



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



الرمضان
عليه صلوات الله وسلامه
جميعا

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسين الخليلي
والشيخ محمد باقر

٤٠

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى (صاحب جواهر)

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٢	جواهر الكلام فى شرح شراىع الاسلام المجلد ٤٠
١٢	اشاره
١٣	اشاره
١٩	اتمه القسم الرابع فى الأحكام
١٩	اشاره
١٩	[كتاب القضاء]
١٩	اشاره
٢٤	[النظر الأول فى الصفات]
٢٤	اشاره
٣٥	[مسائل]
٣٥	اشاره
٣٥	[المسأله الأولى يشترط فى ثبوت الولاية إذن الإمام عليه السلام]
٤٩	[المسأله الثانيه تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرايطه]
٥٤	[المسأله الثالثه إذا وجد اثنان متفاوتان فى الفضيله مع استكمال الشرايط المعتبره فيهما فان قلد الأفضل جاز]
٥٩	[المسأله الرابعه إذا أذن الامام عليه السلام له فى الاستخلاف]
٦٣	[المسأله الخامسه إذا ولى من لا يتعين عليه القضاء فإن كان له كفايه من ماله فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال]
٦٧	[المسأله السادسه تثبت ولاية القاضى بالاستفاضه]
٧١	[المسأله السابعه يجوز نصب قاضيين فى البلد الواحد لكل منهما جهه على انفراده]
٧٣	[المسأله الثامنه إذا حدث ما يمنع الانعقاد انعزل]
٧٦	[المسأله التاسعه إذا مات الإمام عليه السلام ينعزل القضاء أجمع]
٨٠	[المسأله العاشره إذا اقتضت المصلحه توليه القضاء مثلاً من لم يستكمل الشرايط]
٨٣	[المسأله الحاديه عشر كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه]
٨٤	[النظر الثانى فى الآداب]
٨٤	اشاره

- ٨٥ [أما المستحب]
- ٩١ [أما المكروه]
- ٩٨ [مسائل]
- ٩٨ اشارة
- ٩٨ [المسألة الأولى الإمام عليه السلام يقضى بعلمه مطلقاً]
- ١٠٥ [المسألة الثانية إذا أقام المدعى بينه و لم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدعى حيس المنكر ليعديلها يجوز حيسه لقيام البينه بما ادعاه]
- ١٠٥ [المسألة الثالثة لو قضى الحاكم على غريم مثلا بضمآن مال و أمر بحيسه فعند حضور الحاكم الثاني ينظر]
- ١١٥ [المسألة الرابعة ليس على الحاكم تتبع حكم من كان قبله]
- ١١٧ [المسألة الخامسة إذا ادعى رجل أن المعزول قضى عليه بشهادة فاسقين و جب إحضاره و إن لم يقم المدعى بينه]
- ١١٨ [المسألة السادسة إذا افتقر الحاكم إلى مترجم لم يقبل إلا شاهدان عدلان]
- ١٢١ [المسألة السابعة إذا اتخذ القاضي كاتباً و جب أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً]
- ١٢٢ [المسألة الثامنة الحاكم إن عرف عداله الشاهدين حكم]
- ١٣٤ [المسألة التاسعة لا بأس بتفريق الشهود]
- ١٣٦ [المسألة العاشرة لا يشهد الشاهدان بالجرح إلا مع المشاهده لفعل ما يقدح في العدالة]
- ١٣٨ [المسألة الحادية عشره لو ثبت عداله الشاهد حكم باستمرار عدالته حتى يتبين ما ينافيها]
- ١٣٨ [المسألة الثانية عشره ينبغي أن يجمع قضايا كل أسبوع و وثائقه و حججه]
- ١٣٩ [المسألة الثالثة عشره كل موضع و جب على الحاكم كتابه المحضر]
- ١٤٠ [المسألة الرابعة عشره يكره للحاكم أن يعنت الشهود]
- ١٤١ [المسألة الخامسة عشره لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد و هو أن يداخله في أثناء التلظظ بالشهادة]
- ١٤٢ [المسألة السادسة عشره يكره أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه]
- ١٤٣ [المسألة السابعة عشره الرشوه حرام على أخذها و يأثم الدافع لها إن توصل بها إلى الحكم له بالباطل]
- ١٤٦ [المسألة الثامنة عشره إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم أحضره]
- ١٥١ [النظر الثالث في كيفية الحكم]
- ١٥١ اشارة
- ١٥١ [المقصد الأول في وظائف الحاكم]
- ١٥١ اشارة
- ١٥١ [المسألة الأولى التسويه بين الخصمين]

- ١٥٥ [المسألة الثانية لا يجوز أن يلحق أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه]
- ١٥٦ [المسألة الثالثة إذا سكت الخصمان استحب له أن يقول لهما تكلماً أو ليتكلم المدعى]
- ١٥٧ [المسألة الرابعة إذا ترفع الخصمان و كان الحكم واضحاً لزمه القضاء و يستحب ترغيبهما في الصلح]
- ١٥٨ [المسألة الخامسة إذا ورد الخصوم مترتبين بدأ بالأول فالأول]
- ١٥٩ [المسألة السادسة إذا قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم يسمع حتى يجيب عن الدعوى]
- ١٥٩ [المسألة السابعة إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى]
- ١٦١ [المقصد الثاني في مسائل متعلقة بالدعوى]
- ١٦١ اشاره
- ١٦١ [المسألة الأولى لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهولة]
- ١٦٣ [المسألة الثانية إذا كان المدعى من الأئمان افتقر إلى ذكر جنسه و وصفه و نقده]
- ١٦٩ [المسألة الثالثة إذا تمت الدعوى هل يطالب المدعى عليه بالجواب أو يتوقف ذلك على التماس المدعى فيه تردد]
- ١٧٠ [المسألة الرابعة لو ادعى أحد الرعيه على القاضي سمعت كما تسمع على غيره]
- ١٧١ [المسألة الخامسة يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدي الحاكم]
- ١٧١ [المقصد الثالث في جواب المدعى عليه]
- ١٧١ اشاره
- ١٧١ [أما الإقرار]
- ١٨١ [أما الإنكار]
- ٢١٩ [أما السكوت]
- ٢٣٢ [مسائل تتعلق بالحكم على الغائب]
- ٢٣٢ اشاره
- ٢٣٤ [المسألة الأولى يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً مسافراً]
- ٢٣٥ [المسألة الثانية يقضى على الغائب في حقوق الناس كالديون و العقود]
- ٢٣٧ [المسألة الثالثة لو كان صاحب الحق غائباً فطالب وكيله و ادعى الغريم التسليم إلى الموكل و لا بينه له ألزم بالتسليم]
- ٢٣٨ [المقصد الرابع في كيفية الاستحلاف]
- ٢٣٨ اشاره
- ٢٣٨ [البحث الأول في اليمين]
- ٢٣٨ اشاره

- ٢٤٨ ----- [فرعان]
- ٢٤٨ ----- [الفرع الأول لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لم يجبر]
- ٢٥٠ ----- [الفرع الثاني لو حلف أن لا يجيب إلى التغليظ فالتمسه خصمه لم تحل يمينه]
- ٢٥٥ ----- [البحث الثاني في يمين المنكر و المدعى]
- ٢٥٥ ----- اشاره
- ٢٤٣ ----- [مسائل ثمان]
- ٢٤٣ ----- [المسألة الأولى لا يتوجه اليمين على الوارث]
- ٢٤٧ ----- [المسألة الثانية إذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه]
- ٢٧١ ----- [المسألة الثالثة لا تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البيئه]
- ٢٧٤ ----- [المسألة الرابعه منكر السرقة يتوجه عليه اليمين لإسقاط الغرم]
- ٢٧٥ ----- [المسألة الخامسه لو كان له بينه فأعرض عنها و التمس يمين المنكر يجوز له الرجوع إليها بعد ذلك قبل الحلف]
- ٢٧٦ ----- [المسألة السادسه لو ادعى صاحب النصاب إبداله في أثناء الحول قبل قوله بلا يمين]
- ٢٧٩ ----- [المسألة السابعه لو مات رجل و لا وارث له و ظهر له شاهد بدين يحبس]
- ٢٨١ ----- [المسألة الثامنه لو مات و عليه دين يحيط بالتركة لم ينتقل إلى الوارث]
- ٢٨٢ ----- [البحث الثالث في اليمين مع الشاهد]
- ٢٨٢ ----- اشاره
- ٣٠٤ ----- [مسائل خمس]
- ٣٠٤ ----- [المسألة الأولى لو قال هذه الجاريه مملوكتى و أم ولدى حلف مع شاهده و ثبت رقيتها]
- ٣٠٦ ----- [المسألة الثانيه لو ادعى بعض الورثه أن الميت وقف عليهم دارا فإن حلف المدعون مع شاهدهم قضى لهم]
- ٣١٢ ----- [المسألة الثالثه إذا ادعى الوقفيه عليه و على أولاده بعده و حلف مع شاهده ثبتت الدعوى]
- ٣١٦ ----- [المسألة الرابعه لو ادعى عبدا و ذكر أنه كان له و أعتقه فأنكر المتشبهت يحلف مع شاهده و يستنقذه]
- ٣١٧ ----- [المسألة الخامسه لو ادعى عليه القتل و أقام شاهدا فإن كان خطأ أو عمد الخطأ حلف و حكم له]
- ٣١٨ ----- [خاتمه تشتمل على فصلين]
- ٣١٨ ----- اشاره
- ٣١٨ ----- [الفصل الأول في كتاب قاض الى قاض]
- ٣١٨ ----- اشاره
- ٣٣٧ ----- [مسائل ثلاث]

اشاره ٣٣٧

المسأله الأولى إذا أقر المحكوم عليه أنه هو المشهود عليه ألزمه الحاكم بأداء ما عليه] ٣٣٧

المسأله الثانيه للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم] ٣٣٩

المسأله الثالثه لا يجب على المدعى دفع الحجه مع الوفاء] ٣٤٠

الفصل الثاني في لواحق من أحكام القسمه] ٣٤٠

اشاره ٣٤٠

النظر الأول فيستحب للإمام عليه السلام أن ينصب قاسما] ٣٤١

النظر الثاني في المقسوم] ٣٥٢

النظر الثالث في كيفية القسمه] ٣٥٩

اشاره ٣٥٩

مسائل ثلاث] ٣٤٧

اشاره ٣٤٧

المسأله الأولى لو كان لدار علو و سفلى فطلب أحد الشريكين قسمتها بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب من العلو و السفلى بموجب التعديل جاز] ٣٤٧

المسأله الثانيه لو كان بينهما أرض و زرع فطلب أحدهما قسمه الأرض حسب أجبر الممتنع] ٣٧٠

المسأله الثالثه لو كان بينهما قرحان متعدده و طلب واحد قسمتها بعضا في بعض لم يجبر الممتنع] ٣٧٣

النظر الرابع في اللواحق] ٣٧٥

اشاره ٣٧٥

الأولى إذا ادعى الشريك بعد القسمه الغلط لم تسمع دعواه] ٣٧٥

الثانيه إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقا فإن كان معينا مع أحدهما بطلت القسمه] ٣٨٠

الثالثه لو قسم الورثه تركه ثم ظهر على الميت دين فلا ريب في صحه القسمه] ٣٨٢

النظر الرابع في أحكام دعاوى] ٣٨٥

اشاره ٣٨٥

أما المقدمه فتشتمل على فصلين] ٣٨٥

اشاره ٣٨٥

الفصل الأول في المدعى] ٣٨٤

الفصل الثاني في التوصل إلى الحق] ٤٠٢

اشاره ٤٠٢

- ٤١٣ [مسألتان]
- ٤١٣ اشاره
- ٤١٣ [المسألة الأولى من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضي له]
- ٤١٥ [المسألة الثانية لو انكسرت سفينه في البحر فما أخرجه البحر فهو لأهله]
- ٤١٧ [المقصد الأول في الاختلاف في دعوى الأملاك]
- ٤١٧ اشاره
- ٤١٧ [المسألة الأولى لو تنازعا عينا في يدهما و لا بينه قضي بها بينهما نصفين]
- ٤٢٥ [المسألة الثانية يتحقق التعارض في الشهاده مع تحقق التضاد]
- ٤٦٠ [المسألة الثالثه إذا ادعى شيئا فقال المدعى عليه هو لفلان اندفعت عنه المخاصمه]
- ٤٦٤ [المسألة الرابعه إذا ادعى أنه أجره الدابه و ادعى آخر أنه أودعه إياها تحقق التعارض]
- ٤٦٧ [المسألة الخامسه لو ادعى دارا مثلا في يد انسان و أقام بينه أنها كانت في يده أمس أو منذ شهر قيل لا تسمع هذه البينه]
- ٤٧١ [المقصد الثاني في الاختلاف في العقود]
- ٤٧١ اشاره
- ٤٨٩ [مسائل]
- ٤٨٩ اشاره
- ٤٨٩ [المسألة الأولى لو شهد للمدعى بأن الدابه ملكه منذ مده فدلّت سنّها على أقل من ذلك قطعا أو أكثر]
- ٤٩٠ [المسألة الثانيه إذا ادعى دابه مثلا في يد زيد و أقام بينه أنه اشتراها من عمرو فان شهدت البينه بالملكه مع ذلك للبائع أو للمشتري أو بالتسليم قضي للمدعى]
- ٤٩١ [المسألة الثالثه الصغير المجهول النسب إذا كان في يد واحد و ادعى رقيته قضي بذلك ظاهرا]
- ٤٩٤ [المسألة الرابعه لو ادعى كل منهما أن الذبيحه له و في يد كل واحد بعضهما]
- ٤٩٥ [المسألة الخامسه لو ادعى زيد شاه في يد عمرو و أقام بينه فتسلمها]
- ٤٩٦ [المسألة السادسه لو ادعى دارا في يد زيد بأجمعها و ادعى عمرو نصفها]
- ٥٠٨ [المسألة السابعه إذا تداعى الزوجان متاع البيت قضي لمن قامت له البينه]
- ٥١٩ [المقصد الثالث في دعوى الموارث]
- ٥١٩ اشاره
- ٥١٩ [المسألة الأولى لو مات المسلم عن ابنين فتصادقا على تقدم إسلام أحدهما على موت الأب و ادعى الآخر مثله فأنكر أخوه]
- ٥٢١ [المسألة الثانيه لو اتفقا أن أحدهما أسلم في شعبان و الآخر في غره رمضان]
- ٥٢٢ [المسألة الثالثه دار في يد انسان و ادعى آخر أنها له و لأخيه الغائب إرثا عن أبيهما]

٥٢٨ [المسأله الرابعه إذا ماتت امرأه و ابنها]

٥٢٩ [المسأله الخامسه لو قال هذه الأمه ميراث أبى و قالت الزوجه]

٥٣٠ [المقصد الرابع فى الاختلاف فى الولد]

٥٣٦ تعريف مركز

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جواهرالكلام [چاپ سنگی] / محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛ نویسنده متن: علامه حلی؛ کاتب: ابوالقاسم خوانساری؛ مصحح: موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]؛ ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.، ج ۱؛ قطع: ۲۳×۳۷ س م

یادداشت : زبان: عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز: بسمله... الحمدلله الذى ختم الشرايع باسمهما طريقه و اوضحها حقيقه و اظهرها برهانا ... و بعد فيقول العبد القاصر العاشر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله اليهما ...

انجام:.... الاصحاب الثانى و الله اعلم الحمدلله اولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً على ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المكرم من سنه ۱۲۷۴ق. و انا الفقير الى الله الغنى ابن اسدالله ابوالقاسم خوانسارى.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت: ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط: نسخ

نوع و تزئینات جلد: جلد مقوایی، روکش تیماج قهوه ای، عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق: تصحیحاتی اندک با نشان «صح» و توضیحاتی اندک با نشان «منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک: یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی " بسم الله الرحمن الرحيم و قد انتقل ذلك الكتاب مع مجلداته الاخر التي كانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجى موسى ره الى ملكى و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المكتبه فى شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثن على المبلغ الف و خمس مائه توماناً المقابل ۱۵۰۰ریالاً- و وقع هذا الانتقال فى يوم الخامس المطباق با يوم الثانى من شهر جماديا لاولى من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبويه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسين الصالحى ... النجفى و التهرانى المسكن " (ظهيره صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد. نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهارة است، و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

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

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

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

خوانساری، ابوالقاسم، قرن ۱۳ق. کاتب

طهرانی، موسی، قرن ۱۳ق. مصحح

حسینی، فروشنده

ج ۴۰، ص: ۱

اشاره

[تتمه القسم الرابع فى الأحكام]

إشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله و صلى الله على محمد و آله

[كتاب القضاء]

إشاره

كتاب القضاء بالمد و قد يقصر الذى هو لغه لمعاني كثيره ربما أنهيت إلى عشره:

الحكم و العلم و الاعلام- و عبر عنه بعضهم بالانهاء- و القول و الحتم و الأمر و الخلق و الفعل و الإتمام و الفراغ.

قال الله تعالى «تُمْ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ» (١).

«إِلَّا حَاجَةً فِي نَفْسٍ يَعْقُوبُ قَضَاهَا» (٢). «وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ» (٣).

قيل: و منه أيضا «وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ» (٤) و الأولى جعله من الأول.

«فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ» (٥) أى حتمنا. «وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ» (٦).

١-١ سورة النساء: ٤- الآيه ٦٥.

٢-٢ سورة يوسف: ١٢- الآيه ٦٨.

٣-٣ سورة الحجر: ١٥- الآيه ٦٦.

٤-٤ سورة غافر: ٤٠- الآيه ٢٠.

٥-٥ سورة سبأ: ٣٤- الآيه ١٤.

٦-٦ سورة الإسراء: ١٧- الآيه ٢٣.

«فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ» (١). «فَأَقْضِي مَا أَنْتَ قَاضٍ» (٢). «فَلَمَّا قَضَى مُوسَى الْأَجَلَ» (٣). «أَيُّمَا الْأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ» (٤). «قُضِيَ الْأَمْرُ الَّذِي فِيهِ تَسْتَفْتِيَانِ» (٥) وإن كان يمكن إرجاع بعضها إلى بعض.

كما أنه يمكن إرجاع القضاء المقابل للأداء و الموت و قضاء الدين و نحو ذلك إليها و إلا كانت زائده و في القاموس «القضاء: الحكم و الصنع و الحتم و البيان، و قضى: مات و. عليه: قتله، و. وطره: أتمه و أدامه، و. عليه عهدا: أوصاه و أنفذه، و. إليه: أنهاه، و. غريمه دينه أداه، و سم قاض: قاتل».

لكن قيل: و يسمى القضاء قضاء لأن القاضى يتم الأمر بالفصل و يمضيه و يفرغ منه.

و فيه أنه بمعنى الحكم - الذى أول المعانى فى الصحاح و القاموس - أولى من ذلك، بل فى كشف اللثام «هو فصل الأمر قولاً أو فعلاً» و الأمر سهل.

و عرفا ولايه الحكم شرعا لمن له أهليه الفتوى بجزئيات القوانين الشرعيه على أشخاص معينين من البريه بإثبات الحقوق و استيفائها للمستحق، كما فى المسالك و التنقيح و كشف اللثام و غيرها، بل فى الأول منها نسبه تعريفه بذلك إليهم.

١- ١ سورة فصلت: ٤١- الآيه ١٢.

٢- ٢ سورة طه: ٢٠- الآيه ٧٢.

٣- ٣ سورة القصص: ٢٨- الآيه ٢٩.

٤- ٤ سورة القصص: ٢٨- الآيه ٢٨.

٥- ٥ سورة يوسف: ١٢- الآيه ٤١.

و فى الدروس «ولاية شرعية على الحكم و المصالح العامه من قبل الامام (عليه السلام)» و لعله أولى من الأول، ضروره أعميه مورده من خصوص إثبات الحقوق كالحكم بالهلال و نحوه و عموم الصالح.

و لعل المراد بذكرهم الولاية- بعد العلم بعدم كون القضاء عباره عنها- بيان أن القضاء الصحيح من المراتب و المناصب كالاماره، و هو غصن من شجره الرئاسة العامه للنبي (صلى الله عليه و آله) و خلفائه (عليهم السلام) و هو المراد من قوله تعالى (١) «يا داؤدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ» إلى آخرها، بل و من الحكم فى قوله تعالى (٢):

«وَ آتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا».

قال أمير المؤمنين (عليه السلام) لشريح (٣): «قد جلست مجلسا لا يجلسه إلا نبي أو وصى أو شقى»

و قال الصادق (عليه السلام) (٤): «اتقوا الحكومه، إنما هى للإمام العالم بالقضاء العادل بين المسلمين كنى أو وصى».

و بالجملة هى من مناصب محمد (صلى الله عليه و آله) و أهل بيته (عليهم السلام) الذين هم و لاه الأمر و المستنبطون، و به يشعر

قوله (عليه السلام) (٥): «فانى قد جعلته قاضيا و حاكما»

و قاضى التحكيم ليس من المناصب العامه.

و حينئذ فالمراد من الولاية فى التعريف الأعم من كونها من الله أو

١- ١ سورة ص: ٣٨- الآيه ٢٦.

٢- ٢ سورة مريم: ١٩- الآيه ١٢.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٣- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ٣- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٣.

٥- ٥ الوسائل- الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ١ و ٦- إلا- أن فى الأول «فانى قد جعلته عليكم حاكما» و فى

الثانى «فانى قد جعلته عليكم قاضيا».

منهم أو خصوص ما كانت منهم كما هو مقتضى التعريف الثانى، بل هو الظاهر من الأول أيضا.

هذا وقد ذكر غير واحد أن من خواصه عدم نقض الحكم فيه بالاجتهاد، بل يجب على غيره من القضاة تنفيذه وإن خالف اجتهاده ما لم يخالف دليلا قطعيا، وأن له ولايه على كل مولى عليه مع فقد وليه و مع وجوده فى مواضع يأتى بعضها إنشاء الله، وأن به يلزم حكم البيه لمن شهدت عليه و الشهود، فأما من شهدت عليه فيلزمه الحق، و أما الشهود فيغرمهم إياه لو رجعوا عن الشهاده، و هو جيد.

لكن قد يشكل الاستثناء فى الأول فيما إذا كان الدليل القطعى نظريا لم يثبت قطعيته عند القاضى الأول بإطلاق ما دل (١) على النهى عن رده، كما أنه يشكل تنفيذه من القاضى الآخر بكونه غير ما أنزل الله تعالى.

و من هنا أمكن القول بعدم جواز رده و عدم وجوب تنفيذه، بمعنى إجراء الحكم الواقع عليه فى حقه، و يأتى إنشاء الله تمام الكلام فى ذلك.

و أما الولايه على المولى عليه أو على المصالح العامه فالظاهر عدم لزومها للنصب للقضاء، فهى حينئذ أمر آخر تتبع عبارته النصب.

و على كل حال ففى التحرير و غيره «أن القضاء واجب على الكفايه، بل فى الرياض نفى الخلاف فيه بيننا، قال: لتوقف نظام النوع الإنسانى عليه، و لأن الظلم من شيم النفوس، فلا بد من حاكم ينتصف من الظالم للمظلوم، و لما يترتب عليه من النهى عن المنكر و الأمر بالمعروف».

و فيه أن ذلك من قاعده اللطف المقتضيه نصب الامام المتوقف عليه استقامه نظام نوع الإنسان، و ليس هو من الواجب الكفائى بالمعنى المصطلح، نعم من السياسه الواجبه على الامام (عليه السلام) نصب ما يستقيم به

نظام نوع الإنسان، كما أنه يمكن القول بوجود مقدار الصالح لذلك فيهم، و بوجود فعل القضاء من المنصوبين له على الكفايه، و بوجود تولى القضاء من الامام (عليه السلام) و يكون كغسل الميت المتوقف صحته على الاذن من الولي.

و لعل ذلك و نحوه مرادهم من الوجوب على الكفايه، و إن كان فى قولهم: هو واجب على الكفايه- بعد تعريفهم له بالولاية التى قد عرفت معناها- نوع تسامح، ضروره عدم صلاحيتها بمعنى كونها منصبا من المناصب للاتصاف بذلك، كما

هو واضح، نعم يتجه ذلك على مذهب العامه الذين لا إمام منصوب لهم من الله تعالى شأنه.

و من ذلك كله ظهر لك أن القضاء الذى هو من توابع النبوه و الإمامه و الرئاسة العامه فى الدين و الدنيا غير محتاج ثبوته إلى دليل، خصوصا بعد قوله تعالى «فَلَا- وَ رَبِّكَ لَا- يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَ يُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا»(١) و «إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ»(٢). «فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ»(٣) إلى آخرها و غير ذلك، و أما النصب منهم للقضاء فهو معلوم أيضا، بل متواتر.

و على كل حال ف النظر فى صفات القاضى، و آدابه و كفيه الحكم، و أحكام الدعاوى.

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٦٥.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآيه ١٠٥.

٣- ٣ سورة النساء: ٤- الآيه ٥٩.

[النظر الأول فى الصفات]

إشاره

الأول فى الصفات و يشترط فيه أى القاضى الذى يراد نصبه منهم (عليهم السلام) البلوغ و كمال العقل و الايمان و العداله و طهاره المولد و العلم و الذكوره بلا خلاف أجده فى شىء منها، بل فى المسالك «هذه الشرائط عندنا موضع وفاق» بل حكاه فى الرياض عن غيرها أيضا، و عن الأردبيلى دعواه فيما عدا الثالث و السادس، و الغنيه فى العلم و العداله، و نهج الحق فى العلم و الذكوره.

و حينئذ فلا- ينقصد منصب القضاء لصبى و لو مراهق و لا- مجنون و لو أدوارا حال جنونه، لسلب أفعالهما و أقوالهما و كونهما مولى عليهما، فلا- يصلحان لهذا المنصب العظيم، و منصب الإمامه ليحيى (عليه السلام) و للصاحب روى له الفداء إنما كان لنوع من القضاء الإلهى، نحو عيسى بن مريم (عليه السلام).

و لا لكافر، لأنه ليس أهلا للأمانه و لم يجعل الله له سبيلا على المؤمن [\(١\)](#) إذ الإسلام يعلو و لا يعلى عليه [\(٢\)](#).

و كذا غير المؤمن الذى هو كافر فى الجملة أيضا، لما

١- ١ إشاره إلى قوله تعالى فى سورة النساء: ٤- الآيه ١٤١.

٢- ٢ إشاره إلى قوله صلى الله عليه و آله المروى فى الوسائل- الباب- ١- من أبواب موانع الإبرث- الحديث ١١ من كتاب الفرائض.

تواترت النصوص فى النهى عن المرافعه إلى قضاتهم(١) بل هو من ضروريات مذهبنا.

بل لا يصلح لهذا المنصب الفاسق الإمامى فضلا عن غيره، لما هو المعلوم من النص(٢) و الفتوى من قصوره عن مرتبه الولايه على يتيم و نحوه فضلا عن هذا المنصب الجليل.

و لا يخفى عليك أنه يدخل فى ضمن العدالة التى قد تقدم البحث فيها فى كتاب الصلاه(٣) اشتراط الأمانه و المحافظه على الواجبات ضروره عدمها فى غير الأمين و تارك الواجب، كما هو واضح.

و كذا لا ينعقد القضاء لولد الزنا مع تحقق حاله، كما لا تصح إمامته و لا شهادته فى الأشياء الجليله و غيرها، كما هو واضح بناء على كفره، أما على غيره فالعمده الإجماع المحكى و فحوى ما دل على المنع من إمامته و شهادته إن كان و قلنا به، مؤيدا بنفر طباع الناس منه، و إلا فمقتضى العمومات دخوله.

نعم لا ريب فى اعتبار العلم،

قال الباقر (عليه السلام)(٤): «من أفتى الناس بغير علم و لا- هدى من الله لعنته ملائكه الرحمه و ملائكه العذاب و لحقه وزر من عمل بفتياه»

و قال الصادق (عليه السلام)(٥): «أنهاك عن خصلتين فيهما هلاك الرجال: أنهاك أن تدين الله بالباطل،

١-١ الوسائل- الباب- ١- من أبواب صفات القاضى.

٢-٢ الوسائل- الباب- ١٦- من أبواب عقد البيع من كتاب لتجاره و الباب- ٨٨- من كتاب الوصايا.

٣-٣ راجع ج ١٣ ص ٢٧٠ و ٣٠٤.

٤-٤ الوسائل- الباب- ٤- من أبواب صفات القاضى- الحديث ١.

٥-٥ الوسائل- الباب- ٤- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٢.

و تفتى الناس بما لا تعلم»

و نحوه غيره (١)و

فى الخبر (٢)«القضاء ثلاثه:

واحد فى الجنة و اثنان فى النار، فالذى فى الجنة رجل عرف الحق ففضى به، و اللذان فى النار رجل عرف الحق فجار فى الحكم، و رجل قضى للناس على جهل».

و أما المذكوره فلما سمعت من الإجماع و

النبوى (٣)«لا يفلح قوم وليتهم امرأه»

و فى آخر (٤)«لا تتولى المرأه القضاء»

و فى وصيه النبوى (صلى الله عليه و آله) لعلى (عليه السلام) المرويه فى الفقيه بإسناده عن حماد (٥)«يا على ليس على المرأه جمعه- إلى أن قال:- و لا تولى القضاء»

مؤيدا بنقصها عن هذا المنصب، و أنها لا- يليق لها مجالسه الرجال و رفع الصوت بينهم، و بأن المنساق من نصوص النصب فى الغيبه (٦)غيرها، بل فى بعضها (٧)التصريح بالرجل، لا أقل من الشك و الأصل عدم الاذن.

و من ذلك يعلم الوجه فى كثير من الشرائط، ضروره كونهم أعلم بمن يجوز نصبه مع الحضور، و فى زمن الغيبه المدار على ما وصل إلينا عنهم (عليهم السلام) من عباره النصب (٨)و مع فرض الشك

١- ١ الوسائل الباب- ٤- من أبواب صفات القاضى.

٢- ٢ سنن البيهقى- ج ١٠ ص ١١٦.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ١٠ ص ١١٨ و فيه « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأه».

٤- ٤ البحار ج ١٠٣ ص ٢٥٤ عن أبى جعفر عليه السلام«لا تولى المرأه القضاء».

٥- ٥ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب صفات القاضى- الحديث ١.

٦- ٦ الوسائل الباب- ١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٥ و الباب- ١١- منها الحديث ١ و ٦ و ٩.

٧- ٧ الوسائل- الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى الحديث ٦.

٨- ٨ الوسائل الباب- ١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٥ و الباب- ١١- منها الحديث ١ و ٦ و ٩.

فلا ريب في أن الأصل العدم.

و كذا لا- ينعقد لغير العالم المستقل بأهليه الفتوى، و لا- يكفيه فتوى العلماء بلا- خلاف أجده فيه، بل في المسالك و غيرها الإجماع عليه من غير فرق بين حالتي الاختيار و الاضطرار، بل لا بد أنه يكون عالما بجميع ما وليه أى مجتهدا مطلقا كما في المسالك، فلا يكفي اجتهاده في بعض الأحكام دون بعض. على القول بتجزى الاجتهاد.

قلت قد يقال: إن المستفاد من الكتاب و السنه صحه الحكم بالحق و العدل و القسط من كل مؤمن، قال الله تعالى «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا، وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (١).

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ، وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا» (٢).

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَ لَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَ الْأَقْرَبِينَ، إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا، فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا، وَإِنْ تَلَوْا أَوْ تُعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا» (٣).

و مفهوم قوله تعالى (٤) «وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» و في أخرى (٥) «هُمُ الْكَافِرُونَ» إلى غير ذلك من الآيات الكريمة.

و

قال الصادق (عليه السلام) (٦): «القضاه أربعه، ثلاثه في

١- ١ سورة النساء: ٤ الآية ٥٨.

٢- ٢ سورة المائدة: ٥- الآية ٨.

٣- ٣ سورة النساء: ٤ الآية ١٣٥.

٤- ٤ سورة المائدة: ٥- الآية ٤٧.

٥- ٥ سورة المائدة: ٥- الآية ٤٤.

٦- ٦ الوسائل- الباب- ٤- من أبواب صفات القاضي- الحديث ٦ و فيه « و قال عليه السلام.» بدل « و قال على عليه السلام.».

النار و واحد فى الجنة: رجل قضى بجور و هو يعلم، فهو فى النار، و رجل قضى بجور و هو لا يعلم أنه قضى بجور، فهو فى النار، و رجل قضى بالحق و هو لا يعلم، فهو فى النار، و رجل قضى بالحق و هو يعلم فهو فى الجنة و قال على (عليه السلام): الحكم حكمان: حكم الله و حكم الجاهليه، فمن أخطأ حكم الله حكم بحكم الجاهليه».

و قال أبو جعفر (عليه السلام)(١): «الحكم حكمان: حكم الله و حكم الجاهليه؛ و قد قال الله عز و جل(٢)«وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ» و أشهد على زيد بن ثابت لقد حكم فى الفرائض بحكم الجاهليه».

إلى غير ذلك من النصوص البالغه بالتعاضد أعلى مراتب القطع الداله على أن المدار الحكم بالحق الذى هو عند محمد و أهل بيته (صلوات الله عليهم) و أنه لا ريب فى اندراج من سمع منهم (عليهم السلام) أحكاما خاصه مثلا و حكم فيها بين الناس و إن لم يكن له مرتبه الاجتهاد و التصرف.

قال الصادق (عليه السلام) فى خبر أبى خديجه(٣): «إياكم أن يحاكم بعضكم بعضا إلى أهل الجور، و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئا من قضاياانا فاجعلوه بينكم فانى قد جعلته قاضيا،

فتحاكموا إليه»

بناء على إرادته الأعم من المجتهد منه، بل لعل ذلك أولى من الأحكام الاجتهاديه الظنيه بل قد يقال باندراج من كان عنده أحكامهم بالاجتهاد الصحيح

١-١ الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب صفات القاضى - الحديث ٨.

٢-٢ سورة المائده: ٥ - الآيه ٥٠.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب صفات القاضى - الحديث ٥.

أو التقليد الصحيح و حكم بها بين الناس كان حكما بالحق و القسط و العدل.

نعم قد يقال بتوقف صحه ذلك على الاذن منهم (عليهم السلام) ل

قول الصادق (عليه السلام) فى خبر سليمان بن خالد(١): «اتقوا الحكومه، إنما هى للإمام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين: نبى أو وصى».

و قوله (عليه السلام) أيضا فى خبر إسحاق بن عمار(٢): «قال أمير المؤمنين (عليه السلام) لشريح: يا شريح قد جلست مجلسا لا يجلسه إلا نبى أو وصى نبى أو شقى».

و ما عساه يشعر به

قوله (عليه السلام) فى نصب نائب الغيبه(٣): «فانى قد جعلته حاكما».

و غير ذلك مما يقتضى توقف صحه الحكم و ترتب أثره عليه على الاذن و النصب، فتقيد تلك الآيات و النصوص بذلك أو تحمل على إرادته الأمر بالمعروف و نحوه مما ليس فيه قضاء و فصل.

اللهم إلا أن يقال بأن النصوص داله على الاذن منهم (عليهم السلام) لشيعتهم المتمسكين بحبلهم الحافظين لأحكامهم فى الحكم بين الناس بأحكامهم الواصلة إليهم بقطع أو اجتهاد صحيح أو تقليد كذلك، فإنهم العلماء و شيعتهم المتعلمون و باقى الناس غناء.

و فى خبر عبد الله بن طلحه(٤) الوارد فى اللص الداخلى على المرأة و قتل ولدها و أخذ ثيابها عن الصادق (عليه السلام) أمر السائل بالقضاء بينهم بما ذكره الامام، و لعل غيره أيضا كذلك.

و إنما شدة الإنكار فى النصوص على المعرضين عنهم المستغنين عنهم

١-١ الوسائل - الباب - ٣- من أبواب صفات القاضى - الحديث ٣.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٣- من أبواب صفات القاضى - الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١١- من أبواب صفات القاضى - الحديث ١.

٤-٤ الوسائل الباب - ٢٣- من أبواب القصاص فى النفس - الحديث ٢ من كتاب القصاص.

بآرائهم وقياسهم واستحسانهم و نحو ذلك من الباطل الذى لفقوه.

قال الحلبي (١): «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): ربما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعة فى الشىء فيتراضيان برجل منا، فقال: ليس هو ذاك، إنما هو الذى يجبر الناس على حكمه بالسيف و السوط».

و لو سلم عدم ما يدل على الاذن فليس فى شىء من النصوص ما يدل على عدم جواز الاذن لهم فى ذلك، بل عموم ولايتهم تقتضى ذلك.

بل قد يدعى أن الموجودين فى زمن النبى (صلى الله عليه و آله) ممن أمر بالترافع إليهم قاصرون عن مرتبه الاجتهاد و إنما يقضون بين الناس بما سمعوه من النبى (صلى الله عليه و آله).

فدعوى قصور من علم جملة من الأحكام مشافهه أو بتقليد لمجتهد عن منصب القضاء بما علمه خاليه عن الدليل، بل ظاهر الأدله خلافها، بل يمكن دعوى القطع بخلافها، و نصب خصوص المجتهد فى زمان الغيبه بناء على ظهور النصوص فيه لا يقتضى عدم جواز نصب الغير.

و يمكن بناء ذلك - بل لعله الظاهر - على إرادته النصب العام فى كل شىء على وجه يكون له ما للإمام (عليه السلام) كما هو مقتضى

قوله (عليه السلام) (٢): «فانى جعلته حاكما»

أى وليا متصرفا فى القضاء و غيره من الولايات و نحوها.

بل هو مقتضى

قول صاحب الزمان روحى له الفداء (٣): «و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواه أحاديثنا، فإنهم حجتى عليكم، و أنا حجه الله»

ضروره كون المراد منه أنهم حجتى عليكم فى جميع ما أنا فيه حجه الله عليكم إلا ما خرج، و هو لا ينافى الإذن لغيره فى الحكم

١-١ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب صفات القاضى - الحديث ٨.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى - الحديث ١.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى - الحديث ٩.

بخصوص ما علمه من الأحكام الخاصه، و ليس له هذه الرئاسة العامه أو يكون من قبيل قاضى التحكيم.

و حينئذ فتظهر ثمره ذلك بناء على عموم هذه الرئاسة أن للمجتهد نصب مقلده للقضاء بين الناس بفتاواه التى هى حلالهم و حرامهم، فيكون حكمه حكم مجتهده و حكم مجتهده حكمهم، و حكمهم حكم الله تعالى شأنه، و الراد عليه راد على الله تعالى.

و لا يخفى وضوح ذلك لدى كل من سرد نصوص الباب المجموعه فى الوسائل و غيرها، بل كاد يكون من القطعيات، خصوصا مع احتمال أن كثيرا من هذه الشروط للعامه، كما لا يخفى على من لاحظ كتبهم و رأى إكثارهم من ذكر شروط لا دليل لها سوى استحسان مستقبح أو قياس باطل أو نحو ذلك.

و من المعلوم أن المقبول مما ذكره ما يكون موافقا لنصوصنا دون غيره، و لعل منه هذا الشرط المذكور المقتضى عدم جواز نصب الامام قاضيا يقضى بالحق و إن لم يكن مجتهدا.

و أما دعوى الإجماع التى قد سمعتها فلم أتحققها، بل لعل المحقق عندنا خلافها، خصوصا بعد أن حكى فى التنقيح عن المبسوط فى المسأله أقوالا ثلاثه أولها جواز كونه عاميا و يستفتى العلماء و يقضى بفتاؤهم و لم يرجح، و لعل مختاره الأول مع أنه أسوأ حالا- مما ذكرناه، ضروره فرضه عاميا حين نصبه ثم يستفتى بعد ذلك، مع ظهور الأدله فى اعتبار كونه عالما بما وليه حين التولية و لو بالتقليد بناء على ما ذكرناه من كون فتاوى المجتهد أحكامهم، فالقضاء حينئذ بها خصوصا إذا قلنا إن القضاء فى زمن الغيبه من باب الأحكام الشرعيه لا النصب القضائى و إن ذلك هو المراد من

قوله (عليه السلام): «جعلته قاضيا و حاكما»

فان الفصل

بها حينئذ من المقلد كالفصل بها من المجتهد، إذ الجميع مرجعه إلى القضاء بين الناس بحكم أهل البيت، والله العالم.

و من ذلك يظهر لك النظر في جملة مما هو مذكور هنا حتى قول المصنف هنا و يدخل فيه أن يكون ضابطا، فلو غلب عليه النسيان لم يجز نصبه ضروره عدم الدليل بالخصوص، بل مقتضى ما فيه من مفروض العدالة تجنب ما يحتمل النسيان فيه، و أنه لا يقضى إلا- بما هو ضابط له بكتابه و نحوها، إذ لا يخفى عليه حاله الذى هو غلبه نسيانه، بل ربما كان قضاؤه أضبط من قضاء غيره، نعم لو كان كثير الغلط و الاشتباه و لا يعلم به على وجه يرتفع الوثوق بما يزعم أنه مضبوط له أمكن القول حينئذ بعدم نصبه بناء على عدم قبول ما ينقله من فتاواه و أخباره.

و كذا قوله و هل يشترط علمه بالكتابه؟ فيه تردد نظرا إلى اختصاص النبي (صلى الله عليه و آله) بالرئاسه العامه مع خلوه في أول أمره من الكتابه.

