بين الخصمين من الوظائف ظاهره الوجوب (٢)، وبه صرح في (الجواهر) (٣).

قال: « ولا تجب التسويه في الميل بالقلب، لتعذره غالباً ».

أقول: وأما ما ورد عن الإمام الباقر عليه السلام من أنه « كان في بني إسرائيل قاض، وكان يقضى بالحق فيهم، فلما حضره الموت قال لامرأته: إذا أنا

ص: ٢١٩

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٩٠.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٣٩.

٣-٣) بل لقد نسبه في المستند إلى صريح المحقق، ويتضح ذلك من قوله بعدئذ: ولا تجب التسويه في الميل بالقلب لتعذره غالباً.

متّ فاغسليني وكفّيتني وضعيني على سريري وغطّي وجهي، فإنك لا ترين سوءاً، فلما مات فعلت ذلك، ثم مكث بذلك حيناً، ثم إنها كشفت عن وجهه لتنظر إليه، فإذا هي [هو] بدوده تقرض منخره، ففزعت من ذلك.

فلما كان الليل أتاها في منامها فقال لها: أفرعك ما رأيت؟

قالت: أجل، فقال لها: أما لئن كنت فزعت، ما كان الذي رأيت إلا في أخيك فلان، أتاني ومعه خصم له، فلما جلسا إليّ قلت: اللهم اجعل الحق له ووجه القضاء على صاحبه، فلما اختصما إليّ كان الحق له ورأيت ذلك بيناً في القضاء، فوجهت القضاء له على صاحبه، فأصابني ما رأيت لموضع هواي كان مع موافقه الحق» (١).

فقد حمّله صاحب (الجواهر) (٢) على ضرب من الحثّ على المراتب العاليه (٣).

قال: « هذا كلّه مع التساوى فى الإسلام أو الكفر... » .

أقول: أى إنما تجب التسويه - على القول بها - مع التساوى بين الخصمين فى الإسلام أو الكفر، أى كونهما مسلمين أو كافرين، وأما إذا كان أحدهما مسلماً،

ص: ٢٢٠

١ - ١) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٢٥/٢. أبواب آداب القاضى، الباب ٩. وهى بإسناد الشيخ الكليني قدّس سرّه صحيحه أو حسنه بإبراهيم بن هاشم القمى.

٢ - ٢) جواهر الكلام ٤٠ : ١٤٢.

٣ - ٣) وفى المستند (١٧ : ١١٥) : إن المؤاخذه كانت على ما قاله بقوله: اللهم . . حيث أظهر باللسان ما كان فى قلبه وإن لم يظهره على الخصمين. فتأمل. وقد استدل به فى مفتاح الكرامه على استحبابها فى صوره الإمكان، قال: نعم، إن أمكن ولو بجهد استحَب كما أشار إليه فى الدروس، لما رواه ثقه الإسلام والشيخ الطوسى فى الأمالى عن أبى جعفر عليه السلام قال: كان فى بنى إسرائيل قاض... الكافى ٥ : ٥٥٦/١٠، التهذيب ٦ : ٢٢٢/٢.

جاز أن يكون الذمي قائماً والمسلم قاعداً أو أعلى منزلاً، 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 والآخر كافراً، وهو صريح الكتاب (٢) والأخبار المستفيضة إن لم تكن متواتره (٣). . . هذا إذا لم يكن في الحكم ضرر، وأما إذا كان فيه ضرر، فإن كان الضرر المترتب متوجّهاً إلى حياه الحاكم، بمعنى أنه لو حكم بالعدل في القضييه وقعت حياته في خطر، ترك الحكم بالعدل، ولكن ليس له الحكم بالباطل، وإن استلزم الحكم ضرراً على المدعى عليه زائداً على أصل ما يقتضيه، لم يجب عليه إصدار الحكم حينئذ، وإن استلزم ضرراً على المدعى، فإن كان باختيار نفسه فالأمر واضح، وإن كان الضرر يتوجه إليه فيما إذا حكم له الحاكم من قبل المحكوم

ص: ٢٢١

١- ١) ولما ذكره الأصحاب في كتبهم عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه جلس يحجب شريح في حكمه له مع يهودى في درع وقال: «لو كان خصمى مسلماً لجلست معه بين يديك، ولكن قد سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول: لا تساوهم في المجلس». قال في المستند (١٧: ١١٦): وضعفه منجبر، وهل يختص ذلك بالمجلس أو يتعدى إلى غيره أيضاً؟ الظاهر: التعدى كما اختاره في الروضه، وإليه ذهب والدى في المعتمد، واستقواه بعض المعاصرين، للأصل، واختصاص النصوص بحكم التبادر، واختصاص المورد بالمسلمين وخلو ما ظاهره العموم عن الجابر مع ضعفه.

٢- ٢) كقوله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (سوره النساء: ٥٨) وقوله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ» وقوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ» (سوره المائده ٥: ٢) وقوله تعالى: «يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ» (سوره ص ٣٨: ٢٦).

٣- ٣) تجدها في الأبواب المختلفه من كتاب القضاء من وسائل الشيعه، ويدل عليه الروايات التي يستدل بها على وجوب التسويه بين الخصمين في أنواع الإكرام، وسيأتى ذكر بعضها.

عليه، فلا يجب على الحاكم الحكم كذلك.

وإن تعارض ضرران على أثر حكم، كضرر الحاكم وضرر المحكوم عليه مثلاً فقليل: مقتضى قاعده نفي الضرر أن يحكم الحاكم بحيث يندفع الأشد، وفيه: إن مقتضى القاعده أن لا يحكم الحاكم في القضيّه أصلاً.

وأما التسويه بين الخصمين المسلمين أو الكافرين في الامور الاخرى، كالسلام والجلوس والنظر والكلام والإنصات ونحو ذلك، ففي وجوبها خلاف، ففي (المسالك) (١) نسبه الوجوب إلى الأكثر، بل ادعى عليه الشهره، وقد يستدل له بقوله تعالى: «فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (٢) ونحوه، بناءً على أن التسويه بينهما في هذه الامور أيضاً من مقدمات الحكم، فيكون معنى الآية وجوب العدالة في الحكم ومقدماته.

بل قيل بوجوب التسويه بينهما في رد السلام، فإن سلم أحدهما قبل الآخر صبر حتى يسلم الآخر، فيردّ عليهما معاً مرّه واحده بقوله: «عليكما السلام» إلا إذا طالت المدّه عرفاً، فيردّ السلام على الأول حينئذ.

أقول: لكن استفاده وجوب التسويه بينهما في هذه الامور من الآية الكريمه مشكله.

واستدل أيضاً بروايات على وجوب التسويه كذلك:

١ - محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن الحسن بن محبوب، عن عمرو بن أبي المقدام، عن أبيه، عن سلمه بن كهيل قال: سمعت علياً

ص: ٢٢٢

١ - ١) مسالك الأفهام ١٣: ٤٢٨.

٢ - ٢) سوره ص: ٢٦.

عليه السلام يقول لشريح. «... ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك، حتى لا- يطمع قريبك في حيفك، ولا ييأس عدوك من عدلك...» (١).

وهذه الرواية يبنى اعتبار سندها على القول بتصحيح ما يصحّ عن أحد الرواه الذين عرفوا ب « أصحاب الإجماع » ، فلا تقدر جهاله الراوى الذى هو بعده، وهنا فى سند هذه الرواية من أصحاب الإجماع: « الحسن بن محبوب » (٢) ولولاه فهى غير معتبره، لوجود « سلمه بن كهيل » فيه.

وأما من حيث الدلالة، فقد قال المحقق العراقى قدّس سرّه: يستفاد من تعليله عليه السلام التساوى بهذا المعنى عدم وجوبه، وكون الأمر إرشادياً، فلو حكم بالعدل واقعاً وعلم الخصمان بذلك واطمأننا بذلك، لم يلزم مراعاة هذه الامور، وكان فى سعه بالنسبه إليها (٣).

أقول: وما ذكره قدّس سرّه يتم بناءً على كون « حتى » تعليليه، وأما بناءً على كونها غائيه، وأن الإمام عليه السلام قد ألزمه بالتسويه حتى لا يطمع... فلا، والظاهر هو الثانى، ولو سلّمنا كلامه، فإن العله لا ترفع الحكم، فلو قال: لا

ص: ٢٢٣

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١١/١. أبواب آداب القاضى، الباب ١.

٢- (٢) أى بناء على عدّ الكشى إياه منهم، وهذا نص كلامه: « تسميه الفقهاء من أصحاب أبى إبراهيم وأبى الحسن الرضا عليهما السلام: أجمع أصحابنا على تصحيح ما يصحّ عن هؤلاء وتصديقهم وأقرّوا لهم بالفقه والعلم، وهم ستة نفر آخر دون الستة نفر الذين ذكرناهم فى أصحاب أبى عبد الله عليه السلام، منهم: يونس بن عبد الرحمن، وصفوان بن يحيى بياع السابرى، ومحمد بن أبى عمير، وعبد الله بن المغيرة، والحسن بن محبوب، وأحمد بن محمد بن أبى نصر. وقال بعضهم مكان « الحسن بن محبوب »: الحسن بن على بن فضال، وفضاله ابن أيوب، وقال بعضهم مكان فضاله بن أيوب: عثمان بن عيسى. وأفقه هؤلاء يونس بن عبد الرحمن وصفوان بن يحيى » رجال الكشى: ٤٦٦.

٣- (٣) كتاب القضاء.

تشرب الخمر لأنه مسكر، لم يكن معناه عدم الحرمة عند عدم الإسكار، بل يحرم شربه حتى قليله الذي لا يسكر وحتى إذا مزج بالماء، كما روى فعله من بعض خلفاء الجور.

□

٢ - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام لعمر ابن الخطاب: « ثلاث إن حفظتهن وعملت بهن كفتك ما سواهن، وإن تركتهن لم ينفعك شيء سواهن. قال: وما هنّ يا أبا الحسن؟ قال: إقامة الحدود على القريب والبعيد، والحكم بكتاب الله في الرضا والسخط، والقسم بالعدل بين الأحمر والأسود.

قال عمر: لعمرى، لقد أوجزت وأبلغت» (١).

قال بعض أعلام العصر: إن قوله عليه السلام: « إن حفظتهن وعملت بهن كفتك ما سواهن، وإن تركتهن لم ينفعك شيء سواهن» يفيد عدم لزوم شيء آخر وراء ما ذكر (٢).

وفيه: إن كانت الأخبار الدالة على وجوب تلك الأمور معتبرة سنداً ودلالة، لم يجز لنا رفع اليد عن مداليلها بهذه الرواية، والمراد من هذه الرواية التأكيد على أهميه الأمور الثلاثة، على أن من الواضح وجود أمور لا ريب في

ص: ٢٢٤

١ - ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١٢/٢. أبواب آداب القاضى، الباب ١. وهو للكلينى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن إسماعيل بن مرار عن يونس عن عبيد الله بن على الحلبي عن الصادق عليه السلام. وفيه « إسماعيل بن مرار» وهو مختلف فيه، فقد ذكر فى تنقيح المقال (١: ١٤٤) عدّ الشيخ إياه فى باب من لم يرو عنهم عليهم السلام ساكتاً عليه، ولم ينقل عن النجاشى فيه شيئاً، ثم ذكر عن المحقق الوحيد البهبهانى قدس سرّه توثيقه ووافقه عليه، أما السيد الخوئى (٤: ٩٦) دام ظلّه، فقد ذكر كلام الوحيد ولم يوافقه. فراجع.

٢ - ٢) جامع المدارك: ٦/٢١.

حرمه فعلها أو تركها على القاضى لم يذكرها الإمام عليه السلام فى هذه الروايه، فتكون نظير قوله تعالى: «إِنَّ تَجْتَبُوا كَبَائِرَ مَا تَنْهَوْنَ عَنْهُ نَكُفَرُ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ» (١) فإنه لا يقتضى خروج الصغائر عن كونها معاصى منهيّاً عنها.

٣ - السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام: « من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم فى الإشاره وفى النظر وفى المجلس » (٢).

والأمر ظاهر فى الوجوب.

٤ - السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: « إن رجلاً نزل بأمر المؤمنين عليه السلام، فمكث عنده أياماً، ثم تقدم إليه فى خصومه لم يذكرها لأمر المؤمنين عليه السلام فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم. قال: تحوّل عنا، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلّم نهى أن يضاف الخصم إلّا ومعه خصمه » (٣).

فإن الاستفادة منه لزوم ترك كل أمر ينتزع منه الحبّ والإختصاص واللطف لأحد الخصمين دون الآخر.

٥ - عن عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال: « إذا تقدّمت مع

ص: ٢٢٥

١ - ١) سورة النساء ٤: ٣١.

٢ - ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١٤/١. أبواب آداب القاضى، الباب ٣. وهو للكلىنى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلى - وهو الحسين بن يزيد - عن السكونى - وهو إسماعيل بن أبى زياد - عن أبى عبد الله عليه السلام. ولقد كثر البحث عن وثاقه النوفلى والسكونى بين الأعلام، إذ لم ينص قدماء الرجاليين على توثيق لهما. نعم، عن الشيخ فى كتاب العده دعوى إجماع الطائفة على العمل بروايات السكونى (العده فى اصول الفقه ١: ٤٩). نعم، هما معاً من رجال كتاب كامل الزيارات بناءً على أنه قد التزم فيه بالروايه عن الثقات، فلاحظ. وتأمل.

٣ - ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١٤/٢. أبواب آداب القاضى، الباب ٣. بالاسناد المتقدّم.

مانع من التعدى منها إلى غيرها، بل إن المستفاد من قوله عليه السلام « حتى لا يطمع قريبيك في حيفك ولا يئأس عدوك من عدلك » هو لزوم ترك كل أمر يورث طمع القريب في حيفه ويأس البعيد من عدله.

ص: ٢٢٧

قال المحقق: « لا يجوز أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه، ولا أن يهديه لوجوه الحجاج » (١).

أقول: ذكروا أنه لا يجوز للحاكم أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه، فمثلاً: قد يطرح المدعى دعواه بحيث يحتاج إلى إقامه البينه عليها، فيلقنه طرحها على النحو الذي لا يحتاج إليها، أو أن يقول المنكر للمدعى « أعطيتك طلبك » فيكون مدعياً يحتاج إلى البينه على إعطائه الطلب، فيلقنه الحاكم أن يقول « لا- تطلبني » فيكون منكراً لا- يحتاج إلى إقامه البينه، وقد ذكر المحقق الدليل على ذلك بقوله: « لأن ذلك يفتح باب المنازعه وقد نصب لسدها » .

أقول: ولكن هذا لا- يكون دليلاً لعدم جواز التلقين في جميع الموارد، بل التلقين قد يؤدي إلى سرعه حل النزاع وسد باب المخاصمه في بعض الموارد، فالدليل أخص من المدعى. هذا أولاً. وثانياً: فتح باب المخاصمه فيما إذا ساعد على ظهور الحق وواقع القضية، غير محرم، فالصحيح عدم الحرمة (٢) إلا إذا استلزم

ص: ٢٢٨

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٨٠.

٢- ٢) إذ الإجماع المدعى لم يعلم تحققه، والنص مفقود، والتعليل المذكور ضعيف، بل لقد استضعفه بعض القائلين بالحرمة كالمحقق النراقي حيث قال: وأما ما ذكروه دليلاً على عدم الجواز مطلقاً من إيجابه فتح باب المنازعه، فضعيف، لمنع عدم جواز فتحها كلية أولاً- وعدم إيجابه له على الإطراد ثانياً. ومن هنا قال صاحب الكفايه: لا أعرف على أصل الحكم حجه فلتأمل فيه مجال، وعن المحقق الأردبيلي أنه مال إلى الجواز إن لم يرد بذلك تعليم ما ليس بحق. هذا، إلا إذا استلزم التلقين ضرراً أو كان منافياً للتسويه بناء على وجوبها، وإلى هذا الذي ذكره السيد الاستاذ دام بقاءه أرجع صاحب مفتاح الكرامه كلمات القائلين بالحرمة استناداً إلى التعليل المذكور حيث قال: والمراد من العبارات على اختلافها أن الواجب على القاضى أن يجهد نفسه في سد باب المنازعه ولا- يتعزّض لشيء يفتحه، لأنه منصوب لقطع المنازعات، وقد استأمناه على الحكم من غير حيف وميل، فإذا لقن أحدهما ما فيه ضرر على الآخر فقد خانه ولم يكن ساوى بينهما، وإن لقن الآخر كذلك ليساوى بينهما فقد ألجأهما إلى دوام المنازعه. وهذا مراد الأصحاب، فالحجّه عليه واضحه فبطل ما فى الكفايه.

التلقين ضرراً أو كان منافياً للتسوية بناء على وجوبها، ولم أجد في النصوص ما يقتضى حرمه التلقين بخصوصه.

هذا، ولا مانع من الإستفسار، بأن يسأله عن الخصوصيات لغرض العثور على الحق ووضوح الحكم، إلا إذا استلزم ضرراً أو خالف التسوية كذلك.

ص: ٢٢٩

الوظيفة الثالثة: (أمر الخصمين بالتكلم)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا سكت الخصمان استحَب أن يقول لهما: تكَلِّما، أو ليتكَلِّم المدعى، ولو أحس منهما باحتشامه أمر من يقول ذلك» (١).

أقول: لم أجد نصّاً يقتضى استحبابه، والظاهر أنه أمر أخلاقي مستحسن عقلاً (٢).

قال: « ويكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لما يتضمن من إيحاش الآخر » .

أقول: لأنه ينافى التسوية، لكن بناء على وجوبها يكون مواجهه أحدهما بالخطاب دون الآخر، غير جائز لا مكروهاً (٣)، اللهم إلا إذا كان ذلك بحيث لا ينافى التسوية، مثل ما إذا كان أحدهما حاضراً قبل الآخر وهو لا يعلم بكونهما خصمين.

ص: ٢٣٠

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨٠.

٢-٢) لعدم النص أولاً، ولوقوع الخلاف في الحكم المذكور ثانياً، قال في المستند (١٧: ١١٨ - ١١٩): « وظاهر الحلّى عدم الإستحباب حيث قال: ولا ينبغي للحاكم أن يسأل الخصمين، والمستحب له تركها حتى يبدأ بالكلام، فإن صمّتا فله أن يقول لهما حينئذ: إن كنتما حضرتما بشيء فاذكراه » .

٣-٣) كما قال في المسالك (١٣: ٤٣٠): وقد تقدم أن التسوية فيه واجبه، وههنا جعل هذا النوع من الخطاب مكروهاً، فأما أنه استثناء من السابق أو رجوع عن الحكم، وظاهر العلامة في التحرير والشيخ في المبسوط: التحريم، لأنهما عبّرا بصيغته النهي كالسابق، وهو حسن، لاشتراكهما في المقتضى له، وفي الدروس: لم يجعل التسوية في الكلام من الواجب، وذكر كراهه تخصيص أحدهما بالخطاب هنا وهو يدل على كراهته مطلقاً.

الوظيفة الرابعة: (ترغيب الخصمين في الصلح)

قال المحقق: « إذا ترفع الخصمان وكان الحكم واضحاً، لزمه القضاء، ويستحب ترغيبهما في الصلح. . . » (١).

أقول: في صورته وضوح الحكم يلزمه القضاء ولا سيما مع المطالبة به.

والترغيب في الصلح حينئذ معناه أن يتراضيا - بترغيب من القاضى - بعدم صدور الحكم وبفصل الخصومه بالمصالحة (٢)، لكن المحقق قدس سرّه يقول في الوظيفة السابعة - كما سيأتى -: « ويكره للحاكم أن يشفع في إسقاط حق أو إبطال »، إلا أن يجمع بين كلاميه: بأن ترغيبهما في الصلح هو قبل الحكم وفي صورته جهلهما به، وأما بعد ما حكم وعلم به، فيكره أن يشفع في إسقاط حق أو إبطال.

بل يجب على القاضى ذلك في موارد، ومن الموارد التى على القاضى الترخيب فى المصالحة فيها هو فيما إذا نصب قاض للقتضاء بين الناس وهو يعلم بعدم عداله

ص: ٢٣١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨١.

٢-٢) لقوله تعالى: «وَالصُّلْحُ خَيْرٌ» (سورة النساء ٤: ١٢٨) وقوله: «إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ» (سورة الحجرات ٤٩: ١٠) وغيرهما، وفي صحيحه هشام بن سالم: «لأن أصلح بين اثنين أحب إلى من أن أتصدق بدينارين» وسائل الشيعه ١٨: ٤٣٩/١. أبواب الصلح، الباب ١. وعن جماعه: انه لا يجوز للحاكم أن يأمر بالصلح ولا يشير به. وقيل: إن المستحب للقاضى الترخيب فى أصل الصلح، وأما التوسط فيما يصطلحان به فيحوّله إلى ثالث.

نفسه، فإنه لا يجوز له الحكم في هذه الحال، بل عليه ترغيب المتخاصمين في المصالحة أو حلّ النزاع بينهما بنقل الفتوى أو نحو ذلك من الطرق، ثم إرجاع النظر في القضية والحكم فيها إلى الحاكم الجامع للشرائط إن لم يتوافقا على الصّحح.

هذا، وأما مع عدم وضوح الحكم، فلا- يجوز التعجيل في الحكم، بل يستحب إحضار العلماء والفضلاء في مجلس الحكم والتشاور معهم حتى يقلّ الإشتباه والخطأ مهما أمكن.

ص: ٢٣٢

الوظيفة الخامسة: (رعايه العداله فى ورود الخصوم عليه)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا ورد الخصوم مترتّين، بدأ بالأوّل فالأوّل، فإن وردوا جميعاً، قيل: يقرع بينهم، وقيل: يكتب أسماء المدّعين ولا يحتاج إلى ذكر الخصوم، وقيل: يذكرهم أيضاً لتنحصر الحكومه معه. وليس معتمداً، ويجعلها تحت ساتر ويخرج رقعته رقعته ثم يستدعى صاحبها، وقيل: إنما يكتب أسماءهم مع تعسر القرعه بالكثرة» (١).

أقول: إذن، فى المسأله أقوال متعدده، لكن المشهور - كما عن (المسالك) - هو القول الأخير (٢).

ص: ٢٣٣

(١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨١.

(٢-٢) وفى النافع لم يذكر إلا- قولاً واحداً حيث قال: « وإن اجتمع خصوم كتب أسماء المدعين واستدعى من يخرج اسمه» المختصر النافع: ٢٨١.

الوظيفة السادسة: (عدم سماع دعوى المدعى عليه حين إقامه المدعى دعواه)

قال المحقق: « إذا قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم يسمع حتى يجيب عن الدعوى وتنتهى الحكومه ثم يستأنف هو » .

أقول: إذا أقام أحد المتداعيين دعواه كان وظيفه القاضى الإستماع إليها، فلو تكلم الآخر فى خلال دعواه لم يسمع كلامه، ثم عندما تنتهى دعواه يسكت هذا ويبدأ ذاك، وذلك، لأحقته السابق فى الحقوق المشتركة مطلقاً، أى سواء فى القضاء أو الفتوى أو الدرس، فإن الأسبق أحق، وكذا الأمر فى الأموال المشتركة، فمن سبق إلى مكان مشترك فهو أحق به.

وهل لو خالف الحاكم ذلك ضمن - بالإضافة إلى المخالفه للوظيفة الشرعيه -؟ فيه تردد.

ولو أسقط السابق حقه سقط.

وهذا المعنى لا يختص بمورد الخصومه، فلقد كان من سيره النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه إذا كلمه أحد لا يستمع إلى كلام غيره حتى يتم الكلام مع الأول، إلا بإذنه.

ص: ٢٣٤

الوظيفة السابعة: (استماع دعوى الذى على يمين صاحبه)

قال المحقق: « إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى، ولو ابتدأ بالدعوى سمع من الذى على يمين صاحبه » (١).

أقول: لا ريب فى أولويته من بدر من الخصمين بالدعوى بإيراد دعواه، ولو ابتدأ معاً فقد ذكروا: أنه يسمع الحاكم من الذى على يمين صاحبه - مع أنهم قالوا فى مسأله ورودهما معاً عليه بالقرعه - وقد استندوا فى ذلك إلى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام:

« قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يقدم صاحب اليمين فى المجلس بالكلام » (٢).

ويؤيده صحيحه عبد الله بن سنان المتقدمه سابقاً: « إذا تقدمت مع خصم إلى وال أو إلى قاض فكن عن يمينه - يعنى: عن يمين الخصم » (٣) بناء على عود الضمير إلى الخصم. . .

وعن الشيخ فى (المبسوط) (٤) نسبه إلى روايه أصحابنا، ثم ذكر الأقوال فى

ص: ٢٣٥

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٨١.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢١٨/٢. أبواب آداب القاضى، الباب ٥.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢١٨/١. أبواب آداب القاضى، الباب ٥.

٤-٤ (٤) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ١٥٤.

المسأله ثم قال: « وبعد ما روينا القرعه أولى »، وعن (الخلاف) قوه القول بالقرعه، قال: « لأنه مذهبنا في كل أمر مجهول » (١).

قلت: القول بتقديم الحاكم من شاء منهم - بعد الروايه - هو الأولى، لأنه بناء على كون الإستماع وظيفه شرعيه، فحيث لا يمكنه الإستماع إليهما معاً للتراحم، كان الحكم هو التخيير عقلاً، ومعه لا جهاله حتى يرجع إلى القرعه. . . لكن المتعين هو العمل طبق النص الموجود في المقام.

قال: « ولو اتفق مسافر وحاضر فهما سواء ما لم يستضر أحدهما، فيقدم دفعاً للضرر » (٢).

أقول: لكن هذا في صورته حلّ النزاع بذلك، وأما لو توقّف على الإستماع منهما، فلا أثر لتقديم المسافر، سواء كانا متداعيين أو لا، والعجب من الشراح كيف لم يلتفتوا إلى هذه النكته. نعم، هذا الفرع يفيد في صورته تعدّد الدعوى، فإنه إذا استضر أحد طرفي إحداهما قدّمت تلك الدعوى دفعاً للضرر.

قال المحقق: « ويكره للحاكم أن يشفع في إسقاط حق أو إبطال » .

أقول: قد ذكرنا طريق الجمع بين هذه العبارة وعبارته السابقيه في الوظيفه الرابعه.

ص: ٢٣٦

١- ١) كتاب الخلاف ٦: ٢٣٤ / المسأله: ٣٢.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٨١.

في مسائل متعلقه بالدعوى □

المسأله الأولى: (هل تسمع الدعوى المجهوله؟)

قال المحقق قدس سره (١): « قال الشيخ: لا- تسمع الدعوى إذا كانت مجهوله، مثل أن يدعى فرساً أو ثوباً، ويقبل الإقرار المجهول ويلزم تفسيره، وفي الأول إشكال» (٢).

ص: ٢٣٧

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٨٢.

٢- ٢) ذكروا أنه لا- خلاف في صحة الوصيه بالمجهول والإقرار بالمجهول، فيقبل دعوى الوصيه به والإقرار به، بل في الرياض عن التنقيح الإجماع على ذلك (الرياض ١٥: ١٦٣)، ثم وقع الخلاف بينهم في الدعوى وأنه هل يشترط في سماعها كون المدعى به معلوماً معيناً أم تسمع الدعوى المجهوله كما هو الحال في الوصيه والاقرار، على قولين: فالأول عدم الجواز، وقد حكى هذا القول عن الشيخ وابن إدريس وجماعه من القدماء والمتأخرين. والثاني: الجواز، وبه صرح المحقق في النافع بقوله: وفي سماع الدعوى المجهوله تردد والأشبهه الجواز، والعلامة في القواعد حيث قال: والأقرب سماع الدعوى المجهوله، والشهيد الثاني في المسالك والروضه، بل نسيبه في المستند إلى أكثر متأخرى المتأخرين بل الأكثر مطلقاً (حكاة عنهم في الرياض ١٥: ١٦٢ - ١٦٣). واستدل للقول الأول: بأنه لا- يترتب على هذه الدعوى الأثر وهو حكم الحاكم بها لو أجاب المدعى عليه بالإيجاب. واستدل على الثاني: بأنه مقتضى عمومات الدعوى والمدعى والحكم، وبأن عدم سماع هذه الدعوى قد يوجب الضرر على المدعى، وأجابوا عن دليل الأول: بمنع عدم الفائدة، وبأنه ينافى قولهم بقبول الإقرار بالمجهول، وحينئذ يبقى تعيين الحق أمراً آخر، وأما وجوه الفرق التي ذكروها بين المقامين فلم يتم شيء منها كما ذكر السيد الاستاذ دام بقاءه.

أقول: وجه الإشكال عدم الفرق بين الدعوى والإقرار فى ذلك.

وقد استدلل القائلون بالفرق بعدم الفائدة من الدعوى إذا كانت مجهولة.

وأورد عليه بأن الإقرار كذلك، فإن أُلزم بالتفسير، فليلزم المدعى بتفسير دعواه المجهولة.

وذكر بعضهم فى وجه الفرق: إن أثر الإقرار ثبوت حق للمقرّ له - ولو 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 يرتّب الحاكم أثراً على دعواه المجهولة اضطرّ بنفسه إلى التفسير، لأنه يدعى حقاً لنفسه عند المدعى عليه.

وأشكل عليه: بأن مجرّد هذا لا- يكفى لدفع الإيراد بأن وظيفة الحاكم هو الحكم، وهذا متوقف على استماعه، بلا- فرق بين الدعوى والإقرار.

ويمكن أن يقال: بأن الفرق هو أنه بالإقرار يقطع الحاكم بالحق فيحكم به ويلزم المقرّ بالتفسير، وأما فى الدعوى المجهولة، فإن أصل الحق مشكوك فيه، وحينئذ، فليس على الحاكم إلزامه بالتفسير، فإن شاء المدعى أن يفسر فهو.

ولكنه أيضاً لا يكون جواباً، فإن القضاء واجب على الحاكم، سواء فى القضيّة المقطوع بها والمشكوك فيها.

وقال صاحب (الجواهر) بعد ذكر الوجوه المذكوره والإشكال فيها:

« فالتحقيق أن يقال: لا ريب في عدم سماع الدعوى المجهوله من كل وجه، التي من أفرادها ما لا يقبل الدعوى. . . أما المجهوله التي كليها يوجب غرامه بأى فرد يفرض تشخيصه، فلا مانع من قبولها، وفاقاً لأكثر المتأخرين أو جميعهم إلا النادر. . . » (١).

أقول: ذكر هذا الشيخ في (المبسوط) (٢)، ولعل وجه دعوى انصراف الإطلاقات الوارده في القضاء عن المورد الذى لا يفسر فيه المدعى دعواه. وهنا تاره: عندما يطالب بالتفسير، يترك الدعوى ويرفع اليد عنها فلا كلام، وأخرى: يدعى النسيان لخصوصيات مورد الدعوى فيطالب المدعى الحاكم بالسؤال من المدعى عليه فيقول: « أسألوه فإن لم يقرّ 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 إن كانت وصيه سمع الدعوى فيها ».

أقول: لما تقرّر فى كتاب الوصيه من أنه يصح الوصيه بالمجهول، وقد بحثوا هناك عن المقدار فى ما إذا أوصى ب « شىء » أو « شىء كثير » أو « جزء من المال » ونحو ذلك، حيث يدل ذلك على صحه الوصيه بالمجهول.

قال الشيخ قدّس سرّه: « والفصل بينها وبين سائر الحقوق. . . إن تملك المجهول بها يصح، فصح أن تدعى وصيه، وليس كذلك غيرها، لأن تملك المجهول

ص: ٢٣٩

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١٥٠.

٢-٢) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ٢٥٩.

به لا يصح» .

أقول: لا- ريب في جواز تملك المال المجهول كماً وكيفاً، وهل يجوز تملكه؟ نعم يجوز تملكه هبه، كأن يعطيه صندوقاً قائلاً له: وهبتك الصندوق بما فيه، أو وصيه، فإن ادعى تملك شيء مجهول لا بالوصيه والهبة والصلح لم تسمع دعواه، لعدم جواز تملك المجهول بغير هذه الطرق.

وحيث أن الإقرار بالمجهول مسموع، فهل دعوى الإقرار كذلك مسموعه أيضاً؟ قيل: نعم، لوجود الفائدة، وفي (الجواهر) (1) عن الدروس: فيه وجهان، وذكر لعدم عدم إيجاب هذا الإقرار حقاً، لأن الإقرار لا يثبت المقر فيه، وأجاب عنه في (الجواهر) : بأنه لما ثبت إقراره بالدعوى أثبت الإقرار المقر فيه، ولا- فرق في ترتب الفائدة ووجودها بين كونه مع الواسطه أو بدونها، فالصحيح أنه بناء على الاستماع لا فرق.

ص: ٢٤٠

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١٥١.

المسأله الثانيه: (هل يشترط الجزم فى الدعوى؟)

قال الشيخ قدس سره (١): « فإن كانت أثماناً، فلا بدّ من ثلاثه أشياء يكون بها معلومه وهو: أن يذكر القدر والجنس والنوع. . . فإن كان هناك خلاف فى صحاح أو مكسره، فلا بدّ من أن يقول: صحاحاً أو مكسره، لأن التفاوت كثير فى كلّ هذا. قالوا: أليس لو باع ثوباً بألف مطلقاً انصرف إلى نقد البلد؟ هلاً قلتى يسمع الدعوى مطلقاً وينصرف إلى نقد البلد؟ قلنا: الفصل بينهما أن الدعوى إخبار عمّا كان واجباً عليه، وذلك يختلف فى وقت وجوبه باختلاف الأزمان والبلدان، فلماذا لم يسمع منه إلا محرّره، وليس كذلك الشراء لأنه إيجاب فى الحال، فلماذا انصرف إلى نقد البلد كقيم المتلفات، فوزان الدعوى من الشراء أن يكون فى البلد نقود مختلفه، فحينئذ لا يصح أن يطلق الثمن، ولا بدّ أن يكون موصوفاً.

هذا إذا كانت أثماناً.

فأما إن كانت من غير الأثمان، لم يخل من أحد أمرين: إما أن يكون عيناً قائمه أو تالفه، فإن كانت عيناً قائمه نظرت، فإن كانت مما يمكن ضبطها بالصفات كالحبوب والثياب، ضبطها وطالب بها، وإن ذكر قيمه كان تأكيداً، وإن لم يذكرها جاز، لأن الإعتقاد على ضبط الصفات، وإن كانت العين مما لا يمكن ضبط صفاتها

ص: ٢٤١

كالجواهر ونحوها، ذكر قيمتها، وأما إن كانت تالفه نظرت، فإن كان لها - مثل كالحبوب والأدهان والأقطان - وصفها وطالب بها، لأنها يضمن بالمثل، وإن لم يكن لها مثل - كالعبيد والثياب، فلا بدّ من ذكر القيمة» .

قال المحقق: « وفي الكلّ الإشكال، ينشأ من مساواة الدعوى بالإقرار» .

ثم قال قدس سرّه: « ولا بدّ من إيراد الدعوى بصيغته الجزم . . . » (١).

أقول: فسّر صاحب (الجواهر) قدس سرّه كلام المحقق بقوله (٢):

« التي يستدلّ بها على جزم المدعى بما يدّعيه، كما عن الكافي والغنيه والكيبرى وظاهر الوسيله بل في الكفايه نسبته إلى الشهره» وعلّل قول المحقق: « فلو قال: أظنّ أو أتوهم، لم تسمع» بقوله: « لأن من لوازم الدعوى الصحيحه إمكان ردّ اليمين على المدعى وهو منتف، وللقضاء بالنكول فيها مع يمين المدعى أو عدمه، وهو منتف هنا أيضاً» أى: لا فرق بين النكول والردّ، وحيث أن كلّاً منهما منتف هنا، يظهر أن هذه الدعوى ليست صحيحه. هذا توجيه منه لكلام المحقق.

قال في (الجواهر): « ولعدم صدق الدعوى عليه عرفاً» (٣) أى: لأن الدعوى هو الإخبار عن جزم.

قال المحقق قدس سرّه: « وكان بعض من عاصرناه يسمعها في التهمه ويحلّف المنكر، وهو بعيد عن شبه الدعوى» (٤).

أقول: مراده هو الشيخ نجيب الدين محمد بن نما الحلّي.

ص: ٢٤٢

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٨٢.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٥٣.

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤٠: ١٥٣.

٤-٤ (٤) شرائع الإسلام ٤: ٨٢.

وفى (الجواهر) عن بعضهم التفصيل بأنها تسمع فى مثل القتل والسرقه ونحوهما من الامور التى يعسر الإطلاع عليها ولا يمكن الجزم فيها بسرعه، ولا تسمع فى غيرها.

وعن (الإيضاح) (١): إنه قوئى عدم اشتراط الجزم.

لكن عن (الرياض) (٢) الجواب عنه بأنه لم يقل به أحد من الأصحاب، بل إنهم بين قولين: اعتبار الجزم، والإكتفاء بالتهمة فى مقامها.

وقال فى (المسالك) (٣): تبه بقوله: إيراد الدعوى بصيغه الجزم، على أن المعتبر من الجزم عنده ما كان فى اللفظ، بأن يجعل الصيغه جازمه، دون أن يقول: أظن أو أتوهم كذا، سواء انضم إلى جزمه بالصيغه جزمه بالقلب واعتقاده لاستحقاق الحق أم لا، والأمر كذلك، فإن المدعى لا يشترط جزمه فى نفس الأمر، لأنه إذا كان للمدعى بينه يشهد له بحق وهو لا يعلم به، فله أن يدعيه به عليه وإن لم يعلم سببه فى نفس الأمر ما هو.

أقول: كأن ثانى الشهيدين قدس سرّه (٤) يريد أن قول المحقق: « بصيغه الجزم » وعدم قوله بالجزم القلبي، هو لأجل وجوب السماع فى هاتين الصورتين وإن لم يكن يقين قلبى، كما تجوز الشهاده بالحق استناداً إلى الإقرار وإن لم يكن يقين قلبى، وكذا المجتهد يخبر عن حكم الله تعالى ويفتى به تاره عن علم، وأخرى بالاستناد إلى أماره، وإن لم يجزم بذلك الحكم.

ص: ٢٤٣

١-١ (١) إيضاح الفوائد ٤: ٣٢٧ - ٣٢٨.

٢-٢ (٢) رياض المسائل ١٥: ١٦٢ - ١٦٣.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٣: ٤٣٧.

٤-٤ (٤) مسالك الأفهام ١٣: ٤٣٨.

لكن الظاهر من (الجواهر) (١) استظهار أنه لما كان يمكن دعوى الجزم فى الموردین و يجب سماعها وإن لم يكن عن يقين، فإنه - إذن - يمكن دعوى الجزم فى كل مورد.

أقول: إن كانت استفاده صاحب (الجواهر) من كلام المحقق صحيحه، ورد عليه إشكاله بأن إظهار الجزم بالصيغه مع عدمه فى القلب كذب وتبدليس، ولكن استفاده هذا المعنى منه غير تامه، بل الحق ما ذكره صاحب (المسالك)، وهو الظاهر من قول المحقق رحمه الله: « بصيغه الجزم ».

وهل الجزم شرط للسمع؟ قال به جماعه بل قيل إنه المشهور، لأن من لوازم الدعوى هو الحلف عند ردّ اليمين، ولأن الدعوى لا تصدق مع عدمه. وقال فى (الجواهر): والتحقيق إحاله الأمر إلى العرف، وفى مورد التهمه تصدق الدعوى، ولو سلم عدمه يصدق التشاجر والتخاصم، ومع صدق الدعوى شملتها عمومات وجوب الحكم.

ثم استشهد رحمه الله بالأخبار الوارده فى تهمة القصار ونحو ذلك (٢).

ص: ٢٤٤

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ١٥٣ - ١٥٤.

٢- ٢) ذكر المحقق الآشتياني (كتاب القضاء: ٨٨) رأى صاحب الجواهر بقوله: « وقد فصل بعض مشايخنا فى المقام بين موارد التهمه وغيرها، فحكم بوجوب السماع وعدم الإشتراط فى الأول، وبعدهم وجوبه والإشتراط فى الثانى » ثم ذكر تأييده ما ذهب إليه بالنصوص الوارده فى تحليف الأمين مع التهمه، وهى: (١) خبر بكر بن حبيب: « قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أعطيت جبه إلى القصار فذهبت بزعمه. قال: إن اتهمته فاستحلفه وإن لم تتهمه فليس عليه شىء » (٢) خبره الآخر عنه عليه السلام: « لا يضمن القصار إلا من جنت يداه وإن اتهمته أحلفته » (٣) خبر أبى بصير عنه عليه السلام أيضاً: « لا يضمن الصانع ولا القصار ولا الحائك إلا أن يكونوا متهمين، فيخوف بالبينه ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً » وهذه الأخبار ونحوها تجدها فى الباب « ٢٩ » من أبواب كتاب الإجاره من وسائل الشيعه. ثم إنه أجاب عن الإستدلال بهذه الأخبار بنحو ما سينقله السيد الاستاذ دام بقاءه عن المحقق العراقى.

وأما استدلال صاحب (الرياض) (١) عليه بأن الدعوى توجب التسلّط على الغير بالإلزام بالإقرار أو الإنكار أو التبريم، وهو ضرر عليه منفي، ففيه: أنه قد يوجب عدم سماعها الضرر على المدعى.

وأما لزوم ردّ اليمين، فإن ذلك غير لازم في موارد كثيرة.

وعن المحقق العراقي قدّس سرّه (٢) الاستدلال بالأخبار الواردة في القصار والصّباغ، لجواز الدعوى المجهوله التي قامت الأماره على تهمة المدعى عليه، فإن تم هذا الحمل بالنسبه إلى تلك الأخبار، فإن التمسك بالعمومات لا مانع منه، ولو شك في تخصيصها فالأصل عدمه (٣).

ص: ٢٤٥

١-١) رياض المسائل ١٥: ١٦٣.

٢-٢) كتاب القضاء.

٣-٣) هذا، ولا بأس بذكر ملخص عباره المستند في بيان الأقوال في المسأله، وهي هذه: « ذهب المحقق وجماعه إلى أنه يشترط في الدعوى كونها بصيغه الجزم، وهو المحكى عن ابن زهره والكيدي والتقيح، ونسبه في الكفايه إلى المشهور وفي المعتمد إلى الأكثر. وحكى عن الشيخ نجيب الدين ابن نما وفخر المحققين والشهيدين في النكت والمسالك عدم الإشتراط، وهو ظاهر المحقق الأردبيلي واختاره بعض فضلائنا المعاصرين، ولكن المنقول عن الأوّل عدم الإشتراط في التهمه، وعن المحقق الثاني عدم الإشتراط فيما يخفى عاده ويعسر الإطلاع عليه، كالقتل والسرقه ونحوهما، والإشتراط في نحو المعاملات، وهو ظاهر الدروس والروضه، وقيل: لعلهم أرادوا بذلك ما ذكره ابن نما فيتحدان، وهو ظاهر بعض مشايخنا المعاصرين، ونقل في شرح المفاتيح عن الشهيد الثاني وابن نما القول بعدم الإشتراط مطلقاً ثم قال: وقوى المحقق الشيخ على عدم الإشتراط فيما يخفى عاده، وظاهره تغاير القولين، ولعلّ مراد من حكم بالإتحاد فهم « من التهمه» ما يخفى، ومن حكم بالتغاير حمل التهمه على مجرد التوهّم الذي هو أعم من الظن. وتردّد الفاضل في القواعد والإرشاد والتحرير، وهو ظاهر الصيمري والمفاتيح وشرحه والكفايه وإن كان كلام الأخير إلى عدم الإشتراط أميل. وقال والدى المحقق: والتحقيق عندي عدم سماع الدعوى إلا مع احتمال إقرار الخصم أو شهاده بيّنه لها أو ادعاء المدعى سماع أحدهما، والأقوى عدم الإشتراط مطلقاً مستند الشيعة ١٧: ١٤٩.

وفى (المستند) (١): إذا كانت الدعوى بحيث لا يترتب عليها فائده فلا تسمع، مثل أن يعلم من قبل أنه لن يقم ولا يحلف ولا يرد اليمين - بناءً على عدم الحكم بمجرد النكول - فلا تسمع هذه الدعوى، بخلاف ما إذا علم بترتب فائده عليها.

ص: ٢٤٦

١-١) مستند الشيعة ١٧: ١٥١.

المسألة الثالثة: (في حكم مطالبه المدعى عليه بالجواب)

قال المحقق قدس سره: « إذا تمت الدعوى، هل يطالب المدعى عليه بالجواب، أو يتوقف ذلك على التماس المدعى؟ فيه تردد، والوجه أنه يتوقف، لأنه حق له، فيقف على المطالبه» (١).

أقول: إذا حرّر المدعى دعواه والمدعى عليه حاضر، فهل على الحاكم أن يطالب بالجواب من المدعى عليه، أو لا يطالبه به إلا بعد التماس المدعى ذلك؟ لا إشكال في جواز مطالبه الحاكم الجواب من المدعى عليه وإن لم يلتمس منه المدعى ذلك، إلا إذا رفع المدعى اليد عن حقه، فلا- موضوع لمطالبه الحاكم الجواب من المدعى عليه، فإن لم يسقط حقه ولكن لم يلتمس من الحاكم المطالبه بالجواب فلا يجب كذلك، فإن التمس وجب على الحاكم ذلك عند الأكثر، لأن ذلك مقدّمه للقضاء الواجب فيجب.

ويمكن الخدشه في ذلك: بأنه ليس القضاء موقوفاً على جواب المدعى عليه في كل مورد، بل للحاكم أن يطالب بإقامه البينة من المدعى، فإن أقامها حكم. هذا أولاً. وثانياً: لو فرض توقف الحكم عليه، وأنه قد يقرّ بالحق، فلا حاجة إلى البينة، فما الدليل على وجوب تحصيل موضوع القضاء ومقدمته على الحاكم؟

ص: ٢٤٧

وفى (المبسوط) (١) ذكر فى المسأله قولين، ثانيهما: عدم التوقف، قال: إن نفس طرح الدّعى عند الحاكم مطالبه بالجواب، وقد نقله صاحب (الجواهر) (٢) عن (المسالك) وقال: إن هذا لا- ينفى التوقف، واستدل فى (الجواهر) لعدم التوقف بأمرين: أحدهما: الأصل، والثانى: كون ذلك حقاً للحاكم المنصوب لقطع الخصومات.

أقول: هل للحاكم فى مقام الدعوى حق على المترافعين مجعول شرعاً، فيكون ذا حق على المدعى عليه ليطلبه بالجواب على دعوى المدعى؟ إن هذا مشكل، ولعلّ مراده من الحق هو الولاية والسلطنه على المترافعين لفصل الخصومه، وهذا صحيح، لكن موضوع وجوب القضاء هو مطالبه المدعى بذلك، فإن لم يطالب، فهل يجب ذلك على الحاكم من باب الولاية؟ لا وجه للوجوب، نعم، له ذلك لغرض فصل الخصومه وحسم النزاع.

وأما الأصل، فإن مقتضاه عدم حرمه مطالبه المدعى عليه بالجواب.

اللهم إلا أن يريد من الأصل أن مقتضى الإطلاقات والعمومات وجوب القضاء بعد مطالبه المدعى عليه بالجواب، ومع الشك فى شرطيه التماس المدعى من الحاكم مطالبته به، فالأصل عدمها، ويكون مرجع ذلك إلى تخصيص أدله وجوب القضاء، والأصل عدمه.

وكيف كان، فإنه يبقى عليه أنه إن أسقط المدعى حقه فلا خصومه حتى ترفع، وإلا فإن لم يطالب بالجواب فعلاً فلا وجه لذلك بالنسبه إلى الحاكم وإن قلنا

ص: ٢٤٨

١-١) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ٢٨٩.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٥٧.

بإطلاق أدلّه القضاء، فيبقى صورته التماس المدعى، وهنا يمكن أن يقال بأن أدلّه القضاء لا تشمل هذه الصورة، بأن يحكم بعد قيام البينه ولا- يطالب المدعى عليه بشيء، فإن قوله صلى الله عليه وآله وسلم: « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان » ونحوه منصرف عن مثله، لا سيما وأن المتعارف من القضاء كونه كذلك، فإن القضاء كانوا يسألون المدعى عليه عن رأيه في دعوى المدعى.

ص: ٢٤٩

المسأله الرابعه: (فى حكم الدعوى على القاضى)

قال المحقق: « لو ادعى أحد الرعيه على القاضى، فإن كان هناك إمام رافعه إليه، وإن لم يكن وكان فى غير ولايته، رافعه إلى قاضى تلك الولاية، وإن كان فى ولايته رافعه إلى خليفته» (١).

أقول: إن كان النزاع فى زمن حضور الإمام، فإنه يرجع إليه، وإن كان فى زمن الغيبه، وكان النزاع مع حاكم، فإنه يحضر عند حاكم آخر فى عرضه فى ولايته، فإن لم يكن فى الولاية ففى غيرها وإن كان ذاك الحاكم منصوباً من قبل هذا الحاكم المخاصم.

والدليل على سماع هذه الدعوى إطلاقات أدله القضاء.

ص: ٢٥٠

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨٣.

المسأله الخامسه: (فى استجاب جلوس الخصمين بين يدى الحاكم)

قال المحقق قدس سره: « يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدى الحاكم، ولو قاما بين يديه كان جائزاً» (١).

أقول: قال فى مفتاح الكرامه (٢): لما روى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه قضى أن يجلس الخصمان بين يدى القاضى. وقول على عليه السلام فيما تقدم: « لولا أنه ذمى لجلست معه بين يديك» وأصل البراءه وأصل الإباحه - مع ضعف السند وعدم وضوح الدلاله على الوجوب - شواهد على الإستجاب. ولعل السرّ أنه أقرب للتسويه، والخطاب معهما أسهل، وأمرهما أوضح.

ص: ٢٥١

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٨٣.

٢- ٢) مفتاح الكرامه فى شرح قواعد العلامه ١٠: ٣٥.