و أغرب من ذلك قوله و الأقرب اشتراط ذلك لما يضطر إليه من الأمور التى لا تتيسر لغير النبي (صلى الله عليه و آله) المحفوظ بالعصمه عن السهو و الغلط و غيرهما بدون الكتابه بل فى المسالك نسبتة إلى الشيخ و أكثر الأصحاب، إذ هو كما ترى لا دليل عليه سوى الاعتبار المزبور الذى لا- ينطبق على أصولنا، بل إطلاق دليل النصب فى نائب الغيبه يقتضى عدمه، على أنه يمكن الاستغناء بوضع كاتب، بل و غير الكتابه من طرق الضبط، بل ربما لا يحتاج إليها.

نعم لا ينعقد القضاء للمرأه و إن استكملت الشرائط لما عرفته سابقا من النص (١) السابق.

و كذا قوله و فى انعقاد قضاء الأعمى تردد و خلاف أظهره و أشهره كما فى المسالك أنه لا ينعقد، لافتقاره إلى التمييز بين الخصوم و تعذر ذلك مع العمى إلا فيما يقل و عمى شعيب (عليه السلام) على تقدير تسليمه ليس بحجه فى شرعنا و لا على القاضى غير النبى لانجبار النبوه بالعصمه، إذ هو أيضا كما ترى مخالف لما عرفت، لمجرد اعتبار لا ينطبق على أصولنا، و يمكن رفعه بوضع مميز أو بغيره، إذ طرق التمييز غير منحصره فى البصر، و ربما لا يحتاج إلى ذلك، كما هو واضح.

و على كل حال ف هل يشترط الحره؟ قال فى المبسوط:

نعم بل فى المسالك نسبه إلى الأكثر، لقصور العبد عن هذا المنصب العظيم و استغراق وقته بحقوق المولى و الأقرب أنه ليس شرطا لما عرفت، بل إطلاق دليل نصب نائب الغيبه يقتضى خلافه، و الفرض إذن المولى فى ذلك فلا استغراق لوقته.

و لا يخفى عليك بعد ما ذكرنا الحكم فى كثير من الشرائط المذكوره فى كتب العامه التى لم يذكرها الأصحاب، كالنطق فلا يصح قضاء الأخرس، و السمع فلا قضاء للأصم، و غير ذلك مما ليس فى أدلتنا ما يشهد له.

نعم ذكر بعض أفاضل المتأخرين أن كل ما شك فى اشتراطه فى ذلك فأصله عدم ترتب الأثر و نحوها يقتضيه.

و لكن فيه أنه إن كان المراد اعتباره فى نائب الغيبه فلا ريب فى انقطاعه بإطلاق دليله أو عمومه، و مع فرض الشك على وجه لا يتناوله الإطلاق المزبور فلا ريب فى أن الأصل يقتضى عدم وقوع الاذن له بعد فرض انحصارها فى الدليل المفروض.

و إن كان اعتباره فى من ينصبه الامام (عليه السلام) حال حضوره

ففيه أولا أنه أدرى في هذا الحال. مضافا إلى أن مقتضى عموم ولايته و أن الحكومه له- فهو مسلط عليها كتسلط الملاك على أملاكهم- جواز ذلك له، كما هو واضح.

هذا وقد يظهر من الروضه اعتبار جميع هذه الشرائط فى الفتوى أيضا، و هو مبنى على انحصار دليل قبولها بدليل قبول الحكم، فيعتبر فيها حينئذ ما يعتبر فيه.

لكن لا- يخفى عليك ما فيها، ضروره منع انحصار دليلها فى ذلك، بل هو العقل بعد كون الفتوى الصحيحه مما أنزل الله و من القسط و العدل و الحق و غير ذلك مما وجب على الناس قبوله عقلا و نقلا، فجميع ما دل على الأمر بالمعروف و الأخذ بما أنزل الله و القيام بالعدل دال عليه و إن فقد شرط منصب القضاء بعدم الكتابه مثلا أو بالعمى أو بالذكوره أو نحو ذلك مما لا مدخله لاندراج فتواه فيما عرفت قطعاً، كما هو واضح بأدنى التفات. و من هنا كانت شرائط الفتوى غير شرائط القضاء، كما لا يخفى على من لاحظ كتب أصحابنا فى الأصول و الفروع.

بل مما ذكرنا يظهر أن قبول الفتوى بعد اندراجها فى الحق و العدل و القسط و نحو ذلك لا يحتاج إلى إذن من الامام (عليه السلام) بل الكتاب(١) و السنه(٢) بل و العقل متطابقه على وجوب الأخذ بها، و حينئذ فدليل التقليد غير دليل القضاء.

نعم قد يستفاد من دليل الثانى أن الفتوى بكلى الواقعه المخصوصه من الحق و مما أنزل الله و من حكمهم و من العدل و القسط و نحو ذلك، ضروره التلازم بين كون الحكم بالخصوصيه كذلك و بين كون الحكم الشرعى

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٥٨ و ١٣٥ و سورة المائده: ٥- الآيه ٨.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى.

فى كلى تلك الخصوصيه الذى هو فتوى المجتهد كذلك.

و بذلك ظهر لك أن دليل التقليد حينئذ هو جميع ما فى الكتاب (١) و السنه (٢) من الأمر بأخذ ما أنزل الله تعالى و القيام بالقسط و العدل و نحو ذلك، و اختلاف المجتهدين بسبب اختلاف الموازين التى قررها صاحب الشرع لمعرفة الأحكام غير قادح فى كون الجميع مما أنزل الله تعالى شأنه من الحكم، فإن ظنيه الطريق لا تنافى قطعيه الحكم كما هو مقرر فى محله.

[مسائل]

إشاره

و كيف كان ف هنا مسائل:

[المسأله الأولى يشترط فى ثبوت الولاية إذن الإمام عليه السلام]

الأولى لا خلاف عندنا بل الإجماع بقسميه عليه فى أنه يشترط فى ثبوت الولاية للقضاء و توابعه إذن الإمام (عليه السلام) أو من فوض إليه الإمام ذلك، لما عرفت من أن منصب الحكومه له.

و حينئذ ف لو استقصى أهل البلد قاضيا لم تثبت ولايته عندنا و لم ينفذ حكمه نعم قد ذكر غير واحد من الأصحاب، بل لم يذكر أحد فيه خلافا، بل ظاهر بعضهم و صريح آخر الإجماع عليه أنه لو تراضى الخصمان بواحد من الرعيه فترافعا إليه فحكم لزمهما حكمه و إن كان هناك قاض منصوب، بل و إن كان إمام، بل و على أنه لا يشترط رضاهما بعد الحكم منه.

لكن فى الروضه و غيرها فى اشتراط تراضى الخصمين بالحكم بعده قولان، بل فى بعض القيود أنه للشيخ فى بعض أقواله، بل فى التحرير و لو تراضى خصمان بواحد من الرعيه و ترافعا إليه فحكم لم يلزمهما الحكم

١- ١ سورة النساء: - الآيه ٥٨ و ١٣٥ و سورة المائده: ٥- الآيه ٨.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١١- من أبواب صفات القاضى.

بل فى بعض قيوده و إن كان فىه شرائط الاجتهاد مع ظهور الامام (عليه السلام).

و كيف كان فهذه المسأله كما ذكرها الخاصه ذكرها العامه أيضا، قال فى الروضه من كتبهم: «الخامسه: هل يجوز أن يحكم الخصمان رجلا غير القاضى؟ و هل لحكمه بينهما اعتبار؟ قولان، أظهرهما عند الجمهور نعم، و خالفهم الامام و الغزالى، فرجحا المنع، و قيل: القولان فى الأموال فقط، فأما النكاح و اللعان و القصاص و حد القذف و غيرها فلا يجوز فيها التحكيم قطعا، و المذهب طرد القولين فى الجميع، و به قطع الأ-كثرون و لا-يجرى فى حدود الله على المذهب، إذ ليس لها طالب معين، و فى التهذيب و غيره ما يقتضى ذهاب بعضهم إلى طرد الخلاف فيها، و ليس بشىء، و قيل: القولان فى التحكيم فى حقوق الآدميين مخصوصان بما إذا لم يكن فى البلد قاض فان كان لم يجز، و قيل: هما إن كان قاض و إلا فيجوز قطعا، و المذهب طردهما فى الحالين، فإذا جوزنا التحكم اشترط فى المحكم صفات القاضى، و لا ينفذ حكمه إلا على من رضى بحكمه، حتى لا يضرب ديه الخطأ على العاقله إذا لم يرضوا بحكمه، و لا يكفى رضا القاتل، و قيل:

يكفى و العاقله تبع له، و الصحيح الأول، قال السرخسى: الخلاف مخصوص بقولنا: تجب الديه على الجانى ثم تحملها العاقله، فإن قلنا يجب عليها ابتداء لم تضرب عليهم إلا برضاهم قطعا، و هذا أحسن، قال السرخسى:

و إنما يشترط رضا المتحاكمين إذا لم يكن أحدهما القاضى نفسه، فان كان فهل يشترط رضا الآخر؟ فيه اختلاف نص، و المذهب أنه لا يشترط، و ليكن هذا مبني على جواز الاستخلاف إن جاز، فالمرجوع إليه نائب القاضى، قال: و يشترط على أحد الوجهين كون المتحاكمين بحيث يجوز للمحكم أن يحكم لكل واحد منهما، فان كان أحدهما ابنه أو أباه لم يجز، و ليس للمحكم الحبس، بل غايته الإثبات و الحكم، و قيل: يحبس و هو

شاذ، و هل يلزم حكمه بنفس الحكم كحكم القاضى أم لا يلزم إلا بتراضيهما بعد الحكم؟ فيه قولان، و يقال: وجهان، أظهرهما الأول، و متى رجع أحدهما قبل الحكم امتنع الحكم حتى إذا أقام المدعى شاهدين، فقال المدعى عليه:

عزلتك لم يكن له أن يحكم، و قال الإصطخرى: إن أحس المدعى عليه بالحكم فرجع ففى تمكينه من الرجوع وجهان خرجهما، و المذهب الأول».

إلى غير ذلك مما ذكره فى كتبهم مما هو مبنى على استحسان أو قياس أو مصالح مرسله أو

روايه غير ثابتة عندنا عن النبى (صلى الله عليه و آله) (١) «من حكم بين اثنين فتراضيا به فلم يعدل فعليه لعنه الله تعالى».

قال فى المسالك: «و لو لم يكن لحكمه اعتبار و لزوم لما كان لهذا التهديد معنى، و لكان التحذير على فعله لا على عدم العدل، و لأن التهديد على عدم العدل يدل على أن العله عدم عدله، و لو لم يكن جائزا كان التهديد بالأعم أولى».

و فيه أن الاستدلال حينئذ بنحو قوله تعالى (٢) «وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ» * و غيره مما ورد فى الكتاب (٣) و السنه (٤) أولى، و لذا استدل على مشروعيته بها فى كشف اللثام، و بنصوص (٥) نائب الغيبه، و بما دل (٦) على الأمر بالمعروف.

١- ١ ذكره ابن قدامه فى المغنى ج ١١ ص ٤٨٤.

٢- ٢ سورة المائدة: ٥- الآيه ٤٤ و ٤٥ ٤٧.

٣- ٣ سورة النساء: ٤- الآيه ٨٥ و ١٠٥.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٤- من أبواب صفات القاضى الحديث ٧ و ٨.

٥- ٥ الوسائل - الباب - ١- من أبواب صفات القاضى الحديث ٥ و الباب - ١١- منها الحديث ١ و ٦ و ٩.

٦- ٦ الوسائل - الباب - ١- من أبواب الأمر و النهى من كتاب الأمر بالمعروف.

لكن قد عرفت تقييد تلك العمومات بإذن الإمام (عليه السلام) لأن الحكومه له، و دعوى أن المنصب له لا خصوص الحكم فى واقعه مخصوصه رضى المتنازعان فيها بحكم من حكماه كما ترى مناف لظاهر الدليل المزبور المعتضد بقوله تعالى(١)«فَلَا وَ رَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ» و بالأمر(٢) بالرد فيما تنازعا فيه إلى الله و رسوله و أولى الأمر الذين هم الأئمه صلوات الله و سلامه عليهم، فإنهم أدرى باستنباطه من غيرهم.

و نصوص نائب الغيبه منافيه لفرض موضوعه الذى هو فقد الاذن له، كما هو واضح. و أدله الأمر بالمعروف لا تقتضى الحكومه. و أغرب من ذلك الاستدلال عليه فى المسالك بوقوعه فى زمن الصحابه و لم ينكر أحد منهم ذلك، مع أن من المعلوم عندنا انقلاب الأمر بعد موت النبي (صلى الله عليه و آله) حتى صار المنكر المعروف و الباطل المألوف.

و بذلك ظهر لك أن ما ذكره العامه من مشروعيه قاضى التحكيم فضلا عما ذكروه من الفروع التى سمعتها يشكل انطباقه على أصولنا و إن ذكرها الأصحاب الذين هم أدرى منا بكيفيه تطبيق ذلك.

نعم فى

خبر أحمد بن الفضل الكناسى(٣) المروى عن الكشى قال:

«قال أبو عبد الله (عليه السلام): أى شىء بلغنى عنكم؟ قلت: ما هو؟ قال: بلغنى أنكم أقعدتم قاضيا بالكناسه، قال: قلت: نعم جعلت فداك، رجل يقال له عروه القتاب، و هو رجل له حظ من عقل نجتمع عنده فنتكلم و نتسائل ثم يرد ذلك إليكم، قال: لا بأس»

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٦٥.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآيه ٥٩ و ٨٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى الحديث ٣١.

إلا- أنه كما ترى ظاهر في إرادته تعرف الحكم في أحاديثهم من القضاء فيه لا فصل الخصومات الظاهر في إنكاره عليهم، و لو سلم فهو مؤيد لما ذكرناه سابقا من الاذن سابقا في الفصل بين الناس بأحكامهم و أنه يكون في الحقيقة فضلا منهم و إن ناب الشيعي في ذكره عنهم باجتهاد أو تقليد صحيحين.

و على كل حال فتجشم الاذن له مما عرفت أو مشروعيته و إن لم يكن بإذن خاصه و إنشاء نصب كذلك يقتضى نفوذ حكمه في جميع ما يقع فيه التداعي من المال و النكاح و القصاص و الحدود و غيرها كما نسبه في المسالك إلى ظاهر الأصحاب.

لكن في القواعد الإشكال في أهلية الحبس له و استيفاء العقوبة، و الجزم بأنه لا ينفذ حكمه على غير المتراضين حتى لا يضرب ديه الخطأ على عاقله الراضى بحكمه.

و وجه الإشكال في الأول في كشف اللثام من عموم أدله الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و أدله التحكيم الناهيه عن الرد لمن له أهلية القضاء و إفضاء تعطيلها إلى الفساد، و

قول الصادق (عليه السلام) لحفص بن غياث (١): «إقامه الحدود إلى من إليه الحكم»

و هو خيره السيد و الشيخ في التبيان و جماعه، و من الاحتياط في الدماء و عصمتها، و اشتراك الحدود بين حق الله و حق الناس، و التحكيم إنما هو في حق الناس، و هو قول الشيخ في النهايه و الاقتصاد و سلار و جماعه.

قلت: و لا يخفى عليك ما في الثاني بعد فرض صحه الأول.

كما أنه لا يخفى عليك النظر في جملة من الفروع المذكوره، خصوصا ما ذكر من اعتبار رضاها بما قبل الحكم ما لم يكن أحد المتخاصمين قاضيا و إن كان منصوبا له، ضروره كون المفروض رضاه بالمرافعه عنده،

و هو أعم من نصبه الذى لا بد من تقييده مع ذلك بكونه مأذونا له فى النصب، و خصوصا دعوى كون قاضى التحكيم منصوبا من المتحاكمين المعلوم عدم أهليتهما لذلك.

بل و فيما ذكروه هنا من أنه يشترط فيه جميع ما يشترط فى القاضى المنصوب عن الامام (عليه السلام) عدا الاذن، ضروره أنه إذا كان المدرك له الإطلاق المزبور، فليس فى شىء منه إيماء إلى الشرائط المزبوره، خصوصا مثل الكتابه و البصر و نحوهما، نعم يتجه اعتبار ما كان دليله عاما لمثله من الشرائط كالبلوغ و الإسلام و نحوهما.

و لكن هذا الكلام سهل الخطب فى المسأله عندنا كما أوماً إليه فى المسالك حيث قال: «و اعلم أن الاتفاق واقع على أن قاضى التحكيم يشترط فيه ما يشترط فى القاضى المنصوب من الشرائط التى من جملتها كونه مجتهدا، و على هذا فقاضى التحكيم مختص بحال حضور الامام (عليه السلام) فيفرق بينه و بين غيره من القضاة بكون القاضى منصوبا و هذا غير منصوب من غير الخصمين،

أما فى حال الغيبه فسيأتى أن المجتهد ينفذ قضاؤه، لعموم الاذن، و غيره لا يصح حكمه مطلقا فلا يتصور حالتها قاضى التحكيم».

و مراده بحال الغيبه ما يشمل زمان الصادق (عليه السلام) أيضا لأن نصب مطلق المجتهد كان فيه، و هو من زمان الحضور، و لا يتصور فيه قاضى التحكيم، نعم يتصور فيما قبله مما لا إذن فيه لمطلق المجتهد، كزمن النبى (صلى الله عليه و آله) بل لعله خاص فيه أيضا، لظهور دليل نصب المجتهد فى جميع زمان الجور الذى نهينا فيه عن المرافعه إلى قضاتهم^(١) من حيث غلبه الجائرين، فيكون نصب الصادق (عليه السلام) مبنيا على نصب من قبله و أن هذا من قبيل الحكم الشرعى المتفق عليه

فيما بينهم، و حكم آخرهم كحكم أولهم، و لو سلم عدم دلالة على ذلك فأقصاها إلحاق هذا الزمان إلى زمن نصب الصادق (عليه السلام) بزمن النبي (صلى الله عليه و آله) و يختص به تصور قاضى التحكيم، و ربما احتل تصور في زمن الغيبة بالمرافعه إلى المفضول مع وجود الأفضل بناء على اختصاص النصب له دونه، لكن - مع ما فى الاحتمال المزبور من النظر - ستعرف أن التحقيق نصب الجميع.

و بالجمله فقد ظهر لك بالتأمل فى جميع ما ذكرناه انحصار دليل مشروعيه التحكيم بالإجماع المدعى، و هو حجه على من لم يتبين خلافه، أو إطلاق تلك الأدله الذى إن لم يقيد بما سمعته من اعتبار إذن الامام (عليه السلام) فى مطلق الحكومه يفتح منه باب عظيم لا- يختص بقاضى التحكيم، كما أوأنا إليه فى أول البحث، و خصوصا إذا قلنا إن ذلك من المأذون فيه، و لو لا دعوى الإجماع لأمكن القطع باستفاده نفوذ الحكم بالعدل الذى هو حكم الامام (عليه السلام) من جميع شيعته.

قال أبو بصير(١): «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): قول الله تعالى فى كتابه «وَلَا تَأْكُلُوا»(٢) إلى آخرها فقال: يا أبا بصير إن الله قد علم أن فى الأمه حكاما يجورون، أما إنه لم يعن حكام أهل العدل، و لكنه عنى حكام أهل الجور، يا أبا محمد إنه لو كان لك على رجل حق فدعوته إلى حكام أهل العدل فأبى عليك إلا

أن يرافعك إلى حكام أهل الجور ليقضوا له لكان ممن حاكم إلى الطاغوت، و هو قول الله عز و جل «أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ»(٣) إلى آخرها».

١- ١ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب صفات القاضى - الحديث ٣.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآيه ١٨٨.

٣- ٣ سورة النساء: ٤- الآيه ٦٠.

و قال (عليه السلام) أيضا في خبره الآخر(١): «أى رجل كان بينه وبين أخ له مماراه فى حق فدعاه إلى رجل من إخوانه ليحكم بينه وبينه فأبى إلا أن يرافعه إلى هؤلاء كان بمنزله الذين قال الله تعالى:

«أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ»(٢) إلى آخرها».

و فى الآخر(٣)«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): ربما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعه فى الشىء فيتراضيان برجل منا، فقال:

ليس هو ذاك، إنما هو الذى يجبر الناس على حكمه بالسيف و السوط».

إلى غير ذلك من النصوص الظاهره و الصريحه فى الاذن بالحكم بالحق و العدل، و هو الذى عندهم، و شيعتهم أجمع نواب عنهم فى ذلك، لأن المدار على الحكم بين الناس بحكمهم.

و عن أمير المؤمنين (عليه السلام)(٤) فى وصيته لكميل بن زياد «يا كميل لا غزو إلا مع إمام عادل، و لا نقل إلا من إمام فاضل، يا كميل هى نبوه و رساله و إمامه، ليس بعد ذلك إلا موالين متبعين أو مناوئين مبتدعين، إنما يتقبل الله من المتقين».

و قال الصادق (عليه السلام) فى خبر جميل(٥): «يغدوا الناس على ثلاثه أصناف: عالم و متعلم و غثاء، فنحن العلماء، و شيعتنا المتعلمون، و سائر الناس غثاء».

و قال الباقر (عليه السلام) فى خبر محمد بن مسلم(٦): «ليس عند أحد من الناس حق و لا صواب و لا أحد من الناس يقضى بقضاء

١- ١ الوسائل - الباب - ١- من أبواب صفات القاضى - الحديث ٢.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآية ٦٠.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١- من أبواب صفات القاضى - الحديث ٨.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٤- من أبواب صفات القاضى - الحديث ٣٥.

٥- ٥ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب صفات القاضى - الحديث ١٨.

٦- ٦ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب صفات القاضى - الحديث ٢٠.

حق إلا ما خرج من عندنا أهل البيت»

الخبر.

و فى الدعائم عن على (عليه السلام) (١) «كل حاكم يحكم بغير قولنا أهل البيت فهو طاغوت، و قرأ «يُرِيدُونَ» إلى آخرها (٢) ثم قال: و الله فعلوا و تحاكموا إلى الطاغوت و أضلهم الشيطان ضلالا بعيدا، فلم ينج من هذه الأمة إلا نحن و شيعتنا، و قد هلك غيرهم، فمن لم يعرف حقهم فعليه لعنة الله»

فلاحظ و تأمل جيدا.

هذا و قد بان لك الحال فى أنه بناء على المشروعيه يعم الجواز كل الأحكام و الله العالم.

و كيف كان ف سمع عدم حضور الامام عليه السلام كما فى هذا الزمان ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت الجامع للصفات المشترطه فى الفتوى المذكوره فى كتب الأصول و بعض كتب الفروع بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه لقول أبى عبد الله (عليه السلام)

(٧)- فى خبر أبى خديجه (٣): «إياكم أن يحاكم بعضكم بعضا إلى أهل الجور، و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئا من قضائنا

فاجعلوه بينكم قاضيا، فانى جعلته قاضيا، فتحاكموا إليه

(٨)- «و خبره الآخر (٤) قال: «بعثنى أبو عبد الله (عليه السلام) إلى أصحابنا فقال: قل لهم: إياكم إذا وقعت بينكم خصومه أو ترادى بينكم فى شىء من الأخذ و العطاء أن تتحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بينكم رجلا ممن قد عرف حلالنا و حرامنا، فانى قد جعلته قاضيا،

١- ١ المستدرک- الباب- ٤- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٧.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآية ٦٠.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٥.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٦.

و إياكم أن يتحاكم بعضكم بعضا إلى السلطان الجائر».

و مقبول ابن حنظله (١) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجلين من أصحابنا يكون بينهما منازعه في دين أو ميراث فتحاكما إلى السلطان أو إلى القضاة أ يحل ذلك؟ فقال: من تحاكم إلى الطاغوت فحكم له فإنما يأخذ سحتا و إن كان حقه ثابتا، لأنه أخذ بحكم الطاغوت، و قد أمر الله أن يكفر به، قلت: كيف يصنعان؟ قال: انظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فارضوا به حاكما، فاني قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبله منه فإنما بحكم الله استخف و علينا رد، و الراد علينا الراد على الله، و هو على حد الشرك بالله، قال: فان كان كل واحد اختار رجلا من أصحابنا فرضيا أن يكونا الناظرين في حقهما، و اختلفا فيما حكما، و كلاهما اختلفا في حديثكم، فقال: الحكم ما حكم به أعدلهما و أفقهما و أصدقهما في الحديث و أورعهما، و لا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر، قال: فقلت: فإنهما عدلان مرضيان عند أصحابنا لا يفضل واحد منهما على صاحبه، قال: فقال:

ينظر إلى ما كان من روايتهم عنا في ذلك الذي حكما به المجمع عليه عند أصحابك، فيؤخذ به من حكمنا، و يترك الشاذ الذي ليس بمشهور عند أصحابك، فإن المجمع عليه لا-ريب فيه، و إنما الأمور ثلاثة: أمر بين رشده فيتبع، و أمر بين غيه فيجتنب، و أمر مشكل يرد حكمه إلى الله و إلى الرسول، قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): حلال بين

١- ١ ذكر صدره في الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضي - الحديث ١ و بعده و ذيله في الباب - ٩ - منها - الحديث ١ و قطعه منه في الباب - ١٢ - منها الحديث ٩ مع الاختلاف في بعض قطع الحديث. راجع الكافي ج ١ ص ٦٧ و ج ٧ ص ٤١٢ و التهذيب ج ٦ ص ٢١٨ و ٣٠١.

و حرام بين و شبهات بين ذلك، فمن ترك الشبهات نجا من المحرمات، و من أخذ بالشبهات ارتكب المحرمات، و هلك من حيث لا يعلم، قال:

قلت: فان كان الخبران عنكم مشهورين قد رواهما الثقات عنكم، قال:

ينظر فما وافق حكمه حكم الكتاب و السنه و خالف العامه أخذ به، قال:

قلت: جعلت فداك فان وجدنا أحد الخبرين موافقا للعامه و الآخر مخالفا لها بأى الخبرين يؤخذ؟ قال: بما يخالف العامه، فإن فيه الرشاد، قلت:

جعلت فداك فان وافقها الخبران جميعا، قال: ينظر إلى ما حکامهم إليه أميل و قضاتهم فيترك و يؤخذ بالآخر، فقلت: فان وافق حکامهم و قضاتهم الخبران جميعا، قال: إذا كان كذلك فأرجه حتى تلق إمامك، فإن الوقوف عند الشبهات خير من الاقتحام فى الهلكات».

و قد سمعت المروى عن صاحب الزمان روحى له الفداء(١).

و خبر داود بن الحصين(٢) «فى رجلين اتفقا على عدلين جعلاهما بينهما فى الحكم وقع بينهما فيه اختلاف فرضيا بالعدلين، و اختلف العدلان بينهما، عن قول أيهما يمضى الحكم؟ فقال: ينظر إلى أفقهما و أعلمهما بأحاديثنا و أورعهما فينفذ حكمه، و لا يلتفت إلى الآخر».

و خبر النميرى(٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «سئل عن رجل يكون بينه و بين أخ له منازعه فى حق يتفقان على رجلين يكونان بينهما فحكما فاختلفا فيما حكما، قال: و كيف يختلفان؟ قلت: حكم كل واحد منهما للذى اختاره الخصمان، فقال: ينظر إلى أعدلها و أفقهما فى دين الله فيمضى حكمه».

فهو حينئذ مأذون منهم و منصوب من قبلهم فى الحكم بين الناس

١- ١ الوسائل- الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٩.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٩- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٢٠.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٩- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٤٥.

بحكمهم، لا- أن هذا الشرط ساقط في زمن الغيبة، كما توهمه عبارته المسالك، بل ظاهر خبر أبي خديجه الاكتفاء بتجزى الاجتهاد في الحكومه، لصدق معرفه شىء من قضائهم.

و المناقشه بعدم معرفه لشىء مطلقا إلا للمجتهد المطلق يدفعها الوجدان الصحيح، لتجزى في الملكه و الفعل على وجه يساوى معرفه المجتهد المطلق، بل قد يزيد عليها.

و احتمال إرادته الملكه العامه من الشىء- لأن غير الامام و إن كان مجتهدا مطلقا ليس عنده إلا شىء من الأحكام، إذ معرفتها أجمع مختصه بالإمام- مناف لظاهر الخبر (١) الذى لا معارضه بينه و بين المقبوله (٢) بناء على ظهورها فى المجتهد المطلق، لعموم الجمع المضاف فيها، لأن أقصى الخبرين الاذن لكل منهما فى ذلك.

هذا مضافا إلى ما سمعته من تلك المطلقات التى لا إشعار فى شىء منها باعتبار الاجتهاد فضلا عن كونه مطلقا.

و من ذلك يعلم حينئذ أن فتوى المتجزى حجه له و لغيره، ضروره اقتضاء نفوذ حكمه الخاص صحه فتواه الكليه التى بنى عليها الحكم الخاص، و أنها مندرجه فى القسط و العدل و الحق و فيما أنزل الله، و أنها من حكمهم.

نعم لو كان دليل التجزى الرجحان العقلى لظنه الاجتهادى على تقليده اتجه اختصاص ذلك به دون غيره، لكن قد عرفت أن السمع واف بالدلاله عليه على الوجه المزبور، بل صدق معرفه الحكم الشرعى بطرقه المقرره عنهم (عليهم السلام) لا تحتاج إلى دليل، ضروره كونها كمعرفه غيره من العلوم، و بها يكون معلومه من أحكامهم (عليهم السلام) و من

١-١ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب صفات القاضى - الحديث ٥.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى الحديث ١.

العدل و القسط و الحق، كما هو واضح بأدنى تأمل و نظر.

و على كل حال ف لو عدل إلى قضاءه الجور و الحال هذه كان مخطئا آثما قطعاً، لما سمعته من النصوص المعتبرة (١) نعم لو توقف حصول حقه عليه و لو لامتناع خصمه عن المرافعة إلا إليهم جاز، كما يجوز الاستعانة بالظالم على تحصيل حقه المتوقف على ذلك، و الإثم حينئذ على الممتنع، كما هو ظاهر ما سمعته من النصوص (٢) الظاهره فى اختصاصه بالإثم.

و أشكله فى الكفايه بأن حكم الجائر بينهما فعل محرم و الترافع إليه يقتضى ذلك، فيكون إعانه على الإثم، و هى منهى عنها (٣).

يدفعه منع كونه إعانه أولاً و منع حرمتها ثانياً، خصوصاً بعد ظهور النصوص فيما ذكرنا، و خصوصاً إذا كان الخصم منهم، فإنه لا ينبغى التوقف فى جواز أخذ الحق منه بحكم قضاتهم.

بل لعله المراد من

خبر على بن محمد (٤) قال: «سألته هل نأخذ فى أحكام المخالفين ما يأخذون منا فى أحكامهم؟ فكتب يجوز لك ذلك إن شاء الله إذا كان مذهبكم فيه التقيه و المداراه لهم»

بناء على ما فى الوافى من أن «المراد هل يجوز لنا أن نأخذ حقوقنا منهم بحكم قضاتهم كما يأخذون منا بحكم قضاتهم، يعنى إذا اضطر إليه، كما إذا قدمه الخصم إليهم».

و يمكن كون المراد أخذ نحو الشفعه بالجوار و العصبه منهم كما يأخذون منا، أو غير ذلك مما لا يندرج فيه الأخذ بغير حق منهم، فإنه غير جائز، كما صرح به فى خبر البغل (٥) المتقدم فى الغصب.

١-١ الوسائل الباب- ١- من أبواب صفات القاضى.

٢-٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب صفات القاضى.

٣-٣ سورة المائدة: ٥- الآيه ٢.

٤-٤ التهذيب ج ٦ ص ٢٢٤- الرقم ٥٣٥ و الوسائل- الباب ١١ من أبواب آداب القاضى- الحديث ١.

٥-٥ الوسائل الباب- ١٧- من كتاب الإجاره- الحديث ١.

و في

خير ابن فضال(١)قال: «قرأت في كتاب أبي الأسد إلى أبي الحسن الثاني (عليه السلام) وقرأته بخطه سأله ما تفسير قوله تعالى(٢):

«وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ» فكتب إليه بخطه: الحكام: القضاة، قال: ثم كتب تحته: هو أن يعلم الرجل أنه ظالم فيحكم له القاضي، فهو غير معذور في أخذ ذلك الذي حكم به إذا كان قد علم أنه ظالم»

بل ربما كان ذلك مقطوعا به، فليس المراد حينئذ إلا ما ذكرناه أولا من الوجهين.

وقال علي بن الحسين (عليهما السلام) في خبر عطاء بن السائب(٣): «إذا كنتم في أئمة الجور فامضوا في أحكامهم، ولا تشهروا أنفسكم فقتلوا، وإن تعاملتم بأحكامنا كان خيرا لكم».

وقد يستفاد من هذا الخبر- مضافا إلى كون التقيه دينا- صحة معامله بأحكامهم تقيه على نحو الصحة في العبادة وإن افترقا بقاعده الاجزاء في الثانيه دون الأولى، لكن هذا الخبر- مع كون التقيه دينا- يقتضى الأعم إلا- أنه لم يحضرني الآن كلام للأصحاب بالخصوص، نعم في رساله منسوبة للكركي الحكم بالبطالان في العبادة و المعامله إلا- ما نص فيه على الصحة كالوضوء ونحوه، ولا ريب في فساده في العبادة، أما المعامله فمحل نظر.

هذا و في الكفايه أيضا أنه يستفاد من الخبرين عدم جواز أخذ شيء بحكمهم وإن كان له حقا، و هو في الدين ظاهر، و في العين لا يخلو من إشكال، لكن مقتضى الخبرين التعميم، و كأن فرقه بين الدين و العين باحتياج الأول إلى تراض في التشخيص، و الفرض جبر المديون بحكمهم، بخلاف العين.

و فيه أن الجبر وإن كان إثما فيه لكن لا ينافي تشخص الدين بعد

١- ١ الوسائل - الباب - ١- من أبواب صفات القاضي - الحديث ٩.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآيه ١٨٨.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١- من أبواب صفات القاضي - الحديث ٧.

فرض كونه حقا، على أن في صدر أحد الخبرين المنازعه في دين أو ميراث، فلا- بد من حمل الخبرين على الأعم من ذلك، لكن على معنى أن أصل ثبوت الاستحقاق للدين أو العين قد كان بحكمهم الباطل، لا أنهما ثابتان بالحكم الحق و أخذهما قد كانا بحكم الطاغوت، مع احتمال التزام الحرمة فيهما أيضا في ذلك، لكن على معنى حرمة التصرف و إن كانا مملوكين، فيكونان بحكم السحت في الإثم و لو باعتبار المقدمه، فتأمل جيدا، و الله العالم.

[المسأله الثانيه تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه]

المسأله الثانيه تولى القضاء ممن له القضاء كالنبي و الامام مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه لعظم الفوائد المترتبه عليه المعلوم رجحانها عقلا و نقلا، و لذا تولاه النبي (صلى الله عليه و آله) و غيره من الأنبياء و

في وصيه أمير المؤمنين (عليه السلام) لشريح(١): «و إياك و التضجر و التأذى في مجلس القضاء الذى أوجب فيه الأجر و أحسن فيه الذخر لمن قضى بالحق».

الحديث. و نحوه غيره(٢) لكن خطره عظيم، ف

في الخبر «من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين، قيل: و ما الذبح؟ قال: نار جهنم»(٣)

و أنه «يجاء بالقاضى العدل يوم القيامة فيلقى من شده الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره قط»(٤)

و «أن النواويس(٥) شككت إلى الله تعالى شده حرها،

١- ١ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب آداب القاضى - الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١ و غيره من أبواب آداب القاضى.

٣- ٣ المستدرک الباب ٣ من أبواب صفات القاضى الحديث ٤.

٤- ٤ سنن البيهقى - ج ١٠ ص ٩٦ و فيه « فى تمره قط».

٥- ٥ هى موضع فى جهنم أو مقابر النصارى.

فقال لها: اسكنى إن موضع القضاء أشد حرا منك»^(١).

و غير ذلك - خصوصا ما رواه الثمالى^(٢) عن الباقر (عليه السلام) فى قاض من بنى إسرائيل عوقب لموضع هواه قد كان مع من كان الحق له - مما صار سببا لامتناع جماعه من أكابر التابعين و غيرهم عنه، و لكنه محمول على أولويه تركه لمن لم يثق من نفسه بالقيام بشرائطه، كما أنه يحرم على من علم بفقده لها.

و ربما وجب تولى القضاء مقدمه للأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و للقيام منه بالقسط و لكن يكون وجوبه حينئذ على الكفايه لعموم الخطابات المعلوم إرادته حصوله من مجموعهم لا من مباشر بعينه و لو جميعهم. نعم قد يتعين فرد

للانحصار أو لمصلحه اقتضت تعيين الامام (عليه السلام) له أو غير ذلك مما لا - ينافى كون وجوبه الذى هو مفاد الخطابات الشرعيه كفاييا، كما هو واضح.

و لا ينافى ذلك توقف صحته على إذن الامام (عليه السلام) نحو ما تقدم فى نحو غسل الميت الذى هو كفايى، و صحته موقوفه على إذن الولي.

هذا و لكن فى المسالك «أن حكم المصنف باستجابته لمن يثق بنفسه محمول على طلبه من الامام ممن لم يأمره به إذا كان من أهله، أو على فعله لأهله فى حال الغيبه حيث لا يتوقف على إذن خاص».

و فى الأخير أنه واجب و إن زاد أهله على قدر الكفايه و سقط بفعله عن الباقيين، و أما الأول فهو مخالف لما ذكره فى الصوره السادسه.

و كأنه أشار به إلى ما فى الدروس «و لو لم يوجد سوى واحد تعين، و لو وجد غيره ففى استحباب تعرضه للولاية نظر، من حيث الخطر

١- ١ المستدرک الباب - ٦- من أبواب آداب القاضى الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٩- من أبواب آداب القاضى الحديث ١.

و عظم الثواب إذا سلم، و الأقرب ثبوته لمن يثق من نفسه بالقيام به».

و فى الروضه «و لو لم يعلم الامام لزمه الطلب، و فى استحبابه مع التعدد عينا قولان: أجودهما ذلك مع الوثوق».

و تبعه فى كشف اللثام، قال: «و يستحب التولية على الأعيان إلا من وجبت عليه عينا، لأنه أمر مرغوب عقلا و شرعا».

و أوضح ذلك فى الرياض، فقال: «و استحبابه- أى قبوله- عيني، فلا ينافى ما قدمناه من أنه واجب كفائى».

و فيه أن التنافى بينهما ظاهر، ضروره تبعيه القبول و التعرض و نحوهما مما هو مقدمه لفعل القضاء، فمع فرض كون وجوبه كفائيا تكون مقدمته كذلك.

نعم قد يقال: إنه لو فرض تلبس من تقوم به الكفايه من الناس بها أمكن القول بسقوطها حينئذ عن الباقيين، و لا- يكفى فى السقوط نفس وجود الغير من دون تلبس، كما فى غير المقام من الكفائى، و حينئذ يمكن الكلام فى الدليل على الاستحباب، إذ لا- دليل على رجحان تحصيل منصب القضاء لنفسه، و إنما رجحانه إن كان فهو ليس إلا مقدمه للقضاء المفروض كونه واجبا كفائيا و لم يقم به أحد، فإن التلبس بمنصبه و الاستعداد له لا يقتضى فعله المتوقع عليه السقوط عن الباقيين. و من هنا لو وقع ممن تأخر عن الأولين فى التلبس بمنصبه كان أداء واجب.

بل قد يقال لذلك: إن الواجب الكفائى لا يسقط وجوب مقدمته بالتلبس بها عن الباقيين، بل هى باقيه على الوجوب، و إن زاد من تلبس بها على قدر الكفايه، ضروره بقاء الخطاب بذاتها، لعدم الدليل على سقوطه بالتلبس بمقدماته، بل ظاهر الأدله خلافه.

و من ذلك ظهر لك أنه لا- مناص عن القول باختصاص منصب القضاء من حيث إنه كذلك بالإمام (عليه السلام) و خطاب وجوبه

متوجه إليه خاصة، و أما غيره فيستحب له توليه منه لما فيه من الفوائد.

و ربما يجب ذلك إذا كان مقدمه للأمر بالمعروف الذى هو واجب كفاي، لا من حيث كونه قضاء الذى قد عرفت اختصاص خطاب وجوبه بالإمام (عليه السلام) نعم قد يجب كفايه أو عينا أيضا من حيث أمر الإمام (عليه السلام) به.

و بذلك حينئذ يظهر الوجه فى الاستحباب المزبور مع قولهم بوجوب القضاء كفايه، فتأمل جيدا فإنه دقيق جدا، ضروره تعدد موضوع الاستحباب و الوجوب، بل ظاهر المتن أنه مستحب ذاتى و ربما عرض له الوجوب، و حينئذ يكون كفاييا، و لعل مراده ما ذكرناه، و الله العالم.

و إذا علم الامام (عليه السلام) أن بلدا خال من قاض مع الحاجة إليه لزمه نصب قاض فيه ب أن يبعث له أو يأمر أحدا قابلا له من أهله به، لأنه من السياسه اللازمه له و يأتى أهل البلد بالاتفاق على منعه لما فيه من مخالفه الإمام (عليه السلام) و منع قيام كلمه الحق و اختلال النظام، بل يحل قتالهم طلبا للإجابه كما فى كل مخالف للإمام (عليه السلام) فى سياسه الرعيه.

و لو وجد من هو بالشرائط فامتنع عن قبول القضاء لم يجبر مع وجود مثله لعدم توقف السياسه حينئذ عليه، و لو امتنعوا أجمع فسقوا و خرجوا عن قابليه منصب القضاء و إن كان لا يسقط الوجوب عنهم بذلك، للقدره على التوبه.

و لو ألزم الإمام (عليه السلام) أحدهم قال فى الخلاف:

لم يكن له الامتناع، لأن ما يلزم به الامام واجب و رده المصنف بأنا نحن نمنع الإلزام (١١) به مع عدم تعيينه إذ الإمام (عليه السلام) لا يلزم بما ليس لازما.