في جواب المدعى عليه

قال المحقق قدس سره: « 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 رابعه وهي أن يقول في الجواب: لا أدري (1)، وأضاف آخر صورته خامسه وهي: أن يصرف الدعوى عن نفسه

ص: ٢٥٣

١ - ١) قال الآشتياني والسيد قدس سرهما (كتاب القضاء: ٩٠، العروه ٣: ٤٧) إن في عدّ « السكوت » جواباً مسامحه، وفي المسالك (١٣ : ٤٤٢) : وإنما جعل السكوت جواباً، لأنه إذا أصرّ على السكوت جعل كالمنكر الناكل وردت اليمين على المدعى، فهو في الحكم كالإنكار، فكان في معنى الجواب. لكن قال الآشتياني: التوجيهات التي ذكرها له من كونه في حكم الإنكار إذا أصرّ عليه أو غير ذلك لا تخرجه عن المسامحه، كما لا يخفى. أقول: يندفع الإشكال بأن يجعل المراد من « الجواب » هو « الموقف و « الرأي » و ما يقابل به المدعى عليه دعوى المدعى، فيعمّ « السكوت » وهو استعمال شائع. ثم قال الآشتياني: إنما الإشكال فيما ذكره شيخنا الاستاذ دام ظله وفاقاً لجمع من متأخري الأصحاب من أن هناك جواباً آخر للمدعى عليه لم يتعرض له الأصحاب، بل ظاهرهم الحصر في المذكورات، وهو قوله « لا أدري » فهل أدخلوه وأدرجوه في المذكورات أو غفلوا عنه؟ وإدراجه في المذكورات مشكل، ونسبه الغفله إليهم أشكل. ثم ذكر وجوهاً في الجواب عن هذا الإشكال، فراجع.

ويوجهها إلى غيره، كأن يقول في الجواب: لست أنا طرف الدّعى بل هو فلان.

١ - الإقرار وجمله من أحكامه:

إشارة

قال: « أما الإقرار فيلزم إذا كان جائز التصرف » (١).

أقول: إذا أقر المدعى عليه، وكان إقراره مطابقاً لاعتقاده، كان المؤثر هو الاعتقاد، لأنه إذا علم بأن الشيء المترافع فيه لزيد، وجب عليه ردّه إليه عند مطالبته به، سواء أقرّ بذلك بلسانه أو لم يقرّ، وحيث كان إقراره جامعاً لشرائط الحجّيه المذكوره في محلّها، فإنه يلزم بما أقرّ به والعمل على طبقته.

ولكن هل هذا الإقرار الحجّيه يتوقّف ترتيب الأثر عليه على حكم الحاكم، أو أنه بعد تماميّه حجّيته، يترتب عليه الأثر من قبل المدعى بلا- توقف على الحكم، ولسائر الناس إلزامه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كما هو الحال في الإقرار الجامع لشرائط الحجّيه الذي يترتب عليه الأثر مع عدم المرافعه والتحاكم إلى الحاكم بلا خلاف؟ .

لا إشكال في أن فصل الخصومه من آثار الحكم، فمع الحكم لا تسمع دعواه لو عدل عن إقراره أو أنكره بعدئذ، ولو كان ذلك منه قبل الحكم لسمعت دعواه، فهذا الأثر يختصّ بالحكم، وأما غير هذا الأثر من الآثار، فقد قال جماعة بأن الأحوط عدم ترتيبه حتى يحكم الحاكم، ووجه هذا الإحتياط هو: أنه كما أن فصل الخصومه متوقف على الحكم، فكذلك غيره من الآثار، إذ مع الحضور عند الحاكم والترافع لديه، يكون الأمر بيده وتتوقف الآثار كلّها على حكمه وإن قامت الحجّيه

ص: ٢٥٤

بعد الإقرار للمدعى على أخذ ما يدّعيه، فلا يبعد أن يكون هذا وجه الإحتياط، وإن كان مقتضى إطلاقات الأدله هو الأخذ بالحجّه وبه قال جماعه.

ويدلّ على حجّيه الإقرار بناء العقلاء وسيرتهم على الأخذ به، سواء حكم الحاكم أو لا، وقد أمضى الشارع هذه السيره بقوله: « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١)، فالإقرار حجّه وإن لم يحكم الحاكم، نعم، يحتمل أن يكون للحكم موضوعيه فى مورد النزاع، فالأحوط أن يكون ترتّب الآثار بعده.

ثم هل البيّنه كالإقرار أو أن حجيتها متوقفه على الحكم؟ قال غير واحد من الأصحاب - بل قيل: إنه المشهور - بالفرق بين الأمرين (٢) وأن الإقرار حجّه وتترتب عليه الآثار - عدا ما يختص منها بالحكم - بخلاف البيّنه فلا يترتب عليها أثر مطلقاً، فلا يجوز له التصرّف فى المال ما لم يحكم الحاكم، فالبيّنه حجّه بعد الحكم فى مقام المرافعه إلى الحاكم، وأما مع عدم الترافع إليه وقيامها فهى حجّه والأثر مترتب عليها.

وقيل: لا فرق بين الإقرار والبيّنه، فكما أن الإقرار حجّه وللمقرّ له التصرف فى المال وترتيب الأثر وكذا لغيره بإذنه، فكذلك البيّنه بعد قيامها. نعم، يتوقف قطع النزاع على حكم الحاكم، ويكون أثره عدم سماع الدّعى بعد ذلك، فإن كانت

ص: ٢٥٥

١- ١) قال فى وسائل الشيعة ٢٣: ١٨٤/٢، الباب ٣: « وروى جماعه من علمائنا فى كتب الاستدلال عن النبى صلّى الله عليه وآله وسلّم أنه قال: إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » .

٢- ٢) وقد وقع البحث والكلام بينهم حول الوجوه التى ذكروها للفرق بينهما وما يترتب على ذلك من ثمره، وربما بنى الخلاف فى المقام على الخلاف فى حجّيه البيّنه، فعلى القول بعدم حجّيه البيّنه إلا للحاكم، توقّف ثبوت الحق على حكم بخلاف الإقرار، وعلى القول بعموم حجّيتها لم يتوقف كالإقرار. وإن شئت التفصيل فراجع الكتب الاستدلاليه المفصله.

حجّيه البيّنه متوقفه فى مقام التخاصم على حكم الحاكم، فكذلك الإقرار، من دون فرق بينهما.

ثم، هل الإقرار تتقدر حجّيته بمقدار ضرر المقرّ أو أنه كالبيّنه فى الطريقيه إلى إثبات حق المقرّ له؟ مثلاً: إذا أقرّ بأن لزيد على ذمّته كذا من الدراهم، يكون إقراره حجه، وأما إذا أقرّ بالنسبه إلى عين خارجيه بأنها لزيد، فهل يفيد عدم كونها له فقط، أو يفيد مع ذلك كون العين لزيد أيضاً، فيكون الإقرار طريقاً إلى مالكيه زيد لتلك العين كالبيّنه؟ وجهان.

قد يقال بالأوّل، لأن ذلك حدّ دليل حجّيه الإقرار وهو « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز »، وأما كون الشىء لزيد بالخصوص فلا يقتضيه بل يحتاج إلى دليل آخر، بخلاف البيّنه، فإن مفاد دليل حجّيتها - وهو: « إنما أفضى بينكم بالبيّنات والأيمان » - كون الشىء لمن أقامها فضلاً عن دلالتة على عدم كونه للمنكر.

أقول: والوجه الثانى غير بعيد، فإنه لما يقرّ بكون الشىء لزيد، يلزم بما أقرّ به - خصوصاً بعد حكم الحاكم - وكون الشىء لزيد هو من مصاديق ضرر المقرّ كذلك، فلا فرق بين البيّنه والإقرار من هذه الجهه، وإنما ينشأ الإشكال فيما ذكرنا بناءً على القول بانحلال الإقرار إلى أمرين: (أحدهما) عدم كون المقرّ فيه للمقرّ، و (الآخر) كونه للمقرّ له، فيقال بكونه حجه فى الأوّل فقط - وهو عدم الملكيه - لأنه مقدار الضرر. ولكن لا وجه لهذا المعنى، بل إن نفس ملكيه زيد للشىء المقرّ فيه من مصاديق الضرر، فيشملة « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » .

وكذلك لا فرق بين الإقرار والبيّنه فى سماع دعوى ثالث لذلك الشىء الذى تنازعا فيه، لأن 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 المقرّ له أو مقيم البيئه، فلا يقتضى الحكم عدم سماعها، لأنها دعوى جديده يجب سماعها والنظر فيها بحسب الموازين الشرعيه.

وأما اليمين، فليس لها حجّيه شرعيه بالنسبه إلى غير الحاكم، فليست كالبيئه والإقرار فى ترتب آثار الحجّيه، بل إن الآثار كلّها تترتب عليها بالحكم (١).

هل يحكم عليه من دون مسأله المدعى؟

قال المحقق قدّس سرّه: « وهل يحكم به عليه من دون مسأله المدعى؟ قيل: لا، لأنه حق له، فلا يستوفى إلاّ بمسأله» (٢).

أقول: وهل يحكم الحاكم على المقرّ قبل مطالبه المقرّ له بالحكم؟

لا إشكال فى جواز الحكم مع مسأله المدعى، بل قد يجب، كما إذا توقف استيفاء الحق على حكمه، بل لا يبعد الوجوب وإن لم يتوقف عليه، لأن الحكم من شأن الحاكم ووظيفته بعد الإقرار والمطالبه.

وأما الحكم من دون مطالبه المدعى ففيه قولان، فعن (المبسوط) (٣): ليس للحاكم الحكم قبل التماس المدعى.

وظاهره الحرمة.

قال: لأنه حق للمدعى فلا يستوفى إلاّ بمسأله.

أى: فلا يجوز إصدار الحكم قبلها أو مع منعه. ولكن هذا التعليق غير تام، لأن كونه حقاً لا ينافى أن لا يكون أداء هذا الحق موقوفاً على إذنه أو مطالبته، ولا

ص: ٢٥٧

١- ١) فى المسأله أقوال: فقول: هى كالبيئه، وقيل: هى كالإقرار وقيل: هى شىء ثالث، وعلى الأوّل هى كالبيئه على الإطلاق حتى بالنسبه إلى الثالث أو لا؟ تعرض المحقق الأشتيانى للمسأله بالتفصيل.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٨٣.

٣- ٣) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ١٥٨.

يستلزم أن يكون حراماً بدون ذلك.

فالصحيح هو الرجوع إلى الأدلة أو الأصول، وحيث لا دليل في المسألة، فإن الأصل مع الشك في الحرمة هو عدم الحرمة، ومع الشك في الوجوب فهو عدم الوجوب، إلا- أن استفاد الوجوب من إطلاقات أدلة الحكم والقضاء، فمقتضى الأصل هو جواز الحكم من دون مسأله المدعى. هذا من الناحية التكميلية، وأما وضعاً، فالأصل مع الشك هو عدم نفوذ هذا الحكم، لكن ظاهر مقبوله عمر بن حنظله « فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه. . . » هو الإطلاق، فليس الحكم مقيداً بالمطالبه والمسأله من المدعى.

هذا، مع أن الحكم قد يكون حقاً للمنكر، كما إذا لم يقيم المدعى اليئنه فيحلف المدعى عليه، فإن الحكم حينئذ حق للمدعى عليه لا للمدعى، نعم، يجوز لمن كان حقاً له أن لا يطالب بحقه أو يسقطه إن كان قابلاً له.

إذن، يمكن القول بجواز الحكم مع عدم المطالبه، إلا أن يقال بوجوبه حينئذ أيضاً، تمسكاً بإطلاقات الآيات والروايات فيقال بأن الحكم وظيفه الحاكم بعد تماميه المقدمات، سواء سئل بذلك أو لا، وأما مع المطالبه فالحكم واجب بلا كلام.

قال: « وصوره الحكم أن يقول: ألزمتك. . . » .

أقول: كل لفظ ظاهر في الحكم صدر بقصد الإنشاء فهو الحكم، وأما « ثبت عندي » ونحوه، فليس صورته له، لعدم ظهوره فيه.

وهل يتحقق الحكم بالفعل بقصد الإنشاء؟ قيل: نعم، وهو مشكل، لعدم تحقق الحكم بالفعل عند أهل العرف، وشمول الإطلاقات له غير معلوم.

حكم كتابه الإقرار:

قال: « ولو التمس أن يكتب له بالإقرار لم يكتب حتى يعلم اسمه

أقول: وحيث حكم، فهل يجب عليه كتابه الحكم مطلقاً أو في صورته الإلتماس أو لا يجب؟ قيل: يجب، لأن الكتابه من تبعات الحكم ولواحقه، فيجب كتابه الحكم حتى يبقى ولا ينكر أو ينسى، ولأنه إن لم يكتب لضاع حق المقر له، وقيل: لا يجب، لأن الذى يفصل الخصومه ويقطع النزاع هو الحكم، وأما الكتابه فهى من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، لا من آثار الحكم ولواحقه، وحيث كان من باب الأمر بالمعروف لغرض استيفاء الحق وإنقاذه، فإن هذا الغرض يتحقق من طرق أخرى أيضاً، فلا تجب الكتابه.

وقيل: تحرم الكتابه، لأنها قد تكون إعانه على الإثم، كما إذا أخذ الشخص الكتابه إلى حاكم جور، فكانت سبب الظلم لأحد، أو ارتكاب محرّم من قبل الحاكم الجائر، فتكون إعانه على الإثم الصادر منه.

وفصل بعضهم بأنه إن كان إحقاق حق المقر له متوقفاً على الكتابه وجبت وإلا فلا.

وعلى القول بوجوب الكتابه، فلا يجوز له أخذ الأجره عليها، بناء على عدم جواز أخذ الأجره على الواجبات، وهو جائز له بناء على عدم وجوبها عليه، وحيث لا يجوز له أخذ الأجره، فإنه لا يجوز له أخذ شىء فى مقابل الدواه والقرطاس أيضاً، فظهر أن الحكم هنا يتفرّع على الحكم فى الفرع السابق.

هذا، ولو قَصِّرَ فى تطبيق القواعد والأحكام أو خالف فى شىء منها، فإنه لا أثر لحكمه حينئذ ولا نفوذ، وإن كان حكمه حقاً، لقوله عليه السلام «... ورجل

ص: ٢٥٩

قضى بالحق وهو لا يعلم فهو في النار. . .» (١) إذ من الواضح أنه لا ينفذ حكم من كان من أهل النار، ولعل السرّ في ذلك: أن الحكم له جهة تعبدية، ويعتبر فيه قصد القربة، وأن يكون على طبق الأحكام والقواعد المقررة لذلك من قبل الشارع، فإن لم يكن كذلك أو كان بالمقدمات المحرّمة لم ينفذ ألبتة، وعليه، فلو حكم بالحق رياء أو طلباً لرضا أحد من المخلوقين لم ينفذ حكمه.

ويحتمل أن يكون السرّ في ذلك: اشتراط نفوذ الحكم بكونه صادراً عن المقدمات الصحيحة والمشروعه، فمع انتفاء الشرط ينتفى المشروط.

ولو شك في كون إصدار الحكم واجباً تعبدياً أو توجّهياً، فإن الأصل في الواجبات هو التعبدية. . . وسيأتي مزيد تحقيق لهذه المسألة إن شاء الله تعالى.

هذا، ولو أجاب الحاكم المدعى بكتابه الإقرار والحكم، لم يكتب حتى يعلم اسمه ونسبه، أو يشهد على الاسم والنسب شاهداً عدل، حتى يأمن الحاكم بذلك من التدليس بجعل الحكومه بالإقرار أو الشهاده به لغير من وقع، وقد اتفق حصول هذا التزوير في زماننا من بعض المزوّره، إذ حضر رجلان عند فقيه ورع - وهو مكفوف البصر - وذكروا عنده أن فلاناً حاضر عندكم يقرّ بأنه قد باع داره لفلان ونحن شهود على ذلك، فكتب الفقيه المذكور بذلك، ثم ظهر أنه كان تزويراً من الرجلين، وقد أدى الأمر إلى النزاع والخصومه. . . إذن، يشترط أن يكون الحاكم عارفاً للشخص من حيث اسمه ونسبه، وإلا فيشترط شهادته شاهدين عادلين.

قال المحقق: «ولو شهد عليه بالحليه جاز ولم يفتقر إلى معرفه

ص: ٢٦٠

أقول: وهل يغنى ذكر أوصافه وملامحه الذاتيه عن ذكر الاسم والنسب؟ قال المحقق: نعم، لكن في (الجواهر) عن (السرائر) الإشكال فيه، إلا أن عبارة السرائر تدلّ على خلاف ذلك. فليراجع (٢).

وكيف كان، فما ذكره المحقق قدّس سرّه هو الأظهر، لكن يجب ذكر الحليه بحيث يأمن معه من الاشتباه والتزوير.

هل يحبس الممتنع عن أداء الدين؟

وكيف كان، فإن امثل المحكوم عليه حكم الحاكم فهو، وإن امتنع من أداء

ص: ٢٤١

١- (١) شرائع الإسلام ٤: ٨٣.

٢- (٢) وهذا نص عبارته السرائر: « وإذا أقرّ إنسان لغيره بمال عند حاكم، فسأل المقرّ له الحاكم أن يثبت إقراره عنده، قال شيخنا أبو جعفر في نهايته: لم يجز له ذلك إلا أن يكون عارفاً بالمقر بعينه واسمه ونسبه، أو يأتي المقر له بينه عادله على أن الذي أقر هو فلان ابن فلان بعينه واسمه ونسبه، لأنه لا يأمن أن يكون نفسان قد تواطأ على انتحال اسم إنسان غائب واسم أبيه والانتساب إلى آباءه ليقرّ أحدهما لصاحبه بمال ليس له أصل، فإذا أثبت الحاكم ذلك على غير بصيره كان مخطئاً مغرراً. وقال في مسائل خلافه: مسألة: إذا حضر خصمان عند القاضي، فادّعى أحدهما على الآخر مالاً فأقرّ له بذلك، فسأل المقرّ له القاضي أن يكتب له بذلك محضراً والقاضي لا يعرفهما، ذكر أصحابنا أنه لا يجوز له أن يكتب، لأنه يجوز أن يكونا استعارا نسباً باطلاً وتواطأ على ذلك، وبه قال ابن جرير الطبري، وقال جميع الفقهاء: إنه يكتب ويحليهما بحلاهما التامه ويضبط ذلك. قال رحمه الله: والذي عندي أنه لا يمتنع ما قاله الفقهاء، فإن الضبط بالحليه يمنع من استعاره النسب، فإنه لا يكاد يتفق ذلك. ثم قال رحمه الله: والذي قاله بعض أصحابنا يحمل على أنه لا يجوز أن يكتب ويقتصر على ذكر نسبهما، فإن ذلك يمكن استعارته، قال رحمه الله: وليس في ذلك نص مسند عن أصحابنا يرجع إليه. قال محمد بن إدريس مصنف هذا الكتاب: الذي ذكره وذهب إليه شيخنا في مسائل خلافه هو الذي أقول به وأعمل عليه ويقوى في نفسي، وهذا يبين لك أيها المسترشد أنه قد يذكر في نهايته شيئاً لا يعمل ولا يرجع فيه إلى خبر مسند يعتمد عليه ويرجع إليه . . . ». كتاب السرائر ٢: ١٦٢.

الحق أجبره الحاكم أو سائر الناس على الأداء، من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وللغريم أن يغلظ له القول ويخاطبه بما يكرهه في حدود الشرع، ولو لم يفد ذلك كله حبسه الحاكم بالتماس الغريم، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فِي الْخَبْرِ الضَّعِيفِ الْمُنْجِبِ بِعَمَلِ الْأَصْحَابِ - « لَيْ الْوَاجِدُ بِالْدِينِ يَحُلُّ عَرْضَهُ وَعَقُوبَتَهُ مَا لَمْ يَكُنْ دِينُهُ فِيمَا يَكْرَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ » (١) لَكِنِ الْعُقُوبَةُ فِيهِ مُطْلَقَةٌ، فَالظَّاهِرُ إِنَاطَتُهَا بِنَظَرِ الْحَاكِمِ، إِلَّا أَنْ فِي جَوَازِ حَبْسِهِ لِنَصِّ خَاصٍ، فَفِي الْمَوْثِقِ: عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: « إِنْ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يَحْبَسُ الرَّجُلَ إِذَا التَّوَى عَلَى غَرْمَائِهِ، ثُمَّ يَأْمُرُ بِهِ فَيَقْسَمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ بِالْحَصَصِ » (٢).

وفى هذا الحبس احتمالات، فيحتمل أن يكون عقوبه للمماطلة السابقة منه، وأن يكون تحذيراً له عن المماطلة فيما يستقبل، وأن يكون لغرض حمله على الإقرار بما يملكه من الأموال، ويدلّ الخبر المذكور على أنه بعد الحبس يؤمر الغريم أولاً بأداء الحق، بأن يقسم أمواله بين الغرماء بالحصص، فإن أبي فعلى الإمام ذلك بعد بيع ماله، وفى خبر السكونى: « إِنْ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يَحْبَسُ فِي الدِّينِ ثُمَّ يَنْظُرُ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أُعْطِيَ الْغَرْمَاءَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ دَفَعَهُ إِلَى الْغَرْمَاءِ فَيَقُولُ لَهُمْ: إِصْنَعُوا بِهِ مَا شِئْتُمْ، إِنْ شِئْتُمْ وَاجْرُوهُ، وَإِنْ شِئْتُمْ اسْتَعْمَلُوهُ » (٣).

بل عن الشيخين فى المقنعه والتهذيب مرسلًا: « قال الصادق عليه السلام لقوم من أصحابه: إنه قد حقّ لى أن آخذ البرئ منكم بالسقيم، وكيف لا يحقّ لى وأنتم يبلغكم عن الرجل منكم القبيح فلا تنكرون عليه ولا تهجرونه ولا تؤذونه

ص: ٢٤٢

١-١) وسائل الشيعة ١٨: ٣٣٣. ٤. أبواب الدين، الباب ٨.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٨: ٤١٦/١. أبواب القسمه، الباب ٦.

٣-٣) وسائل الشيعة ١٨: ٤١٨/٣. باب حبس المديون ٧.

حتى يترك» (١) فهذا يفيد جواز الإيذاء من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، إلا أنه لم يذكر حدّه في الروايات، فيرجع ذلك إلى نظر الحاكم.

فالحاصل: إنه يلزم أن تكون أحكام القضاء وعقوباتهم مطابقه للأدلة الشرعيه والموازن المقرره الإلهيه، فما تداول في هذه الأيام من بعضهم من الحكم بالسجن ودفن كذا من المال في بعض الموارد حكم بل دليل، وكذا مصادر الأموال، فإنه لم يجعل الشارع هذه العقوبه على جرم في الشريعه المقدسه، ولو علم بوجود أموال مغصوبه في أموال أحد، فاللزام استرداد ذلك المقدار فقط ودفعه إلى صاحبه أو إلى ورثته، لا أن يجعل في صندوق المستضعفين، أو يتصرف فيه الحاكم أو غيره تصرفات أخرى.

حكم ما لو ادعى الإعسار:

قال المحقق قدس سرّه: «ولو ادعى الإعسار. . .» .

أقول: أى لو أقرّ بالحق ثم ادعى الإعسار، فإن استبان فقره وعلم صدق دعواه أنظره، لقوله تعالى: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ» (٢) وللموثق الآتى ذكره وغيره.

قال: «وفى تسليمه إلى غرمائه ليستعملوه أو يؤاجروه روايتان. . .» (٣).

أقول: قال فى (الجواهر) (٤): أشهرهما عملاً وأصحهما سنداً وأكثرهما عدداً وأوفقهما بالأصل والكتاب روايه الإنظار، يعنى الموثقه: «إن علياً عليه السلام

ص: ٢٦٣

١-١) تهذيب الأحكام ٦: ١٨١/٣٧٥.

٢-٢) سورة البقره ٢: ٢٨٠.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ٨٤.

٤-٤) جواهر الكلام ٤٠: ١٦٥.

كان يحبس في الدين، فإذا تبين له حاجه وإفلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالاً» (١).

وروايه السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام: « إن امرأه استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه وقال: إن مع العسر يسراً» (٢).

ومراده من الأصل هو أنه مع الشك في وجوب أن يصير أجيراً أو يسلم نفسه ليؤاجروه حتى يؤدي دينه، فالأصل عدم الوجوب. والمراد من الكتاب الآيه الشريفه المذكوره آنفاً.

والروايه الاخرى ما رواه السكونى: « إن علياً عليه السلام كان يحبس في الدين ثم ينظر، فإن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: إصنعوا به ما شئتم، إن شئتم واجروه وإن شئتم استعملوه» (٣).

لكن الشيخ قدس سره عمل في (النهايه) (٤) بروايه السكونى، وعن ابن حمزه التفصيل بين ما إذا كان يتمكّن من العمل فيستعمل، وما إذا كان عاجزاً عن العمل فينظر حتى حصول الميسره.

وقد رجح صاحب (الجواهر) (٥) الروايه الأولى على الثانيه، لموافقتهما للكتاب، وقيل: إن روايه السكونى غير مخالفه للكتاب حتى ترجح الأولى عليها،

ص: ٢٦٤

-
- ١-١) وسائل الشيعه ١٨: ٤١٨/١. باب حبس المديون ٧.
 - ١-٢) وسائل الشيعه ١٨: ٤١٨/٢. باب حبس المديون ٧.
 - ١-٣) وسائل الشيعه ١٨: ٤١٨/٣. باب حبس المديون ٧.
 - ١-٤) النهايه في مجرّد الفتوى: ٣٥٢/١٦.
 - ١-٥) جواهر الكلام ٤٠: ١٦٥ - ١٦٦.

لأن المتمكن من العمل ليس معسراً، وبهذا المعنى صرح العلامة في (المختلف) (١)، ولذا لا يستحق الزكاه لأنه واجد للمال بالقوه.

أقول: إن كان لفظ « المعسر » ظاهراً فيمن ليس واجداً للمال فعلاً، سواء تمكن من تحصيله بسهولة أو لا، وافقت الروايه الأولى لظاهر الكتاب، وإن ظاهراً فيمن ليس واجداً للمال ولو بالقوه، لم توافقه، والظاهر أن « المعسر » هو الذى ليس عنده مال ولا يمكنه تحصيله، لأن أكثر الناس يحصّلون مؤنتهم عن طريق العمل وإجاره أنفسهم فى مختلف الصنائع والحرف والأشغال. . . لكن روايه السكونى تخالف الكتاب من جهه أخرى، وذلك أنها تدلّ على تسليمه إلى الغرماء، وليس فى الكتاب دلالة على ذلك.

ويحتمل أن تكون روايه السكونى موافقه للأصل، فإنه إذا كان مال المدين أقلّ من حقوق الغرماء أو مساوياً لها، منعه الحاكم عن التصرف فى ماله مع مطالبه الغرماء لحقوقهم، لأن تصرفه فى ماله يوجب الضرر فى حقوق أولئك إلا أن يأذنوا بذلك، فلو كان المدين ذا صنعه وحرفه لها ماله يبذل بأزائها المال، والغرماء يطالبون بحقوقهم، كان على الحاكم أن يمنعه من العمل لنفسه وتسليمه إلى الغرماء ليستعملوه حتى يستوفوا حقوقهم عن طريق استعماله وتشغيله - كما يمنعه ويحجره عن التصرف فى أعيان أمواله - لأن المفروض ماله عمله، فتكون روايه السكونى غير مخالفه للأصل، إذ الأصل وجوب حفظ حق الناس كيفما أمكن، والمنع عن تضييعه والسعى وراء وصوله إليهم.

نعم، لا يجوز حمل المدين على عمل حرجى، أو إجباره على تحصيل المال

ص: ٢٤٥

عن طريق غير متعارف، كأن تؤمر المرأة بالتزوج لتأخذ المهر وتقضى الديون، أو يؤمر الرجل بخلع زوجته فيأخذ عوضه ونحو ذلك.

وبما ذكرنا يجمع بين الروایتين، بأن من كان ذا صنعه وحرفه يستعمل ويحسب عمله عوضاً عن ديونه، نظير من عمل في بناء المسجد مدّه وطلب من الفقيه أن يحسب عمله بدلاً عن مبلغ معيّن من سهم الإمام عليه السلام في ذمّته، ومن لم يكن كذلك ولا يتمكن من عمل مشروع مطابق لشأنه فإنه ينظر حتى حصول الميسره.

هل يحبس حتى يتبين حاله؟

قال المحقق: « وهل يحبس حتى يتبين حاله؟ فيه تفصيل ذكر في باب الفلس » (١).

أقول: لو أقرّ بالحق وادّعى الإعسار وجهل حاله، ففي المسأله صور أربع:

الصورة الأولى: أن يكون حالته السابقه الإعسار، والدائن يصدّقه في ذلك، لكنه يدّعى يساره الآن، والمدّين يدّعى بقاء حاله الإعسار.

الصورة الثانية: أن يقترّ بالدين وبالسار سابقاً، أو وجود مال الدائن عنده إن كان أصل الدعوى مالاً، لكن يدّعى الإعسار الآن، فيقول له الدائن: أنت على يسارك السابق، أو أن مالي موجود عندك الآن.

الصورة الثالثة: الجهل بحالته السابقه.

الصورة الرابعة: أن يكون سابقاً معسراً تاره وواجداً أخرى.

وتفصيل الكلام في الصورة الأولى: إنه في هذه الصوره يجب على الدائن

ص: ٢٦٦

الذى يدعى يسار المدين إقامه البينه على دعواه، لأن قول مدعى الإعسار هو الموافق للأصل، فإن أقام البينه حكم على المدين بدفع المال وأداء الحق، ولا معنى للإنظار، وإن أبى حبس، وإن لم يقم البينه أحلف مدعى الإعسار، فإن حلف أنظر، وإن ردّ اليمين على من يدعى اليسار أحلف، فإن حلف حكم على المدين بأداء الحق، فإن أدّى فهو وإلا حبس، وإن امتنع عن اليمين فليل: إنه مع ردّ اليمين على المدعى ونكوله، يكون النكول سبباً للحكم بضرره، لأن النكول عن اليمين المردوده هو بمثابة يمين المدعى عليه، وقيل: النكول لا يوجب ذلك وتبقى الدعوى مجمله، والمرجع فى صوره إجمال الدعوى - فى غير مسألتنا - هو الاصول والقواعد، أما فى هذه الصوره فى محلّ الكلام، فالمرجع هو قوله تعالى: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ» (١) فإنها تدلّ على أن وجوب الإنظار مشروط بكونه معسراً، أى إن للدائن مطالبه حقه من المدين إلا فى حال كونه ذا عسره، فإن أحرز الشرط ترتب حكم وجوب الإنظار، ومع الشك فلا يحكم بوجوبه، فله المطالبه بحقه وأن يطلب من الحاكم حبسه إن امتنع عن أدائه.

ولو أقام مدعى الإعسار البينه على ذلك، قال بعض الأصحاب بحجيه تلك البينه، بناء على إطلاق قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان»، وقيل: لا تقبل منه البينه لأنه منكر، لقوله عليه الصلاه والسلام: «البينه على من ادعى واليمين على من أنكر» (٢) وسيأتى تحقيق المسأله فى محلها إن شاء الله تعالى، وعلى الأول، فهل يحتاج إلى ضمّ اليمين إلى البينه؟ قيل: لا، لأن

ص: ٢٦٧

١-١) سورة البقره ٢: ٢٨٠.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٣/٣. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢٥. فى حديث فذك عن تفسير على بن إبراهيم القمى.

البينة حجه تامه، وقيل: نعم، لأن البينة على النفي ليست بحجه، فلا بدّ من ضم اليمين إليها.

٢ - الإنكار وجمله من أحكامه:

إشاره

قال المحقق: « وأما الإنكار، فإذا قال: لا حق له على، فإن كان المدعى يعلم أنه موضع المطالبه بالبينه، فالحاكم بالخيار، إن شاء قال للمدعى: ألك بينه؟ وإن شاء سكت، أما إذا كان المدعى لا يعلم أنه موضع المطالبه بالبينه، وجب أن يقول الحاكم ذلك أو معناه، فإن لم تكن له بينه عرفه الحاكم أن له اليمين، ولا يحلف المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعى، لأنه حق له، فيتوقف استيفاؤه على المطالبه» (١).

أقول: حاصل ما ذكره قدس سره أنه إن طرح المدعى دعواه عند الحاكم وقال المدعى عليه: لا حق له على، فالمدعى إما لا يعلم بأن عليه إقامة البينه على ما يدّعيه، فحينئذ يطالبه الحاكم بإقامتها، وإما يعلم فلا يجب على الحاكم أن يطلب منه ذلك، فإن لم يكن عنده بينه على دعواه أو لم يقمها، أعلمه الحاكم بأن له استحلاف المدعى عليه المنكر لدعواه، لأن ترتب الأثر على يمين المدعى عليه مشروط باستحلافه إياه، فلو حلف بدونه لم يترتب عليه أثر، وكذا لو استحلفه المدعى ولم يحلفه الحاكم، أو أحلفه الحاكم بدون استحلاف المدعى، فترتب الأثر على يمين المدعى عليه يتوقف على كلا الأمرين: استحلاف المدعى وإحلاف الحاكم إياه بعد ذلك بإذن المدعى.

ص: ٢٦٨

وهل المراد من قوله: « ولا يحلف المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعى » وأن الحاكم لا يحلفه إلا بعد إذنه، هو الأثر التكليفي أو الوضعي؟ أما تكليفاً فلا أثر لليمين الواقعه بدون أحد الأمرين، لأنها حينئذ لغو، بل قد يقال بحرمتها، للنهي عن ذلك في الكتاب حيث قال عز وجل: « وَ لَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ » (١)، هذا بالنسبة إلى المدعى عليه، وأما الحاكم، فإن قلنا بحرمة الحلف على المدعى عليه لما ذكرنا، حرم على الحاكم إحلافه، لأنه يأمره بالمعصية حينئذ.

وأما وضعاً، فلا يترتب على هذه اليمين أثر، وهذا هو المراد من قول المحقق قدس سره:

« ولو تبرع هو أو تبرع الحاكم بإحلافه لم يعتد بتلك اليمين، وأعادها الحاكم إن التمس المدعى » (٢).

ولقد استدلوا لعدم تأثيره وضعاً بأن: إحلاف المدعى عليه حق للمدعى، وما لم يأذن صاحب الحق بذلك لم يكن للحاكم إحلافه، لتوقف استيفاء حق المدعى على مطالبته.

وفيه تأمل، لأن مجرد كون ذلك حقاً للمدعى، لا يمنع من قيام الحاكم بوظيفته الشرعيه وهو فصل الخصومه بين المتنازعين بعد تحاكمهما إليه، فإنه بعد التحاكم إليه يجب عليه النظر في القضية بحسب الموازين الشرعيه، لغرض قطع النزاع من بين المتخاصمين، فلا يمكن المساعده على القول بعدم ترتب الأثر على حكم الحاكم الصادر بعد إحلافه المدعى عليه بدون إذن المدعى، بالاستناد إلى

ص: ٢٦٩

١-١) سورة البقره ٢: ٢٢٤.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٨٤.

مجرد كون الحلف حقاً للمدعى، بل قضيه إطلاقات أدله الحكم والقضاء كتاباً وسنه هو نفوذ حكمه ووجوب امثاله وإن كان صادراً بدون إذن المدعى، ولا مجال لدعوى انصرافها عن مثل هذا المورد.

فالحاصل: كونه حقاً للمدعى، لا يكون دليلاً على عدم جواز حكم الحاكم وعدم نفوذ الحكم الصادر بدون مطالبه المدعى باستيفاء حقه في إحلاف المدعى عليه.

كما أن هذا الحق لا يجوز له منع المدعى عليه من الحلف إن أراد أن يحلف، بل هو كحق الدائن على المدين، حيث لا يجوز له أن يمنعه عن أداء الدين إليه إلا - بقصد إسقاط حقه وإبراء ذمته، أو بقصد التنازل عن حقه والعدول عن مطالبته فيما نحن فيه، وأما بقصد إبقاء النزاع والخصومه فلا.

وقد اعترض في (الجواهر) على استدلالهم بما ذكر، بأن ذلك يقتضى عدم تحليفه مع عدم رضاه، لا عدمه مطلقاً حتى مع قيام شاهد الحال، وذلك، لأن الحق كالمال، فكما يجوز بعض التصرف في مال الغير برضاه ولو بشاهد الحال، فكذلك الحق، ولا يلزم الإيذن الصريح منه بالحق، وعليه، فإن مجيئه بالخصم إلى الحاكم وطرح الدعوى عنده، يكفي شاهداً على رضاه بإحلاف المدعى عليه والحكم في القضية.

ومن هنا قال في (الجواهر) (1): فالأولى الاستدلال لذلك - بعد الإجماع - بظاهر النصوص الآتية في اشتراط الرضا الذي لا بد من العلم به، وشاهد الحال إنما يفيد الظن، فتأمل.

ص: ٢٧٠

أقول: إذن، لا بدّ من النظر في الأخبار، وقد وجدنا هذه الأخبار دالّة على لزوم الإستحلاف، ثم إذا حلف ذهبت اليمين بحقه، فهذه الأخبار حيث ورد فيها الاستحلاف تكون بمنزلة الشارح لإطلاقات « البيّنه على من ادّعى واليمين على من أنكر » أو المبيّن لإجمالها، إذ تضمّنت كيفيه اليمين وأن المدّعى يستحلف المنكر، فلو فرض عدم دلالة الأخبار على تأثير اليمين بدون استحلاف المدّعى، فلا ريب في أن القدر المتيقن من مدلولها كون يمين المنكر بمطالبه المدعى.

وبهذا البيان يتمّ دلالة هذه الأخبار بظاهرها على ما ذهب إليه الأصحاب، ويكون ما نحن فيه نظير المعاملات، فإن العلم برضا صاحب المال ببيع ماله لا يكفي لجوازه، بل لا بدّ من إظهار رضاه الباطن والتصريح به. ولعل السرّ في ذلك أنه كثيراً ما يندم البائع عن بيع متاعه، فمع التصريح بالإذن والرضا لا يؤثّر ندمه، بخلاف ما إذا أريد الاعتماد على رضاه، فيمكنه إنكار الرضا أصلاً، ولا طريق إلى إثبات الرضا الباطني، وهنا كذلك، فإنه إذا قال له « إحلف » لم يبق له مجال بعدئذ للإنكار، بخلاف ما إذا أريد الاستناد إلى الرضا.

فحاصل المستفاد من الأخبار: أن لإستحلاف المنكر موضوعيته في قبول حكم الحاكم في تلك القضية.

هذا، وليس في الروايات أن يقول المدّعى للحاكم: أحلفه، بل فيها أنه يستحلف المنكر، بل في بعض الروايات أنه بنفسه يقول للمنكر: احلف، فما الدليل على أن استحلافه إيّاه هو أن يقول للحاكم: حلفه؟ وأن على الحاكم الإستيذان منه في إحلاف المنكر؟ وحيث لا دلالة في الأخبار على اشتراط الإذن، فما هو وجه القول بعدم الإعتداد بيمين المنكر مع عدم إذن المدّعى؟ ثم إنه إذا أحلفه في حضور الحاكم وحلف، فما الدليل على عدم صدق الاستحلاف عليه؟ وهل المراد من

اللهم إلا أن يكون الدليل هو الإجماع، وأن سيره المسلمين منذ صدر الإسلام حتى الآن هي على إخلاف الحاكم المنكر بعد مطالبه المدعى، وإلا فإن المستفاد من الروايات هو ما ذكرناه، بل قيل: إنه يعتد بيمينه الواقعة بعد التماس المدعى وإن لم يكن في محضر الحاكم، وهو مقتضى إطلاق معتبره ابن أبي يعفور: « إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله، ذهب اليمين بحق المدعى فلا دعوى له. قلت له: وإن كانت عليه بينه عادله؟ قال عليه السلام: نعم. . . » (١).

لكن الظاهر أنها محمولة على المعهود المتداول بين المسلمين في كيفية حلّ النزاع بينهما، فإن المتخاصمين يتحاكمان إلى الحاكم ويفوضان الأمر إليه، فتجرى في مجلسه جميع المقدمات بإذنه وتحت نظره، ثم يحكم في الواقعة بحسب الموازين المقررة في الشرع، فلا إطلاق لها إذاً، ويشهد بما ذكرنا أن في الرواية: « قلت: وإن كانت له عليه بينه عادله؟ » أى: هل اليمين تذهب بحقه وإن كانت له عليه بينه؟ لأنه قد يتفق غياب البينة وهما مستعجلان في فصل خصومتها، فيحلف المدعى عليه المنكر ثم يحضر الشاهدان، فإن المراد من البينة هنا هي البينة التي تقام عند الحاكم كما هو واضح، وبقرينه المقابلة بين هذه البينة واليمين، يعلم أن المراد من اليمين في الخبر هي يمين المنكر عند الحاكم.

ثم إن الإجماع المدعى على لزوم إذن المدعى في يمين المنكر، مستند إلى فهم الأصحاب اشتراط ذلك من بعض الروايات، أو إلى السيرة المستمرة التي

ذكرناها، وأما كونه إجماعاً تعبدياً غير مدركى فبعيد جداً، والأظهر استناده إلى السيره المستمره القائمه على كون أمر المترافعين بيد الحاكم بعد التحاكم إليه، وأنهما ليسا مختارين في حلّ النزاع بينهما حينئذ، ولذا قالوا بأن الحاكم يطالب المدعى بالبينه ويذكره بإقامتها إن كان غافلاً- عن ذلك، بل قيل بلزوم قول الحاكم له: ألك بينه؟ وإن لم يكن غافلاً، فهذا يكشف عن قيام السيره على أن أمر المترافعين بيد الحاكم، وأنه لا يجوز لهما التقدّم عليه في شأنهما، نعم، القدر المتيقن من نفوذ حكم الحاكم هو الحكم الصادر منه بعد إحلاف المنكر بطلب من المدعى.

وليس المراد من «الإحلاف» أن يأمر الحاكم المنكر بالحلف حتى يكون المنكر عاصياً بنكوله منه، لأن المنكر بالخيار بين اليمين والرد والنكول، بل المراد هو أن يأذن له باليمين، وهذا هو مراد من عبّر ب « الأمر» أيضاً.

وقد روى الشيخ الصدوق معتبره ابن أبي يعفور المذكوره بزياده جملة « من حلف لكم على حق فصّدقوه» (١) وقد يدعى كونها مطلقه، لكنها محموله على ما ذكرنا، ولا سيما وأن الجملة في ذيل تلك الروايه.

وفي روايه أخرى: «... وإن تركه ولم يستحلفه فهو على حقه» (٢).

□
وفي أخرى لعبد الله بن وضاح: « كانت بينى وبين رجل من اليهود معاملته، فخاننى بألف درهم، فقصدته إلى الوالى فأحلفته فحلف، وقد علمت أنه حلف يميناً فاجره، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح ودراهم كثيره، فأردت أن أقتص الألف درهم التى كانت لى عنده وأحلف عليها، فكتبت إلى أبى الحسن عليه السلام

ص: ٢٧٣

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٤/ ذيل ح ١. كيفيه الحكم، الباب ٩.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٦/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٠.

فأخبرته: أنى قد أحلفته فحلف، وقد وقع له عندى مال، فإن أمرتنى أن آخذ منه الألف درهم التى حلف عليها فعلت. فكتب: لا تأخذ منه شيئاً، إن كان قد ظلمك فلا تظلمه، ولولا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، ولكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها» (١).

وقد استشهد فى (الجواهر) بما فى هذا الخبر - من أنه قد أحلفه عند الوالى لا الحاكم - على كفايه الحلف وإن لم يكن عند الحاكم.

لكن لعلّ هذا الوالى الذى حلف عنده كان من الولاه الذين لهم الولاية على الحكومه ونصب القضاء بعد الترافع إليه، فلا يستفاد منها كفايه الحلف عند غير الحاكم، والقدر المتيقن منها ما ذكرناه.

وكيف كان، فلو حلف سقطت دعواه فى الدنيا وإن لم تبرء ذمته إن كانت يمينه فاجره بالإجماع، وفى الحديث: «. . فأَيُّما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعه من النار» (٢).

قال المحقق قدس سرّه: « ثم المنكر إما أن يحلف أو يردّ أو ينكل ».

أقول: عندما يطرح المدعى الدعوى وينكر المدعى عليه، فإما أن يحلف مع إذن الحاكم، أو يردّ اليمين على المدعى، أو ينكل فلا يحلف ولا يردّها عليه.

حكم ما إذا حلف المنكر:

قال: « فإذا حلف سقطت الدعوى » (٣).

أقول: إذا حلف المنكر سقطت دعوى المدعى ولا حق له على المنكر، ثم إن

ص: ٢٧٤

١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٦/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٠.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢.

٣- ٣) شرائع الإسلام ٤٠: ٨٤.

أثر هذه اليمين هو أنه إن كان صادقاً فكالأول، أى: إن كان الشئ المتنازع فيه له حقاً فهو، وإن كان كاذباً فكذلك، أى لا يكون الشئ له باليمين، ويحرم عليه التصرف فيه كما كان كذلك من قبل، هذا بالنسبة إلى المنكر نفسه، وأما بالنسبة إلى المدعى، فلا تجوز له مطالبه المدعى عليه بالشئ بحسب الظاهر، وهذا معنى سقوط دعواه، وأما بالنسبة إلى الحاكم، فأثر اليمين أن عليه أن يحكم للمنكر بما يطابق قوله، وأما بالنسبة إلى سائر الناس، فإنهم إذا أرادوا التصرف فى الشئ المتنازع فيه لزمهم الاستيذان من المدعى عليه.

قال المحقق: « ولو ظفر المدعى بعد ذلك بمال الغريم لم تحل له المقاصه » (1).

أقول: وإذا سقطت الدعوى، فهل للمدعى التقاض من مال المدعى عليه بحيث لا يشعر بذلك أحد؟ ادعى الإتفاق على عدم جواز التقاض منه إن كان مورد النزاع ديناً، وأما إذا كان عيناً، فالمشهور على الجواز، وقال جمع بالعدم وبقاء الحق إلى الآخره، بل قالوا بعدم جواز التصرف فى العين المتنازع فيها وإن لم يكن تصرفاً منافعياً، لكونها بيد المدعى عليه، كأن تكون عبداً ويعتقه فى سبيل الله عزّ وجل، أو يبرأ ذمه المنكر قربه إلى الله تعالى، لأن ذلك ينافى حكم الحاكم المقتضى لعدم كون المنكر مديناً للمدعى، ومقتضى الإبراء كونه مديناً له.

أقول: إن مقتضى القاعده هو جواز التقاض منه، إلا أن يقوم الدليل على المنع، إذ ليس الحكم من المملكات والنواقل للأموال، وإلا لما قال صلى الله عليه وآله وسلم: « . . . فأئماً رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعه من النار » فلا يقال بأنه على أثر اليمين والحكم يكون الحالف مالكاً وإن أثم فى اليمين

ص: ٢٧٥

الكاذبه، نظير البيع وقت النداء من يوم الجمعة.

وحيث لا- تصبح العين ملكاً للحالف بيمينه، فإما أن تكون ملكاً بلا- مالك أو تبقى على ملك المدعى؟ والأول ساقط، فثبت الثانى، فللمدعى التصرف فى العين أينما وجدها، غير أنه يكون حينئذ راداً على الله، لمخالفته لحكم الحاكم، ولكن لو فعل ذلك خفيه، أمكن القول بالجواز لعدم تحقق الرد. اللهم إلا- أن يقال بوجوب التزام المدعى بترتيب آثار ملكيه المدعى عليه وإن كانت العين ملكاً له فى اعتقاده، وأن سائر الناس ملزمون بمعامله هذه العين معاملة ملك المنكر كالمدعى نفسه، فعليهم الإستيذان من المنكر إن أرادوا التصرف فيها، وقيل بوجوب ذلك عليهم إن لم يكونوا عالمين بكونها ملكاً للمدعى فى نفس الأمر، إلا- أن الكلام فى أثر إذن المدعى عليه، حيث قد حلف كاذباً وهو يعلم بأن العين لم تدخل فى ملكه واقعاً بل هى باقيه على ملك المدعى، فإنه لا يجوز له الإذن، ولو أذن لم يؤثر، فالأحوط لهم الإستجازه من المتداعيين كليهما فى التصرف فى العين.

قال المحقق: «ولو عاود المطالبه أثم ولم تسمع دعواه» (١).

أقول: أى إن الحاكم بعدما حكم بأن الشىء للمنكر، أو بأنه ليس مديناً للمدعى، لا يجوز له سماع الدعوى مره ثانيه، ولا استماع شهاده بينه المدعى على مالكيته للشىء المتنازع فيه، قال المحقق: «ولو أقام بينه بما حلف عليه المنكر لم تسمع» وهذا مذهب المشهور، بل حكى عليه الإجماع، وذلك لحكومه خبر ابن أبى يعفور عن الصادق عليه السلام: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف لاحقاً له قبله، ذهب اليمين بحق المدعى فلا دعوى له. قلت له:

ص: ٢٧٤

وإن كانت عليه بينه عادله؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه خمسين قسامه ما كان له، وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعه قبله مما قد استحلفه عليه. قال رسول الله: من حلف لكم بالله فصدّقه وإن سألكم بالله فأعطوه، ذهب اليمين بدعوى المدعى ولا دعوى له» (١) ونحوه من الأخبار، على: «البيّنه على المدعى واليمين على من أنكر» (٢).

وهنا قولان آخران، قال المحقق (٣): «وقيل: يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين، وقيل: إن نسي بيّته سمعت وإن أحلف» والثالث: إنها تسمع مطلقاً، قال المحقق: «والأوّل هو المروى» وتلك الأقوال مخالفة للنصوص الواردة في المقام، وهي تدلّ على أن يمين المنكر يذهب بحق المدعى، وأنه لا تسمع بعد ذلك دعواه أبداً، وقد عمل الأصحاب بتلك النصوص إلا من شدّد.

قال المحقق: «وكذا لو أقام بعد الإحلاف شاهداً وبذل معه اليمين، وهنا أولى» وهذا واضح.

قال: «أما لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته وحلّ مفاصّته. . .» (٤).

أقول: لو أكذب المدعى عليه الحالف نفسه بعد يمينه، فهل يكون إقراره بالكذب كالبيّنه التي يقيمها المدعى بعد يمين المنكر في عدم التأثير، أو يؤثر هذا الإقرار؟

إن دليل حجّيه الإقرار مطلق، فهو حجه سواء كان قد حلف أو لا، ودليل

ص: ٢٧٧

-
- ١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤٥/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ٩.
 - ٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٣/٣. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٥.
 - ٣- ٣) شرائع الإسلام ٤: ٨٤.
 - ٤- ٤) شرائع الإسلام ٤: ٨٤.