و فيه كما فى المسالك و غيرها أنه قد يلزم به لمصلحه من المصالح، و يدفع بانحصار الأمر فيه حينئذ مع عدم حصولها فى غيره.

اللهم إلا أن يقال: إنها تكفى فى أمر الإمام (عليه السلام) بخصوصه له لا من حيث اقتضاؤها الوجوب عليه، بل له إلزامه به اقتراحا بناء على ما عرفت من أن القضاء لا خطاب به لأحد غير الامام (عليه السلام) و أن وجوبه على غيره إنما هو من جهة أمره الذى قد يكون تعيينا و قد يكون كفاثيا نحو أمر الساده للعبيد بعد أن كان أمر السياسه الدينيه إليه و الأمر بطاعته.

أما إذا لم يكن من هذه الحثيه و نحوها فالظاهر كما ذكر المصنف أنه لا يلزم بما ليس لازما عند الله فى أفراد الواجب المخير و الموسع و الكفاثي إذ أمره أمر الله تعالى شأنه، و

فى الدعائم(١) عن جعفر بن محمد (عليه السلام) أنه قال: «ولاية أهل العدل الذين أمر الله بولايتهم و توليتهم و قبولها و العمل لهم فرض من الله و طاعتهم واجبه، و لا يحل لمن أمره بالعمل لهم أن يتخلف عن أمرهم»

إلى آخره، هذا كله مع وجود غيره.

أما لو لم يوجد غيره تعين هو للانحصار و حينئذ فإذا أمره الإمام (عليه السلام) لزمه الإجابة و ليس له الامتناع، فان امتنع فسق و خرج عن أهليه القضاء لذلك و إن كان لا يسقط الوجوب عنه لقدرته على تحصيل الشرط بالتوبه.

بل لو لم يعلم به الامام (عليه السلام) و جب أن يعرف نفسه لأن فعل القضاء من باب الأمر بالمعروف غالبا فيجب تحصيل مقدمته، و لا ينافى ذلك ما قدمناه من كون منصب القضاء للإمام (ع)

و لو تعدد القابلون له و لم يعلم بهم الإمام فأعلمه أحدهم على وجه قام به سقط عن الباقيين، بل فى استحبابه لهم إشكال.

بل فى استحباب الابتداء بذلك تعرضا للولايه عند الحاجه ذلك أيضا، بل

عن النبى (صلى الله عليه و آله) أنه قال لعبد الرحمن بن بكره (١): «لا- تسأل الاماره، فإنك إن أعطيتها عن مسأله و كلت إليها، و إن أعطيتها عن غير مسأله أعنت عليها».

نعم لا يبعد رجحان طلب ذلك إذا وثق من نفسه و كان قصده إقامه كلمه الحق، كما عرفته سابقا و لو ببذل مال لجائر أو عادل لبيت المال إن قلنا بجوازه على ابتداء التوليه أو استدامتها، بل ربما وجب، إذ احتمال أنه رشوه أو كالرشوه لا وجه له، و إن حكى عن بعض ذلك.

لكن لا يخفى عليك ما فيه، خصوصا بعد الإحاطه بما تقدم فى مكاسب الكتاب (٢) بل لا بأس ببذل المال على عزل من هو ليس أهلا للقضاء.

و مما ذكرنا ظهر لك الحال فى جميع صور المقام و إن أظن بها فى المسالك حتى قول المصنف و هل يجوز أن يبذل مالا ليلى القضاء؟

قيل: لا لأنه كالرشوه و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا وجد اثنان متفاوتان فى الفضيله مع استكمال الشرائط المعتمبره فيهما فان قلد الأفضل جاز]

المسأله الثالثه:

إذا وجد اثنان متفاوتان فى الفضيله مع استكمال الشرائط المعتمبره فى القاضى فيهما فان قلد الامام الأفضل منصب القضاء جاز قطعا و إن كان المفضول أروع، لأن ما عند الأفضل من العداله يكفى فى منعه من التهجم على المحارم و يبقى فضله خاليا عن المعارض،

١- ١ سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٠٠ عن عبد الرحمن بن سمره.

٢- ٢ راجع ج ٢٢ ص ١٤٥ - ١٤٩.

نعم مع تساويهما فى العلم يقدم الأعدل، لكونه أرجح حيثنذ، فىكون الحاصل حيثنذ ترجيح أعلم الورعين و أروع العالمين، لقاعده قبح ترجيح المرجوح على الراجح.

و على كل حال ف هل يجوز العدول إلى المفضل مع وجود الأفضل؟ فىه تردد من الاشتراك فى الأهليه، و لما هو المعلوم من إفتاء الصحابه مع اختلافهم فى الفضيله و عدم النكير عليهم، فىكون ذلك إجماعا منهم، و لما فى تكليف العامى بذلك من العسر و الحرج، لعدم تأهله لمعرفة الأفضل من غيره.

و من أن الظن بقول الأعلم أقوى فىجب أتباعه، إذ أقوال المفتين بالنسبه إلى المقلد كالأدله بالنسبه إلى المجتهد فى وجوب اتباع الراجح، و لخبر عمر بن حنظله(١)و غيره المتقدمه سابقا المنجبر اسنادها بالتعاقد و تلقى الأصحاب لها بالقبول.

و فعل الصحابه بعد إعراضهم عن الامام (عليه السلام) ليس حجه عندنا. و تعرف الأفضل ممكن بشهاده أهل خبره كتعرف أصل الأهليه.

و لكن مع ذلك كله ف الوجه عند المصنف الجواز، لأن خلله إن كان ينجبر بنظر الامام (عليه السلام) الذى نصبه. و فىه أنه إنما يتم مع قربته منه و اطلاعه على أحكامه لا مع بعده عنه على وجه لا يعلم شيئاً من وقائعه، و فرض المسأله أعم من الأول، على أن أصل فرضها فيما ذكر خال عن الثمره، ضروره كونه أعلم بما يفعل مع حضوره.

إنما الكلام فى نواب الغيبه بالنسبه إلى المرافعه إلى المفضل منهم و تقليده مع العلم بالخلاف و عدمه، و الظاهر الجواز، لإطلاق أدله

النصب المقتضى حجه الجميع على جميع الناس، و للسيره المستمره فى الإفتاء و الاستفتاء منهم مع تفاوتهم فى الفضيله.

و دعوى الرجحان بظن الأفضل يدفعها- مع إمكان منعها فى كثير من الأفراد المنجبر نظر المفضول فيها فى زمانه بالموافقه للأفضل فى الأزمنه السابقه و غيرها- أنه لا دليل عقلا و نقلا فى وجوب العمل بهذا الرجحان فى خصوص

المسأله، إذ لعل الرجحان فى أصل شرعيه الرجوع إلى المفضول و إن كان الظن فى خصوص المسأله بفتوى الفاضل أقوى نحو شهاده العدلين.

و مع فرض عدم المانع عقلا فإطلاق أدله النصب بحاله، و نفوذ حكمه فى خصوص الواقعه يستلزم حجه ظنه فى كليها، و أنه من الحق و القسط و العدل و ما أنزل الله، فيجوز الرجوع إليه تقليدا أيضا، و النصوص(١) السابقه إنما هى فى المتنازعين فى حق و قد حكما فى أمرهما رجلين دفعه فحكم كل واحد منهما لكل واحد منهما، و لا وجه للتخير هنا، كما فى أصل المرافعه و التقليد، ضروره تحقق فصل الدعوى بقول أحدهما، لاتفاق النصوص(٢) على ذلك، و أنه لا يبطل حكم كل منهما بحكم الآخر، فليس حينئذ إلا الترجيح للحكم فى كلى الواقعه بالمرجحات التى ذكرها الامام (عليه السلام) و قال: إنه مع فرض فقدها أجمع يقف حتى يلقى الامام، و هذا غير أصل التخير فى الترافع و التقليد المستفاد من إطلاق أدله النصب المعتضد بالعمل فى جميع الأعصار و الأمصار.

بل لعل أصل تأهل المفضول و كونه منصوبا يجرى على قبضه و ولايته مجرى قبض الأفضل من القطعيات التى لا ينبغى الوسوسه فيها، خصوصا بعد ملاحظه نصوص(٣) النصب الظاهره فى نصب الجميع الموصوفين

١- ١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من أبواب صفات القاضى الحديث ٥ و الباب- ١١- منها الحديث ١ و ٦.

بالوصف المزبور لا-الأفضل منهم و إلا لوجب القول «انظروا إلى الأفضل منكم» لا «رجل منكم» كما هو واضح بأدنى تأمل، و خصوصا بعد إطلاق ما حكوه من الإجماع على قاضى التحكيم، بل لعل التأمل فى نحو المقبوله (١) من النصوص يقضى بجواز المرافعه إلى المفضول قبل تحقق الخلاف فيه.

و من ذلك يعلم أن نصوص الترجيح (٢) أجنبيه عما نحن فيه من المرافعه ابتداء أو التقليد كذلك مع العلم بالخلاف و عدمه. و من الغريب اعتماد الأصحاب عليها فى إثبات هذا المطلب، حتى أن بعضا منهم جعل مقتضاها ذلك مع العلم بالخلاف الذى عن جماعه من الأصوليين دعوى الإجماع على تقديمه حينئذ لا مطلقا فجنح إلى التفصيل فى المسأله بذلك.

و أغرب من ذلك الاستناد إلى الإجماع المحكى عن المرتضى فى ظاهر الذريعه و المحقق الثانى فى صريح حواشى الجهاد من الشرائع على وجوب الترافع ابتداء إلى الأفضل و تقليده، بل ربما ظهر من بعضهم أن المفضول لا-ولا-يه له أصلا مع وجود الأفضل، ضروره عدم إجماع نافع فى أمثال هذه المسائل، بل لعله بالعكس، فإن الأئمه (عليهم السلام) مع وجودهم كانوا يأمرؤ الناس بالرجوع إلى أصحابهم من زراره و محمد بن مسلم و أبى بصير و غيرهم، و رسول الله (صلى الله عليه و آله) كان يولى القضاء بعض أصحابه مع حضور أمير المؤمنين (عليه السلام) الذى هو أقضاهم، قال فى الدروس: «لو حضر الإمام فى بقعه و تحوكم إليه فله رد الحكم إلى غيره إجماعا».

على أنه لم نتحقق الإجماع عن المحقق الثانى، و إجماع المرتضى مبنى على مسأله تقليد المفضول الإمامه العظمى مع وجود الأفضل، و هو غير

١-١ الوسائل الباب-٩- من أبواب صفات القاضى الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-٩- من أبواب صفات القاضى.

ما نحن فيه، ضروره ابتنائها على قبح ترجيح المرجوح على الراجح، فلا- نصب من الله تعالى شأنه لها مع وجود الأفضل، و لا مدخلية لهذه المسأله فيما نحن فيه قطعا، و ظنى و الله أعلم اشتباه كثير من الناس فى هذه المسأله بذلك.

و لا يخفى عليك أنه لا مدخلية للتوسعه فيما نحن فيه منهم (عليهم السلام) فى جواز الرجوع إلى رواه أحاديثهم و فقهاء شرعهم و إن تفاوتوا فى تلك المسأله بوجه من الوجوه، كما هو واضح بأدنى تأمل، خصوصا بعد أن كان لا مانع عقلا و النقل يقتضيه، فيجوز حينئذ نضبه و الترافع إليه و تقليده مع العلم بالخلاف و عدمه.

نعم لو فرض أن المتخاصمين قد حكموا رجلين فصاعدا فى أمرهم فاختلف الحكم الصادر منهم فى ذلك رجح بالمرجحات المذكوره، و دعوى اقتضاء ذلك الترجيح فى أصل المرافعه و فى التقليد ابتداء مع العلم بالخلاف أو مطلقا ممنوعه كل المنع، و الله العالم.

ثم إنه بناء على تقدم الأفضل فهل هو من حكم المانع أو الشرط؟

وجهان، لا يخفى عليك الثمره بينهما، كما أنه لا يخفى عليك ظهور النص (١) فى مضى حكم المفضول مع الترافع إليه خاصه و إن علم بعد حكم الفاضل بخلافه سيما إذا لم يعلم بكونه أفضل إلا بعد ذلك.

و الظاهر أن المدار على الفضيله فى الفقه و لو باعتبار الفضيله فى المقدمات على وجه يعد كونه أفقه، أما ما لا مدخلية له فيه فلا عبره به.

[المسأله الرابعه إذا أذن الامام عليه السلام له فى الاستخلاف]

المسأله الرابعه:

إذا أذن الامام (عليه السلام) له فى الاستخلاف مطلقا أو على وجه خاص عنه نفسه أو عن الامام جاز، و لو منع عنه لم يجز و إن صعب عليه القيام بما فوضه إليه لسعته بلا خلاف فى شىء من ذلك، بل و لا إشكال، لأن الحكومه حق له، فهو مسلط عليها تسلط المالك على ملكه من غير فرق بين الاحتياج لذلك لسعه الولايه أو لا، كما لو أذن للوكيل فى التوكيل أو نهاه.

و مع إطلاق التوليه نظر إن كان هناك أماره تدل على الاذن فى ذلك مثل سعه الولايه التى لا تضبطها اليد الواحده جاز الاستنباه لشهاده الحال بالاذن فيها، و هل يستخلف حينئذ فى القدر الزائد على ما يمكنه القيام به أو فى الكل؟ وجهان تقدا فى توكيل الوكيل.

و إلا تكن هناك أماره فلا يجوز الاستنباه استنادا إلى أن القضاء موقوف على الاذن و الفرض حصولها له دون غيره على نحو ما سمعته فى الوكيل بخلاف الأول الذى قد عرفت شهاده الحال بالاذن، لكن هل هى فى النيايه عنه أو عن الامام (عليه السلام)؟ كما سمعته فى التوكيل و إن كان الأقوى الأول، اللهم إلا أن يقال: فرق بين المقام و بين الوكيل بتحقق الولايه فيه نحو الوصايه، بل و أقوى، بل هو ظاهر نصب الغيبه المساوى فى الكيفيه لنصب الحضور، و حينئذ يكون التوكيل مع الإطلاق.

لكن فى المسالك- بعد أن احتمله مستدلا له بأنه ناظر فى المصالح

العامه فيمكن من الاستنابه كالإمام، ولأنه قد وثق بنظره الذى من جملته الاستنابه- قال: «و يضعف الأول بأنه قياس مع وجود الفارق، وإنما رضى بنظره فى القضاء بنفسه لا مطلقاً».

و فيه أن الدليل ما عرفت إلا- أن يمنع اقتضاء النصب للقضاء فى زمن الحضور أزيد من معنى التوكيل بخلاف النصب فى زمن الغيبه، فإنه إحداث ولايه كما هو مقتضى جعله حجه عليهم، كما أنه حجه الله.

و حينئذ يتجه التفصيل فى النصب بين أن يكون على معنى التوكيل فليس له الاستنابه إلا- بالأذن، و بين أن يكون على معنى الولايه، فيجوز كما فى نصب الغيبه.

و دعوى عدم جواز النصب بالمعنى الثانى - لمنافاته كون الحكومه من الله للإمام (عليه السلام) ضروره عدم صلاحيته للغير ولايه لا نيابه، و إنما جاز التوكيل فى زمن الغيبه لظهور الأدله فى معنى الوكاله المطلقه- يدفعها أن ذلك هو المراد بالولايه، فلا منافاه بين كون الحكومه له و بين توليته غيره على حسب ولايه الأب و الجد اللذين جاز لهما إثباتها لغيرهما بالوصايه.

فلا- ريب فى أن التحقيق أن النصب للقضاء يقع على الوجهين المزبورين و إن كانا هما معا بمعنى الاستنابه، إلا- أنها بالمعنى الثانى استنابه خاصه هى للولايه أقرب منها للوكاله فى مثل نصب الغيبه، كما هو واضح بأدنى تأمل.

و لا يخفى عليك ما يتفرع على ذلك و لا ما يتفرع على الاستنابه عنه أو عن الامام (عليه السلام) التى قد مر كثير منها فى وكيل الوكيل.

و على كل حال فحيث يجوز الاستخلاف للقضاء فلا- ريب فى أنه يعتبر فيه ما يعتبر فى المنصوب الأصل، ضروره كونهما منصوبين له، فلا بد من كونه مجتهدا بناء على اعتباره فى القضاء.

نعم فى المسالك «إلا أن يفوض إليه أمرا خاصا لا يتوقف على الاجتهاد كسماع البينه و نقلها إليه، و فى التحليف بعد أن سماع الحاكم البينه دون الحكم، فى كفيه العلم بشرائط ذلك- قال:- و من هنا يظهر أن المجتهد فى حال الغيبه لا يمكنه توليه أحد الحكم بين الناس مطلقا، لأن النائب إن كان مجتهدا كان أصلا كالمستنب، و إن كان المستنب أعلم و قلنا بترجيحه حيث لا يشترط الأفضليه أو حذر الوصول إلى الأفضل و إن كان مقلدا لم ينفذ حكمه مطلقا، و إنما يتصور ذلك فى القاضى المنصوب من قبل الامام (عليه السلام) إذا استتاب مجتهدا غير منصوب».

قلت: قد يقال: إن لم يكن إجماع لا- مانع من التوكيل فى إنشاء صيغه الحكم من قول: «حكمت» و نحوه، نحو إنشاء صيغه الطلاق الذى هو بيد من أخذ بالساق، فان عمومات الوكاله سواء فى تناولهما، بل لعل شمولها لنحو ذلك أولى من شمولها لسماع البينه و للتحليف و نحوهما، اللهم إلا أن يراد عدم قبول الحكم الذى هو بمعنى الفصل للتوكيل، و هو مصادره.

كما أنه قد يقال- إن لم يكن إجماع- بجواز توليه الحكم للمقلد على أن يحكم بفتوى مقلده مثلا، لما عرفته سابقا من العمومات السالمه عن المعارض، و اختصاص النصب فى زمن الغيبه بالمجتهد بناء على ظهور دليله فى ذلك لا يقتضى عدم جواز توليه هذا المنصوب على الإطلاق و أنه الحجج من الامام (عليه السلام) على الناس كما أن الامام حجج الله عليهم، بل قد عرفت كونه وليا.

بل لعل ظاهر الدليل أن حججه على حسب حججه، فله حينئذ استنابته و له توليه الحكم بفتاواه التى هى عدل و قسط و حكم بما أنزل الله تعالى، كما أشرنا إليه سابقا، و لعله لذا حكى عن الفاضل القمى جواز

توكيل الحاكم مقلده على الحكم بين الناس بفتاواه على وجه يجرى عليه حكم المجتهد المطلق، و هو قوى إن لم يكن إجماع، كما لهجت به ألسنه المعاصرين و ألسنه بعض من تقدمهم من المصنفين إلا أن الانصاف عدم تحققه، نعم قد يقال: إن المسلم من اختصاص النصب في زمن الغيبه للمجتهد ل

قوله (عليه السلام): «عرف قضاءنا و نظر في حلالنا و حرامنا»^(١)

و هو لا ينافي المفروض، كما عرفت.

ثم إنه قد يتصور أيضا في زمن الغيبه على تقدير الشرط المزبور بتوليه المفضول بناء على اختصاص النصب بالأفضل و أنه لا حكم له معه، و إن كان قد عرفت ضعف القول به بما لا مزيد عليه، بل قد يمنع تصوره عليه أيضا، لعدم حكم له مع الأفضل، و حينئذ لا يكون للاستخلاف موضوع في زمن الغيبه بناء على الشرط المزبور.

لكن قد يستفاد من مفروغيه مشروعيتها في الجملة و لو في زمن الحضور جواز نصب نائب الغيبه قيما على نحو الوقف و الأطفال على معنى إحداث ولاية لهم على ذلك، كما صرح به غير واحد، ضروره كونه من توابع الاستخلاف في القضاء المفروض جوازه في الحضور، فيجوز ذلك لنائب الغيبه، لظهور ما دل على ولايته في الأعم من ذلك.

بل قيل بعدم انزال من ينصبه قيما للأطفال مثلا بموته، بل ليس له عزله و إن كان لا يخفى عليك ما فيه، ضروره كونهم فروعهم الذين ينزلون بانعزاله بموت و نحوه، إذ هو ليس أزيد من الامام (عليه السلام) الذي ينزل نوابه بموته، نعم لو قلنا بجواز توليه ذلك من قبل الامام (عليه السلام) أمكن حينئذ عدم انعزالهم بموته، لكونهم من فروع

١-١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب صفات القاضي- الحديث ١ و فيه « نظر في حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا».

الإمام حينئذ، لكن جواز ذلك لا يخلو من نظر، للشك في أصل ثبوت الولاية لهم على الوجه المزبور، و على تقديره فالمتجه جواز عزله له، إذ كما أن له ولاية على النصب له ولاية على العزل، لإطلاق الدليل، إلا أن الانصاف الشك في ذلك، والأصل العدم.

و كذا الشك في استفادة الولاية لكل حاكم على عزل نائب الآخر، بل لعل الاستفادة عدم ولاية لأحدهم على ما دخل في ولاية الآخر، و لا أقل من الشك، و الأصل العدم، و الله العالم.

[المسألة الخامسة إذا ولى من لا يتعين عليه القضاء فإن كان له كفايه من ماله فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال]

المسألة الخامسة:

إذا ولى من لا يتعين عليه القضاء لوجود غيره فان كان له كفايه من ماله فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال توفيراً لغيره من المصالح و لو طلب جاز، لأنه من المصالح المعد لها التي من جملتها القضاء الذي فيه قيام نظام النوع و المعروف، لكن قد يشكل ذلك بأنه يؤدي واجبا و إن لم يكن متعينا عليه، فلا يجوز أخذ العوض عنه. بل لو قلنا بكون القضاء من العبادات كما عساه يظهر من بعضهم أشكال أخذ العوض عليه مطلقا أيضا، لما فيه من الجمع بين العوض و المعوض عنه.

كل ذلك مضافا إلى إمكان دعوى اختصاص بيت المال المجتمع من نحو الزكاة و الصدقات و غيرهما بذوى الحاجات لا الأغنياء.

و كذا إن تعين عليه القضاء بتعيين الامام (عليه السلام) و لعدم وجود غيره و لم يكن له كفايه جاز له أخذ الرزق من بيت المال، لمكان حاجته حينئذ و اشتغاله بأمر متعين عليه فيه قيام نظام النوع.

و أما إن كان له كفايه قيل بل في المسالك أنه الأشهر لا يجوز له أخذ الرزق، لأنه يؤدي فرضاً فلا يجوز له أخذ العوض عنه كغيره من الواجبات.

و الثاني الجواز، لعدم خروجه بالوجوب عن كونه من المصالح التي يؤخذ الرزق عليها و إن وجبت كالجهاد، فيكون الارتزاق من بيت المال مسبباً للقيام بمصلحه من مصالح المسلمين، سواء كانت واجبه أم لا، و سواء كان القائم محتاجاً إليه أم لا.

و لكن الانصاف عدم خلو ذلك عن الاشكال، لعدم الدليل، و إنما المسلم الارتزاق مع الحاجه إليه و لو بسبب القيام بالمصلحه المانع له من التكسب، سواء تعين عليه ذلك أو لا، و ليس هو في الحقيقه عوض معاملي، بل لأن بيت المال معد للمحاويج سيما القائمين بمصالح المسلمين الذين يمنعهم القيام بذلك عن التكسب للمعاش، و

في الدعائم(١) عن علي (عليه السلام) أنه قال: «لا بد من إماره و رزق للأمر، و لا بد من عريف و رزق للعريف، و لا بد من حاسب و رزق للحاسب، و لا بد من قاض و رزق للقاضي،

و كره أن يكون رزق القاضي على الناس الذين يقضى لهم، و لكن من بيت المال»

و هو و إن كان مطلقاً و لكن لا جابر له على إطلاقه، هذا كله في الارتزاق.

أما لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلاف و قد ذكرنا التحقيق فيه في المكاسب(٢) و أنه لا يجوز مطلقاً، و لكن قال المصنف هنا و الوجه التفصيل بين من لم يتعين عليه و كان مضطراً إليه

١ - ١ ذكر صدره في المستدرک - الباب - ٢٨ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٣ و ذيله في الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضي - الحديث ٢.

٢ - ٢ راجع ج ٢٢ ص ١٢٢ - ١٢٤.

و بين غيره، فيجوز في الأول دون الثاني و إن كان الأولى الامتناع أيضا.

و إلى ذلك أشار بقوله فمع عدم التعيين و حصول الضروره قيل:

يجوز، و الأولى المنع و إن كانت عبارته قاصره التأديبه، و لعل الوجه في ذلك اقتضاء عدم الجواز تعطيل الوظيفه الدينيه أو تحمل الضرر و الحرج المنفيين عقلا و شرعا، بل ربما كان من تكليف ما لا يطاق في بعض أفراده.

و فيه أن ذلك إن تم اقتضى جوازه حتى مع التعيين، لأن وجوبه لا يدفع الضرر الناشئ من ترك السعى على ضروره الرزق و الصبر على الجوع و الجهد، بل قد يناقش في أصل ذلك بأن القضاء إن كان مما يقبل العوض بإجاره أو جعله جاز و إن لم يكن محتاجا إلى ذلك، و إلا لم يجز و إن كان محتاجا، ضروره عدم اقتضاء الحاجه انقلاب الموضوع، و قد تقدم التحقيق في المكاسب(١).

هذا و في المسالك «ثم على تقدير جوازه بوجه ففى جواز تخصيص أحدهما به أو جعله على المدعى أو التشريك بينهما أوجه، من الشك في أنها تبع للعمل أو للمنفعه الحاصله، فعلى الأول هو عليهما و على الثاني يجب على المحكوم له أو على المدعى».

و فيه أن هذه الوجوه لا- تأتي بعد فرض كون دفع الجعل عنه معاملة، ضروره تبعيتها لمن وقعت معه، نعم لو قلنا بوجوب دفع ذلك عوضا عنه شرعا أمكن جريان هذه الاحتمالات، هذا كله في القاضى.

أما الشاهد فلا يجوز له أخذ الأجره على أدائها لا لتعين الإقامه عليه مع التمكن بل للوجوب عليه و إن كان كفاثيا، و من هنا أطلق الأصحاب على ما اعترف به في المسالك عدم جواز أخذها له

معه كما اعترف به فى المسالك، نعم لو احتاج السعى لها إلى معونه فى سفر جاز له أخذها، لأن الواجب الإقامه كما دلت عليه الآيه (١) لا السعى لها مع أنه استشكله فى المسالك أيضا بأن السعى حينئذ مقدمه الواجب المطلق فىكون أيضا واجبا كأصله، و لكن قد يدفع بظهور الأدله فى وجوبه بدنا لا مالا، أما التحمل فمع عدم تعيينه عليه قد يقال بجواز الأخذ عليه، لكن الأولى تركه، و قد تقدم فى المكاسب (٢) ما يستفاد منه تحقيق الحال فيه.

و كيف كان فلا إشكال فى أنه يجوز للمؤذن و القاسم و كاتب القاضى و المترجم له و صاحب الديوان أى الكتاب الذى يجمع فيه أسماء الجنند و القضاء و المدرسين و غيرهم من المرتزقه و الكتبه و نحوهما و والى بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال المعد للمصالح التى هذه منها، بل أهمها و إن لم يجز بعضهم أخذ الأجره كما تقدم فى المكاسب (٣) إذ الارتزاق ليس أجره و إن كان هو عوض.

و كذا من يكيل للناس و يزن و من يعلم الآداب و السنن (٤) و غيرهم ممن يقوم بمصالح المسلمين، نعم قد عرفت احتمال اشتراط ذلك بالحاجه و اشتغالهم بهذه المصالح عن التكسب للمعاش، و لا ريب فى أولويه التعفف مع الاستغناء، و الله العالم.

١- ١ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ٢.

٢- ٢ راجع ج ٢٢ ص ١٢٤.

٣- ٣ راجع ج ٢٢ ص ١٢٣- ١٢٤.

٤- ٤ و فى الشرائع: «و من يعلم القرآن و الآداب».

[المسألة السادسة تثبت ولاية القاضى بالاستفاضه]

المسألة السادسة:

تثبت ولاية القاضى ب ما يثبت به غيرها من سماع إنشائها و الإقرار به أو البيهه على ذلك أو الاستفاضه التى تسمى بالشياع الذى يحصل غالبا منه سكون النفس و اطمئنانها بمضمونه، خصوصا قبل حصول مقتضى الشك، بل لعل ذلك هو المراد بالعلم فى الشرع موضوعا أو حكما، و حينئذ فلا-ريب فى الاكتفاء به قبل حصول مقتضى الشك، أما معه فقد يشك فيه لكن فى غير الولايات التى جرت السيره بالاكتفاء بها بمثل ذلك.

و كذا غيرها أيضا مما جرت السيره فى أنه يثبت بالاستفاضه من النسب و لو من طرف الأم على الأصح و الملك المطلق و الموت و النكاح و الوقف و العتق و الرق و نحوها، لا-لبعض ما ذكره غير واحد من الاعتبارات كعسر إقامه البيهه عليها و نحوه مما لا يصلح أن يكون مدركا لحكم شرعى، بل للسيره فيما قامت عليه منها مؤيده بما قيل من أن المراد بظاهر الحكم فى

مرسل يونس(١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) الاستفاضه، قال فيه: «سألته عن البيهه إذا أقيمت على الحق أ يحل للقاضى أن يقضى بقول البيهه من غير مسأله إذا لم يعرفهم؟ قال: فقال: خمسه أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات و المناكح و الذبائح و الشهادات و المواريث، فإذا كان ظاهره ظاهرا مأمونا جازت شهادته و لا يسأل عن باطنه» و فى

الفقيه (١) «الأنساب» مكان «المواريث» كما أن فيما حضرني من بعض نسخ التهذيب (٢) «الحال» بدل «الحكم»

بل هو الذى رواه عنه فى الوافى و الوسائل، و لعله بناء على أن المراد بظاهر الحكم هو ما ظهر بين الناس من الحكم، بمعنى نسبه المحمول إلى الموضوع فى الأمور المذكوره، إذ هو معنى الشيع و الاستفاضه المذكوران، بل هما ظاهر الحال أيضا.

كما أن المراد من الاكتفاء به فى الشهادات أنه تجوز الشهاده بما يحصل منه بمعنى، كما يقول: «دار زيد وقف و عمرو بن خالد» و نحو ذلك مما هو متعارف بين الناس من الحكم فى ذلك إذا كان شائعا كما يومئ إليه الصحيح الآتى، أو أن المراد متعلق الشهاده من عداله أو جرح. و على كل حال فلا ريب فى أنه مؤيد لما عرفت.

و فى

صحيح حرير (٣) قال: «كانت لإسماعيل بن أبى عبد الله (عليه السلام) دنانير و أراد رجل من قريش أن يخرج إلى اليمن، فقال إسماعيل: يا أبه إن فلانا يريد الخروج إلى اليمن و عندى كذا و كذا ديناراً أفترى أن أدفعها بيتاع لى بها بضاعه من اليمن: فقال أبو عبد الله (عليه السلام): يا بنى أما بلغك أنه يشرب الخمر؟ فقال إسماعيل:

هكذا يقول الناس، فقال: يا بنى لا تفعل، فعصى أباه و دفع إليه دنانيره، فاستهلكها و لم يأت بشىء منها، فخرج إسماعيل و قضى أن أباه عبد الله (عليه السلام) حج و حج إسماعيل تلك السنه فجعل يطوف البيت و هو يقول: اللهم أجرنى و اخلف على، فلحقه أبو عبد الله (ع)

١-١ راجع الفقيه ج ٣ ص ٩- الدقم ٢٩.

٢-٢ راجع التهذيب ج ٦ ص ٢٨٨- الرقم ٧٩٨.

٣-٣ الوسائل الباب-٦- من كتاب الوديعه- الحديث ١.

فهزمه بيده من خلفه، وقال له: مه يا بنى، فلا والله ما لك 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 بنى إن الله عز وجل يقول فى كتابه **يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ** (١) يقول: يصدق لله و يصدق للمؤمنين، فإذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم، ولا تأتمن شارب الخمر، فان الله تعالى يقول **«وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ»** (٢) فأى سفهه 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».

إذ هو كما ترى كالصريح فى اعتبار الشيع الذى هو أعلى أفراده قول الناس و شهاده المؤمنين و نحوهما مما هو مذكور فيه، و به أدرجه فيما دل على النهى عن ائتمان شارب الخمر.

و منه يعلم أنه لا مدخله لمفاده الذى يكون تاره علما و أخرى متاخما له و ثالثه ظنا غالبا فى حجيته، و إنما المدار على تحققه، بل ظاهر الصحيح المزبور عموم اعتباره لغير المذكورات فى المتن، بل صريحه ثبوت الفسق به، و لعله كذلك و إن اقتصر الجماعه على الأمور المخصوصه، لكن المراد غلبه تحقق الشيع فيها، لا أن المراد عدم اعتباره و إن فرض تحققه فى غيرها، إذ لا دليل على ذلك، بل لعل ظاهر الأدله خلافه، بل صريح بعضهم ثبوت الهلال و غيره به، و حينئذ فالتحقيق ما عرفت.

و لا ينافى ذلك ما فى بعض النصوص (٣) من حصر الحججه و القضاء

١- ١ سورة التوبه: ٩- الآيه ٦١.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآيه ٥.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

بالبيانات، إذ هو من قبيل العام و الخاص بعد فرض قيام الدليل على حجتيه، مع احتمال كون المراد أنها حجه مطلقا بخلاف الشيع، فان المعتبر منه قل ما يتفق في غالب الموضوعات خصوصا إذا كان المراد شيع الحكم الذى هو بمعنى التصديق، كأن يقول: زيد ابن عمرو مثلا لا الإطلاق الذى هو ليس من ذلك، و فرق واضح بينهما كما أومى إليه فى خبر يونس(١) المزبور.

و من التأمل فيما ذكرنا يظهر ما فى كلام الأصحاب من التشويش و الاضطراب و التهجس الناشئ من عدم دليل مخصوص على الحجية، فيعتبر فيه العلم حينئذ، و لكن ينبغى التعدى فيه عن المواضع المخصوصه ضروره عدم الفرق بينها و بين غيرها بعد جعل المدار العلم، و الله العالم.

و كيف كان ف لو لم يستفرض إما لبعده موضع ولايته عن موضع عقد القضاء له فلا يحصل شيع أو لغيره من الأسباب كتعمد الامام (عليه السلام) إخفائه لمصلحه من المصالح أو نحو ذلك أشهد الإمام (عليه السلام) أو من نصبه الامام على ولايته شاهدين عدلين بصوره ما عهد إليه و سيرهما معه ليشهدا له بالولاية بناء على عدم اعتبار حكم حاكم فى حجيه البيئه أو كان و لو فى غير تلك الولاية أو القاضى الأول إذا كان عزله معلقا على ثبوت ولاية الثانى عنده مثلا، بناء

على جواز مثل هذا التعليق فى العزل، كما صرح به فى القواعد، بل جوز فيها تعليقه على قراءه الكتاب المتضمن له و إن قال فى المسالك:

«إنه لا- يوافق قواعد الأصحاب، و قد حكموا ببطلان الوكاله المعلقه، و هى أضعف حالا من ولاية القاضى؛ و من ثم قال فى الدروس: و فى جواز تعليق العزل وجه ضعيف».

و فيه أنه فرق واضح بين الوكاله التى هى عقد من العقود الممتنع

فيها التعليق المنافى لظاهر ما دل على تسببها و بين المقام الذى هو من المناصب، نحو قوله: «فلان أميركم إن مات فلان أو عرض فيه عارض» و من هنا جاز فيه ما لم يجر فى الوكاله، كالنصب فى زمن الغيبه الذى لم يجر نحوه فيها قطعا، بل قد عرفت جوازه فى الوصايه التى هى من الولايات، فلاحظ و تأمل، فإنه قد ذكرنا سابقا عدم منافاه تعليق المنشأ للإنشاء الفعلى، و لذا جاز فى النذر و الوصيه و غيرهما، نعم هو مناف لظاهر مقارنه ترتب المسبب للسبب الشرعى الذى هو كالعقلى بالنسبه إلى ذلك، لظهور الأدله، أما فى المقام فليس فى الأدله ما يقتضى ذلك، فبقى جوازه على مقتضى الإطلاق، خصوصا بعد عدم إجماع هنا على اعتبار التنجيز، بل العكس مظنته، و الله العالم.

و على كل حال ف لا- يجب على أهل الولايه قبول دعواه و إن لم يكن له معارض مع عدم السينه و الشيع و إن شهدت له الإمارات التى لم تجعل فى الشرع دليلا على مثل ذلك ما لم يحصل اليقين بها فإنه ليس وراء العلم من شىء، كما فى غير ذلك من الدعاوى، كما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله السابعه يجوز نصب قاضيين فى البلد الواحد لكل منهما جهه على انفراده]

المسأله السابعه: لا خلاف فى أنه يجوز نصب قاضيين فى البلد الواحد لكل منهما جهه على انفراده بأن خصص كل واحد منهما بطرف منها، أو عين كل واحد منهما زمانا، أو جعل أحدهما قاضيا فى الأموال و الآخر فى الدماء و الفروج و نحو ذلك.

و هل يجوز التشريك بينهما فى الجهه الواحده على جهه الاجتماع

على الحكم الواحد؟ وجهان أقواهما الجواز وفاقا للفاضل و ولده فيما حكى عنهما، كما فى الوصيين و الوكيلين، للأصل و لأنه أضببط و أوثق للحكم، خصوصا بناء على ما هو الحق عندنا من أن المصيب واحد.

نعم قد يمنع التشريك بينهما على إرادته كون القاضى مجموعهما على وجه يكون كل واحد نصف قاض، بل الظاهر امتناع ذلك فى جميع الولايات، بل هو كذلك فى الوكالة أيضا، لعدم وفاء الأدله فى مشروعيه ذلك، فتبقى على أصاله العدم.

و إطلاق التشريك و المعيه هنا و فى كتاب الوصيه فى عبارات الأصحاب يراد منها عدم نفوذ تصرف أحدهما بدون رضا الآخر، لا أن المراد التشريك فى نفس الوصايه، بل كل منهما وصى إلا أنه لا ينفذ تصرفه إلا بتنفيذ الآخر، و من هنا لو مات أحدهما يبق الآخر وصيا، بل لا يحتاج إلى ضم غيره معه من الحاكم، بناء على كون المراد من التشريك المزبور حال إمكانه.

و أفراد الرسول فى موسى و هارون و التشريك فى الأمر يراد به إثبات رساله لكل منهما بدليل التصريح بنبوه هارون، فلا ريب فى كون المراد هنا ما ذكرناه، و حيثئذ فلو اختلف حكمهما وقف الحكم و إلا نفذ.

و أولى من ذلك بالجواز التشريك بينهما على جهه الاستقلال كما فى نصب الغيبه و إن قيل بالمنع هنا أيضا قياسا على الولايه العظمى و حسما لماده اختلاف الخصمين فى الاختيار.

و لكن قد عرفت أن الوجه الجواز للأصل و لأن القضاء نيابه تتبع اختيار المنوب و القياس - مع بطلانه فى نفسه عندنا - ممنوع هنا فى المقيس عليه، كما فى موسى و هارون، و التنازع يندفع بتقديم من سبق داعيه منهما.

و لو جاء معا حكم بالقرعه، و لو ابتداء المتنازعان بالذهاب إليهما من غير دعاء قدم من يختاره المدعى.

هذا كله مع التصريح، أما مع الإطلاق - كالمجرد عن التصريح بأحدهما - فالأصح الاستقلال بناء على ظهور الإطلاق فى ذلك، و ربما احتتمل الفساد ما لم يصرح بأحد الأمرين، لاشتراك الإطلاق بينهما و اختلاف حكمهما، و هو كما ترى، على أن صورته اتفاقهما متيقنه على كل حال.

ثم لا يخفى عليك خلو الثمره فى أمثال هذه المسائل، ضروره أن الامام (عليه السلام) أعلم بما يفعله مع تمكنه، كما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله الثامنه إذا حدث ما يمنع الانعقاد انعزل]

المسأله الثامنه إذا حدث فى القاضى ما يمنع أصل الانعقاد فى الابتداء انعزل به و إن لم يشهد الامام (عليه السلام) بعزله بل و إن لم يعلم بذلك كالجنون و الفسق و الإغماء و العمى و الخرس و عدم الاجتهاد أو الضبط لغلبه الغفله و النسيان و نحو ذلك مما عرفت اعتباره فى أصل القضاء بناء على القول به، لظهور دليل شرطيتها فى الابتداء و الاستدامه فلا وجه للاستصحاب.

و حيثئذ ف لو حكم لم ينفذ حكمه بل لا- تعود بزوال هذه العوارض، للأصل، و ربما فرق بين ما يزول سريعاً كالإغماء و بين غيره كالجنون، فتعود فى الأول دون الثانى، لأن الإغماء كالسهو الذى يزول سريعاً، و لا ينفك منه غالباً، لكنه كما ترى، ضروره وضوح الفرق بين السهو و النوم و بين الإغماء المزيل للعقل دونهما.

و هل يجوز أن يعزل اقتراحاً؟ الأقوى ذلك، إذ هو

كالوكيل و الوصى، لأن ذلك حق للإمام (عليه السلام) فله أخذه و إعطاؤه لغيره.

و لكن الوجه عند المصنف تبعا لبعض أنه لا يجوز لأن ولايته استقرت شرعا، فلا تزول تشهيا و هو كما ترى مصادره محضه، و لأن عزله حينئذ بمنزله العبد، و فيه عرضه للقدح فى من ليس بمقدوح فيه، و هو مجرد استحسان.