حجيه اليمين وذهابها بحق المدعى مطلق، فهي تذهب بحقه سواء أكذب الحالف نفسه بعدها أو لا، فالنسبه بين الدليلين هو العموم من وجه، فهل يتقدم دليل الإقرار، لذهاب الأصحاب إلى ذلك، أو أنه لا تعارض بينهما في مورد الاجتماع، لحكومته دليل ذهاب اليمين بحقه على دليل الإقرار، لأنه رافع لموضوعه؟

المستفاد من المعتبره: « إني كنت استودعت رجلاً مالاً فجحديني فحلف لى عليه، ثم إنه جاءنى بعد ذلك بسنتين بالمال الذى أودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذة، وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها، فهي لك مع مالك واجعلنى فى حلّ، فأخذت منه المال وأبيت أن آخذ الربح منه، ورفعت المال الذى كنت استودعته وأبيت أخذه، أستطلع رأيك فما ترى؟ فقال: خذ نصف الربح وأعطه النصف وحلّه، فإن هذا الرجل تائب والله يحبّ التّوابين» (1) كون الإقرار مسموعاً، وأنه يتقدم على أدله ذهاب اليمين بحق المدعى.

بل إن تلك الأدله منصرفه عن صورته تكذيب الحالف نفسه. بل إن اليمين من الطرق العقلانيه، وقد جعل الشارع يمين صاحب اليد طريقاً لتثبيت حقه لو نازعه أحد على ما فى يده، كما أن الدليل المعتمد فى حجيه خبر الواحد هو السيره وبناء العقلاء، لكن اعتبارهم لليمين والخبر، مقيد بما إذا لم يكذب الحالف أو المخبر نفسه، وعليه، فلا معنى للقول بإطلاق دليل حجيه خبر الواحد ويمين الحالف، لأن عدم ترتيب العقلاء الأثر على ذلك حينئذ يكشف عن عدم اعتبار الشارع لتلك اليمين، وأنها ليست مصداقاً عنده لأدله ذهاب اليمين بحق المدعى. . . وكذلك البيئه لو أكذب الشاهدان أنفسهما بعد الشهاده. . .

ص: ٢٧٨

وأما 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: « في حديث المناهى: إنه نهى عن أكل مال بشهاده الزور» (١). وكذا قوله: «... فإنما قطعت له قطعه من النار» .

□
وفى خبر عبدالله بن وضاح: « كانت بينى وبين رجل من اليهود معامله فخاننى بألف درهم، فقدّمته إلى الوالى فأحلفته فحلف، وقد علمت أنه حلف يميناً فاجرته، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح ودراهم كثيره، فأردت أن أقتص الألف درهم التى كانت لى عنده وأحلف عليها، فكتبت إلى أبى الحسن فأخبرته... فكتب: لا- تأخذ منه شيئاً، إن كان قد ظلمك فلا تظلمه، ولولا أنك رضيت بيمينه فحلفته، لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، ولكنك رضيت بيمينه، فقد مضت اليمين بما فيها» (٢).

بناء على أنه عليه السلام قد استعمل لفظ « الظلم» فيها من باب المشاكلة كما فى قوله تعالى: «فَمَنْ إِعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» (٣)، وإلا فإن أخذ الحق ليس ظلماً حقيقه، نعم هو بعد حكم الحاكم غير جائز شرعاً... .

فتحصّل: ثبوت ملكيه المدعى للمال المتنازع فيه بعد إقرار الحالف بالكذب وسقوط يمينه عن التأثير، بخلاف البيئه التى يقيمها المدعى بعد حلف المنكر، فقد دلّت النصوص على تقدم اليمين وعدم سماع البيئه بعدها.

هذا، وفى كلمات صاحب (الجواهر) أن اليمين لا تذهب بالمال بل تذهب

ص: ٢٧٩

-
- ١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢.
 - ٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٦/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٠.
 - ٣- ٣) سورة البقره ٢: ١٩٤.

بحق المدعى على المنكر.

وفيه: إنه لا- يثبت لصاحب المال المدعى حق على المنكر، بل ليس لصاحب المال المغصوب منه حق على غاصبه، وإنما له المطالبة بماله وإيقاع أنحاء التصرفات فيه، ومن الواضح أن هذه التصرفات من آثار سلطته على ماله وليست حقوقاً له على من عنده المال.

فالصحيح: أن أدلّه ذهب اليمين بحق المدعى تمنع عن تصرفه في ماله الذى بيد المنكر بعد يمينه، لكن لا مانع من بقاء اعتبار مالكيته له، والمنكر مخاطب بترتيب آثارها على هذا المال الذى بيده، فإن أكذب نفسه جاز للمدعى مطالبته بالمال وحلت له مقاصته إن امتنع من تسليمه.

وفى (المسالك): « أما لو أكذب الحالف . . . كما يحلّ له مع امتناعه من التسليم، لتصادقهما حينئذ على بقاء الحق فى ذمه الخصم، فلا وجه لسقوطه » (١).

أقول: هذا يتوقف على عدم تمامية إطلاق أدلّه « ذهب اليمين بحقه » كما ذكرنا، وإلا كان الإطلاق هو الوجه لسقوط الحق.

ثم إنه هل يسقط حق المدعى بمجرد يمين المدعى عليه، أو يتوقف ذلك معها على حكم الحاكم؟ ظاهر النصوص هو الأول، قال السيد (٢): والإنصاف أنه ليس كلّ البعيد إن لم يكن الإجماع على خلافه.

□
والصحيح هو الثانى وفقاً للجواهر، لأن اليمين مقدّمة للحكم - كاليينه - وفصل الخصومه يحصل بالحكم، وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم: « إنما أفضى

ص: ٢٨٠

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٤٥٠.

٢-٢) العروه الوثقى ٣: ٦٤.

بينكم بالبيّنات والأيمان» أى: إن الحكم القاطع للنزاع يصدر بعد قيام البيّنه أو تحقق اليمين، فكلّ واحد منهما فى موردّها مقدّمه لحكم الحاكم، وبه ينقطع النزاع، فلو حلف المدّعى عليه ولم يصدر الحكم من الحاكم لسبب من الأسباب جاز للمدّعى استئناف الدعوى.

هذا كلّه إذا حلف المنكر.

حكم ما إذا رد اليمين:

قال المحقق: « وإن ردّ اليمين على المدّعى لزمه الحلف ».

أقول: إن ردّ المنكر اليمين على المدّعى قالوا: يجب على المدّعى أن يحلف، وليس المراد من هذا الوجوب أو اللزوم هو الوجوب التكليفي، بل بمعنى أنه إن أراد تحصيل حقّه من المدّعى عليه لزمه الحلف، فهو لزوم وضعى من باب المقدّمه لإحقاق الحق، فإذا حلف حكم له، ووجب على المنكر تسليم الشى المتنازع فيه إليه.

ويدلّ على ذلك: الإجماع والأخبار المستفيضه أو المتواتره كما فى (الجواهر) (1)، وهذه نصوص طائفه من تلك الأخبار، نذكرها لاشتمالها على أحكام أخرى أيضاً:

١ - محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: « فى الرجل يدّعى ولا بيّنه له. قال: يستحلفه، فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حقّ له » (٢).

٢ - عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام: « فى الرجل يدّعى عليه

ص: ٢٨١

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ١٧٦.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤١/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢.

الحق ولا يبيّنه للمدّعى. قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحق، فإن لم يفعل فلا حقّ له» (١).

٣ - الصّيدوق بإسناده عن أبان عن جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا أقام المدّعى البيّنه فليس عليه يمين، وإن لم يقم البيّنه فردّ عليه الذى ادّعى عليه اليمين فأبى، فلا حقّ له» (٢).

٤ - الكليني عن حميد بن زياد، عن الحسن بن محمد بن سماعه، عن بعض أصحابه، عن أبان، عن رجل، عن أبي عبد الله عليه السلام: «فى الرجل يدّعى عليه الحق وليس لصاحب الحق بيّنه. قال: يستحلف المدّعى عليه، فإن أبى أن يحلف وقال: أنا أردّ اليمين عليك لصاحب الحق، فإن ذلك واجب على صاحب الحق أن يحلف ويأخذ ماله» (٣).

٥ - يونس عمّن رواه قال: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه:

بشهاده رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدّعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدّعى عليه، فإن لم يحلف و ردّ اليمين على المدّعى فهي واجبه عليه أن يحلف ويأخذ حقه، فإن أبى أن يحلف فلا شيء له» (٤).

٦ - عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال: قلت للشيخ عليه السلام: «خبّرني عن الرجل يدّعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه بماله. قال: فيمين المدّعى عليه،

ص: ٢٨٢

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٢/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ٧.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٢/٦. أبواب كيفية الحكم، الباب ٧.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٢/٥. أبواب كيفية الحكم، الباب ٧.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤١/٤. أبواب كيفية الحكم، الباب ٧.

فإن حلف فلا- حق له، وإن ردَّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا- حق له [وإن لم يحلف فعليه] وإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيّنه، فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله إلا هو، لقد مات فلان وأن حقه لعليه، فإن حلف وإلا فلا حق له، لأننا لا ندرى لعله قد أوفاه بيّنه لا نعلم موضعها، أو غير بيّنه قبل الموت، فمن صارت عليه اليمين مع البيّنه فإن ادعى بلا بيّنه فلا حق له، لأن المدعى عليه ليس بحى، ولو كان حيّاً لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق» (١).

فحصّل: أن للمنكر ردَّ اليمين على المدعى، فإن حلف ثبت حقه وحكم له، وأما إذا كانت دعواه ظنيّه، فقيل: لا تسمع الدعوى الظنيّه مطلقاً، وقيل: بل تسمع، إذ قد تقوم البيّنه على طبقها، وتكون دليلاً ومستنداً لحكم الحاكم، لكن لا أثر لردّ المنكر اليمين على المدعى حتى على القول الثانى، لأن الظان لا يمكنه الحلف، وكذا لو كان المدعى يدعى شيئاً لغيره، كولى الصغير الذى يدعى على أحد حقاً للصغير، لأن يمينه لا تثبت حقه وإن كان جازماً به، لما تقرر عندهم من أن يمين أحد لا تثبت الحق لغيره، وكذا الأمر لو كان المدعى وصياً لميت فيدعى وصيته بشى فينكر الوارث - مثلاً - ذلك، فإن أقام البيّنه على دعواه فهو وإلا حلف الوارث أو أقّر بالحق، ولا يردّ اليمين على الوصى.

وقيل: لقد قام الدليل على أن البيّنه على المدعى، وعلى المنكر أن يحلف أو يردّ أو ينكل، وهذا الدليل مطلق، فيشمل صورته ما إذا لم يتمكن المدعى من اليمين

ص: ٢٨٣

(١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٦/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٤. وفيها « ياسين الضرير » وليس لائمه الرجال فيه مدح ولا ذم.

أو لم تكن يمينه نافذه، فنحكم في صورته رد المنكر اليمين وعجزه عنها - لكونه ظاناً أو لكون الحق لغيره - بسقوط الحق المدعى، لا بأن يكون عجزه سبباً لتخيير المنكر بين الأمرين الآخرين.

والجواب من وجهين، فالأول: إن أدله تردد أمر المنكر بين الامور الثلاثة منصرفه عن هذه الصوره، فليس له الرد فيها، ويبقى الأمران. والثاني: إنه مع الشك في إطلاق الأدله - بعد التنزل عن القول بانصرافها - فيؤخذ بالقدر المتيقن، وهو ما عدا هذه الصوره.

وحيث لا يمكن الرد - لأجل لغويته يمين المدعى أو عجزه عنها - فهو مختير بين الإقرار والحلف.

اليمين المردوده في حكم البينه أو الإقرار؟

وهل اليمين المردوده في حكم بينه المدعى أو في حكم إقرار المدعى عليه؟ قولان.

وجه الأول: إن الذى على المدعى هو البينه، وعلى المنكر اليمين، فإن رد المنكر اليمين على المدعى وحلف ثبت حقه، فتكون هذه اليمين في حكم البينه.

ووجه الثانى: إن إقرار المدعى عليه يثبت حق المدعى، فتقوم اليمين المردوده منه على المدعى مقام الإقرار، إذ هو حينئذ مسلم لما يدعيه إن حلف.

وقد ذكروا لهذا الخلاف ثمرات، منها: أن المدعى عليه إذا أقام بينه على أداء المال مثلاً، حلف المدعى، فإن كانت اليمين المردوده نازله منزله البينه، جاز للمنكر إقامه البينه بعدها، وإن كانت نازله منزله الإقرار فلا مجال لإقامتها، لأن الإقرار منه يكذبها.

قلت: والأقوى أن اليمين المردوده طريق مستقل لإثبات حق المدعى، وما

ذكروه فى وجه القولين ضعيف، وليس طريق إثبات الحق منحصرأً بالبينه والإقرار بل هى ثلاثه طرق: البينه والإقرار واليمين المردوده، ولكل واحد منها أحكامه وآثاره، وأما الثمره التى ذكروها فغير مرتبه، لأن اليمين المردوده لا تصلح لنفى أداء المدعى عليه الدين بل هى تثبت أصل الدين، وحينئذ فللمدعى عليه إقامه البينه على الأداء، كما أنه لو أقر بأصل الدين ثم أقام البينه على الأداء سقط الحق، وإن لم يكن عنده بينه حلف المدعى، لأنه المنكر للأداء، ولا معنى لإقامتها على نفي ما تثبته اليمين المردوده التى جعلت لخصم النزاع بينهما، إذن، يجوز أن تقام البينه فى مقابل اليمين المردوده - لو اختلف مدلولاهما - كما ذكرنا. وحينئذ، نبحت عن مقتضى الأدله أو الاصول فيما إذا أقام المنكر البينه بعد يمين المدعى مثلاً، فإن شملت إطلاقات أدله البينه هذه البينه فهو وإلا فيرجع إلى الأصل، من دون أن يطبق على هذه اليمين أحكام أحد الأمرين. . .

فالحاصل: أنه لا وجه للحصر المذكور، وحينئذ، تقيد أدله البينه على المدعى واليمين على من أنكر، بأن اليمين على المنكر إلا إذا ردّت على المدعى، فهى عليه لا على المنكر.

ثم إن أثر اليمين المردوده يتوقف ترتبه على حكم الحاكم، فهى من مقدّمات الحكم، والذى يثبت الحق هو الحكم، وبه تنفصل الخصومه وينقطع النزاع كما ذكرنا سابقاً، فيكون معنى قوله عليه السلام - فى مرسله أبان -: «... أن يحلف ويأخذ ماله» إنه يحلف ويحكم الحاكم ويأخذ ماله.

قال المحقق: «ولو نكل سقطت دعواه» (١).

ص: ٢٨٥

أقول: لو نكل المدعى عن اليمين المردودة، فقد ذكروا أنه تسقط دعواه، ثم ادعى الإجماع على عدم جواز إعادته الدعوى فى ذلك المجلس، وفى إعادتها فى مجلس آخر قولان، وفى (المسالك) (١): إن كان ترك اليمين لسبب وجيه وعذر مقبول أمهل، وإلا كان ناكلاً تسقط دعواه بامتناعه من اليمين.

أقول: ليس فى الأخبار تعرض للنكول، بل فيها: « أبى أن يحلف » و « لم يحلف » فإن قال فى المجلس « لا أحلف » مثلاً فقد أبى أن يحلف، ولا يبقى له حق، فإن حكم الحاكم سقطت الدعوى ولا تسمع بعدئذ، وإن لم يحكم الحاكم لم تسقط وبقيت وجازت المطالبة بالحق، ولكن تجديدها فى ذلك المجلس لغو، وأما الإمهال، فإن كان لجهه عقلاييه أمكن القول بجوازه بدعوى انصراف الأخبار عن ذلك، وإلا فلا وجه لإمهال الحاكم إيّاه، وهذه المهله - أى مقدار طالت - فقد أحر إحقاق حقه بنفسه ولا يجبر على اليمين لأجل أخذ حقه، بخلاف يمين المنكر فهناك لا يمهل لأن الحق للمدعى.

وهذا العذر الموجّه لا بدّ أن يكون له أمد، إما عرفاً وإما بتحديد من الحاكم.

وأما إذا ردّ اليمين على المدعى، فادعى أنه ظانّ بالحق غير متيقّن به، فلا يمكنه الحلف، فإن كان المنكر متيقناً قيل له: إحلف، وإن كان هو أيضاً ظاناً أو شاكاً كالمدعى، بقيت الدعوى، ورجع الحاكم إلى الاصول العمليه، وأفتى فى المسأله بما أدى إليه نظره.

حكم ما إذا نكل المنكر:

قال المحقق: « وإن نكل المنكر بمعنى أنه لم يحلف ولم يرد، قال الحاكم: إن

ص: ٢٨٦

حلفت وإلا جعلتك ناكلاً...» (١).

أقول: المراد من قوله: « وإلا- جعلتك ناكلاً» هو حكمه بنكوله، فالحاصل أنه إن حلف المنكر سقطت الدعوى، وإن ردّ اليمين على المدعى، فإن نكل المدعى سقطت الدعوى كذلك، وإن نكل المنكر فلم يحلف ولم يرد قال المحقق: « قال الحاكم... » .
ثم قال: « ويكرّر ذلك ثلاثاً استظهاراً، لا فرضاً» ولم يقدّم دليل على ذلك، بل لو فرضنا أن مجرد النكول يوجب الحكم عليه فهو محكوم، إلا أن يقوم إجماع على ما ذكره قدس سرّه.

قال: « فإن أصرّ، قيل: يقضى عليه بالنكول، وقيل: يردّ اليمين على المدعى، فإن حلف ثبت حقه وان امتنع سقط» (٢).

أقول: إن أصرّ المنكر على النكول ففيه قولان: أحدهما: إنه يقضى عليه بالنكول، قال به جماعة من المتقدمين، والآخر: يقول له الحاكم: ردّ اليمين على المدعى، فإن ردّ وحلف ثبت حقه، وإن امتنع المدعى عنه سقط حقه، وهو قول جماعة من الأصحاب...
قال المحقق: « والأوّل أظهر وهو المروى » .

ولقد استدلل للقول الأوّل بأخبار:

□
منها: قوله صلى الله عليه وآله وسلم « البيّنه على المدعى واليمين على من أنكر» فقد فصل بين المدعى والمنكر، فجعل البيّنه وظيفه للمدعى واليمين وظيفه

ص: ٢٨٧

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨٤.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٨٥.

للمنكر، والتفصيل قاطع للشركة، أى: إنهما ليسا شريكين فى السيئه واليمين، بل لكل واحد منهما وظيفته فى ميزان فصل الخصومه، وأما «رد اليمين» فمن الأحكام الطارئه، مثلاً: حقيقه الصلاه منوطه بتحقيق أجزائها وشرائطها المحققه لها أولاً وبالذات، وأما ركعه الإحتياط - مثلاً - فمن الامور الطارئه عليها، . . . وحينئذ، لو رد المنكر اليمين على المدعى وجب عليه أن يحلف، وأما إذا لم يردّها عليه عن اختيار، كان القانون العام المذكور هو المطبق لا محاله، وأما 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.

وبعبارة أخرى: مقتضى الدليل الأوّلى هو الحكم بنكوله إذا لم يحلف، وإن ردّ كان أمراً طارئاً، واقتضى الدليل الثانوى ترتيب الأثر عليه لتحقق موضوعه وهو الردّ، وأما إذا لم يحلف ولم يرد، بقى الدليل الأوّل على مقتضاه، وهو الحكم بنكوله.

ومنها: ما رواه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأخرس، كيف يحلف إذا ادعى عليه دين وأنكر ولم يكن للمدعى بينه؟ فقال: إن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بأخرس فادعى عليه دين ولم يكن للمدعى بينه، فقال أمير المؤمنين: الحمد لله الذى لم يخرجنى من الدنيا حتى بينت للامه جميع ما تحتاج إليه، ثم قال: ايتونى بمصحف، فأتى به، فقال للأخرس: ما هذا؟ فرفع رأسه إلى السماء وأشار أنه كتاب الله عزّ وجل، ثم قال: ايتونى بوليّه، فأتى بأخ له فأقعدّه إلى جنبه ثم قال: يا قنبر على بدواه وصحيفه، فأتاه بهما، ثم قال لأخى الأخرس: قل لأخيك هذا بينك وبينه، إنه على، فتقدم إليه بذلك، ثم كتب أمير المؤمنين: واللّه الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهاده الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضارّ النافع

المهلك المدرك الذى يعلم السرّ والعلانيه: إن فلان ابن فلان المدعى ليس له قبل فلان ابن فلان - أعنى الأخرس - حق ولاطلبه بوجه من الوجوه ولا بسبب من الأسباب، ثم غسله وأمر الأخرس أن يشربه فامتنع، فألزمه الدين» (١).

فإن الظاهر منها أن الإمام عليه السلام قد ألزمه الدين بمجرد امتناعه عن الشرب، وذلك يقتضى أنه قد امتنع عن ردّ اليمين على المدعى، للإتفاق على أنه لا يحكم عليه مع الرد.

وما أشكل عليه فى (الجواهر) (٢): بالقطع بعدم إرادته هذا الظاهر، ضروره اشتراط الحكم بنكوله عن ردّه أيضاً، فلا بدّ فى إصلاحه حينئذ من تقدير، والتزام كونه موافقاً لذلك ليس بأولى من جعله مخالفاً له. . .

ضعيف، لأنه لو ردّ لحكم الإمام عليه السلام على المدعى باليمين قطعاً، ولحكى الإمام الصادق عليه السلام ذلك ألبته، إذ لا وجه لحكايه بعض الواقعه وترك البعض الآخر مع كونه محتاجاً إليه، لكن لا مانع من عدم حكايه ما هو المحرز منها، وهو ما ذكرنا من عدم ردّه اليمين على المدعى، بل إن حكم الإمام عليه السلام بأداء الحق قرينه على ذلك.

وأما قوله: على أنه قضيه فى واقعته لا عموم فيها. . .

ففيه: أن الإمام الصادق عليه السلام قد ذكر القضيه فى جواب السؤال عن كيفية إحلاف الأخرس حينئذ، مستشهداً ومستدللاً بها، ولم يكن ذلك منه مجرد حكايه لها حتى لا يكون لها عموم.

ص: ٢٨٩

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٠٢/١. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ٣٣.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٨٤.

فتحصّل: أن الروايه تدلّ على كفايه عدم ردّه - مع علمه بأن له ذلك - للحكم عليه بدفع حق المدعى، ولا يلزم أمره بالردّ ثم الحكم بذلك إن امتنع عن الرد.

□
ومنها: روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله، المتقدمه سابقاً.

فهذا الخبر يدلّ بظاهره صدرراً وذيلاً - على روايه الشيخ الكليني قدّس سرّه، وذيلاً على روايه الشيخ الصدوق قدّس سرّه فى الفقيه - على القول الأوّل، لأن حاصل القدر المتفق على روايته: أن المدعى عليه إن حلف سقطت الدعوى، وإن لم يحلف فعليه الحق، إلا - أن يردّ - هو أو الحاكم من قبله - اليمين على المدعى، ولا - يحكم على المدعى عليه بامتناعه عن اليمين، فإن حلف المدعى ثبت حقه وإلا سقطت الدعوى.

ثم إن الجواب عن دعوى (الجواهر) (1) بأن اختلاف متنه موجب للترزل فيه، هو أن التزلزل يكون فى حال اختلاف متن الخبر فى الكتاب الواحد، وأما هذا الخبر، فقد رواه الصدوق قدّس سرّه بلفظ يختلف عن لفظ الكليني قدّس سرّه، وقد تقرر عندهم أن الشيخ الكليني أضبط من غيره (2)، مع أن المحتمل تعدّد نفس الروايه، ومحلّ الإستدلال روايه الكليني، ومع التزلزل، فإن الدليل الذى اتفقا عليه ظاهر فى الدلاله على القول الأوّل.

ص: ٢٩٠

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ١٨٤.

٢- ٢) تعرضوا لهذه المسأله كثيراً فى صورته وقوع الاختلاف فى لفظ الحديث بين روايه الشيخ الكليني والشيخ الطوسى قدّس سرّهما، فقدّموا روايه الكليني على روايه الشيخ قائلين بأنه أضبط فى نقل الأخبار، لأن الكليني لم يشتغل بغير الحديث وقد عمل الكافى فى عشرين سنه، بخلاف الشيخ فله كتب كثيره فى علوم مختلفه، ولذا نصوا على وقوع اشتباهات كثيره فى تهذيبه.

وليس مخالفه ما تدلّ عليه روايه الفقيه لفتوى أبي حنيفه مرجحه، لأن الترجيح بمخالفه العامه هو في الخبرين المتعارضين حكماً لا المختلفين زياده ونقصاناً.

واحتمال تقدير جمله، بأن يقال: فإن لم يحلف - أي المدعى عليه - وردّ اليمين على المدعى فحلف - فعليه. ضعيف جداً.

هذا، وقد تلقى الأصحاب هذا الخبر بالقبول، وأفتوا على طبقه في لزوم ضمّ اليمين إلى البينه في الدعوى على الميت، ولا دليل لهم غيره، وهذا جابر لضعف سنده.

ثم إن صاحب (الجواهر) بعد أن ذكر أدلّه الطرفين قال: « وبذلك كلّ ظهر لك أن أدلّه الطرفين محل نظر. . . نعم، قد يقال: إنه بعد فرض الإجماع المركب على انحصار القضاء في الفرض بأحد الأمرين، وأن اختيار أمر ثالث. . . خرق للإجماع المزبور، يتّجه القول حينئذ إنه يردّ اليمين منه على المدعى، لأصالة عدم ثبوت الحق بدونه، ولظهور حصر استخراج الحقوق في مضمّر يونس بالأربعه، ومجرّد النكول خارج عنها، بل لعلّ النصوص المستفيضة أو المتواتره الدالّه على انحصار كيفية القضاء بين الناس بالبينات والأيمان تقتضى ذلك. . . » (١).

أقول: أما الإجماع المركب، فممتنع هنا، وأما أصالة عدم ثبوت الحق بدون ردّ اليمين على المدعى، فمعارضه بأصالة عدم وجوب ردّ اليمين حينئذ، مع أن حكم الحاكم بوجوب أداء الحق على المنكر، إن كان من جهه نكوله فالحق ثابت، وإن كان الحكم مترتباً على اليمين أو الردّ فلا يحكم عليه بدفع الحق.

ص: ٢٩١

فظهر أنه لا- مجال لجريان أصاله عدم ثبوت الحق، لأن موجب الحكم فى الصوره الأولى حاصل قطعاً وفى الثانى غير حاصل قطعاً، وحيث يتردد الأمر بين أمرين مقطوع بهما، لا- يجرى الإستصحاب أبداً، إلا- أن يقال هنا بأن الأصل عدم جعل حكم للنكول، لكن هذا الأصل أيضاً معارض بأصاله عدم جعل جواز الردّ أو وجوبه أو وجوب إلزام المدعى عليه بالردّ على الحاكم.

والحاصل: إنه لو افترت الأمه على قولين، فقالت طائفه بأن مجرد النكول موجب لحكم الحاكم، وقالت الأخرى: بأنه ليس له الحكم بالنكول بل يأمر المنكر بردّ اليمين على المدعى - أو يردها هو من قبله - فإن حلف حكم بثبوت الحق وإلا- حكم بسقوطه، فإن كان القولان متباينين - نظير ما إذا قالت طائفه بوجوب الجمعه فى زمن الغيبه، وقالت الأخرى بحرمتها - فلا مجال للإستدلال لأحد القولين بالأصل، وإن كان القولان غير متباينين، كأن يكون الاختلاف بينهما حول شرط من شروط الواجب أو جزء من أجزائه، كأن تقول احدهما بوجوب السوره فى الصلاه، وتقول الأخرى بعدم وجوبها، مع اتفاقهما على أجزاء الصلاه مع السوره، فهنا لا تجرى أصاله عدم وجوب السوره، لعدم الشك فى أجزاء الصلاه الواجده لها. . . وعلى هذا، فإن كان مقتضى القول بكفايه النكول عدم لزوم الردّ على المدعى مع عدم المنع عنه، ومقتضى القول الآخر لزومه بعد النكول، فالقولان متفقان على ثبوت الحق ببذل المدعى اليمين المردوده ونفوذ الحكم بذلك قطعاً، فلا مجال لأصاله العدم حينئذ، لكن أصاله العدم بالنسبه إلى النكول وحده جاريه كما فى (الجواهر) .

هذا، فإن ردّ اليمين على المدعى فنكل، فقولان كذلك، وهنا أيضاً يتعارض الأصلان.

فظهر أن الأصل الذى ذكره فى (الجواهر) (١) يجرى فى حال قبول الطرفين لترتب الأثر على ردّ اليمين على المدعى مع عدم وجود قول ثالث فى البين.

وأما استدلاله بظهور حصر استخراج الحقوق فى مضمرة يونس بالأربعة. ففيه نظر، إذ الرواية فى مقام بيان طرق استخراج الحق من طرف المدعى فقط لا مطلقاً، وإلا فإن إقرار المدعى عليه مثلاً من أسباب ثبوت حق المدعى، وليس له ذكر فى الرواية.

وأما قوله: بل لعلّ النصوص المستفيضة... ففيه: أن الأمر يدور بين تخصيص دليل وجوب البينة على المدعى بأن نقول: إلا فى حال ردّ المنكر اليمين عليه، وبين تخصيص دليل وجوب اليمين على المنكر، بأن نقول: إلا إذا ردّها على المدعى، فحينئذ تجب على المدعى لا- المنكر، لكننا ذكرنا سابقاً بأن اليمين توجب الإطمئنان نوعاً بصدق الحالف، وإن الإمتناع منها يكشف - نوعاً - عن الكذب، فهى مؤثرة وجوداً وعدمًا، فميزان القضاء هو بينه المدعى ويمين المنكر أو نكوله عن اليمين... .

لو بذل اليمين بعد النكول:

وكيف كان، فقد قال المحقق: « ولو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت إليه » (٢).

أقول: لو بذل المنكر يمينه، فإن كان بذله لها بعد حكم الحاكم بنكوله، فلا ريب فى عدم الإلتفات إليها، وهو المشهور بل عليه الأكثر بل ادعى عليه الإجماع،

ص: ٢٩٣

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ١٨٧ - ١٨٨.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٨٥.

لأن الحكم قد فصل الخصومه وقطع النزاع ولا يجوز نقضه، وإن كان بذله قبل الحكم وبعد النكول فكذلك، لأن النكول حينئذ كاليمين والإقرار واليمينه في تعقب الحكم له من دون حاله منتظره، فلا أثر لبذل اليمين - بمعنى حلفه هو أو ردّ اليمين على المدعى - ولا يلتفت إليه

إنما الكلام في كيفية تحقق النكول، فالمحقق قدس سرّه على أنه يقول له الحاكم: إن حلفت وإلا جعلتك ناكلاً، ويكرر ذلك ثلاثاً، واكتفى صاحب (الرياض) بالمرّه الواحده (1)، وعن (كاشف اللثام) (2) إنه لا يجب إلا الأمر بالحلف لا قوله: إن حلفت وإلا جعلتك ناكلاً وإلا مرّه، وهذا هو الأظهر.

وأما بناء على القول الثاني من أنه لا يحكم عليه بالنكول، بل تردّ اليمين على المدعى، فيلتفت إليه، لأنه يكون حينئذ كالبذل قبل الحكم، فإن حلف المدعى لم يلتفت إليه كذلك، لأنه حينئذ يحكم عليه الحاكم بدفع الحق إلى المدعى، وبذلك ينقطع النزاع.

قال في (الجواهر) (3): إن أدلّه القولين لا يعارضها إطلاق ما دلّ على أن اليمين على المنكر بعد تقييدها به، (قال): بل في الرياض دعوى اختصاصه - بحكم التبادر وغيره - يمينه قبل الحكم عليه، بنكول أو إحلاف المدعى برّد اليمين عليه ولو من الحاكم.

قلت: وأما بناء على ذكرنا من أن ما دلّ على ذلك ظاهر في تأثير اليمين وجوداً وعدمًا، وأنه لو امتنع عن اليمين يتحقق النكول ويحكم عليه بالحق، فلا

ص: ٢٩٤

١-١) رياض المسائل ١٥: ٩٥.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ١٤٨.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ١٨٩.

تصل النوبه إلى الإطلاق والتقييد أو دعوى الإنصراف.

وفى (الرياض) (١١): هذا إذا كان الحكم عليه بنكوله بعد عرض حكمه عليه ولو مرّه، ولو قضى بنكوله من غير عرض فادعى الخصم الجهل بحكم النكول، ففي نفوذ القضاء إشكال: من تفريظه وظهور عذره، ولعلّ الثانی أظهر وبالأصل أوفق.

وأشكل عليه فى (الجواهر) بأنه: ليس فى شى مما وصل إلینا من الأدلّه وجوب العرض عليه بمعنى إعلامه حكم النكول، والأصل البراءة، فلا وجه لنقض الحكم حينئذ مع العلم بحاله فضلاً عن دعواه الجهل، خصوصاً بعد ملاحظه الاستصحاب وغيره.

أقول: ليس شرط نفوذ الحكم علم المنكر بحكم النكول، فإن الحكم نافذ والأصل براءة ذمه الحاكم عن وجوب الإعلام، لكن تمسك صاحب (الجواهر) باستصحاب بقاء الحكم ونفوذه الثابت قبل البذل لو شك فى بقاءه بعده، مخدوش بأن المتيقن تأثير اليمين أو الردّ شرعاً قبل صدور الحكم، وبعد الحكم حيث يشك فى بقاء التأثير وعدمه، يجرى الاستصحاب كذلك، فيقع التعارض بين الإستصحابين.

ولو بذل المنكر يمينه قبل حلف المدعى اليمين المردوده عليه - قال فى (الجواهر) - فالمتمتجه جوازه للأصل، من غير فرق بين كون الردّ منه أو من الحاكم، أى: إن الردّ وحده ليس موضوع الحكم الشرعى، بل هو الردّ ويمين المدعى بعد، فإن أظهر استعداد اليمين قبل حلف المدعى فقد حصل ذلك قبل تحقق موضوع

ص: ٢٩٥

الحكم الشرعى، فلذا يلتفت إليه.

ولو بذلها بعد حلف المدعى اليمين المردوده وقبل حكم الحاكم فقولان، من أن الفاصل للنزاع هو الحكم، فما لم يحكم الحاكم يجوز بذله ويلتفت إليه، ومن أنه لما حصل سبب الحكم وموجهه، فقد قامت الحجّه التامه للحاكم لأن يحكم على طبقها، فيجب عليه إصدار الحكم، لا أن ينتظر قيام سبب آخر على خلاف السبب القائم، نظير الإقرار، فلو أقر المنكر بما يدّعيه المدعى ثبت الحق ولزم الحكم بذلك، فلو رجع عن إقراره لا يلتفت إليه وإن كان قبل الحكم.

هل يأمر الحاكم المدعى بإحضار البيّنه؟

قال المحقق: « ولو كان للمدعى بينه لم يقل الحاكم أحضرها لأنه حق له» (١).

أقول: هذا شروع فيما يتعلق بالمدعى من الأحكام، وظاهر « لم يقل » عدم الجواز، ويشهد بذلك قوله فى مقابل هذا القول « وقيل: يجوز » ووجه عدم الجواز: إن الحق للمدعى وليس للحاكم إجباره على إقامة البيّنه لإحقاق حقه، ولكن هذا الدليل هو بالنظر إلى القاعده الكليه فى الحقوق، فالقاعده العامه فيها هى: أن من كان ذا حق على أحد، لا يجوز إجباره على استيفاء حقه، وأن للمدعى أن يطالب بيمين المنكر وإن كان له بينه على ما يدّعيه. . . فهذا الدليل يفيد الحكم بعدم جواز الإلزام ولا يقتضى حرمة أن يقول له « أحضرها » من باب الإرشاد والتنبيه كما هو أحد الأقوال فى المسأله، فالأقوال أربعه: عدم الجواز مطلقاً، والجواز مطلقاً، والتفصيل المذكور، وقيل: يجوز إن كان الغرض تعليمه المسأله.

والظاهر أنه إن كان قوله من باب الإرشاد فهو جائز.

ص: ٢٩٦

هذا بحسب القواعد الكليّة، وأما بالنسبة إلى مورد المخاصمه، فهل مدلول الأخبار الدالّة على أن « البيّنه على المدّعى واليمين على من أنكر » هو أن اليمين على من أنكر إن لم يكن للمدّعى بينه، أو لا بل يجوز إحلاف المنكر وإن كانت البيّنه حاضره؟ فى الوسائل « باب أن المدّعى إذا لم يكن له بينه فله استحلاف المنكر. . . » (١) والنصوص الدالّة على ذلك كثيره:

ففى خبر محمد بن مسلم: « فى الرجل يدّعى ولا بينه له قال: يستحلفه. . . » .

فهذا الخبر وارد فى مورد عدم وجود البيّنه، فله استحلافه حينئذ، فالظاهر هو الوجه الأوّل، وأن ميزان المرافعه هو إقامه المدعى البيّنه، فإن لم يكن عنده بينه فله استحلافه، فإن ردّ اليمين على المدعى فحلف ثبتت الدعوى وإن نكل سقطت. . . وأن وظيفه الحاكم هو الحكم بحسب هذا الميزان.

وفى خبر عبيد بن زراره: « فى الرجل يدّعى عليه الحق ولا بينه للمدّعى. قال: يستحلف أو يرّد اليمين على صاحب الحق » (٢).

وفى خبر يونس: « استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين. . . » (٣).

وفى مرسله أبان: « فى الرجل يدّعى عليه الحق وليس لصاحب الحق بينه. قال: يستحلف المدّعى عليه. . . » (٤).

فمفاد هذه النصوص وغيرها: أن ميزان المرافعه عند الشرع ذلك، فكيف

ص: ٢٩٧

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤١. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ٧.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٨ / ٢.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤١ / ٤.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٢ / ٥.

نرفع اليد عنها ونقول: إن إقامه البينه حق للمدعى وله رفع اليد عن حقه؟ ويؤيد ذلك أنا لم نجد خبراً يتضمن يمين المنكر أو استحلافه مع وجود البينه.

قال: « وقيل: يجوز وهو حسن » .

أقول: أى: يجوز الإلزام بناءً على ما ذكرنا فى معنى « لم يقل » ، لكن القول بجواز الإلزام غير تام.

بعض أحكام البينه:

لو كان للمدعى بينه، فهنا ثلاثة أحكام، الأول: ما تقدّم من قول المحقق « لم يقل الحاكم أحضرها » .

والحكم الثانى قول المحقق: « ومع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدعى » .

والحكم الثالث قوله: « ومع الإقامه بالشهادة لا يحكم إلا بمسأله المدعى أيضاً » (١).

والدليل على هذه الأحكام الثلاثة قول المحقق فى ذيل الأول:

« لأين الحق له » أى الحق للمدعى فى هذه الحالات، فله أن لا يحضر البينه، وأن لا تدلى بشهادتها مع حضورها، وألا يحكم الحاكم فى القضية بعد إقامتها، بأن ينصرف عن حقه، أو يرضى بيمين المدعى عليه حينئذ، فإن حلف كان له الإنصراف عن حقه، وإن امتنع أو ردّ اليمين على المدعى، فهل على المدعى أن يحلف مع وجود البينه أو لا؟ فيه بحث.

وكيف كان، فإنه يستفاد من هذه الأحكام مطلب آخر، وهو أن للمدعى أن

ص: ٢٩٨

يطالب المدعى عليه باليمين بعد إقامه الشهاده وقبل حكم الحاكم له، إلا أننا ذكرنا سابقاً أن المنسبق من قوله صلى الله عليه وآله وسلم « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان » بضميمه أدلّه « البيّنه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه » أنه لو كان للمدعى بينه على دعواه، فلا تصل النوبه إلى مطالبه خصمه باليمين، فهو وإن كان له الإنصراف عن حقه لقاعده السلطنه، أما كون التخيير بين إقامه البيّنه وبين المطالبه بيمين المنكر حقاً له، فغير معلوم، بل لا يبعد أن يكون من جملة الأحكام المقرره لمجلس القضاء وفصل الخصومه أن يطالب الحاكم المدعى بإقامه البيّنه، فإن لم تكن عنده فيطالب المنكر باليمين، فليس تخيير المدعى بين الأمرين حقاً له، كما أنه ليس من حقوق الحاكم أن يطلب من المنكر اليمين مع وجود بينه المدعى، خلافاً لمن قال بذلك.

هذا، ولكن ظاهر بعض الأخبار - 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: وإن كانت عليه بيّنه عادله؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه ما كان له وكانت اليمين قد أبطلت كلّ ما ادّعاها قبله مما قد استحلفه» (1).

فهى ظاهره فى وجدانه البيّنه قبل رضاه بيمين المنكر، إلا أنها غير ظاهره فى كون ذلك بعد إقامه البيّنه وقبل الحكم.

والمستفاد من روايه أبى العباس: « إذا أقام الرجل البيّنه على حقه فليس

ص: ٢٩٩

عليه يمين» (١) أنه لا أثر لردّ اليمين بعد إقامه البيئه بل يحكم الحاكم له.

وفى روايه محمد بن مسلم قال: « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يقيم البيئه على حقه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» (٢).

فإن كان لفظ « يستحلف» مبيّناً للمعلوم، كان المعنى أنه ليس عليه أن يستحلف المنكر، وإن كان مبيّناً للمجهول، كان المعنى أنه مع إقامه البيئه على حقه لا يستحلف المدعى مع البيئه، والثاني هو الظاهر.

وفى روايه القاسم بن سليمان عن عبيد بن زراره: « فى الرجل يدعى عليه الحق ولا بينه للمدعى. قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحبه، فإن لم يفعل فلا حقّ له» (٣).

وفى روايه يونس: « فإن لم يكن شاهد، فاليمين على المدعى عليه، فإن لم يحلف وردّ اليمين على المدعى فهى واجبه عليه أن يحلف» (٤) فإن مفهومها أنه إن كان له شاهد فلا يمين على المدعى عليه.

فالحاصل: إن له المطالبه بيمين المنكر مع وجود البيئه بمقتضى روايه ابن أبى يعفور، وأما أن يفعل ذلك بعد إقامه الشهاده فلا دليل عليه، بل مقتضى أدلّه الحكم مثل «فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (٥) وجوب الحكم على الحاكم حينئذ.

ص: ٣٠٠

-
- ١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤٣/٢. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٨.
 - ٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤٣/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٨.
 - ٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤١/٤. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٧. و « القاسم بن سليمان» من رجال كامل الزيارات.
 - ٤-٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤١/٤. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٧.
 - ٥-٥) سوره ص ٣٨: ٢٦.

وظاهر عبارته (الجواهر) أخيراً هو اختيار هذا الوجه حيث قال: « لكن قد يقال: إن له الحكم وإن لم يسأله المدعى، لأن ذلك منصبه ووظيفته... » (١).

فإن كان المدعى جاهلاً أو غافلاً 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 إن التمس المدعى سؤال الحاكم البيّنه، فهل للحاكم أن يأمرها بالشهادة أو ليس له ذلك؟ ذهب إلى الثاني جماعة وقالوا: له أن يقول: من كان عنده شهادته فلا يكتمها، لأن الأمر بالشهادة قد يوهم الإدلاء بالشهادة وإن لم تكن عن علم. ولكن هذا لا يمكن المساعدة عليه، إذ لا يكون معنى الأمر بالشهادة ما ذكروا، ولا يتوهمه أحد، بل إن عليه أن يأمرهما بالشهادة لو احتمل كتمانها، من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فالحق هو القول الأوّل.

حكم جرح المدعى عليه البيّنه:

قال المحقق قدس سرّه: « وبعد أن يعرف عداله البيّنه يقول: هل عندك جرح؟... » (٢).

أقول: وكيف كان، فإن أقيمت الشهادة وعرف الحاكم عداله البيّنه، فإن قال للمدعى عليه: هل عندك جرح؟ فأجاب: نعم، وسأل الإنظار في إثبات الجرح، أنظره الحاكم ثلاثه أيام، وإن قال: لا، حكم للمدعى... .

لكن في الروايه (٣) إمهاله أمدأ يحضر فيه الجرح، بل هو مقتضى أدله

ص: ٣٠١

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ١٩٢.

٢-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ٨٥.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢١١/١. أبواب آداب القاضى، الباب ١.

القضاء، ولعلّه لذا احتتمل فى (كشف اللثام) (١) تنزىل إطلاق العبارة على ما إذا كانت البىنه فى محلّ بعىد بىه لا تحضر فى ثلاثه أيام، واعترض علىه فى (الجواهر) (٢) ووجه العبارة بأن التأخىر ثلاثه أيام لقاعده لا ضرر ولا ضرار، إلا أنه كلام لا يمكن قبوله، لأن الخصم على حجته، فمتى أثبت الجرح بطل الحكم وسقطت الدعوى، فلو انقضت الثلاثه أيام وأثبت الجرح كشف عن بطلان الشهاده وأن الحكم الصادر لم يكن على طبق الموازين الشرعىه، أى: إن العداله المعتمبره فى الشاهد هى نظىر العداله المعتمبره فى شاهد الطلاق، لا العداله المعتمبره فى إمام الجماعه.

وىحتمل أن وجه تحدىد الأصحاب الأمد بثلاثه أيام هو: أن المستفاد من الروايه كون الأمر بىد الحاكم، وعىنئذ، فمقتضى الحكم بالحق والعدل هو الإنظار ثلاثه أيام، لا أنه يكون ذلك بلحاظ قاعده لا حرج أو قاعده لا ضرر.

قال: « فإن تعذّر الجرح حكم بعد سؤال المدعى» (٣).

أقول: إن تعذر الجرح مده الإنظار - وهى ثلاثه أيام - أو الأمد الذى يمكن الإتيان بالبىنه فىه بحسب المتعارف على اختلاف الموارد، حكم علىه الحاكم بعد سؤال المدعى ذلك عند المحقق.

حكم ما لو كانت الدعوى على الميت:

قال المحقق قدّس سرّه: « ولا يستحلف المدعى مع البىنه إلا أن تكون

ص: ٣٠٢

١-١ (١) كشف اللثام ١٠: ١٠٤.

١-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٩٣.

٣-٣ (٣) شرائع الإسلام ٤: ٨٥.

الشهادة على ميت . . .» (١).

أقول: في هذا الفرع حكمان:

الأول: إنه لا يستحلف المدعى مع البيئه، والدليل على ذلك الإجماع المدعى، مضافاً إلى النصوص الواردة فيه، مثل خبر محمد بن مسلم إذ قال: « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يقيم البيئه على حقه، هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» (٢).

□
وخبر أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « إذا أقام الرجل البيئه على حقه فليس عليه يمين، فإن لم يقم البيئه فردّ عليه الذي ادعى عليه اليمين، فإن أبي أن يحلف له فلا حق له» (٣).

لكن في الخبر في وصيته أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: « وردّ اليمين على المدعى مع بيئته، فإن ذلك أجلى للعمى وأثبت للقضاء» (٤) ولكنه ليس بحجه، لضعفه، ولم يأخذ به أحد من الأصحاب، فضعفه غير منجر، وقد حمل على بعض الوجوه، ولكن الأولى في الجواب عنه ما ذكر.

وبالجملة: فالحكم في الفرع الأول خال عن الإشكال.

والحكم الثاني: إنه لو كانت الشهادة على ميت أستحلف المدعى على بقاء حقه في ذمه الميت استظهاراً، قال في (الجواهر) (٥):
بلا خلاف أجده فيه بين من

ص: ٣٠٣

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٨٥.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٣/١. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ٨.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٣/٢. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ٨.

٤-٤ (٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٢١١/١. أبواب آداب القاضى، الباب ١.

٥-٥ (٥) جواهر الكلام ٤٠: ١٩٤.

تعرّض له، كما اعترف به غير واحد، والعمده في الاستدلال عليه هو النصوص مثل:

□
ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: « قلت للشيخ: خبّرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه. قال: فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلا- حق له، وإن ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا- حق له [وإن لم يحلف فعليه] وإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه بينه، فعلى المدعى اليمين بالله الذي لا إله إلا هو، لقد مات فلان وإن حقه لعليه وإلا 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، لأن المدعى عليه ليس بحى، ولو كان حياً لألزم اليمين أو الحق أو يردّ اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق» (١).

وبالجمله، فلا إشكال في أصل الحكمين المذكورين، إنما الكلام في جهات:

[الأولى]: هل بينه في الدعوى على الميت ساقطه عن الحجية إلا إذا ضم إليها اليمين، أو أنها باقية على حجيتها ولكن وجبت اليمين على المدعى معها، من جهة أن المدعى عليه لو كان حياً وادعى وفاء الدين وأنكر هو ذلك، لوجبت عليه اليمين؟ وثمره هذا البحث واضح، إذ على الأول، لا حجيه للبينه بدون اليمين مطلقاً، وأما على الثانى، فيترتب الأثر على بينه لو كان معذوراً عن اليمين.

[الثانى]: هل يمكن التعدى عن مورد السؤال في النصوص إلى غيره أو لا؟

للتعدى عن مورد النص أنحاء، كالتعدى عن احتمال الوفاء إلى احتمال الإبراء، أو الوفاء بواسطه غيره في حياته، أو بواسطه وصيه بعد موته.

ص: ٣٠٤

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٦/١. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ٤.

والتعدى عن الدائن إلى وليه، بأن نقول لا يشترط أن يكون مقيم الدعوى هو الدائن، بل تسمع حتى لو أقامها وليه أو وصيه.

والتعدى عن الدين إلى العين.

والتعدى عن البيئه إلى الشاهد الواحد واليمين.

[الثالثه]: إنه بناءً على عدم التعدى عن مورد النص إلى الموارد المذكوره، فلو ادعى عيناً على ميت، فهل تسمع دعواه وتكفى البيئه أو الشاهد الواحد مع اليمين لإثباتها أو لا تسمع أصلاً؟ وبناءً على التعدى والإلحاق، فهل تسمع دعواه لو كان معذوراً عن اليمين، ويكفى لإثباتها بالبيئه أو هي حينئذ ساقطه؟

[الرابعه]: هل الوجوه والإحتمالات التى يذكرها الإمام عليه السلام فى جواب عبد الرحمن بن أبى عبد الله تقتضى قصور حجه البيئه فى الدعوى على الميت؟ .

أقول: إن التعدى والخروج عن مورد النص إلى الموارد الاخرى يحتاج إلى القطع بملاك الحكم الوارد فى النص، ووجود ذلك الملاك بالقطع واليقين فى غيره، أو الاستظهار من نفس اللفظ، أو العلم بعلة الحكم بمناسبه الحكم والموضوع، فيحكم به فى كل موضوع وجدت فيه تلك العلة، وأما تعديه الحكم من موضوع إلى آخر من باب « حكم الأمثال فيما يجوز وفيما لا يجوز واحد » فهو قياس باطل، وأما تنقيح المناط فالمعتبر منه القطعى، وتحصيله مشكل.