أما لو رأى الامام (عليه السلام) أو النائب عزله لوجه من وجوه المصالح أو لوجود من هو أتم منه نظرا، فإنه جائز قطعاً مراعاة للمصلحة.

و لكن لا يخفى عليك أن هذا البحث أيضا قليل الجدوى، كما أوأنا إليه سابقا، ضروره أن الامام (عليه السلام) لا يفعل إلا ما يوافق المصلحة و يناسب المشروع، و يجب طاعته فى كل شىء، و فعله حجه كذلك، و هو معصوم من الخلل مؤيد مسدد، و إنما بحث فى هذه الفروع من يجوز امامه من يتفق منه خلاف المشروع، و حينئذ فمع حضوره (عليه السلام) هو أعلم بما يقع منه.

و كذا البحث فى أنه هل ينزل بمجرد عزله أو بعد بلوغ الخبر كالوكيل؟ و إن قال فى المسالك: «فيه قولان، أظهرهما الثانى، لعظم الضرر فى رد قضيته بعد العزل و قبل بلوغ الخبر، فيكون الحكم فيه أولى من الوكيل» و كان مرجعه إلى استصحاب بقاء نفوذ حكمه، لكن قد يناقش بمعلوميه استناد ذلك إلى الاذن المعلوم انقطاعه، و من هنا لم يكن إشكال عندهم بالانعزال بغير ذلك من الموت و نحوه قبل البلوغ.

و كذا لا- فائده فيما ذكره هنا أيضا من أن ذلك إذا عزله لفظا أو كتب إليه انى عزلتك أو أنت معزول، أما إذا كتب إليه «إذا أتاك

كتابى فأنت معزول» لم ينزل قبل أن يأتيه الكتاب بحال، و إذا كتب إليه «إذا قرأت كتابى هذا فأنت معزول» لم يعزل قبل القراءه، ثم إن قرأه بنفسه فذاك و إن قرئ عليه فوجهان: أحدهما لا- ينزل نظرا إلى صورته اللفظ، و الثانى الانعزال نظرا إلى المعنى عرفا، لأن غرض الإمام إعلامه صورته الحال لا قراءته بنفسه، و لو كان أميا فقرأ عليه فالحكم بالانعزال أظهر مع احتمال العدم، نظرا إلى مدلول اللفظ، و مثله فى اختلاف ظاهر اللفظ و المعنى إطلاق الكتاب على مجموعه أو على الغايه المقصوده منه.

و تظهر الفائدة فيما لو ذهب بعض الكتابه بحيث تعذرت قراءته، فإنه لا تصدق قراءه الكتاب إن جعلنا المفرد المضاف مفيدا للعموم، كما هو رأى المحققين من الأصوليين، و كذا القول فى بلوغه، هذا بحسب اللفظ.

و أما بالنظر إلى المعنى فالمقصود بلوغ ما يفيد الخبر أو قراءه ما يحصل به الغرض و إن لم يتم القراءه مع إمكانها فضلا عن تعذرهما، فتعتبر قراءه الفصول المقصوده التى يحصل بها إعاده المطلوب و إن بقى غيرها كالبسملة و الحمد لله و نظائرهما، إلى غير ذلك مما أطنب فيه العامه فى كتبهم من الخرافات الفاسده و الاحتمالات الباردة المبتنيه على اعتبارات و استحسانات و نحوهما المقصود فيها صيروره الكتاب ضخما لينال به الجائزه من سلطان زمانه نسأل الله تعالى أن يعيدنا من هذه النيات السيئه، و أن يعصمنا من الخيالات الشيطانيه التى يوحىها بعض إلى بعض من زخرف القول و غروره، فإنه ولى الصواب و إليه المرجع و المآب.

[المسألة التاسعة إذا مات الإمام عليه السلام ينعزل القضاء أجمع]

المسألة التاسعة إذا مات الإمام (عليه السلام) قال الشيخ: الذى يقتضيه مذهبنا انعزال القضاء أجمع لأنهم نوابه و ولايتهم فرع ولايته، فإذا زال الأصل زال الفرع، فإن أمر كل عصر إلى إمام ذلك العصر.

و قال فى المبسوط: لا- ينزلون، لأن ولايتهم ثبتت شرعا بتوليته فلا تزول بموته للأصل المؤيد بما فى الانعزال من الضرر العام اللاحق للخلق بخلو البلدان من الأحكام إلى أن يجدد الامام اللاحق نوابا فتعطل المصالح.

بل فى المسالك «قد يقدح هذا فى ولاية الفقيه حال الغيبة بأن الامام الذى قد جعله قاضيا و حاكما قد مات فيجرى فى حكمه الخلاف المذكور- ثم قال:- إلا- أن الأصحاب مطبقون على استمرار تلك التولية، فإنها ليست كالتولية الخاصة، بل حكم بمضمونه فان إعلامه بكونه من أهل الولاية على ذلك كإعلامه بكون العدل مقبول الشهادة، و كذا اليد مقبول الخبر، و غير ذلك، و فيه بحث».

قلت: وجه البحث ظهور الأدلة فى كونه إنشاء نصب منه، بل هو كاد يكون صريح

قوله (عليه السلام)(١): «فانى جعلته قاضيا و حاكما»

لا أنه مجرد إعلام، و كيف يكون إعلاما و قد عرفت الاحتياج إلى إنشاء النصب و الاذن.

نعم قد يقال فى دفعه- مضافا إلى ما سمعته من النص(٢)على

١-١ راجع التعليقه ٥ من ص ٩.

٢-٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٩.

نصبه من صاحب الزمان روحى له الفداء:- إن إمام العدل له النصب فى الأزمنة المتأخره عن زمان موته، فان الزمان بأجمعه لجميعهم و معصومون عن الخطأ، و لا ينطقون عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى، و هذا الفرع إنما ذكره العامه على أصولهم فى أئمتهم المنصوبين من قبلهم لا- من ربهم بخلاف أئمتنا (عليهم السلام) الذين هم أولياؤنا أحياء و أمواتا، و إنما ينزل نوابهم بالموت حيث تكون التولية منهم مقيده بذلك و لو بظاهر الحال، لا- لانقطاع ولا-يتهم بالموت، فإذا كانت من أحدهم على الاستداه صريحا أو ظاهرا فلا- إشكال فى عدم الانعزال، و منه نصب الصادق (عليه السلام) لكل من عرف حلالهم و حرامهم(١)الظاهر بل الصريح فى ذلك، فيمضى حينئذ حكمه و لو بعد موته فى زمن الامام الآخر المعبر فى الحقيقه عن الأول، فإن حكمهم واحد و أمرهم واحد، كما هو معلوم من أصول الشيعه، بل هو من ضروريات مذهبهم.

و بذلك ظهر لك أن الأول أشبه لكن على الطريق الذى ذكرناه، لا لانقطاع ولايتهم بالموت، و لو فرض عدم ظهور فى تقيد الولايه بزمن حياتهم كان المتجه بقاؤها حتى يأتى العزل من الامام المتأخر الذى هو فى الحقيقه عزل من الامام الذى قبله تمسكا بإطلاق مقتضيتها مع فرضه، أما إذا لم يكن بل ليس إلا صيرورته قاضيا فى زمن الحياه فالمتجه الحكم بانقطاعها، لأن ذلك لا يكفى فى ثبوت الاذن فى الزائد عليه، إذ الاستصحاب هنا لا وقع له بعد التنويع المزبور، و من ذلك يعلم ما فى الأصل المزبور، كما هو واضح.

و لو مات القاضى الأصلى الذى نصبه إمام العدل انعزل كل نائب له فى شغل معين، كبيع على ميت أو غائب أو سماع بينه فى حادثه

معينه بغير خلاف، كما فى المسالك قال: «و فى التصرف فى شغل عام كقوام الوقوف و الأيتام و جهان ناشئان من الوجهين اللذين فى نواب الامام من حيث التبعية و ترتب الضرر بزوال ولايتهم إلى أن يتجدد الولاية».

و فيه أنه مع فرض كونهم و كلاء عنه لا- إشكال فى انفساخها بموته، من غير فرق بين كون متعلقها عاما أو خاصا، لأن الفرض زوال ولاية الأصل بموته، بل الظاهر ذلك مع فرض كونهم أولياء، لأن ولايتهم فرع ولايته، لكن عن الإيضاح

نفى الخلاف عن عدم انعزالهم، فان تم إجماعا فذاك، و إلا كان المتجه ما ذكرنا، نعم لو كان النصب و كيلا أولياء عن الامام و كان ذلك جائزا له لم ينزل قطعا، و الله العالم.

و أما الخليفة عنه فى القضاء فقيل لم ينزل أى النائب عنه فيه لأن الاستنابه فيه مشروطه بإذن الإمام (عليه السلام) فالنائب عنه كالنائب عن الامام، فلا ينزل بموت الواسطه كما لا ينزل و كيل الوكيل إذا أذن له فى توكيله عن الموكل.

و قيل: ينزل و إليه أشار المصنف بقوله و القول بانعزاله أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأنه فرعه، و كالوكيل عنه ينزل بموته و ليس هو نائبا عن الامام و إن توقف استخلافه عنه عليه.

و ربما أشكل القولان معا على إطلاقهما، أما الأول فلأن النيابة قد تكون مستنده إلى قرائن الأحوال كاتساع الولاية، و النائب فيها ليس نائبا عن الامام بل عن القاضى، و لم يحصل من الامام ما يقتضى الإذن لفظا حتى يقال: إن الاستنابه مشروطه بإذن الامام، و لو سلم أن التولية على هذا الوجه إذن فى المعنى لم يدل على كونه إذنا فى استنابته عن الامام بوجه من الدلالات.

و أما الثانى فلأن من جمله الأقسام أن يكون الامام قد أذن له صريحا

فى الاستنابه إما مطلقا أو عن الامام، فلا يتم الحكم مطلقا بكون النائب تابعا للمستتيب.

فيتجه على هذا وجه ثالث قد جزم به الرافعى فى الروضه من بعض كتب الشافعيه و هو «أن القاضى إن لم يكن مأذونا فى الاستخلاف بل استخلف بناء على جوازه مطلقا أو مع شهاده القرائن انعزل خليفته بموته، لأن الاستخلاف فى هذه الحاله إما أن يكون جوازه مشروطا بالحاجه فكان النائب كالمعين فى العمل، فإذا زالت ولايته بطلت المعاونه، لعدم الحاجه إليها، وإما لأن الخليفه كالوكيل حيث جوزناها مطلقا، فتبطل بموت الموكل لأنه كالمعين أيضا، وإن لم يكن لحاجه و كان مأذونا فى الاستخلاف نظر، فان قال: استخلف عنى فاستخلف لم ينعزل خليفته، لأنه مأذون من جهه الإمام، فكأنه حينئذ سفير فى التوليه و إن قال: استخلف عن نفسك أو أطلق انعزل، لظهور غرض المعاونه و بطلانها ببطلان ولايته».

و فيها أيضا «لو نصب الإمام نائبا عن القاضى فعن السرخسى لا ينعزل بموت القاضى و لا انعزاله للاذن له من جهه الامام».

و مال إليه فى المسالك قال: «إلا أن يكون الاذن مقيدا بالنيابه عن القاضى فيتبعه كالأول» و هو جيد. لكن قد يناقش بالتفصيل بين ما يستفاد منه الإذن، فإن دعوى انحصار إفاده القرائن فى الاستخلاف عنه لا عن الأصل ممنوعه، ضروره أعميتها من ذلك، كما هو واضح.

[المسألة العاشرة إذا اقتضت المصلحة توليه القضاء مثلا من لم يستكمل الشرائط]

المسألة العاشرة:

إذا اقتضت المصلحة توليه القضاء مثلا- من لم يستكمل الشرائط بأن كان قاصرا في العلم و العدالة انعقدت ولايته في أحد الوجهين أو القولين مراعاة للمصلحة في نظر الامام (عليه السلام) كما اتفق لبعض القضاة في زمن علي (عليه السلام) و هو شريح المعلوم انتفاء بعض الشرائط فيه.

و ربما منع من ذلك بل هو أحد الوجهين أو القولين أيضا، بل لعله أقواهما كما هو خيره الفاضل في المحكى من تحريره، للأصل بل الأصول، و لإطلاق دليل الشرطية، بل صريح النص و الفتوى عدم كونه مشروعا للتقيه على وجه تجرى عليها أحكام القضاء الصحيح، كما في الصلاة و الوضوء و الغسل فضلا عن غيرها، و من هنا استفاضت النصوص (١) في النهي عن المرافعة إلى قضاتهم، و أنها من المرافعة إلى الجبت و الطاغوت مع استفاضتها (٢) في الحث على الصلاة معهم، و أنها كالصلاة مع رسول الله (صلى الله عليه و آله).

بل ظاهر النص (٣) و الفتوى بل صريح بعضهما عدم صحة قضاء قضاة أئمة الجور و إن حكموا بالحق، و حينئذ فلا مصلحة تقتضى تغيير الحكم فيه، كما يومئ إليه إصراره (عليه السلام) في عدم توليه معاويه

حتى قال (٤): «قد يرى الحول القلب وجه الحيلة، و لكن دونها

١- ١ الوسائل الباب- ١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥- من أبواب صلاة الجماعة- من كتاب الصلاة.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٤.

٤- ٤ نهج البلاغه- الخطبه ٤١ ص ١١٨ ط إيران و فيه «قد يرى الحول القلب وجه الحيلة و دونه مانع من أمر الله و نهيه».

حاجز من تقوى الله تعالى».

و ما وقع منه من إقرار شريح لا دلالة فيه فإنه ليس باختياره أولاً، و لا دليل على إجرائه عليه حكم القضاء الصحيح ثانياً و لم يكن يفوض إليه و لا إلى غيره من من يستتضيه و لا يرتضيه، بل يشاركه فيما ينفذه ثالثاً،

قال (عليه السلام) لشريح في خبر سلمه(١): «و إياك أن تنفذ قضيه في قصاص أو حد من حدود الله أو حق من حقوق المسلمين حتى تعرض ذلك على إنشاء الله»

فيكون هو الحاكم في الواقعه لا المنصوب

قال الصادق (عليه السلام) في حسن هشام(٢): «لما ولى أمير المؤمنين (عليه السلام) شريحا القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه».

و ما في المسالك- من المناقشه فيه بأن المروى من حال شريح معه خلاف ذلك، و في حديث الدرع الغلول(٣) ما يرشد إلى ما ذكرناه- لا يخفى عليك ما فيه، بل حديث الدرع الغلول مرشد إلى عكس ما ذكره، حيث نبهه به على خطائه في قضائه به من وجوه،

قال النخعي(٤): «دخل الحكم بن عتيبه و سلمه بن كهيل على أبي جعفر (عليه السلام) فسألاه عن شاهد و يمين، فقال: قضى به رسول الله (صلى الله عليه و آله) و قضى به على (عليه السلام) عندكم بالكوفه، فقالا: هذا خلاف القرآن، قال: و أين وجدتموه خلاف القرآن؟ فقالا: إن الله عز و جل يقول:

«وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ»(٥) فقال لهما أبو جعفر (عليه السلام): فقله:

-
- ١-١ الوسائل الباب- ١- من أبواب آداب القاضى- الحديث ١.
 - ٢-٢ الوسائل الباب- ٣- من أبواب صفات القاضى- الحديث ١.
 - ٣-٣ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٦.
 - ٤-٤ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٦.
 - ٥-٥ سورة الطلاق: ٦٥ الآية ٢.

«وَأَشْهَدُوا» هو أن لا تقبلوا شهادته واحد و يمينا؟ ثم قال: إن عليا (عليه السلام) كان قاعدا في مسجد الكوفة، فمر به عبد الله بن قفل التميمي و معه درع طلحه، فقال له علي (عليه السلام): هذا درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فقال له عبد الله: فاجعل بيني و بينك قاضيا الذي رضيته للمسلمين، فجعل بينه و بينه شريحا، فقال علي (عليه السلام): هذه درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فقال له شريح:

هات علي ما تقول بينه، فأتاه بالحسن (عليه السلام) فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فقال: هذا شاهد، و لا أفضى بشهادته شاهد حتى يكون معه آخر، قال: فدعا قنبرا فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فقال شريح: هذا مملوك، و لا أفضى بشهادته مملوك، قال: فغضب علي (عليه السلام) و قال: خذوها فان هذا قضى بجور ثلاث مرات قال: فتحول شريح عن مجلسه، ثم قال:

لا أفضى بين اثنين حتى تخبرني من أين قضيت بجور ثلاث مرات؟ فقال:

ويلك أو ويحك إنى لما أخبرتك أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، قلت: هات علي ما تقول بينه، و قد قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): حيث ما وجد غلول أخذ بغير بينه، فقلت: رجل لم يسمع الحديث، فهذه واحده، ثم أتيتك بالحسن فشهد، فقلت: هذا شاهد و لا أفضى بشهادته واحد حتى يكون معه آخر، و قد قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) بشهادته واحد و يمين، فهذه ثنتان، ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فقلت: هذا مملوك و لا أفضى بشهادته مملوك، و لا بأس بشهادته المملوك إذا كان عدلا، ثم قال: ويلك أو ويحك إمام المسلمين يؤتمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا» و رواه في الفقيه زياده «و قال أبو جعفر (عليه السلام):

فأول من رد شهاده المملوك رمع».

و بالجمله يمكن القطع من مذهبنا بعدم انعقاد القضاء لفاقد الشرائط كالعلم و نحوه على وجه يلحقه حكم القضاء الصحيح و إن حكم بغير ما أنزل الله تعالى، خصوصا بعد ما سمعته سابقا من تقسيم القضاء، و أن واحدا في الجنه و الباقي في النار، و إطلاق اسم القاضي عليه لا يقتضى صحه قضائه لا ظاهرا و لا واقعا، كما هو واضح.

نعم قد يقال: إن الذى يقتضيه الانصاف و التدبر فى ما ورد فى شريح أنه يجوز نصب غير مستكمل الشرائط على إنفاذ القضاء بالحق بعد العلم به بخصوصه، و الله العالم.

[المسأله الحاديه عشر كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه]

المسأله الحاديه عشر:

كل من لا تقبل شهادته له أو عليه لا ينفذ حكمه كذلك كالولد على الوالد و العبد على مولاه و الخصم على خصمه، و يجوز حكم الأب على ولده و له، و الأخ على أخيه لأنه شهاده و زياده، فيشترط فى نفوذه ما يشترط فى نفوذ الشهاده فى الطرفين أو أحدهما، و حينئذ لا يقبل حكم الخصم على خصمه و يقبل له مع عدم منافاه الخصومه للعداله، هكذا ذكره المصنف و ثانى الشهيدين و غيرهما ذكر المسلمات، فان تم إجماعا كان هو الحجه، و إلا كان للنظر فيه مجال، ضروره إمكان منع كون الحكم شهاده على وجه يلحقه حكمها المعلق عليها من حيث كونها شهاده، بل دعوى التزام ذلك فى حاكم الغيبه فلا ينفذ حكمه على من كانت بينه و بينه خصومه لم يخرج بها عن العداله فى غير تلك الخصومه من المنكرات، خصوصا بعد

قوله (عليه السلام): «جعلته حاكما

عليكم»(١)

و «هو حجتى عليكم»(٢)

و «الراد عليه كالراد علينا»(٣)

و نحو ذلك، و لعله لذا حكى عن بعضهم اختصاص المنع بقاضى التحكيم.

و فى محكى التحرير «و لو تولى وصى اليتيم القضاء فهل يقضى له؟

فيه نظر ينشأ من كونه خصما فى حقه، كما فى حق نفسه، و من أن كل قاض فهو ولى الأيتام».

قلت: لا إشكال فى عدم منع مثل ذلك- مع عدم الوصايه- الحكومه، لعدم اختصاص الولاية له، و كذا شهاده الفقير أو حكومته بأن فى مال زيد الزكاه مثلا، بل و كذا الكلام فى مصرف الوقف من العلماء و العدول و نحوهم، فان ذلك و نحوه لا يمنع الحكومه و لا الشهاده، لعموم أدله القبول، أما الولاية المخصوصه كالأب و الجد و الوصى فالظاهر عدم قبول شهادتهم للمولى عليه لأنها تجر نفعاً إليهم، أما إذا كان الأب حاكما مثلا أو الوصى كذلك ففى قبول حكمه له نظر، أقواه العدم،

[النظر الثانى فى الآداب]

إشاره

النظر الثانى فى الآداب و هى قسمان: مستحبه و مكروهه إلا أن كثيرا منها لا دليل عليها بالخصوص، و لكن ذكرها الأصحاب و غيرهم من غير إشعار بتوقف فى شىء منها، و لعله لعدم احتياج الاستحباب الأدبى إلى دليل

- ١-١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ١.
- ٢-٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٩.
- ٣-٣ الوسائل الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ١.

بالخصوص، و يكفى فيه مشروعيه أصل الأدب، فالتسامح فيه زائد على التسامح فى السنن.

و كيف كان فهى كثيره خصوصا فى كتب العامه حتى أفردت بالتصنيف، و قد ذكر المصنف المهم منها

[أما المستحب]

ف قال المستحب أن يطلب قبل دخوله أو حينه من أهل ولايته من يسأله عما يحتاج إليه فى أمور بلده و عن العلماء فيها و العدول و من هو مستحق للتعظيم و غير ذلك مما ينبغى الاطلاع عليه لمثله.

و أن يسكن عند وصوله فى وسط البلد ليرد الخصوم عليه و رودا متساويا ليكون ذلك أقرب إلى التسويه بينهم التى قد عرفت حالها فى الكلام و الإنصات و المجلس و غيرها.

و أن ينادى بقدمه إن كان البلد واسعا لا ينتشر خبره فيه إلا بالنداء أن فلانا قد قدم قاضيا فمن أحب سماع قراءه عهده فليحضر ساعه كذا من يوم كذا، فإذا حضروا قرأ عليهم العهد، و إن كان معه شهود شهدوا.

و قيل: يستحب أن يكون دخوله يوم الاثنين تأسيا بالنبي (صلى الله عليه و آله) فى دخوله المدينة، و هو كما ترى. نعم فى كشف اللثام «ينبغى له أن يقصد الجامع إذا قدم، و يصلى ركعتين، و يسأل الله العصمه و الإعانه».

و أن يجلس للقضاء فى موضع بارز مثل رحبه و هى الصحراء بين أفنيه القوم و المسجد أو فضاء ليسهل الوصول إليه و لئلا تهابه الناس أو بعضهم لو جلس فى بيت مثلا.

و أن يبدأ بأخذ ما فى يد الحاكم المعزول من ديوان الحكم المشتمل على المحاضر و السجلات و حجج الناس و ودائعهم و وثائق الأيتام و الأوقاف و نحو ذلك، لأنها كانت فى يده بالولاية التى انتقلت منه

إليه، فيتوصل بذلك إلى معرفه تفاصيل أحوال الناس و معرفه حقوقهم و حوائجهم.

و لو اتفق أنه حكم فى المسجد صلى عند دخوله فيه ركعتين تحيه المسجد كما يستحب ذلك لكل داخل إليه ثم يجلس مستدبر القبلة كما عن الأ-كثر ليكون وجه الخصوم إذا وقفوا بين يديه إليها ليكون ذلك أردع لها عن كلام الباطل و خصوصا وقت الاستحلاف.

وقيل و القائل الشيخ فى محكى مبسوطه و ابن البراج على ما حكى عنه يستقبل القبلة، ل

قوله (عليه السلام)(١): خير المجالس ما استقبل به القبلة

و هو أحق من غيره و لكن الأول أظهر لما عرفت.

ثم (١١) إذا تفرغ القاضى من مهماته و أراد القضاء استحب له أن يسأل (١٢) أولا عن أهل السجون (١٣) لأنهم فى عذاب و يثبت أسماءهم (١٤) و ما حبسوا به و من حبسوا له و ينادى فى البلد بذلك (١٥) و يقول: إن القاضى ينظر فى أمر المحبوسين و يجعل له وقتا (١٦) معينا يوم كذا فمن له محبوس فليحضر فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد و يسأله عن موجب حبسه و يعرضه على خصمه فان ثبت لحبسه موجب أعاده و إلا أشاع حاله بحيث إن لم يظهر له خصم أطلقه.

(١٧) و جواب المحبوس يفرض على وجوه: (منها) أن يعترف بالحبس بالحق، فان كان ما حبس به مالا أمر بأدائه، فإن قال: أنا معسر فعلى ما عرفته فى الفلس فان لم يؤد و لم يثبت إعساره رد إلى الحبس، و إن أدى أو ثبت إعساره نودى عليه فلعل له خصما آخر، فان لم يظهر

خلى سبيله، و إن كان ما حبس عليه حدا أقيم عليه و خلى.

و (منها) أن يقول: «شهدت على بينه فحبسنى القاضى» يبحث^(١) عن حال الشهود، فان كان مذهبه أنه يحبس بذلك تركه أيضا محبوسا و بحث و إلا أطلقه.

و (منها) أن يقول: «حبست ظلما» ففى المسالك «إن كان الخصم معه فعلى الخصم الحججه، و القول قول المحبوس يمينه» و فيه أنه يمكن العكس عملا بأصالة الصحه فى فعل القاضى، و إن كان للمحبوس خصم غائب ففى إطلاقه و إبقائه فى الحبس وجوه: الإطلاق، لأنه عذاب و انتظار الغائب قد يطول، و الإبقاء مع الكتابه إلى خصمه، فان لم يحضر أطلق، و الإطلاق مع المراقبه إلى أن يحضر خصمه و يكتب إليه أن يعجل، فإن تأخر لا لعذر تركت المراقبه، و عن الشهيد التخيير بينها و بين الكفيل، و هو جيد، إذ المدار على الجميع بين الحقين.

و كذا لو أحضر محبوسا و قال: لا خصم لى، فإنه ينادى فى البلد فان لم يظهر له خصم أو مطلع على حاله أطلقه للأصل و غيره.

و قيل و القائل الشيخ فيما حكى عنه يحلفه مع ذلك و استحسنة بعضهم، و فيه أنه لا وجه مع عدم خصم له، و الأصل البراءة، و لذا نسبه المصنف إلى القليل مشعرا بتمريضه.

ثم إذا فرغ من ذلك يسأل عن الأوصياء عن الأيتام الذين لا قابليه لهم إلى المرافعه و أولياء الجهات العامه و يعمل معهم ما يجب من تضمين أو إنفاذ أو إسقاط ولايه إما لبلوغ اليتيم أو لظهور خيانه أو ضم مشارك إن ظهر من الوصى عجز و غير ذلك من الأحكام الشرعيه.

و فى المسالك «فإذا حضر من يزعم أنه وصى تفحص القاضى عن

١- ١ هكذا فى النسخه الأصلية، و الأولى هكذا «فيبحث».

شيئين: أحدهما أصل الوصاية، فإن أقام بينه بها قرره عليها إلى أن يحصل ما يزيلها من فسق فينزع المال من يده، فإن كان المال كثيرا لا- يمكنه القيام بحفظه و التصرف فيه ضم إليه من يعينه، و الثاني تصرفه في المال، فإن قال: فرقت ما أوصى به نظر إن كانت الوصية لمعينين لم يتعرض لأن الدعوى لهم إن لم يصل، و إن كانت بجهه عامه فإن كان عدلا أمضى تصرفه و لم يضمه، و إن كان فاسقا ضمنه لتعديه بالتفريق لا عن ولايه».

و كأن الأصول مبنى على أصاله ولايه الحاكم حتى يثبت الوصاية لا أنها تثبت إن لم يكن هناك وصى، فيكفى فى عدم ثبوتها دعوى مدعيها بلا معارض، و لا تطلب منه البيه على ذلك كما زعمه بعض متفقيه العصر، كما أن التضمين فى الثانى مبنى على عدم جواز وصايه الفاسق على ذلك.

و لو أن غير الوصى فرق الموصى به فى المسالك «نظر إن كانت الوصية لمعينين وقع الموقع، لأن لهم أن يأخذه من دون واسطه، و إلا ضمن» و فيه أنه كذلك إذا كان معينا، أما إذا كان كليا فلا، فيتجه الضمان حينئذ و إن كان لمعينين.

و كذا يضم من تصرف ممن ليس له الولاية حتى فى وقف المسجد و المسجد و نحوهما و إن صرفه فى مصلحه إلا مع إجازة الولى فى وجهه، بل فى القواعد احتمال عدم الضمان حتى فى تفرقه غير الوصى إذا كان فى محله، إلا أنه كما ترى، و لو ظهر منه خيانه فأولى بالضمان كما هو واضح، و الله العالم.

ثم إذا فرغ من ذلك ينظر فى أمناء الحاكم الأول الحافظين لأموال الأيتام و نحوهم الذين يليهم الحاكم و لأموال الناس من وديعه و مال غائب و محجور عليه، فيعزل الخائن و يسعد

الضعيف بمشارك، أو يستبدل به بحسب ما يقتضيه رأيه بخلاف الوصى، فان الموصى قد نصبه و رضى بنظره الذى لم يعدم، و إنما قصر عن الاستقلال فيتعين جبره بالمعين، و ليس له عزله اقتراحا، أما الأمين من طرف الحاكم فله عزله كذلك ففى العجز بطريق أولى.

ثم إذا فرغ من ذلك ينظر فى الضوال و اللقط فيبيع ما يخشى تلفه و ما يستوعب نفقته ثمنه، و يتسلم ما عرفه الملتقط حولا إن كان شىء من ذلك فى يد أمناء الحاكم لعدم قبول الملتقط تملكه و لا ائتمانه، و فى المسالك هو حينئذ مخير بين أن يحفظها معزولة عن أمثالها فى بيت المال و بين أن يخلطها، فإذا ظهر المالك غرم له من بيت المال، و هو موقوف على دليله إن كان.

و يستبقى من الضوال و اللقط ما عدا ذلك مثل الأثمان و الجواهر محفوظة على أربابها لتدفع إليهم عند الحضور على الوجه المحرر فى كتاب اللقطه(١) من أحكام ذلك و شرائطه، كالتعريف حولا و نحوه، و يقدم من كل نوع من ذلك الأهم فالأهم، و إن عرضت حادثه استخلف من ينظر فيها أو فيما هو فيه و لا يؤخرها، لأن الحبس عقوبه و حاجات الأطفال و الغياب ناجزه.

و يستحب له أيضا حال القضاء أن يكون فى أجل هيئه و سكينه و وقار و نحو ذلك مما يناسب ذلك.

و أن يحضر من أهل العلم بالأحكام الشرعيه من يشهد حكمه فإن أخطأ نبهوه، لأن الإنسان محل الخطأ و النسيان، و لا يعتبر فيهم الاجتهاد، لأنه ليس المراد تقليدهم، إذ قد عرفت اعتبار الاجتهاد فى القاضى عندهم، بل المراد الطمأنينه بصحه

ما قضى به، وقد تحصل بمن لم يبلغ رتبة الاجتهاد إذا كان من أهل النظر و الذكاء، ولا فرق في ذلك بيننا وبين غيرنا في هذا الحكم، ولذا حكى عنهم ذكره أيضا في آداب القضاء و إن كان المصيب عندنا واحد دونهم، فإن المصيب عندهم الجميع، إلا أن ذلك لا مدخله له في هذا الحكم، ضروره أن الإصابه عندهم مع موافقه الاجتهاد للدليل المناسب للحكم، و المفروض هنا الغفله عنه، و أنه إذا نبه عليه تنبه و علم أن الدليل الذى اعتمده أولا غير صحيح بحسب ما يراه.

و بالجمله يراد حضورهم للتنبه على فساد الاجتهاد إن كان، و هذا أمر يشترك فيه الجميع، فإن إصابه الواحد إنما هي في نفس الأمر لا في الظاهر، و من الجائز أن لا يكون الحكم الذى ينبه عليه و وجب اتباعه هو الصواب في نفس الأمر، إلا أن الواجب في الظاهر اتباع الراجح بعد است فراغ الوسع في تحصيل دليله سواء طابق الواقع الذى لا يعلمه إلا الله تعالى شأنه أو لا.

و إلى ما ذكرنا يرجع ما عن ابن الجنييد من أنه لا بأس أن يشاور الحاكم غيره فيما اشتبه عليه من الأحكام، فإن أخبره بنص أو سنه أو إجماع خفى عليه عمل به، ضروره معلوميه اعتبار الاجتهاد عندهم و أنه لا يكفى التقليد. فليس المراد حينئذ إلا أنه يخاوضهم فيما يشته من المسائل النظرية لتقع الفتوى مقرره و محققه، ليأمن بذلك عن الخطأ في حكم الله تعالى شأنه.

و يمكن أن يريد المصنف استحباب حضورهم حتى مع العلم بصحة الاجتهاد، لاحتمال خطأ الحكم الواقعي فيه، فيمكن أن يحصل من أحد منهم ما يرشد إلى ذلك و إن لم يتبين به فساد الاجتهاد، و من أن ذلك لا يتم إلا على أصولنا من أن المصيب واحد لا على أصولهم القائلين

صواب كل مجتهد اجتهادا صحيحا.

و كيف كان ف لو أخطأ فأتلف بأن حكم لأحد بمال أو على أحد بقصاص أو نحو ذلك ثم ظهر أن الخطأ فى الحكم و لم يكن مقصرا فى الاجتهاد لم يضمن لأنه محسن و كان على بيت المال بلا خلاف أجده فيه نصا و فتوى،

قال أمير المؤمنين (عليه السلام) فى خبر الأصبغ (١): «ما أخطأه القضاء فى دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين».

و إذا تعدى أحد الغريمين مثلا فى مجلس القضاء على وجه محرم بأن كذب الشاهد أو نسب إلى القاضى الميل و الجور و نحو ذلك نهاه عن المنكر و عرفه خطاءه برفق، فان عاد زجره، فإن عاد أدبه بحسب حاله مقتصرا على ما يوجب لزوم النمط و الطريق الشرعى، إذ هو حينئذ كغيره من المنكر الذى يجب الردع عنه بمراتبه المقرره.

نعم لو كان ذلك معه استحب له العفو.

و إن أساء الأدب مع الخصم أو القاضى أو غيرهما أو استعمل اللدد أى طلب اليمين من الخصم ثم قطعها عليه و قال: لى بينه سأحضرها ثم يعود إلى الأول و هكذا إيذاء و تعنتا عرفه أيضا طريق الأدب اللائق بمثل ذلك المقام برفق، و بين له فساد ما ارتكبه، بل فى المسالك «فان بخرع و إلا أغلظ له، فإن أفاد و إلا جاز تأديبه بما يقتضيه اجتهاده من التوبيخ و إغلاظ القول و نحو ذلك» و الله العالم.

[أما المكروه]

و أما الآداب المكروهه فهى أن يتخذ حاجبا وقت القضاء و نحوه من الولايات

للنبوى (٢) «من ولى شيئا من

١-١ الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب آداب القاضى - الحديث - ١.

٢-٢ سنن البيهقى - ج ١٠ ص ١٠١.

الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب الله تعالى دون حاجته وفاقتة و فقره»

بل ربما قيل بالحرمة، بل عن الفخر أنه قربه مع اتخاذه على الدوام، بحيث يمنع أرباب الحوائج و يضر بهم، بل فى المسالك «هو حسن لما فيه من تعطيل الحق الواجب قضاؤه على الفور» و إن كان الجميع كما ترى، ضروره كون المراد كراهه اتخاذه من حيث كونه حاجبا، فلا ينافى الحرمة من جهة أخرى، و الأمر سهل.

و أن يجعل المسجد مجلسا للقضاء دائما لأنه إنما بنى لذكر الله و الصلاة، و ل

قوله (صلى الله عليه و آله) (١): «جنبوا المساجد صبيانكم و مجانينكم و خصوماتكم و رفع أصواتكم»

و الحكومه تستلزم غالبا ذلك، بل قد تحتاج إلى إحضار الصبيان و المجانين، بل قد تستلزم إدخال الحيض و المشركين و من لا يتوقى النجاسه.

و لكن لما كان من المعلوم اتفاق وقوعه من النبى (صلى الله عليه و آله) (٢) و أمير المؤمنين (عليه السلام) (٣) بل دكه القضاء إلى الآن معروفه قال المصنف لا يكره لو اتفق نادرا فيكون المكروه منه حينئذ الدائم لا مطلقا، بل ربما وجب فى بعض الأحيان، كما لو اتفقت فيه و كان تأخيرها منافيا للفوريه أو لغيرها مما يحرم، و وافقه عليه الفاضل.

و قيل و القائل الشيخ فى ظاهر المحكى من خلافه و مبسوطه:

لا يكره مطلقا التفاتا إلى ما عرف من قضاء على (عليه السلام)

١-١ سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٠٣.

٢-٢ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٩٨.

٣-٣ المستدرک الباب ١٧ من أبواب كيفية الحكم الحديث ٥ و ٧.

بجامع الكوفه(١)بل عن ظاهر المقنعه و النهايه و المراسم و السرائر، الاستحباب، لأن القضاء من أفضل الطاعات، و المسجد من أشرف البقاع، و

عن بعض الكتب(٢)أنه بلغ عليا (عليه السلام) أن شريحا يقضى فى بيته، فقال: «يا شريح اجلس فى المسجد، فإنه أعدل بين الناس، و أنه و هن بالقاضى أن يجلس فى بيته».

و قيل - و القائل الصدوق فيما حكى عن الفقيه و المقنع -: يكره عملا بعموم الأخبار المتقدمه و حملا للواقع على الضروره و الدلاله على الجواز.

بل قد عرفت فى أحكام المساجد من كتاب الصلاه(٣)عن جمله من كتب الأصحاب التصريح فيها بكراهه إنفاذ الأحكام، و إن قيل المراد الحبس على الحقوق و الملازمه عليها، لكن يدخل فيه إقامة الحدود، و هى مذكوره معه فى الكتب المزبوره.

و قد يقال: إن القضاء من حيث كونه قضاء لا كراهه فيه، بل لا يبعد رجحانه، نعم قد يقترن بما يرجح تركه فى المسجد أو يحرم فعله، و هو خارج عن محل البحث، و ربما كان ذلك أولى بالجمع من غيره، و الله العالم.

و أن يقضى و هو غضبان

للنبوى(٤)«لا يقضى القاضى و هو غضبان»

و لما فيه من المخاطره فى الوقوع فى الخطأ معه.

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

١-١ البحار- ج ٤٠ ص ٢٧٧ و ج ٦٢ ص ١٦٧.

٢-٢ المستدرک الباب- ١١- من أبواب آداب القاضى- الحديث ٣.

٣-٣ راجع ج ١٤ ص ١١٥-١١٧.

٤-٤ الوسائل الباب- ٢- من أبواب آداب القاضى- الحديث ١ و سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٠٥.

و نحو ذلك، و

عنه أيضا (صلى الله عليه وآله) (١): «لا يقضى و هو شعبان ريان»

و فى آخر: «لا يقضى و هو غضبان مهموم، و لا مصاب محزون»

و فى وصيته (عليه السلام) لشريح (٢): «و لا تقعد فى مجلس القضاء حتى تطعم»

و قال (عليه السلام) (٣) له أيضا: «لا تسار أحدا فى مجلسك و إن غضبت فقم، و لا تقضين و أنت غضبان»

و فى البحار عن أمير المؤمنين (عليه السلام) (٤) ما حصله أنه «سئل عن مسأله فأحجم فقليل له: عهدنا بك يا أمير المؤمنين إذا سئلت كنت كالحدیده المحمأه، فقال: كنت حازقا، و لا رأى لحازق إلى ثلاثه أيام»

الحديث.

و قال أبو عبد الله (عليه السلام) (٥): «لسان القاضى من وراء قلبه، فان كان له قال، و إن كان عليه أمسك».

نعم إن كان معصوما من الخطأ مؤيد مسدد لا بأس بقضائه و هو فى شىء من هذه الأحوال، و قد

روى (٦) «أن الزبير بن العوام و رجلا من الأنصار اختصما فى شراج الحره إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله) فقال النبى: اسق زرعك يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك، فقال الأنصارى لرسول الله (صلى الله عليه وآله): أن كان ابن عمك، فاحمر وجهه و قال له: اسق زرعك يا زبير ثم احبس الماء حتى يبلغ أصول الجدر»

فقضى (صلى الله عليه وآله) بعد غضبه للزبير باستيفاء تمام حقه بعد أن

١- ١ سنن البيهقى - ج ١٠ ص ١٠٦ و فيه «لا يقضى القاضى إلا و هو شعبان ريان»

٢- ٢ الوسائل الباب - ١ - من أبواب آداب القاضى - الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٢ - من أبواب آداب القاضى - الحديث ٢.

٤- ٤ البحار - ج ٢ ص ٥٩ - ٦٠ و ج ٤٢ ص ١٨٧ عن أمالى الشيخ الطوسى ج ٢ ص ١٢٨ ط النجف و فى الموارد الثلاثه هكذا: «فقال: كنت حازقا، و لا رأى لثلاثه: لا رأى لحازق و لا حازق».

٥- ٥ الوسائل الباب - ٢ - من أبواب آداب القاضى - الحديث ٢.

٦- ٦ سنن البيهقى ج ٦ ص ١٥٣.

كان قد استنزله عن بعضه، وربما استثنى لذلك بعضهم مطلق الغضب لله تعالى، والأولى ما ذكرنا، لأنه على كل حال يشوش الذهن.

و على كل حال ف لو قضى و الحال هذه نفذ إذا وقع حقا بلا خلاف، للعمومات السالمة عن المعارض بعد حمل النصوص السابقة على الكراهه، لقصورها من وجوه عن الحرمة.

و أن يتولى البيع و الشراء لنفسه فى مجلس الحكم و غيره مع من يعلم أنه يحاسبه و غيره، ل

قوله (صلى الله عليه و آله) [\(١\)](#): «ما عدل وال اتجر فى رعيته أبدا»

بل

فى آخر «لعن إمام يتجر فى رعيته»

و لما فى ذلك من تشويش البال و احتمال المحاباه المقتضى ميل قلبه و خوف خصم من عامله من ميل القاضى و التهمه و غير ذلك.

بل الظاهر إلحاق غير البيع و الشراء من المعاملات بهما، بل قيل:

يكره له النظر فى نفقه عياله و ضيعته و نحو ذلك مما يشغل قلبه، و حينئذ فالأولى توكيل من لا يعرف أنه وكيله،

و عن المناقب لأخطب خوارزم عن أبى مطر [\(٢\)](#) عن أمير المؤمنين (عليه السلام) «أنه أتى سوق الكرايس فقال: يا شيخ أحسن بيعى فى قميصى بثلاث دراهم، فلما عرفه لم يشتر منه، ثم أتى إلى آخر فلما عرفه لم يشتر منه، فأتى غلاما حدثا فاشترى منه قميصا بثلاثه دراهم».

و كذا يكره له أيضا أن يتولى الحكومه بأن يقف بنفسه مع خصمه عند قاض آخر، و

روى [\(٣\)](#) «أن عليا (عليه السلام)

١-١ الجامع الصغير للسيوطى ج ٢ ص ١٤٦ و ذكره ابن قدامه فى المغنى ج ١١ ص ٤٣٩.

٢-٢ سنن البيهقى - ج ١٠ ص ١٠٧.

٣-٣ ورد فى نهج البلاغه عنه عليه السلام: « أن للخصومه قحما» و قال- ابن أبى الحديد فى شرحه ج ١٩ ص ٢٦٠ ط مصر: « هذه الكلمه قالها أمير المؤمنين عليه السلام حين وكل عبد الله بن جعفر فى الخصومه عنه و هو شاهد».

وكل عقيلًا في خصومه، و قال: إن للخصومه قحما، و إنى لأكره أن أحضرها»

و ما اتفق وقوعه منه (عليه السلام) (١) أو من النبي (صلى الله عليه و آله) (٢) إنما كان لبيان بعض الأحكام الشرعية التي أخطأ فيها من نصب نفسه قاضيا للناس أو لغير ذلك من المصالح.

و أن يستعمل الانقباض في وجوه الخصوم المانع من اللحن بالحجه و التفطن بها و تحريرها على وجه الكمال.

و كذا يكره له اللين الذي لا يؤمن معه جرأه الخصوم و يفضى إلى سقوط محله عن القلوب.

و يكره له أيضا أن يرتب الشهادة (٣) قوما مخصوصين دون غيرهم لما فيه من التضييق على الناس و الغضاضه على غيرهم من العدول.

بل قيل و القائل الشيخ في محكى المبسوط يحرم ذلك لاستواء العدول في موجب القبول، و لأن في ذلك مشقه على الناس بما يلحق من كلفه الاقتصار (١١) قال: «لا يجوز للحاكم أن يرتب شهودا يسمع شهادتهم دون غيرهم، بل يدع الناس، و كل من شهد عنه فان عرفه و إلا- سأل عنه على ما قلناه، و قيل: إن أول من رتب شهودا لا يقبل غيرهم إسماعيل بن إسحاق القاضي المالكي، و الصحيح ما قلناه، لأن الحاكم إذا رتب قوما فإنما يفعل هذا بمن هو عدل عنده

١-١ الوسائل الباب-١٤- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٦.

٢-٢ الوسائل الباب-١٨- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

٣-٣ و في الشرائع «للشهادة».

و غير من رتبه كذلك مثله أو أعدل منه، فان كان الكل سواء لم يجز أن يخص بعضهم بالقبول دون بعض، و لأن فيه مشقه على الناس لحاجتهم إلى الشهاده فى الحقوق فى كل وقت من نكاح و طلاق و غضب و قتل و غير ذلك، فإذا لم يقبل إلا قوما دون قوم شق على الناس، و لأن الشاهد إذا علم أنه لا يقبل إلا قول غيره ربما تقاعد عنها حتى يأخذ الرشوه، و لأن فيه إبطال الحقوق، فان كل من له حق لا يقدر على إقامة البينه به ممن كان مقبول الشهاده راتباً لها دون غيرهم، فاما أن يرتب قوما عرف عدالتهم و سكن إليهم يسمع قولهم و يقبل شهادتهم، فإذا شهد عنده بالحق غيرهم بحث عنهم، فإذا تزكوا حكم بذلك فلا بأس به».

و من ذلك يعلم أن الشيخ غير مخالف فى مفروض المتن، ضروره أنه لا إشكال فى حرمة الترتيب على وجه لا يسمع غيرهم و إن جمع شرائط قبول الشهاده، كما لا إشكال فى جواز ترتيب أناس لتحمل الشهاده و إن قبل شهاده غيرهم أيضاً، و هو الذى أشار إليه أخيراً؛ لكن لا يخلو من مرجوحيه، لاحتمال التهمه و الرشوه و غير ذلك.

و من هنا قال فى كشف اللثام بعد حكاية ما سمعته عنه «و الحق أن ما تضمنه هذا الكلام من قهر الناس على أن لا يحملوا الشهاده سوى من عينهم لها أو عدم سماع شهاده غيرهم من العدول مع معرفته باجتماع شرائط القبول و تمكنه من معرفه فلا شبهه فى حرمة، و إنما المكروه أن يرتب قوما لتحمل الشهاده من غير قهر و لا رد لشهاده غيرهم» و مرجعه إلى ما ذكرناه.

[مسائل]

إشاره

و هنا مسائل:

[المسأله الأولى الإمام عليه السلام يقضى بعلمه مطلقا]

الأولى لا- خلاف بيننا معتد به فى أن الامام (ع) يقضى بعلمه مطلقا فى حق الله و حق الناس، بل فى محكى الانتصار و الغنيه و الإيضاح و نهج الحق و غيرها الإجماع عليه، و هو الحجه مضافا إلى

قول على (عليه السلام) لشريح لما تخاصم مع من عنده درع طلحه(١): «ويلك أو ويحك إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على أعظم من هذا».

و لقوله تعالى(٢)«يا داؤد إنا جعلناك خليفه فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق». و قال(٣)«أن تحكموا بالعدل». و قال(٤):

«وَ إِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ» و من حكم بعلمه فقد حكم بالحق و العدل و القسط.

ول

قول الصادق (عليه السلام) فى خبر الحسين بن خالد(٥): «الواجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزنى أو يشرب خمرا أن يقيم عليه الحد، و لا- يحتاج إلى بينه مع نظره، لأنه أمين الله فى خلقه، و إذا نظر إلى رجل يسرق فالواجب عليه أن يزجره و ينهاه و يمضى و يدعه:

قال: فقلت: كيف ذاك؟ فقال: لأن الحق إذا كان لله تعالى فالواجب

١- ١ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٦.

٢- ٢ سورة ص: ٣٨- الآية ٢٦.

٣- ٣ سورة النساء: ٤- الآية ٥٨.

٤- ٤ سورة المائدة: ٥- الآية ٤٢.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٣٢- من أبواب مقدمات الحدود- الحديث ٣ من كتاب الحدود.

على الإمام إقامته، و إذا كان للناس فهو للناس».

و لوجوب تصديق الإمام فى كل ما يقوله و كفر مكذبه، و لذا

قتل أمير المؤمنين (عليه السلام) خصم النبى (صلى الله عليه و آله) لما تخاصما إليه فى الناقه و ثمنها(١)

و هو يقتضى وجوب الخروج من حق يخبر به الامام، و هو يقتضى وجوب إخبار الامام به، و إلا لأدى إلى ضياع الحق، هذا مع براءه ساحه الإمام (عليه السلام) لعصمته عن التهمه.

خلافًا لما حكاه السيد عن أبى على، فلم يجوزه مستدلا بأن الله تعالى أوجب للمؤمنين فيما بينهم حقوقًا أبطلها فيما بينهم و بين الكفار و المرتدين كالموارث و المناكح و أكل الذبائح و وجدنا الله قد اطلع رسوله (صلى الله عليه و آله) على من كان يظن الكفر و يظهر الإسلام، فكان يعلمه و لم يبين أحوالهم لجميع المؤمنين فيمتنعوا من مناكحتهم و أكل ذبائحهم.

و دفعه السيد بمنع أن الله تعالى قد أطلعه عليهم بأعيانهم، قال:

«فان استدل على ذلك بقوله تعالى(٢) «وَلَوْ نَشَاءُ لَأَرَيْنَاكُمْ فَلَعَرَفْتَهُمْ بِسَيِّمَاهُمْ، وَ لَتَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ» فهذا لا يدل على وقوع التعريف، و إنما يدل على

القدره عليه، و معنى قوله «وَلَتَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ» أى يستقر ظنك أو وهمك من غير ظن و لا- يقين- قال:- ثم لو سلمنا اطلاعه على ذلك لم يلزم ما ذكره، لأنه غير ممتنع أن يكون تحريم المناكحه و الموارثه و أكل الذبائح إنما يختص بمن أظهر كفره و رده دون من أبطنهما، و أن تكون المصلحه التى بها يتعلق التحريم و التحليل اقتضت ما ذكرنا، فلا- يجب على النبى (صلى الله عليه و آله) أن يبين أحوال من أبطن الرده و الكفر لأجل هذه الأحكام التى ذكرناها، لأنها تتعلق

١- ١ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

٢- ٢ سورة محمد ص: ٤٧- الآيه ٣٠.

بالمبطن و المظهر لا على سواء، و ليس كذلك الزنا و شرب الخمر و السرقة، لأن الحد فى الأمور يتعلق بالمظهر و المبطن على سواء».

هذا كله فى الإمام (عليه السلام) و غيره من القضاء يقضى بعلمه فى حقوق الناس قطعا و فى حقوق الله تعالى على قولين:

أصحهما القضاء و فى الانتصار و الغنيه و محكى الخلاف و نهج الحق و ظاهر السرائر الإجماع عليه، و هو الحجه.

مضافا إلى ما ذكره من استلزام عدم القضاء به فسق الحاكم أو إيقاف الحكم، و هما معا باطلان، و ذلك لأنه إذا طلق الرجل زوجته ثلاثا مثلا بحضرتة ثم جحد كان القول قوله مع يمينه، فان حكم بغير علمه و هو استحلافه و تسليمها إليه لزم فسقه، و إلا لزم إيقاف الحكم لا لموجب.

و استلزامه أيضا عدم وجوب إنكار المنكر و عدم وجوب إظهار الحق مع إمكانه أو الحكم بعلمه، و الأول معلوم البطلان فتعين الثانى، و ذلك لأنه إذا علم بطلان قول أحد الخصمين فان لم يجب عليه منعه عن الباطل لزم الأول و إلا ثبت المطلوب.

مضافا إلى ظهور كون العلم أقوى من البيئه المعلوم إرادته الكشف منها. و إلى تحقق الحكم المعلق على عنوان قد فرض العلم بحصوله، كقوله تعالى (١) «السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا». و «الزَّانِيَةُ وَ الزَّانِي» (٢) إلى آخرها. و الخطاب للحكام فإذا علموا تحقق الوصف وجب عليهم العامل، فان السارق و

الزاني تلبس بهذا الوصف لا من أقر به أو قامت عليه به البيئه، و إذا ثبت ذلك فى الحدود ففى غيره بطريق أولى.

١- ١ سورة المائدة: ٥ الآية ٣٨.

٢- ٢ سورة النور: ٢٤- الآية ٢.

كل هذا و في الانتصار «فان قيل: كيف تستجيزون ادعاء الإجماع و أبو علي بن الجنيد يصرح بالخلاف و يذهب إلى أنه لا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في شىء من الحقوق و الحدود؟ قلنا: لا خلاف بين الإماميه في هذه المسألة، و قد تقدم إجماعهم ابن الجنيد و تأخره، و إنما عول ابن الجنيد على ضرب من الرأى و الاجتهاد، و خطأؤه ظاهر، و كيف يخفى إطباق الإماميه على وجوب الحكم بالعلم؟ و هم ينكرون توقف أبى بكر عن الحكم لفاطمه بنت رسول الله (عليها السلام) بفدك لما ادعت أنجلها أبوها، و يقولون: إذا كان عالما بعصمتها و طهارتها و أنها لا تدعى إلا حقا فلا وجه لمطالبتها بإقامه البيئه، لأن البيئه لا وجه لها مع العلم بالصدق، فكيف خفى على ابن الجنيد هذا الذى لا- يخفى على أحد؟- ثم ذكر الأخبار التى سمعتها ثم قال:- فمن يروى هذه الأخبار مستحسنا لها معولا عليها كيف يجوز أن يشك في أنه كان يذهب إلى أن الحاكم يحكم بعلمه لو لا قله تأمل ابن الجنيد؟». و تبعه غيره في شدة الإنكار على ابن الجنيد في عدم جواز القضاء بالعلم.

و لكن الإنصاف أنه ليس بتلك المكانه من الضعف، ضروره أن البحث في أن العلم من طرق الحكم و الفصل بين المتخاصمين و لو من غير المعصوم في جميع الحقوق أو لا و ليس في شىء من الأدله المذكوره- عدا الإجماع منها- دلالة على ذلك، و الأمر بالمعروف و وجوب إيصال الحق إلى مستحقه بل كون العلم حجه على من حصل له يترتب عليه سائر التكاليف الشرعيه لا يقتضى كونه من طرق الحكم، بل أقصى ذلك ما عرفت، و أنه لا يجوز له الحكم بخلاف علمه، بل لعل أصاله عدم ترتب آثار الحكم عليه يقتضى عدمه.

كما أن

قوله (صلى الله عليه وآله) (١): «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

كذلك أيضا، بل ظاهر الحصر فى

صحيح هشام (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): إنما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان، و بعضكم ألحن بحجته من بعض»

كذلك، و كذا

قول أمير المؤمنين (عليه السلام) فى خبر إسماعيل بن أبى أويس (٣): «جميع أحكام المسلمين على ثلاثه: شهاده عادله أو يمين قاطعه أو سنه جاريه مع أئمه هدى»

و كذا الخبر الآخر عنه (عليه السلام) (٤) إلى غير ذلك من النصوص الظاهره فى حصر طريق الحكم بالمعنى المزبور بالبينه و اليمين.

و أقصى ما يخرج منها المعلوم كذبهما و لو لمخالفتها لعلمه، فلا يحكم حينئذ بهما، و هو لا يقتضى الحكم بعلمه و أنه أحد طرق للفصل كالبينه، بل هو أقوى، اللهم إلا أن يحمل ذلك كله على ما هو الغالب أو الظاهر منها فى صوره عدم العلم، خصوصا مع ملاحظه إجماع الأصحاب، و يمنع الأصل المزبور بإطلاق ما دل على قبول الحكم بالعدل، كما فى كل شرط يشك فى توقف القبول عليه.

و منه مع الإجماع المحكى مستفيضا المعتضد بالتبع يظهر حينئذ ضعف المحكى عنه من عدم جواز الحكم بالعلم مطلقا للإمام و غيره فى حق الله و حق الناس.

و فى المسالك عن مختصره الأحمدي من جواز الحكم فى حدود الله دون

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٥ و الباب- ٢٥- منها الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٦ بطريق الخصال.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٦.

حق الناس، و المحكى عن ابن حمزه عكس ذلك، و عن حدود النهايہ «إذا شاهد الامام من يزنى أو يشرب الخمر كان عليه أن يقيم الحد، و لا- ينتظر مع مشاهدته قيام البيه و الإقرار، و ليس ذلك لغيره، بل هو مخصوص به، و غيره و إن شاهد يحتاج إلى أن يقوم بينه أو إقرار من الفاعل».

مع أنه لم نجد للجميع مستندا صالحا غير ما عرفت سوى اقتضاء ذلك التهمه- التي قد تحصل أيضا مع البيه و تزكيه النفس الحاصله بالجلوس في منصب القضاء- و

النبوى في قضيه الملاعنه(١) «لو كنت راجما من غير بينه لرجمتها»

التي لم يثبت صحته في طرقنا، و دعوى بناء حدود الله المسامحه و الستر الممنوعه بعد الثبوت بالعلم.

و حينئذ فلا إشكال في المسأله، ف يجوز له أن يحكم في ذلك كله من غير حضور شاهد يشهد بالحق معه يشهد الحكم أى يحضره، كما عن الحسن بن حى قال في الحدود:

«إن علم بعد القضاء- أى بعد تولى منصب القضاء- فلا يقضى حتى يشهد معه ثلاثه، و فى غيره واحد» و عن الأوزاعى «أنه يشهد معه رجل آخر فى القذف حتى يحده» و قال الليث: «لا يحكم فى حقوق الناس حتى يشهد معه آخر» و قال ابن أبى ليلى: «من أقر عند القاضى بدين فى مجلس الحكم فالقاضى لا ينفذ ذلك حتى يشهد معه آخر» إلى غير ذلك من أقوالهم المبنيه على الرأى و القياس و الاستحسان و المصالح المرسله.

هذا و لكن لا يخفى عليك قصور عبارته عن تأديه المعنى المزبور بناء على كون المراد بها الإشاره، ضروره عدم مدخليه شهاده الحكم فى ذلك بمعنى حضوره، إذ المراد شاهد آخر بالحق مع الحاكم حضر الحكم أو لم يحضره.

كما أن ما فى قواعد الفاضل من استحباب ذلك رفعا للتهمة لم نتحقق دليله، بل لا- يخلو من منع إن أراد جواز الامتناع من الحاكم إذا لم يكن غيره، و الله العالم.

و على كل حال فى المسالك استثناء صور من القضاء بالعلم حتى على القول بالمنع: (منها) تركيه الشهود و جرحهم لثلا يلزم الدور أو التسلسل، و (منها) الإقرار فى مجلس القضاء و إن لم يسمعه غيره، و قيل يستثنى إقرار الخصم مطلقا، و (منها) العلم بخطأ الشهود يقينا أو كذبهم، و (منها) تعزير من أساء أدبه

فى مجلسه و إن لم يعلم غيره، لأنه من ضروره إقامته أبه القضاء، و (منها) أن يشهد معه آخر، فإنه لا يقصر عن شاهد.

و لا يخلو الأخير منها من نظر، لعدم وضوح دليل الاستثناء فيه مع فرض عدم جواز القضاء بالعلم، بل و الثانى إذا كانت الدعوى إقراره، و الفرض تعقيبه له بالإنكار و لم يسمعه منه إلا- الحاكم، فان طريق ثبوته حينئذ ليس إلا- البينه، اللهم إلا- أن يقال: إن الإقرار حتى فى الفرض أحد طرق الحكم كسماع البينه، فتأمل جيدا.

ثم إن الظاهر إرادته الأعم من اليقين و الاعتقاد القاطع و لو من تكثير أمارات من العلم، لكون الجميع من الحكم بالحق و العدل و القسط عنده و لغير ذلك مما سمعته من أدله المسألة و إن كان هذا الفرد من العلم مما يمكن فيه البحث نحو ما ذكره فى الشاهد، و ليت المانع اقتصر عليه فى غير الامام باعتبار احتمال كونه خطأ عند غير القاطع، و الله العالم.

[المسألة الثانية إذا أقام المدعى بينه و لم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدعى حبس المنكر ليعديلها يجوز حبسه لقيام البينة بما ادعاه]

المسألة الثانية:

إذا أقام المدعى بينه و لم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدعى حبس المنكر ليعديلها قال الشيخ (رحمه الله) في محكي المبسوط:

يجوز حبسه لقيام البينة بما ادعاه و ربما تبعه جماعه بناء منهم على الاكتفاء فى ثبوت الحق بالبينة التى لم يعلم فسقها و إن كان قد يطلب تزكيته لاستراجه الحاكم أو التماس الغريم أو للاستظهار أو لنحو ذلك.

و لكن فيه إشكال بل منع بناء على المختار من حيث عدم ثبوت الحق إلا بالبينة العادله، ضروره أنه لم يثبت حينئذ بتلك البينه المفروضه حق يوجب العقوبه التى منها الحبس و لا المطالبه بكفيل أو رهن، كما هو واضح.

و دفع ذلك ببعض الاعتبارات و الاستحسانات مما لا- ينطبق على أصولنا، و البناء على أصاله العداله يوجب حكم الحاكم، فتخرج المسأله عن الفرض، بل لا يخفى عليك فى المحكى عن الشيخ من عدم الالتتام، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

[المسألة الثالثة لو قضى الحاكم على غريم مثلاً بضمان مال و أمر بحبسه فعند حضور الحاكم الثانى ينظر]

المسألة الثالثة:

لو قضى الحاكم على غريم مثلاً بضمان مال و أمر بحبسه فعند حضور الحاكم الثانى يجب عليه أن ينظر (١١) فى حكم الأول، لاحتياج الاستيفاء منه إلى مسوغ فان كان الحكم (١٢) الأول موافقاً للحق لزم و إلا أبطله، سواء كان مستند الحكم (١٣) الثانى قطعياً

كإجماع أو خبر متواتر أو اجتهاديا كخبر الواحد و منصوص العله و نحوهما و قد أخطأ الأول فى الاجتهاد، لأنه يكون حينئذ الأول من الحكم بغير ما أنزل الله تعالى.

و كذا كل حكم قضى به الأول غير المفروض و بان للثانى فيه الخطأ و لو لفساد الاجتهاد من الأول فإنه ينقضه، و كذا لو حكم هو ثم تبين الخطأ على نحو ما سمعته فى غيره فإنه يبطل الأول و يستأنف الحكم بما علمه لما عرفت.

هذا و لكن قد يشكل وجوب النظر فى الأول- و إن جزم به فى المسالك، بل ظاهره المفروغيه منه عند ذكرهم من الأدب النظر فى المحبوسين- بأن ذلك من آثار الحكم الأول الذى قد أمرنا بعدم رده بعد حمله على الوجه الصحيح، فهو حينئذ كالتصرف بالمال الذى قد أخذ بحكمه من غير فرق بين الدار و غيرها.

على أنه لا- إشكال فى ثبوت الحق بحكم الحاكم، فلا يجوز له النظر مع امتناع من له الحق عن المرافعه، لانقطاع دعواه بحكومه الأول فضلا عن أن يجب عليه، بل ربما يتوهم عدم محل للدعوى و إن تراضى الخصمان بتجديدها عند الحاكم الثانى، و إن كان الأقوى خلافه، بل الأقوى نفوذ حكمه و إن اقتضى نقض الأول و لو لدليل اجتهادى يعذر فيه.

و يمكن حمل عبارته المصنف على هذا أو على معنى ثبوت الحق بحكم حاكم عند حاكم آخر، لأن أقصاه إلزام الخصم بمقتضى البيئه التى قامت عنده مثلا، و مثله لا يكون مثبتا للحق عند غيره، و عدم جواز الرد عليه مع عدم العلم بفساده لا يقتضى تحقق الموضوع الذى يتوقف عليه مباشره الثانى لاستيفاء الحق الذى هو من ولايه القضاء بالمعنى الأعم، فليس له حينئذ ذلك إلا بعد ثبوت كونه مستحقا عليه عنده، و ليس فى

الأدلة أزيد من حرمة الرد و من الإنكار على الراد له و نحو ذلك مما لا دلالة فيه على ثبوت الحق عند الثاني على وجه يكون وليا على استنقاذه.

و لكن لا يخفى عليك منافاه ذلك لما تسمعه من وجوب التنفيذ على الحاكم حكم آخر، بل هو إنشاء حكم من الحاكم الثاني بإلزام الأول حتى لو خالف رأيه، و دعوى أن المفروض عدم انتهاء الحكم فيه من الأول يدفعها ظهور العبارة في خلافها، ضروره كون حبه لاستنقاذ الحق منه، فلا محيص عن حمل العبارة على إرادته النظر إن شاء، لا وجوبه أو نحو ذلك.

و حينئذ لا يحتاج إلى التقييد بفساد الاجتهاد الأول لتقصير و نحوه، بل له نقضه مع تراضيهما بتجديده أو كان مما يلزم الحاكم الثاني تجديده لإرادته ثبوت العنوان عنده و إن كان اجتهاد الأول صحيحا. بل و كذا عبارة الإرشاد «و كل حكم ظهر بطلانه فإنه ينقضه، سواء كان هو الحاكم أو غيره، و سواء كان مستند الحكم قطعيا أو اجتهاديا» بل و ما فى القواعد «الأقرب أن كل حكم ظهر له أنه خطأ سواء كان هو الحاكم أو السابق فإنه ينقضه و يستأنف الحكم بما علمه» بناء على ما فهمه الشهيد من إرادته الأعم من القطع و الظن بظهور الخطأ، و سواء كان الأول عن اجتهاد صحيح أو لا.

و لعل الداعى لهم على حمل نحو عبارة المصنف و ما شابهها على ما عرفت من فساد الاجتهاد- حتى جزم به المحقق الأردبيلي حاملا- لعبارة الدروس عليه التى أشكلها فى المسالك مع حمله عبارة المصنف و غيرها على إرادته فساد الاجتهاد، و تبعه فى كشف اللثام، و إن أشكل الفرق بين الاجتهاد الصحيح و غيره، خصوصا فى هذه الأزمنة التى تكثرت فيها الأمارات حتى أنه ربما يطرح الخبر الصحيح فى مقابله الأصل و نحوه- هو أنها

منافيه فى الظاهر لما هو المعلوم- بل حكى عليه الإجماع بعضهم- من عدم جواز نقض الحكم الناشئ عن اجتهاد صحيح باجتهاد كذلك، و إنما يجوز نقضه بالقطعى من إجماع أو سنه متواتره أو نحوهما.

بل عن الشيخ أن الحكم خطأ و لو بمخالفه القاطع لم ينقض إذا كان حقا للناس، لأن صاحب الحق ربما أسقط حقه، نعم ينقض إذا كان حقا لله عز و جل، كالعق و الطلاق، و به أفتى الفاضل فى القواعد أولا و إن كان فيه ما عرفت من عدم الإجماع على عدم جواز النقض فيما ذكرناه من الفرض.

و قد يناقش الشيخ بأن له الرئاسة العامه المقتضيه للخطاب بإظهار الحق و تأييده و رد الباطل و إفساده من غير فرق بين الجميع، نعم لو رضى المحكوم عليه بعد ظهور بطلان الحكم عليه ببذل ماله لمن فى يده المال مثلا فلا بأس، لأن الناس مسلطون على أموالهم، و مجرد احتمال رضاه لا- يرفع الخطاب بإظهار الحق و تدمير الباطل كما وقع منهم (عليهم السلام) و خصوصا أمير المؤمنين (عليه السلام) فى قضايا متعددة وقعت من حكام الجور فى زمانه(١).

نعم قد يقال: إن ذلك كله مع المخالفه للدليل العلمى الذى لا مجال للاجتهاد فيه، و لكن وقع الحكم من الأول غفله عنه أو جورا أو نحو ذلك، أما القطعى النظرى كإجماع استنباطى و خبر محفوف بقرائن و تكثر أمارات و نحو ذلك مما يمكن وجود عكسها عند الأول كما نراه بالعيان بين العلماء و خصوصا فى دعوى الإجماع فلا يبعد عدم جواز النقض به فى غير ما فرضناه، ضروره اندراج حكم الأول فى الأدله المقتضيه لنصبه،

١- ١ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٦ و الباب ٢١ منها الحديث ٢.

فان المدار فى صحته على معرفه حكمهم بالاجتهاد الصحيح الذى هو أعم من القطع النظرى و الظن، و احتمال الإصابه للواقع فى المقطوع بهما عند الحاكمين أو أحدهما لكل منهما متحقق للشىء فى حد ذاته و إن لم يكن محتملا عند القاطع، إلا أنه هو حاكم بصحته فى حق الحاكم الآخر و من ترفع إليه من حيث ظهور دليل حجيه اجتهاده فى ذلك، فلو نقضه حينئذ لكان ناقضا لحكمه نفسه الذى استفاده من دليل صحه الاجتهاد، فلا يبعد القول بعدم جواز النقض أيضا بالقطع النظرى كالظنى، لأنهما عند التأمل متحدان فيما قلناه، و يختص النقض به فى الفرض الأول الذى مرجعه إلى عدم اجتهاد صحيح، بل له نقضه إذا كان كذلك فى الظنى أيضا، ضروره ظهور دليل صحه الحكم و حرمة الرد عليه فيما إذا

كان عن اجتهاد صحيح و إن ظن الحاكم الثانى خطأه أو قطع بدليل قطعى نظرى.

و قد بان لك من جميع ما ذكرنا أن الحكم ينقض و لو بالظن إذا تراضى الخصمان على تجديد الدعوى و قبول حكم الحاكم الثانى، و ينقض إذا خالف دليلا علميا لا مجال للاجتهاد فيه أو دليلا اجتهاديا لا مجال للاجتهاد بخلافه إلا غفله و نحوها، و لا ينقض فى غير ذلك، لأن الحكم بالاجتهاد الصحيح حكمهم، فالراد عليه راد عليهم (عليهم السلام) و الراد عليهم على حد الشرك بالله تعالى من غير فرق بين اقتضائه نقض فتوى و عدمه للإطلاق. و من هنا جاز نقض الفتوى بالحكم دون العكس.

و المراد بنقضها إبطال حكم الكلى فى خصوص الجزئى الذى كان مورد الحكم بالنسبه إلى كل أحد، من غير فرق بين الحاكم و مقلدته و بين غيرهم من الحكام المخالفين له و مقلدتهم و يبطل حكم الاجتهاد و التقليد فى خصوص ذلك الجزئى.

كما أنه لا فرق فى ذلك بين العقود و الإيقاعات و الحل و الحرمة

و الأحكام الوضعيه حتى الطهاره و النجاسه، فلو ترافع شخصان على بيع شىء من المائعات و قد لاقى عرق الجنب من زنا مثلا عند من يرى طهارته فحكم بذلك كان طاهرا مملوكا للمحكوم عليه و إن كان مجتهدا يرى نجاسته أو مقلد مجتهد كذلك لإطلاق ما دل (١) على وجوب قبول حكمه و أنه حكمهم (عليهم السلام) و الراد عليه راد عليهم، و يخرج حينئذ هذا الجزئى من كلى الفتوى بأن المائع الملاقى عرق الجنب نجس فى حق ذلك المجتهد و مقلدته. و كذا فى البيوع و الأنكحه و الطلاق و الوقوف و غيرها، و هذا معنى وجوب تنفيذ الحاكم الثانى ما حكم به الأول و إن خالف رأيه ما لم يعلم بطلانه.

و أما عدم نقض الحكم بالفتوى حتى من ذلك الحاكم لو فرض تغير رأيه عن الفتوى بعد حكمه فى جزئى خاص فلاصالة بقاء أثر الحكم و ظهور أدلته فى عدم جواز نقضه مطلقا، و عدم اقتضاء دليل الفتوى أزيد من العمل بأفراد كلى متعلقها من حيث إنها كذلك، فلا تنافى خروج بعض أفرادها بالحكم لدليلها، بل لعله ليس من متعلق كليها المراد به ما عدا المحكوم عليه من أفرادها.

م هى إنما تنقض بالفتوى على معنى بطلان الفتوى برجوع صاحبها عنها فيما لم يعمل به من أفرادها، أما ما عمل به فيه منها فلا نقض فيما لا- يتصور النقض فيه، كما إذا كان فعلا قد فعله أو مالا أكله أو شربه، بل لو كان من الأفعال التى لها قضاء أو إعادته كالصلاه و نحوها مما يندرج فى قاعده الاجزاء و غيرها فلا نقض فيه مع فرض كون الثانى ظنيه أيضا، بل لو عمل بالفتوى مما يقتضى الاستمرار و البقاء لم ينقض بالتغير، كما لو تزوج امرأه ارتضعت معه عشر رضعات بفتوى عدم نشرها الحرمه

ثم رجع المفتى عن ذلك لم يبطل نكاحه و إن كان لا يجوز له تزويج امرأه أخرى كذلك إذا كان مقلدا له في ذلك، لأن العقد المقتضى دوام النكاح قد وقع بالفتوى الأولى التى لم يعلم بطلانها، فأثار حكم العقد باقيه على حالها، للأصل و غيره إلا إذا تعقبه حكم بالفسخ، لما عرفت من نقض الفتوى به.

و هكذا كل ما كان من هذا القبيل من الأسباب المستقلة بدليل على لزومها بمجرد عدم العلم بفسادها، فتبقى حينئذ على ذلك و إن تغير رأى المجتهد، فإنه لا دليل على الفسخ به، بل حاصل الأدلة خلافه كما يبقى على قاعده الأجزاء مثل الصلاة و الغسل و الوضوء.

بل قد يقال: إن غسل النجاسه أيضا كذلك و إن كان لا يخلو من نظر و بحث، ضروره عدم مقتضى للدوام فيه، بل هو تابع لظن المجتهد ما دام باقيا، فلو غسل مثلا شيئا بالماء القليل الملاقى للنجاسه بفتوى عدم تنجسه بذلك ثم تغير رأيه و جب تجديد الغسل، لأن طهاره المغسول به مقيده بما دام ظن المجتهد كذلك، فهو حينئذ كالماء نفسه و هكذا. بل قد يقال فى نحو الوضوء به بوجوب تطهير

اليد و إن قلنا بصحة الوضوء به، اللهم إلا أن يمنع ذلك لقاعده العسر و الحرج، خصوصا فيما لو بنى به مثلا مسجدا و نحوه إلا أن ذلك كما ترى.

أما الفتوى بطهاره شىء للأصل مثلا ثم تغير رأيه إلى النجاسه فلا إشكال فى وجوب اجتنابه عليه، لعدم استناد الطهاره المفتى بها أولا إلى سبب يقتضى بقاءها.

و ما عن العميدى من الإجماع على النقض فى نحو نكاح المرتضعه لم نتحققه، بل لعله على العكس، كما هو مقتضى السيره مضافا إلى ما عرفت، و حينئذ فالمراد بنقضها فى نحو الفرض بطلان العمل بها فى جميع المتجدد من أفرادها، و أما ما وقع فلا نقض فيه.

و من ذلك كله بان لك الحال فى الصور الأربعة: و هى نقض الفتوى بالفتوى و بالحكم و نقض الحكم بالفتوى و بالحكم.

و لكن بقى الكلام فى الفرق بينهما، و الظاهر أن المراد بالأولى الاخبار عن الله تعالى بحكم شرعى متعلق بكلى، كالقول بنجاسه ملاقى البول أو الخمر، و أما قول هذا القدر نجس لذلك فهو ليس فتوى فى الحقيقه و إن كان ربما يتوسع بإطلاقها عليه، و أما الحكم فهو إنشاء إنفاذ من الحاكم لا منه تعالى لحكم شرعى أو وضعى أو موضوعهما فى شىء مخصوص.

و لكن هل يشترط فيه مقارنته لفصل خصومه كما هو المتيقن من أدلته، لا أقل من الشك، و الأصل عدم ترتب الآثار على غيره، أو لا يشترط، لظهور

قوله (عليه السلام) (١): «إني جعلته حاكماً»

فى أن له الإنفاذ و الإلزام مطلقاً، و يندرج فيه قطع الخصومه التى هى مورد السؤال و من هنا لم يكن إشكال عندهم فى تعلق الحكم بالهلال و الحدود التى لا مخصصه فيها.

و عليه حينئذ فإذا أريد الإلزام بشىء و إنفاذه على وجه تنقطع عنه الخصومات الآتية من حيث الاختلاف فى الاجتهاد أنشأ الحاكم إنفاذ تلك الخصومه منه على

وجه تكون كما لو وقع النزاع فيها، فإذا أنشأ الحكم بصحة تزويج المرتضعه معه عشر رضعات مثلاً لم يكن لهما بعد ذلك الخصومه من هذه الجبهه فتأمل.

ثم إن الفاضل فى القواعد قال: «صوره الحكم الذى لا ينفذ أن يقول الحاكم: قد حكمت بكذا أو قضيت أو نفذت الحكم بكذا أو أمضيت أو ألزمت أو ادفع إليه ماله أو اخرج من حقه أو يأمره بالبيع و غيره، و لو قال: ثبت عندى أو ثبت حقك أو أنت قد قمت بالحجه أو أن دعواك ثابتة شرعاً لم يكن ذلك حكماً، و يسوغ إبطاله».

و فى الدروس يقول: «حكمت أو قضيت أو أنفذت أو أمضيت أو ألزمت، و قيل: يكفى ادفع إليه ماله أو اخرج إليه من حقه، أو يأمره بأخذ العين و بيعها، و لا يكفى أن يقول: ثبت عندى أو أن دعواك ثابتة، و يجوز نقضه عند عروض قاذح بخلاف الأول».

قلت: لا دليل على اعتبار لفظ خاص فيه، فيكون المدار على كل ما دل على إنشاء معنى الحكم، بل لا يبعد الاكتفاء بالفعل الدال على ذلك فضلا عن قول: «ثبت عندى» مريدا به ذلك، أما مع عدم إرادته إنشاء ذلك بها فليست حكما، و كذا قوله: «ادفع إليه ماله» و نحوه و بالجمله فالمدار على ما عرفت، لأنه حكم لغة و عرفا.

بقى شىء: و هو أنه مع تغير رأى المجتهد يجب عليه إعلام مقلديه بذلك، و يجب عليه محو ما كتبه من فتواه الأولى؟ صريح الأردبيلي ذلك، لكن فى صورته معلوميه فساد الأول بدليل قطعى أو بفساد الاجتهاد الأول، لأنه حينئذ خلاف الحق و الصواب، فيجب رفعه لثلاث- يقع الناس فى غير الحق، و لا يبقى الباطل معمولا به و معتقدا لأحد، بل الظاهر اتحاد الحكم و الفتوى بالنسبة إلى ذلك.

إنما الكلام فى وجوب الاعلام و المحو مع العدول لدليل ظنى على وجه لا يقتضى فساد الاجتهاد الأول، و الظاهر عدمه، بل ينبغى القطع بعدم وجوب محوه من الكتاب، كما هو المشاهد من سيره العلماء فى اختلاف فتاواهم فى الكتاب الواحد، بل بدون مسافه معتد بها، على أن المقلد العامل باستصحاب بقاء مقلده على فتواه معذور، و لا إثم عليه، فلا أمر بالمعروف بالنسبة إليه، بل لا يبعد القول بصحة عمله و إن كان عباده، أما لاقتضاء الاستصحاب المستفاد من قاعده اليقين البديهي عن الواقع إلى أن يعلم إلا ما خرج بالدليل، و إما لأنها حينئذ من عباده الجاهل التى

لم يعلم فساده باعتبار موافقتها للفتوى الأولى و لم يعلم بطلانها، فتندرج فى المطلقات بناء على أنه أسماء للأعم.

و أولى من ذلك معاملاته من عقود أو إيقاعات، بل ظاهر القمى فى قوانينه صحتها حتى من الجاهل المتنبه للتقليد و قصر فيه إذا كانت موافقه لأحد الأقوال فى المسألة معللا ذلك بمعلومية عدم اعتبار إيقاعها بعنوان التقليد و لو للسيره القطعيه، و بعد وقوعها فالأصل فيها الصحة حتى يعلم الفساد، و الفرض عدمه، فيندرج العقد المزبور فى إطلاق ما دل على صحته، و الإثم بترك التقليد مع تنبهه له لا يقتضى فساد العقد.

بل قد يقال: إن ذلك منه يقتضى صحة العقد من المجتهد أو مقلده إذا أوقعه على خلاف الاجتهاد أو التقليد و كان موافقا لأحد الآراء فى المسألة، اللهم إلا أن يدعى أن الحكم الوضعى فى حقهما بعد اتصافهما بالوصفين المذكورين خلاف ذلك.

إلا- أنه كما ترى، بل سابقه أيضا كذلك، ضروره أن إلحاقها بالصحيح لموافقتها لرأى القائل بذلك ليس بأولى من إلحاقها بالفاسد لموافقتها للقائل بذلك، بل هو من الترجيح بلا مرجح، و أصاله الصحة تقتضى حمل الفعل ذى الوجهين على الوجه الصحيح منهما لا أن الحق القول بالصحة، و الإطلاقات بعد تقييدها و لو بالاجتهاد لا وجه للاستناد إليها، بل لعل الأصول تقتضى الفساد، باعتبار رجوع ذلك إلى الشك فى حصول السبب الناقل مثلا.

نعم قد يقال بالصحة إذا كانت موافقه لرأى من يجوز تقليده حال وقوعها و الفرض أنه أوقعها الفاعل بعنوان ذلك و لو بتقليد من لا يجوز تقليده و قلنا إن مثله تقليد لمن يجوز تقليده و إن أخطأ فى تشخيصه إلا أنه موافق له.

لكنه كما ترى أيضا، ضروره عدم ذلك اتباعا و تقليدا، فالأولى القول بوقوعها مراعاة غير محكوم عليها بصحة و لا فساد إلا إذا لحقها و لو بعد ذلك بتقليد، فإنه ينكشف بذلك صحتها حال وقوعها، فيكون التقليد حينئذ طريقا إلى معرفه صحتها حين وقوعها، بل العباده أيضا كذلك إذا فرض وقوعها من أول الأمر بعنوان القربه، و لا يكون ذلك إلا فى الجاهل غير المتنبه حال إيقاعها بخلاف المعامله، فإنه يجوز وقوعها و لو مع الشك، لعدم اعتبار النيه فيها و عدم اعتبار سبق التقليد.

و لو فرض اختلاف المتعاقدين فاختر أحدهما القول بالفساد و الآخر الصحة و حدث بينهما نزاع ترافعا إلى حاكم يحكم بينهما بمقتضى رأيه فى خصوص المتنازع فيه، و يكون هو الحجه عليهما فيه، و ينقض تقليد أحدهما فيه، كما عرفته سابقا، فتأمل جيدا فإن المسأله من المشكلات التى لم تحرر.