فالمتعين هو الاستظهار من النصوص والدقه فيها للوصول إلى أحكام الفروع المشار إليها فى الجهات المذكوره. . .

ففى خبر عبد الرحمن: « . . . فإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيئه، فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله إلا هو لقد مات فلان وإن حقه لعليه، فإن

حلف وإلا- فلا- حق له، لأننا لا- ندرى لعله قد وفاه بينه لا نعلم موضعها أو بغير بينه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البيئه، فإن ادعى ولا بينه فلا حق له، لأن المدعى عليه ليس بحى، ولو كان حياً لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت له عليه الحق» (١). وهو ظاهر فى أن يكون المدعى نفس صاحب الحق لا وليه أو وارثه أو وصيه.

اللهم إلا أن يقال بأن ما ذكره الإمام عليه السلام فيه هو على سبيل التمثيل، ولكنه مشكل.

وأما دعوى الإطلاق فى «المطلوب بالحق» فمشكل أيضاً، لا سيما بالنظر إلى ما جاء بعده من قوله: «فعلى المدعى اليمين...» وإن حقه لعله.

وكذا التمسك لذلك بالتعليل المذكور فى الخبر، وهو قوله عليه السلام «لأننا لا ندرى لعله قد وفاه 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، إذ يحتمل كون هذا الكلام تعليلاً للحكم بوجوب اليمين على المدعى نفسه.

نعم، لا مانع من التمسك به للتعدى عن الدين إلى العين، وعن الوفاء إلى الإبراء ونحوه.

وبالجملة، لا نتمكن أن نستفيد من هذه الروايه جواز حلف الولى أو الوصى أو الوارث - مثلاً - بدلاً من المدعى، كما أنه ليس عندنا دليل يدل على جواز يمين أحد بدلاً عن غيره، بل من المسلم به أن اليمين حجه للحالف فقط، ولا

ص: ٣٠٦

(١-١) تقدم تخريجه ص: ٢٨٥.

أثر ليمين غير ذى الحق وإن كان وليه وكان عالماً بالواقع، وسيأتى وجهه فى محلّه إن شاء الله تعالى.

وهل يتعدّى الحكم من الميت إلى الغائب والطفل والمجنون؟

قولان، ذكرهما الشهيد الثانى قدّس سرّه فى (المسالك) (1) واختار العدم تبعاً للمحقق وخلافاً للأكثر.

وكيف كان، فعلى التعدّى لا حجيه للبينه إلا بضمّ اليمين إليها، وكذا فى الموارد التى لا يتمكّن المدعى من اليمين لأنها حقّه ولا يتولّاه غيره، وقال جماعه: بأنه إن وجب الجمود فى كيفية اليمين على ظاهر اللفظ الوارد فى الخبر فهو، وأما إن كان المراد هو اليمين بحسب حال الحالف - كما هو ظاهر الخبر الآخر - فلا مانع من يمين الولى - مثلاً - حيث يقيم الدعوى بدلاً عن الطفل المولى عليه على الميت، فيحلف بالله الذى لا إله إلا هو لقد مات فلان وإن حق هذا الطفل لعليه، إن كان عالماً بذلك، وإلا لم يحلف، فإن ادعى وارث الميت على الولى العلم بأن الميت قد وفى الطفل حقه، كان له أن يحلف على نفي العلم بذلك.

ولو فرض كون الولى عالماً بأداء الميت حق الطفل، لم يجز له المطالبة بشى، ولكن هذا لا يمنع الطفل من المطالبة بحقه عند كبره.

هذا كله بناءً على القول بسقوط البينه عن الحجيه ما لم تضم إليها اليمين، وإن كان المدعى غير متمكن منها، إلا أن المختار أنه فى الفرض المذكور يعتمد على البينه ويحكم له بها.

ص: ٣٠٧

ثم إن صاحب (الجواهر) (١) قدس سره لما كان يميل إلى القول بالتعدى بالنسبه إلى بعض الموارد، اعترض على معاصره القائل بكفايه البيئه فيما لو ادعى وارث ميت على ميت آخر - لأن الدليل إنما يدل على ثبوت اليمين على نفس المدعى، فيبقى ما عداه على الأصل، وأقصى ما يتوجه عليه بعد ذلك يمين نفي العلم - بأن ظاهر الفتوى والنص - خصوصاً 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 إلى 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. وكتب: أيجوز للوصى أن يشهد لو ارث الميت صغيراً أو كبيراً وهو القابض للصغير وليس للكبير بقابض؟ فوقع عليه السلام: نعم، وينبغى للوصى أن يشهد بالحق ولا يكتم الشهاده. وكتب: أو تقبل شهاده الوصى على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقع عليه السلام: نعم من بعد يمين» (٢).

ثم قال قدس سره « إلا أنه - كما ترى - مناف لمذاق الفقه، فقد يقال إن للوارث الحلف على مقتضى الإستصحاب كما يحلف على مقتضى اليد. لكن هو - مع أنه كما ترى أيضاً، خصوصاً إذا كان المستصحب غير معلوم له وإنما شهدت به البيئه - لا يتم فى الوصى الذى لا يجوز حلفه لإثبات مال الغير، اللهم إلا أن يقال به هنا باعتبار أنه ليس مثبتاً، بل هو شرط فى حجيه البيئه التى هى فى الحقيقه المثبتة،

ص: ٣٠٨

١- (١) جواهر الكلام ٤٠: ١٩٦ - ١٩٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٧١/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٨.

أو يقال بالإكتفاء بيمين الوارث مع البيئه في إثبات مفادها الذى لا فرق فيه بين متعلق الوصايا والإرث، لأنها من الحجج المثبتة للموضوع في نفسه (١).

بل منه ينقدح عدم وجوب اليمين على كل واحد من الورثة، بل يكفي يمين واحده من أحدهم، لأن مقتضى إطلاق النص اعتبار يمين واحده في تماميه حجيه البيئه التي قد عرفت ثبوت الموضوع بها لسائر الشركاء وإن أقامها أحدهم، فتأمل، فإنه دقيق نافع وإن 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، ولا يكون منه على البت لأنه فعل الغير، فمع فرض اعتبار يمين البت في يمين الإستظهار يتجه حينئذ سقوط الحق كما سمعته أولاً، بل قد يؤيد بأنه مقتضى أصل عدم ثبوت الحق بعد فرض تعارض الأمارات على وجه لا وثوق بشئ منها.

قلت: لكن الشك في ثبوت الحق وعدمه مسبب عن الشك في تخصيص أدله حجيه البيئه زائداً على القدر المتيقن، وقد تقرّر في محلّه جريان الأصل في السبب، فلو أريد الرجوع إلى الأصل في هذا المقام، كان المرجع أصاله عدم التخصيص الزائد لأدله حجيه البيئه، ويكون الحاصل حجيتها في المورد، من غير توقّف على ضم، اليمين إليها.

ثم قال رحمه الله « نعم، قد يقال - بعد استبعاد سقوط الحق مع البيئه العادله خصوصاً مع قطع الوارث بالحق، بل يمكن دعوى معلوميه خلافه ولو بالسيره

ص: ٣٠٩

القطعيه، واستبعاد سقوط اليمين فى الدعوى على الميت مع ظهور النص والفتوى فيه - إن المتجه إلزام الوارث باليمين على نفى العلم باستيفاء مورثه أو إبرائه» (١).

لكن فيه: أن اليمين على نفى العلم تفيد فيما إذا كان عدم علم الوارث مؤثراً، وهنا لا أثر لعدم علمه باستيفاء مورثه حقه أو إبرائه إياه، إذ لا ملازمه بين عدم علمه بذلك وثبوت الحق، والمفروض أن هذه اليمين هى للإستظهار، وحيث لا أثر لهذه اليمين، فإن المتجه هو القول بخروج هذا الفرع من تحت تلك النصوص ولو بالسيره القطعيه، فلا بدّ من الأخذ بالبينه.

ومن فروع المقام ما ذكره فى (المسالك) بقوله: « لو أقر له قبل الموت بمدّه لا يمكن فيها الإستيفاء عاده، ففى ضمّ اليمين إلى البينه وجهان، من إطلاق النص الشامل لموضع النزاع وقيام الاحتمال وهو إبراؤه منه وقبضه من ماله ولو بعد الموت، ومن البناء على الأصل والظاهر من بقاء الحق. وهذا أقوى» (٢).

قلت: والصحيح هو الوجه الثانى، وأما ما أورد عليه فى (الجواهر) من أنه مناف لإطلاق صحيح الصفّار، ففيه: أن التعليل الموجود فى خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله حيث قال عليه السلام: « لأننا لا ندرى لعلّه قد وفّاه. . . » يقتيد إطلاق صحيح الصفّار، فلا يشمل هذا المورد الذى نعلم بعدم وفاء الميت للحق. . . ومما ذكرنا يظهر الإشكال فى قوله بعد ذلك: « مع أن ظاهر الصحيح المزبور التعبد» لأنه لا مجال لهذا الاستظهار مع وجود التعليل المذكور الذى يقتضى كون اليمين للاستظهار.

ص: ٣١٠

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١٩٨.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٣: ٤٦٣.

قال: ثم إن ظاهر قوله: « وقبضه من ماله ولو بعد الموت » مراعاة نفى الاحتمال بعد الموت أيضاً، لكن ظاهر اليمين في الخبر المزبور اعتبار نفيه إلى حين الموت دون ما بعده.

أقول: لكن مقتضى التعليل في الخبر هو العموم لما بعد الموت.

أحكام قيام البيه على الغائب والصبي والمجنون:

قال المحقق قدس سرّه: « ولو شهدت على صبي أو مجنون أو غائب، ففي ضمّ اليمين إلى البيه تردد، أشبهه أنه لا يمين، ويدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال » (١).

أقول: ذكروا أن للحاكم أو عليه أن يدفع من مال الغائب إلى المدعى، وهذا سواء قلنا بأن اليمين شرط حجيه البيه هنا أو لم نقل بذلك، فإنه بعد قيام الحجة على الحكم وتمايمه الحكم من قبل الحاكم، يدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق الثابت عليه، لكن بعد تكفيل القابض بالمال، لأن الغائب على حجته، فلو حضر وظهر براءه ذمته من الحق المدعى، استرجع المال المأخوذ منه إليه. . . .

وهل المراد من الكفاله هنا هو الضمان؟

إن الضمان المصطلح في الدين هو: أن يضمن الشخص للدائن طلبه من المدين، فينتقل الحق من ذمه المدين إلى ذمه الضامن، ويكون هو المطالب بالحق في حال عدم وفاء المدين بالحق، لكن يشكل، أن يكون المراد من التكفيل هنا هذا المعنى، لعدم ثبوت اشتغال ذمه القابض - فلا - معنى لأن يضمنه غيره، لأنه من قبيل ضمان ما لم يجب وهو باطل - وإن لم يكن عندنا قطع بعدم اشتغال الذمه، وأما العين،

ص: ٣١١

فإن ضمانها يكون بنحو التعهيد لأخذها وردّها إلى صاحبها. وحينئذ يقع الشك في هذا المورد، لأنه - لما يدعى المدعى الحق على الغائب ويقيم البيّنة على ذلك ويحكم الحاكم له، ويدفع إليه من مال الغائب بقدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال لما ذكرنا - يشك في أنه هل يصح ضمان الدين المشكوك. وبعبارة أخرى: هل يصح أن يضمن الحق على تقدير ثبوته؟

هذا في غير ما نحن فيه مشكل، لكن لما لم يكن ما نحن فيه من قبيل ضمان ما لم يجب، أمكن الضمان فيه على تقدير، نعم، يبقى فيه إشكال أن الإنشائيات يشترط فيها التنجيز ولا يصح التعليق، إلا أن يدفع بأن التعليق هو في المنشأ لا في الإنشاء.

هذا، ولا حاجة إلى ذكر دليل على جواز دفع الحاكم من مال الغائب إلى المدعى، لوضوح أن ذلك هو الأثر المترتب قهراً على البيّنة وحكم الحاكم بالحق، وأما التكفيل فدليل القول به هو النص، وإلا لم تكن حاجة إليه بعد ثبوت أن الغائب على حجته وأنه يسترجع ماله فيما إذا حضر وثبت براءه ذمته، والنص المشار إليه هو:

□
ما رواه الشيخ بإسناده عن أبي 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 البيّنة، ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب، ويكون الغائب على حجته إذا قدم. قال: ولا يدفع المال إلى الذي أقام البيّنة إلا بكفلاء» (١).

ويمكن أن يستفاد منه اشتراط تعدد الكفيل، لكن في (الجواهر) أنه لم يعثر

ص: ٣١٢

على قائل به، ولعل وجه عدم القول بذلك جعلهم العبارة نظير قولهم: إذا شهد عليه المسلمون فكذا، حيث يراد بذلك المسلم، وكذا قولهم: يشترط إذن العلماء في كذا، حيث يقصد العالم لا جميع العلماء.

□
قال في الوسائل: وعنه، عن أبيه، عن سعد بن عبد الله، عن أيوب بن نوح، عن محمد بن أبي عمير، عن جميل مثله.

ونحوه ما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، لكن فيه: « إذا لم يكن ملئاً » (1) فإنه ظاهر في تكفيل القابض إذا لم يكن ملئاً، وأما إذا كان ملئاً فلا يجب.

ولعل الوجه في ذلك أنه إن كان فقيراً ولم يؤخذ كفيل، ضاع حق الغائب على تقدير براءة ذمته، لأن المفروض إفلاس المدعى، والمفلس في أمان الله. ومن هذه الرواية يعلم أيضاً أن المدعى يكفل من جهة المال الذي يأخذه لا من جهة شخصه، ولذا لو أقام المدعى عليه البيه على براءة ذمته، أخذ الحاكم حقه وأرجعه إليه وإن لم يكن المدعى حاضراً.

هذا، وليس في الروايات ذكر لليمين، ومن هنا يتوجه القول بعدم لزومها هنا. ولو سلم عموم التعليل في روايه الدعوى على الميت الدال على لزوم اليمين في تلك الصورة لما نحن فيه، كانت روايات هذا المقام مخصصة لتلك الرواية، وتكون النتيجة لزوم اليمين في كل مورد جهل حال المدعى عليه من جهة أداء حق المدعى إلا الغائب، فلا يلزم في الدعوى عليه ضم اليمين إلى البيه، إلا أن يقال بلزومها هنا

ص: ٣١٣

١- ١) قال في الوسائل ٢٧: ٤٩٤ / ذيل ح ١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٦، بعدما رواه عن جميل: ويأسناده عن أحمد بن محمد عن علي بن الحسن عن جعفر بن محمد بن محمد بن حكيم عن جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام نحوه وزاد: « إذا لم يكن ملئاً ». ورواه الكليني عن أحمد بن محمد عن علي بن الحسن مثله.

أيضاً، من جهة أنه لا- منافاه بين اشتراط اليمين هناك، واشتراط الكفيل هنا وعدم ذكر اليمين هنا لا ينفى لزومها، بل إن المراد من البيّنه هو البيّنه مع اليمين، ولكن هذا الإحتمال خلاف الظاهر، لأن ظاهر الأدلّه كفايه البيّنه بوحدها.

هذا، وجميل من أصحاب الإجماع، والروايه معمول بها عند الأصحاب، فلا يقدر إرسالها في حجيتها (١).

ثم إن صاحب (المسالك) قال في شرح عباره المحقق قدّس سرّه: وإنما اعتبر المصنّف الكفيل، لأنه لم يوجب عليه اليمين مع البيّنه، فجعل الكفيل عوضاً عنه لاحتمال براءه الغائب من الحق على وجه لا تعلمه البيّنه، ومن أوجب عليه اليمين لم يعتبر الكفيل إلا على تقدير تعدّرها، كما لو كان المدعى على الغائب وكيل المستحق، فإنه لا يجوز إحلافه فيستظهر بالكفيل، ولا شك في أن الكفاله واليمين احتياط واستظهار، إلا أن ثبوتهما يحتاج إلى دليل (٢).

وقد استغرب صاحب (الجواهر) صدور هذا الكلام منه قائلاً بأنه (٣): لو اشترطنا اليمين، فإنه متى تعدّرت عليه - كما لو كان المدعى على الغائب وكياً - لزم القول بعدم ثبوت الدعوى لا التكفيل عوضاً عن اليمين، إلا أن يقول بأن هنا روايتين، إحداهما تفيد الإستظهار بالكفيل، والاخرى تفيد الإستظهار باليمين، وفيما

ص: ٣١٤

١ - ١) فيه ردّ على المحقق الأردبيلي قدّس سرّه (مجمع الفوائد ١٢: ٢٠٤) حيث طعن فيها بالإرسال، وقد طعن فيها أيضاً بمجهوليه « جعفر بن محمد بن إبراهيم » و « عبد الله بن نهيك » قلت: أما « ابن نهيك » فهو ثقه، وأما « جعفر بن محمد بن إبراهيم » وهو الموسوى فلم ينص علماء الرجال فيه على وثاقه، لكنه من رجال كامل الزيارات. وكيف كان، فالظاهر صحه الطريق الثانی، وأما الطعن بالإرسال فقد تقدم الجواب عنه بناء على ما اشتهر من تصحيح الأصحاب لما يصح عن تلك الجماعه.

٢ - ٢) مسالك الأفهام ١٣: ٤٦٤.

٣ - ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٢٠٣.

نحن فيه يمكن التمسك بكلّ منهما ولا- يجمع بين الأمرين، بل إن حلف فلا- يكفّل، وإن كفل فلا يحلّف، وأورد عليه في (الجواهر) بأنه: لا مانع من الجمع بين الأمرين، ومن هنا اعتبر في (القواعد) ضم اليمين إلى التكفيل (١).

(قال): ولكن لا يجب شيء من الأمرين، لا فيما نحن فيه ولا في صورته الدعوى على الميت، بل إن القضية تتم بحكم الحاكم، بعد قيام البينه، وأما اليمين والكفيل فلا إحتياط والإستظهار.

أقول: يتوجّه هذا الكلام في خصوص كون المدّعى عليه غائباً، لأن الرواية الدالّة على اعتبار ضم اليمين إلى البينه في حال كون المدّعى عليه ميتاً، تختص بموردها ولا تشمل محلّ الكلام، وحينئذ يكون اعتبار اليمين هنا من باب الإحتياط والإستظهار، وقد استفاد في (الجواهر) (٢) أن أخذ الكفيل في حال عدم الملاءة - كما في روايه محمد بن مسلم - هو للإستظهار أيضاً، وأنه ليس الحكم متوقفاً على التكفيل، ولكن ظاهرها توقف دفع المال إليه في هذه الحالة على التكفيل.

وعن الأردبيلي قدس سرّه (٣) الإشكال في دفع المال إلى المدّعى، لأنه قد يستلزم الضرر على الغائب، وأن الخبر غير عام، فينبغي الاقتصار على موضع الوفاق، وهو فيما إذا علم الخصم بأنه إذا لم يحضر يحكم عليه وهو غائب، لأنه يكون أدخل الضرر على نفسه.

أقول: لكن الظاهر أنه في مثل هذا الحكم الذي يستلزم الضرر غالباً، لا يمكن القول بحكومه أدلّه لا ضرر.

ص: ٣١٥

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٤٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٠٣.

٣-٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٢٠٥.

هذا كله بالنسبة إلى الغائب، وكذلك المجنون والصغير، فإنه بنفس البينة يحكم الحاكم على وليهما بدفع حق المدعى، من دون حاجه إلى ضمّ اليمين إلى البينة، لعدم شمول روايه اعتبار اليمين الوارده في خصوص الميت لهما، وقياسهما عليه باطل بالضرورة، فالأشبه أنه لا يمين، وفاقاً للمصنف وجماعه.

حكم ما لو ذكر المدعى أن له بينه غائبه:

قال المحقق: « ولو ذكر المدعى أن له بينه غائبه، خيره الحاكم بين الصبر وبين إحلاف الغريم... » (١).

أقول: ذكر جماعه: أنه لو ذكر المدعى بعد طرح دعواه عند الحاكم أن له بينه على ما يدعى ولكنها غائبه، خيره الحاكم بين أن يصبر حتى تحضر البينة وبين أن يحلف غريمه المنكر، وليس للمدعى ملازمه الغريم ولا مطالبته بكفيل.

وليس في عباره المحقق قدس سره ذكر لمده الصبر، وأما التخيير بينه وبين إحلاف الغريم فهو مقتضى القاعده، ولا حاجه إلى دليل خاص يدل عليه، لأن الخيار بيده وأن يمين الغريم حق ثابت له، بل له اختيار إحلاف الغريم حتى مع حضور البينه.

هذا ما ذكره المحقق قدس سره هنا، لكن في (النافع) (٢): « ولو قال: البينه غائبه، أجل بمقدار إحضارها، وفي تكفيل المدعى عليه تردد، ويخرج من الكفاله عند انقضاء الأجل ».

وقد ذكر الشهيد الثاني قدس سره في (المسالك) أدله الطرفين، فدليل عدم

ص: ٣١٤

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨٥.

٢-٢) المختصر النافع: ٢٨١.

لزوم أخذ الكفيل هو: أن الأصل براءة ذمه المدعى عليه من إعطاء الكفيل، ولا دليل على جواز الإلزام بإعطاء الكفيل، ودليل اللزوم: احتمال ضرر المدعى، فيدفع الضرر بأخذ الكفيل. قال في (المسالك): وهو الأحوط (١).

إذن، في المسألة ثلاثة أقوال.

وقد أشكل في (الجواهر) (٢) في التأجيل بأنه لا ثمره له، لأنه إن أحضر البينه بعد انتهاء المده، سمعت الشهاده بلا خلاف، ولم يقل أحد بأنه يجبر على الإحلاف بعد المدّه مع عدم حضور الشاهدين، وإن كان المراد تعيين الأجل للكفاله، بناء على جواز أخذ الكفيل، كان له وجه، وتكون الثمره خروجه من الكفاله عند انقضاء الأجل، ولكن هذا لا يتلائم مع عباره (النافع) حيث تردّد في أخذ الكفيل، فيكون التأجيل لغواً.

لكن في قول أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: « إجعل لمن ادعى شهوداً غيباً أمداً بينهما، فإن أحضرهم أخذت له بحقه، وإن لم يحضرهم أوجبت عليه القضيّه » (٣) دلالة على لزوم تعيين الأجل، فمع انقضائه لم يمهل، إلا أنه لا قائل بذلك، فالأولى حملة على مجرد الإمهال حتى حضور البينه، مع احتمال حملة - وإن كان بعيداً - على كون الشهاده على جرح بينه المدعى بعد إقامتها، فيجعل لإحضار شهود الجرح أمد حتى لا يبقى النزاع بينهما.

وهذا كله لو فرض تماميه سند الخبر.

وهل يلزم التكفيل؟ استدللّ للعدم بأن المدعى قد اختار الصبر حتى حضور

ص: ٣١٧

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٤٦٥.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٠٤.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢١١/١. أبواب آداب القاضي، الباب ١.

البينه، فلا- وجه لإلزامه المدعى عليه بإعطاء الكفيل أو ملازمته إياه أو المطالبه بحبسه، لأن حق المدعى غير ثابت، فكيف يقال بإضرار المدعى عليه فعلاً، كأن يحبس أو يلازم، دفعاً للضرر المحتمل توجهه على المدعى.

فإن قيل: إذن، يؤخذ منه الكفيل، لأنه إن كان ضرراً على المدعى عليه، فهو أقل من الضرر المحتمل توجهه إلى المدعى.

قلنا: إن قاعده نفي الضرر ليست مشرعه، بل إنها قاعده ثانويه ترفع الحكم الأولى المجعول حالكونه ضررياً، وفيما نحن فيه لا حكم شرعى مجعول ترفعه قاعده نفي الضرر لكونه ضررياً.

فإن قيل: إن حرمه الإلزام بالكفيل حكم ضررى، فترفعه القاعده ويحكم بالجواز.

قلنا: إن هذا المعنى يستلزم الضرر الكبير على المدعى عليه، ولا معنى لدفع ضرر أحد الشخصين بضرر الآخر.

وأما كون أخذ الكفيل هو الأحوط كما فى (المسالك) (1) ففيه: أن الأحوط هو العكس، لأن معنى الإحتياط هو الإتيان بالفعل مثلاً لأجل التيقن بفراغ الذمه على كلا احتمالى الوجوب والاستحباب، وأما هنا، فإن فى أخذ الكفيل ضرراً فعلياً على المدعى عليه، وفى عدمه ضرر احتمالى على المدعى، فالأحوط عدم أخذ الكفيل منه، لأنه فى حال ترك الأخذ يعلم بعدم الضرر، وأما أخذ الكفيل فهو لدفع الضرر المحتمل، مع أنه ضرر قد أقدم عليه المدعى باختياره الصبر، فالأحوط الترك.

ص: ٣١٨

وقد يفضّل بأنّه إذا كان المدّعى عليه ملئياً ويمكن استرجاع المال منه بعد ثبوت براءه ذمه الخصم، فلا- يكفّل، وإلا فيكفل، والوجه في ذلك وجوب مراعاة الحاكم لأقلّ الضررين في حال دوران الأمر بينهما.

وهذا أيضاً ضعيف، لأنّه يلاحظ أقلّ الضررين إن كانا متوجهين إلى شخص واحد لا شخصين.

وعلى التكفيل، فهل يتعين في ضرب مده ثلاثه أيام كما عن ابن حمزه، أو يناط بنظر الحاكم؟ قولان.

وإن كان له شاهد واحد، وذكر أن الآخر غائب، فقد قيل بحبسه حتى يحضر الآخر، والأشبه: أنه لا وجه للحبس ولا للتكفيل، فهذا الفرع كسابقه.

٣ - الأحكام المترتبة على سكوت المدّعى عليه:

قال المحقق: « وأما السكوت، فإن اعتمده أُلزم بالجواب، فإن عاند حبس حتى يبين، وقيل: يجبر حتى يجيب، وقيل... والأوّل مروى... (١) ».

أقول: إن سكت المدعى عليه أو قال: لا أدري، فتاره: يكون سكوته لا عن عناد، بل من جهه خوف أو دهشه أو تفكير في الأمر والجواب أو نحو ذلك، فحينئذ يطمئنه الحاكم ويصبر حتى يزول خوفه، وتاره: يكون سكوته عن عناد ولجاجه، فهنا ثلاثه أقوال ذكرها المحقق قدّس سرّه:

الأوّل: الحبس حتى يبين الجواب.

الثاني: إجباره على الجواب بالضرب ونحوه.

ص: ٣١٩

الثالث: أن يقول له الحاكم: إما أجبت وإما جعلتك ناكلاً ورددت اليمين على المدعى، فإن أصرّ على السكوت ردّ الحاكم اليمين على المدعى.

وهل هذا البحث والخلاف قبل إقامة المدعى بينه أو بعدها؟

يمكن تصوير ثلاث صور لهذا المقام.

الأولى: أن يقيم المدعى دعواه عند الحاكم، فيسأل الحاكم المدعى عليه عن جوابه فيسكت.

والثانية: أن يقيم الدعوى ويطلبه الحاكم بإقامه بينه، ثم يسأل المدعى عليه فيسكت.

والثالثة: أن يقيم الدعوى ولا بينه عنده عليها، فيسكت المدعى عليه عن الجواب.

لا ريب في عدم كون الصورة الأولى محلّ الخلاف والأقوال.

وأما في الصورة الثانية، فإن علم الحاكم بعدالة الشاهدين، فإنه بعد سكوت المدعى عليه يعمل بعلمه ويحكم ويرتفع النزاع.

فظهر أن مورد الأقوال هو الصورة الثالثة، والحق: أن جواب المدعى عليه ليس حقاً للمدعى، وأنه لا دليل على وجوبه عليه شرعاً، نعم، هو مقدّمه للعلم بالحال وفصل النزاع.

ولننظر فيما يمكن أن يستدلّ به للأقوال في هذا المقام، فنقول:

الظاهر أنه لا نصّ في المسألة بالخصوص، وقول المحقق والعلامة قدس سرّهما بالنسبة إلى القول الأوّل: «الأوّل مروى» يمكن أن يكون إشاره إلى

النَّبِيُّ الْمَشْهُورُ: « لِيَّ الْوَاجِدُ يَحُلُّ عَرْضَهُ وَعَقُوبَتَهُ » (١) الَّذِي ذَكَرُوا انْجِبَارَ ضَعْفِهِ بِعَمَلِ الْأَصْحَابِ. وَقَدْ أُجِيبَ: بِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ « الْوَاجِدِ » هُوَ مَنْ وَجَدَ الْمَالَ لَا مَا يَعْمُ اسْتِحْقَاقَ جَوَابِ الدَّعْوَى، وَيَشْهَدُ بِذَلِكَ أَنَّ الْإِمَامَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يَحْبِسُ الْمَدِينِ وَالْغَرِيمِ كَمَا فِي الْأَخْبَارِ.

أَقُولُ: وَفِي الاسْتِدْلَالِ بِهِ وَالْجَوَابِ عَنْهُ نَظْرًا.

أَمَّا فِي الاسْتِدْلَالِ، فَإِنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَى ثُبُوتِ كَوْنِ الْجَوَابِ وَاجِبًا عَلَى الْمَدْعَى عَلَيْهِ، إِمَّا مِنْ جِهَةٍ كَوْنَهُ حَقًّا لِلْمَدْعَى وَإِمَّا مِنْ بَابِ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيِ عَنِ الْمُنْكَرِ، وَحِينَئِذٍ، فَلَوْ شَكَّ كُنَّا فِي عِقَابِ مَنْ لَمْ يَعْمَلْ بِهَذَا الْوَاجِبِ أَمْكِنَ الاسْتِدْلَالَ بِالْحَدِيثِ، وَأَمَّا مَعَ عَدَمِ ثُبُوتِ وَجُوبِ الْجَوَابِ عَلَيْهِ فَلَا يَجُوزُ حَبْسُهُ، كَمَا لَا يَجُوزُ حَبْسُ مَنْ يَشْكُ فِي كَوْنِهِ مَدِينًا. . . وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ فِي وَجُوبِ الْجَوَابِ عَلَى الْمَدْعَى عَلَيْهِ مَطْلَقًا تَأْمَلًا وَإِشْكَالًا، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ اجْتِمَاعُ، فَسَقَطَ الْاسْتِدْلَالُ.

وَأَمَّا يَأْتِي الْجَوَابُ، فَمِنْ جِهَةٍ أَنَّهُ لَوْ فَرَضَ ظُهُورَ لَفْظِ « الْوَاجِدِ » فِيمَا ذَكَرَ، بَلْ حَتَّى لَوْ صَرَّحَ بِالْمَالِ فِي الْكَلَامِ، فَلَا مَانِعَ مِنْ دَعْوَى إِغْيَاءِ خُصُوصِيَّةِ الْمَالِ هُنَا بِمُنَاسَبَةِ الْحُكْمِ وَالْمَوْضُوعِ، فَيَكُونُ مَعْنَى الْحَدِيثِ: لِيَّ الْوَاجِدُ عَنْ أَدَاءِ مَا لِلنَّاسِ - مَالًا كَانَ أَوْ حَقًّا - يَحُلُّ عَقُوبَتَهُ وَعَرْضَهُ.

وَاسْتَدْلَالُ الْقَوْلِ الثَّانِي: بِأَنَّ إِجْبَارَهُ عَلَى الْجَوَابِ بِالضَّرْبِ هُوَ مِنَ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيِ عَنِ الْمُنْكَرِ.

وَفِيهِ: إِنَّ هَذَا أَيْضًا مَتَوَقَّفٌ عَلَى ثُبُوتِ وَجُوبِ الْجَوَابِ عَلَيْهِ، وَإِلَّا - فَإِنَّ أَدْلَهَ وَجُوبِ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيِ عَنِ الْمُنْكَرِ لَا تَثْبُتُ مَوْضُوعَ الْمَعْرُوفِ وَالْمُنْكَرِ. . .

ص: ٣٢١

واستدل للقول الثالث: بعموم الروايات الواردة في باب « أن المدعى إذا لم يكن له بينه فله استحلاف المنكر، فإن ردّ اليمين على المدعى فحلف ثبتت الدعوى وإن نكل بطلت » كصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: « في الرجل يدعى ولا بينه له. قال: يستحلفه، فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له » (١).

وبالرواية الواردة في الأخرس (٢)، إذ المستفاد منها أن الإنكار غير لازم، بل يكفي لثبوت حق المدعى امتناع المدعى عليه من اليمين، ولكن الاستدلال بها يتوقف على عدم مجيء شبهه القياس.

□
وبروايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٣).

فالأظهر هو القول الثالث، وإن قال بالأول جماعه كبيره من الأصحاب.

وقد يستدلّ للمختار بأن السكوت لا يخلو عن أحد أمرين، لأن المدعى عليه إن كان يعلم بصدق المدعى فهو مقرّ وعليه دفع ما يدّعيه، وإن كان ينكر ذلك، وجب عليه ردّ اليمين على المدعى، وحيث امتنع من ذلك بسكوته، فإن الحاكم يردّ اليمين على المدعى، فإن حلف ثبتت دعواه وإلا سقطت، فالحاصل: أنه مع السكوت يحكم عليه بدفع الحق.

وفيه: إن الإقرار أو الإنكار لا بدّ من إبرازه حتى يترتب عليه الأثر، والعلم الإجمالي المذكور غير كاف لترتب أثر أحد الحالين.

وقد يعترض: بأنه لو كان السكوت في حكم النكول - كما تمسك لذلك

ص: ٣٢٢

-
- ١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤١/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٧.
 - ٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٠٢/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٣٣.
 - ٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٦/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٤.

بالروايات العامه - فیرد الیمین علی المدعی، کان اللّازم أن یرد مجرد عدم جواب الصغیر والمجنون والغائب والمیت موضوعاً لجواز الردّ علی المدعی.

وفیه: إنه قیاس مع الفارق.

وأما رأی صاحب (الجواهر) (١) قدّس سرّه، فهو بقاء النزاع علی حاله، فیکون بحکم الدعوی علی المیت بلا بینه.

وفیه: إنه مشکل جدّاً، فإنه یؤدی إلى عدم ثبوت دعوی أبداً، ولا ریب فی بطلان نسبه هذا الحکم إلى الشارع، وعلیه، فلا مناص من سماع الدعوی، ومع سکوت المدعی علیہ یحلف المدعی بمجرد ذلك أو بعد ردّ الحاکم الیمین علیہ، وإن کان الثانی هو الأحوط، فإن لم یحلف سقطت الدعوی.

بل ربما یربما یكون ما ذکرناه هو طریق فصل النزاع حتی فی صوره الحبس أو الضرب، لأنه قد لا یجب المدعی علیہ بعدهما ویكون المرجع ما ذکرناه، وعلیه، فهل یجب الحبس أو الضرب مع وجود هذا الطریق الذی یحتمل سلوکه بالتالی؟ الحق: هو العدم.

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو کان به آفه من طرش أو خرس توصل إلى معرفه جوابه بالإشاره المفیده للیقین » (٢).

أقول: هذا إن لم نقل بأن إشاره الأخرس تقوم مقام لفظ المتکلم الذی یکتفی بالظن بالمراد منه، فلا حاجه إلى مترجم لتحصیل الیقین بكونه مقرّاً أو منکراً.

قال: « ولو استغلقت إشارته بحیث یحتاج إلى المترجم لم یکف الواحد . . . » .

ص: ٣٢٣

١-١ (١) جواهر الکلام ٤٠: ٢١١.

٢-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ٨٦.

أقول: إن القول بافتقاره إلى مترجمين عدلين مبنى على أن ذلك من قبيل الشهاده، وأما بناءً على كونه من باب الرجوع إلى أهل الخيره في فهم اللغات مثلاً فلا يعتبر التعدد.

٤ - حكم ما لو قال في الجواب « لا أدري » :

إذا أجاب المدعى عليه بقوله « لا أدري » ، فإن كان للمدعى بينه على دعواه فهو، وإلا فوجه:

منها: سقوط الدعوى، لأن المدعى - بعد فرض عدم البيئه - يقر بأن من لا يدري هل هو مدين أو لا، لا يجب عليه دفع شيء.

ومنها: أن يحلف المدعى عليه بأنه لا- حق للمدعى في ذمته استناداً إلى الأصل، فإن شك في مشروعيه هذه اليمين وسقوط الدعوى بها، فالأصل هو العدم، ولكن تعارضه أصله عدم استحقاق الحق.

ومنها: إن يرد اليمين على المدعى.

ومنها: إنه منكر وعليه اليمين بنفى العلم باستحقاق المدعى ما يدعيه عليه، قال في (الجواهر): « ثم إن ظاهر حصر الأصحاب حال المدعى عليه في الثلاثه عدم حال آخر رابع مخالف لها في الحكم، وحينئذ، فإذا كان جوابه لا أدري ولا أعلم ونحو ذلك، فهو منكر، ضروره عدم كونه إقراراً بضروره عدم كونه ساكتاً فليس إلا الإنكار، وانسياق القطع بالعدم منه لا ينافي كونه فرداً آخر له، مرجعه عدم استحقاق ما يدعيه وإن لم يعلمه في نفس الأمر، ضروره اقتضاء تعلق الدعوى به استحقاق المدعى به عليه، فإذا نفى العلم بسببه كان نافياً للاستحقاق المزبور الذي هو روح الدعوى عليه، وبذلك يكون منكرًا لا يتوجه عليه إلا اليمين

لموافقته للأصل وغيره، ولا ينافى ذلك ما تسمعه من الأصحاب - من غير خلاف فيه يعرف بينهم - من اعتبار الحلف على البت في فعله نفيًا وإثباتًا، المنزّل على الصورة الغالبة من الإنكار، بخلاف ما إذا كان إنكاره بالصورة الثانية، فإنه يحلف على عدم العلم نحو يمين الوارث» (١).

ومنها: ما ذكره السيّد قدّس سرّه - ولا يبعد كونه الأصح - وهو التفصيل بين صورته تصديق المدعى دعوى المدعى عليه عدم الدراية وبين صورته عدم تصديقه لها، فقال ما حاصله بلفظه (٢): « إذا أجاب المدعى عليه بقوله: لا- أدرى، فإما أن يصدّقه المدعى في هذه الدعوى أو لا- فعلى الأوّل: إن كان للمدعى بينه على دعواه فهو وإلا فلا حق له، لأن المفروض تصديقه في عدم علمه، ومعه ليس مكلفاً بالأداء في مرحله الظاهر، لأن الأصل براءة ذمته والمدعى أيضاً معترف بذلك، فالمقام نظير الدعوى على الميت مع عدم البينه واعتراف المدعى بعدم علم الوارث، فإنه لا خلاف في سقوط دعواه حينئذ. ويمكن أن يستدلّ على ما ذكرنا بالأخبار الواردة في ادّعاء رجل زوجيّة امرأه لها زوج، وأنه لا تسمع دعواه إذا لم تكن بينه، كموثقه سماعه (٣) وروايه يونس (٤) وحسنه عبد العزيز (٥)، فإن المفروض في هذه الأخبار عدم علم الزوج بصدق المدعى وكذبه، والظاهر عدم الفرق بين دعوى الزوجيّة وغيرها.

ص: ٣٢٥

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٢١١ - ٢١٢.

٢-٢ (٢) تكمله العروه الوثقى ٣: ١٠٤.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعه ٢٠: ٣٠٠/٢. أبواب عقد النكاح، الباب ٢٣.

٤-٤ (٤) وسائل الشيعه ٢٠: ٣٠٠/٣. أبواب عقد النكاح، الباب ٢٣.

٥-٥ (٥) وسائل الشيعه ٢٠: ٣٠٠/٣. أبواب عقد النكاح، الباب ٢٣.

وعلى الثانى، فللمدعى عليه أن يحلف على عدم اشتغال ذمته فعلاً بحسب الظاهر، لأنه منكر من هذه الحيثية، فالمنكر قسماً: منكر للإشتغال الواقعى، ومنكر للإشتغال بحسب ظاهر الشرع، وللمدعى أن يحلفه على نفي العلم إن ادعى علمه بثبوت الحق، فإن حلف كفى فى سقوط الدعوى، وإن ردّ اليمين على المدعى أو الحاكم ردّها عليه فحلف ثبت حقه، ولكن هذا الحلف لا يوجب سقوط حقه واقعاً حتى لا تسمع منه اليينه بعد ذلك ولا يجوز له المقاصه» .

هذا إذا كانت الدعوى ديناً.

وأما إذا كانت متعلّقه بعين فى يده وأجاب المدعى عليه بقوله: « لا أدري » ، فقد ذكروا: أنه إن كانت تحت تصرف تلك اليد فقط، ولم تشاركها يد أخرى فى الأخذ والوضع من الصندوق الذى وضعت تلك العين فيها مثلاً، كانت اليد المنحصرة حجه، وإلا وجب على المدعى إقامه اليينه، فإن أقامها حكم له وإلا فبما أن المدعى عليه غير متمكن من الحلف لعدم درايته بالواقع - ومن هنا أيضاً لا يمكنه ردّ اليمين على المدعى - تكون الدعوى ساقطه ظاهراً.

وقال السيد رحمه الله ما ملخصه: بل يمكن أن يقال بجواز حلفه على عدم الحق للمدعى على الميت، اعتماداً على يد من انتقلت منه إليه، كما يظهر من خبر حفص بن غياث (1)، فإنه يظهر منه جواز الحلف إذا اشترى من ذى يد، بل يظهر

ص: ٣٢٦

□
١- ١) وهو: « عن أبى عبد الله عليه السلام قال قال له رجل: إذا رأيت شيئاً فى يدى رجل يجوز لى أن أشهد أنه له؟ قال: نعم. قال الرجل: أشهد أنه فى يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره. فقال أبو عبد الله عليه السلام: أفیحلّ الشراء منه؟ قال: نعم. فقال أبو عبد الله عليه السلام: فلعله لغيره، فمن أين جاز لك أن تشتريه وبصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك هو لى وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق» .

منه جواز الشهاده باليد، مع أن أمر الشهاده أصعب، بل وكذا إذا كانت في يده ولم يعلم حالها يحكم بمقتضى يده أنها له، ولا يضّر قوله: لا أدري من أين صارت في يدي وأنها في الواقع لى أو ليست لى (١).

لكن قال فى (المستند) فى هذه الصورة: إن ردّ اليمين على المدعى فحلف كانت له، وإن لم يدّع عليه العلم أو ادّعى وحلف على نفى العلم لا- يحكم بكونها له بل يقرع بينه وبين المدعى، لأنه يشترط فى دلاله اليد على الملكيه عدم اعتراف ذىها بعدم علمه بأنه له أو لا (٢).

قلت: والأولى ما ذكره السيد قدّس سرّه، لأنه مقتضى قاعده اليد.

ثم إنه بناء على ما ذكرنا من سقوط الدعوى فى صورته تصديق المدعى دعوى المدعى عليه عدم درايته، وأنه لا أثر لليمين حينئذ - لأن الغرض منها إزالة الشك فى صدقه، فمع العلم به لا أثر لها - يحكم بسقوط الدعوى كذلك لو علم بصدقه فى دعوى عدم الدرايه، من دون حاجه إلى يمين المدعى عليه على ذلك.

وقال بعض أعلام العصر: وإذا أجاب المدعى عليه بعدم العلم، فقد يقال مع تصديق المدعى له، فإما أن يكون له بينه فهو، ومع عدمها لا- حق له، لعدم كون المدعى عليه مكلفاً بالأداء فى الظاهر والمدعى معترف بذلك، فلا يجوز مطالبته، ومعه ليست الدعوى مسموعه حتى يقال يصدق عليه المدعى، وكلّ دعوى مسموعه يكون الفصل فيها بالبينه واليمين، وذلك لعدم اليينه وعدم إمكان الحلف على الواقع لعدم العلم به ولا على الظاهر لتصديقه له فى براءته بحسب الظاهر (٣).

ص: ٣٢٧

١-١) العروه الوثقى ٣: ١٠٦.

٢-٢) مستند الشيعة ١٧: ٣٥٥.

٣-٣) جامع المدارك: ٦/٤١.

وفيه: أنه ليس الشك في الصدق ملحقاً بالعلم به في عدم جواز الإحلاف، لأن اليمين هي للإستظهار في حال تكذيبه دعوى نفى العلم أو الشك في صدق هذه الدعوى.

وإنما يحلف مع كون الأصل عدم كونه مدينًا، لأن الصحيح - كما ذكر الشيخ الاستاذ قدس سرّه (1) - إن قولهم بعدم وجوب الفحص في الشبهه الموضوعيه ليس على إطلاقه، لأنه قد يكون الفحص من السهوله بحيث لا يصدق معه الشك والشبهه عرفاً، فلو توقّف ظهور حقيقه الحال في المنازعه على حق، على مراجعه دفتر الحساب، لم يؤثر جواب المدعى عليه بالشك في صدق الدعوى وتمسكه بأصالة العدم حينئذ. . . وما نحن فيه من هذا القبيل، فالحلف لا بد منه في هذا المقام.

ص: ٣٢٨

□
(١ - ١) آيه الله العظمى الشيخ عبد الكريم اليزدى الحائرى طاب ثراه، مؤسس الحوزه العلميه.

الأصل - لولا- الدليل - عدم نفوذ الحكم على الغائب، إلا أنه لا ريب في سماع الدعوى ونفوذ الحكم عليه، وفي (الجواهر) (١) الإجماع بقسميه عليه، وقد يستدلّ لذلك بالأدلة التالية:

١ - إطلاق أدله القضاء، كقوله تعالى «فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (٢).

٢ - إطلاق أدله الحكم بالبينه واليمين، كقوله صلى الله عليه وآله وسلم «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان» (٣).

إلا أن التمسك بهاتين الطائفتين من الأدلة غير تام، لعدم الإطلاق الشامل للغائب فيها، بحيث يمكن أن يكون دليلاً للجواز، لولا الأخبار الخاصة والإجماع، لأن هذه الأدلة في مقام بيان الحكم على الإجماع، فهي تبين أصل القضاء وتشريعه من غير تعرّض للشرائط والخصوصيات، ويكون معنى «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان»: إنى لا أفضى بينكم عن طريق العلم بالغيب ولا بالمعجزه، بل

ص: ٣٢٩

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٢٠.

١-٢ (٢) سورة ص ٣٨: ٢٦.

١-٣ (٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ٢.

أقضى بينكم بالبينات والأيمان، بل إن هذا الحديث ونحوه منصرف عن صورته كون أحد المتخاصمين غائباً.

□
٣ - ما روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ مِنْ أَنَّهُ قَالَ لِهَنْدِ زَوْجِهِ أَبِي سَفِيَانَ - بَعْدَ أَنْ أَدَّعَتْ أَنَّهُ رَجُلٌ شَحِيحٌ لَا يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي -: « خَذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » (١) وَكَانَ أَبُو سَفِيَانَ غَائِباً.

□
وفيه - مع الغرض عن سنده، وعمّا قيل من أن كون أبي سفيان غائباً غير معلوم - أنه لا ظهور له في كون ذلك من النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ من باب الحكم، بل كونه من باب الولاية على الممتنع أولى، فلا يتم الاستدلال به.

□
٤ - ما روى عن أبي موسى الأشعري: « كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ إِذَا حَضَرَ عِنْدَهُ خَصْمَانِ فَتَوَاعَدَا الْمَوْعِدَ، فَوَفِيَ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَفِ الْآخَرَ، قَضَى لِلَّذِي وَفِيَ عَلَى الَّذِي لَمْ يَفِ. أَى مَعَ الْبَيْنَةِ » (٢).

وهذا الحديث - مع الغرض عن سنده - صريح في حضور كليهما عند الحاكم وغياب أحدهما عند الحكم، فلا يستدلّ به لصورته غياب أحدهما من الأوّل.

٥ - خبر جميل: « الْغَائِبُ يَقْضَى عَلَيْهِ إِذَا قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيْنَةُ وَبِإِيعَاقِ مَالِهِ وَيَقْضَى عَنْهُ دَيْنُهُ وَهُوَ غَائِبٌ، وَيَكُونُ الْغَائِبُ عَلَى حِجَّتِهِ إِذَا قَدِمَ، وَلَا يَدْفَعُ الْمَالَ إِلَى الَّذِي أَقَامَ الْبَيْنَةَ إِلَّا بِكِفْلَاءٍ » (٣).

٦ - خبر محمد بن مسلم: « الْغَائِبُ يَقْضَى عَلَيْهِ إِذَا قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيْنَةُ وَبِإِيعَاقِ

ص: ٣٣٠

١-١) حديث عامي - انظر: مسند أحمد ٦: ٣٩ - ووصفه صاحب الجواهر بالمستفيض، انظر مسند أحمد ٦: ٣٩.

٢-٢) حديث عامي، انظر: الحاوي الكبير ١٦: ٢٩٨.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٤/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٦.

ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب، ويكون الغائب على حجة إذا قدم، ولا يدفع المال إلى الذي أقام بينه إلا بكفلاء إذا لم يكن ملئاً» (١).

٧- إطلاق ما روى عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «القضاء أربعة، ثلاثة في النار وواحد في الجنة، رجل قضى بجور وهو يعلم فهو في النار، ورجل قضى بجور وهو لا يعلم فهو في النار، ورجل قضى بالحق وهو لا يعلم فهو في الجنة» (٢).

لكن الظاهر كونه في مقام بيان لزوم العلم بالحق والحكم بالحق فقط، فلا إطلاق له ليستدل به في المقام.

وبعض ما ذكر يتقيد إطلاق ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع من الآخر، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء» (٣) وإن كان يحتمل ظهور «تقاضى إليك رجلان» في كونهما حاضرين، فيكون وجه الجمع: الحكم في القضييه جزماً ويكون الغائب على حجة إذا قدم.

وما عن علي عليه السلام قال: «قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما وجهني إلى اليمن: إذا تحوكم إليك فلا تحكم لأحد الخصمين دون أن تسأل من الآخر. قال: فما شككت في قضاء بعد ذلك» (٤).

وما رواه العياشي في تفسيره عن الحسن عن علي عليه السلام: إن النبي

ص: ٣٣١

١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٥/ ذيل ح ١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٦.

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

٣- ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١٦/٢. أبواب آداب القاضي، الباب ٤.

٤- ٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١٧/٦. أبواب آداب القاضي، الباب ٤.

صلى الله عليه وآله وسلم بعثه ببراءه - إلى أن قال - فقال: « إن الناس سيتقاضون إليك، فإذا أتاك الخصمان فلا تقض لواحد حتى تسمع من الآخر، فإنه أجدر أن تعلم الحق» (١) بناء على ظهورهما في الإطلاق، ويكون مفاد أخبار الأمر بالسؤال من الآخر أنه إذا حضرا معاً، فلا يجوز الحكم قبل السؤال من الآخر وسماع كلامه، وقد حمل الأمر بالسؤال منه على الإرشاد، ولكنه خلاف الظاهر.

وأما ما رواه أبو البختری عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام من أنه قال: « لا يقضى على غائب» (٢) فلا يعارض ما تقدم، لضعف سنده (٣)، ولإعراض الأصحاب عنه، مع إمكان حمله على بعض الوجوه.

وبعد، فهل يقضى على الغائب في كل دعوى وعلى كل حال؟

يتضح الأمر في هذا المقام في مسائل:

ص: ٣٣٢

-
- ١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١٧/٧. أبواب آداب القاضى، الباب ٤.
 - ٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٦/٤. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٦.
 - ٣-٣) لأن راويه أبا البختری - وهو: وهب بن وهب - ضعيف كما نص عليه علماء الرجال.

المسأله الأولى: (فى المراد من الغائب)

قال المحقق قدس سرّه: « يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً مسافراً وحاضراً، وقيل: يعتبر فى الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم» (١).

أقول: لا- إشكال ولا- خلاف فى أنه يقضى على الغائب المتعذر عليه الحضور من جهه مرض أو شبهه، أو كان ممتنعاً عن الحضور. ولا- خلاف فى صدق « الغائب » على المسافر بمقدار المسافه الشرعيه، وأما إذا كان أقل منها، فعن يحيى ابن سعيد القول بعدم الصدق (٢)، ولعلّ دليله أن القدر المتيقن من « الغائب » هو المسافر بقدر المسافه الشرعيه. وهو ضعيف، لصدق الغائب على المسافر بأقل منها حقيقه.

وإن كان حاضراً فى البلد وغائباً عن مجلس الحكم، فالمشهور أنه كالغائب عن البلد، فيقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً، قال فى (الجواهر) (٣): وإن لم يتعذر عليه الحضور، لكن فيه عن المبسوط وتعليق الإرشاد: يعتبر فى الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم.

ص: ٣٣٣

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٨٦.

٢- ٢) الجامع للشرائع: ٥٢٧.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٢٢٢.

إلا أنا لم نجد في المبسوط ما نسب إليه، والشيخ قدس سره لم يتعرض لمسألتنا، ويمكن أن يكون قد تعرّض لها في موضع آخر من كتابه.

وفي (المسالك) (١): إن كان غائباً عن البلد قضى عليه باتفاق أصحابنا، سواء كان بعيداً أم قريباً، وكذا لو كان حاضراً في البلد وتعذر حضوره في مجلس الحكم إما قصداً أو لعارض، ولو لم يتعذر حضوره فالمشهور الجواز أيضاً، لعموم الأدلة، وقال الشيخ في المبسوط (٢): لا يحكم عليه حينئذ، لأن القضاء على الغائب موضع ضروره فيقتصر فيه على محلها، ولأنه ربما وجد مطعناً ومدفعاً وجاز في الغائب للمشقه بطول انتظاره، والأظهر الأول.

ولعل المشهور قد حملوا أدله السؤال من المدعى عليه على الحاضر في المجلس، أو حملوا « الغائب » في أدله القضاء عليه على من غاب عن المجلس، فتكون هذه الأدله مخصصه لأدله السؤال من المدعى عليه، بناءً على عموم التعليل الموجود فيها، لأن ظهور « يقضى على الغائب » أقوى من ظهور العله في تلك الأدله، ويجوز حمل العله على الإستحباب أو العليه الناقصه. . . لكن في الحكم على الغائب عن المجلس تردّد، وإن كان ما ذهب إليه المشهور هو الأظهر، وكونه على حجته إذا قدم يدفع الضرر عنه.

هذا، ولا يجب على الحاكم الإرسال خلف المدعى عليه للحضور في المجلس، إلا أن يلتمس المدعى ذلك.

ثم، هل يشترط في الحكم عليه دعوى جحوده كما في (القواعد) (٣) التوقف

ص: ٣٣٤

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٤٦٧.

٢-٢) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٦٢.

٣-٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٥٤.

فيه، بل عن (التحرير) (١) الجزم بعدم سماع بينته إلا- لأخذ المال لو اعترف باعترافه - ومرجعه إلى اشتراط ادعاء الجحود إذا طلب الحكم دون المال - والتردد إذا لم يتعرض لجحوده، من اشتراط سماعها به ولم يعلم، ومن تنزل الغيبه منزله السكوت النازل منزله الجحود، لاحتماله الجحود فى الغيبه وأن لا يقدر بعد على الإثبات إذا ظهر الجحود؟

قال فى (الجواهر) : لا يخفى عليك إطلاق النصّ والفتوى ومعقد الإجماع (٢).

أقول: على أنه إذا كان مبنى الحكم كون المدعى عليه جاحداً، فيلزم فى صورته إقرار المدعى عليه أن لا يحكم الحاكم بعد الإقرار، نعم، له أن يأمره بدفع ما أقرّ فيه لو كان متساهلاً فى تسليمه. . . وإلا فلا معنى لتوقف تنفيذ حكم الله على حكم الحاكم فى القضية، إلا- أن يقال بأن الله عزّوجل قد أذن للحاكم أن ينشئ الحكم حتى تترتب الآثار على الحكم الشرعى، إن كان لحكمه أثر زائد على الإقرار - لأن المسلم به أنه لا يسمع الإنكار بعد الإقرار، وأن الإقرار كحكم الحاكم فى فصل الخصومه - كأن يكون أثر الحكم عدم سماع دعواه الإشتباه - مثلاً - فى الإقرار.

قال فى (الجواهر) : نعم، قد يتوقف فى صورته العلم باعترافه، بناءً على اشتراط الخصومه فى مطلق القضاء على الحاضر، وقد عرفت الكلام فيه سابقاً، والمتيقن من الخبرين غير المفروض، نعم، لا إشكال فى تناولهما غير معلوم الحال كما هو واضح.

ص: ٣٣٥

١- ١) تحرير الأحكام ٥: ١٤٧.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٢١.

أقول: لكن دعوى انصراف الخبرين عن هذه الصورة مشكله.

المسأله الثانيه: (يقضى على الغائب مطلقاً أو فى حقوق الناس؟)

قال المحقق قدس سره: « يقضى على الغائب فى حقوق الناس، كالديون والعقود، ولا- يقضى فى حقوق الله تعالى كالزنا واللواط، لأنها مبنيه على التخفيف » (١).

أقول: ولذا تدرء الحدود بالشبهات، بخلاف حقوق الناس، فإنها مبنيه على الإحتياط. . .

فإن قيل: فلماذا لا يعتنى باحتمال خطأ الشاهدين، بل يحكم على طبق شهادتهما على المدعى عليه الحاضر؟

قلنا: إن احتمال خطأ البيئه يلغيه دليل حجيتها، فلا مجال حينئذ لدليل درء الحدّ بالشبهه، وإلا لتوقف إجراء الحدّ على العلم بالواقع فى القضيه أو بصدق الشاهدين، لكن حيث أن المدعى عليه غائب يمكن حضوره وجرح الشاهدين، أو إقامه البيئه على أن المتهم فى هذه القضيه ليس هو بل غيره، فهذا الإحتمال يدرأ به الحدّ.

قال المحقق: « ولو اشتمل الحكم على الحقين قضى بما يخصّ الناس كالسرقه، يقضى بالغرم، وفى القضاء بالقطع تردد » .

ص: ٣٣٦

أقول: لو اشتمل الحكم على حق الناس وحق الله معاً كالسرقة، يقضى عليه في حق الناس، وأما القضاء بحق الله - وهو القطع - فقد تردّد فيه المحقق قدس سرّه، قال شارحوه: إنه لم يتردد في عدم القضاء به غيره من الفقهاء.

وذكر في (الجواهر) (1) في وجه التردّد: إن السرقة علّة للأمرين، فإذا قامت البينه عليها لم يعقل التفكيك بين المعلولين، وأجيب عن ذلك: بأن الأحكام الشرعيه معرّفات لا علل حقيقه، ومعنى هذا الكلام: إن الأمور المذكوره في كلمات الشارع بعنوان العلّه ليست عللاً حقيقه يحكم العقل بامتناع الانفكاك بينها، بل هي معرّفات.

أقول: إن العقل لا يمكنه إدراك أن الشىء الكذائى علّة للشىء الكذائى فى الأحكام الشرعيه، فلولا بيان الشارع أن الجنابه علّة لوجوب الغسل لم يدرك العقل ذلك، وحينئذ، فلو جاء فى كلامه أن الشىء الفلانى علّة للشىء الفلانى وجب التصديق بحكم الشارع بالعلّيه، لكن الفرق بين العلّيه المدركه بالعقل - كعلّيه النار للحراره - والعلّيه الوارده فى لسان الشارع هو أنه فى الأوّل يستحيل التفكيك بين النار والحراره إلا عن طريق الإعجاز، أما فى الثانى، فإنه يمكن تخلف ما جعل معلولاً عمّا جعل علّه، ولذا نرى أن الشارع قد يقول فى مورد بعدم ترتب المعلول على العلّه، وهو يكشف عن عدم العلّيه التامه. . . .

إذن، ليست الأحكام الشرعيه معرّفات، بل هي علل ومعاليل كسائر العلل والمعاليل الاخرى.

وعليه، فلو أقرّ الحاضر بالسرقة مرّتين ترتّب الأثران، وإن أقرّ مرّة واحده

ص: ٣٣٧

يؤخذ منه حق الناس ولا يحكم عليه في حق الله، فلا يلزم أن نقول الأحكام الشرعيه معرفات، بل نقول هي علل، ولكن في هذا المورد العله لترتب الأمرين هو الإقرار مرتين، والإقرار مره واحده عله لترتب أحد الأثرين، وذلك، لأن مبنى الشارع في الحدود الإلهيه على التخفيف، فلا بد من إقرارين، وأما في حقوق الناس فعلى الإحتياط، فيكفي الإقرار الواحد لأن يقضى عليه بالغرم.

هذا، ولكن مقتضى أدله القضاء عمومها بالنسبه إلى الحاضر والغائب، وحينئذ، فلو سرق حكم بقطع يده وبالغرم معاً، لعموم الأدله، ودليل درء الحدّ بالشبهه لا يشمل هذا المقام، ولا مخصص تام سناً ودلاله لتلك العمومات، فيقضى عليه في الحقيين بلا فرق، إلا أن يكون هناك إجماع.

المسأله الثالثه: (لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل)

قال المحقق قدس سره: « لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل فادعى الغريم التسليم إلى الموكل ولا بينه، ففي الإلزام تردّد بين الوقوف في الحكم لاحتمال الأداء، وبين الحكم وإلغاء دعواه، لأن التوقف يؤدي إلى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء، والأول أشبه» (١).

أقول: الوكيل تاره: وكيل في المرافعه فقط، وأخرى: هو وكيل في المرافعه والمطالبه بالحق معاً، وحيث يكون له المطالبه بالحق، فإن ادعى الغريم تسليمه إلى الموكل، طالبه بإقامه البينه على دعواه الوفاء به، فإن أقامها حكم الحاكم له، وإن لم يكن له بينه على تلك الدعوى، فلا يمكنه إحلاف الوكيل، لأن يمين الوكيل لا أثر لها، وحينئذ تسقط دعواه ويلزم بدفع الحق، لأن الأصل عدم دفع الحق وعدم إبراء صاحب الحق إياه، وهذا هو الوجه الصحيح للقول بالإلزام.

وأما قوله: « لأن التوقف يؤدي إلى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء» .

فقد يجاب عنه: بأن استيفاء الحق ليس متوقفاً على ذلك، فيمكن طلبها بأسباب أخرى.

وأما القول بأنه لو لم يلزم، لتوجه الضرر على صاحب الحق بضياع حقه،

ص: ٣٣٩

ففيه: أنه يحتمل أيضاً توجه الضرر إلى الغريم، لاحتمال صدقه في دعوى الأداء.

وهل يلزم التكفيل حينئذ لو طلبه الدافع؟

إن كان ذلك بعد حكم الحاكم لم يكن للتكفيل أثر، لأن الدعوى بعد الحكم لا تسمع، وإلا كان له وجه، نظير ما إذا كانت الدعوى على غائب، حيث ورد الخبر بأخذ الكفيل من المدعى.

وفى المسأله وجهان آخران:

أحدهما: تفصيل صاحب (المستند) (١) بين ما إذا كان الوكيل وكياً في دعوى الإبراء والوفاء أيضاً، فالتوقف، وبين ما إذا لم يكن وكياً فالإلزام.

والثاني: التفصيل الذي لم يستبعد السيد (٢) قدس سره قوته، وهو التفصيل بين ما إذا ثبت الحق بالبينه أو بإقرار المدعى عليه من الأول، فعلى الأول الإلزام، وعلى الثاني فالتوقف.

وإن لم يأذن ذو الحق للوكيل بأخذ الحق من الغريم، فلا وجه لأخذه له، فحيث يلزم، يدفع الحق فإنه يدفعه إلى الحاكم حتى يسلمه إلى صاحب الحق عند حضوره.

ص: ٣٤٠

١- (١) مستند الشيعة ١٧: ٣٠٩.

٢- (٢) العروه الوثقى ٣: ٤٥ - ٤٧.

إشاره

في كيفية الإستحلاف

والبحت في أمور ثلاثه:

[البحت] الأول: (في اليمين)

إشاره

إعلم أن المستفاد من الأخبار الكثيره كراهه اليمين الصادقه وكونها مـجـوحه مطلقاً، فعن أبي عبد الله عليه السلام قال « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من أجل الله أن يحلف به أعطاه الله خيراً مما ذهب منه» (١).

وعنه عليه السلام قال: « لا تحلفوا بالله صادقين ولا كاذبين، فإنه عز وجل يقول: «وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ» (٢) «(٣).

ص: ٣٤١

١-١ (١) وسائل الشيعه ٣٣: ١٩٨/٣. كتاب الأيمان، الباب ١.

٢-٢ (٢) سورة البقره ٢: ٢٢٤.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعه ٢٣: ١٩٨/٥. كتاب الأيمان، الباب ١.

وعن أبي جعفر عليه السلام في روايته: « وإني لأكره أن أقول (والله) على حال من الأحوال » (١).

ولكن تزول الكراهة بل يترجح الإتيان بها في كثير من الموارد، بالنظر إلى الأثر المترتب عليها، كبيان أهميته المطلوب أو التأكيد عليه ونحو ذلك، ولذا كان النبي والأئمة عليه وعليهم الصلوة والسلام قد يحلفون في كلامهم، فعن الرضا عليه السلام: « بلغني أن الناس يقولون أنا نزعم أن الناس عبيد لنا، لا وقرابتي من رسول الله ما قلته قط. . . » (٢).

بل قد يجب الحلف في بعض الموارد، كما إذا وقعت المرافعة على زوجيته امرأه مثلاً أو ملكية دار، ونحو ذلك.

ويحرم الحلف بالأوثان والأصنام، فالحلف باللائت مثلاً حرام وإن كان على ترك محرم أو الإتيان بواجب، ولا كفاره عليه في صورته المخالفة.

ولو حلف على ترك واجب أو فعل حرام، فقد يقال بحرمة هذا الحلف، ولو خالف لم تجب عليه الكفاره.

ص: ٣٤٢

١- ١) وسائل الشيعة ٢٣: ١٩٧/١. كتاب الأيمان، الباب ١.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦١/٧. كتاب الأيمان، الباب ٣٠. وما رواه أبو جرير القمي قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام جعلت فداك. . . وسألته عن أبيه أحى هو أم ميت؟ قال: قد والله مات. . . وما عن صفوان الجمال: « إن أبا جعفر المنصور قال لأبي عبد الله عليه السلام: رفع إلي أن مولايك المعلّى بن خنيس يدعو إليك ويجمع لك الأموال. فقال: والله ما كان. . . » وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٩/١. كتاب الأيمان، الباب ٣٣. وما عن نجيح العطار قال: « سافرت مع أبي جعفر عليه السلام إلى مكة، فأمر غلامه بشيء فخالفه إلى غيره، فقال أبو جعفر عليه السلام: والله لأضربنك يا غلام. . . » وسائل الشيعة ٢٣: ٢٧٥/١. كتاب الأيمان، الباب ٣٨.

قال المحقق قدس سره: « ولا يستحلف أحد إلا بالله ولو كان كافراً » (١).

أقول: إن اليمين تكون في موارد ثلاثه:

الأول: في المورد الذي لا يترتب عليه أثر أصلاً، كأن يحلف الرجل على ما يقوله في مقام التكلم مع غيره، فهذا ما لا يترتب عليه أثر وضعي.

والثاني: أن يحلف على فعل أمر راجح فعله أو ترك أمر مرجوح فعله، وأثر هذه اليمين هو وجوب الكفاره عليه مع المخالفه إن كانت بالله عزوجل.

والثالث: اليمين في مورد المرافعه لإثبات حق أو إسقاطه.

ففي الأول: يجوز الحلف بغير الله تعالى؟ إن الأخبار الواردة في النهي عن اليمين بغير الله هي فوق حدّ التواتر، لكن الأصحاب رفعوا اليد عن ظهورها في الحرمة وحملوها على الكراهه، ولم يفت أحد منهم بحرمة اليمين بغير الله، بل ادعى الإجماع على الكراهه، بل لقد وجدنا في الأخبار حلف الأئمه بغير الله في محادثاتهم ومحاوراتهم (٢)، وفي (كتاب القضاء) للمحقق الآشتياني: أن عليه السيره، وأجاب عن ذلك: بأن الأخبار الناهيه عن اليمين تصلح لأن تكون رادعه عن هذه السيره، وفيه: إنها ليست رادعه، بل يمكن القول بأن السيره كاشفه عن عدم إرادته الحرمة من تلك الأخبار (٣).

وأشكل: بأن بعض تلك الأخبار يأبى الحمل على الكراهه، مثل ما روى

ص: ٣٤٣

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٨٧.

٢- ٢) مثل ما عن الرضا عليه السلام من قوله: « لا وقرابتي من رسول الله . . » وقد تقدم.

٣- ٣) بل في الأخبار ما يقتضى ذلك، مثل قوله عليه السلام: « وإنى لأكره أن أقول والله . . » بناء على أن المراد هي « الكراهه » الإصطلاحيه.

عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: « من حلف بغير الله فقد أشرك » (١) وفي حديث آخر « فقد كفر » (٢).

وفيه: إن الحديتين - مع الغض عن سندهما - محمولان على اليمين الموجهة للكفر والشرك، كأن يحلف المسلم باللائت والعزى، أو بالأب والابن - تعالى الله عن ذلك - ونحوهما. . . ويشهد بذلك وجود لفظي الشرك والكفر في الحديتين، لأن من المعلوم أن الحلف بغير الله مما لا يوجب الكفر والشرك لا يكون كفراً وشركاً، ويؤيد ذلك سيره المتشرعه.

وفي الثاني: لا إشكال في جواز الحلف بغير الله وعدم وجوب الكفاره على مخالفته.

وأما الثالث - وهو مورد البحث والكلام - فقد دلت جملة من النصوص بصراحه على أنه لا يحلف إلا بالله، وإليك بعضها:

١ - عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا يحلف اليهودى ولا النصرانى ولا المجوسى بغير الله، إن الله عز وجل يقول: «فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ» (٣).

٢ - عن جراح المدائنى عن أبي عبد الله عليه السلام: « لا يحلف بغير الله. وقال: اليهودى والنصرانى والمجوسى لا تحلفوهم إلا بالله عز وجل » (٤).

٣ - عن الحلبي قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أهل الملل

ص: ٣٤٤

١- ١) مستدرک وسائل الشيعة ١٦: ٥٠/٥. كتاب الأيمان، الباب ١١.

٢- ٢) سنن البيهقي: ١٠/٢٩.

٣- ٣) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٥/١. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٤- ٤) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٦/٢. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

يستحلفون. فقال: لا تحلفوهم إلا بالله عز وجل» (١).

٤ - عن سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته هل يصلح لأحد أن يحلف أحداً من اليهود والنصارى والمجوس بآلهتهم؟

قال: لا يصلح لأحد أن يحلف أحداً إلا بالله عز وجل» (٢).

٥ - عن الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أهل الملل كيف يستحلفون؟ فقال: لا تحلفوهم إلا بالله» (٣).

٦ - عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن استحلاف أهل الذمة. قال: لا تحلفوهم إلا بالله» (٤).

٧ - عن علي بن مهزيار قال: «قلت لأبي جعفر الثاني عليه السلام: قول الله عز وجل: «وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ وَالنَّهَارِ إِذَا تَجَلَّىٰ». وقوله عز وجل «وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ» (٥) وما أشبه هذا. فقال: إن الله عز وجل يقسم من خلقه بما شاء، وليس لخلقه أن يقسموا إلا به عز وجل» (٦).

٨ - عن محمد بن مسلم قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام: قول الله عز وجل «وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ» (٧) «وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ» وما أشبه ذلك. فقال: إن لله

ص: ٣٤٥

١-١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٦/٣. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٧/٥. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٧/٦. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٩/١٤. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٥-٥) سورة النجم ٥٣: ١.

٦-٦) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٥٩/١. كتاب الأيمان، الباب ٣٠.

٧-٧) سورة الليل ٩٢: ١.

عزّوجل أن يقسم من خلقه بما شاء، وليس لخلقه أن يقسموا إلاّ به» (١).

٩ - عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا أرى للرجل أن يحلف إلاّ بالله. . . » (٢).

١٠ - عن سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا أرى للرجل أن يحلف إلاّ بالله. . . » (٣).

فهذه الأخبار تدلّ على أنه لا يستحلف أحد إلاّ بالله عزّ وجل، ولو كان كافراً بإنكار أصل واجب الوجود فضلاً عن غيره، وقد ورد في بعض الأخبار (٤) أن اليمين بغير الله يؤدّى إلى ترك الحلف بالله، أي أنه في المورد الذي يترجّح فيه اليمين، لا بدّ من الحلف بالله حتى لا يعظّم شيء في مقابله عزّوجل، لأن الحلف يكون عادة بماله أهميه وجلاله وعظمه، فالإلتزام بالحلف بالله تعالى تعظيم له وإثبات لعظمته ونفى لعظمه شيء سواه، وأما الإستحلاف في مورد المرافعه، فلا يجوز بغير الله عزّ وجل وإن رضى الطرفان بالحلف بغيره.

وهناك أخبار وارده في الاستحلاف بغير الله تعالى، سندكرها قريباً.

ثم إن ظاهر أخبار المقام عدم اعتبار إضافه شيء من صفات الذات أو الأفعال إلى الاسم في ترتب الأثر، لكن قال المحقق:

« وقيل: لا يقتصر في المجوس على لفظ الجلاله، بل يضم إلى هذه اللفظه

ص: ٣٤٤

١-١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٥٩/٣. كتاب الأيمان، الباب ٣٠.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٠/٤. كتاب الأيمان، الباب ٣٠.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦١/٥. كتاب الأيمان، الباب ٣٠.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٥٩/٢٥٩، الباب ٣٠ و٢٦٤، الباب ٣١.

الشريفه ما يزيل الاحتمال لأنه سَمِيَ النور إلهاً» (١).

أقول: هل يستحلف المجوسى الذى يسمّى النور آلهاً بالله تعالى كالمسلمين أو يقال له: «احلف بخالق النور» مثلاً وإن كان غير معتقد به؟ ظاهر (المبسوط) (٢) حيث قال: «فإن قيل: كيف حلفته بالله وليست عنده يمين؟ قلنا: ليزداد إثماً ويستوجب العقوبه» هو الثانى، لكن مقتضى إطلاق الأخبار هو الأول، وأما قول الشيخ: «ليزداد إثماً ويستوجب العقوبه» فلم يظهر لنا المراد منه.

وكذا الأمر بالنسبه إلى منكر أصل واجب الوجود، ومن يعتقد بإله غير الله، ومن يعتقد بإلهين كالثنويه، ومن يعبد الأصنام. . . لإطلاق الأدله.

عدم جواز الإحلاف بغير أسماء الله:

قال المحقق: «ولا يجوز الإحلاف بغير أسماء الله سبحانه، كالكتب المنزل والرسل المعظمه والأماكن المشرفه» (٣).

أقول: ويدلّ على ذلك النصوص الكثيره المذكور بعضها آنفاً، فلا يجوز الحلف بغير الله وإن تراضى الطرفان بالحلف بغيره، بل إن المصالحه على الحلف بغيره تعالى لا يفصل النزاع، لأن هذه اليمين محرمة إمّا تكليفاً ووضعاً وإمّا وضعاً فقط، على الخلاف، لأنه على الأول يكون الصّيح على أمر محرّم فعله، وعلى الثانى يكون على أمر لغو، فيكون أكل ما صولح عليه به أكلاً للمال بالباطل.

ووجه الخلاف فى هذا المقام بين الأصحاب هو اختلافهم فى الإستفاده من

ص: ٣٤٧

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨٧.

٢-٢) المبسوط فى فقه الإماميه ٦: ١٩٤.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ٨٧.

أدله النهى عن الاستحلاف بغير الله، ومع الشك في الحرمة التكليفية تجرى البراءة، وحينئذ لا يحكم بفسق المحلف والحالف، أما مع الشك في الحكم الوضعي فالأصل عدم النفوذ، والقدر المتيقن من النصوص دلالتها على عدم ثبوت الحق وعدم سقوطه باليمين بغير الله تعالى، وإن كان من الكتب المنزلة أو الرسل المعظمه أو الأماكن المشرفة.

لكن في بعض الأخبار ما ينافي تلك الأدلة، وهذه نصوص تلك الأخبار:

١ - عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: « إن أمير المؤمنين عليه السلام استحلف يهودياً بالتوراه التي أنزلت على موسى عليه السلام» (١).

٢ - عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: « سألته عن الأحكام. فقال: في كل دين ما يستحلفون به» (٢).

٣ - عن محمد بن قيس قال: « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: قضى على علي عليه السلام فيمن استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلف بكتابه وملته» (٣).

ولعل بالنظر إلى هذه الأخبار قال المحقق قدس سره:

« ولو رأى الحاكم إحلاف الذمى بما يقتضيه دينه أردع جاز» (٤).

لكن المشهور عدم جواز إحلاف اليهود والنصارى بغير الله، للنصوص التناهي عن ذلك عموماً وخصوصاً، وقد أجابوا عن خبر السكوني بضعف سنده،

ص: ٣٤٨

١-١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٦/٤. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٥٧/٧. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٧/٨. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ٨٧.

وفى (الوسائل): حمله الشيخ على أنه مخصوص بالإمام، وعلى هذا حملت الأخبار الأخرى أيضاً، وأما صحيح محمد بن مسلم فهو مجرد إخبار عن شرائعهم.

والحاصل، إن هذه النصوص لا تصلح معارضة للنصوص السابقة، لقصور بعضها سنداً والبعض الآخر دلالة. . .

وهل يجب أن يكون الحلف بلفظ الجلالة فقط؟

الواجب هو الحلف بذات الله المقدسه، أى المسمى بلفظ الجلالة والأسماء الحسنى، فيجزى أى اسم كان من أسماء الله سبحانه وتعالى، أو أى صفة من صفاته الخاصه به عزوجل.

استحباب تقديم العظه وتغليظ اليمين:

قال المحقق: « ويستحب للحاكم تقديم العظه على اليمين والتخويف من عاقبتها » (١).

أقول: بأن يذكر له مما ورد من ذلك فى الأخبار مثل:

١ - « من حلف بالله كاذباً كفر ومن حلف بالله صادقاً أثم » (٢).

٢ - « إن يمين الصبر الكاذبه تترك الديار بلاقع » (٣).

٣ - « من حلف على يمين وهو يعلم أنه كاذب فقد بارز الله » (٤).

ص: ٣٤٩

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٨٧.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٣: ١٩٩/٦. كتاب الأيمان، الباب ١.

٣- ٣) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٠٣/٢. كتاب الأيمان، الباب ٤.

٤- ٤) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٠٣/٤. كتاب الأيمان، الباب ٤.

٤ - « اليمين الصبر الكاذبه تورث العقب الفقر » (١).

٥ - « . . . إن اليمين الكاذبه وقطيعه الرحم ليزران الديار بلاقع من أهلها وتثقلان الرحم، وإن ثقل الرحم انقطاع النسل » (٢).

٦ - « قال الله عز وجل: لا أنيل رحمتي من يعرضني للأيمان الكاذبه. . . » (٣).

قال المحقق: « ويكفي أن يقول: والله ماله قبلي حق ».

أقول: والدليل على ذلك إطلاق الأدله.

قال: « وقد يغلظ اليمين بالقول والزمان والمكان، لكن ذلك غير لازم ولو التمس المدعى، بل هو مستحب استظهاراً في الحكم » (٤).

أقول: يدل على عدم وجوب التغليظ إطلاق الأدله في الأيمان، ويدل فعل أمير المؤمنين في إحلاف الأخرس كغيره من الأخبار على جواز التغليظ في اليمين، وقد استدل به على الإستحباب.

قلت: وفيه: إنه عليه السلام كتب تلك الكلمات وغسلها، وأمر الأخرس بشرب ذلك الماء، فإن كان الأخرس يعرف القراءة تحقق التغليظ، وإلا فأى تأثير لهذه الكلمات من حيث التغليظ؟ هذا غير واضح عندنا.

ثم إن الإمام قد حكم بعد امتناعه عن شرب ذلك الماء، من دون رد لليمين على المدعى، وهذا يخالف سائر الأخبار والقاعده المقرره في فصل الخصومه وكيفيه القضاء، مع أن فعل الإمام عليه السلام لا يدل على استحباب التغليظ، وإنما

ص: ٣٥٠

١-١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٠٤/٧. كتاب الأيمان، الباب ٤.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٠٧/١٥. كتاب الأيمان، الباب ٤.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٠٨/١٧. كتاب الأيمان، الباب ٤.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ٧٨.

على الجواز كما ذكر، فالتمسك بها لاستحباب التغليظ في اليمين في غير محلّه.

وقد يستدل بما رواه صفوان الجمال: « إن أبا جعفر المنصور قال لأبي عبد الله عليه السلام: رفع إليّ أن مولاك المعلّى بن خنيس يدعو إليك ويجمع لك الأموال، فقال: والله ما كان - إلى أن قال المنصور - فأنا أجمع بينك وبين من سعى بك، قال: فافعل. فجاء الرجل الذى سعى به، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: يا هذا أتحلف؟ فقال: نعم والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم لقد فعلت. فقال له أبو عبد الله عليه السلام: ويلك، تبجل الله فيستحي من تعذيبك ولكن قل: برئت من حول الله وقوته وألجئت إلى حولى وقوتى، فحلف بها الرجل فلم يستتمها حتى وقع ميتاً. فقال أبو جعفر المنصور: لا أصدّق عليك بعد هذا أبداً، وأحسن جائزته و ردّه» (١).

ولكن دلالتها على الاستحباب غير واضحة.

واستدل بروايه السيد الرضى قدس سرّه عن أمير المؤمنين عليه السلام: « أحلفوا الظالم إذا أردتم يمينه بأنه برى من حول الله وقوته، فإنه إذا حلف بها كاذباً عوجل، وإذا حلف بالله الذى لا إله هو لم يعاجل، لأنه قد وحّد الله سبحانه» (٢).

وهذه الرواية لا تدلّ على الإستحباب، بل الأمر فيها ظاهر فى الإرشاد، ويشهد بذلك قوله بعده: إذا أردتم...

واستدل بروايه الراوندى قدس سرّه عن الرضا عليه السلام عن أبيه: « إن رجلاً وشى إلى المنصور أن جعفر بن محمد عليه السلام يأخذ البيعه لنفسه على

ص: ٣٥١

١-١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٩/١. كتاب الأيمان، الباب ٣٣.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٧٠/٢. كتاب الأيمان، الباب ٣٣.

الناس ليخرج عليهم، فأحضره المنصور، فقال الصادق عليه السلام: ما فعلت شيئاً من ذلك، فقال المنصور لحاجبه: حلف هذا الرجل على ما حكاه عن هذا - يعني الصادق عليه السلام - فقال الحاجب: قل والله الذي لا إله إلا هو، وجعل يغلظ عليه اليمين. فقال الصادق عليه السلام: لا تحلفه هكذا. . . فقال المنصور: فحلفه إذاً يا جعفر، فقال الصادق عليه السلام للرجل: قل: إن كنت كاذباً عليك فبرئت من حول الله وقوته ولجأت إلى حولي وقوتي. فقالها الرجل، فقال الصادق عليه السلام: اللهم إن كان كاذباً فأمته، فما استتم كلامه حتى سقط الرجل ميتاً. . .» (١) وهذا أيضاً لا يدل على الاستحباب.

فالإنصاف: إنه لا دليل على استحباب التغليظ، ومن هنا قال في (المسالك): هذا الحكم هو المشهور بين الأصحاب، وذكروا أنه مروى، وما وقفت على مستنده (٢).

وكيف كان، فقد قال المحقق: «فالتغليظ بالقول مثل أن يقول: والله الذي لا إله إلا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك الذي يعلم من السر ما يعلمه من العلانيه، ما لهذا المدعى على شيء مما ادّعاه، ويجوز التغليظ بغير هذه الألفاظ مما يراه الحاكم» (٣).

أقول: كما في روايه إichلاف الأخرس، وروايه نهج البلاغه، وغيرهما.

قال: «وبالمكان، كالمسجد والحرم وما شاكلة من الأماكن المعظمه، وبالزمان، كيوم الجمعة والعيد وغيرها من الأوقات المكرمه»

ص: ٣٥٢

١-١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٧٠/٣. كتاب الأيمان، الباب ٣٤.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٣: ٤٧٨.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ٨٧.

أقول: ومن التغليظ ما تعارف بين الناس فعله، من وضع اليد على المصحف الشريف في حال أداء اليمين.

قال: « ويغلظ على الكافر بالأماكن التي يعتقد شرفها، والأزمان التي يرى حرمتها » .

أقول: يدلّ عليه ما رواه الحسين بن علوان، عن جعفر، عن أبيه « أن علياً كان يستحلف اليهود والنصارى في بيعهم وكنائسهم، والمجوس في بيوت نيرانهم ويقول: شدّدوا عليهم احتياطاً للمسلمين » (١).

وما رواه أبو البختری عن جعفر عن أبيه « إن علياً عليه السلام كان يستحلف اليهود والنصارى بكتابهم، ويستحلف المجوس ببيوت نيرانهم » (٢).

قال: « ويستحب التغليظ في الحقوق كلّها وإن قلت عدا المال، فإنه لا يغلظ فيه بما دون نصاب القطع » .

أقول: استحباب التغليظ هو المشهور، بل ادّعى عليه الإجماع، لكن تقدّم أنه لا دليل عليه، وأما النهي عن التغليظ في المال الأقل من نصاب القطع، فقد ورد في خصوص كونه عند قبر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، وهو ما رواه محمد بن مسلم وزراره عنهما عليهما السلام جميعاً قالوا: « لا يحلّف أحد عند قبر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ على أقلّ مما يجب فيه القطع » (٣).

ص: ٣٥٣

١-١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٨/١١. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٨/١٢. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٨/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٩.

الأول: حكم ما لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ:

قال المحقق: « لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لم يجبر، ولم يتحقق بامتناعه النكول» (١).

أقول: استدلل له بالأصل، أى: إن الأصل عدم جواز إجباره على ذلك، وقبله إطلاقات أدلّه القضاء وكيفيه الحكم، مضافاً إلى قوله عليه السلام: « من حلف بالله فليصدق، ومن حلف له بالله فليرض، ومن لم يرض فليس من الله» (٢) وفى (الجواهر) (٣): بلا خلاف أجده إلا عند من ستعرف. ثم نقل الخلاف عن بعض العامه من وجوبها عليه وتحقق النكول بالامتناع لو طلبه الحاكم منه.

لكن بناءً على كون الإحلاف وكيفيته حقاً للمدعى، يجب عليه الإجابة، وفى روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله: « . . . فإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه بينه، فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله إلا هو لقد مات فلان وأن حقه لعليه، فإن حلف وإلا فلا حق له. . .» (٤) فإن ظاهرها أن الامتناع عن اليمين المغلظه نكول، لكن لا يبعد أن لا يكون النظر فيها إلى كيفيه بل المراد - كما عليه الأكثر - هو الإمتناع عن أصل اليمين وأنه إن لم يحلف فلا حق له.

وذكر فى (الجواهر) وجه خلاف بعض العامه بقوله: ولعل وجهه أنه لا

ص: ٣٥٤

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٨٨.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢١١/١. كتاب الأيمان، الباب ٦.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٢٣٤.

٤- ٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٦/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٤.

فائده فى استحبابه للحاكم مع فرض عدم وجوبه على المدعى عليه، مضافاً إلى استمرار السيره على توجيه اليمين مغلظه على المنكر... (قال): إلا أن ذلك كله كما ترى.

أى: لأن اللغويه ممنوعه، لأن أثر استحباب التغليظ للحاكم هو تخويف المدعى عليه وتشديد الأمر عليه، لئلا يقدم على اليمين الكاذبه (١)، ولأن اتصال هذه السيره بزمن النبى صلى الله عليه وآله وسلم. غير معلوم، ولو سلم، فإنها لا تدل على وجوب الإجابة وأنه لو امتنع كان ناكلاً..

فالحاصل: إن فى المسأله قولين: الوجوب، وهو لأصحابنا، وعدم الوجوب، وهو لبعض العامه (٢)، ولا قائل بالإستحباب.

وعن آخر من العامه: التفصيل بين التغليظ الزمانى والمكانى، فتجب الإجابة عليه فيه، وبين التغليظ القولى فلا- تجب، ولعله لإطلاق أدله اليمين، وأما وجوبها بالنسبه إلى الزمانى والمكانى، فلائن للمدعى أن يؤخر استحلافه إلى يوم الجمعة أو إلى المسجد مثلاً، وليس للمدعى عليه الامتناع من ذلك. قال فى (الجواهر): وفيه: أنه يمكن أن يكون الأمر بالعكس... لكن فى (كشف اللثام) الموافقه على ذلك، فلم يجوز الجبر فى التغليظ القولى، (قال): أما بالزمان والمكان

ص: ٣٥٥

١- ١) كما عن أمالى الشيخ: «اختصم امرؤ القيس ورجل من حضرموت إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى أرض فقال: ألك بينه؟ قال: لا، قال: فيمينه. قال: إذن والله يذهب بأرضى. قال: إن ذهب بأرضك بيمينه كان ممن لا ينظر الله إليه يوم القيامة ولا يزكّيه وله عذاب أليم. قال: ففزع الرجل وردّها إليه» وسائل الشيعه ١٨: ١٧٢.

٢- ٢) روضه الطالبين ٨: ٣١٢.

فيجبر عليهما، فإن اليمين حق للمدعى... (١).

أقول: إن التغليظ مطلقاً مستحب للحاكم، على المشهور، والمستحب يتسامح فيه، إلا أنهم دققوا النظر في المسألة من جهة ترتب أثر النكول وعدم ترتبه على الإمتناع عن الإجابة.

ثم هل يقتضى قوله عليه السلام: « لا يحلف أحد عند قبر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ على أقل مما يجب فيه القطع » (٢) - بناءً على قراءته بالتشديد - جواز التغليظ في الحقوق والأموال كلها مطلقاً إلا على الأقل مما يجب فيه القطع، أى سواء كان عند قبره أو غيره من الأماكن المشرفة، وسواء كان التغليظ مكانياً أو زمانياً؟

الإنصاف: إن استفاده هذا الحكم الكلى من الخبر مشكل.

قال فى (الجواهر): ولو ادعى العبد - وقيمه أقل من نصاب القطع - العتق، فأنكر مولاه، لم يغلظ، ولو ردّ فحلف العبد غلظ عليه، لأن العتق ليس بمال ولا المقصود منه المال (٣).

الثانى: حكم ما لو حلف لا يجيب إلى التغليظ:

قال المحقق: « لو حلف لا يجيب إلى التغليظ فالتمسه خصمه لم تنحل يمينه » (٤).

ص: ٣٥٦

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٣٤ - ٢٣٥.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٨/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٩.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٢٣٥.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ٨٨.

أقول: لو حلف الشخص على أن لا يحلف اليمين المغلظة انعقدت يمينه، ولو خالف وجبت عليه الكفارة، فإن التمسه خصمه قال المحقق: لا تنحل يمينه، لعدم رجحان التغليظ، بل إن مفاد بعض الأخبار كراهه اليمين المغلظة ومرجوحيتها. . . وليس من شرط متعلق اليمين أن يكون راجحاً - كما هو الحال في متعلق النذر - بل يشترط فيه أن لا يكون مرجوحاً. واستحباب إحلاف الحاكم إياه كذلك لا يلزم استحباب إجابته الحالف إليه.

أقول: لكن يمكن القول بأن أدله استحباب إجابته دعوه المؤمن وقضاء حاجته، توجب زوال الكراهه وتحقق الرجحان لليمين المغلظة، نظير الصوم المستحب حيث يترجح الإفطار منه لو طلب ذلك، ونظير ما إذا نذر الولد ترك شىء كشرب التتن مثلاً حيث قالوا بانحلاله بأمر والده بفعل ذلك، لأن فعله حينئذ يترجح على تركه، ومن شرط انعقاد النذر رجحان متعلقه.

بل الظاهر عدم انعقاد اليمين مع طلب المؤمن على أن لا يجيب.

على أن هناك أخباراً تدل على أن الرجل لو حلف يميناً على أمر، ثم رأى مخالفتها خيراً من الوفاء بها، جاز له المخالفة بل استحباب ولا- كفاره عليه. . . فعن سعيد الأعرج: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحلف على اليمين فيرى أن تركها أفضل، وإن لم يتركها خشى أن يآثم، أتركها؟ قال: أما سمعت قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: إذا رأيت خيراً من يمينك فدعها» (١).

واستدل في (الجواهر) لما ذكره المحقق بأن « حق المستحلف متأخر عن لزوم

ص: ٣٥٧

اليمين» (١). أى: إنه لما حلف على أن لا يجيب، فقد لزمتم اليمين، وحق المستحلف فى إحلافه متأخر عن لزومها، وهذا الدليل لا يلائم الدليل السابق عليه، لأنه مع فرض عدم استحباب الإجابة لعدم الملازمه لا يبقى حق للمستحلف، إلا أن يكون هذا الوجه بعد الغض عن ذاك الوجه السابق له.

ثم قال: وما ورد من أن طرّو أولويّه المحلوف على تركه يبيح الحلّ، لا- يجدى، إذ لا أولويّه للحالف وإن التمسه الخصم، أى طلبه منه. . .

وهذا الكلام إشاره إلى خبر سعيد الأعرج ونحوه، الظاهر فى جواز المخالفه بل استحبابها.

قال: لكن فى (الدروس) (٢): ولو حلف على عدمه، فى انعقاد يمينه نظر، من احتمالها على ترك المستحب، ومن توهم اختصاص الإستحباب بالحاكم. وقد اعترض عليه بقوله: وفيه أنه لا خلاف أجده فى اختصاص الإستحباب به، بل فى (الرياض) (٣): نسبته إلى ظاهر النص والفتوى، بخلاف من عليه الحلف، فإن الأرجح له ترك التغليظ بل الأرجح له ترك الحلف بالله. . . ومن هنا قال فى (كشف اللثام) (٤) معروضاً بما سمعته من الدروس: واحتمال عدم انعقاد اليمين باستحباب التغليظ فى غايه الضعف» .

ص: ٣٥٨

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٣٦.

٢-٢) الدروس الشرعيه ٣: ٩٦.

٣-٣) رياض المسائل ١٥: ١٠٧.

٤-٤) كشف اللثام ١٠: ١١٦.

قلت: لكن (كاشف اللثام) ممن قال بالفرق بين التخليط القولي وبين التخليط الزماني والمكاني، فاختار لزوم الإجابة في الثاني دون الأول، وعلى هذا المبني، فلا مانع من القول بانحلال اليمين السابقه على عدم الإجابة.

ثم إن اليمين تاره: تكون في المرافعات الماليه، فهنا يمكن أن يقال بتخير المدعى عليه بين اليمين وبين دفع المال المدعى، ولكن هل يمكن أن يكون الشيء الواجب بالوجوب التخييري مكروهاً في نفس الوقت؟ وأخرى: تكون في الجنایات، فإنه إذا لم يحلف حينئذ يجرى القصاص في حقه، فيكون الحلف حينئذ واجباً عليه بالوجوب التعيني، وحيث تجب اليمين فكيف يقال بكرهتها؟ فمن هنا قال في (الجواهر) (1): ولكن الإنصاف عدم خلوّ المسأله بعد من إشكال. . .

وكذا الأمر بالنسبه إلى التخليط، ولذا قال قدس سرّه: بل وكذا المغلظه منها بعد أمر الحاكم بها كذلك. . .

قال: بل لا- يخفى استبعاد رجحان التخليط للحاكم على وجه يأمر به من عليه اليمين مع استحباب عدمه من الحالف، وإن كان مخالفاً للحاكم الذي لا ينبغي أن يأمره بما هو مكروه في حقه، كما هو مقتضى القول المزبور.

فتلخص: أن ما ذكره المحقق قدس سرّه مشكل.

أقول: تاره: يجتمع حكمان من الأحكام الخمسه في موضوع واحد مثل: « أنقذ الغريق، ولا تغصب» فيمن اتفق غرقه في مكان مغصوب، وحينئذ، يتقدم أحدهما الأهم بحكم العقل.

وتاره: يتوجه أحد الحكمين إلى ذات الموضوع والآخر إلى ذاك الموضوع مقتيداً بأن لا يتوجه إليه حكم آخر، وحينئذ، لا ريب في تقدم الحكم الأول على الثاني في حال اجتماعهما، ومن هنا قلنا بوجوب الحج على من نذر - قبل حصول

ص: ٣٥٩

الإستطاعه - أن يزور أبا عبد الله الحسين عليه السلام في كل عرفه، ثم حصلت له الإستطاعه، وانحلال نذره المذكور، خلافاً لصاحب (العروه) قدس سرّه، لأن الشرط في وجوب الحج هو الإستطاعه من حيث المال والبدن وتخليه السرب، وحيث تحقق ذلك كانت الإستطاعه متحققه ووجب الحج، لأن الأمر بالحج متوجّه إلى ذات الحج، والأمر بالوفاء بالنذر - في حقيقته - متوجّه إلى زياره عرفه المقيده بعدم استلزامها لتفويت الحج (١).

وفيما نحن فيه، إن كان الأمر بالحلف المغلظ متوجّهاً إلى ذات اليمين من دون قيد الرجحان، وكان الأمر بالتزام ما حلف عليه سابقاً مقيداً بعدم استلزام ذلك لترك ما هو الراجح، فإنه يتقدّم أمر الحاكم باليمين المغلظه، إجابته لالتماس الخصم وتنحلّ اليمين السابقه.

كيفية استخلاف الأخرس:

□
قال المحقق: « وحلف الأخرس بالإشاره، وقيل: وضع يده على اسم الله في المصحف، أو يكتب اسمه سبحانه ويضع يده عليه، وقيل: يكتب اليمين في لوح ويغسل ويؤمر بشربه بعد إعلامه، فإن شربه كان حالفاً وإن امتنع ألزم الحق،

ص: ٣٦٠

١- ١) قال السيد بأن الحج مشروط بالاستطاعه الشرعيه بالإضافة إلى الإستطاعه من حيث المال والبدن وتخليه السرب، وقد أفتى بناء على ذلك بعدم وجوب الحج على من نذر قبل حصول الإستطاعه الماليه والبدنيه أن يزور الحسين عليه السلام في كل عرفه، لأن الوفاء بهذا النذر واجب ولو حج لفات هذا الواجب، فهو معذور شرعاً من الحج لعدم الاستطاعه الشرعيه، كالعقل في المنع من الوجوب. وقد ذكر سيدنا الاستاذ في حاشيه العروه أن الشرط في وجوب الحج على ما يستفاد من الروايات هو الاستطاعه من حيث المال والبدن وتخليه السرب، وأما اشتراط عدم تفويت واجب آخر فلا يستفاد منها، ولذا يجب الحج في الفرض المذكور. العروه الوثقى ٢: ٢٢٩ / المسأله، ٢٤٢ / المسأله ٣٢.

استناداً إلى حكم على عليه السلام في واقعه الأخرس» (١).

أقول: فالأقوال في كيفية استحلاف الأخرس مختلفه، ومستند الأخير صحيحه محمد بن مسلم التي ذكرناها سابقاً، وربما يستظهر منها التعيين، ولكن الأصحاب لم يعملوا بها بهذا الوصف، إذ لعل الإمام عليه السلام كان عالماً بحقيقه الحال وواقع الأمر في تلك الواقعه، وقد يؤيد ذلك بحكمه بعد امتناعه عن الشرب من دون ردّ لليمين على المدعى، وقد يقال بكونها قضيه في واقعه لا سيما بالنظر إلى ما ذكر، أو أن ذلك كيفية من أنحاء استحلاف الأخرس.

والحق أنه لا يستفاد منها الحصر، لأن لفظ اليمين الذي كتبه الإمام عليه السلام يختلف من حيث التخليط عمّا جاء في الأخبار الأخرى، ولذا احتاط في (الجواهر) (٢) بالجمع بين الإشاره المفهمه التي بها يتم العقد والإيقاع وغيرها من الأخرس، وبين الكيفيه المذكوره مع رضاه بشرب ذلك الماء، وإلا فالإشاره.

هل يشترط كون الاستحلاف في مجلس الحكم؟

قال المحقق: «ولا يستحلف الحاكم أحداً إلا في مجلس قضائه إلا مع العذر، كالمرض المانع وشبهه..» (٣).

أقول: لقد ادعى الإجماع على هذا الحكم، وظاهر (الجواهر) أن الإستحلاف في مجلس القضاء والحكم - أي كونهما في مجلس واحد - من شرائط نفوذ الحكم، فتكون عبارته المحقق هذه كقوله: «لا يستحلف أحد إلا بالله..»

ص: ٣٤١

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٨٨.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٣٩.

٣-٣ (٣) شرائع الإسلام ٤: ٨٨.