بل الظاهر إجراء حكم الصحة و الفساد على توابع عقدهما من كل مجتهد اتفق له النظر فيه بنوع من الأنواع و إن ماتا على عدم التقليد و لم يلحقاه بما يقتضى الصحة فى حقهما، و الله العالم.

[المسأله الرابعه ليس على الحاكم تتبع حكم من كان قبله]

المسأله الرابعه:

ليس على الحاكم تتبع حكم من كان قبله و لا- غيره حملا لفعله على الوجه الصحيح و إن جاز له ذلك للأصل و غيره لكن لو زعم المحكوم عليه أن الأول حكم عليه بالجور لفساد اجتهاد و نحوه لزمه النظر فيه أى فى حكمه بلا- خلاف أجده بين من تعرض له منا، لأنها دعوى لا دليل على عدم سماعها، فتبقى مندرجه فى إطلاق

ما دل على قبول كل دعوى من مدعيها من

قوله (صلى الله عليه وآله) (١): «البينه على المدعى»

و غيره.

و لا ينافى ذلك ما تقدم من وجوب النظر فى المحبوس و إن لم يدع الظلم و الجور عليه، لما عرفته سابقا من معنى الوجوب مع فرض تمام الحكم من الأول، نعم لو أريد الحكم عليه كما حكم به الأول توقف الحكم عليه بأداء الحق على ثبوته عنده، و لا يكفى فيه حكم الحاكم السابق كما عرفته سابقا، بخلاف المقام المفروض فيه أيضا تمام حكم الحاكم و لم يبق شىء منه، فليس عليه التعرض له حتى يدعى المحكوم عليه ذلك، فيلزمه حينئذ النظر مقدمه لقطع الدعوى المسموعة، كما هو واضح.

و كذا لو ثبت عنده ما يبطل حكم الأول و لو بإقرار منه أو غيره أبطله سواء كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس على الأصح كما فى التحرير خلافا للفاضل و للمحكى عن الشيخ و بعض العامه من الاقتصار على الأول الذى له النظر فيه بخلاف الثانى المتوقف على مطالبه المستحق، و قد عرفت ضعفه، لمعلوميه وجوب إنكار المنكر عليه فى نفسه باعتبار كونه حكما يبطل و بغير ما أنزل الله تعالى شأنه، و أن له الولاية العامه.

إنما الكلام فى لزوم النظر فى الأول الذى قد يشكل - كما عن بعض العامه - بعدم اقتضاء ذلك وجوبه، بل أقصاه طلب البينه من المدعى على دعواه، فان لم يكن فله اليمين، و لا تلازم بين سماعها و وجوب النظر فى حكمه، إلا أنه كما ترى، ضروره وجوب سماع كل دعوى مقبوله عليه، لاقتضاء منصبه ذلك، و لإطلاق الأدله و الأمر بالمعروف، و غير ذلك.

كما أنه قد يشكل أيضا سماع ذلك بالنسبة إلى نواب الغيبة من دون بينه بظهور دليل نصبهم في أنه ليس للمحكوم عليه الاعتراض فيما حكموا به، وأنه بمنزلة إنكار المولى عليه فعل وليه حال ولايته عليه بل أعظم، ضروره أن مقتضى جعل الامام (عليه السلام) له حاكما أى وليا فى ذلك، بل ذلك يقتضى سماع المحكوم عليه أخيرا، لو قال: إنه حكم عليه بالجور و هكذا، و يلزم منه فساد عظيم.

و لعله لذا كان ظاهر المصنف و غيره اختصاص ذلك بالحاكم المعزول باعتبار ارتفاع ولايته، فيكون دعوى المحكوم عليه كدعوى المولى عليه على وليه بعد ارتفاع ولايته و إن كان متعلق الدعوى الفعل حال الولاية، إلا أنه يدعى فساد، فتأمل جيدا، فان ذلك لا يصلح فارقا بعد إطلاق الأدلة ما يقتضى سماعها على غير المعصوم، فالتحقيق سماعها مطلقا و إجراء أحكام الدعاوى عليها كغيرها، و ليس من الرد على الحاكم، بل هو من بيان خطأ الحاكم الذى هو غير معصوم.

[المسألة الخامسة إذا ادعى رجل أن المعزول قضى عليه بشهادة فاسقين وجب إحضاره و إن لم يقيم المدعى بينه]

المسألة الخامسة:

إذا ادعى رجل أن المعزول قضى عليه بشهادة فاسقين وجب إحضاره و إن لم يقيم المدعى بينه له بذلك، بل و إن صرح بعدمها بناء على أن له اليمين، و لاحتمال إقراره، و أبهه القضاء لا- تنافى ذلك فان حضر و اعترف ألزم بالمال إن كان قد أخذه أو استوفى بحكمه.

و إن قال: لم أحكم إلا بشهادة عدلين قال الشيخ: يكلف البينة، لأنه اعترف بنقل المال و هو يدعى بما يزيل الضمان عنه فعليه البينة حينئذ.

و يشكل بما هو معلوم من أن الظاهر استظهار الحكام

فى أحكامهم لأنهم أمناء على ذلك فىكون القول قوله مع يمينه، لأنه يدعى الظاهر بل ربما قيل أو احتمال عدم اليمين، و لعله على ذلك يبنى عدم جواز إحضاره المقتضى لامتهانه عند القائل به، و مجرد احتمال الإقرار لا يقتضى وجوبه بعد أن كانت الدعوى لا يمين لمدعيها على المدعى عليه، لأنه يدعى عليه مالا، و هذا كله جار فى المسألة السابقة بالنسبة إلى إحضار الحاكم مطلقا أو مع ذكر البينه و أن القول قوله مطلقا أو بيمينه أو يكلف البينه.

و لكن الأول أقوى، فىجب الإحضار مطلقا، سواء كانت الدعوى بأخذ أو استيفاء بحكمه أو غير ذلك.

و كذا لو ادعى أنه أخذ منه رشوه أو نحو ذلك، بل أولى بالقبول، نعم لا يخفى عليك ما ذكرناه من احتمال عدم جريان نحو ذلك فى نواب الغيبة الجامعين للشرائط و إن سمعت الدعوى عليهم فى غير ما يتعلق بما هم أولياء فيه و إن كان التحقيق خلافه لما سمعت.

و لو بان أن الحاكم ليس من أهل الحكومه نقض جميع أحكامه و إن كانت صوابا إلا ما لا فائده للنقض فيه، كرد المغضوب و الوديعه و نحوهما.

و لو كان الحكم خطأ عند الأول و لكن حكم به غفله و صوابا عند الثانى فالأقوى نقضه، كما لو تنبه الحاكم بنفسه له، و الله العالم.

[المسألة السادسة إذا افتقر الحاكم إلى مترجم لم يقبل إلا شاهدان عدلان]

المسألة السادسة:

إذا افتقر الحاكم إلى مترجم لسماح الشهاده و نحوها لم يقبل إلا شاهدان عدلان حتى فيما يكتفى فيه بالشاهد و الامرأتين، لأنه بحكم الشهاده على الشهاده لا الشهاده فيه، و لذا يكتفى بالعدلين فى ترجمه

شهود الزنا المعتبر فيه أربعة و لا- يقنع بالواحد عملاً بالمتفق عليه بعد الشك في أن ذلك من موضوع الشهادة أو الرواية، و لا أصل و لا إطلاق ينقح أحدهما، فيجرى عليه حينئذ حكم الشهادة من التعدد، و لو لأنه المتيقن بخلاف غيره.

و دعوى أن الأصل الرواية- لأن الشهادة قسم من الخبر و لكن اعتبر الشارع في بعض أفرادها التعدد، فما لم يثبت فيه يبقى على عموم ما دل على قبول خبر العدل- يدفعها وضوح التباين بين الرواية و الشهادة في العرف الذي هو المرجع في أمثالهما بعد معلوميه عدم الوضع الشرعى فيهما و عدم الاجمال، و اعتبار التعدد في موضوع الشهادة، لا أنه هو المميز لها عن الرواية، و كون جنسهما الخبر لا- يقتضى أنها قسم منه، بل هما نوعان متميزان في العرف الذي يمكن أن يقال إن الترجمة فيه قد تكون من الشهادة و قد تكون من الرواية، لا- أنها مطلقاً شهادة أو رواية، فحيث يراد بها إثبات ما يترتب عليه الحكم كشهادة الشاهد احتيجت إلى التعدد، ضروره أنها حينئذ بمنزلة شهادة الفرع التي لا بد فيها من التعدد، لأنها شهادة حينئذ، و حيث يراد فيها بيان المراد في غير ذلك كانت رواية، و يكفي فيها الواحد، و لعل منه بيان عبارته المجتهد مثلاً لمقلديه، أو بيان المراد من السؤال للمجتهد مثلاً ليذكر حكمه و نحو ذلك مما لا يعد شهادة، بل هو من قسم الرواية و لو بالمعنى.

و بالجمله فالمدار على تميز أفراد الشهادة و الرواية المقابلة لها العرف، فما كان من الأول اعتبر فيه التعدد، للأدلة الدالة على اعتبار ذلك فيها من قوله تعالى (١) «وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» بناء على استفادته ذلك منه، و غيره، و ما كان من الثاني اكتفى فيه بالواحد، لإطلاق

دليل قبول خبر العدل، و مع الشك فالظاهر لحقوق حكم الشهاده عملا بالمتفق عليه لما عرفت.

و آيه النبي(١) بعد أن كان موردها من أفراد الشهاده أو ما يشبهه وجب كون المراد من المفهوم فيها عدم وجوب تبين نأ العدل في موضوعي الشهاده و الروايه، على معنى كونه مقبولا في الجملة و إن كان قبوله في الشهاده على معنى أنه جزء البينه، و قبوله في الروايه العمل به من غير حاجه إلى التعدد الذي استفيد من الأدله اعتباره في الشهاده دون غيرها، و حينئذ فليس المراد من الآيه قبول كل نأ لعدل على معنى العمل به من غير حاجه إلى تعدد إلا ما خرج بالدليل، فيكون ذلك أصلا لكل نأ لم يعلم اعتبار التعدد فيه، ضروره عدم دلاله الآيه حينئذ على حكم موردها، بل و لا- على حكم الشهاده. و أولى من ذلك دعوى اختصاص الآيه بحكم الروايه المقابله للشهاده بقرينه اعتبار التبين في نأ الفاسق و عدمه في نأ العدل، و ذلك من خواصها، فإن شهاده الفاسق لا تبين فيها.

هذا و قد يقال: إنه يمكن استفاده اعتبار التعدد في كل ما كان له مدخله في القضاء و لو موضوع المدعى و تزكيه الشاهد و جرحه و غير ذلك، ل

قوله (صلى الله عليه و آله)(٢): «إنما أفضى بينكم بالبينات»

إلى آخره.

و قوله (عليه السلام)(٣): «استخراج الحقوق»

إلى آخره و غير ذلك مما يقتضى أنه لا بد من التعدد في ثبوت كل موضوع للقضاء، و منه حينئذ الترجمة لشهاده الشاهد و دعوى المدعى أو نحو ذلك لا الترجمة من حيث كونها ترجمه و إن لم تكن في موضوع يتعلق به القضاء.

١- ١ سورة الحجرات: ٤٩- الآيه ٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٤.

و أما اعتبار الحرية في المترجم فقد صرح الفاضل و غيره بعدم اعتبارها فيه. و قد يشكل بأن قاعده اليقين المزبوره تقتضى اعتبارها، بل بناء على أنها من الشهاده يتجه اعتبارها أيضا إن كانت الحرية معتبره فيها، هذا كله في المترجم.

و أما مسمع القاضى لو كان أصم فالظاهر جريان حكم المترجم عليه، لما عرفت فان كثيرا مما ذكرنا أو جميعه جار فيه، بل الأولى فيهما إبرازهما على طرز الشهاده لا على طريق الروايه.

و من ذلك يظهر لك الحال في تنقيح هذا المبحث و إن أطنب فيه بعضهم فى الأصول بعد أن حكى عن الشهيد تعريف الشهاده و الاشكال فى كثير من الأفراد فى أنها منها أو من الروايه، و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا اتخذ القاضى كاتباً و جب أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً]

المسأله السابعه:

إذا اتخذ القاضى كاتباً و جب أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً لأنه أحد الأئمه الذين يعتبر فيهم ذلك، بل لا بد أن يكون أيضاً بصيراً ليؤمن انخداعه فى تغيير الكتابه و إن كان مع ذلك فقيهاً كان حسناً لكونه حينئذ أكمل، بل ينبغى أن يكون جيد الكتابه بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك.

لكن قد يقال: إن ثمره الكتابه تذكر ما كان، و إلا فهى ليس من الحجج شرعاً، و حينئذ فلا عبره بشىء من هذه الأوصاف، ضروره أنه مع الذكر بها يجرى عليها الحكم، و إلا فلا و إن كان الكاتب بالأوصاف المزبوره، نعم معها غالباً تحصل الطمأنينه التى يجرى عليها الحكم.

و فيه أنها غير منحصره فيما كان للتذكر فيه مدخليه، بل قد تكون

مراسله و أمرا و نهيا و نحو ذلك مما يكون فيه زياده و نقيصه و تغيير و تبديل، كما يوجد الآن في الكتبه للملوك، فالمراد حينئذ إذا اتخذ القاضى كاتباً معتمداً عليه فى الكتابه التى قد يشتغل عن ملاحظتها يجب أن يكون بهذه الأوصاف، فإنه أحد الأمناء.

هذا و الظاهر أن الكاتب و المترجم ارتزاقهما من بيت المال أيضاً، و مع عدمه يأخذان الأجره ممن يعملان له، و الله العالم.

[المسأله الثامنه الحاكم إن عرف عداله الشاهدين حكم]

المسأله الثامنه:

الحاكم إن عرف عداله الشاهدين بشاهدين عدلين لم يجرحهما الخصم أو بخلطه منه حكم، و إن عرف فسقهما كذلك أطرَح لما سمعته سابقاً من الاجتزاء بعلمه فى ذلك أو ما يقوم مقامه شرعاً.

و إن جهل الأمرين بحث عنهما بنفسه كما

يحكى (١) عن النبى (صلى الله عليه و آله) أنه كان يفعل ذلك بإرسال شخصين من قبله لا يعلم أحدهما بالآخر يسألان قبيلتهما عن حالهما فإن جاء بمدح و ثناء حكم و إن جاء بشين ستر عليهما و دعا الخصمين إلى الصلح، و إن لم يكن لهما قبيله سأل الخصم عنهما، فإن زكاهما حكم و إلا أطرَحهما.

و لعل ذلك لأن بناء العداله التى هى شرط الحكم على البحث عنها، بل يمكن دعوى استفاده ذلك من إطلاق الأمر (٢) بالحكم بالبينه العادله، نحو البحث عن دخول الوقت للصلاه فيه، و البحث عن الماء للطهاره به، و غيرهما مما يستفاد وجوبه قبل تحقق وجوب

١-١ الوسائل الباب -٦- من أبواب كيفيه الحكم - الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب -١- من أبواب كيفيه الحكم.

المكلف به، أو أن المراد بحيث عنهما بتكليف الخصم بتزكيتهما، و على كل حال فالأمر سهل.

إنما الكلام فى الحكم بشهادتهما مع تزكيه الخصم لهما و إن قال: إنهما أخطئا فى هذه الشهاده من أن المراد بالتزكيه الاستظهار فى ثبوت حقه، فيكفى إقراره، و لما سمعته من المحكى عن النبى (صلى الله عليه و آله) و من اشتراط الحكم

بعدالتهما التى لم تثبت بإقرار الخصم و رضاه بالحكم بشهادتهما لا- يجدى فى صحه الحكم و جريان أحكامه عليه، كما لا يجدى رضاه بالحكم بشهاده فاسقين، و لعله أقوى.

و كذا لو عرف إسلامهما بل إيمانهما أيضا و جهل عدالتهما توقف عن الحكم حتى يبحث عن ذلك ف يتحقق له ما يبنى عليه من تعديل (عداله خ ل) أو جرح لأن الإسلام و الايمان ليسا عداله و لا طريقا شرعا للحكم بها على وجه يتحقق ما شرط بها من طلاق أو حكم أو اتمام أو غير ذلك كما عرفت الكلام فيه بما لا مزيد عليه فى بحث الجماعة(١).

و قال الشيخ فى الخلاف كما عن الإسكافى و المفيد:

يحكم إما لأن الإسلام أو الإيمان مع عدم ظهور الفسق عداله، أو لأنه يحكم بها بمجردهما أو لأن الحاصل من مجموع قوله تعالى(٢):

«وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ» و قوله تعالى(٣) «وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ» و قوله تعالى(٤) «إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا» قبول

١- ١ راجع ج ١٣ ص ٢٨٠ - ٢٩٠.

٢- ٢ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ٢.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٨٢.

٤- ٤ سورة الحجرات: ٤٩- الآيه ٦.

الشاهدين إذا كانا مسلمين، و أنهما لا- يردان إلا- إذا كانا فاسقين و لا- يحمل إطلاق الثانيه على الأولى لعدم حجيه مفهوم الوصف، أو لأن به روايه أو روايات(١)و لكن قد عرفت فى البحث المزبور أن الروايه به و إن تعددت شاذه موافقه للعامه معارضه لما هو أقوى منها من وجوه أو مأوله، بل قد ذكرنا ظهورها- بعد حمل المطلق فيها على المقيد- فى خلافه، أو للإجماع المحكى فى الخلاف المتبين خلافه حتى من حاكيه فى المحكى من خلافه و مبسوطه.

كما أنه لا- يخفى عليك ما فى الكلام المزبور، ضروره معلوميه زياده وصف العداله على الإسلام، بل و الايمان، و ظهور الآيه الأولى فى الحكم الوضعى الذى هو اعتبار العداله فى القبول، و حينئذ فحمل المطلق عليه لا يحتاج إلى مفهوم الوصف كما قرر فى محله، و حينئذ فعدم وجوب التبين فى شهاده غير

الفاسق لا يقتضى تحقق العداله فى مجهول الحال التى هى شرط القبول إجماعا بقسميه و نصوصا يقيد بهما إطلاق مفهوم الآيه لو قلنا بشموله لمحل النزاع.

و بالجملة فقد استقصينا الكلام فى جميع أطراف المسأله فى ذلك المبحث، و بينا ضعف القول المزبور، بل لم نتحقق القائل به لظهور من وقفنا على كلام من يحكى عنه فى أصاله العداله فى المسلم الذى لم يظهر منه فسق، لا أن الإسلام عداله، مع معلوميه فساد الأصل المزبور و إن اشتهر فى كلام الأصحاب أن الأصل فى المسلم أن لا يخل بواجب و لا يفعل محرما، إلا أن ذلك لا يقتضى تحقق وصف العداله به، بل المراد منه حكم تعبدى فى نفسه لا فيما يترتب على ذلك لو كان واقعا كما حققناه فى غير المقام.

كضعف القول بأنها ملكه نفسانيه في جميع الكبائر- التي منها الإصرار على الصغائر- و فيما لا ينافى المروه، و أن التحقيق الذي تجتمع عليه الروايات(١)و عليه عمل العلماء في جميع الأعصار و الأمصار حسن الظاهر بمعنى الخلطه المطلعه على أن ما يظهر منه حسن من دون معرفه باطنه، فلاحظ و تأمل.

و كيف كان ف لو حكم الحاكم بالظاهر من العدالة على وجه يجوز الحكم به سواء كان بخلطه مطلعته أو بينه ثم تبين فسوقهما وقت الحكم المتصل زمانه بزمان إقامه شهادتهما نقض حكمه كما لو تبين فسوقهما قبل الإقامه، لتبين عدم شرط صحه الحكم في الواقع و إن جاز الاقدام بذلك الظاهر.

اللهم إلا أن يدعى أن الشرط علمي نحو العدالة في إمام الجماعه، لإطلاق ما دل(٢)على نفوذ الحكم و عدم جواز رده إذا كان على نحو قضائهم (عليهم السلام) و على حسب الموازين التي نصبوها لذلك، و لا دليل على اشتراط أزيد من ذلك حتى قوله تعالى(٣)«وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ» المراد منه ذوى عدل عندكم، لا أقل من الشك فيبقى ما دل على نفوذ الحكم بحاله.

لكن اتفاق كلمه الأصحاب ظاهرا على النقض مع أصاله الواقعيه في الشرائط، و لو كانت مستفاده من نحو «وَأَشْهِدُوا» الآية(٤)يرفع ذلك كله، مضافا إلى إمكان الفرق بين ما هنا و بين الجماعه بأن المدار هناك

١-١ تقدمت هذه الروايات في ج ١٣ ص ٢٩١.

٢-٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب صفات القاضي- الحديث ١.

٣-٣ سورة الطلاق: ٦٥- الآية ٢.

٤-٤ سورة البقره: ٢- الآية ٢٨٢.

على الصلاة خلف من تثق بعدالته نصا(١) وفتوى، و ظهور الفسق فيما بعد لا ينافى الوثوق بخلاف المقام المعتبر فيه كونه عدلا. نعم لو كان الفسق طارئا بعد الحكم أو غير معلوم الحال لم ينتقض، بل لعله كذلك لو كان بعد الإقامه قبل الحكم، كما ستسمع تحقيقه إنشاء الله فى كتاب الشهادات.

و على كل حال فالظاهر أن المراد نقض الحاكم حكمه فيما لو اتفق له تبين فسقهما، لا أن المراد جواز تجديد الدعوى للمحكوم عليه حكما ثابتا لو عثر بعد الحكم على من يجرحهما، ضروره منافاه ذلك لكونه حكما و فصلا، بل و لقولهم فيما يأتى من الأنظار ثلاثه أيام لو ادعى وجود الجارح، بل و لغير ذلك، و هل البينه تبين فسق؟ ظاهر بعض العبارات ذلك و وجهه واضح.

و لو ادعى المحكوم عليه إمكان حصول العلم للحاكم بفسقهما بإقامه شياع يقتضى ذلك أو نحوه ففى وجوب سماع الحاكم ذلك منه وجه، و لكن الأقوى خلافه للأصل و غيره، فتأمل جيدا فإن المسأله غير محرره.

و لا يجوز التعويل فى الشهاده بالعداله بناء على أنها الملكه على حسن الظاهر الذى لم يعلم حصولها منه، بل لا بد من الصحبه المتأكده التى يطلع بها على حسن الباطن، مثل الشهاده على الإعسار و نحوه مما جرت العاده فيه على اختلاف الباطن و الظاهر، فان المال قد يخفيه صاحبه كالفسق، فلا بد فى الشهاده عليهما من العلم بموافقه الباطن للظاهر.

و لكن قد يناقش بأن حسن الظاهر طريق شرعى للحكم بحصولها عملا بالنصوص(٢) التى استدلت بها القائلون بأنها حسن الظاهر، أو لأن الملكات طنما تعرف بآثارها كالشجاعه و الكرم و نحوهما و العداله بناء على أنها

١-١ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب صلاه الجماعه- الحديث ٢ من كتاب الصلاه.

٢-٢ راجع الروايات المتقدمه فى ج ١٣ ص ٢٩١.

ملكه منها، و النصوص المتضمنه حسن الظاهر من ذلك.

بل قد يقال: إن البحث في أنها حسن الظاهر أو ملكه بحث علمي مرجعه إلى أن العدالة شرعا هي ملكه يصدر عنها حسن الظاهر أو أنها عباره عنه، و إلا فالجميع متفقون على تحققها بذلك بناء على كون مراد القائلين بحسن الظاهر هو أن جميع ما يظهر منه حسن بعد الخلطه و الصحبه المتأكده في سره و علانيته، لا أن المراد به حسن ظاهر بعض أفعاله و أحواله التي لا يستفاد منها الحسن في جميع ما يظهر منه، فان كثيرا من المدلين كذلك، بل غالب الناس التستر في الفسق عن عامه الناس أو خواصهم، كما عساه يومئ إليه الخبر(١) المروى عن تفسير العسكرى عن علي بن الحسين (عليهما السلام) و احتجاج الطبرسى عن الرضا (عليه السلام) الذي قد ذكرناه في بحث الجماعه من الكتاب(٢) بل و خبر ابن أبي يعفور(٣) المتقدم فيه أيضا.

و حينئذ يتحد القولان و يكون البحث علميا، و يؤيده استبعاد طرح القائلين بالملكه جميع هذه النصوص على كثرتها، فلا مناص حينئذ عن حملها على ذلك و إن كان الانصاف ظهورها في عدم التعمق في حصول حسن الظاهر الذي له أفراد متعدده، و لا ريب في عدم اعتبار أعلاها بمقتضى أكثر النصوص المزبوره، فلاحظ و تأمل.

و ينبغي أن يكون السؤال عن التزكيه سرا فإنه أبعد من تطرق التهمه للمزكى بأنه زكى حياء أو وفاء أو رجاء أو خوفا كما هو المشاهد في جمله من الناس.

١- ١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب صلاه الجماعه- الحديث ١٤ من كتاب الصلاه.

٢- ٢ راجع ج ١٣ ص ٣٠٠.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤١- من كتاب الشهادات- الحديث ١.

و تثبت العدالة بالشهادة بها مطلقه و لكن تفتقر إلى المعرفة الباطنه المتقادمه المفيده للعلم أو الظن بحصول الملكه، و أن ما يصدر من ذلك من آثارها أو بحسن الظاهر، بمعنى أنه لا يظهر منه سرا و علانيه إلا الحسن.

و لا- يثبت الجرح إلا- مفسرا كما عن المشهور فيه و في الأول، لعدم العسر بذكره، و لأنه ربما لا يكون جرحا عند الحاكم المشهود عنده، بخلاف تفصيل العدالة المحتاج إلى ذكر جميع الكبائر و غيره مما يتعذر أو يتعسر إحصاؤه.

و ربما أشكل ذلك بأن الاختلاف في أسباب الفسق يقتضى الاختلاف في أسباب العدالة، فإن الاختلاف مثلا في عدد الكبائر كما يوجب في بعضها ترتب الفسق على فعله يوجب في بعض آخر عدم قدحه في العدالة بدون الإصرار عليه، فيزكيه المزكى مع علمه بفعل ما لا يقدح عنده فيها، و هو قادح عند الحاكم، و من ثم قيل بوجوب التفسير فيهما كما عن ابن الجنيدي.

و لعل الأقوى الاكتفاء بالإطلاق فيهما كما عن بعضهم، بل لعله يرجع إليه ما حكاه المصنف عن الخلاف بقوله و في الخلاف كما في نسخه، و في قول في أخرى و هي الأصح يثبت مطلقا أى في الجرح بناء على موافقه المشهور في العدالة، لكن لا لأن كلا من المعدل و الجارح لا بد أن يكون في نظر الحاكم عالما بسببهما و إلا لم يصلح لهما، و مع العلم لا معنى للسؤال، إذ هذا مع كونه ممنوعا قد قيل لا يتم إلا مع علم الحاكم بموافقته مذهب المزكى لمذهبه في أسباب الجرح و التعديل، بأن يكون مقلدا له أو موافقا له و لأنهما إنما يجزمان إذا علما بما عند الحاكم من أسباب العدالة و الفسق أو بالعدالة أو الفسق عند الكل، لوضوح منعه أيضا، بل لما هو المعلوم من طريقه الشرع من حمل عبارته الشاهد

على الواقع و إن اختلف الاجتهاد فى تشخيصه.

و من هنا لا- يجب سؤاله عن سبب التملك مع الشهاده به و كذا التطهير و التنجيس و غيرها و إن كانت هى أيضا مختلفه فى الاجتهاد، بل يحمل قول الشاهد على الواقع كما يحمل فعله على الصحيح فى نفس الأمر لا فى حق الفاعل خاصه، و ما العداله و الفسق إلا من هذا القبيل، اللهم إلا أن يقال: إن الاختلاف فيهما فى معناهما، بخلاف الملك و التطهير و التنجيس و نحوها، فإنه اختلاف فى أسبابها، لكنه كما ترى.

و من ذلك يعلم ضعف القول بالتفصيل فيهما فضلا عن العكس بمعنى وجوب التفصيل فى العداله، و عن القول بأن المزكى و الجراح إن كانا عالمين بأسبابهما كفى إطلاقهما و إلا وجب ذكر السبب فيهما، و التحقيق ما عرفت.

نعم لا بد فى التركيه من إبرازها بعنوان الشهاده و لو بدلاله قرائن الأحوال، و لا يجب لفظ «أشهد» و إن أوهمته عبارته الفاضل فى القواعد، إلا أن الظاهر إرادته ما ذكرنا فى مقابل ذكرها بعنوان الاخبار لا الشهاده.

كما أنه لا بد فيها من تشخيص المزكى على وجه يرتفع الاشتراك المقتضى للإجمال، بل فى القواعد لا بد فيها أيضا من ضم «مقبول الشهاده» إلى قوله: «عدل» إذ رب عدل لا تقبل شهادته، لغلبه الغفله عليه، بل عن المختصر الأحمدي «لا بد أن يقول: عدل مقبول الشهاده على ولى، لأن الوصف بالعداله و الصدق و قبول الشهاده إنما يقتضى ثبوت الصفه فى الجملة، فرما تثبت فى شىء دون شىء» و عن التحرير «يجب على المزكى أن يقول: أشهد أنه عدل مقبول الشهاده أو هو عدل لى و على، بمعنى الاكتفاء بأحدهما، لأنه لا تتعلق الصلتان بالعدل إلا بتضمن معنى الشهاده، فيتحد حينئذ مؤداهما و يكفى أحدهما» و نسبه فى المسالك إلى أكثر المتأخرين.

و فيه أن العداله وصف خاص متحد فى جميع ما اعتبرت فيه،

فلا تبعيض حينئذ فيها، و على تقديره فقولہ: «على ولى» لا يقتضى العداله المطلقه، كقول القائل: «فلان صادق على ولى» الذى لا يقتضى صدقه فى كل شىء، على أن الوصف بمقبول الشهاده يغنى عن ذكر العداله، لأنه أخص. و من هنا قال فى المسالك: «الأقوى الاجتزاء به و إن كان إضافه العداله معه أكد».

و ربما علل بعضهم إضافه «لى و على» بأن الغرض منه أن يبين أنه ليس بولد بناء على أن شهاده الولد على والده غير مقبوله، و ضعفه فى المسالك بأنه «قد اعتبره من علم أنه ليس ولده، و مع تسليم عدم قبول شهاده الولد على والده لا يدل قوله: «عدل على ولى» على أنه ليس بولد، لأن العدل عدل على أبيه و له، إلا أنه لا تقبل شهادته عليه بمعنى أنه خارج(١) و بتقدير أن يراد به نفى النبوه، فالمعتبر أن لا يكون هناك ذلك الوصف، أما أن يتعرض إلى نفيه لفظا فلا، كما أن الشاهد على غيره ينبغى أن لا يكون كذلك، و لا يجب أن يقول لست بابن، و بتقدير أن يكون الغرض بيان أنه ليس بابن، فهذا الغرض يحصل بقوله: «على».

قلت: قد يقوى فى النظر عدم اعتبار أزيد من الشهاده بأنه عدل، لإطلاق ما دل على وجوب الحكم بشهادتهما و أنها سبب فى ذلك و مقتضى له على نحو باقى الأسباب الشرعيه التى يترتب عليها مقتضاها ما لم يتحقق المانع الذى يكفى فى نفيه أصل العدم أو ظاهر الدليل المزبور و نحو ذلك، و حينئذ فلا يحتاج الحكم بشهادتهما إلى شهاده كونهما مقبولى الشهاده، بمعنى أنهما مجردان من موانع

القبول كالولديه و الخصومه و جر النفع و المغفليه و نحو ذلك، ضروره كونها أجمع جاريه مجرى الموانع، فإذا ادعى الخصم أحدها طولب بإثباته نحو دعوى الجرح، و مع العجز عنه حكم الحاكم بشهاده

١-١ و فى المسالك «لا تقبل شهادته عليه بأمر خارج».

العدلين التي قد عرفت ظهور قوله تعالى(١)«وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ» و غيره في كونه سببا لذلك، بل ظاهر الأدله جريانها مجرى الأسباب و المقتضيات و جريان تلك مجرى الموانع كما أوأنا إليه، لا أنها من العام و الخاص حتى يأتي الإشكال في الفرد المشكوك منها.

كل ذلك مضافا إلى عدم وضوح دلالة قول المزكى: «على ولى» في نفي كون الشاهد ولدا للمدعى عليه، كعدم وضوح اعتبار ما يعتبر في قبول الشاهد في المزكى من عدم الولديه للمدعى عليه، بناء على عدم قبول شهادته على أبيه و عدم العداوه بينه و بينه أيضا، باعتبار عدم عموم في دليل المنع لمثل ذلك، بل لعل المنساق منه الشهاده بالحق نفسه لا التزكيه، نعم لعله كذلك بالنسبه إلى جر النفع، كما إذا كان شريكا للمدعى في المال المدعى به، فإنه لا تقبل تزكيته للشاهد كالمدعى نفسه.

و ما في القواعد- من أنه يعتبر في المزكى صفات الشاهد- يراد به نحو العدالة و التعدد و نحو ذلك، لا ما يشمل الفرض، فما عساه يوهمه بعض العبارات من اعتبار نحو ذلك على الوجه الذى ذكرناه لا يخلو من نظر أو منع، نحو ما قيل من احتمال وجوب تعيين الخصمين حين الاستزكاء.

بل في المسالك «يشترط في المزكى أن يعرف نسب الشاهد و المتداعيين، لجواز أن يكون بينه و بين المدعى شرکه، أو بينه و بين المدعى عليه عداوه» إذ ذلك كله كما ترى، و كذا غير ذلك مما هو مذكور في كلماتهم، فلاحظ و تأمل.

و كيف كان ف لا يحتاج الجرح إلى تقادم المعرفه بخلاف العدالة و لو قلنا بأنها حسن الظاهر، ضروره أنه يكفى العلم بموجب الجرح من زنا أو لواط أو نحو ذلك مما يحصل بالمعاينه

و نحوها من غير تقادم معرفه، كما هو واضح.

و لو اختلف الشهود بالجرح و التعديل قدم الجرح، لأن الشهاده ب ه غالبا تكون شهاده بما يخفى عن الآخرين المعدلين الذين مبنى شهادتهما غالبا بعد الخلطه و الممارسه على أصل عدم وقوع المعصيه منه و ظن ذلك بسبب حصول الملكه عنده و لو ملكه حسن الظاهر، و هما معا غير معارضين لشهاده العدلين بوقوع ذلك منه.

و حينئذ فمع الإطلاق بالعداله و الفسق يقوى الظن بينه الجرح، لمكان الغلبه المزبوره فضلا عن صورته التصريح فيهما على وجه يمكن صدقهما معا، بأن قال المعدل: «خالطته و مارسته فوجدته ذا ملكه، و لا أعلم صدور كبيره منه بعد ذلك» و قال الجرح: «قد وقعت منه يوم كذا مثلا» فان بينه الجرح لا معارض لها حينئذ، بل لو كانت بينه العداله كذلك أيضا بأن قالت: «نعم وقعت منه المعصيه يوم كذا، و لكن تاب و ندم، و مارسته و خالطته بعد ذلك فوجدته ذا ملكه بعدها، و لم يصدر منه ما ينافيها» قدمت هي، لعدم المعارض. و بالجمله كل بينه منهما شهدت بما خفى عن الآخرين كانت هي المقدمه، لعدم المعارض لها.

إنما الكلام فى صورته الإطلاق، كأن قالت إحداهما: «هو عدل» و الأخرى: «هو فاسق» و فى صورته التصريح بالتضاد، بأن شهد المعدل بأنه كان فى ذلك الوقت الذى شهد الجرح بفعل المعصيه فيه فى غير ذلك المكان الذى عينه للمعصيه أو مشتغلا بفعل يضاده الجرح إما طاعه أو مباحا أو نائما و نحو ذلك و هى التى أشار إليها المصنف بقوله و لو تعارضت البيئتان فى الجرح و التعديل قال فى الخلاف: وقف الحاكم لعدم المرجح و لو قيل: يعمل على الجرح كان حسنا لاعتضاد بينته بأصالة عدم حصول سبب الحكم، فيبقى المنكر مثلا حينئذ على حجته

بلا معارض، ضروره عدم الفرق فى العمل بين الجرح الثابت و بين عدم ثبوت العدالة.

و فى بعض نسخ المتن: «و لو اختلف الشهود فى الجرح و التعديل قال فى الخلاف توقف الحاكم و لو قيل يعمل على الجرح كان حسنا» و هو الذى شرحها فى المسالك، و لذا قال فيها بعد أن حكى عن الشيخ ذلك:

«و هو يتم مع عدم إمكان الجمع، كما لو تكاذبا، أما مع الإطلاق فلا وجه للتوقف، لعدم التعارض».

و فيه أن التعارض فى صورته إطلاق العدالة و الفسق متحقق، إذ كما يحتمل اطلاع الجراح على ما خفى على المعدل يمكن اطلاع المعدل و لو بتجدد التوبه على ما خفى على الجراح، نعم قد يقوى الظن بالأول للغلبه المزبوره، و مع فرض عدم اعتبارها فالعمل على بينه الجرح، لكن على الوجه الذى سمعته لا على جهه الحكم بفسقه تقديمًا لبينته، ضروره عدم المرجح لها غير ما عرفت، فمع فرض عدم اعتباره فليس حينئذ إلا-الوقف عن الحكم بمقتضاهما، و هو عين العمل بالوجه الذى ذكرناه، بل لعل الشيخ لا ينكره و إن عبر بالوقف إلا أن المراد ما ذكرناه.

أو يقال: إن المراد الوقف عن الحكم أصلا حتى يبين المنكر الذى لم يعلم حجيته فى هذا الحال، باعتبار وجود بينه المدعى و إن كان لا عمل عليها باعتبار معارضتها بينه الجرح، و حينئذ فيكون ميزان الحكم مجهولا لانسياق الأدله فى غير الفرض فيرجع إلى الصلح أو غيره، فتأمل.

و قد يقال أيضا: إن هذا كله مع فرض عدم أمر سابق يمكن استصحابه من عداله أو فسق و إلا حكم به.

و احتمال فى كشف اللثام تقديم التعديل على الجرح للأصل مع الخلو عن ظهور المعارض، و هو جيد فيما يرجع إلى ما ذكرناه لا مطلقا.

و بذلك بان لك الحال فى جميع صور المسأله كما بان لك التشويش فى جمله من كلام الأصحاب، و الله العالم.

[المسأله التاسعه لا بأس بتفريق الشهود]

المسأله التاسعه:

لا بأس بتفريق الشهود و استقصاء سؤال كل واحد منهم من دون علم الآخر عن مشخصات القضييه بالزمان و المكان و غيرهما، ليستدل على صدقهم باتفاق كلمتهم و عدمه باختلافهم، للأصل و زياده التثبت.

بل الظاهر أنه يستحب ذلك فى من لا قوه عقل عنده بحيث يخشى من غلظه أو تدليس الأمر عليه و كذا غير ذلك مما تحصل منه الريبه فى الشهاده، كما فعله دانيال (ع) فى شهود على امرأه بالزنا فعرف منه كذبهم (١) و كذا داود (ع) لقوله تعالى (٣):

«فِيهِدَاهُمْ أَقْتِدَهُ» و إن قلنا بنسخ شرائعهم بشريعتنا، إذ هو لا ينافى الأمر فيها ببعض ما كان عندهم، إذ المسلم منعه التعبد بشرعهم من حيث إنه مشروع عندهم لا مطلقاً.

على أن المروى (٤) عن أمير المؤمنين (عليه السلام) نحو ذلك أيضاً فى سبعة خرجوا فى سفر ففقد واحد منهم فجاءت امرأته إلى على (عليه السلام) و ذكرت ذلك له، فاستدعاهم و سألهم فأنكروا، ففرقهم

١-١ الكافى ٧ ص ٤٢٦-٤٢٧.

٢-٢ الكافى ج ٧ ص ٣٧٢.

٣-٣ سوره الأنعام: ٦- الآيه ٩٠.

٤-٤ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١ و فيه « ان شابا قال لأمير المؤمنين عليه السلام: إن هؤلاء نفر خرجوا بأبى معهم فى السفر فرجعوا و لم يرجع أبى. ».

و أقام كل واحد منهم إلى ساريه، و وكل به من يحفظه، ثم استدعى واحدا منهم و سأله فأنكر، فقال (عليه السلام): الله أكبر، فسمعه الباكون، فظنوا أنه قد اعترف، فاستدعى واحدا بعد واحد فاعترفوا بقتله، فقتلهم على (عليه السلام).

بل منه يستفاد عدم اختصاص التفريق بالشهود، و أن للحاكم التوصل إلى معرفه الحق بما يراه فى ذلك الوقت مما لا ينافى الشرع.

نعم قد يقال: باختصاص جواز التفريق قبل ثبوت العدالة و طلب المدعى الحكم و إلا أشكل الجواز بظهور النصوص فى وجوب الحكم حينئذ، و لذا قال فى المسالك: «و محل التفريق قبل الاستركاء إن احتيج إليه» بل ظاهره حتى مع الريبه، لعدم ثبوت مانعيتها عن الوزن بالميزان الشرعى الموضوع للوزن به بين الناس.

اللهم إلا- أن يستفاد من تلك الأدله عدم الوجوب مع الريبه و إن طلب الخصم حتى ييأس مما يزيلها من نحو ذلك، و حينئذ يحكم معها لإطلاق الأدله، بل ربما توقف بعضهم من الحكم معها تنزيلا للإطلاق المزبور على غير الفرض، لكنه كما ترى.