ونحوه، ويكون نتيجة ذلك أنه لو استحلفه في غير ذاك المجلس من غير عذر لم يؤثر الحكم المتعقب له. . . قال في (الجواهر)
(١): ولعله لأصالة عدم انقطاع الدعوى بغيره، بعد الشك أو الظن بعدم تنازل الإطلاق الوارد في تعليم ميزان القضاء للحكام لغير
الغرض ولو للإتفاق المزبور، بل يمكن دعوى انسباق ذلك منه، خصوصاً النصوص المستفيضة المشتملة على الشكوى من نبي
من الأنبياء إلى الله تعالى من القضاء بما لم تر العين ولم تسمع الأذن، فقال: « إقض بينهم بالبيّنات وأضفهم إلى اسمى يحلفون
به » (٢). الظاهره في مباشره ذلك بنفسه، فلا تصح الإستتابه فيه حينئذ.

لكن في (المسالك) جعل المراد من العبارة الكراهه، فإنه قال: قد تقدّم أن مكان التغليظ المستحب للحاكم المسجد ونحوه،
وحيئنذ، فالنهي عن الإستحلاف في غير مجلس القضاء المراد به منه الكراهه إنما يتم على تقدير كون مجلس القضاء من أمكنه
التغليظ، وإلا لم يتم النفي والنهي مطلقاً، أو يحمل على يمين لا تغليظ فيها. . .

بل ظاهر (السرائر) (٣) أن استحلافه في مجلس الحكم من الامور المستحبه للحاكم، فإنه قال: « وينبغي للحاكم أن لا يحلف
أحداً إلا في مجلس الحكم. . . » فيكون من المستحبات مثل استحباب التغليظ للحاكم. . . وبناء عليه، يتوجه البحث عن استحباب
ذلك للحالف أيضاً وعدم استحبابه.

ولكن الأكثر على الأول، وهو جعل « لا يستحلف » عزيمة، ولذا تعرّضوا

ص: ٣٤٢

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٤٠.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٢٩/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١.

٣-٣ (٣) السرائر في الفقه ٢: ١٦٤.

لنفوذ الحكم وعدمه بدون ذلك، ولو كان مكروهاً أو مستحباً لم يكن لذلك البحث هنا وجه، ولما تمسكوا بالأصل.

أقول: إلا أن الشك الذي ذكره في (الجواهر) مسبب عن الشك في شرطيه الإستحلاف في مجلس الحكم لنفوذ الحكم، فيكون المرجع هو البراءة، وتكون النتيجة نفوذ الحكم، وأما الخبر الذي ذكره قدس سره فإن ظهوره في المباشرة ليس لفظياً، نعم، اللازم العقلي لتوجه الخطاب بإضافه الحاكم ذلك إلى اسمه تعالى هو المباشرة، إلا إذا قامت قرينه على أن المطلوب غير مشروط بالمباشرة، وحيث لا قرينه فلا حجة للمخاطب على الترك.

ثم إن بعض الامور تقبل الوكالة عرفاً كالعقود، فتشملها أدلّه الوكالة وإن كانت أدلّه تلك الامور ظاهره في المباشرة، لأن أدلّه الوكالة تنزل الغير منزله الموكّل، فإن كان الاستحلاف منها شملت أدلّه الوكالة كذلك، ولم يلزم مباشرة الحاكم له، بل يكفي استحلاف وكيله، ويكفي استحلافه سواء كان في المجلس أو غيره، عملاً بإطلاق «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»، وإن كان الاستحلاف من الامور غير القابلة للتوكيل كما هو الأصل في العبادات، فالمباشرة لازمه. . .

هذا كلّ، إلّامع العذر، كالمرض المانع من الحضور وشبهه، فإن الأكثر - بل نفى الخلاف فيه - على أن الحاكم يستتبع من يحلفه في مكانه، وكذا المرأه التي لا- عاده لها بالبروز إلى مجمع الرجال، فإنه يرسل إلى منزلها من يستحلفها. . . وقيل: يجب على الحاكم المضى بنفسه مع فرض عدم النقص عليه، وقيل: بالتوقف حتى يزول العذر.

قلت: لكن أدلّه الوكالة مطلقه تعم صورته الإختيار والإضطرار، فإن كان

الأمر يقبلها جاز التوكيل فيه مطلقاً وإلا- فلا كذلك، اللهم إلا أن يكون إجماع، فالأحوط هو القول الأول، وعند الإضطرار، فالقول الثاني مع فرض عدم النقص عليه، وإلا فالثالث، اللهم إلا إذا استلزم التوقف الضرر. . . وإن كان القول بعموم أدله الوكاله - إلا ما خرج بالدليل - غير بعيد، ويشهد به تجويزهم لذلك عند الإضطرار، وقد تقدم سابقاً بإشاره إلى ذلك (1).

ص: ٣٦٤

١-١) فى البحث عن جواز التوكيل فى القضاء وعدمه.

قال المحقق قدس سره: « اليمين تتوجه على المنكر تعويلاً على الخبر، وعلى المدعى مع الرد ومع الشاهد الواحد، وقد تتوجه مع اللوث في دعوى الدم» (١).

أقول: الأصل في اليمين أن تتوجه على المنكر، وقد أستثنى من ذلك موارد، ذكر المحقق ثلاثة منها:

أحدها: رد المنكر اليمين على المدعى.

والثاني: ثبوت الدعوى بيمين المدعى مع الشاهد الواحد في دعوى الدين.

والثالث: ما إذا كانت دعوى المدعى في القتل مقرونه بالظن، فهنا تتوجه إليه اليمين، على تفصيل ذكر في محله.

وتتوجه اليمين على المدعى في الدعوى على الميت مع البيئه، وفي الموارد التي لا تعلم حقيقه الحال فيها عادة إلا من قبل المدعى، كما إذا طلقت المرأة فادعت كونها غير طاهره عند الطلاق.

والحاصل: إن الأصل توجهها على المنكر، وهذا الأصل قانون كلى مستفاد من الأخبار (٢)، ويكون هو المرجع في كل مورد شك في توجه اليمين فيه على المدعى

ص: ٣٤٥

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨٩.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٣. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ٣.

أو المنكر. . . وقد جاء في أكثر تلك الأخبار: « واليمين على المدعى عليه » لكن الفقهاء يعبرون عنه بـ « المنكر » ، ولعله من جهة أن المدعى عليه قد لا تجب عليه اليمين، كما إذا أقر بما يدعيه المدعى.

□
وهذه الأخبار تقيّد إطلاق قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان » (١) إن كان مطلقاً.

قال: « ولا يمين للمنكر مع بينه المدعى » (٢).

أقول: ويدل على ذلك النصوص أيضاً (٣).

قال: « لانتفاء التهمة عنها » .

أقول: أى لما يقيم المدعى البينه وهي حججه شرعيته من دون ضمّ يمين إليها تنتفى التهمة عن الدعوى.

قال: « ومع فقدها، فالمنكر مستند إلى البراءة الأصلية، فهو أولى باليمين » .

أقول: هذا معنى آخر للأصل المذكور سابقاً، فإنه مع فقد المدعى للبينه، يكون المنكر مستنداً إلى البراءة الأصلية، إذ الأصل براءة ذمه المنكر عمّا يدعيه المدعى، وحيث ادّعى عليه فهو أولى باليمين من المدعى، فإن حلف سقطت الدعوى.

وأما استحلاف المدعى الذى لا بينه له على ما يدعيه، فيتوقف جوازه على وجود دليل فى مقابل الأصل الذى يقتضى براءة ذمه المدعى عليه، وأما « إنما أفضى بينكم. . . » فقد ذكرنا أن المراد منه بيان ميزان القضاء، وليس فيه تعرّض إلى

ص: ٣٤٤

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٨٩.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤١. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ٧.

من عليه البيئه ومن عليه اليمين، فلا إطلاق له.

على أن يد المنكر على مورد الدعوى لا ترتفع بيمين المدعى، وأما تقدّم البيئه على اليد فقد ثبت بالدليل.

أقول: لكن الظاهر أن هذا المعنى لا يصلح لأن يكون الحكمه لجعل الشارع اليمين وظيفه للمنكر، وليس معنى آخر للقاعده الكليه فى المقام، بحيث يكون المرجع لدى الشك لولا النصوص المشار إليها.

حكم ما إذا كان الحلف على نفي فعل الغير وفروع ذلك

قال المحقق: « ومع توجهها يلزم الحلف على القطع مطرداً، إلا على نفي فعل الغير فإنها على نفي العلم» (١).

أقول: هذا أحد الأقوال فى المسأله، وفيها قولان آخران:

أحدهما: لزوم أن يكون الحلف على نفي العلم دائماً، لأن المؤثر هو العلم، فلو ادعى على زيد حقاً، كان مجرد عدم علمه بالحق كافياً لعدم ثبوته، ولا حاجه إلى نفيه كونه مديناً للمدعى.

والثانى: لزوم كون الحلف على البت والقطع، سواء كان على فعله أو فعل غيره، إذ لا معنى للتقابل بين الواقع ونفي العلم به، بل إن اليمين يجب أن تكون دائماً مع الجزم واليقين بنفي الدعوى مطلقاً.

أقول: والذى وجدنا فى النصوص هو الحلف والاستحلاف على نفي

ص: ٣٦٧

المدعى، ولم نجد فى شى منها أن يحلف على نفى العلم (1) وكيف كان، فالمعتبر هو الجزم، سواء قلنا بأن نفى المدعى يستلزم نفى العلم به أو لا، وقد أفتى بعضهم بأنه حيث ينكر المدعى به له أن يحلف على نفيه وأن يحلف على نفى العلم به، وأما على القول بلزوم اليمين على نفى المدعى على البت، فلا يكفى اليمين على نفى العلم حينئذ.

وبناءً على القول الثانى، لو ادعى عليه ديناً ولا بينه له، وجب عليه الأداء فى صورة العلم بكونه مدينًا، ومع الشك لا يجب، لأصالة البراءة، فإن ادعى علمه بذلك ونكل المدعى عليه عن اليمين، ثبت الحق ووجب عليه الأداء، وحينئذ، يتوجه على هذا القول أنه لا يمكن أن يكون الميزان اليمين على نفى العلم فى كل مورد، مع أنه مخالف لظواهر النصوص المشار إليها، ومن هنا، فقد حمل هذا القول على كون الدعوى على فعل الغير مع دعوى كون المدعى عليه عالمًا، فهناك يحلف على نفى العلم.

ثم إنه لو ادعى عليه ما ليس يعلمه ولم يطلب منه اليمين على نفى العلم، سقطت الدعوى، لأن الجواب بنفى العلم بمنزله الإنكار، فإن لم يكن له بينه ولم يستحلفه كانت الدعوى ساقطة.

هذا، وهنا فروع يشكل حكمها وإلحاقها بأحد القسمين، قال المحقق:

« فلو ادعى عليه ابتياع أو قرض أو جنايه فأنكر، حلف على الجزم، ولو ادعى على أبيه الميت لم يتوجه اليمين ما لم يدع عليه العلم، فيكفيه الحلف أنه لا

ص: ٣٤٨

١ - ١) أنظر: خبر عبد الرحمان بن أبى عبد الله، وخبر ابن أبى يعفور، وخبر كيفية احلاف الأخرس، وقد وردت نصوصها فى الكتاب.

يعلم» (١).

أقول: أما في الفرع الأول، فلأنّ الابتاع مثلاً فعل نفسه، فإذا أنكر حلف على الجزم، وأما في الفرع الثاني، فلا تتوجه عليه اليمين، لأنه فعل الغير، فإن ادّعى عليه العلم بفعل أبيه الميت - مثلاً - كفاه الحلف على أنه لا يعلم.

هذا، وظاهر قوله: « فيكفيه الحلف أنه لا يعلم » هو فصل الخصومه بهذا الحلف، وأما إذا لم يحلف كانت الخصومه باقية وتسمع بينه المدعى حينئذ، وسيأتي بيان ذلك قريباً.

ومن الفروع ما ذكره بقوله: « وكذا لو قال قبض وكيلك » .

يعنى: أنه لو طالبه بحقه فقال له: قبض وكيلك، فإن كان يعلم بعدم القبض جاز له الحلف على الجزم على قول، وقيل: لا يجوز، لأنه فعل الغير.

أقول: لكن قد يحصل له العلم والجزم بعدم القبض وإن كان فعل غيره، فحينئذ يجوز له الحلف على القطع، لأن المنع عن اليمين على فعل الغير هو من جهه الجهل به غالباً، فإن علم به جاز، كما إذا قال المدين: قبضه وكيلك الساعة العاشره من صباح يوم الجمعة، وقد 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. . .

فإن لم يعلم الموكل لم يجز له الحلف، وكذا لا يحلف على نفي العلم ما لم يدّع عليه ذلك، وحيث لا بينه للمدعى عليه على الأداء، وجب عليه دفع الحق.

وفي (الجواهر) عن كشف اللثام: « فإذا حلف الموكل أثبت المدعى قبض الوكيل أو حلف على البراءة. وفيه: إنه لا وجه للحلف بدون رضا الموكل. . . » (٢).

ص: ٣٦٩

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨٩.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٤٣.

أقول: ليس في (كشف اللثام) (١) ما يفيد ذلك، وهذا نصّ كلامه معلّقاً على قول العلامة: « ولو قال قبض وكيك حلف على نفى العلم» بقوله: « دون البتّ، لأنه فعل الغير وإن قيل أن يده وقبضه قبضه» نعم، في (القواعد) (٢) فرع آخر ذكره بقوله: « ويكفي مع الإنكار الحلف على نفى الاستحقاق وإن نفى الدعوى على رأى» .

هذا، ولكن قال المحقق الآشتياني (٣) قدّس سرّه: إنه لو ادّعى علمه بالقبض لم تسمع دعواه - لا- أنه يحلف لنفيه - لأن علم الموكل لا يلازم صدق الدعوى، إذ قد يكون جهلاً مركّباً، ولا يكون حجّة للحاكم حتى يحكم على طبقه.

وفيه: إنه منقوض بما لو ادعى علمه بقبض الوكيل فصدّقه الموكل، فإن هذا التصديق يكون بمنزله الإقرار عرفاً، وإن احتمل عقلاً كونه جهلاً مركّباً، فظهر أن لدعوى العلم بالقبض أثراً، ولا أقل من نهى الحاكم إياه عن المطالبة حينئذ، فلماذا لا تسمع؟

ومن الفروع ما ذكر في (المسالك) (٤) و (الجواهر) (٥): لو ادّعى عليه أن عبده

ص: ٣٧٠

١-١ (١) كشف اللثام ١٠: ١٢٩.

٢-٢ (٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٤٧.

٣-٣ (٣) كتاب القضاء.

٤-٤ (٤) مسالك الأفهام ١٣: ٤٨٦.

٥-٥ (٥) جواهر الكلام ٤٠: ٢٤٣.

جنى على المدعى ما يوجب استحقاقه أو بعضه، فأنكر، فوجهان، من أنه فعل الغير فيحلف على نفي العلم، ومن أنه عبده ماله وفعله كفعل نفسه ولذلك سمعت الدعوى عليه، فيحلف على البت.

فعلى الثانى: إن لم يحلف يكون ناكلاً، بخلاف الأول فلا يكون ناكلاً بعدم الحلف، فإن كان للمدعى بينه على الجنايه فهو، وإلا سقطت دعواه.

ومنها: 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، أو لا، لأنه فعل الغير؟ قولان.

وعن الشهيد: إن العبد يخالف البهيمه من وجهين: أحدهما: إن البهيمه لا- تضمن جنائتها إلا مع التفريط، بخلافه، والآخر: إن جنايه العبد تتعلق برقبته، فإذا أتلف لم يضمن مولاه، بخلاف البهيمه، فإنها إذا أتلفت بتفريط، فإن المالك يضمن جنائتها ولا تتعلق برقبته.

ومنها: لو نصب البائع وكيلاً ليقبض الثمن ويسلم المبيع، فقال له المشتري: إن موكلك أذن فى تسليم المبيع وأبطل حق الحبس وأنت تعلم، فهل يكتفى بالحلف على نفي العلم لأنها لنفى فعل الغير، أو لابد من اليمين على البت لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع، فإن لم يحلف قضى عليه بالنكول أو برد اليمين؟ وجهان.

ومنها: لو طولب البائع بتسليم المبيع، فادعى حدوث عجز عنه وقال للمشتري: أنت عالم به. قيل: يحلف على البت لأنه يستبقى بيمينه وجوب تسليم المبيع إليه، ويحتمل الحلف على نفي العلم، لأن متعلقه فعل الغير.

ومنها: ما لو مات عن ابن فى الظاهر فجاء آخر فقال: أنا أخوك فالميراث بيننا، فأنكر، قيل: يحلف على البت أيضاً، لأن الاخوه رابطة جامعهم بينهما، ويحتمل قوياً حلفه على نفي العلم.

ثم إن المراد من «الغير» هو أن لا يكون الفعل مستنداً إلى نفسه مع الإلتفات، وإن لم يكن مستنداً إلى «غيره» .

هذا، وقد اعترض صاحب (الجواهر) على القول الأول، بعد ذكر الفروع المذكوره بقوله: « ولكن تحقيق الحال في ذلك متوقف على تحقيق اقتضاء الدعوى - المتعلقه بفعل الإنسان نفسه نفيًا وإثباتًا وبفعل الغير إثباتًا - يمينًا على البت أو ردًا، وإلا كان ناكلاً قضى عليه به أو بردها من الحاكم، ولا يجديه الجواب بنفى العلم وإن صدقه المدعى فضلاً عما لو ادّعه عليه أيضاً، فإن جميع هذه الفروع مبته على ذلك، وقد تقدّم سابقاً في جواب المنكر ما يستفاد منه المناقشه في ذلك، ونزيد هنا بأنه لا دليل على تسبيها ذلك. . . » ثم إنه قدس سرّه انته إلى القول: « وبذلك يظهر لك حينئذ ما في الفروع السابقه جميعها، وأنه لا فرق في الحكم فيها بين القول بتعلقها في فعل الغير أو فعل المدعى عليه، في الاجتزاء بيمين نفي العلم مطلقاً أو إذا ادعى عليه، وإلا كان طريق إثباتها منحصرًا في اليينه. . . » (١).

قلت: لكن الأظهر كون اليمين على البت، لأنه مقتضى أدله وجوبها على المنكر، فإن كانت الدعوى على الواقع وهو ينكرها، حلف على البت، سواء كان على نفي فعل نفسه أو غيره، وإن كانت على علمه وهو ينكره، حلف على نفيه كذلك مطلقاً.

ولو كان شاكاً في صدق دعوى المدعى، لم يمكنه اليمين، سواء كانت على فعل نفسه أو غيره، فلا يمكنه ردّ الحلف على المدعى، وإذ ليس للمدعى بينه على دعواه - كما هو المفروض - تسقط الدعوى، لانحصار سبب الحكم في بينه المدعى ويمين المنكر، وكلاهما منتفیان، فإن ادعى عليه العلم بالواقع بعدئذ كانت دعوى جديده وكان له الحلف على نفيه.

ص: ٣٧٢

فيكون الحاصل لزوم كون اليمين على البتّ مطلقاً.

وهل اليمين بنفى العلم تفصل الخصومه كيمين المنكر على عدم الحق، فلا يستمع إلى بينه المدعى بعدها أو لا؟ قال المشهور بالأول، وهو ظاهر قول المحقق قدس سرّه: « فيكفيه الحلف على أنه لا يعلم» (١) أي: فيكفيه فاصلاً للخصومه، بمعنى أن الحاكم إن حكم على طبقها لم تسمع بينه المدعى بعدها على أصل الدعوى، لأن معنى « واليمين على من أنكر» و « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان» هو القضاء بكلّ يمين كان وظيفه المدعى عليه بذلها، فحيث ادعى عليه العلم وحلف على نفيه وحكم الحاكم، فصلت الخصومه.

على أن ظاهر المدعى الفاقد للبينه على ما يدّعيه من الحقّ هو رضاه بيمين المدعى عليه في نفي دعواه علمه بالواقع، وقد دلت الأخبار على أن من رضى بيمين خصمه سقط حقه (٢)، فإذا حلف فقد حصل سبب الحكم، وبصدوره تنفصل الخصومه ولا تسمع البينه بعدئذ، بخلاف ما إذا لم يطلب منه اليمين على نفي العلم فإنها تسمع، لأن الخصومه باقيه وليس للحاكم إحلافه، لما تقدّم من أنه لا يستحلفه إلا بالتماس المدعى.

وبعبارة أخرى: عندما يحلف بنفى العلم تسقط دعوى العلم، وحينئذ، لا ملزم للمدعى عليه بدفع الحق، لعدم البينه، فيكون أثر الحلف على نفي العلم - مع حكم الحاكم - فصل الخصومه وعدم سماع البينه.

فيكون الحاصل: إن الحلف على نفي العلم لا ينفي الواقع، ولكنه لا يبقى المجال

ص: ٣٧٣

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٨٩.

١-٢ (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٤. أبواب كيفية الحكم، الباب ٩.

لأن يتمكن المدعى من الإلزام بدفع شيء بإقامه اليه على الدعوى.

هذا كله بناء على عدم جواز الحلف على البت بمقتضى الأمارات والاصول، وإلا كان له الحلف على نفى الواقع بالاستناد إلى الحكم الظاهري، فما هو المستفاد من الأدلة؟

الظاهر عدم الخلاف في أن اليد أماره على الملكيه، فكلمًا كان تحت سلطنه الشخص من غير معارض يكون له ملكاً له (١)، ومن هنا يجوز له أنحاء التصرف فيه، ويجوز لغيره الإخبار - في غير مورد المرافعه - عن كون الشيء ملكاً له استناداً إلى كونه تحت يده.

هل يجوز الحلف اعتماداً على اليد والإستصحاب؟

وهل يجوز الحلف اعتماداً على اليد؟ قولان.

ويدل على الجواز:

١ - خبر حفص بن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام: « قال له رجل: إذا رأيت شيئاً في يدى رجل، يجوز لى أن أشهد أنه له؟ قال: نعم. قال الرجل: أشهد أنه فى يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره. فقال أبو عبد الله عليه السلام: أفيحلّ الشراء منه؟ قال: نعم. فقال أبو عبد الله عليه السلام: فلعله لغيره، فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك هو لى وتحلف عليه، ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: لو لم يجز

ص: ٣٧٤

هذا لم يقيم للمسلمين سوق» (١).

بل قد يستظهر من قوله « وتحلف عليه » أن كلما يجوز الحلف اعتماداً عليه تجوز الشهادة كذلك.

٢ - خبر على بن إبراهيم في تفسيره بسنده عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث فدك: أن أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبي بكر: « أتحكم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين؟ قال: لا. قال: فإن كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادّعت أنا فيه من تسأل البيه؟ قال: إياك كنت أسأل البيه على ما تدّعيه على المسلمين. قال: فإذا كان في يدى شيء فادّعى فيه المسلمون، تسألنى البيه على ما في يدى وقد ملكته في حياه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وبعده، ولم تسأل المؤمنين البيه على ما ادّعوا على كما سألتنى البيه على ما ادّعت عليهم. . . » (٢).

وأما الصدق على هذا الخبر لائحته مع حسنه سنداً (٣).

ويدلّ على جواز الشهادة و الحلف اعتماداً على الإستصحاب: خبر معاوية ابن وهب قال: « قلت له: إن ابن أبى ليلى يسألنى الشهادة عن هذه الدار، مات فلان وتركها ميراثاً، وأنه ليس له وارث غير الذى شهدنا له. فقال: إشهد بما هو علمك. قلت: إن ابن أبى ليلى يحلفنا الغموس. فقال: احلف، إنما هو على علمك » (٤).

ص: ٣٧٥

- ١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٢/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٥.
- ٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٣/٣. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٥.
- ٣- (٣) ويكون صحيحاً بناء على كون « إبراهيم بن هاشم » ثقه.
- ٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٣٦/١. كتاب الشهادات، الباب ١٧.

ويدلّ على الجواز في خصوص الشهاده خبره الآخر: « قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يكون له العبد والامه قد عرف ذلك فيقول: أبق غلامى أو أمتى، فيكلفونه القضاء شاهدين بأن هذا غلامه أو أمته لم يبع ولم يهب، أنشهد على هذا إذا كلفناه؟ قال: نعم» (١).

لكن يعارضه المنع الوارد في ذيل خبر آخر له، وإن كان صدره دالاً على الجواز كذلك، وهذا نص الخبر بتمامه « قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يكون في داره ثم يغيب عنها ثلاثين سنه ويدع فيها عياله، ثم يأتيها هلاكه ونحن لا ندرى ما أحدث في داره، ولا ندرى ما أحدث له من الولد، إلا أنا لا نعلم أنه أحدث في داره شيئاً ولا حدث له ولد، ولا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك في الدار حتى يشهد شاهداً عدل أن هذه دار فلان ابن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان، أو نشهد على هذا؟ قال: نعم.

قلت: الرجل يكون له العبد والامه فيقول: أبق غلامى أو أبق أمتى، فيؤخذ بالبلد، فيكلفه القاضى البينه أن هذا غلام فلان لم يبعه ولم يهبه، أنشهد على هذا إذا كلفناه ونحن لم نعلم أنه أحدث شيئاً؟ فقال: كلما غاب من يد المرء المسلم غلامه أو أمته أو غاب عنك لم تشهد به» (٢).

وهذا الذيل والخبر المتقدم كلاهما واردان في مورد الترافع، فحمل المانع على هذا المورد والمجوز على أن المراد من الشهاده فيه هو الإخبار عن الواقع استناداً إلى الإستصحاب، خلافاً للظاهر، والأولى الجمع بينهما، بحمل الخبر المانع على الكراهه، لأنه ينافى رغبه الشارع وترغيبه في انعتاق الإماء والعييد بشتى

ص: ٣٧٤

-
- ١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٣٧/٣. كتاب الشهادات، الباب ١٧.
 - ٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٣٦/٢. كتاب الشهادات، الباب ١٧.

الوسائل مهما أمكن.

هذا كله بالنظر إلى الأدلة الخاصّة.

ويمكن الاستدلال لذلك بعمومات أدلّه الإستصحاب واليد، إذ المستفاد من خبر حفص بن غياث عدم اعتبار العلم بالواقع عند الشهادة، وعليه، فإن شهد بأن هذا ملكه ترتبت آثار الملكيه بلا ريب، وكذا في الإستصحاب، فحيث يستصحب طهاره الثوب - مثلاً - وتجاوز الصّلاه فيه، يجوز الحلف على هذه الطهاره أيضاً، ولا مقيّد بكونها طهاره واقعيه حتى لا يجوز الحلف.

ثم إن الدعوى تبرز تاره: بحيث يكون للمدعى عليه الحلف على البت، وإن كانت في الواقع متعلّقه بفعل الغير، كأن يقول له: «الذي في يدك لى» وأخرى: تبرز على وجه لا يكون له ذلك، كأن يقول له: «الذي بيدك قد غصبه مورثك» فهنا يحلف على نفى العلم.

متى يحلف المدعى؟

قال المحقق: «أما المدعى ولا شاهد له فلا يمين عليه» .

أى: لما تقدّم مراراً من قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «البينه على المدعى واليمين على من ادعى عليه» .

قال: «إلا مع الردّ أو نكول المدعى عليه على قول» .

أى: بناءً على القول بتوجه اليمين على المدعى مع نكول المدعى عليه، وأما على القول الآخر فيثبت حق المدعى بنكول المدعى عليه من دون يمين.

قال: «فإن ردّها المنكر توجّهت، فيحلف على الجزم، ولو نكل سقطت دعواه إجماعاً» .

أى: وتفصل الخصومه فلا تسمع دعواه بعدئذ.

قال: « ولو رد المنكر اليمين ثم بذلها قبل الإحلاف، قال الشيخ: ليس له ذلك إلا برضا المدعى. وفيه تردد، منشؤه أن ذلك تفويض لا إسقاط» (١).

أقول: والظاهر أنه تفويض لا إسقاط، وهو مقتضى عمومات وإطلاقات « واليمين على المدعى عليه»، إذ القدر المتيقن خروج صورته الرد مع حلف المدعى، بل هو مقتضى استصحاب جواز حلف المنكر أو بقاء حقه في الحلف الثابت له قبل الرد، ولا ينافيه ما في النصوص من التعليل بقوله عليه السلام: « لأنه رضى... » لأن المراد هو أن اليمين التي كانت برضاه تذهب بحقه، لا أن مجرد رضاه بيمينه يسقطه.

قال: « ويكفي مع الإنكار الحلف على نفي الإستحقاق... ».

أقول: قد يدعى المدعى الحلف ولا يذكر سبب الإستحقاق، وقد يذكره أيضاً، فإن لم يذكر السبب حلف المنكر على نفي الحق، وإن ذكره كان بالخيار، فله أن يحلف على نفي الحق، وله أن يحلف على نفي الإستحقاق بحيث يعم ذاك السبب وغيره، إذ لا فرق بين نفي عين المدعى وبين نفي الأعم.

وعن الشيخ: يلزمه الحلف على وفق الجواب، لأنه لم يجب به إلا وهو قادر على الحلف عليه (٢).

ولكن مقتضى إطلاقات أدله البينه هو الأول.

قال المحقق قدس سره: « ولو ادعى المنكر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب

ص: ٣٧٨

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨٩.

٢-٢) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ٢٠٧.

مدّعياً والمدعى منكرًا، فيكفي للمدعى اليمين على بقاء الحق، ولو حلف على نفى ذلك كان آكد، لكنه غير لازم» (١).

أقول: أى أنه لا-خلاف هنا على أن له أن يقول: والله لم أبرء ذمتك، أو: والله ما أقبضتني حتى، وله أن يقول: والله إن حتى لباق، بخلاف الفرع السابق حيث كانت المسألة خلافية.

قال: « وكل ما يتوجه الجواب عن الدعوى فيه يتوجه معه اليمين ويقضى على المنكر به مع النكول، كالعق والنسب والنكاح وغير ذلك، وعلى القول الآخر تردّ اليمين على المدعى ويقضى له مع اليمين، وعليه مع النكول» (٢).

أقول: إن بعض الدعاوى تسقط مع عدم البينه ولا يمين فيها على المنكر، مثل الدعوى فى الحدود، فلو أحضر زيدا عند الحاكم وادّعى عليه شرب الخمر لم يثبت بهذه الدعوى حق، فلذا لا يسمعها الحاكم، وأمّا لو كان له بينه على ذلك حكم بوجوب الحدّ عليه. وبعض الدعاوى يحلف المنكر فيها على النفى عند عدم البينه، مثل الدعوى على مال أو حق.

وبعض الدعاوى وقع الخلاف فيها بين العامّة والخاصّة، مثل الدعوى على الطلاق والنكاح، فالأصحاب على أن اليمين تتوجه على المنكر مع عدم بينه المدعى، وخالف بعض العامه، فمنع من توجه الحلف على المنكر فى الأبواب المذكوره، لأن المطلوب من التحليف الإقرار أو النكول ليحكم به، والنكول عن اليمين نازل منزله البذل والإباحه، ولا مدخل لهما فى هذه الأبواب، وخالف بعض

ص: ٣٧٩

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٩٠.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٠.

آخر منهم، فخصّ التحليف فيما يثبت بشاهدين ذكرين إلحاقاً له بالحدّ.

ولكنّ عمومات وإطلاقات « واليمين على المدعى عليه » و « على من أنكر » تبطل ما ذهبوا إليه، وما ذكر في وجه المنع استحسان محض، وقد تقدّم أن اليمين تتوجّه على المنكر في كلّ مورد أوجب حقاً، بخلاف الدعوى في الحدود.

مضافاً إلى خصوص ما رووه: « إن ركّنه أتى النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم فقال: يا رسول الله، طلقت امرأتى البتة. فقال: ما أردت بألبتة؟ قال: واحده فقال: والله ما أردت بها إلا واحده؟ فقال ركّنه: والله ما أردت بها إلا واحده، فردّها إليه، ثم طلقها الثانيه في زمن عمر والثالثه في زمن عثمان» (١) حيث اكتفى فيه باليمين على ما أخبر به من قصده بها في الطلاق، من جهة أن قصده ذلك لا يعرف إلا من قبله، فلذا أمره صلّى الله عليه وآله وسلّم بالحلف.

ولكن استحلافه على أنه قصد المرّه - ولم يكن الطلاق ثلاثاً في المجلس الواحد مبدعاً بعد - وجهه غير واضح.

ص: ٣٨٠

المسألة الأولى: (متى تتوجه اليمين على الوارث؟)

قال المحقق قدس سرّه: «لا- تتوجه اليمين على الوارث ما لم يدع عليه العلم بموت المورث والعلم بالحق، وأنه ترك في يده مالا» (١).

أقول: يشترط في صحه الدعوى على الوارث في حق على المورث أمور:

الأول: علم الوارث بموت المورث.

والثاني: علمه بثبوت الحق على المورث واشتغال ذمته به.

والثالث: العلم بوجود تركه في يد الوارث بمقدار الحق أو بعضه.

فهذه الامور شرط، ولذا لو صدق المدعى الوارث على عدم أحد هذه الامور الثلاثة لم يكن للدعوى عليه وجه، فضلاً عن توجه اليمين عليه الذي أشار إليه المحقق بقوله:

«ولو ساعد المدعى على عدم أحد هذه الامور، لم يتوجه» .

ثم قال قدس سرّه: «ولو ادعى عليه العلم بموته أو بالحق، كفاه الحلف

ص: ٣٨١

أنه لا يعلم» .

أى: لأنها دعوى تتعلق بعلمه بفعل الغير، فحيث لا يعلم، كفاه الحلف على نفي العلم.

قال: « نعم، لو أثبت الحق والوفاء وادّعى في يده مالاً، حلف الوارث على القطع» (١).

أقول: لا- إشكال فيما ذكر، لأنه بعد ثبوت الحق والوفاء بالبينه مثلاً، تكون دعوى وجود مال للمورث عند الوارث متعلقه بأمر راجع إلى نفس الوارث، فإن كان ينكر ذلك وجب عليه الحلف على نفيه على البت لا على نفي العلم.

ولكن هل الدعوى مشروطة بهذه الامور، أو أن الإستحلاف مشروط بها؟ الظاهر هو الأول كما ذكرنا، بل لا ريب في اشتراط الأمر الأول حتى يتمكن من الدعوى، إذ تقدّم في محله أنه يشترط في صحه الدعوى كونها عن جزم، فلا تسمع دعواه باحتمال كونه ذا حق.

ولو صدق الوارث في دعوى الجهل بكون مورثه مديناً، كانت مطالبته بحقه منه لاغيه، وأما لو كان متيقناً من علمه أو شك فيه، جازت له المطالبه مع فرض وجود التركه.

وهل يحلّفه على نفي العلم أو على إنكار أصل الدعوى؟ إن ادعى علمه بالامور كان عليه اليمين على نفي العلم.

وهل هذه اليمين تفصل الخصومه على الواقع؟ قولان. وتظهر ثمره الخلاف في البيئه التي يقيمها المدعى بعدها.

ص: ٣٨٢

وعن الشيخ: إنه لا يشترط في صحّ الدعوى أن يدعى المدعى على الوارث العلم، بل للمدعى إبراز الدعوى، وللوارث حينئذ الحلف على نفي العلم، فإن حلف سقطت الدعوى وفصلت الخصومه.

لكن قول الشيخ بجواز حلف الوارث على نفي العلم مع عدم ادعاء المدعى عليه ذلك، بعيد جداً.

وقال المحقق قدس سرّه: « لا تتوجه اليمين ما لم يدع علمه بالحق إذ لا يحلف على فعل الغير » .

وهذه العبارة مفادها عدم كون شرط الدعوى ذلك، بل شرط الاستحلاف دعوى علمه، ويكون الحاصل جواز دعواه الحق، فإن كان له بينه ثبت حقه وإلاّ - فإن ادعى علم الوارث حلف على نفيه، وإلاّ - لم يحلف لأنه على فعل الغير، ومع الحلف تنفصل الخصومه وينقطع النزاع، وقيل: لا تسقط الدعوى باليمين على نفي العلم.

لكننا نقول - بناء على ما عرفت فيما مضى في مسأله يمين الموكّل - إنه إن كان الوارث متمكناً من اليمين على نفي أصل الدعوى، جاز له ذلك، وإلاّ وجب عليه اليمين على نفي العلم وإن لم يكن يدعى عليه العلم، حتى ولو كان المال الذى بيده للمدعى فى الواقع، إلاّ أن يقال بانصراف أدلّه « اليمين على من ادعى عليه » عن هذا المورد، لكن قد تقدّم أن الأظهر عمومها للمورد، وأن اليمين على نفي العلم تقوم مقام اليمين على نفي الواقع، لأن الغرض من الدعوى على المورث فى الحقيقة هو الدعوى على الوارث وأنه عالم بذلك، وإلاّ لم يكن للترافع بينه وبين الوارث وجه.

وبعبارة أخرى: إن اليمين على نفي العلم أثرها سدّ الطريق على المدعى بحيث لا يمكنه بعد ذلك إلزام الوارث بالحق.

واختار صاحب (الجواهر) قدّس سرّه كفايه اليمين على نفي العلم عن اليمين على نفي الحق، واعترض على الأصحاب بأن الأمر مشوّش غير منقح عندهم، خصوصاً بعد اقتضائه ما هو كالمقطوع بفساده من عدم سماع الدعوى في غير الوارث أيضاً، كما لو ادّعى مدّع على عين في يد آخر أنه سرقه سارق وباعه أباك من دون أن يدّعى عليه العلم بذلك، ضروره عدم الفرق بين الوارث وغيره في ذلك.

ص: ٣٨٤

المسأله الثانيه: (لو ادعى على المملوك فمن الغريم؟)

قال المحقق قدس سره: « إذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه، ويستوى في ذلك دعوى المال والجنايهه .

أقول: يعنى أن المدعى عليه فى الحقيقه هو المولى، وعليه، فىكون العبره بإقراره وإنكاره لا- بإقرار العبد وإنكاره، سواء كانت الدعوى فى المال أو كانت فى جنايه ارتكبها العبد... ولكن فى المسأله تفصيل، وبيان ذلك:

إنه فى كل دعوى يكون الضرر متوجهاً فيها على المولى، تكون العبره بإقرار المولى وإنكاره، فلو ادعى على المملوك ملكيه مال معين بيده، كان المولى هو المدعى عليه فى الواقع لأنه الغريم، إذ العبد وما فى يده لمولاه، فإن أقر المولى، أخذ المال ودفع إلى المدعى، وإن أنكر حلف، وكذا لو كانت الدعوى جنايه، فعلى القول بأن ديه خطأ العبد على المولى يكون الاعتبار بإقرار المولى وإنكاره، ولا فرق فى الجنايه بين ما يوجب استحقاق العبد وغيره، لأن الغريم هو المولى على كل حال، وأما على القول بأن هذه الديه على العبد نفسه لا على المولى، كانت العبره بإقرار العبد وإنكاره، فإن أقر صبر حتى ينعق فىؤدى وإلا حلف على النفى.

وكذا لو صدر منه ما يوجب قتله قصاصاً بعد العتق.

ولو صدر من العبد ما يوجب قتله قصاصاً فى حال رقيته، فهل المعتبر إقرار

المولى وإنكاره لأنه الغريم، أو يعتبر إقرار وإنكار العبد، لكونه هو المباشر والمدعى عليه؟ وجهان، وتظهر الثمره فيما لو أقرّ المولى بالجنايه وأنكر العبد، والأوّل مشكل، لأنه وإن كان هو الغريم، لكن ليس المولى مالكاً لحياه العبد، وقد تقرّر أن من ملك شيئاً ملك الإقرار به.

ولو أقرّ العبد بهذه الجنايه، فإن إقراره ينتهي إلى ضرر المولى، لأنّ المفروض وجوب قتله فعلاً قبل الإنعتاق، وحينئذ يتوجّه الإشكال بأن دليل: « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » ليس على إطلاقه ليشمل صورته استلزامه الضرر لغيره.

فظهر أن في المسأله تفصيلاً، والظاهر أن مراد المحقق من كلامه ما إذا كانت الدعوى على المملوك من حيث أنه مملوك. . .

وقد تلخّص أنه يدور أمر الإعتبار بالإقرار والإنكار مدار الغرم، فحيث يتوجّه الضرر والخساره على المولى يكون الإعتبار بإقراره وإنكاره، وحيث يتوجّه على نفس العبد بأن يؤدي الحق بعد الإنعتاق، كان الإعتبار بإقراره وإنكاره.

وعن (القواعد) (1): « وإذا ادّعى على المملوك، فالغريم مولاه، سواء كانت الدعوى مالاً أو جنايه، والأقرب عندي توجه اليمين عليه، فإن نكل ردّت على المدعى وتثبت الدعوى في ذمه العبد يتبع بها بعد العتق » .

وظاهره وجوب اليمين على العبد وإن كان الغريم مولاه، فإن نكل لم تؤثر يمين المولى.

ص: ٣٨٤

(١ - ١) قواعد الأحكام ٣: ٤٤٥.

وفى (الجواهر) (١): ومراده على الظاهر الإشاره بذلك إلى توجّه سماع الدعوى على العبد منفرداً، أو اقتضاء الدعوى على المولى يميناً أخرى على العبد غير يمين المولى. . .

قلت: ولكنّ توجّه اليمين على العبد حيث يكون هو الغريم هو قول جميع الفقهاء، وليس قولاً للعلامة حتى يقول: والأقرب عندي.

ويحتمل: أنه وجّه اليمين على العبد لا المولى لأنها على فعل الغير.

وفيه: إنه لو كان مراده ذلك لوجّهها على المولى، بأن يحلف على نفي العلم.

ص: ٣٨٧

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٥٥.

المسألة الثالثة: (هل تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن البينة؟)

قال المحقق: « لا تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن البينة » (١).

أقول: لا خلاف فى عدم سماع الدعوى فى الحدود حتى يقيم المدعى البينة المعينه شرعاً فى كلِّ مورد، لأن الحدود حق الله تعالى وقد اشترط فى ترتيب الأثر على الدعوى فيها وجود البينة، بل إنه تعالى يحب عدم تعقيب ما يوجبها وترك إثباتها، بل أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات (٢).

قال: « فلا يتوجه اليمين على المنكر » .

وأما فى حقِّ الأدمى، فتسمع الدعوى المجردة عن البينة ويستحلف المنكر، لأن اليمين أحد طريقي إثبات حق الأدمى، ولذا يسقط الحق برضا صاحبه بيمين خصمه.

قال: « نعم، لو قذفه بالزنا ولا بينه فادّعه عليه، قال فى المبسوط: جاز أن يحلف ليثبت الحدّ على القاذف، وفيه إشكال، إذ لا يمين فى الحدّ » .

أقول: كان ما ذكرناه فى خصوص الدعوى فى حق الله تعالى كحدِّ الزنا وشرب الخمر، ولو اشتركت الدعوى بين الله وبين الأدمى كحدِّ القذف كأن يقذفه

ص: ٣٨٨

١-١) وسائل الشيعة ٢٨: ٤٦. أبواب مقدمات الحدود، الباب ٢٤.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٠.

بالزنا ولا بينه، فهل لليمين أثر في ثبوت الحدّ وعدمه أو لا؟ الصحيح هو الثاني، لإطلاق النصوص الواردة في المقام والدالّة على أنه « لا يمين في حدّ »:

□

(١) عن البنزطي عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام برجل فقال: هذا قذفي، ولم تكن له بينه. فقال: يا أمير المؤمنين استحلفه، فقال: لا يمين في حدّ ولا قصاص في عظم» (١).

وهذا الخبر ظاهر في أن الرجل قد ظنّ أن للقاذف الذي لا بينه له، أن يستحلف المقذوف لكونه منكراً كسائر المرافعات، فقال الإمام عليه السلام: إن اليمين لا تؤثر لا في إثباته ولا في نفيه.

(٢) عن أمير المؤمنين عليه السلام في حديث قال: « لا يستحلف صاحب الحدّ» (٢).

والظاهر أن المراد من « صاحب الحدّ» هو من يجب إجراء الحدّ عليه، ويحتمل أن يكون المراد: إن الذي يريد إجراء الحدّ - وهو الإمام - لا يستحلف.

(٣) عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: إن رجلاً استعدى علياً عليه السلام عليّ رجل فقال: إنه افتري عليّ، فقال علي عليه السلام للرجل: أفعلت ما

ص: ٣٨٩

١-١) وسائل الشيعة ٢٨: ٤٦/١. أبواب مقدمات الحدود، الباب ٢٤. وهو مرسل، وفي طريقه « سهل بن زياد» وقال الشيخ الحر قدس سرّه بعده « محمد بن الحسن بإسناده عن أحمد بن محمد بن محمد بن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام مثله» قال صاحب الجواهر قدس سرّه: وفي المرسل الذي هو كالصحيح بابن أبي عمير في روايه التهذيب بل وكذا في روايه الكافي المنجبر مع ذلك كله بالعمل... ومراده من روايه التهذيب هو الثاني ومن روايه الكافي هو الأوّل، لأن ابن أبي عمير لا يرسل إلّا عن ثقة وأحمد بن محمد بن أبي نصر - وهو البنزطي - من أصحاب الاجماع، وأن الأمر في « سهل» سهل عنده.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٨: ٤٦/٢. أبواب مقدمات الحدود الباب ٢٤، وهو معتبر.

فعلت؟ فقال: لا، ثم قال على عليه السلام: ألك بينه؟ قال: فقال: ما لى بينه فأحلفه لى. قال على عليه السلام: « ما عليه يمين» (١).

خلافاً للشيخ قدس سرّه فى (المبسوط) (٢) إذ قال: « جاز أن يحلف ليثبت الحدّ على القاذف» أى: ترجيحاً لحق آدمى على حق الله عزّ وجل، ومن الحالف حينئذ؟

فى العبارة احتمالان:

أحدهما: أن يكون المراد أن يقذفه بالزنا ولا بينه، فيدعى المقذوف عليه ذلك، فينكر ويمتنع عن اليمين ويردّها على المدعى، فيجوز له أن يحلف اليمين المردودة ليثبت الحدّ على القاذف.

والثانى: أن يكون المراد قذفه بالزنا بأن يقول له: يا زانى، ثم لما أريد إجراء حدّ القذف عليه ادعى الزنا على المقذوف ولكن لا بينه له على ذلك، فيجوز أن يحلف المقذوف على عدم الزنا ليثبت الحدّ على القاذف، فإن لم يحلف لم يثبت الحدّ.

وكيف كان، فما ذهب إليه يناهى تلك النصوص الدالّة على أنه لا يحلف لا فى إثبات الحدّ ولا فى نفيه، فإن كان للقاذف بينه على الزنا سقط الحدّ وإلا ثبت، قال الله تعالى: «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ...» إلى آخر الآيه (٣).

وليس حقّ آدمى فى هذه المسألة منفصلاً عن حقّ الله تعالى ليرجح فيها حقّه على حقّ الله، بل الحقّان كلاهما واردان على الحدّ، بخلاف مسألة السرقة حيث الغرم والقطع أمران مختلفان، ولذا يمكن إثبات الغرم دون القطع فى بعض صورها، كما سيأتى أيضاً.

ص: ٣٩٠

١- ١) وسائل الشيعة ٢٨: ٤٦/٣. أبواب مقدمات الحدود، الباب ٢٤، فيه « غياث بن كلوب» وهو مجهول.

٢- ٢) المبسوط فى فقه الإمامية ٨: ٢١٥ - ٢١٦.

٣- ٣) سورة النور ٢٤: ٤.

المسألة الرابعة: (منكر السرقة تتوجه عليه اليمين)

قال المحقق: « منكر السرقة يتوجه عليه اليمين لإسقاط الغرم » (١).

أقول: قد عرفت فيما تقدم أن السرقة توجب في حال ثبوتها أمرين: أحدهما: حق الآدمي، وهو المال المسروق، والثاني: القطع، وهو الحد الشرعي وهو حق الله تعالى، وقد عرفت أنه لا ملازمه بين الحقين، فقد يثبت أحدهما في مورد دون الآخر، فمن ادعى عليه السرقة فأنكرها يتوجه عليه اليمين من جهة حق الآدمي، فإن حلف سقط الغرم.

« ولو نكل لزمه المال دون القطع، بناء على القضاء بالنكول، وهو الأظهر » عندنا وجماعه « وإلا حلف المدعى » ليثبت الحق وإلا سقطت الدعوى.

قال المحقق: « ولا يثبت الحد على القولين » .

أقول: أى لما عرفت من أن ثبوت الغرم أو سقوط الحق باليمين وعدمها، لا يثبت كونه سارقاً بحيث يترتب عليه الحكم الشرعي المقرر.

قال: « وكذا لو أقام شاهداً وحلف » .

أقول: أى لأنه لا يمين في حد كما تقدم، إذ لا فرق حينئذ بين وجود الشاهد الواحد وعدمه من هذه الجهة.

ص: ٣٩١

المسألة الخامسة: (لو كان له بينه فأعرض عنها فهل له الرجوع؟)

قال المحقق: « لو كان بينه فأعرض عنها والتمس يمين المنكر أو قال: أسقطت البينه وقبلت اليمين، فهل له الرجوع؟ قيل: لا. وفيه تردّد، ولعلّ الأقرب الجواز » (١).

أقول: في المسألة قولان، والأقوى هو الجواز وفقاً للمحقق وغيره، وخلافاً للشيخ (٢)، ووجه التردّد عند المحقق هو التأمل في أن إقامة البينه حق للمدعى أو أنه حكم شرعي، ولو كان حقاً، فهل هو من الحقوق القابلة للإسقاط أو لا؟

والظاهر: أنه حق لا يقبل الإسقاط، ومع الشك في كونه حقاً قابلاً له، يكون الأصل بقاءه، وكذا يستصحب البقاء بناء على كونه حكماً، فالظاهر هو جواز الرجوع إلى إقامة البينه، أو إليها بعد إقامتها وقبل حلف المنكر.

ولا- يجرى هنا استصحاب تأثير اليمين، بأن يقال إنه 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

ص: ٣٩٢

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٩١.

٢- ٢) المبسوط في فقه الإمامية ٨: ١٩٠.

استصحاب حكم المخصص والتمسك بعموم العام، وقد تقرّر في محلّه أن التحقيق هو الثاني.

قال: « وكذا البحث لو أقام شاهداً فأعرض عنه وقنع بيمين المنكر» .

أى: ثم عاد إليه قبل الحلف أو ردّ المنكر اليمين على المدعى ثم عاد إلى اختيار الحلف الذى يقوم مقام الشاهد الثانى.

ص: ٣٩٣

ذكر المحقق فيها أربعة فروع، أفتى في الثلاثه الاولى منها بقبول قول المدعى بلا يمين، وتردد في الرابع، لكن في (المسالك)
(1) ذكر أكثر من عشرين فرعاً، ذهب في جميعها إلى القبول كذلك، فالفروع الثلاثه هي:

الأول: « لو ادعى صاحب النصاب إبداله في أثناء الحول » أى لينفى عنه الزكاه « قبل قوله بلا يمين » .

الثانى: « وكذا لو خرص عليه فادعى النقصان » أى: فى الثمره المخروصه أو الزرع عما خرص عليه لينقص عنه ما قدر عليه من الزكاه.

الثالث: « وكذا لو ادعى الذمى الإسلام قبل الحول » أى: ليتخلص عن الجزيه، بناء على عدم شمول « الإسلام يجب ما قبله »
(2) لهذا المورد، وأما بناء عليه، فلا يطالب بالجزيه وإن لم يدع ذلك.

ثم إن الدليل فى هذه الفروع هو عدم الخلاف كما فى (الجواهر) (3)، وأن الحق فى هذه الموارد لله عز وجل، مع أن الحق فيها لا يعلم إلا من قبل المدعى.

ص: ٣٩٤

١-١ (١) مسالك الأفهام ١٣: ٥٠١ - ٥٠٣.

٢-٢ (٢) فى مجمع البحرين ١: ٢٦٤: « فى الحديث: الإسلام يجب ما قبله والتوبه تجب ما قبلها من الكفر والمعاصى والذنوب » .

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤٠: ٢٦٢.

وهناك نصوص في خصوص بعض فروع المسأله مثل أن يقول: « لا زكاه على » مثلاً (١).

والفرع الرابع قوله: « أما لو ادعى الحربى الإنبات بعلاج لا بالسن ء ليتخلص من القتل، فيه تردد، ولعل الأقرب أنه لا يقبل إلا مع البينه » (٢).

أقول: ينشأ التردد من إن قتل الكافر الحربى حدّ من حدود الله تعالى، وقد أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات، وقد تقدّم أن لا يمين فى حدّ، وأن الإنبات لا يعلم إلا من قبل الشخص، مع أن اليمين لا تقبل من غير البالغ، وهذا مشكوك فى بلوغه.

ومن أن الإنبات أماره شرعيه على البلوغ، وكونه بعلاج خلاف الظاهر، ولا يقبل قول من ادعى خلاف الظاهر إلا مع البينه، وإذا لا بينه هنا، فإن أقل ما ثبت به الدعوى هو اليمين، فقيل: يحلف الآن لوجود الأماره الشرعيه على البلوغ المعبر فى صحه اليمين، وقيل: يصبر حتى يعلم ببلوغه، وعلى الأول، إن حلف لم يقتل وإلا قتل، وعلى الثانى، إن حلف سقط الحدّ، وإن نكل كشف عن استحقيقه القتل منذ الأسر.

أقول: لكن يرد على القول الثانى: أنه إن بلغ كافراً وجب قتله ولا حاجه إلى هذا البحث، وإن أسلم، فإن قلنا بمقتضى « الإسلام يجب ما قبله » فلا يحلف ولا شىء عليه، وإلا، فإن حلف سقط الحدّ وإن نكل قتل.

ص: ٣٩٥

١ - ١) الباب ١٤ من أبواب زكاه الأنعام: « باب ما يستحب للمصدق والعامل استعماله من الآداب وأن الخيار للمالك والقول قوله » وقد قرأ السيد الاستاذ دام ظله الروايه الاولى من تلك النصوص وتطرق على ضوئها إلى بعض القضايا التى وقعت فى البلاد، فأبدى تضجّره منها وثبّه على وجوب الإنتهاء عنها.

٢ - ٢) شرائع الإسلام ٤: ٩١.

هذا إن لم نقل بأن كون الإنبات أماره للبلوغ مشروط بكونه طبيعياً، وإلا فإنه مع الشك في كونه بالعلاج أو بالطبع، فلا يجوز قتله وإن لم يدع الإنبات بعلاج، إلا- أن يتمسك بأن الأصل عدم كونه بعلاج، لكنه أصل مثبت... اللهم إلا أن يكون إجماع على وجوب قتله حينئذ.

ومعنى قول المحقق: « لا يقبل إلا مع البينه» إنه لا يقبل مع اليمين، فإن أقام البينه قبل والإقتل، وأشكل عليه في (الجواهر) بقوله: « لكن لا يخفى عليك ما فيه من أنه بعد تسليم الظهور لا ينافي تحقق الشبهة الدارئة (قال): بل الظاهر تحققها مع عدم اليمين خصوصاً في مثل الفرض» (1).

وهل يقبل قول مدعى الإنبات بعلاج في غير مورد الحد الذي أمرنا بدرئه بالشبهة؟ مثاله: لو أجرى عقد بيع، ثم لما حضر المشتري لتسلم المبيع، ادعى كونه صغيراً في حال إجراء العقد، وأن إنبات الشعر المتحقق فيه حاصل بعلاج منه وليس طبيعياً ليدل على البلوغ، فهل يسمع قوله - لا سيما وأنه مطابق للأصل - أو لا بل يسمع قول المشتري وهو مقتضى أصله الصحة؟

أقول: أما أصله الصحة، فتجرى عند الشك في الصحة بعد إحراز اجتماع الشرائط المعتبره، ومع الشك في بلوغ البائع فلا يجري هذا الأصل، لأنه لا- يحرز البلوغ... لكن الصحيح عدم قبول قول البائع في هذه الصورة، لأن إنبات الشعر ظاهر في البلوغ، والمناقشه في هذا الظهور ممنوعه، وهو متقدم على الأصل وإلا لم تتقدم أماره على أصل في مورد.

قال في (الجواهر): ومما ألحق بذلك دعوى البلوغ مطلقاً أو بالإحتلام

ص: ٣٩٦

١- (١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٦٣.

خاصه، لإمكان إقامه اليينه على السنّ واعتبار الإنبات، لأن محلّه ليس من العوره، وعلى تقديره فهو من مواضع الضروره، وعلى كلّ حال، لا يمين وإلازم الدور، لأن اعتباره موقوف على البلوغ الموقوف على اعتباره.

أقول: صحه اليمين متوقفه على البلوغ، والبالغ قد لا يحلف أصلاً، نعم ثبوت البلوغ يتوقف عليها، فلا دور... فالدليل على عدم اليمين في المقام كونه شبهه مصداقيه للبلوغ المعتبر تحقّقه للحالف في صحه يمينه.

هذا، وقد ذكروا في المقام فروعاً، والضابط الكلّي هو: إن كان الطرف في الدّعوى هو الله تعالى محضاً، فلا يشترط اليمين، وكذا إن كان مورد الدعوى حقاً عاماً للناس.

وفي (المسالك): ضبطها بعضهم بأنه كلّ ما كان بين العبد وبين الله تعالى، أو لا يعلم إلا منه ولا ضرر فيه على الغير، أو ما تعلق بالحدّ أو التعزير (١).

وفيه - كما في (الجواهر) (٢)- إن ذلك كلّ مع عدم الخصومه، وأما معها فلا، فقول ذى اليد مثلاً حجه إلا إذا خوصم، فحينئذ تتوجه عليه اليمين...

ص: ٣٩٧

١-١ (١) مسالك الأفهام ١٣: ٥٠٣.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٦٤.

المسألة السابعة: (حكم ما لو مات رجل وظهر له شاهد بدين)

قال المحقق: « لو مات ولا وارث له وظهر له شاهد بدين، قيل: يحبس حتى يحلف أو يقَرّ. . . وكذا لو ادّعى الوصى أن الميت أوصى للفقراء وشهد واحد وأنكر الوارث. وفي الموضوعين إشكال، لأن السجن عقوبه لم يثبت موجبها» (١).

أقول: في المسألة فرعان:

الأول: لو شهد شاهد بأن زيدا الميت يطلب من عمرو كذا مالا ولا وارث لزيد حتى يطالبه به، فإن أقرّ عمرو بالدين وجب عليه الأداء، وإن أنكر وجب عليه اليمين، فإن حلف على الإنكار فلا شيء عليه، وإن نكل ألزم بدفع الحق، إذ المفروض عدم إمكان الردّ لموت الدائن وعدم الوارث، وأنه يستحيل تحليف المسلمين والإمام عليه السلام، وعن الشيخ في (المبسوط) (٢): يحبس حتى يحلف أو يقَرّ.

الفرع الثاني: لو ادّعى الوصى على الوارث أن الميت أوصى للفقراء كذا من ماله، ثم شهد شاهد واحد بما يدّعيه الوصى، وأنكر الوارث ذلك، فإن كان الوارث يعلم بالعدم، حلف على النفي على البت، وإن لم يعلم حلف على نفي العلم، ولو نكل

ص: ٣٩٨

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٩٢.

٢- ٢) المبسوط في فقه الإمامية ٨: ٢١٤.

لم يمكن ردّ اليمين على الوصى، لأنه يدعى حقاً للفقراء فلا- يجوز له أن يحلف عنهم، وحينئذ يحكم على الوارث بالنكول، ويلزم بدفع الحق، وقيل: يحبس حتى يحلف أو يقرّ.

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 وعدمه على السواء.

ولو ادعى الوارث على أحد حقاً لمورّثه استناداً إلى ما وجدته مسجلاً في ثبته، فإن حلف زيد على النفى فهو، وإن حلف على نفى العلم فكذلك، وإلا فلا مجال للردّ على الوارث، وعليه دفع الحق بمجرد النكول.

وكذا الأمر في كلّ مورد لم يمكن فيه الردّ، فإنه يحكم على المنكر بالنكول ويلزم بدفع الحق، وأما مع إمكانه، فإن حلف المدعى ثبت الحق وإلا سقطت الدعوى.

ولو كان صاحب الحق هو الإمام عليه السلام فعلى المنكر اليمين، فإن لم يحلف ثبت الحق ولا يردّ على الإمام.

المسأله الثامنه: (حكم ما لو مات وعليه دين يحيط بالترکه)

قال المحقق: « لو مات وعليه دين يحيط بالترکه لم ينتقل إلى الوارث، وكانت بحکم مال الميت، وإن لم يحط انتقل إليه ما فضل عن الدين » (١).

أقول: في الكتاب مطلقاً تدلّ على انتقال مال الميت إلى وارثه مطلقاً، مثل قوله تعالى: «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ . . .» (٢).

وقد قيد ذلك في آيات، كقوله تعالى «. . . مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ» فيكون مقتضى الجمع: انتقال ما فضل من المال إلى الوارث بعد إخراج الوصايا والديون. . . وعليه: فإن استوعب الدين وأحاط بالترکه لم ينتقل إلى الوارث شيء منها.

والقول بانتقالها إلى الوارث يبتنى على التجوز، إما في المطلق، بأن يحمل على الأعم من الملك المستقر وغير المستقر، وإما في المقيد، فيكون المعنى: إستقرار الملك بعد الوصيه والدين.

ص: ٤٠٠

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٩٢.

٢- ٢) سورة النساء ٤: ١١.

ومع التنزّل عن هذا الدليل وغيره، فإن الأصل عدم انتقال المال إلى الوارث وبقاؤه على ملك الميت، لأن الملكيه أمر اعتبارى فيجوز اعتبارها له، ومع الشك في البقاء يستصحب، إلّا- أن يقال: بأن العقلاء يفرّقون في هذا الإعتبار بين الحيّ والميت، وهو بعيد، وعلى هذا الأساس يتّضح معنى الوصيه، فإنها في الحقيقة تصرّف المالك في ماله بعد حياته.

وأما بناء على أن الملكيه من عوارض الوجود، وأنها أمر يقوم بنفس المالك، فإن مات زالت، فلا يتم الإستصحاب، وعليه، يكون المال بعد موت مالكة بلا مالك، لكن يكون بحكم مال الميت وتجرى عليه أحكامه.

وأما القول بأن الشك في بقاء المال على ملك الميت مسبب عن الشك في انتقاله إلى وارثه، ومع جريان أصاله العدم في المسبّب يزول الشك في بقائه على ملك الميت. ففيه: إنه أصل مثبت وهو ليس بحجه.

وكيف كان، فإن تم هذا الأصل فهو، وإلّا وصلت النوبه إلى الإحتياط، ومقتضاه العمل طبق الوصيه وأداء الدين بإذن الوارث.

قال المحقق: « وفي الحالين للوارث المحاكمه على ما يدّعيه لمورّثه، لأنه قائم مقامه » (1).

أقول: وسواء على القولين - القول الثاني وهو الإنتقال، والقول الأوّل وهو عدم الإنتقال - فإن الوارث يطالب بحقوق الميت، إما لأنه المالك، وإما لأنه قائم مقامه.

ص: ٤٠١

ولو ادعى ديّان الميت على المدين فحلف على الإنكار، لم يجز لهم مطالبته فيما بعد، فإن جاء الوارث وأقام البيّنه على المدين، فهل تسمع دعواه أو أن اليمين تلك فصلت الخصومه؟ الظاهر هو الأوّل.

ص: ٤٠٢

قال المحقق: « يقضى بالشاهد واليمين في الجملة، إستناداً إلى قضاء رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وقضاء على عليه السلام بعده » (١).

أقول: لا ريب ولا خلاف في القضاء بذلك في الجملة، والقدر المسلّم منه أن تكون الدعوى في الدين، فيشهد الشاهد ويحلف المدعى، فهذا هو القدر المتيقن من معقد الإجماع ونصوص المسألة، الحاكية لقضاء النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وأمير المؤمنين عليه السلام مثل:

(١) عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ يجيز في الدين شهاده رجل واحد ويمين صاحب الدين، ولم يجز في الهلال إلا شاهدي عدل » (٢).

(٢) عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « ان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق » (٣).

(٣) عن حماد بن عثمان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: « كان

١- (١) شرائع الإسلام ٤: ٩٢.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٤/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٤.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٤/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٤.

على عليه السلام يجيز في الدين شهاده رجل ويمين المدعى» (١).

٤) عن حماد بن عيسى قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: « حدّثني أبي عليه السلام أن رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلّم قضى بشاهد ويمين» (٢).

٥) عن أبي بصير قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له عند الرجل الحق وله شاهد واحد. قال فقال: كان رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلّم يقضى بشاهد واحد ويمين صاحب الحق، وذلك في الدين» (٣).

ثم إن كان المراد من البيئه في قول رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلّم: « إنما أفضى بينكم بالبيئات والأيمان» وفي أخبار: « البيئه على المدعى واليمين على المدعى عليه» ونحوه هو ما يبين الشيء (٤) فلا كلام، وإن كان المراد منها شهاده الشاهدين في الواقعه - كما هو المنسب إلى أذهان المتشرعه عند الإطلاق - فإن ثبوت الدعوى بشاهد ويمين في بعض الموارد، إنّما يكون من جهه الأدله المعبره الداله عليه، فتكون تلك الأدله مخصصه للخبرين المذكورين، من حيث الإكتفاء هنا بشاهد ويمين المدعى، ومن حيث أن اليمين هنا تكون على المدعى لا على المدعى عليه.

وما ورد في بعض الأخبار المتقدمه من أنه « كان رسول الله . . . » و « كان على

ص: ٤٠٤

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٦٥/٣. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٤.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٦٥/٤. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٤.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٦٥/٥. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٤.

٤-٤) وقد جاءت هذه اللفظه بهذا المعنى في مواضع من القرآن الكريم، قال عز وجل: «لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين حتى تأتيهم البيئه» سوره البيئه ٩٨: ١ وقال: «وما تفرّق الذين أوتوا الكتاب إلّا من بعد ما جاءتهم البيئه» سوره البيئه ٩٨: ٤.

عليه السلام. . .» فظاهر في أن سيرتهما عليهما السلام كانت على ذلك، ولم يكن قضاؤهما في تلك الموارد خاصة بها أو نادر الوقوع.

٦) عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: دخل الحكم بن عتيبة وسلمه بن كهيل على أبي جعفر فسألاه عن شاهد ويمين فقال: «قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضى به علي عليه السلام عندكم بالكوفة.

فقالا: هذا خلاف القرآن.

فقال: وأين وجدتموه خلاف القرآن؟ قالوا: إن الله يقول «وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» .

فقال قول الله: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» هو لا تقبلوا شهاده واحد ويمينا! .

ثم قال: إن علياً عليه السلام كان قاعداً في مسجد الكوفة، فمَنَّ به عبد الله بن قفل التميمي ومعه درع طلحه، فقال علي عليه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلواً يوم البصره. فقال له عبد الله بن قفل: إجعل بيني وبينك قاضيك الذي رضيته للمسلمين، فجعل بينه وبينه شريحاً.

فقال علي عليه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلواً يوم البصره، فقال له شريح: هات علي ما تقول بينه، فأتاه بالحسن فشهد أنها درع طلحه أخذت غلواً يوم البصره، فقال شريح: هذا شاهد واحد ولا أقضى بشهاده واحد حتى يكون معه آخر، فدعا قنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلواً يوم البصره، فقال شريح: هذا مملوك ولا أقضى بشهاده مملوك.

قال: فغضب علي عليه السلام وقال: خذها، فإن هذا قضى بجور ثلاث مرّات.

قال: فتحوّل شريح وقال: لا أفضى بين اثنين حتى تخبرنى من أين قضيت بجور، ثلاث مرات.

فقال له: ويلك - أو ويحك - إني لما أخبرتك أنها درع طلحه أخذت غلولاً يوم البصره فقلت: هات على ما تقول بيّنه وقد قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: حيث ما وجد غلول أخذ بغير بينه فقلت: رجل لم يسمع الحديث. فهذه واحده.

ثم أتيتك بالحسن فشهد فقلت: هذا واحد ولا أفضى بشهاده واحد حتى يكون معه آخر، وقد قضى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم بشهاده واحد ويمين. فهذه ثنتان.

ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولاً يوم البصره فقلت: هذا مملوك، وما بأس بشهاده المملوك إذا كان عدلاً.

ثم قال: ويلك - أو ويحك - إن إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا» (١).

قلت: وشريح مخطئ من جهات آخر أيضاً لم يشر الإمام عليه السلام إليها.

قال المحقق: «ويشترط شهاده الشاهد أولاً وثبوت عدالته ثم اليمين» (٢).

أقول: لا-ريب فى اشتراط ثبوت عداله الشاهد، إنما الكلام فى لزوم تقدّم الشهاده وثبوت عدالته قبل يمين المدعى، فقال المحقق:

ص: ٤٠٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٦٥/٦. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٤.

٢- (٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٢.

« ولو بدأ باليمين وقعت لاغيه وافتقر إلى إعادتها بعد الإقامه » .

أقول: قد ذكرنا أن القدر المتيقن نفوذ الحكم الصادر بعد الشهادة واليمين، فهذا الذي لا ريب فيه، بخلاف ما إذا تقدمت اليمين على الشهادة، ومع الشك، فالأصل عدم النفوذ، لأنه المرجع في كل مورد شك في نفوذ الحكم فيه.

وأما الاستدلال - لاشتراط تقدم إقامة الشهادة على اليمين - بتقدم ذكرها عليها في نصوص المسألة، ففيه:

أولاً: إن التقدم المذكور في النصوص لا يقتضى التقدم في مجلس القضاء وكيفيه المحاكمة.

وثانياً: لقد ذكرت اليمين في بعض النصوص مقدمه على الشهادة (١).

ومن هنا نقول: إن الظاهر أن نصوص المسألة ليست بصدد بيان الكيفيه مطلقاً، بل هي في مقام بيان أصل المطلب، وهو ثبوت الدعوى هنا بشاهد واحد ويمين المدعى، من دون تعرض للخصوصيات، لكن المؤثر يقيناً هو صورته تقدم الشهادة على اليمين، ونفوذ الحكم في صورته العكس مشكوك فيه، فالمرجع هو الأصل المزبور.

وفي (المسالك) (٢): « أما اشتراط إقامة الشهادة أولاً، لأن المدعى وظيفته البيه لا اليمين بالأصله، فإذا أقام شاهده صارت البيه التي هي وظيفته ناقصه ومتممها اليمين بالنص، بخلاف ما لو قدم اليمين، فإنه ابتداء بما ليس وظيفه ولم يتقدمه

ص: ٤٠٧

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٦٩/١٥ - ١٦. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٤.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٣: ٥٠٩.

ما يكون متمماً له» .

وفيه: ما ذكرنا من أن المستفاد من نصوص المسأله أن وظيفته هنا إقامة الشاهد الواحد واليمين حتى تثبت دعواه، فالقضاء يكون بكلا الأمرين، وليس في شيء من النصوص إشاره إلى أن وظيفته هنا إقامة اليينه - كسائر الموارد - وأن يمينه تكون متممه للوظيفة الناقصه من جهه عدم الشاهد الآخر.

وعن (كاشف اللثام) (١) الاستدلال له بأن جانبه حينئذ يقوى، وإنما يحلف من يقوى جانبه، كما أنه يحلف إذا نكل المدعى عليه، لأن النكول قوَى جانبه.

وفيه: إنه استحسان لا أكثر.

والحاصل: إن المثبت للدعوى كلا الأمرين، الشهاده واليمين، حالكونها متقدمه على اليمين، وصوره العكس مشكوك فيها من حيث النفوذ وعدمه، والأصل هو العدم، وعلى ما ذكرنا، فلو رجع الشاهد عن شهادته يكون الغرم نصف ما أخذه المدعى من المال في هذه الدعوى.

الكلام في مورد قبول الشاهد واليمين

ثم هل ثبوت الدعوى بشاهد واحد ويمين يختص بما إذا كانت في الدين، أو تثبت في مطلق ما كان مالا، أو كان المقصود منه المال، أو يثبت بذلك كل ما كان للناس من حق أو مال؟

قال بالأول جماعه، واختار الثاني آخرون بل نسب إلى المشهور، ويشهد للثالث إطلاق عدّه من الأخبار: كخبر منصور بن حازم، وخبر حماد بن عيسى،

ص: ٤٠٨

(١-١) كشف اللثام ١٠: ١٣٩.

(١) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق » (١) و « كان » له ظهور في الاستمرار.

(٢) عن أبي مريم عن أبي جعفر عليه السلام قال: « أجاز رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ شهادته شاهد مع يمين طالب الحق إذا حلف أنه الحق » (٢) و « أجاز » هنا بمعنى « الإنفاذ » .

(٣) عن العباس بن هلال عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: « إن جعفر بن محمد عليهما السلام قال له أبو حنيفة: كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد؟ فقال جعفر عليه السلام: قضى به رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وقضى به علي 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 واحداً يسأل عنهم ثم تجيزون شهادتهم بقوله » (٣).

(٤) محمد بن علي بن الحسين قال: « قضى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بشهادة شاهد ويمين المدعى. قال وقال عليه السلام: نزل جبرئيل بشهادة شاهد ويمين صاحب الحق وحكم به أمير المؤمنين عليه السلام بالعراق » (٤).

(٥) عن جابر بن عبد الله قال: « جاء جبرئيل إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ »

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٧/٨. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٤.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٧/٩. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ١٤.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٨/١٣. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ١٤.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٨/١٤. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ١٤.

وسلم فأمره أن يأخذ باليمين مع الشاهد» (١) وهذا الخبر أيضاً ظاهر في أن الحكم الشرعي ذلك، وهو بإطلاقه يشمل المال وغيره.

□
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» (٢) والمراد بضميمة الأخبار الأخرى والإجماع: شهادة الرجل الواحد مع اليمين، والمراد من « الخصم » هو نفس المدعى.

واستدلّ للقول الأوّل - وهو التخصيص بالدين - بعدّه من الأخبار المذكوره، كخبر محمد بن مسلم وخبر 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» (٣).

وقد حمل إطلاق النصوص السابقه على التقييد في هذه النصوص، وأُجيب عن خبر درع طلحه - حيث كان النزاع في العين - بأنه إنما أنكر أمير المؤمنين عليه السلام على إطلاق قول شريح « ما أقضى إلا بشاهد آخر معه »، ضروره عدم كون خصوص المقام مما يكتفى فيه بالشاهد واليمين من الوالى.

□ □
وقد يستشكل في هذا الحمل: بأن أخبار « الدين » تحكى حكم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشاهد واليمين في الدين، وهذا لا مفهوم له بل هو نظير:

ص: ٤١٠

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٩/١٦. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ١٤.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٨/١٢. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ١٤.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٨/١٠. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٤.

أكرم العالم الفقيه، إذ لا يفهم منه عدم وجوب إكرام العالم النحوى مثلاً.

بل دعوى اختصاص « الدّين » بالمال، ممنوعه، فقد ورد التعبير فى الروايات عن الحج ب « الدّين » (١).

وفى (الجواهر) (٢): إن حمل المطلق على المقيّد إنما يصح بعد فرض التقيّد وعدم قوّه المطلق من حيث كونه مطلقاً، وهما معاً ممنوعان، لإمكان عدم إرادته التقيّد فى النصوص السابقة، ضروره أن القضاء بهما فى الدّين أو جوازه لا يقتضى عدم القضاء ولا عدم جوازه بغيره.

فالحاصل: إنه لا مانع من حمل أخبار الدّين على نقل الإمام عليه السلام حكم رسول الله وأمير المؤمنين صلى الله عليهما وآلهما بنحو القضايا الشخصية - نظير قوله عليه السلام: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الكوفه بكذا - ثم يقول بنحو الحكم الكلّى: « لو كان الأمر إلينا أجزنا. . . فى حقوق الناس » وربما يشهد بما ذكرنا أنه جاء فى خبر القاسم بن سليمان المشتمل على لفظ « فى الدين وحده »: « وقضى رسول الله. . . » ولم يقل: « كان رسول الله يقضى. . . ».

هذا كلّ بعد الإغضاء عن قصور السند فى بعض الأخبار التى أخذت مقيدة للإطلاقات (٣).

ص: ٤١١

١- (١) راجع وسائل الشيعة ٨: ٦٧، كتاب الحج، الباب ٢٥ من أبواب وجوب الحج وشرائطه، الأحاديث: ٤، ٥، ٨: ١١٣ الباب ٢٨، الحديث: ٩.

٢- (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٧٣.

٣- (٣) فى طريق خبر حماد بن عثمان: « معلى بن محمد » وهو البصرى، والراوى لأحدها هو « القاسم بن سليمان »، ولم تثبت وثاقه هذين الرجلين من كلمات علماء الرجال. نعم هما من رجال كتاب كامل الزيارات.

وبعد، فإن مقتضى الإطلاقات هو عدم التخصيص بالدين، والحكم بالشاهد واليمين في غيره من الحقوق الماليه، وهل يجوز التعديده عنها إلى مطلق حق الناس؟ إن مقتضى الإطلاقات هو ذلك، لكن المشهور على خلافه.

ولعل وجه تقييدهم بالحقوق الماليه ما روى مرسلًا عن ابن عباس: « إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: استشرت جبرئيل في القضاء باليمين مع الشاهد، فأشار على بذلك في الأموال وقال: لا تعدو ذلك» (١).

لكنه - كما في (الجواهر) - ليس هو من طرقنا، ولا معروف النقل في كتب فروعنا. . .

فالأولى ما ذكره من احتمال فهم الأصحاب « المال» من نصوص « الدين» لا خصوص المعنى المصطلح، فالمراد من « الدين وحده» هو « المال وحده» فتخرج الحقوق التي ليست بمال.

وأما « حقوق الناس» في صحيحه محمد بن مسلم، فينصرف إلى الحقوق الماليه، فلا إطلاق له. . .

وكيف كان، فلا ريب في ثبوت الحق بشاهد ويمين إذا كان مورد النزاع عيناً.

كما لا ريب في كفايه اليمين مع المرأتين القائمتين مقام الرجل الواحد في الشهاده، للنصوص الدالّه على ذلك، ومنها:

(١) عن منصور بن حازم: « إن أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام قال: إذا شهد لطالب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز» (٢) أي: فهو نافذ.

ص: ٤١٢

١- (١) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٨٩.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٧١/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٥.

(٢) عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: « إن رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلّم أجاز شهاده النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله أن حقه لحق » (١).

ثم إنه - بعد أن استقر رأى المشهور على الثبوت في الحقوق المائيه - لم يفرّقوا بين أن يكون مورد الدعوى مالاً، و أن يكون من الحقوق التي تترتب عليها آثار ماليه، ولذا ذكر المحقق قدس سرّه أمثله من القسمين، ثم ذكر الضابط في المسأله قال (٢):

« ويثبت الحكم بذلك في الأموال كالدين » فإنه حق مالي صرف، « والقرض » فإنه لما يقول له: قد أقرضتك كذا يدعى حقاً مائياً له على ذمته « والغصب » كذلك، فإنه وإن كان مغايراً للمال مفهوماً، لكنه لما يدعى عليه غصب شيء له، فإنه يستلزم كون ذلك الشيء ملكاً له « وفي المعاوضات » يثبت الحكم أيضاً، فإن المقصود فيها هو المال « كالبيع والصرف والصلح والإجاره والقراض والوصيه له » في مال عيناً أو ديناً، « والجنايه الموجهه للديه كالخطأ » فمن ادعى جنايه فقد ادعى موضوع الديه، فهي حق يقصد بها المال، أما لو كانت جنايه موجهه للقصاص فلا، لأن القصاص حق وليس مالاً « وعمد الخطأ، وقتل الوالد ولده والحرّ بالعبد » إذ تثبت الديه دون القصاص، فإنه لا يقتل الوالد بالولد والحر بالعبد « وكسر العظام » حيث يتعذر القصاص وتجب الديه، فتكون الدعوى ماليه « والجائفه » وهي الجنايه التي تصل الجوف، « والمأمومه » وهي التي تصل أم

ص: ٤١٣

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٧١/٣. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٥. وهي صحيحه.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٢.

قال قدس سره: « وضابطه ما كان مالاً أو المقصود منه مالاً » أى: بخلاف القصاص ونحوه. . .

لكن قد وقع الكلام بينهم من جهة أخرى، وهى أنه هل يلزم أن يكون المقصود بالذات المال أو يكفى ترتب الأثر المالى مطلقاً وإن لم يكن هو المقصود بالذات؟ ولذا اختلفوا فى بعض المصاديق كالنكاح، فقد قال المحقق:

« وفى ثبوت النكاح تردّد ».

أى: لتردد المقصود بالنكاح بين كونه مالاً وغير مال، فإن قلنا بالثبوت حتى فى صورته كون ترتب المال من اللوازم البعيده، ثبت النكاح بالشاهد واليمين، لأن المهر والنفقه - إن كانت الدعوى من الزوجه - وإرث الزوج مال الزوج بعد موتها - إن كانت الدعوى من الزوج - من الآثار المترتبة على النكاح، وإن كان المقصود منه بالذات هو التناسل وإقامه السنه وكف النفس عن الحرام، والنفقه والمهر تابعان (1).

قال قدس سره: « أما الخلع والطلاق والرجعه والعتق والتدبير والكتابه

ص: ٤١٤

١ - ١) فالحاصل: أن فى المسأله أقوالاً: أحدها: عدم الثبوت سواء كان المدعى الزوج أو الزوجه، وقد نسب هذا القول فى الروضه وغيرها إلى المشهور (الروضه البهيّه ٣: ١٠٢). والثانى: الثبوت كذلك، ذكره الشهيدان لكن فى الروضه: لا نعلم قائله، وكذا قال غيره، والثالث: الثبوت إن كان المدعى الزوجه، وهو مختار العلامه فى القواعد (٣: ٤٤٩) حيث قال: أما النكاح فأشكال، أقرب الثبوت إن كان المدعى الزوجه، وفى مفتاح الكرامه: تبعه عليه الشهيد فى غايه المراد. قال: لأن دعوى المرأه النكاح تستلزم مالاً ما وهو مناط الشاهد واليمين، أما الزوج فلا مال يدعى به بدعواه الزوجيه والتوارث بعيد جداً، ويقرب إذا كان التداعى بعد موت المرأه، ومثله قال الشهيد الثانى. والرابع: التوقف وعليه المحقق هنا - أما فى النافع فلم يذكر النكاح أصلاً - وتبعه الشهيد فى الدروس.

والنسب والوكالة والوصية إليه وعيوب النساء، فلا» .

أقول: لكن الخلع إذا ادّعه الزوج يثبت بالشاهد واليمين، لدخوله في الضابط الذي ذكره، من جهة أنه مشروط ببذل الزوجه مالا إلى الزوج ليطلقها به، فحيث يدعى الرجل ذلك فإنه يدعى حقا مالياً.

قال: « وفي الوقف إشكال، منشؤه النظر إلى من ينتقل، والأشبه القبول، لانتقاله إلى الموقوف عليهم» .

أقول: هذا في الوقف الخاص، وأما العام فلا تتضمن دعواه المال، لأن الموقوف بالوقف العام لا مالك له، بل يكون كعتق العبد لله، ولو قلنا بالانتقال فيه إلى الموقوف عليهم، فإنه يتعدّر حلف جميعهم، ولا فائده في يمين بعضهم.

أقول: وصفوه الكلام في هذا المقام هو: أن الأصل الأولى هو عدم ثبوت شيء إلا مع العلم، ثم إن قوله صلى الله عليه وآله وسلم « إنما أفضى بينكم بالبيّنات والأيمان» قد أصبح أصلاً ثانوياً، فتقبل كل دعوى أقام المدعى فيها البيّنه على دعواه ويحكم له بثبوت حقه، ثم نزل جبرئيل عليه بالشاهد واليمين - فيجوز أن يكون حاكماً على الحديث السابق، وأن يكون مقيداً له فيكون الحصر فيه إضافياً - ثم قيّد إطلاق قبول الشاهد واليمين بحقوق الناس، فلا يقبل ذلك في حقوق الله تعالى، ثم وقع الخلاف بينهم في المراد من « حقوق الناس »، وقد تقدّم عدم جواز التعويل على ما روى عن ابن عباس، فإن تم ما ذكرنا من انصراف « حق الناس » إلى « الحق المالى » فهو، وإلا فهي شبهه مفهوميّه مردده بين الأقل والأكثر، والأقل هو المتيقن، والمرجع فيما زاد عنه هو « إنما أفضى بينكم. . . » فيقبل الشاهد واليمين في كل ما كان مالا من حقوق الناس.

و « الحق المالى » أيضاً مردّد بين ما هو حق مالى بالذات وما هو حق مالى

مطلقاً - سواء كان مالاً بالذات أو بالتبع - وهنا أيضاً يؤخذ بالقدر المتيقن - وهو الحق المالى المقصود بالذات - وإن لم يكن عنوان الدعوى مالاً- مثل البيع، ولذا قال فى (الجواهر): « ومن الغريب اتّفاقهم على خروج الوكاله عن المال وإن كانت بجعل، وكذا الوصيه، واختلافهم فى العتق» .

وأما فى موارد الشبهه المصداقيه، فلا يؤخذ فيها بعموم العام، بل المرجع هو الأصل. نعم، للمتداعيين العمل بالإحتياط فى صوره الشك.

حكم ما لو كان المدعى جماعه والشاهد واحد

قال المحقق: « ولا تثبت دعوى الجماعه مع الشاهد إلا مع حلف كل واحد منهم» (١).

أقول: هذا لا إشكال فيه، لأن الدعوى حينئذ تنحل إلى دعاوى متعدده وإن كانت شهاده الشاهد الواحد كافيه لجمعها، فإن حلف جميع أفراد الجماعه ثبتت الدعوى « ولو امتنع البعض ثبت نصيب من حلف دون الممتنع» لأن مقتضى الأدله السابقه ثبوت الدعوى المالىه بالشاهد ويمين المدعى، فمن حلف مع الشهاده ثبت حقه وكان له استيفاء سهمه، سواء كانت الدعوى فى حق الإرث أو حق الشركه، ومن امتنع من الحلف فلا يثبت له شىء، وهنا فروع:

[الأول]: هل نكول الممتنع عن الحلف هنا يكون كنكول المدعى عن اليمين المردوده فى سقوط الدعوى، فلا يترتب على بذله اليمين بعدئذ أثر، أو لا يكون كذلك؟ قالوا: لا يكون كذلك، بل هو نظير أنه لو أقام شاهداً على دعواه ولم يحضر

ص: ٤١٦

الشاهد الثاني بعد، فحينئذ، يلزم على الحاكم أن يصبر حتى يحضر، لأن حق المدعى باق، ولذا لا يأمر المدعى عليه باليمين - إلا إذا رفع المدعى اليد عن إقامه الشهاده وقنع بيمين المنكر، فحينئذ يأمر المنكر بذلك - فهنا كذلك، فإن الممتنع عن اليمين يبقى حقه ويترتب الأثر على يمينه في الزمان اللاحق.

[الثاني]: لو ورث الحالف الناكل، فهل للوارث أن يحلف حتى ينتقل إليه سهم الناكل؟ نعم، لما تقدّم من أن النكول لا يقتضى الحرمان بل الدعوى باقيه، فلا مانع من أن يحلف مرّه ثانيه لإثبات سهم أخيه - مثلاً - الناكل حتى ينتقل إليه بالإرث، وهل يلزم تكرار الشهاده حينئذ؟ وجهان، من أن الدّعى واحده والمفروض إقامه الشهاده قبل موت الناكل، ومن أن المدعى لهذا السهم فعلاً غير المدعى سابقاً، والأقوى عند العلامة هو الأوّل، لأن اختلاف المدعى لا يوجب اختلاف الدعوى.

[الثالث]: ذكر كاشف اللثام (١): إنه لو مات المدعى قبل الحلف والنكول، يحلف وارثه على أن هذا المال كان لمورّثه، وإنما يحلف لتعلّق حقه بهذا المال، لكن يتوقف تملكك الوارث للمال على عدم البينه للمدعى عليه على إبراء المورث إتياء أو نقل المال إليه مثلاً، وهذا بخلاف ما لو كان المدعى هو المورث نفسه، فإنه إذا حلف ثبت حقه من دون توقف على ما ذكر.

أقول: إنما لا تسمع دعوى المدعى عليه الإبراء - مثلاً - فيما لو قال المدعى: هذا المال لى الآن وشهد الشاهد على ذلك، كما أنه لو شهد الشاهد على المدعى عليه بأن فلاناً مات وله عليك كذا، فإنه حينئذ لا تسمع دعواه الإبراء، ولا يتوقف

ص: ٤١٧

مطالبه الوارث بالحق منه على عدم بيئته . . . ولعلّ هذا الذى ذكرناه هو وجه نظر صاحب (الجواهر) فيما ذكره كاشف اللثام.

[الرابع]: لو ورث الناكل الحالف أخذ سهمه وإن لم يدفع إليه سهمه لامتناعه عن اليمين، إذ لا ملازمه بين الأمرين، نعم، لا ريب فى عدم انتقال سهم الحالف إلى الناكل فى صورته تكذيبه الدعوى.

[الخامس]: لو أقر المدعى عليه كون المال لزيد الميت بعد شهادته الشاهد ويمينه أو مطلقاً، ثم جاء فقال الوارث بأن مورثك قد نقل المال إلى، فعلى الوارث أن يحلف على أن المال له الآن، ووجه وجوب الحلف عليه للمره الثانيه هو أن ما يدعى الآن دعوى جديده، فيتوقف ثبوتها على يمين أخرى، فإن حلف ثبت الحق - إلا إذا أثبت المدعى عليه الانتقال - وهل يلزم إعادة الشهاده كذلك؟ قال العلامة: الأقوى نعم.

أقول: إن كانت هذه دعوى جديده، بمعنى أن الوارث يدعى أن هذا المال الثابت للمورث لم ينتقل إلى المدعى عليه، فلا بد من إقامة الشهاده أيضاً، لأن الشهاده السابقه قد أثبتت الملك للمورث، فلا تنفع لدعوى عدم الانتقال إلى المدعى عليه، وإن لم تكن دعوى جديده، فلا وجه لاشتراط تجديد اليمين، ففيما ذكره العلامة وغيره هنا، تأمل.

عدم جواز الحلف من غير علم:

قال المحقق: « ولا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقيناً » (١).

ص: ٤١٨

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٩٣.

أقول: لا يجوز الحلف من غير علم مطلقاً، ولا سيما في مورد المرافعه، ويدلّ على ذلك النصوص الصريحه مثل:

□
١ - عن هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا يحلف الرجل إلا على علمه » (١).

□
٢ - عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا يستحلف الرجل إلا على علمه » (٢).

□
٣ - عن يونس عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا يستحلف الرجل إلا على علمه ولا تقع اليمين إلا على العلم، استحلف أو لم يستحلف » (٣).

قال في (الجواهر) بعد عبارته المتن: « وإن كان هو مقتضى الاصول العقلية » (٤).

قلت: لعل مراده ما في (القواعد) (٥) وغيره من أن من شرط اليمين الجزم، والجزم لا يتحقق إلا مع العلم.

هذا، وقد تقدّم الكلام على أنه هل تجوز اليمين بمقتضى اليد كما تجوز الشهاده أو لا؟ وقد قلنا بجوازها في كلّ مورد تجوز الشهاده فيه، سواء كانت استناداً إلى

ص: ٤١٩

١ - ١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٤٦/١. كتاب الأيمان، الباب ٢٢.

٢ - ٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٤٧/٢. كتاب الأيمان، الباب ٢٢.

٣ - ٣) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٤٧/٤. كتاب الأيمان، الباب ٢٢.

٤ - ٤) جواهر الكلام ٤٠: ٢٨١.

٥ - ٥) قواعد الأحكام ٣: ٤٤٧.

اليد أو غيرها من الأمارات الشرعيه، بل قيل بجواز الحلف بمقتضى الإستصحاب، على إشكال فيه.

وهل يحلف على أنه ماله واقعاً وأنه له بحسب الحكم الظاهري؟

إن حلف على أن ما بيده ملك له واقعاً استناداً إلى اليد، فإن لازم ذلك تجويز الكذب في هذا المورد، وإن أريد الملكيه الظاهريه، لزم التخصيص في الأصل العقلي والنصوص الوارده في المسأله لعدم الجزم المعتبر في اليمين، مع أن حكم العقل لا يقبل التخصيص.

أقول: إنا نقول بالتخطئه في الأحكام الواقعيه والظاهريه معاً، والحكم الظاهري يمكن تعلق العلم به مع الشك في الحكم الواقعي، وحينئذ يجوز الحلف بحسب العلم بالحكم الظاهري، فمرادهم من « لا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقيناً» هو عدم جواز يمين الوارث مثلاً استناداً إلى كتابه من خط مورثه، أو شهاده شاهد واحد بأن المال الكذائي للمورث.

قال في (الجواهر) (١): 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 إشكال بل منع فيهما، لعدم العلم المعتبر في الحلف...

وفيه: أولاً: إن الفرق بين اليد والبينه غير واضح، وثانياً: إنه قد تقدم أن اليمين على اليد هو الحلف بالحكم الظاهري، وعلى هذا، فلا فرق بين اليد والإستصحاب.

والملكيه الظاهريه هي المراد من روايه حفص بن غياث (٢).

ص: ٤٢٠

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٨٨.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩١ / ح ٢ وقد تقدم نصها في الكتاب.

قال المحقق: « ولا يثبت مالا لغيره » (١).

أقول: قال في (الجواهر) (٢): وإن تعلق له به حق، بلا خلاف، بل قد يظهر من (المسالك) (٣) وغيرها الإجماع عليه.

ويدل على ذلك - مع ما ذكر - ظواهر أدلة القضاء، كقوله صلى الله عليه وآله وسلم: « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان » ، فإنه ظاهر في كون البينات والأيمان هي ميزان القضاء بين المتخاصمين أنفسهما، وهو منصرف عما لو ادعى مالا لغيره.

قال في (الجواهر) (٤): لكن في كشف اللثام: إلا- الولى لمال المولى عليه، فإن الحالف إما المنكر وإما المدعى له، أما الولى فقوله بمنزلة قول المولى عليه. (قال): ولم أجده لغيره، بل إطلاقهم يقتضى خلافه.

قلت: لكن لم نجد هذا الكلام في (كشف اللثام) ، بل قد صرح بأن القيم لا يجوز له الحلف، نعم، فيه جواز حلف المولى لأجل مال العبد.

قال المحقق: « فلو ادعى غريم الميث مالا له على آخر مع شاهد، فإن حلف الوارث ثبت وإن امتنع لم يحلف الغريم » .

أقول: وعلى ما ذكرنا، فلو مات المدين ولا تركه له، وقد عرف الدائن مدينا للميت وله على حقه من الميت شاهد واحد، فهل له أن يحلف عند المدين الثاني مع شهادته الشاهد حتى يستوفى حقه منه؟ قالوا: يثبت حقه إن حلف الوارث، وأما

ص: ٤٢١

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٩٣.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٨٢.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٣: ٥١٦.

٤-٤ (٤) شرائع الإسلام ٤: ٩٣.

يُمِينُهُ هُوَ فِلا- أَثْرُ لَهَا، لِأَنَّهَا فِي مَالِ الْمَيْتِ وَإِنْ تَعَلَّقَ لَهُ بِهِ حَقٌّ، وَتَرْتَبُ هَذَا الْأَثْرُ عَلَى يَمِينِ الْوَارِثِ مَبْنَى عَلَى أَنَّ الْوَارِثَ يَمْلِكُ كُلَّ مَا كَانَ لِمَوْرَثِهِ، وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ مَسْتَوْعِبًا لَمْ يَجْزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْمَالِ، فَإِنَّهُ - بِنَاءٍ عَلَى هَذَا - يَكُونُ يَمِينِ الْوَارِثِ فِي مَالِهِ لَا فِي مَالِ الْغَيْرِ.

وَتَعَرَّضُ فِي (الْجَوَاهِرِ) (١) لِمَسْأَلَةِ الْوَصِيَّةِ مِنْ جِهَةِ أَنَّهَا تَتَفَرَّعُ عَلَى مَا ذَكَرَ مِنْ تَرْتَبِ الْأَثْرِ عَلَى يَمِينِ الْوَارِثِ دُونَ الْغَرِيمِ، فَلَوْ أَوْصَى الْمَيْتُ بِصَرْفِ كَذَا مِنَ الْمَالِ فِي مَوْرَدٍ مَعِينٍ وَلَمْ يَتْرَكَ مَالًا يَفِي لِتَنْجِيزِ الْوَصِيَّةِ، لَكِنْ ادَّعَى الْوَارِثُ بِأَنَّ وَالِدَهُ مَثَلًا يَطْلُبُ مِنْ فُلَانٍ كَذَا مِنَ الْمَالِ، فَقِيلَ: الْوَصِيَّةُ بِحُكْمِ الدَّيْنِ فِي تَرْتَبِ الْأَثْرِ عَلَى يَمِينِ الْوَارِثِ فَقَطْ، وَفِي (الْجَوَاهِرِ): إِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ كَلِيَّةً غَيْرَ مُتَعَلِّقَةٍ بِالْمَالِ فَهِيَ كَالدَّيْنِ، وَإِنْ كَانَتِ مُتَعَلِّقَةً بِالْمَالِ - وَلَوْ بِعَنْوَانِ الْكَلِّيِّ فِي الْمَعِينِ كَالْعَشْرَةِ دَنَانِيرٍ مِنَ الْمَالِ، أَوْ الْحَصَّةِ الْمَشَاعَةِ - فَالْحُكْمُ يَبْتَنِي عَلَى الْقَوْلِ بِانْتِقَالِ مَا لِلْمَيْتِ إِلَى الْوَارِثِ بِالمَوْتِ وَعَدَمِهِ.

أَقُولُ: الْوَصِيَّةُ تَارَهُ: تَتَعَلَّقُ بِالْفِعْلِ - وَإِنْ كَانَ مُشْتَمَلًا عَلَى الْمَالِ - فَهَذَا صَوْرَتَانِ:

الْأُولَى: أَنْ يَكُونَ مَرَادُ الْمَوْصِي صَرْفَ كَذَا مِنْ مَالِهِ قَبْلَ انْتِقَالِهِ إِلَى الْوَارِثِ، فَبِنَاءٍ عَلَى أَنَّ الْمَلِكِيَّةَ أَمْرٌ اِعْتِبَارِيٌّ، يَكُونُ الْمَالُ لِلْمَيْتِ وَعَلَى الْوَصِي صَرْفَ الْمَالِ الَّذِي أَوْصَى بِهِ فِي الْمَوْرَدِ الَّذِي عَيَّنَهُ، وَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ لَا يَحْلِفُ الْوَصِي وَلَا الْوَارِثُ وَلَا الْمَوْصِي لَهُ، لِأَنَّ الْمَفْرُوضَ كَوْنَ الْمَالِ لِلْمَيْتِ، وَحَلْفُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ يَكُونُ فِي مَالِ الْغَيْرِ فَلَا أَثْرَ لَهُ. . .

ص: ٤٢٢

وكذا الأمر بناء على القول ببقاء المال في حكم مال الميت.

والصوره الثانيه: أن تكون الوصيه بنحو ترتب نفوذها على انتقال المال إلى الوارث، أى يكون تملك الوارث له مقدماً فى الرتبته على تملك الموصى له، ففي هذه الصوره يحلف الوارث أو الموصى.

وبناء على كون المال الموصى به فى حكم الدين - بمعنى جعل المورث على ذمه الوارث كذا من المال، بأن ينتقل إليه بحكم الإرث ثم تكون ذمته مشغوله بصرف ما عينه المورث فى كذا بحكم الوصيه - فلا إشكال فى أنه يحلف حينئذ.

وأما لو كانت الوصيه مضافه إلى المال بنحو الحصه المشاعه، فلا يحلف.

وأخرى: تكون الوصيه بنحو النتيجة، كأن يوصى بأن كذا من المال لزيد بعد وفاتى، فإن قبل الموصى له الوصيه فلا أثر لحلف الوارث، بل المؤثر يمين الموصى له، لأن المال ملكه، سواء كان بنحو المشاع أو المفروز أو الكلى فى المعين، وسواء قلنا بأن المال يكون بعد الموت فى حكم مال الميت ثم ينتقل إلى الموصى له بحكم الوصيه، أو قلنا بانتقاله إلى الوارث بالإرث ثم إلى الموصى له، أو قلنا بانتقاله إلى الموصى له رأساً. وإن لم يقبل الموصى له الوصيه فهنا تأتى الأقوال، وعلى كل حال فليس له أن يحلف، وأما الوارث فيحلف بناء على انتقال المال إليه بالإرث ثم انتقاله إلى الموصى له بعد القبول.

وكذلك الكلام فى المال الذى تعلق به الخمس أو الزكاه ثم خرج المال من تحت يد صاحبه إلى الغير، فعلى القول بتعلق الخمس مثلاً بذمه الميت فلا يحلف مستحقه، فإن قلنا بانتقال المال إلى الوارث حلف الوارث، وإن قلنا ببقائه على ملك الميت أو فى حكم ماله فلا يحلف.