و مما ذكرنا يعلم ما فى إطلاق المصنف جواز التفريق الذى يمكن تنزيله على إرادته جوازه من حيث كونه كذلك لا مع حصول سبب وجوب الحكم، أو على إرادته جوازه فى أصل سماع شهادتهم لأنه أحد الأفراد، و فيه زياده استظهار، و الله العالم.

[المسألة العاشرة لا يشهد الشاهدان بالجرح إلا مع المشاهدة لفعل ما يقدر في العدالة]

المسألة العاشرة لا يشهد الشاهدان بالجرح إلا مع المشاهدة لفعل ما يقدر في العدالة أو أن يشيع ذلك في الناس شياعاً موجباً للعلم للتواتر أو غيره مما يحصل به القطع، بخلاف العدالة التي يكفي فيها غلبه الظن بسبب الخلطه و الممارسه المقتضيه لذلك، لأنها الطريق إلى أمثالها أو لظهور النصوص (١) في الاكتفاء بنحو ذلك، وإلا لم يكن التعديل إلا للمعصوم (عليه السلام) كما أومى إليه في بعض النصوص (٢).

و حينئذ ف لا يعول على سماع ذلك أى الجرح من الواحد و العشره من حيث كونهم كذلك لعدم اليقين بخبرهم أما لو حصل و لو لشده عدالتهم و ضبطهم و تحرزهم فلا ريب فى الاكتفاء به لأنه المدار.

نعم فى المسالك «إن لم يبلغ المخبرون حد العلم لكنه استفاض و انتشر حتى قارب العلم ففى جواز الجرح به وجهان، من أنه ظن فى الجملة و قد نهى الله عن أتباعه إلا- ما استثنى، و من أن ذلك ربما كان أقوى من البينه المدعيه للمعانيه، كما مر فى نظائره».

و فيه ما لا- يخفى بعد فرض عدم حصول مرتبه العلم، و عدم الدليل على الاكتفاء بمثله، و حرمة القياس على البينه التى مبناهما التبعد، و من هنا كان ظاهر المصنف و غيره اشتراط العلم.

و على كل حال فليس له الشهاده بالجرح بخبر الواحد و ما فوقه إذا لم يبلغ ذلك الحد إجماعاً كما فى المسالك قال: «نعم له أن يشهد على

١- ١ الوسائل الباب- ٤١- من أبواب كيفية الحكم.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤١- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١٣.

شهادتهم بشرط الشهادة على الشهادة».

قلت: قد يتوهم أنه لولا الإجماع المزبور لأمكن القول بالاكْتفاء في الشهادة به و بغيره بالبينه عنده، بناء على عموم حجيتها شرعا لكل أحد، ضروره كونها حينئذ طريقا شرعيا كالشهادة بمقتضى الاستصحاب و اليد و نحوها مما جعله الشارع أماره على ذلك، و كذا حكم الحاكم بالعداله أو الفسق، فان له ذلك كما صرح به في القواعد، بل الظاهر اكْتفاء الحاكم الآخر باخبار الأول من دون شهادة آخر.

لكن يدفعه اعتبار العلم في الشاهد على وجه لا يقوم مقامه الحجه شرعا، بل لو أبرز ذلك على وجه الشهادة كان مدلسا، بخلافه في نحو الملك باليد الداله عليه باعتبار أن الشهادة به شرعا و عرفا بنحو ذلك، و كذا الكلام في حكم الحاكم بل هو أولى، لأنه إلزام بحكم الموضوع لا أنه من طرق ثبوته.

و الموجود هنا في القواعد أنه «له- أي الحاكم- أن يحكم بالعداله و الجرح بشهادة عدلين إن نصب حاكما في التعديل» و في الكشف «و الجرح، و لا يشترط المعايينه أو الشيع الموجب للعلم، و يشترط في القاضى، فإذا أخبر حاكما آخر بعدالته أو فسقه اكتفى به، و لم يشترط شهادة آخر» و هو غير ما نحن فيه، و إن كان ما في المتن و الشرح لا يخلو من بحث من وجوه.

كما أن ما في القواعد أيضا من أنه «لو أقام المدعى عليه بينه أن هذين الشاهدين شهدا بهذا الحق عند حاكم فرد شهادتهما لفسقهما بطلت شهادتهما» كذلك أيضا و إن قال في كشف اللثام: «فهما شاهدا فرع على الحاكم».

ثم إن المراد بمشاهده فعل ما يقدر في العداله حصول العلم بكونه

على الوجه المحرم و إلا- لم يشهد به، ضروره أعميه شرب الخمر مثلا- من ذلك، و دعوى أن للأفعال ظهورا يجب الأخذ به كالأقوال واضحه المنع، فان الفعل من حيث هو كذلك لا- ظهور فيه، و إنما يحصل معه بعض المقارنات المقتضيه لكونه كذلك، فهي إن أفادت العلم جرى عليه الحكم، و إلا- كان من الظن الذى لا دليل على حجيته بل الدليل على خلافه، نعم لا عبره بالاحتمال الذى لا يعتد به و لا ينافى القطع فى العاده، كما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله الحاديه عشره لو ثبت عداله الشاهد حكم باستمرار عدالته حتى يتبين ما ينافيها]

المسأله الحاديه عشره:

لو ثبت عداله الشاهد مثلا حكم باستمرار عدالته حتى يتبين ما ينافيها لقاعده اليقين و قيل و إن كنا لم نتحقق القائل بذلك منا إن مضت مدته يمكن تغير حال الشاهد فيها استأنف البحث عنه نعم هو محكى عن بعض العامه لبعض الاعتبارات و لكن لا حد لذلك، بل بحسب ما يراه الحاكم و عن المبسوط عن بعضهم تحديده بسته أشهر، و لا يخفى عليك ضعف الجميع.

[المسأله الثانيه عشره ينبغى أن يجمع قضايا كل أسبوع و وثائقه و حججه]

المسأله الثانيه عشره:

ينبغى أن يجمع قضايا كل أسبوع و وثائقه و حججه التى للغير عنده و يكتب عليها قضاء أسبوع كذا من شهر كذا من سنه كذا و محضر فلان و سجل فلان و وثيقه فلان، بل ينبغى جمع قضاء كل يوم، و يكتب عليه: قضاء يوم كذا من أسبوع كذا.

و على كل حال فإذا اجتمع ما لشهر كتب عليه: قضاء شهر كذا، فإذا اجتمع ما لسنة جمعه و كتب عليه: قضاء سنة كذا كل ذلك لتسهيل إخراج المطلوب منه له و لمن بعده من الحكام من ديوان الحكم، و كان ينبغي ذكر ذلك في الآداب، خصوصاً مع عدم دليل له سوى ما عرفته فيها و سوى ما في

خبر عقبه بن خالد(١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) المشتمل على قضيه مع غيلان بن جامع و فيه «قلت:

و كيف تقضى يا غيلان؟ قال: أكتب هذا ما قضى به فلان بن فلان لفلان بن فلان يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا ثم أطره في الدواوين، قال: قلت: هذا الحتم من القضاء»

[المسألة الثالثة عشره كل موضع وجب على الحاكم كتابه المحضر]

المسألة الثالثة عشره:

كل موضع وجب على الحاكم كتابه المحضر ف لا يجب عليه مقدماته لكن إن حمل له من بيت المال ما يصرفه في ذلك لأنه من أهم مصالح السياسة وجب عليه الكتابه؛ و كذا إن أحضر الملتمس ذلك من خاصته و إلا- ف لا يجب على الحاكم دفع القرطاس و المداد و القلم و نحو ذلك من خاصته لعدم ثبوت الوجوب المطلق المقتضى لذلك، بل لا دليل على الوجوب مع البذل أيضاً و إن نسبه في المسالك إلى الأشهر تاره و إلى المعروف بين الأصحاب أخرى، معللاً له بأن ذلك حجه فكان عليه إقامتها كالحكم، و كما لو أقر له بالحق و سأله الإشهاد على إقراره إلا أنه كما ترى، ضروره أن الحجه حكمه و الإشهاد عليه لا كتابه الحكم، بل و كذا كتابه الإشهاد على الإقرار.

و قوله تعالى(١)«وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ» مع أنه فى غير ما نحن فيه محمول على ضرب من الكراهه، للقطع بعدم وجوب ذلك، نعم هو راجح من حيث كونه قضاء حاجه و ضبطا للحق و إقامه للمعروف.

بل ينبغى أن يكتب نسختين: إحداهما تكون فى يد الملتمس و الأخرى تبقى فى ديوان الحكم لتتوب عن الأخرى على تقدير تلفها، و ليؤمن من تغييرها، بل فى المسالك وجوب كتابه النسختين على تقدير القول بوجوب أصل الكتابه، و لكن قد عرفت ما فى الأصل فضلا عن الفرع، اللهم إلا أن يكون منصوبا من قبل الامام

(عليه السلام) لذلك على وجه يرتزق من بيت المال، فان الوجوب عليه متجه حينئذ، و الله العالم.

[المسأله الرابعه عشره يكره للحاكم أن يعنت الشهود]

المسأله الرابعه عشره:

يكره للحاكم أن يعنت الشهود إذا كانوا من ذوى البصائر و الأذهان القويه(٢) مثل أن يفرق بينهم و يكلفهم ما يثقل عليهم من المبالغه فى مشخصات القضييه التى شهدوا بها، و وعظهم و تحذيرهم عقاب شهاده الزور لأن فى ذلك نوع غضاظه لهم و امتهان و إن كان لا يصل إلى حد الحرمة.

نعم يستحب ذلك فى موضع الريبه و لو لضعف بصيره الشاهد و ذهنه للاستظهار، كما عرفت سابقا.

١-١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٨٢.

٢-٢ و فى الشرائع الموجود عندى «الأديان القويه».

[المسألة الخامسة عشره لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد و هو أن يداخله في أثناء التللفظ بالشهادة]

المسألة الخامسة عشره لا يجوز للحاكم بلا خلاف أجده فيه أن يتعتع الشاهد و هو أن يداخله في أثناء التللفظ بالشهادة بكلام يجعله ذريعه إلى أن ينطق به و يعدل عما كان يريد هدايه له إلى شىء ينفع أو إيقاعا له فيما يضر أو يعقبه بكلام ليحمله تتمه شهادته، و ليستدرجه إليه بحيث تصير به الشهاده مسموعه أو مردوده.

بل يجب عليه أن يكف عنه حتى ينتهى ما عنده و يحكم بمقتضاه حينئذ و إن كان يتردد و يتلعتم في شهادته لهيبه الحاكم و مجلس الحكومه أو غيرهما، بل في المسالك حرمه ذلك عليه سواء كان الشاهد يأتي بما داخله به و تعقبه لولاه أم لا، و هو كذلك بناء على اعتبار القصد المزبور بالتعتعه، بل لا فرق بين الحاكم و غيره عدا الخصم فيه، لما فيه من تضييع الحق و ترويج الباطل و نحوهما مما هو معلوم الحرمه لغير الحاكم فضلا عنه، أما إذا لم يكن كذلك بل كان من الإعانه على إبراز مقصده و نحو ذلك فيشكل حرمة، للأصل و غيره.

و كيف كان ف لو تردد الشاهد في الشهاده (١١) لأمر قد عرض له لم يجز ترغيبه في الاقدام على الإقامه و (١٢) إغراؤه بذلك، كما لا (١٣) يجوز له تزهيده في إقامتها (١٤) و ترديده بها بعد فرض جزمه بالمشهود به، لما فيه من الأمر بالمنكر و النهى عن المعروف.

و كذا لا يجوز إيقاف عزم الغريم عن الإقرار (١٥) بالحق لأنه ظلم لغريمه و (١٦) لكن يجوز ذلك في حقوق الله، فان الرسول (صلى الله عليه و آله) قال لما عز عند اعترافه بالزنا: لعلك قبلتها، لعلك

لمستها في الخبر (١) المشهور و هو تعريض منه بإيثار الاستتار و حمل له على عدم الإتمام بتكرار الإقرار أربع مرات، كل ذلك من الرأفة بعباده و رحمتهم، و لذا درأ عنهم حدوده بالشبهات (٢).

[المسألة السادسة عشره يكره أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه]

المسألة السادسة عشره:

يكره أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه لما فيه من ترجيحه على الآخر و تطرق التهمه و الميل، و قد

روى (٣) «أن أمير المؤمنين (عليه السلام) نزل به ضيف فمكث عنده أياما ثم تقدم إليه في خصومه لم يذكرها له، فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم، قال: تحول عنا، لأن رسول الله نهى أن يضاف الخصم إلا و معه خصمه»

بل الظاهر مرجوحه حضور ضيافه الخصم مطلقا، بل و كل ما يقتضى ترجيحه على خصمه، و الله العالم.

١- ١ سنن البيهقي ج ٨ ص ٢٢٦.

٢- ٢ إشاره الى ما رواه في الوسائل الباب- ٢٤- من أبواب مقدمات الحدود- الحديث من كتاب الحدود.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣- من أبواب آداب القاضى- الحديث ٢.

[المسألة السابعة عشره الرشوه حرام على آخذها و يَأْتُم الدافع لها إن توصل بها إلى الحكم له بالباطل]

المسألة السابعة عشره:

الرشوه مثلته حرام على آخذها إجماعا بقسميه و نصوصا(١) بل فى المسالك اتفق المسلمون على تحريم الرشوه على القاضى و العامل.

و كذا يَأْتُم الدافع لها إن توصل بها إلى الحكم له بالباطل للإعانه على الإثم و لأن

النبي (صلى الله عليه و آله) لعن الراشى و المرتشى(٢)

نعم لو كان توصل بها إلى حق قد توقف على ذلك لم يَأْتُم هو و اختص الإثم بالآخذ، بل ظاهر المصنف و الفاضل جواز ذلك و إن لم يتوقف، و لعله كذلك إذا لم يعلم الحال مع معروفه مدخلية الرشوه فى ذلك عند قضاء العامه و عمالهم.

و على كل حال يجب على المرتشى إعادة الرشوه إلى صاحبها لبقائها على ملكه، حتى لو وقعت فى ضمن عقد هبه أو بيع محاباه أو وقف، فإنه بناء على أن نحو ذلك من أفراد الرشاء لا-ريب فى فساد العقود المزبوره، نحو ما كان منها إعانه على الإثم، ترجيحاً لأدله فسادها على ما يقتضى صحتها، بل النهى فيها عن نفس المعامله، بل لعل ذلك هو مبنى فساد الرشوه التى هى غالباً تكون بعنوان الهبه رشوه.

كما أن منه يتضح الأمر فى الهديه أيضاً، ضروره أنه متى كانت أيضاً رشوه لحقها حكم الهبه رشوه حرمه و فساداً، أما إذا لم تكن رشوه و لا متوصلاً

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب آداب القاضى و الباب- ٥- من أبواب ما يكتسب به من كتاب التجاره.

٢- ٢ المستدرک الباب- ٨- من أبواب آداب القاضى- الحديث ٨.

بها إلى باطل أو جزاء عليه فلا ريب في حليتها، وإطلاق النصوص (١) أن هدايا العمال غلول و سحت و نحو ذلك يمكن إرادته المدفوعه لهم دفعا للباطل و نحوه منهم منه، و هو شىء آخر غير الرشوه التى هى محرمة و إن كانت للحكم بالحق

على الأصح و دليله ما يستفاد من خبر تحف العقول (٢) و غيره مما تقدم فى المكاسب (٣) كما يمكن إرادته بيان حرمه استيثار العمال بها، بل مرجعها إلى بيت مال المسلمين، لأنه من توابع عمل المسلمين.

و هو المراد حينئذ من

خبر أبى حميد الساعدى (٤) «استعمل النبى (صلى الله عليه و آله) رجلا من الأسد يقال له أبو الليثه على الصدقه، فلما قدم قال: هذا لكم و هذا أهدي لى، فقام النبى (صلى الله عليه و آله) على المنبر، فقال: ما بال العامل نبعثه على أعمالنا يقول: هذا لكم و هذا أهدي لى، فهلا جلس فى قلب بيت أمه و أبية ينظر أ يهدى له أم لا، و الذى نفسى بيده لا يأخذ أحد منها شيئا إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبتة إن كان بعيرا له رغاء أو بقرة لها خوار أو شاه تنفر، ثم رفع يده حتى رأينا عفره إبطه، و قال: اللهم هل بلغت؟ اللهم هل بلغت؟»

و ليس المراد منه حرمه الهديه فى نفسها مع أنه هو (صلى الله عليه و آله) أمر بالتهادى للتحاب و التواد (٥) و لا زال (ص) يقبل الهديه، حتى

قال (٦): «لو أهدي إلى كراع لقبته».

١-١ الوسائل الباب-٨- من أبواب آداب القاضى- الحديث ٦ و الباب-٥- من أبواب ما يكتسب به الحديث ١٢ من كتاب التجاره و سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٣٨.

٢-٢ الوسائل الباب-٢- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ١ من كتاب التجاره.

٣-٣ راجع ج ٢٢ ص ١٤٥-١٤٩.

٤-٤ سنن البيهقى ج ٤ ص ١٥٨.

٥-٥ الوسائل الباب-٨٨- من أبواب ما يكتسب به من كتاب التجاره.

٦-٦ الوسائل الباب-٨٨- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ١٣ من كتاب التجاره.

فالتحقيق حينئذ ما عرفت من حرمة الهدية رشوه كالهبة رشوه و حينئذ يكون الرشء أعم من كل من هذه العقود من وجه نحو الإعانة على الإثم، فتأمل جيدا كى تعرف ما فى المسالك و غيرها من حرمة الهدية للقاضى و العامل ممن لم تكن عادته الهدية له قبل ذلك أو كانت للقاضى من أحد الخصمين، بل و غير ذلك من المباحث.

و كيف كان ف لو تلفت أى الرشوه قبل وصولها إليه ضمنها له

لعموم «على اليد»^(١)

و غيره مما تقدم الكلام فيه و فى جميع ما يتعلق بالمسأله موضوعا و حكما فى المكاسب^(٢) فلاحظ و تدبر ليظهر لك الحال فى كثير من مباحث المقام حتى الإشكال فى الضمان مع التلف، خصوصا إذا كانت الرشوه من الأعمال التى تبرع بها الراشى و نحوه مما لا يد فيه للمرتشى و لا أمر بالعمل، و حتى فيما ذكره بعض من حرمة ما يقع من المدعى من الأعمال لأجل الحكم و إن لم يدخل ذلك تحت الرشوه فى الاسم و لكن يدخل فى الحكم، ضروره عدم الدليل على الحرمة المنافيه للأصل و غيره بعد عدم الاندراج فى اسم الرشوه أو غيره مما هو عنوان للحرمة كالتوصل به إلى الباطل و نحوه، أما إذا كان وصله إلى الحق فلا بأس به بعد أن لم يكن رشوه كما هو الفرض.

هذا و قد يقال: باختصاص الرشوه فيما بذل للقاضى على الحكم و لو بحق و للعامل على الباطل، أما الثانى فللإجماع المحكى فى المسالك، و أما الأول فلظاهر النصوص^(٣) و ما فى بعضها من الإطلاق كالنبوى^(٤) الذى

١-١ المستدرک الباب- ١- من كتاب الغصب- الحديث ٤ و سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٥.

٢-٢ راجع ج ٢٢ ص ١٤٩.

٣-٣ الوسائل الباب- ٨- من أبواب آداب القاضى.

٤-٤ المستدرک- الباب- ٨- من أبواب آداب القاضى الحديث ٨.

لا ينافيه القيد في آخر غير جامع لشرائط الحجية في الخروج عن أصل البراءة و نحوه، و الله العالم.

[المسألة الثامنة عشره إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم أحضره]

المسألة الثامنة عشره:

إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم و استعدى الحاكم عليه أعداءه و أحضره مع الإمكان إذا كان حاضرا بلا خلاف أجده فيه، بل في المسالك نسبتته إلى علمائنا و أكثر العامه، و كذا عن ظاهر المبسوط الإجماع عليه، لتعلق حق الدعوى به، و لاقتضاء منصبه ذلك سواء حرر المدعى دعواه أم لم يحررها و سواء كان من أهل المروات أم لا، و نحوها و لو كان قاضيا معزولا(١) و سواء علم الحاكم بينهما معاملة أم لا، خلافا لبعض العامه و المحكى عن الإسكافي منا،

فلم يوجبوا إحضار ذوى المروات و الشرف مجلس الحكم، و عن بعض أنه يستدعيه إلى منزله، و لا-ريب في ضعفه، لإطلاق الأدله و غيره و إن كان الأولى التحرز في إحضار ذوى الشرف و خصوصا القاضى المعزول و نحوه.

ثم الإحضار قد يكون بختم يدفعه إلى المدعى ليعرضه عليه مكتوب فيه «أجب القاضى» و قد يكون بمحضر من الأعوان.

١-١ الموجود في النسخه الأصلية ابتداء هكذا» و سواء كان من أهل المروات أم لا» ثم أضيف في الهامش بعد قوله: «أم لا» قوله: «و نحوها و لو قاضيا معزولا» فصارت العبارة مشوشه: و لو كان ما في الهامش خارجا بعد قوله: «المروات» كان أولى، حيث تكون العبارة هكذا» و سواء كان من أهل المروات- و نحوها و لو قاضيا معزولا- أم لا».

و يكون مؤنثه على الطالب إن لم يرزق من بيت المال، بل إن كان امتناعه عصيانا استعان بأعوان السلطان و عزره بما يراه، بل فى المسالك «فى كون مؤنثه المحضر- و الحال هذه- على المطلوب لامتناعه أو على المدعى و جهان» و إن كان فى ما لا يخفى، بل فى أصل و جوب المؤنثه فى و فى الأول إذا لم تندرج تحت سبب من الأسباب الشرعيه نظر، إذ لا- دليل عليها هنا بالخصوص على وجه يحكم بوجوبها و إن لم تندرج فى معاملته الإجاره أو الجعالة أو نحوهما مما يتوقف على التراضى كما هو واضح.

و كذا النظر فيما ذكر هنا أيضا من أنه «إن استخفى بعث من ينادى على بابه أنه إن لم يحضر إلى ثلاث سميرت داره أو ختم عليها، فإن لم يحضر بعد الثلاث و سأل المدعى السمر أو الختم أجابه إليه» إذ لم نجد له دليلا بالخصوص و إنما هو أحد أفراد التعزير التى هى للحاكم.

و فى القواعد «فإن لم يحضر بعد الختم بعث الحاكم من ينادى إن لم يحضر أقام عنه و كيلا و حكم عليه، فإن لم يحضر فعل ذلك و حكم عليه و إن لم يحكم عليه حال الغيبه ابتداء» و لعله لأن الحاكم ولى الممتنع فيما امتنع منه الذى منه التوكيل هنا، بل مقتضى إطلاقه رد اليمين من الوكيل على المدعى مع عدم البينه، بناء على أن له التوكيل على ذلك، فتأمل جيدا.

و إن كان عدم حضوره لعذر كالمرض و نحوه لم يكلف به، و لكن إذا أمكن الجمع بينه و بين حق المستعدى بتوكيل و كيل عنه و إرسال من يحلفه إن ترتب عليه اليمين أو إرسال من يحكم بينهما فعلة، و إلا فلا، بل للمستعدى عليه التوكيل مع الاختيار أيضا، و يلزم المستعدى الرضا بذلك، خلافا لأحمد و أبى حنيفه، فلم يوجبا عليه الرضا بذلك، و إذا أبى إلا حضوره أجبر عليه إن امتنع، هذا كله مع حضور الخصم.

أما لو كان غائبا لم يعده الحاكم حتى يحرر المدعى دعواه بخلاف الأول و الفرق بينهما لزوم المشقه فى الثانى و يمكن أن تكون غير مسموعه، فمشروعيه الإرسال عليه قبل تحريرها مشقه و ضرر و حرج و عدمها فى الأول الذى هو حاضر، إذ لا مشقه عليه بالحضور.

لكن لا يخفى عليك ما فيه، ضروره أنه إن كان مجرد الدعوى حقا و إن لم تحرر لم يكن فرق بين الحاضر و الغائب، و لعله لذ أطلق المصنف فى النافع و جوب أعداء الحاكم للمستعدى بإحضار خصمه، و إلا لا يجوز إحضاره قبل تحرير الدعوى، كما عن بعض المتأخرين احتمالاه، خصوصا بعد ترتب ما سمعته من التعزير عليه، بل فى الرياض و له وجه، إلا- أن الإجماع الظاهر و المحكى حتى فى كلامه كفانا مئونه البحث فى ذلك، سيما مع اعتضاده بما ذكر من أن ذلك كان معمولا به فى الزمن السابق إلى الآن من غير إنكار.

لكن الإنصاف أنه لا- يخفى عليك ما فى دعوى الإجماع فى أمثال هذه المسائل، على أن المحكى عن الفاضل فى المختلف عدم و جوب إحضار الغائب بعد تحرير الدعوى، بل الحاكم يطلب من المدعى إثبات حقه، فإذا ثبت أحضر، فإن حضر و إلا باع ماله و دفعه إلى المدعى، نعم لو لم يتمكن من الإثبات و طلب الخصم إحضاره لتحليفه أو كان معه المال بعث حينئذ فى طلبه، و إليه يرجع ظاهر ما عن الجامع و صريح الإسكافى من أنه لم يجب إحضاره إلا بعد أن يثبت المستعدى حقه عند الحاكم.

إلا- أن ظاهرهما إحضاره حينئذ من دون ذكر بيع ماله إن لم يحضر، فيتفق الثلاثة حينئذ على اعتبار إثبات الحق فى و جوب الإحضار فى الغائب، و لعله للأصل و غيره بعد عدم الإجماع فيه بخلافه فى الحاضر، اللهم إلا

أن يدعى عدم الفرق بينهما في اقتضاء المنصب إغائه المستعدى، وحينئذ يتجه عدم اعتبار التحرير فيه كالحاضر، و الفرق بينهما بالمشقة التي يمكن وجودها في الحاضر لشرف أو غيره كما يمكن عدمها في الغائب غير مجد، و حينئذ يتجه إطلاق المصنف في النافع، فتأمل جيدا فان المقام لا- يخلو من تشويش في الجملة، خصوصا بما لا-حظه كون موضوع المسألة إحضار الخصم باستعداد خصمه، لا- إرادته إثبات حقه، فان ذلك مقام آخر، و هو الحكم على الغائب عن مجلس الحكم و إن كان حاضرا في البلد، و إحضاره لاستيفاء الحق منه غير إحضاره ليتبين أن الحق عليه أم لا.

ثم إن هذا كله إذا كان في بعض مواضع ولايته و ليس له هناك خليفه يحكم و إلا سمع بينته إن كانت و أرسل إلى خليفته، بل إن كان هناك من يصلح للاستخلاف أذن له في القضاء بينهما.

و إن كان في غير ولايته لم يكن له أن يحضره كما في المسالك و إن كان لا يخلو من تأمل و أثبت الحكم عليه بالحجه و إن كان هو غائبا و باقيا على حجته من جرح أو غيره، لما ستعرف من جواز الحكم على الغائب بشرائطه، و إن رضى المدعى بأن يكتب إلى خليفته أو من يصلح للحكم أو لوال هناك أن يفصل بينهما فعل، و إن سأله إقامه البينه عنده فإذا ثبت كتب بالثبوت إلى أحد هؤلاء من دون حكم فعل، و إن أقام شاهدين لا يعرفهما الحاكم كتب «حضرني فلان بن فلان فادعى على فلان بن فلان و أشهد فلانا و فلانا» ليكون الحاكم هناك هو الباحث عن عدالتهما إن لم يعرفهما.

و لو ادعى على امرأه فإن كانت برزه أى من عاداتها البروز لحوائجها و لو إلى مجالس الرجال فهي كالرجال في جميع ما ذكرنا بالنسبة إلى الحضور و الغيبه، و إن زادت باشرط كون الطريق أمنا بالنسبه

إليها و معها من يوثق به من محرم أو نسوه، إلا أن مرجع ذلك كله إلى خلوها عن العذر و لو بالنسبه إليها و عدمه، و مثل ذلك في الرجل و إن اختلفت الأعذار بالنسبه إليهما.

و إن كانت مخدرة لا- تخرج إلى مجالس الرجال و إن اتفق خروجها لضروره و لو عزاء أو حمام أو زياره أو نحو ذلك لم تكلف الحضور، لكونها معذوره حينئذ، و لكن بعث إليها من يثق به في الحكم بينها و بين غريمها جمعا بين الحقين أو توكل عنها و كيلا للمخاصمه فإذا احتاج إلى تحليفها أرسل إليها من يحلفها، و لكن في القواعد «يرسل معه شاهدين على حلفها» و فيه أنه يمكن الاستغناء باخبار الأمين على ذلك.

نعم لو لم يعرفها الأمين أنها المستعدى عليها طلب شاهدين على ذلك أو تبين ذلك بقرائن و حكم بينهما من خلف الستر، فان لم تكن بينه تعرفها من خلفه بسماع كلامها و نحوه التحفت بجلباب و نحوه و خرجت من وراء الستر، بل إن احتيج إلى الإسفار أسفرت.

قال أبو الحسن الأول (عليه السلام) لجعفر بن عيسى بن يقطين (١): «لا بأس بالشهادة على إقرار المرأة و ليست بمسفرة إذا عرفت بعينها أو حضر من يعرفها، فأما إن لا تعرف بعينها و لا حضر من يعرفها فلا يجوز للشهود أن يشهدوا عليها و على إقرارها دون أن تسفر و ينظروا إليها».

و كتب الصفار (٢) إلى الحسن بن علي (عليهما السلام) «في رجل أراد أن يشهد على امرأة ليس لها بمحرم هل يجوز له أن يشهد عليها و هي من وراء الستر و يسمع كلامها إذا شهد رجلان عدلان أنها فلانة بنت فلان التي تشهدك و هذا كلامها أو لا تجوز له الشهادة عليها حتى تبرز

١- ١ الوسائل الباب - ٤٣- من كتاب الشهادات- الحديث ١.

٢- ٢ الفقيه ج ٣ ص ٤٠ الرقم ١٣٢.

و يتبينها بعينها؟ فوق (عليه السلام) تتقّب و تظهر للشهود».

و لو استعدى على الشاهدين أنهما شهدا عليه زورا أعداه و أحضرهما، فإن اعترفا و إلا طولب بالبينة على اعترافهما، فان لم يكن توجهت له اليمين على الأقرب، بل عن الإيضاح لو ادعى عليهما بمال و أنهما ألتفاه بشهادتهما الكاذبه و استوفى منه بغير حق توجهت اليمين قطعا.

و لو ادعى أحد الرعيه على القاضى فإن كان هناك إمام يرافعه إليه و إن لم يكن و كان قاض فى غير ولايته يرافعه إلى قاضى تلك البقعه، و إن كان فى ولايته و تعدد القاضى فيها فكذلك، و إلا رافعه إلى خليفته.

و الدعوى على السلطان مع إنكاره باطله عندنا للعصمه و كذا الإنكار لما يدعيه، و قضيه الأعرابى مع النبى (صلى الله عليه و آله) لما رافعه إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) معروفه (١).

[النظر الثالث فى كيفية الحكم]

إشارة

النظر الثالث فى كيفية مجلس الحكم و فيه مقاصد:

[المقصد الأول فى وظائف الحاكم]

إشارة

الأول:

فى وظائف الحاكم، و هى سبع:

[المسألة الأولى التسوية بين الخصمين]

الأولى تجب التسوية بين الخصمين و إن تفاوتتا شرفا و وضعه فى السلام عليهما ورده

و الجلوس و النظر إليهما و الكلام معهما و الإنصات و العدل في الحكم و غير ذلك من أنواع الإكرام كالإذن في الدخول و طلاقه الوجه، بل في المسالك لو لم يمكن التسوية بينهما في جواب السلام ابتداءً بأن سلم أحدهما دون الآخر فيصبر هنيهة رجاء أن يسلم الآخر فيجيبهما معاً، فان طال الفصل بحيث يخرج عن كونه جواباً للأول فليرد قبله على المسلم، و قيل: لا بأس بأن يقول للآخر سلم، فان سلم أجابهما معاً، إلى غير ذلك مما ذكره في التسوية.

لقول على (عليه السلام) لشريح في

خبر سلمه بن كهيل (١): «ثم واس بين المسلمين بوجهك و منطقك و مجلسك حتى لا يطمع قريبك في حيفك، و لا يئأس عدوك من عدلك».

و قول النبي (صلى الله عليه و آله) في خبر السكوني (٢): «من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم في الإشارة و النظر و في المجلس»

و نحوه النبوي (٣) بإبدال «فليواس». «فليسوا».

و في آخر (٤) «ثلاث إن حفظتهن و عملت بهن كفتك ما سواهن، و إن تركتهن لم ينفعك شيء: إقامة الحدود على القريب و البعيد، و الحكم بكتاب الله في الرضا و السخط، و القسم بالعدل بين الأحمر و الأسود».

و قد تقدم ما عن أمير المؤمنين (عليه السلام) من نهى النبي (صلى

١-١ الوسائل الباب-١- من أبواب آداب القاضي- الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-٣- من أبواب آداب القاضي- الحديث ١ و هو قول أمير المؤمنين عليه السلام كما في الكافي ج ٧ ص ٤١٣ و التهذيب ج ٦ ص ٢٢٦ الرقم ٥٤٣.

٣-٣ أشار إليه في الوسائل الباب-١- من أبواب آداب القاضي- الحديث ٢ و ذكره في الفقيه ج ٣ ص ٨ الرقم ٢٧.

٤-٤ الوسائل الباب-١- من أبواب آداب القاضي- الحديث ٢.

الله عليه وآله) أن يضاف خصم إلا و معه خصمه (١).

و فى النبوى (٢) المروى فى المسالك «من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم فى لحظه و إشارته و مقعده، و لا يرفعن صوته على أحدهما ما لا يرفع على الآخر».

و فى الرياض «و هذه النصوص - مع اعتبار أسانيدھا جملة و حجيه بعضها- ظاهره الدلاله فى الوجوب، كما هو الأظهر الأشهر بين متأخرى الطائفة وفاقا للصدوقين، بل حكى عليه الشهره المطلقه فى المسالك و الروضه، فهى أيضا لقصور النصوص أو ضعفها لو كان جابره».

إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه من دعوى اعتبار أسانيدھا و حجيه بعضها، لأنه مبنى على أنه إن كان فى السند أحد من أصحاب الإجماع لم تقدر جهاله الراوى بل و فسقه، و التحقيق خلافه، كما هو محرر فى محله، بل و فى حكاية الشهره، مع أن الموجود فى المسالك النسبه إلى الأكثر، بل الظاهر عدم تحقق ذلك على سبيل الوجوب، خصوصا فى مثل عباره الصدوقين التابعه للتعبير بما فى النصوص غالبا، و حيثئذ فقطع الأصول المعظمه بمثل هذه النصوص المنساق منها إرادته ضرب من الندب و الكراهه كما سمعت الفتوى بها فى إضافه أحد الخصمين مشكل، خصوصا مع ظهور خبر سلمه فى إرادته بيان الآداب فى أحوال القاضى لا خصوص المتخاصمين الذى هو محل البحث، و صعوبه المساواه الحقيقيه سيما مع عدم التساوى منهما فى مقتضاها، و دعوى أن ذلك من العدل الذى أمره الله به ممنوعه إن كان المراد الوجوب حتى فى نحو ذلك.

و من هنا كان المحكى عن الديلمى و الفاضل فى المختلف و غيرهما

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من أبواب آداب القاضى- الحديث ٢.

٢- ٢ سنن البيهقى- ج ١٠ ص ١٣٥.

الاستحباب، و هو الأقوى.

و على كل حال ف لا تجب التسويه فى الميل بالقلب لتعذره غالبا و قد

كان رسول الله (صلى الله عليه و آله) يقول فى القسم بين نساءه(١): «هذا قسمى فيما أملك و أنت أعلم بما لا أملك»

يعنى الميل بالقلب.

و ما فى

حسن الشمالى(٢) عن الباقر (عليه السلام) «أنه كان فى بنى إسرائيل قاض يقضى بالحق بينهم، فلما حضره الموت قال لامرأته:

إذا أنا مت فغسلينى و كفينى و ضعينى على سريرى و غطى وجهى فإنك لا ترين سوء، فلما مات فعلت ذلك ثم مكثت بذلك حيناً ثم إنها كشفت عن وجهه لتنظر إليه، فإذا هى بدوده تقرض منخره ففزعت من ذلك، فلما كان الليل أتتها فى منامها، فقال لها: أفرعك ما رأيت؟ قالت:

أجعل فقد فزعت، قال لها: لئن كنت فزعت ما كان الذى رأيت إلا من أخيك فلان، أتانى و معه خصم له، فلما جلسا إلى قلت: اللهم اجعل الحق له و وجه القضاء على صاحبه، فلما اختصما كان الحق له، و رأيت ذلك بينا فى القضاء، فوجهت القضاء له على صاحبه، فأصابنى ما رأيت لموضع هواى كان معه موافقه الحق»

محمول على ضرب من الحث على المراتب العاليه، بل الظاهر كون المراد فى الأول أيضا عدم إثارة أحدهما على وقوع ذلك منه.

أما إذا اتفق جلوسهما مثلا متفاوتا من غير مدخلية للقاضى فلا يجب عليه أن يوقع التساوى بينهما كما عساه يظهر ممن عرفت، لصعوبه إقامه

١- ١ سنن البيهقى - ج ٧ ص ٢٩٨.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٩ - من أبواب آداب القاضى - الحديث ١.

دليل معتبر عليه هذا كله مع التساوى فى الإسلام أو الكفر(١).

و أما لو كان أحدهما مسلما جاز أن يكون الذمى قائما و المسلم قاعدا أو أعلى منزلا بلا خلاف، بل فى الرياض أنه كذلك قولا واحدا،

و عن على (عليه السلام) أنه جلس بجنب شريح فى حكومه له مع يهودى فى درع(٢) و قال: «لو كان خصمى مسلما لجلست معه بين يديك و لكن قد سمعت رسول الله (صلى الله عليه و آله) يقول: لا تساووهم فى المجلس».

و هل تجب التسويه فيما عدا ذلك؟ قد يتوهم من ظاهر العبارة و نحوها ذلك، لكن التحقيق خلافه، للأصل و اختصاص النصوص(٣) الموجبه- و لو للتبادر- بغير الفرض المعلوم فيه شرف المسلم على غيره، لما فيه من صفه الإسلام الذى يعلو و لا يعلو عليه.

[المسألة الثانية لا يجوز أن يلحق أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه]

المسألة الثانية(٤) لا يجوز للحاكم أن يلحق أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه بأن يعلمه دعوى صحيحه لم يكن فى نفسه الدعوى بها

١- ١ و فى الشرائع: «و إنما تجب التسويه مع التساوى فى الإسلام أو الكفر».

٢- ٢ راجع المغنى لابن قدامه ج ١١ ص ٤٤٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣- من أبواب كيفيه الحكم.

٤- ٤ هكذا فى النسخه الأصلية المسوده و المبيضة هنا و فيما يأتى من قوله قده: « المسألة الثالثه» و «المسألة الرابعه» و هكذا، و الصحيح كما فى الشرائع زياده كلمه «المسألة» حيث إن البحث فى وظائف الحاكم لا فى المسائل.

أو الإنكار في دعوى القرض عليه لا دعوى الوفاء المقتضيه للإقرار.

و كذا لا يجوز أن يهديه لوجوه الحجاج و نحوها مما يستظهر به على خصمه لأن شرع ذلك يفتح باب المنازعه، و قد نصب لسدها.

و لا- يندرج في التلقين عرفا الاستفسار و التحقيق و إن اتفق تأديته في بعض الأحوال إلى اهتداء الخصم إلى ما يفيد في خصومته، كما أنه لا- يندرج في الفرض تلقينه بعد العلم بكونه على الحق، إذ هو من المعاونه على البر و إن كان فيه فتح لباب المنازعه، إذ لا دليل على حرمة مطلقا أو من القاضى في جميع

الأحوال، و دعوى الاستغناء عن التلقين في الفرض بالحكم حينئذ بعلمه يدفعها فرض وجود المانع من ذلك.

ثم إن الظاهر اختصاص الحكم بالمزبور أما غيره فلا دليل على حرمة التلقين عليه بعد فرض عدم العلم بفساد الدعوى، بل إن لم يكن إجماع في القاضى أمكن المناقشه في تحريمه عليه فضلا عن غيره، و مجرد فتح باب المنازعه المنسوب لسدها لا يقتضى حرمة ذلك، خصوصا بعد إمكان اندراجه في تعليم محاورات الشرع، و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا سكت الخصمان استحباب له أن يقول لهما تكلما أو ليتكلم المدعى]

المسأله الثالثه:

إذا سكت الخصمان استحباب له أن يقول لهما: تكلما أو ليتكلم المدعى منكما و لو أحسن منهما أن سكوتهما ب سبب احتشامه أمر من يقول لهما ذلك.

و (١١) على كل حال يكره أن يواجه بالخطاب أحدهما، لما يتضمن من إيحاش الآخر (١٢) لكن في المسالك ما حاصله «أن ذلك مناف

لما تقدم من وجوب التسوية بينهما فى الكلام، فاما أن يكون ذلك استثناء من السابق أو رجوع عن الحكم، و ظاهر العلامة فى التحرير و الشيخ فى المبسوط التحريم، لأنهما عبرا بصيغه النهى كالسالف، و هو حسن، لاشتراكهما فى المقتضى له، و فى الدروس لم يجعل التسوية فى الكلام من الواجب، و ذكر كراهه تخصيص أحدهما بالخطاب هنا، و هو يدل على كراهته مطلقاً.