هذا، وحيث لا يحلف الغريم، فهل له إحلاف المدعى عليه؟ قال فى

(الجواهر) (١): نعم، لأن الدليل على عدم حلفه هو الإجماع وانصراف الأدلة، وأما الإحلاف فلا دليل على المنع منه، فإن حلف المدعى عليه برأت ذمته، وإن نكل ثبت الحق بمجرد إن لم يمكن الرد.

وأما 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 وأراد الوارث تخليص ذمته، كان له ذلك، ولكنه ليس بواجب.

وعلى القول ببقاء المال فى ملك الميت أو فى حكم ملكه، فقد قلنا بأنه ليس للوارث أن يحلف، وهنا قال فى (الجواهر): اللهم إلا- أن يقال إنه قد ورث حق الدعوى به وإن صار بعد الثبوت على حكم مال الميت ولا تعلق للوارث به، ولكنه كما ترى، ولم أجد ذلك محرراً فى كلام الأصحاب.

قلت: وما أشار إليه من التأويل فى هذا الإحتمال هو الظاهر، لأن حق الدعوى فى المال يتبع ملكيه نفس المال، لأنه أثر كسائر الآثار المترتبة على تملكه، فلا يثبت هذا الحق بالنسبة إلى مال الغير إلا فى صورته الوكاله عنه.

ولو أحلف الغريم المدين فحلف، سقطت دعوى الغريم تجاهه، ولكن حق الوارث باق، فله أن يحلفه، فإن حلف وثبت الحق واستوفاه الوارث، فهل للغريم مراجعه الوارث؟ الظاهر: نعم، لأن سقوط الحق من جهة لا ينافى عدم سقوطه من جهة أخرى.

قال المحقق: « وكذا لو ادعى رهناً وأقام شاهداً أنه للراهن، لم يحلف، لأن يمينه لإثبات مال الغير» .

ص: ٤٢٤

أقول: هذا واضح ولا إشكال فيه، نعم، لو ادعى رهانه المال وأراد إثباتها من غير تعرّض لمالك المال، ثبتت بالشاهد واليمين وإن كان المال ملكاً للغير، إذ المفروض إرادته إثبات الرهانه لا الملك.

حكم ما لو ادعى جماعه مالاً لمورثهم:

قال: « ولو ادعى الجماعه مالاً لمورثهم وحلفوا مع شاهدهم، ثبتت الدعوى وقسم بينهم على الفريضة. . . » (١).

أقول: إن حلف الجماعه كلهم أخذوا المال المدعى وقسموه بينهم حسب الفريضة، سواء كان المال عيناً أو ديناً.

« ولو كان وصيه قسموه بالسويه إلا أن يثبت التفضيل » من الموصى.

وإنما يحلف جميعهم، لأن هذه الدعوى تنحلّ إلى دعاوى متعدده.

« ولو امتنعوا لم يحكم لهم » وهذا واضح ولا إشكال فيه.

ولو حلف بعضهم دون بعض ففيه بحث، قال المحقق:

« ولو حلف بعض أخذ ولم يكن للممتنع معه شركه ».

يعنى: سواء كان المدعى به فى الأصل ديناً أو عيناً، وقيل: يكون له معه شركه مطلقاً، وقيل: بالتفصيل بين الدين فلا يشاركه، والعين فله معه شركه.

أقول: إن حلف الحالف ليس نظير البينه فى الحجية وإثبات الدعوى حتى يحكم الحاكم للحالف، وليس امتناعه عن اليمين مثل نكول المدعى عن اليمين المردوده فى سقوط الدعوى، فلو غصب غاصب عيناً مشتركه بين أخوين فقال

ص: ٤٢٥

لأحدهما: إنى أريد غضب سهم أخيك دون سهمك، فدفع إليه نصف العين، كان الأخوان شريكين فى النصف، لكون الحق مشاعاً ولا حق للغاصب فى إفراز السهم إجماعاً. هذا فى العين الخارجيه، فلو وقع الترافع بين الأخوين معاً والغاصب إلى الحاكم، فحلف أحدهما دون الآخر.

ف قيل: باشتراكهما فى النصف الذى يأخذه الحالف كالنصف الباقى بيد الغاصب، لأن نكول الممتنع لا يسقط حقه، ويمين أحدهما لا- يوجب فرز حقه عن حق الآخر، فالشركه باقيه، وقيل: بعدم الشركه مطلقاً - أى سواء فى العين أو الدين - لحكم الحاكم بكون ما يأخذه الحالف ملكاً له فلا يشاركه أخوه الممتنع من الحلف - وقيل: بالتفصيل بين العين والدين، فلا شركه فى الدين، لأنه بالقبض ينفرز سهم كل واحد عن سهم الآخر، فيكون ما قبضه الحالف ملكاً له.

ولو أقرض رجلان مالاً مشتركاً بينهما رجلاً، كان له تبديل الكلى فى ذمته بمال معين فى الخارج، فيكون مشتركاً بين الدائنين، ولكن ليس له دفع نصف الدين إلى أحدهما، لأن حق أحدهما لا- يتعين دون الآخر وإن أذن، بل يكونان شريكين فى ذلك النصف، فإن وقع النزاع بينهم وترافعوا إلى الحاكم، فحلف أحد الشريكين وامتنع الآخر، ثبت نصف الدين الكلى بحكم الحاكم، لكن ليس للمدين تعيين النصف إلا مع إذن الآخر، لأن الحق المشاع لا يفرز فى الخارج ولا يتعين إلا برضا الشريكين.

ثم إنه أشكل فى (المسالك) على المحقق فى شرح عبارته المذكوره: « وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما لو ادعى على آخر مالاً، وذكر سبباً موجباً للشركه كالإرث، فإنه إذا أقر لأحدهما شاركه الآخر فيما وصل إليه.

فخص بعضهم هذا بالدين وذاك بالعين، لأن أعيان التركه مشتركه بين

الورثه والمصدق معترف بأنه من التركة، بخلاف الدين فإنه إنما يتعين بالتعيين والقبض، فالذى أخذه الحالف تعين لنفسه بالقبض فلم يشاركه الآخر فيه. . . .» .

ولم يفرّق في (الجواهر) (1) بين العين والدين حيث قال (2): « والتحقق عدم الفرق بين الدين والعين بعد تحقق سبب الشركه فيهما، إذ الدين عين أيضاً إلا أنها كليته. . . .» أى: كما لا ينفرد الحق في الشيء المشترك في الخارج إلا مع رضا الشريك، فإن ما في الذمه كذلك، فيكون الخارج مصداقاً لما في الذمه ومشاركاً، ولو أوجد في الخارج بإذن الشريك مصداق نصف ما في الذمه، كان مشتركاً 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: إن المدين بعد الشهاده والحلف يدفع نصف الحالف إليه، لكن الحالف الآخذ للنصف يعلم ويقرّ بمشاركه أخيه له في ذلك بحكم الإرث.

هذا، وقال المحقق قدس سرّه في كتاب الشركه: « إذا باع الشريكان سلعه صفقه ثم استوفى أحدهما منه شيئاً شاركه الآخر فيه» (3).

وفي إقرار المفلس: « لو أقر بعين أو دين ودفع مقداراً، تشارك الشريكان في ذلك المقدار» (4).

ص: ٤٢٧

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٥١٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٨٦.

٣-٣) شرائع الإسلام ٢: ١٣٤.

٤-٤) شرائع الإسلام ٢: ٩٠.

وهنا قال: « ولو حلف بعض أخذ ولم يكن للممتنع معه شركه » (١).

ومن هنا يظهر أن رأى المحقق يختلف، ففي صورته التنازع يفتى بعدم الشركه، وفي صورته عدمه يقول بالشركه، ويدلّ على ما ذكره في كتاب الشركه روايات:

(١) عن أبي حمزه قال: « سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب عنهما، فاقتهما الذى بأيديهما، وأحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب، فاقضى أحدهما ولم يقتض آخر. قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله » (٢).

(٢) عن غياث عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام مثله إلا أنه قال: « ما اقتضى أحدهما فهو بينهما وما يذهب بينهما » (٣).

(٣) عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « سألته عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين، فاقتهما العين والدين فتوى (٤) الذى كان لأحدهما من الدين أو بعضه، وخرج الذى للآخر أيرد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله » (٥).

وقال فى (الجواهر) (٦) فى شرح العبارة: « لكن هذه النصوص بل والتمتن وما

ص: ٤٢٨

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٩٣.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٢/١. كتاب الشركه، الباب ٦.

٣-٣) وسائل الشيعة ١٩: ١٢/١. ذيل الحديث كتاب الشركه، الباب ٦.

٤-٤) توى: هلك.

٥-٥) وسائل الشيعة ١٩: ١٢/٢. كتاب الشركه، الباب ٦.

٦-٦) جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٠.

شابهه مشتمله على الجزم بالشركه، وما ذاك إلا لحصول الإذن من الشريك بالقبض، ولو زعم القسمة الفاسده ونحوها، وحينئذ يتَّجه الجزم بشركه المقبوض، إنما الكلام فيما إذا قبض أحد الشريكين حصته لنفسه من دون إذن شريكه، وقد ذكر غير واحد من الأصحاب بل نسب إلى المشهور أن للشريك مشاركته الآخر فيما قبض، وله مطالبه الغريم بمقدار حصته، فيكون قدر الحصه فى يد القابض، كقبض الفضول إن أجازته ملكه وتبعه النماء، وإن ردّه ملكه الدافع ويكون مضموناً عليه على التقديرين، ولو تلف قبل اختيار الشريك كما فى المسالك، بل فى التذكرة التصريح فى تعيين حقه به ولا يضمنه للشريك، وقد أطنب فى المسالك فى تحقيق ذلك وأنه من الفضولى، وأن ذلك هو المراد من قولهم تخير الشريك بين الرجوع على الغريم وبين الشركه فيما قبضه شريكه.

والجميع كما ترى لا ينطبق على القواعد الشرعيه، وذلك لأنه وإن اتَّجهت الشركه مع إجازته القبض لهما بناء على تأثير مثل هذه الإجازة فى مثله، وإن كان فيه إشكال أو منع من وجوه، بل لم نجد فى المقام لغير ثانى الشهيدين، لكن اختصاص القابض وملكه مع عدمها لا- وجه له، بل المتجه حينئذ بقاءه على ملك الدافع، وذلك لأن القابض ليس له إلا نصف المال المشاع بينه وبين شريكه، ومع فرض عدم إجازته الشريك لم يكن المال المقبوض مال الشركه، ونىه الدافع أنه مقدار حصه القابض لا تنفع فى ذلك وإن وافقتها نيه القابض، بل لو رضى الشريك بكون ذلك حصه القابض، وما فى ذمه الغريم حصه له لم يجد، لعدم صحه مثل هذه القسمة.

ودعوى جوازها لكنها مراعاة بقبضه، فإن حصل تمت وإلا- رجع على القابض وشركه فيما قبضه، تهجس بلا- دليل، بل هو مخالف للمعروف من عدم

صحته قسمه الدين، وللمعلوم من أنه مع عدم إجازة القبض على وجه يكون به المقبوض مالا للشركة لا يكون كذلك، فكيف يعود إليه بعد عدم القبض، وحينئذ، فإن لم يكن ثمة إجماع، أشكل الحكم بملك القابض جميع ما قبضه بعد عدم الإجازة بل ولا- بعضه، اللهم إلا- أن يقال إنه برضا الشريك يكون المقبوض حصه القابض بتمحض المقبوض مالا- للشركة، بل هو في الحقيقة إجازة لذلك» (١).

إذن، قد فرّق المحقق وجماعه بين مورد الدعوى وغيره، ولذا أشكل في (المسالك) الفرق، ثم نقل عن بعضهم التفصيل بين الدين والعين، وقد أشكل في (الجواهر) على هذا الفرق.

وعن جماعه التفريق بين الإقرار والمقام، وأشكله في (المسالك) بأن سبب الملك في المقام ليس هو اليمين بل الأمر السابق من إرث أو وصية. . . ويكون أثر اليمين من بعض الجماعه رفع المانع من تصرفهم في المال برجوعه إليهم.

هذا، وفي (الجواهر): نعم لو أراد الاستقلال بذلك، صالحه عن حصته المشاعه بعين أو حوّل عليها على إشاعتها أو نحو ذلك، مما ذكرناه في وجه اختصاص بعض الشركاء عن بعض حتى في العين.

والظاهر أن مراده من «أو حوّل عليها» أن يحوّل شريكه على شخص آخر فيتقاضى منه ما يقابل حقه في هذا المال، فيختص به عن شريكه ولا يطالبه شريكه بحقه فيه.

قال: نعم قد يتّجه اختصاص الشريك في الدين والعين بما يقبضه منهما إذا لم يعلم بقاء سبب الشركة، لاحتمال الإبراء من شريكه أو نقله بحصته على الإشاعه

ص: ٤٣٠

أو نحو ذلك، والعلم السابق بحصول الشركة لا يقتضى التشريك فيما يدفعه المديون أو من فى يده العين منها.

أقول: يمكن أن يقال بأن الشك فى بقاء الشركة مسبب عن الشك فى نقل الشريك حصته مثلاً، وجريان الأصل فى السبب لا يثبت بقاء الشركة فى المال إلا-على القول بالأصل المثبت، وهذا هو مراد صاحب (الجواهر)، ولكن لا مانع من إجراء أصاله عدم الشركة فى هذه العين فلا يشاركه أخوه فيها، فالإستصحاب فى العين تام، وفى الدين مشكل لشبهه الإثبات.

قال: « مع عدم ثبوت الشركة بظاهر الشرع » (١).

أقول: إنه إذا حلف أحد الشريكين يقول الحاكم للمديون إرفع إليه حقه، فإن علم الآخذ ببقاء حق شريكه وجب عليه إعطاؤه حقه، وإن كان شاكاً فكذلك، للأصل، فإن أراد بعدم ثبوت الشركة بظاهر الشرع عدم ثبوتها فى العين، فهو غير تام.

قال: بل ربما ثبت عدمها بظاهر الشرع، كما لو رضى بيمينه أو نكل عن يمين ردّت عليه أو نحو ذلك.

أقول: يعنى إذا وقع النزاع فى الإبراء، فادّعاه المديون وأنكره هو فرضى بيمين المديون، فإذا حلف سقط حقه، وكذا لو ردّ المديون اليمين عليه فنكل عنها، فإنه يثبت بذلك عدم الشركة بظاهر الشرع.

هذا، ويختص المال بالحالف مع غيبه الشريك وإن جاء وحلف، فلا يشارك أخاه فيما أخذ بل يثبت بحلفه حقه على المديون، ولو كان ثمة شركة له فيما أخذه

ص: ٤٣١

لترتب عليها آثارها، كالشركة في النماء الحاصل بيد الشريك وضمانه فيما لو تلف المال بيده.

حكم ما لو كان في المدّعين صغير

قال المحقق: « ولو كان في الجملة مولى عليه يوقف نصيبه، فإن كمل ورشد حلف واستحق، وإن امتنع لم يحكم له » (١).

أقول: لقد تقدم أنه لا يحلف أحد في مال غيره، وعليه، فلا يحلف ولي الصغير - مثلاً - في مال الصغير، بل يصبر حتى يكبر، فإن حلف مع شهادته الشاهد ثبت حقه وإن امتنع فلا. . .

وهل يجوز توقيف مال المديون أو تكفيله حتى يكبر الصغير؟

قيل: نعم إن كان المال عيناً، والأظهر هو العدم مطلقاً، لعدم ثبوت الحق بعد.

قال: « وإن مات قبل ذلك كان لوارثه الحلف واستيفاء نصيبه » .

أقول: وإن مات الصغير قبل الكبر طالب الوارث بسهمه، فإن حلف استوفى نصيبه، وهل يحتاج إلى إعادته الشهادة؟ الأقوى: العدم مطلقاً، خلافاً لمن فصل بين ما إذا كان العنوان الإرث فلا حجه، وما إذا كان العنوان الوصيه فيلزم.

هذا كله فيما إذا أريد إثبات الحق بالشاهد واليمين، ولو أن بعض الجماعة أقام بينه على دعواه وحكم الحاكم بثبوت الدعوى، فإنه يثبت كون المال الموجود بيد المدّعى عليه للميت - إن لم يدع الإبراء أو نحوه - وبذلك يثبت حق جميع الورثة،

ص: ٤٣٢

ولو تمكن من أخذ بعض المال اشتركوا معه فيه كذلك، فلا تكون البيئه حجه لمن أقامها فقط، لكونها طريقاً إلى الواقع وكاشفه عنه، ولازمها اشتراك جميع الورثه فى المال حتى الغائب والمجنون، ولازم البيئه حجه.

وأما فى الدين، فإنّ تطبيق المديون المال على عين خارجيه موقوف على إذن جميع الورثه، وأما المجنون والغائب فيأذن الحاكم عنهما من باب الولاية، وبناء على هذه الولاية، فللحاكم أن يرفع من قبل الصغير الذى يكون تحت ولايته، بأن يقيم البيئه على حقه مثلاً، وأما بناء على عدم هذه الولاية، فإنه يصبر حتى يكبر الصغير ويطالب بحقه بنفسه.

ص: ٤٣٣

المسألة الأولى: (حكم ما لو قال: هذه الجارية مملوكتي وأم ولدي)

قال المحقق قدس سرّه: « لو قال: هذه الجارية مملوكتي وأم ولدي، حلف مع شاهده وثبت رقيتها، دون الولد لأنه ليس مالاً، ويثبت لها حكم أم الولد بإقراره» (١).

أقول: لو كانت جارية في يد شخص، فادّعى أحد أنها له وهي أم ولده، فدعواه تشتمل على جهات:

الأولى: كون الجارية مملوكته

والثانية: إنها أم ولد.

والثالثة: لحوق الولد به.

والرابعة: حرّيه الولد.

فإن أقام شاهداً على دعواه وحلف مع شاهده ثبت بذلك جهتان:

احدهما: كون الجارية مملوكته، لأن الجارية مال، وقد تقدّم ثبوت الحق

ص: ٤٣٥

والثانيه: كونها أم الولد، لأنه قد أقرّ بذلك، وحينئذ، يثبت لها حكم أم الولد من عدم جواز بيعها، وعدم انتقالها إلى الورثه بموته، وغير ذلك من الأحكام.

وأما الجبهه الثالثه، فلا تثبت بالشاهد واليمين، لأن الولد ليس مالا.

وأما الجبهه الرابعه، وهى حرّيه الولد، فلا تثبت بالشاهد واليمين كذلك، لأنها ليست بمال، إلا أن يقال بأن مورد تأثير الشاهد واليمين هو الأعم من صورته إثبات المائيه وصوره نفى المائيه، لإطلاق الأدله.

وفيما نحن فيه، حيث ينكر من بيده الولد حرّيته، فهو على هذا التقدير مال، والذي يدعى حرّيته ينفى مائيته، فإذا كانت أدله الشاهد واليمين مطلقه، أثرت الشهاده واليمين من هذه الجبهه أيضاً، وحكم بحرّيه الولد.

لكن هذا يتوقف على إطلاق الأدله، بل الأظهر أن هذه الأدله وارده فى مورد إحقاق المدعى حقه بالشاهد واليمين، وأما إنكار حق لخر فهى منصرفه عنه، ومع التنزل عن ذلك، فإنه لو شك فى ذلك كان الحكم عدم ثبوت الحرّيه بالشاهد واليمين، بل لا بدّ من إقامه البيّنه.

وأما الحكم بالحرّيه - بناء على الملكيه آنأ ما - ثم الإنعتاق، ففيه:

إن الملكيه آنأ ما تتحقق فى مورد دعوى الولد مالكيه أحد عموديه، فإنه إن أقام شاهداً وحلف مع شاهده، ثبت وتملك آنأ ما ثم انعتق عليه، وأما فى هذه المسأله فهو يدعى أن هذا الولد حرّ منذ وجد، فليس له حاله الرقيّه سابقاً، فلا يقاس ما نحن فيه على ذاك المورد.

وقال في (الجواهر) (١): وأما الحرّيه، فبناء على ثبوتها بالشاهد واليمين، فقد يقال بعدمه هنا، باعتبار كونها هنا تابعه للنسب لا واقعه بالذات، وانتفاء المتبوع يستتبع انتفاء التابع. وفيه: إن انتفائه واقعاً يقتضى ذلك لا عدم الحكم به في ظاهر الشرع، وحينئذ يمكن إثباتها بهما، كما لو اشتملت الدعوى على أمرين يثبت أحدهما بذلك دون الآخر... فهي حينئذ كدعوى السرقة، ودعوى: أن حرّيه الولد ليست من حقوق المدعى كى تدرج في ضابط الشاهد واليمين، يدفعها: أنها من حقوقه مع استنادها إلى كونه ولدأ له.

أقول: وفي جوابه وجوه من النظر:

فأولاً: ليست الحرّيه حقاً من الحقوق، بل هي عدم تعلّق الحق.

وثانياً: ليست الحرّيه من الحقوق الماليه لو كانت حقاً.

وثالثاً: سلّمنا، لكن هذا الحق للحرّ نفسه، ولا معنى لأن يقال بأن حرّيه الولد من حقوق الأب.

فالحق: إن الإشكال المذكور لا يندفع بما ذكره، ويبقى الولد في يد من بيده الجارّيه حتى ترتفع بإقراره مثلاً.

وأما قوله: بل قد يقال إن الحكم بملكّيه الجارّيه يقتضى الحكم أيضاً بملكّيه الولد الذي هو من نمائها التابع لها... .

ففيه: إن هذا يصح حالكون الولد قد وجد ملكاً للجارّيه، فيكون ملكاً لمولاها بتبعها، لكن المفروض أنه قد وجد حرّاً كما تقدم، فما ذكره غير تام.

ص: ٤٣٧

المسأله الثانيه: (حكم ما لو ادعى بعض الورثه أن الميت وقف عليهم داراً)

قال المحقق قدس سرّه: « لو ادعى بعض الورثه أن الميت وقف عليهم داراً وعلى نسلهم، فإن حلف المدّعون مع شاهدهم قضى لهم » (١).

أقول: الظاهر عدم الفرق بين كون من يدعى وقفه الدار عليه من الورثه أو غيرهم، فإن الوقفيه تثبت بالشاهد ويمين المدعى، وبذلك تخرج الدار عن التركه فلا- يؤدى منها الدّين وإن كان مستوعباً، ولا تقسم بين الورثه بحسب الميراث، بل تكون بين الموقوف عليهم بحسب صوره الوقف.

فإن انقرض هؤلاء، فهل يتوقف أخذ البطن الثانى الدار على إقامه الشهاده والحلف مرّه أخرى أم لا بل يكفى لذلك حلف البطن الأوّل وشهاده شاهدهم على دعواهم المذكوره فتنقل الدار إليهم كالإرث؟ وجهان. وهذا البحث يتوجّه فيما إذا كان الوقف المدعى بنحو التشريك بين البطون لا الترتيب.

فالوجه الأوّل: هو التوقف على تجديد الحلف والشهاده، لأن دعوى الوقفيه على نفسه وعلى نسله تنحلّ فى الواقع إلى دعويين: كونه الموقوف عليه ما دام حيّاً، وكون الدار وقفاً على نسله من بعده، فيمينه وشهاده شاهده تثبت الدّعى الاولى، وثبوت الثانيه يتوقف على يمين البطن الثانى وشهاده شاهدهم.

ص: ٤٣٨

والوجه الثاني: كفايه حلف البطن الأوّل مع شهاده الشاهد، لأن البطن الثاني يتلقّى الدار من البطن السابق لا- من الواقف، والمفروض ثبوت دعوى البطن السابق بكونها وفقاً عليه وعلى نسله.

وبعبارة أخرى: إن كان الواقف يجعل الدار للبطن الأوّل مشروطاً بانتقالها منهم إلى البطن الثاني دون سائر الورثة - نظير إيقاف الدار على زيد مادام حياً وانتقالها بعد موته إلى جهة إقامه المأتم على سيد الشهداء عليه السلام - فلا حاجة إلى إثبات البطن الثاني للوقفيه، وإن كان للواقف جعلان أحدهما للبطن الأوّل، والثاني للبطن الثاني بعد انقراض الأوّل، لزم الحلف وإقامه الشهاده على الثاني.

وظاهر (المسالك) اختيار الوجه الأوّل، وقد ذكر وجوهاً على ذلك:

أحدها: التنظير بالإرث، قال: « كما إذا أثبت ملكاً بالشاهد واليمين ثم مات، فإن وارثه يأخذه بغير يمين» (١).

وأجاب في (الجواهر) (٢) بأن تملك المورث موضوع في الدليل الشرعي للإنتقال إلى الوارث، ولكن لا دليل في مسأله الوقف على أن ما ثبت لهذا البطن ثابت للبطن اللاحق، نعم، إن أقيمت البيهه كانت كاشفه عن ملكيه هذا البطن ونسله.

والثاني: قوله: « ولأنه قد ثبت كونه وفقاً بحجه يثبت بها الوقف فيدوم كما لو ثبت بالشاهدين» .

أقول: إن أراد من هذا الوجه الأخذ بتنقيح المناط، بمعنى أن الموجب لأخذ

ص: ٤٣٩

١- ١) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٣.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٩١.

البطن الأوّل، يوجب أخذ الثاني بالأولويّة، ففيه: إن ذلك ممنوع، إلا إذا ثبتت الوقفيه بالبينه. وإن أراد أن ثبوت الوقفيه يستلزم الدوام، لأن الدوام له دخل في مفهوم الوقف، ففيه: إن الذى ثبت بالشاهد ويمين البطن الأوّل جواز انتفاعهم من منافع الدار لا وقفيتها، لأن الوقف لا يثبت بالشاهد واليمين، فيكون نظير جواز الصلاة فى الثوب المحكوم بالطهاره استصحاباً، فإنه لا يثبت له الطهاره بل ثبت جواز الصلاة فيه.

والثالث قوله: « ولأن البطن الثاني وإن كانوا يأخذون عن الواقف، فهم خلفاء عن المستحقين أولاً، فلا يحتاجون إلى اليمين... »
(١).

وفيه: إن هذا ليس بدليل يعتمد عليه.

فتلخص: إن أصل الوقفيه لا- يثبت بالشاهد ويمين البطن الأوّل، فإن وصلت النوبه إلى البطن الثاني وجب عليهم إعاده الشهاده واليمين، ولا ملازمه عقلاً أو شرعاً بين قول البطن الأوّل وقول البطن الثاني.

ثم قال فى (المسالك): « وإن قلنا بالثاني، لم يأخذ إلا باليمين كالبطن الأوّل، وعليه، فلو كان الاستحقاق بعد الورثه كالأولاد مثلاً- للفقراء، وكانوا محصورين كفقراء قريته ومحلته، فالحكم كأوّل، وإن لم يكونوا محصورين بطل الوقف، لعدم إمكان إثباته باليمين، وعادت الدار إرثاً » (٢).

وفيه: إنه لا- وجه للحكم ببطلان الوقف، نعم، لا- يثبت الوقف وهو أمر آخر، اللهم إلا- أن يقال بترتب أثر البطلان عليه، وحيث تعود الدار إرثاً، فهل

ص: ٤٤٠

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٣.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٣.

يشترط في استحقاق الوارث منها وجوده عند موت المورث أو لا؟ فيه بحث.

ثم قال قدس سرّه: « وهل يصرف إليهم بغير يمين؟ وجهان» (١).

أقول: وهذا عجيب، فإنه لما تعود الدار إراثاً لا يبقى مورد لهذا البحث.

قال: « ويحتمل عودها إلى أقرب الناس إلى الواقف، بناء على أنه وقف تعذر مصرفه كالوقف المنقطع. . . أي: إنه مع غض النظر عن الإشكال من جهة تعذر حلف جميعهم، لفرض عدم الإنحصار، يكون وقفاً متعذراً المصروف، فيحتمل عودها إلى أقرب الناس إلى الواقف.

وفيه: إنه إن كان المراد من الأقرب إليه هو الأقرب بما هو أقرب لا بما هو وارث، فهذا لا يقول به أحد من الأصحاب، والأولى في الوقف الذي تعذر مصرفه أن يصرف في مطلق وجوه البرّ أو إلى الوجه الأقرب إلى غرض الواقف.

ولو مات أحد الحالفين وبقي سائرهم، صرف نصيبه إليهم، فإن لم يبق منهم إلا- واحد، صرف كل الوقف إليه، قال في (المسالك):

« وهل أخذ الآخرين يكون يمين أو بغير يمين؟ يبنى على أن البطن الثاني هل يأخذ يمين أم لا؟ فإن قلنا بعدم افتقاره إلى اليمين فهنا أولى، وإن قلنا باليمين ففيه هنا وجهان: من انتقال الحق إلى الباقي من غيره فيفتقر إلى الحلف. ومن كونه قد حلف مرّه وصار من أهل الوقف، فيستحق بحسب شرط الوقف تاره أقلّ وتاره أكثر» (٢).

لكن الأقرب - وفقاً للجواهر (٣) - عدم التوقف على اليمين.

ص: ٤٤١

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٥.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٥.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٢٩٣.

هذا كله بالنسبة إلى حكم ما إذا حلف المدّعون أجمع.

قال المحقق قدس سرّه: « وإن امتنعوا حكم بها ميراثاً، وكان نصيب المدّعين وقفاً» (١).

أقول: وإن امتنع جميع المدّعين للوقفية عن اليمين، اشتركوا مع سائر الورثة في الدار، وقسمت بينهم حسب الفريضة في الميراث، لكنهم حيث يعترفون بالوقفية، يكون ما وقع إليهم وقفاً، فلا يتصرفون فيه التصرف الملكي، ومع موت الناقلين تنتقل سهامهم إلى ورّاثهم، وعليهم أن يعاملوا ما ينتقل إليهم معاملة الوقف، لإقرار مورّثيهم بالوقفية.

ولو ادّعى هؤلاء على سائر الورّاث بأن جميع الدار وقف ففى (المسالك) :

« وجهان مبنيان من كون الأولاد تبعاً لأبائهم، فإذا لم يحلفوا لم يحلفوا، ومن أنهم يتلقون الوقف من الواقف فلا تبعه. وربما بنى الخلاف على أن الوقف المنقطع الابتداء هل يصح أم لا-؟ فإن منعه لم يحلف الأولاد على الجميع لانقطاعه قبل طبقتهم، وإن جوّزناه جاء الوجهان. والحق: مجيؤهما وإن منعه من الوقف المنقطع الأوّل، لأن حلف الأولاد اقتضى عدم انقطاعه فى الواقع وإن انقطع بالعارض حيث لم يحلف آبؤهم، ولأن البطن الثانى كالأول، لأن الوقف صار إليهم بالصيغة الاولى عن الواقف، ولأن منع الثانى من الحلف يؤدّى إلى جواز إفساد البطن الأوّل الوقف على الثانى، وهذا لا- سبيل إليه. فالقول بجواز حلفهم أقوى، وهو خيره الشيخ فى المبسوط والمصنف وغيرهما» (٢).

ص: ٤٤٢

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٩٤.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٤ - ٥٢٥.

قلت: وما ذهبوا إليه هو الأقوى.

وأما إشكال صاحب (الجواهر) قدس سرّه من « أن يمين الأولاد لا يصلح لإثبات اتصال الوقف، لأنه حينئذ يكون يميناً للغير»
(١). فمندفع بأن هذه اليمين تثبت عدم انقطاع الابتداء وليست لآبائهم.

قال المحقق: « وإن حلف بعض ثبت نصيب الحالف وقفاً وكان الباقي طلقاً، تقضى منه الديون وتخرج الوصايا، وما فضل ميراثاً»
(٢).

أقول: أى ينتفع منه الجميع، ولكن الناقلين الذين يعترفون بالوقفه ليس لهم أن يعاملوا ما وقع إليهم معامله الملك، وكذا الأمر بالنسبة إلى ورّاثهم وإن أعطوا بعنوان الإرث، لأن إقرار آبائهم بالنسبة إلى ما بأيديهم حجه، فلو أقرّ المورث عند الوارث بأن الشيء الفلاني وديعه عنده من فلان وليس من جملة أمواله، وجب على الوارث دفع الشيء إلى مالكة بلا بينه.

ومن ادعى الوقفيه ونكل عن اليمين جاز لو ارثه أن يحلف عليها، فيأخذ مثل وارث الحالف بعد انقراض البطن الأوّل، ويترتب على يمين وارث الناكل أنه إن كان الوقف على الأولاد بالسويّة وامتنع أحدهم عن اليمين، كان أمر بنته دائراً بين أن تحلف على الوقفيه - فيكون نصيبها مساوياً لنصيب أخيها - وبين أن تأخذ نصف سهمه من باب الإرث.

وحيث يثبت نصيب الحالف وقفاً، فهل يعطى مع ذلك سهماً بعنوان الإرث؟

قال المحقق والعلامة قدس سرهما: نعم.

ص: ٤٤٣

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٩٤.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٤.

والأقوى - كما تقدّم - هو جواز حلف الأولاد على أن جميع الدار وقف، لأنه ليست الوقفية على البطن الثاني تابعه للوقفية على البطن الأول، وأيضاً: ليست يمين البطن الثاني تابعه ليمين البطن الأول.

قال المحقق: « وما يحصل من الفاضل للمدّعين يكون وقفاً » .

أقول: أى للإقرار كما عرفت آنفاً.

قال: « ولو انقضى الممتنع كان للبطن التي تأخذ بعده الحلف مع الشاهد، ولا يبطل حقّهم بامتناع الأول » (١).

أقول: وهذا واضح، وقد عرفته آنفاً أيضاً.

ص: ٤٤٤

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٩٤.

المسأله الثالثه: (حكم ما لو ادعى الوقفيه عليه وعلى اولاده بعده)

قال المحقق قدس سره: « إذا ادعى الوقفيه عليه وعلى اولاده بعده وحلف مع شاهده، ثبتت الدعوى، ولا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفه» (١).

أقول: هذا مذهب المحقق وجماعه، وفي (المسالك) (٢) بنى المسأله على أنه إن كان الأولاد يتلقون الدار مثلاً من الواقف فيحلفون، وإن كان من البطن الأول فلا، ووجه ما ذكره المحقق قدس سره قوله: « لأن الثبوت الأول أغنى عن تجديده» يعنى: إن ثبوت الوقفيه فى حق البطن الأول يغنى عن إثباته فى حق البطن الثانى.

وفى (الجواهر): « لكن قد عرفت أن فيه منعاً واضحاً، ضروره كونه كذلك إذا كان فى مال لا- منازع لهم فيه، لا- فى مثل الفرض» (٣).

قلت: وهذا هو الأولى.

قال المحقق: « وكذا إذا انقضت البطون وصار إلى الفقراء أو المصالح» (٤).

أقول: أى لا يلزم أحد بالحلف حينئذ، بل يكتفى لثبوت الوقفيه بحلف البطن الأول مع شهاده شاهدهم، لكن بناءً على ما ذهب إليه صاحب (الجواهر)

ص: ٤٤٥

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٩٤.

١-٢ (٢) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٨.

١-٣ (٣) جواهر الكلام ٤٠: ٢٩٧.

١-٤ (٤) شرائع الإسلام ٤: ٩٤.

يجب على الفقراء مثلاً الحلف إن كانوا محصورين، وأما في حال عدم كونهم محصورين، فالوقف باطل، لعدم صحة اليمين من أحدهم، وقد احتمل هنا سقوط اليمين حينئذ، لكن ضَعَفَهُ في (الجواهر)، وقال: بل مناف لظاهر الأدلّه.

هذا كلّهُ في وقف الترتيب.

قال المحقق: «أما لو ادّعى التشريك بينه وبين أولاده، افتقر البطن الثاني إلى اليمين». في (الجواهر): قطعاً بل لا خلاف أجده فيه، وقد بيّن المحقق وجه ذلك بقوله:

«لأن البطن الثاني بعد وجودها تعود كالموجوده وقت الدعوى» أي: لما تقرّر من أنهم جميعاً يتلقون الدار من الواقف هذا من جهه، ومن جهه أخرى، قد تقرّر عدم ثبوت حق أحد بيمين غيره.

وخالف السيد صاحب (العروه) قدّس سرّه فقال (1): الأقوى عدم الحاجة إلى الحلف (قال): لأن الطبقات المتأخره وإن كانوا يتلقون من الواقف، إلا أن الوقف بهذه الكيفيه أمر واحد مستمر، فإذا أثبت من الأوّل ثبت في حق الجميع.

وفيه: إنه ليس في المقام إلا إنشاء صيغته واحده فيقول: وقفت لأولادي، إلا أن هذا الإنشاء ينحلّ بعدد الأولاد في البطن الواحد، ولكنه حيث يوقف على الأولاد وأولادهم يقول: وقفت على أولادي وأولاد أولادي، وحينئذ، يكون شموله للطبقه المتأخره متوقفاً على اليمين.

وعلى ما تقدّم، قال المحقق: «فلو ادّعى اخوه ثلاثه أن الوقف عليهم وعلى أولادهم مشتركاً فحلفوا مع الشاهد» أي: وثبت ذلك بالنسبه إليهم «ثم صار

ص: ٤٤٤

لأحدهم ولد، فقد صار الوقف أرباعاً» فهنا مسائل:

(الأولى) هل يجب على الولد اليمين عند البلوغ؟ نعم، فإنه لا يفرق بينه وبين الثلاثة، فكما أن أولئك ثبتت دعواهم وأعطوا حصصهم باليمين، فكذلك هذا الولد لا تثبت حصته ما لم يحلف.

ووجه ذلك ما تقدّم من كون التلقّي عن الواقف، فلو كان رابع الثلاثة من أول الأمر لوجب عليه اليمين مثلهم، فالآن كذلك، وعلى هذا فيوقف له ربع الدار حتى يكبر، ولذا قال المحقق: «ولا تثبت حصه هذا الولد ما لم يحلف، لأنه يتلقى الوقف عن الواقف، فهو كما لو كان موجوداً وقت الدعوى، ويوقف له الربع».

(الثانية) وإذ يوقف له الربع فعند من يوقف؟ في (المسالك): «في تسليمه إلى وليه أو يوضع في يد أمين وجهان. . .» (1).

توضيح الأول: إنه يجعل عند وليه، لأن لولده سهماً بإقرار الثلاثة، وما للولد يكون عند وليه.

وتوضيح الثاني: إنه يجعل عند أمين من غير الثلاثة، لأنه قد لا يحلف عند كماله، ويحتمل أن يأبى وليه عن رده، فإن كان الوارث منحصراً بالثلاثة، فمع إقرارهم بعدم استحقاق ثلاثة أرباع الدار من جهه، ومع نكول الولد عند الكمال أو نفيه الوقفية من جهه أخرى، يكون الربع للميت، ومنه تقضى ديونه وتنجز وصاياه، وإن لم يكن منحصراً كان الربع لسائر الورثة.

وقد اختار صاحب (المسالك) الوجه الثاني، حيث قال بعده (2): «وهذا هو

ص: ٤٤٧

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٩.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٩.

وفى (الجواهر) : قلت بل يتوقف فى أصل إيقافه لما عرفته فى الوجه الأصح، وحينئذ يجرى عليه حكم ما لم يثبت وقفه ويحرم الثلاثة منه، لاعترافهم بعدم استحقاقهم منه شيئاً، إلا أنى لم أجد قائلاً بذلك، ولعلّه قوى للاحتياط فى مثله. . . (١).

(الثالثة) لو مات الولد قبل البلوغ، عادت الدار أثلاثاً، وبقي الكلام حول نماء سهمه من حين ولادته إلى موته. وحيث أن الثلاثة قد أقروا بكونه للولد فهم ملزمون بحرمانهم منه، فيصل النماء إلى ورثه الولد.

(الرابعة) قال المحقق: « فإن كمل وحلف أخذ، وإن امتنع، قال الشيخ يرجع ربه على الإخوه، لأنهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم، وبامتناعه جرى مجرى المعدوم. وفيه إشكال، ينشأ من اعتراف الإخوه بعدم استحقاق الربع» (٢).

□
أقول: ذهب الشيخ رحمه الله إلى ردّ الربع إلى الثلاثة، لإثباتهم أصل الوقف عليهم، والولد بنكوله عن اليمين يجرى مجرى المعدوم، فتبقى الدار بين الثلاثة كما كان الأمر قبل ولاده الولد. ولأن الواقف جعل الإخوه الثلاثة أصلاً فى استحقاق الدار ثم أدخل من يتجدد فى جملة المستحقين على سبيل العول، فإذا سقط الداخل فالقسمه باقيه بحالها على الاصول كما كانت، نظير ما إذا مات إنسان وخلف ألفاً من الدراهم فجاء ثلاثة وادعى كل واحد ألفاً على الميت وأقام شاهداً، فإن حلفوا معه

١- (١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٩٨.

٢- (٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٤.

فالألف بينهم، وإن حلف اثنان منهم فهو لهما، وإن حلف واحد فالألف له.

□
فللشيخ رحمه الله على ما ذهب إليه وجهان، وقد أشكل المحقق وغيره في الأوّل منهما، بأن الإخوة معترفون بعدم استحقاق الربع وأنه للولد، فكيف يجوز لهم أخذه بنكوله عن اليمين؟

لكن الشيخ نفسه قد تعرّض لهذا الإشكال وأجاب عنه، وهذا نصّ كلامه:

«فإن قيل: الثلاثة إذا اعترفوا بالربع للصبى كيف يعود إليهم ما اعترفوا به لغيرهم؟ قلنا: الإقرار ضربان: مطلق ومعزى إلى سبب، فإذا عزى إلى سبب فلم يثبت السبب عاد إلى المقرّ به، كقولهم: مات أبونا وأوصى لزيد بثلث ماله، فردّ ذلك زيد، فإنه يعود على من اعترف بذلك، وكذا من اعترف لغيره بدار في يده فلم يقبلها الغير، عادت إلى المقر، كذلك ههنا» (١).

وفي الوجه الثانى نظر، فأما المثال الأوّل فالفرق بينه وبين محلّ الكلام واضح، لأنه مع ردّ زيد الموصى له للوصيه لا تتم تلك الوصيه، وأما الثانى، فلا نسلم بعود المدار إلى المقرّ مع عدم قبول المقرّ له، لأن المقرّ يعترف بعدم استحقاقه لها، فيلزم إعطاؤها للمقرّ له بأى نحو كان.

هذا، وما ذهب إليه الشيخ من عود سهم الولد إلى الثلاثة أحد الوجوه فى مصرف هذا السهم فى هذه المسألة، وقد ذكر وجهان آخران:

الأوّل: صرفه إلى الناكل بالرغم من نكوله، لاعتراف الإخوة له بالاستحقاق دونهم، إلا أن هذا يتوجه فيما إذا كان الولد معترفاً بالوقفه أو ممتنعاً عن اليمين، وأما فى صورته انكاره لأصل الوقفيه واعترافه بعدم الاستحقاق، فلا

ص: ٤٤٩

وجه لأخذه ما يعطونه، لكن الشيخ لم يمنع من أخذ الثلاثة لهذا السهم مع اعترافهم بعدم كونه لهم، مع أن الفرق بين الموضعين غير واضح، إلا أن الشيخ قد وجه ما ذهب إليه بما قدمنا نقله عنه من تقسيمه الإقرار إلى ضربين.

ويمكن القول هنا بأن كون المال للإخوة بأحد سببين:

الأول: كون المال إرثاً، فهم يستحقونه بالإرث بالعنوان الأوّل، إلا أن يقوم دليل ثانوى على تصرفهم فيه بعنوان آخر.

والثانى: السبب العارض والعنوان الثانوى وهو الوقفيه. وحينئذ، فإن إقرار الإخوة بعدم كون السهم لهم مستند إلى الوقفيه، لكن رفع اليد عن مقتضى الدليل الأوّل للاستحقاق يتوقف على ثبوت عنوان الوقفيه، أما هناك فإن مجرد عدم ثبوت الوقفيه كاف لثبوت كونه إرثاً، من غير حاجة إلى أن يحلفوا على الإرث، وعلى هذا، فإن الإقرار المستند إلى الوقفيه مع عدم ثبوت المستند لا يمنع من صرف سهم الناكل إليه، فيكونون شركاء فى الإرث، إلا أن الإخوة الثلاثة يعلمون بأن الجمع بين العنوانين لا يجوز.

الوجه الثانى: أنه وقف تعذر مصرفه، لأنه لا يصرف إلى الثلاثة لاعترافهم بعدم الإستحقاق، ولا إلى الولد لعدم ثبوته له بنكوله، فيكون من صغريات مسأله الوقف الذى تعذر مصرفه، فهل يرجع إلى الواقف أو ورثته، أو يصرف فى أقرب الوجوه إلى غرضه أو مطلق وجوه البر؟ وجوه.

(الخامسه): قال المحقق: «ولو مات أحد الإخوة قبل بلوغ الطفل عزل له الثلث من حين وفاه الميت، لأن الوقف صار أثلاثاً وقد كان له الربع إلى حين الوفاء، فإن بلغ وحلف أخذ الجميع، وإن ردّ كان الربع إلى حين الوفاء لورثه الميت

والأخوين، والثالث من حين الوفاة للأخوين» (١).

وهذا مذهب الشيخ قدس سره، قال المحقق: « وفيه أيضاً إشكال كالأول » .

أقول: إن ردّ فلا- يعطى ورّاثه شيئاً، بل يصرف إلى ورثه الواقف فإنهم طبقه الأولى وينكرون الوقفيه، وإن لم يكن له ورثه فيصرف إلى الحالفين.

هذا، وأضاف في (الجواهر) (٢) فرعاً وقال: ولو ادعى البطن الأول الوقف على الترتيب وحلفوا مع شاهدتهم، فقال البطن الثاني بعد وجودهم: إنه وقف تشريك، ففي القواعد: كانت الخصومه بينهم وبين البطن الأول، فإن أقاموا شاهداً واحداً حلفوا وتشاركوا، ولهم حينئذ مطالبتهم بحصّيتهم من النماء من حين وجودهم (٣). وفي كشف اللثام: وإن نكلوا خالص الوقف للأولين ما بقى منهم أحد، وإن تجددوا أو ادعوا التشريك قبل حلف الأولين كان خصوماً لهم ولغيرهم من الورثه، ولكن لا يجدى نكلهم إلا- المدّعين، فإنهم لما ادّعوا الاختصاص حلفوا مع شاهدتهم ثبت لهم ذلك، نعم، إن انعكس بأن حلف هؤلاء ونكل الأولون صار نصيب الأولين ميراثاً (٤). والله العالم.

ص: ٤٥١

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٩٤.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٠١.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٥٢.

٤- ٤) كشف اللثام ١٠: ١٤٦.

المسأله الرابعه: (حكم ما لو ادعى عبداً وأنه أعتقه فأنكر المتشبهت)

قال المحقق قدس سره: « لو ادعى عبداً وذكر أنه كان له وأعتقه فأنكر المتشبهت. قال الشيخ: يحلف مع شاهده ويستنقذه. وهو بعيد لأنه لا يدعى مالاً» (١).

أقول: لو ادعى عبداً هو الآن بيد غيره، فقال إنه كان لي وقد أعتقته، فأنكر الذي بيده العبد ذلك. قال الشيخ (٢): يحلف المدعى مع شاهده ويستنقذ العبد. وقال المحقق قدس سره: « هو بعيد، لأنه لا يدعى مالاً» وقد تقدم أن الذي يثبت بالشاهد الواحد واليمين هو المال وحده، وتقدم أيضاً أن الحرّيه ليست مالاً. وأما بناء على كون الحرّيه حقاً من الحقوق، فتشملها صحيحه محمد بن مسلم، فإن هذا الحق يكون للعبد نفسه لا لمعتقه، ولا أثر ليمين المعتق لإثبات حق غيره، فيكون هذا المورد نظير دعوى أن هذه المرأه أم ولده، بل لو سلم ثبوت المطلب هناك، فإن هذه الدعوى هنا لا تثبت.

ولعلّ نظر الشيخ إلى ترتب الأثر المالى على هذه الدعوى، وهو أنه يرثه من جهه الولاء.

ص: ٤٥٢

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٩٤.

٢-٢) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ١٩٦.

المسأله الخامسه: (حكم ما لو ادعى عليه القتل وأقام شاهداً)

قال المحقق قدس سره: « لو ادعى عليه القتل وأقام شاهداً فإن كان خطأ أو عمد الخطأ حلف وحكم له، وإن كان عمداً موجباً للقصاص لم يثبت باليمين مع الواحد وكانت شهاده الشاهد لوثاً، وراز له إثبات دعواه بالقسامه» (١).

أقول: لو ادعى عليه القتل وأقام شاهداً واحداً فتاره: يدعى ما يوجب المال، وأخرى: يدعى ما لا يوجهه، ففي الصوره الأولى، كما لو كان القتل المدعى خطأ أو عمد الخطأ، حلف المدعى مع شهاده الشاهد وحكم له، لما تقدم من ثبوت الحق المالى بالشاهد واليمين.

وفي الصوره الثانيه، كما لو كان القتل المدعى عمداً موجباً للقصاص لم يثبت الحق باليمين مع شهاده الشاهد الواحد، لعدم كونه حقاً مائياً، وتكون شهاده الشاهد الواحد فى هذه الصوره لوثاً، وراز للمدعى إثبات دعواه حينئذ بالقسامه.

وتوضيحه: إن قتل العمد يثبت بأمر:

١ - البينه.

٢ - إقرار القاتل، ويكفى مره واحده.

ص: ٤٥٣

(١-١) شرائع الإسلام ٤: ٩٤.

٣ - القسامه فى صورہ اللوث. و اللوث أماره دون البينه، أى أن يكون هناك قرينه موجه للظن بأنه القاتل فحينئذ تجب القسامه، مثلاً: لو وجدت جثه شخص مقتول مضرج بدمائه وبالقرب منه شخص آخر بيده سيف ملطخ بالدم، فتقام القسامه، وهى أن يقسم خمسون رجل - أحدهم ولى المقتول - بأن فلاناً هو القاتل، فيثبت القصاص حينئذ وإن لم يكن هؤلاء عدولاً. ولو كانوا خمسه وعشرين رجلاً - حلف كل واحد منهم مرتين، ولو كانوا أقل كزروا اليمين حتى الخمسين، ولو كان الولى وحده حلف خمسين مره، ولو لم يوجد أحد أو امتنعوا عن اليمين، حلف خمسون رجل على الإنكار، أو أُقيمت البينه على النفى. وهنا حيث يوجد شاهد واحد كانت شهادته لوثاً وجاز للمدعى إثبات دعواه بالقسامه، فإن أُقيمت ثبت الحكم كما ذكرنا.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

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

إجراءات المؤسسة:

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

الأهداف:

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

السياسات:

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

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

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

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

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

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

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

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

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

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

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

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

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

عنوان المكتب المركزي

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

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث 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