قلت: قد عرفت أنه لا دليل على وجوب التسوية بينهما فيه بحيث يشمل الفرض، بل هذا منه دليل على عدم إرادته ما يشمل ذلك منها، بل المتجه الاقتصار على المتيقن الذى هو زياده أحدهما على الآخر به على وجه يقتضى ظهور الميل إليه و إرادته الحكومه له و نحو ذلك مما يجر إلى التهمه و نحوها، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا ترفع الخصمان و كان الحكم واضحا لزمه القضاء و يستحب ترغيبهما فى الصلح]

المسأله الرابعه:

إذا ترفع الخصمان و كان الحكم واضحا لزمه القضاء و لكن يستحب ترغيبهما فى الصلح الذى هو خير، و لا ينافى ذلك فوريه القضاء عرفا حتى لو طلب المحكوم له تنجيز الحكم عاجلا فإن أبيا أو أبى أحدهما إلا المناجزه حكم بينهما (١) كما هو واضح.

١-١ و فى الشرائع هنا: «و إن أشكل آخر الحكم حتى يتضح، و لا حد للتأخير إلا الوضوح».

[المسأله الخامسه إذا ورد الخصوم مترتبين بدأ بالأول فالأول]

المسأله الخامسه:

إذا ورد الخصوم مترتبين بدأ بالأول فالأول من غير فرق بين الذكر و الأئني و الشريف و الوضيع، لأحقه السابق من غيره فى جميع الحقوق المشتركه.

فان لم يعلم أو وردوا جميعا قيل: يقرع بينهم بالطريق المتعارف فيها من وضع الرقاع فى بنادق من طين و غيره، لأنها لكل أمر مجهول، و لمعلومه الترجيح بها فى أمثال ذلك.

و قيل: يكتب أسماء المدعين، و لا يحتاج معهم إلى ذكر الخصوم لأن الحق لهم، فان تعدد الخصوم لواحد منهم تخير حينئذ.

و قيل: يذكرهم أيضا لتحصير الحكومه معه فلو كان له خصمان كتب رقعتين و ليس معتمدا، و على كل حال يجعل تلك الأوراق المكتوب على ها أسماء المدعين تحت ساتر مثلا و يخرج رقعته رقعته ثم يستدعى صاحبها.

و قيل (١١) بل فى المسالك أنه المشهور إنما يكتب أسماءهم مع تعسر القرعه بالكثرة (١٢) و التحقيق أن ذلك قسم من القرعه لأن الغرض تقديم من يتقدم من المدعين من غير ترجيح من قبل الحاكم و لا ميل إلى أحدهم، و هو يحصل بذلك، بل لو لا ظهور الاتفاق لأمكن القول بالتخير للحاكم المأمور على الإطلاق بالحكم بين الناس، و أن المقام ليس من الحقوق فى شىء.

ثم إن المتقدم بالسبق أو القرعه إنما يقدم فى دعوى واحده، فإن

كان له غيرها حضر في مجلس آخر، سواء كانت مع ذلك المدعى عليه أو غيره.

و كذلك الكلام في الازدحام على المفتى و المدرس في العلوم الواجبه، أما المندوبه فالخيار إليه، و لو أسقط السابق حقه سقط، و ظاهر العبارة و غيرها وجوب مراعاة هذه الأحكام، و قد يناقش فيه للأصل و غيره، فيتجه التخيير له في ذلك.

[المسألة السادسة إذا قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم يسمع حتى يجيب عن الدعوى]

المسألة السادسة:

إذا قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم يسمع حتى يجيب عن الدعوى التي هي أحق من دعواه بالسبق و تنتهي الحكومه، ثم يستأنف هو دعواه إن لم يراحمه أحد، و إلا ترتب الحكم السابق، و الله العالم.

[المسألة السابعة إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى]

المسألة السابعة:

إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى لما عرفت و لو ابتدرا معا بالدعوى سمع من الذى على يمين صاحبه للإجماع المحكى عن المرتضى و الشيخ، و ل

قول الصادق (عليه السلام) في صحيح ابن مسلم (١): «إن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قضى أن يقدم صاحب اليمين».

و قوله (عليه السلام) في صحيح ابن سنان (٢): «إذا تقدمت مع خصم إلى وال أو قاض فكن عن يمينه».

١- ١ الوسائل الباب- ٥- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١

و فى محكى المبسوط نسبته إلى روايه أصحابنا ثم قال: «و قال قوم:

يقرع بينهما، و منهم من قال: يقدم الحاكم من شاء، و منهم من قال:

يصرفهما حتى يصلحا، و منهم من كان يستحلف كل واحد منهما لصاحبه، و بعد ما روينا القرعه أولى».

و فى محكى الخلاف بعد ما ذكر روايه أصحابنا و الأقوال المزبوره قال: «دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم و لو قلنا بالقرعه على ما ذهب إليه أصحاب الشافعى كان قويا، لأنه مذهبنا فى كل أمر مجهول» و فيه أنه لا جهاله بعد النص و الإجماع.

و لو اتفق مسافر و حاضر فهما سواء ما لم يستضر أحدهما فيقدم دفعا للضرر و كذا المرأه التى تتضرر بالتأخير عن بيتها. و بالجمله القرعه إنما هى مع عدم تضرر أحدهم و إلا- ترجح، لكن قد يناقش بعدم اقتضاء ذلك سقوط حق الآخر كما فى الازدحام على باقى الحقوق المشتركه، اللهم إلا- أن يفرق بين المقام و بينها برجوع الحق فيه إلى اختيار القاضى و ترجيحه، فحيث لا يكون مرجح شرعى يرجع إلى القرعه، بخلاف ما فى المقام الذى فيه قاعده الضرر و الضرار، و الفرض عدم تضرر الآخر، فتأمل جيدا.

و يكره للحاكم أن يشفع فى إسقاط حق بعد ثبوته أو إبطال دعوى قبله، و فى المسالك «و على هذا فطريق الجمع بين ذلك و بين الترغيب فى الصلح المقتضى غالبا لإسقاط بعض الحق إما بجعله متوسطا بين الإسقاط و عدمه، أو جعله مستثنى كما يقتضيه كلام الأصحاب، لأن الصلح خير، أو بعث غيره على ترغيبهما فى ذلك و الوساطه بينهما فى الصلح، كما صرح به أبو الصلاح، و هذا أولى».

قلت: لعله لا تنافى بين رجحان الصلح قبل الحكم و إن تضمن بعض

أفراده إسقاطا و بين الشفاعة فى إسقاط الحق بعد ثبوته، بل الفرق بينهما فى غاية الوضوح عرفا، و لعل المراد الجمع بين الشفاعة فى إبطال الدعوى قبل الثبوت و بين رجحان الترغيب على الصلح المقتضى لبطلانها فيتجه حينئذ ما ذكره.

و على كل حال فالوجه فى الكراهه ما

عن النبى (صلى الله عليه و آله) ^(١)سأله أسامه حاجه لبعض من خاصمه إليه، فقال: «يا أسامه لا تسألنى حاجه إذا جلست مجلس القضاء، فان الحقوق ليس فيها شفاعة».

[المقصد الثانى فى مسائل متعلقه بالدعوى]

إشاره

المقصد الثانى فى مسائل متعلقه بالدعوى، و هى خمس:

[المسأله الأولى لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهوله]

الأولى قال الشيخ و أبو الصلاح و بنوا حمزه و زهره و إدريس فى ما حكى عنهم لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهوله، مثل أن يدعى فرسا أو ثوبا و تبعهم الفاضل فى المحكى من تحريره و إقرار تذكرته و الشهيد فى الدروس، لانتفاء فائدتها، و هو حكم الحاكم بها لو أجاب المدعى عليه بنعم.

و فيه أنه مناف للمحكى عنه و غيره من أنه يقبل الإقرار المجهول و يلزم تفسيره ضروره أنه مع فرض جواب المدعى عليه بنعم يكون من ذلك، و حينئذ فالقول بصحة الإقرار بالمجهول

يستلزم صحة الدعوى المجهوله و إن كان متعلقها غير الإقرار بالمجهول.

و دعوى الفرق بينهما- بأنه لو كلفنا المقر بالتفصيل و لم يقبل منه إقراره لأدى ذلك فى بعض الأحوال إلى الرجوع عن الإقرار الذى اقتضى تعلق حق الغير به

بعموم «إقرار العقلاء»^(١)

بخلاف الدعوى، فإن إزمه بالتفصيل لا يقتضى ذلك، لما فيه من داعى الحاجه إليها و كون الحق له بخلاف المقر فان الحق عليه هى كما ترى.

و من هنا قال المصنف و فى الأول إشكال لوضوح ضعف دليله و ضعف الفرق المزبور و إن أمكن تقريره بوجه آخر، و هو أنه بالإقرار يتعلق حق المقر له و إن كان مورده مجهولا،

لعموم «إقرار العقلاء»^(٢)

و حينئذ فيلزم بتفسيره الراجع للجهاله، بخلاف الدعوى التى لا تعلق لها بغير المدعى و لا طريق لإزمه بتفسيرها، إذ له رفع اليد عنها، فالجهاله فيها لا طريق إلى تعرفها إلا بعدم سماعها مجهوله كى يلتجئ إلى تفسيرها حتى تكون مسموعه، و لكنه أيضا كما ترى لا يرجع إلى شىء معتبر شرعا.

فالتحقيق أن يقال: لا ريب فى عدم سماع الدعوى المجهوله من كل وجه التى من أفرادها ما لا يقبل الدعوى به، لعدم إحراز كونها دعوى حينئذ توجب قضاء بعد فرض كون الجهاله فيها مقتضيا لاحتمال ما لا يقبل الدعوى من أفرادها نحو «لى عنده شىء».

أما المجهوله التى كليها يوجب غرامه بأى فرد يفرض تشخيصه فلا مانع من قبولها، وفاقا لأكثر المتأخرين أو جميعهم إلا النادر، لإطلاق

١- ١ الوسائل الباب-٣- من كتاب الإقرار- الحديث ٢ و المستدرك الباب-٢- منه- الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب-٣- من كتاب الإقرار- الحديث ٢ و المستدرك الباب-٢- منه- الحديث ١.

قوله (صلى الله عليه وآله) (١): «البينه على المدعى»

و الأمر بالحكم بين الناس فى الكتاب (٢) و السنه (٣) و لاقتضاء عدم سماعها ضيع الحق، لأنه ربما يكون المدعى يعلم مجهولا. كل ذلك مع أنه لا دليل على اعتبار العلم فيها أزيد مما ذكرنا، فضلا عن اعتبار مقدار ما يصح السلم فيه و نحوه منه، كما هو ظاهر المحكى عن الشيخ، و هو الذى أشار إليه المصنف بقوله:

[المسأله الثانيه إذا كان المدعى من الأثمان افتقر إلى ذكر جنسه و وصفه و نقده]

المسأله الثانيه قال أى الشيخ إذا كان المدعى من الأثمان افتقر إلى ذكر جنسه و وصفه و نقده، و إن كان عرضا مثليا ضبطه بالصفات و لم يفتقر إلى ذكر قيمته،

و ذكر القيمه أحوط و أضبط و إن لم يكن مثليا و قد تلف فلا بد من ذكر القيمه لأنها الواجبه حينئذ.

و لا يخفى ما فى الكل من الإشكال الذى قد عرفت أنه ينشأ من مساواه الدعوى بالإقرار و من غير ذلك.

و كذا ما فى الدروس قال فيها: «و لا تسمع الدعوى المجهوله كثوب و فرس، بل يضبط المثلى بصفاته و القيمى بقيمته و الأثمان بجنسها و نوعها و قدرها، و إن كان البيع و شبهه ينصرف إطلاقه إلى نقد البلد، لأنه إيجاب فى الحال، و هو غير مختلف، و الدعوى إخبار عن الماضى، و هو مختلف، أما دعوى الوصيه فإنها تسمع مع الجهاله، و فى صحه

١- ١ الوسائل الباب-٣- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٥.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآيه ٥٨ و سورة المائده: ٥ الآيه ٤٢ و سورة ص: ٣٨ الآيه ٢٦.

٣- ٣ الوسائل الباب-١- من أبواب كيفيه الحكم.

دعوى الإقرار وجهان: من نفعه لو صدقه و عدم إيجابه حقا، فان قلنا به صح مع الجهاله، و لا إشكال فى سماع الإقرار المجهول حذارا من رجوعه لو ألزم بالتحريم بخلاف الدعوى».

و لا- يخفى عليك ما فيه من غير تلك الجهه، خصوصا احتمال عدم سماعه دعوى الإقرار بناء على كون المراد منه- و لو بقريته المقام- الإقرار بالمجهول مع القول بصحته، ضروره أنه حينئذ كدعوى الوصيه بالمجهول التى أشار إليها المصنف بقوله أما لو كانت الدعوى وصيه سمعت و إن كانت مجهوله، لأن الوصيه بالمجهول جائزه فإن ذلك بعينه جار فى دعوى الإقرار بالمجهول، و لذا لم نر أحدا احتمل عدم سماع الدعوى به مع القول بصحته.

و لعله لذا يمكن كون المراد التردد فى أصل صحه دعوى الإقرار و لو بمعلوم، كما أوماً إليه الفاضل فى القواعد و إن جعل الأول أقرب، بل لعل قوله: «فان قلنا» كالصريح فى ذلك.

و لكن لا يخفى عليك ما فى ثانى وجهى التردد، ضروره عدم اعتبار ذلك فى صدق الإقرار و إن ذكر ذلك فى تعريفه إلا أن المراد منه ما يشمل الإقرار بالإقرار، فإنه إخبار عن الحق بالواسطه.

كما لا- يخفى أيضا ما فى التعليل فى المتن و غيره لقبول الدعوى بالوصيه المجهوله، ضروره عدم اقتضاء ذلك اختصاصها بالقبول، فان ملك المجهول غيرها متحقق أيضا كالميراث و الهبه، بل و الصلح و نحوهما، على أنه يمكن جهالته فى الدعوى و إن كان قد انتقل إليه بالبيع المقارن لعلمه حال البيع دون غيره، اللهم إلا أن يراد به ما عن الشيخ من أنه ليس غير الوصيه من الأسباب ما يملك به المجهول فى نفس الأمر و إن كان فيه منع ذلك، و لو سلم فالمسأله فى الأعم منه، و بذلك ظهر لك الحال

فى المسأله، و يأتى إنشاء الله زياده إيضاح لها، و الله العالم.

و كيف كان ف لا بد من إيراد الدعوى بصيغه الجزم التى يستدل بها على جزم المدعى بما يدعيه كما عن الكافى و الغنيه و الكيدرى و ظاهر الوسيله بل فى الكفايه نسبه إلى الشهره، و حينئذ فلو قال أظن أو أتوهم لم تسمع لأن من لوازم الدعوى الصحیحه إمكان رد اليمين على المدعى و هو منتف، و للقضاء بالنكول فيها مع يمين المدعى أو عدمه، و هو منتف هنا أيضا، ضروره عدم جواز تناول المدعى هنا مع عدم جزمه، و لعدم صدق الدعوى عليه عرفا، فلا يترتب الحكم من القضاء و غيره عليها.

و لكن قال المصنف كان بعض من عاصرناه و هو شيخه نجيب الدين محمد بن نما يسمعا فى التهمه و يحلف المنكر ثم قال و هو بعيد عن شبه الدعوى الذى قد عرفت كونها فى العرف الخبر الجازم، و لكن إليه يرجع ما فى الروضه و محكى تعليق النافع للمحقق من التفصيل بين ما يعسر الاطلاع عليه كالقتل و السرقة و غيره، فتسمع فى الأول دون الثانى، بل عن الإيضاح و المجمع أنه قوى عدم اشتراط الجزم، و نفى عنه البأس فى غايه المراد، و مال إليه فى المسالك لكن فى الرياض أنه ليس قولاً لأحد منا، بل أصحابنا على قولين:

اعتبار الجزم و الاكتفاء بالتهمه فى مقامها.

و كيف كان ففى المسالك تبعاً لغايه المراد «أن المعتبر من الجزم ما كان فى اللفظ، بأن يجعل الصيغه جازمه دون أن يقول: أظن أو أتوهم كذا، سواء انضم إلى جزمه بالصيغه جزمه بالقلب و اعتقاده لاستحقاق الحق أم لا، و هو كذلك، فان المدعى لا يشترط جزمه فى نفس الأمر لأنه إذا كان للمدعى بينه تشهد له بحق و هو لا يعلم به فله أن يدعى به

عند الحاكم لتشهد له البينه، و كذا لو أقر له مقر بحق و هو لا يعلم به فله أن يدعيه عليه و إن لم يعلم سببه في نفس الأمر ما هو، و وجه ما اختاره المصنف من اشتراط الجزم بالصيغه أن الدعوى يلزمها أن يتعقبها يمين المدعى أو القضاء بالنكول، و هما غير ممكنين مع عدم العلم بأصل الحق، و أن المعهود من الدعوى هو القول الجازم، فلا يطابقها الظن و نحوه» و تبعهما على ذلك في الرياض.

و فيه أن إظهار الجزم بالصيغه مع عدمه في القلب كذب و تدليس، ضروره كون ذلك خيرا من الاخبار لا إنشاء كى لا يحتمل الصدق و الكذب و الدعوى بالبينه و الإقرار اللذين هما حجتان شرعيتان بصوره الجزم بعد تسليمه لا يقتضى جوازها أيضا بدون ذلك، و ما ذكره من الوجه في كلام المصنف إنما ينطبق على الجزم القلبي لا الظاهري، فلا محيص عن إرادته المصنف ما أشرنا إليه أولا- من اعتبار الجزم في نفس الأمر في المدعى و إن اكتفى الحاكم في إحراز ذلك بإظهار الجزم بالصيغه الدال على ذلك، إذ ليس تكليف بأزيد منه و إلا- فلو فرض علمه بمخالفه ما أظهره لما في نفسه لم يجز له القضاء به، بناء على الشرط المزبور، نعم محل البحث في أصل اعتبار ذلك.

و التحقيق الرجوع إلى العرف في صدق الدعوى المقبوله و عدمها، و لا- ريب في قبولها عرفا في مقام التهمه بجميع أفرادها و ربما تؤيده النصوص الداله على تحليف الأمين مع التهمه المتقدمه في كتاب الإجاره(١) و غيره.

ك

خير بكر بن حبيب(٢) «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام):

١-١ راجع ج ٢٧ ص ٣٤٢-٣٤٤.

٢-٢ الوسائل الباب -٢٩- من كتاب الإجاره الحديث ١٦.

أعطيت جبه إلى القصار فذهبت بزعمه، قال: إن اتهمته فاستحلفه، و إن لم تتهمه فليس عليه شيء.

و خبره الآخر (١) عنه (عليه السلام) أيضا «لا يضمن القصار إلا من جنت يداه، و إن اتهمته أحلفته».

و خبر أبي بصير (٢) عنه (عليه السلام) أيضا «لا يضمن الصائغ و لا القصار و لا الحائك إلا أن يكونوا متهمين. فيخوف بالبينه و يستحلف لعله يستخرج منه شيئا».

إلى غير ذلك من النصوص التي هي و إن كانت في غير ما نحن فيه من الدعوى بالتهمه لكن لا ريب في دلالتها على اقتضاء التهمه الاستحلاف أينما تحققت. بل قد يؤيده أيضا عمومات الأمر بالحكم كتابا و سنه (٣) في جميع أفراد المنازعه و المشاجره التي لا ريب في أن ذلك من أفرادها نحو قوله تعالى «وَ أَنْ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ» (٤). «فَلَا - وَ رَبِّكَ لَا - يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ» (٥). «فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَ الرَّسُولِ» (٦) و غير ذلك، و احتمال كون الحكومه في الفرض بالقضاء بكون الدعوى غير مسموعه مناف لما دل من النصوص (٧) على أن الضابط في قطع الخصومات البيئات و الإضافه إلى اسم الله تعالى.

و كذا لا ريب في تحقق الخصومه و المشاجره مع عدم الجزم فيما يجده الوصى أو الوارث من سندات أو دفتر أو شهاده من لا يوثق بهم

١-١ الوسائل الباب - ٢٩- من كتاب الإجاره- الحديث ١٧.

٢-٢ الوسائل الباب - ٢٩- من كتاب الإجاره- الحديث ١١.

٣-٣ الوسائل الباب - ١- و غيره من أبواب كيفية الحكم.

٤-٤ سورة المائدة: ٥- الآية ٤٩.

٥-٥ سورة النساء: ٤- الآية ٦٥.

٦-٦ سورة النساء: ٤- الآية ٥٩.

٧-٧ الوسائل الباب - ١ و ٢- من أبواب كيفية الحكم.

أو غير ذلك.

و بالجمله فالمدار على ما يتعارف من الخصومه بسببه، سواء كان بجزم أو ظن أو احتمال، أما ما لا يتعارف الخصومه به كاحتمال شغل ذمه زيد مثلاً أو جنايته بما يوجب مالا أو نحو ذلك مما لا يجرى التخاصم به عرفاً فلا سماع للدعوى فيه.

و بذلك بان لك ما أظن فيه فى الرياض من دعوى تبادر الجزم من الدعوى الذى لو سلم فى لفظها لم يسلم فى المنازعه و المشاجره و نحوهما و من

اقتضائها التسلط على الغير بالإلزام بالإقرار أو الإنكار و التعزير، و هو ضرر منفى المعارض بنحوه بالنسبه إلى الخصم، و من اقتضائها يمين المدعى أو القضاء بالنكول، و هما غير ممكنين، لامتناع الحلف على الظن و امتناع ثمره النكول، إذ لا يستحل الغريم أن يأخذ بمجرد إنكار المدعى عليه و نكوله عن اليمين، لاحتمال كونه للتعظيم أو غيره الواضح منعه بتكثر الدعاوى التى لا-رد فيها كالدعوى من الوصى و التهمه للأمين و غيرهما، فهو حينئذ لازم لغير الفرض و نحوه، و كذا القضاء بالنكول إن لم نقل بجواز الأخذ له به، لأنه بمنزله الإقرار، أو لأنه يكون عوض استحقاق اليمين أو لظهور نصوص (١) التهمه فى ذلك، بل لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه النظر أيضا فى بقيه كلامه، فلاحظ و تأمل.

كما أنه لا- يخفى عليك الحال فيما لو حلف المنكر أو قضينا بالنكول أما لو قلنا بأنه لم يقض إلا برد اليمين لم يرد هنا، لعدم إمكانه، بل توقف الدعوى.

قيل: و منه يعلم ما فى استدلال الشهيد لأصل القول بأن فيه حسما

لماده النزاع، إذ لا حسم حينئذ على هذا التقدير، وإنما تنحسم على القول بالقضاء به، وهو لا يقول به، فلا يوافق دليله مختاره إلا- أن يلتزم بحسب المنكر إلى أن يقر أو يحلف، كما ذكره الصيمرى، و لكن لم يذكره هو و لا من عداه، بل ظاهرهم إيقاف الدعوى كما صرح به بعضهم، مع أن حسم ماده النزاع غير منحصر فى سماع الدعوى، لإمكان ردها كسائر ما ترد فيه الدعوى إجماعاً، كما مضى. و فيه ما عرفت من أن الأصل فى حسم المشاجره البينه أو اليمين، و لا بعد فى الالتزام بأحدهما فى المقام و فى جميع نظائره، و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا تمت الدعوى هل يطالب المدعى عليه بالجواب أو يتوقف ذلك على التماس المدعى فيه تردد]

المسأله الثالثه إذا تمت الدعوى من المدعى هل يطالب الحاكم المدعى عليه بالجواب أو يتوقف ذلك على التماس المدعى؟ فيه تردد بل قولان للشيخ فى المحكى من مبسوطه و الوجه عند المصنف، بل قيل: إنه الأشهر بل عن المبسوط عندنا مشعرا بالإجماع عليه أنه يتوقف، لأنه حق له، فيقف على المطالبه.

و لكن الأوجه خلافه وفاقا للمحكى عن جماعه، للأصل و لكونه حقا للحاكم المنصوب لقطع الخصومات إلا أن يسقط المدعى حقه، و فى المسالك «و لقيام شاهد الحال على إرادته ذلك، إذ من المعلوم عاده أن الإنسان لا يحضر خصمه مجلس الحكم إلا لإرادته فصل الدعوى بينه و بين خصمه المتوقف على سماع جوابه» و لكن فيه أن ذلك رجوع إلى القول بالتوقف على التماسه المدلول عليه بشاهد الحال.

[المسألة الرابعة لو ادعى أحد الرعية على القاضى سمعت كما تسمع على غيره]

المسألة الرابعة:

لو ادعى أحد الرعية على القاضى سمعت كما تسمع على غيره لإطلاق الأدله السالم عن معارضه منافاه ذلك لرئاسه القضاء بعد حضور أمير المؤمنين (عليه السلام) مع يهودى مجلس القضاء(١) وحضور عمر مع أبى عند زيد بن ثابت(٢) والمنصور مع جمال فان كان هناك إمام رافعه إليه و إن لم يكن و كان فى غير ولايته رافعه إلى قاضى تلك الولاية لاندراجه حينئذ فى المولى عليه من الحاضرين فى تلك الولاية.

و إن كان فى ولايته و كان له خليفه رافعه إلى خليفته بل فى المسالك «لا يجب إجابته المدعى إلى الذهاب معه إلى غيره مع وجوده، لأن العدالة تمنع من التهمه، و إن فرضت لم يلتفت إليها».

قلت: قد يشكل ذلك بأن الأمر فى من يرفع إليه إلى المدعى، فمع فرض عدم الضرر يجب اتباعه إذا طلب غيره، بل قد يقال: إن ولاية الخليفه فرع ولايته التى لا يندرج فيها الحكم بالدعاوى المتعلقة به و إن كان قد يدفع بعد فرض الاذن له فى الاستخلاف بتناول ولاية الخليفه حينئذ للحكم فى الدعاوى المتعلقة بالقاضى، ضروره ارتفاع المانع الذى هو الخصومه المانع من القضاء كالشهاده

و معلوميه خروج الحاكم بين المتخاصمين عنهما، و ليس الخليفه و كيلا كى لا يزداد على موكله.

و على كل حال فلو لم يكن له خليفه و لو لعدم الاذن له فى ذلك رافعه

١-١ راجع التعليقه ٢ من ص ١٤٣.

٢-٢ سنن البيهقى - ج ١٠ ص ١٣٦.

إلى حاكم آخر في غير ولايته، ولا يشكل بعدم الولاية له على غير أهل ولايته، لمعلومية كون المراد بأهل ولايته من حل فيها و لو من غيرها كالمسافرين و نحوهم، كما هو واضح.

[المسألة الخامسة يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدي الحاكم]

المسألة الخامسة:

يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدي الحاكم لأنه الموافق للأدب، و ليتمكن من التساوى بينهما في النظر و غيره، و لما سمعته من كلام علي (عليه السلام) في حضوره مع اليهودى عند شريح (١) و لو قاما بين يديه كان جائزا و ليس فى ذلك تكبير مناف، و الله العالم.

[المقصد الثالث فى جواب المدعى عليه]

إشاره

المقصد الثالث فى جواب المدعى عليه أى ما يصدر منه حال الدعوى عليه و هو إما إقرار أو إنكار أو سكوت فإنه جواب بالمعنى المزبور، على أن حكمه كما ستعرف مع الإصرار عليه جعله كالناكل فى رد اليمين على المدعى و الحكم به، فهو حينئذ كالإنكار، و لعله لذا أطلق عليه اسم الجواب.

و على كل حال فتفصيل الحال فى ذلك

[أما الإقرار]

أما الإقرار ف لا ريب فى أنه يلزمه أى المقر ما أقر به إذا كان جائز التصرف و الإقرار جامعا لشرائط الصحة المتقدمه فى بابه.

بل فى المسالك و غيرها «لزمه ذلك، سواء حكم به الحاكم أم لا، بخلاف البينه التى لا يثبت الحق بمجرد إقامتها، بل لا بد معه من حكم الحاكم، و الفرق أن البينه منوطه باجتهاد الحاكم فى قبولها و ردها، و هو غير معلوم بخلاف الإقرار» و زاد فى الرياض أنه «تظهر ثمره الفرق المزبور بجواز مقاصه المدعى حقه إذا كان عينا و ادعاها مع عدم علمه بها بالإقرار دون البينه إذا لم يحكم الحاكم».

و مرجع ذلك إلى اشتراط حجيه البينه بحكم الحاكم بها و إن علم كونها مقبولة عنده بخلاف الإقرار، و حينئذ فهى حجه له يحكم بها و لغيره إذا حكم بها، كما صرح بذلك فى المسالك فيما يأتى.

و لكن قد يناقش بعموم أو إطلاق ما دل على قبولها من غير فرق بين الحاكم و غيره، و إنما الحاكم يحكم بمقتضاها، فيترب على حكمه ثمراته من عدم سماع الدعوى بعده و نحوه، لا- أن أصل تناول المدعى بعد قيامها و العلم بقبولها عند الحاكم و ثبوت الحق بها عنده و إن لم ينشئ الحكم به متوقف على حكمه، خصوصا لو فرض عدم علم المدعى إلا بها، و حينئذ فالفرق بينها و بين الإقرار من هذه الجهه لا وجه له.

كدعوى الفرق بينهما بأن قبول البينه و ردها يرجع إلى الاجتهاد بخلاف الإقرار» ضروره إمكان فرض المقام فى البينه المعلوم قبولها عند الحاكم و لكن بعد لم ينشئ الحكم بمقتضاها، و الاجتهاد فى قبول البينه كالا جتهاد فى قبول الإقرار، ل

قوله (صلى الله عليه و آله) (١): «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز».

و لذا استشكل الأردبيلى فى الأخذ بالإقرار بدون حكم الحاكم. قال:

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من كتاب الإقرار- الحديث ٣ و المستدرك الباب- ٢- منه الحديث ١.

«و لهذا لم يقدر أحد أن يشهد بشوته في ذمته، بل بإقراره، فليس الحكم إلا للحاكم، لاجتهاده أن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز و الإجماع» و إن كان هو كما ترى، ضروره جواز الأخذ بالإقرار لكل أحد فضلا عن المقر له.

فالتحقيق عدم الفرق بين البينه و الإقرار في الأخذ بهما من دون حكم الحاكم لكل أحد و لو من باب الأمر بالمعروف، لعموم ما دل على حجيه شهاده العدول في الدعاوى و غيرها، بل لعل حكومه الحاكم بها لذلك أيضا، نعم لو لم تثبت عدالتها لم يجز الأخذ بها في الحكم الظاهر» لعدم ثبوت ما هو الحجه شرعا، و حكم الحاكم بها ليرتب عليه قطع الدعوى بعد ذلك لا يقتضى توقف حجيتها في التناول لغير الحاكم من باب الأمر بالمعروف على حكم الحاكم، كما هو واضح. و حينئذ لا فرق بين الإقرار و البينه بالنسبه إلى ذلك.

و دعوى الفرق بأنه لا مجال لحكم الحاكم مع الإقرار إذ لا خصومه حينئذ كى يحكم بقطعها بخلاف البينه يدفعها اتفاقهم ظاهرا على صحه حكم الحاكم به في المقام و إن قال في المسالك: «إن فائدته بعد فرض عدم توقف ثبوت الحق عليه إنفاذ حاكم آخر إياه و نحو ذلك بخلاف الحكم المترتب على البينه، فإنه من تمام السبب في ثبوت الحق».

و لكن فيه منع واضح بعد ما عرفت من عدم الفرق بينهما بالنسبه إلى إنشاء الحكم من الحاكم بمقتضاهما ليرتب عليه ثمراته، فهما من هذه الجبهه سواء في التوقف على حكم الحاكم، كما أنهما سواء في جواز التناول لهما، لا من حيث الحكومه المقتضيه لقطع النزاع و للفصل بين المتخاصمين، بل من باب كون كل منهما حجه شرعيه لكل من حصلا عنده، بل لعل الحكم كذلك في باقى الموازين كالشاهد و اليمين و النكول و اليمين المردوده،

و لعله إلى ذلك يرجع ما يحكى عن الأستاذ الأ-كبر من توقفهما معا على حكمه الحاكم فيجب أن لا- يكون فصل بين المتخاصمين إلا- بإنشاء الحكومه منه، من غير فرق بين البيئه و الإقرار و يمين المنكر و غيرها، و إن ثبت الحق بها قبل إنشاء الحكومه، و لكل ثمرات، و الله العالم.

و كيف كان ف هل يحكم الحاكم به أى الإقرار عليه أى المقر من دون مسأله المدعى؟ قيل و القائل الشيخ فى المحكى من مبسوطه لا- يجوز لأنه حق له، فلا- يستوفى إلا- بمسأله نحو ما سمعته سابقا فى سؤال الحاكم المدعى عليه الجواب من دون مسأله، إلا أن الأقوى خلافه، بل لعل فى نسبه المصنف له إلى القيل هنا اشعارا بتمريضه و إن كان مختاره فى الأول التوقف.

و كأنه فرق بينهما بأن الحكم للحاكم كما هو مقتضى إطلاق أدلته بخلاف الدعوى سؤالاً و جواباً، فإنها لغيره.

و فيه منع، ضروره اقتضاء إطلاق الأدله أن الحكومه و مقدماتها بعد حضور المتخاصمين مجلس الخصومه عنده إليه ما لم يرفعا يدا أو المدعى عنها، و لذا كان الأقوى فى المقامين عدم التوقف لذلك، لا لما عن المختلف من أنه ربما يجهل المدعى أن ذلك حق له فيضيع حقه، ضروره اقتضائه تنبيه الحاكم له على ذلك لا الحكم بدون إذنه، فالأولى الاستدلال بما سمعت، على أن شاهد الحال فى الموضوعين متحقق.

و ربما استشعر بعضهم من تعليل عدم التوقف بالأخير الاتفاق منهم على اعتبار الاذن، و إنما الخلاف فى الاجتزاء عنها بشاهد الحال و عدمه.

و فيه أنه ليس من الجميع، بل صريح بعضهم الاستدلال بما يقتضى كون ذلك للحاكم، على أنه لا بأس بذكره ردا للخصم القائل باعتبار الاذن و مماشاه له، و إلا فقد عرفت التحقيق.

بل قد يقال بوجوب الحكم على الحاكم بعد حصول مقتضيه و إن لم يرض المدعى، كما لو وجه اليمين على المنكر و حلف على ذلك و أراد الحاكم قطع الدعوى بإنشاء الحكم و لم يأذن المدعى لم يسمع منه، كما لم يسمع من المنكر فى غير الفرض.

و من ذلك يعلم أن ثمره الحكومه تارة تكون للمدعى و أخرى للمنكر، فإطلاق كونها للمدعى فى غير محله، كإطلاق القول بتوقفها على الاذن المنافى منصب القاضى للفصل بين الناس و خصوماتهم التى يرجعون بها إليه و يحكمون فيما بينهم فيها.

و كيف كان ف صوره الحكم ما قدمناه سابقا، و منه أن يقول: ألزمتك أو قضيت عليك أو ادفع إليه ماله قاصدا إنشاء الفصل بينهما بذلك و لو التمس أن يكتب له بالإقرار أو بالحكم به لم يجب عليه ذلك على الأصح حتى لو بذل المقدمات، كما عرفت البحث فيه سابقا.

و لو أجاب لم يكتب حتى يعلم اسمه و نسبه على وجه يتشخص به عن غيره بالطرق المفيدة لذلك أو يشهد عليهما شاهدا عدل حتى يأمن بذلك من التدليس بجعل الحكومه بالإقرار أو الشهاده به لغير من وقع، كما اتفق حصوله فى زماننا من بعض المزبوره.

و لو شهد عليه بالحليه و الصفه المشخصه له عن غيره جاز و لم يفتقر حينئذ إلى معرفه النسب و اكتفى بذكر حليته و اقتصار جملة من الأصحاب على الأول لا يقتضى الخلاف فى الثانى، و ما عن ابن إدريس - من الاعتراض بانتفاء المستند للتعويل على الحليه و بأنه مصير إلى أن للإنسان أن يعمل بما يجد به خطأ مكتوبا من غير ذكر للشهادة و قطع على من شهد عليه و رجوع إلى العمل بكتاب قاض إلى قاض، و جميع ذلك

باطل عندنا- واضح الفساد.

و من هنا قال فى المختلف: «و التحقيق أنه لا- مشاحه هنا، لأن القصد تخصيص الغريم و تميزه عن غيره و ازاله الاشتباه، فان حصل ذلك بالتحليه جاز، و اللوازم التى ذكرها ابن إدريس غير لازمه، لأن الخط جعل مذكرا و منبها على القضيه، فإذا وقف الإنسان على خطه فان ذكر القضيه أقام الشهاده و إلا فلا» و هو جيد.

و كيف كان فان امتنع المحكوم عليه بالأداء عنه أغلظ له بقول: يا ظالم و نحوه و لو التمس الغريم حبسه حبس بلا خلاف، ل

قوله (صلى الله عليه و آله)(١): «لَى الْوَاجِدِ يَحِلُّ عَقُوبَتُهُ وَ عَرْضُهُ»

و فى الموثق(٢)«كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يجبس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص، فان أبى باعه فيقسمه بينهم»

و غير ذلك مما قدمناه فى الفلس(٣).

و لو ادعى الإعسار الذى مر تحقيقه أيضا كشف عن حاله، فان استبان فقره أنظره وفاقا للمشهور، للأصل و لقوله تعالى(٤)«وَ إِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرِهِ» و

للموثق(٥)و غيره «إن عليا (عليه السلام) كان يجبس فى الدين، فإذا تبين له إفلاس و حاجه خلى سبيله حتى يستفيد مالا»

و ل

خير السكونى(٦)«إن امرأه استعدت عليا (ع)

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب القرض- الحديث ٤ و فيه « لى الواجد بالدين يحل عرضه و عقوبته».

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦- من كتاب الحجر- الحديث ١.

٣- ٣ راجع ج ٢٥ ص ٢٨١- ٢٨٢.

٤- ٤ سورة البقره: ٢ الآية ٢٨٠.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الحجر- الحديث ١.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الحجر- الحديث ٢.

على زوجها أنه لا ينفق عليها و كان زوجها معسرا فأبى أن يحبسها، و قال:

إن مع العسر يسرا».

بل فى كشف اللثام و

خبر زراره أو صحيحه(١)«كان على (عليه السلام) لا يحبس فى السجن إلا ثلاثة: الغاصب و من أكل مال اليتيم و من أوتمن على أمانه فذهب بها، و إن وجد له شيئا باعه غائبا أو شاهدا»

بل عن كشف الرموز أنه المراد بروايه الانظار(٢)و إن كان هو كما ترى، بل لا دلالة فيه على ما سمعته من الشيخ و ابن حمزه، مضافا إلى معلوميه بطلان الحصر فيه بالإجماع و غيره، بل و إلى منافاته ما سمعته من النصوص(٣)من الحبس فى الدين، و الجمع بإرادته الحبس الطويل أو حبس العقوبة أو نحو ذلك بعيد و إن كان هو أولى من الطرح، فالعمده حينئذ فى إثبات المطلوب ما سمعت.

و لكن مع ذلك عن الشيخ فى النهايه أنه يدفع إلى غرمائه ليؤجروه و يستعملوه، ل

خبر السكونى(٤)«أن عليا (عليه السلام) كان يحبس فى الدين ثم ينظر إن كان له مال أعطى الغرماء و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم آجروه و إن شئتم استعملوه».

إلى ذلك أشار المصنف بقوله و فى تسليمه إلى غرمائه ليستعملوه أو يؤجروه يعنى: أو إنظاره روايتان أشهرهما عملا و أصحابهما سندا و أكثرهما عددا و أوفقهما بالأصل و الكتاب كما عرفت روايه الانظار

١-١ الوسائل الباب-١١- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٢ و فيه « لا يحبس فى الدين» و فى التهذيب ج ٦ ص ٢٩٩ الرقم ٨٣٦ « لا يحبس فى السجن».

٢-٢ الوسائل الباب-٧- من كتاب الحجر.

٣-٣ الوسائل الباب-٧- من كتاب الحجر.

٤-٤ الوسائل الباب-٧- من كتاب الحجر- الحديث ٣.

بل عن الشيخ أنه رجع عن العمل بها إلى ما عليه الأصحاب، بل كتابه النهايه ليس معدا للفتوى، بل هو متون أخبار، و بذلك يظهر شذوذ الروايه المزبوره، فتطرح أو تحمل على ما إذا كان ذلك بالتراضى لإرادته قطع النزاع من زياده الكسب لو غرم عليه على النفقه و عدمها أو غير ذلك.

و منه يعلم ما فى المحكى عن ابن حمزه أيضا من أنه «إذا لم يكن ذا حرفه خلى سبيله، و إن كان ذا حرفه دفعه إلى الغريم ليستعمله، فما فضل عن قوته و قوت عياله بالمعروف أخذ بحقه» الذى مستنده أيضا الخبر المزبور الذى قد عرفت حاله و إن كان نفى عنه البعد فى المختلف قال: «لأنه متمكن من أداء ما وجب عليه، و هو إيفاء صاحب الدين حقه، فيجب عليه، أما الكبرى فظاهره، و أما الصغرى فلأن الفرض أنه متمكن من الكسب و التحصيل، و كما يجب السعى فى المثونه كذا يجب فى أداء الدين، قال: و نمنع إعساره، لأنه متمكن، و لا فرق بين قدره على المال و قدره على تحصيله، و لهذا منعنا القادر على التكسب بالصنعه و الحرفه من أخذ الزكاه باعتبار إلحاقه بالغنى القادر على المال - قال: - و الآية - يعنى آيه الإنظار(١) - متأوله بالعاجز عن التكسب و التحصيل، و كذا

ما ورد من الأخبار (٢) فإن ذلك لا يفيد إلا وجوب التكسب عليه، و هو غير دفعه إليهم و جعلهم أولياء إن شأؤوا استعملوه و إن شأؤوا آجروه، على أن فى أصل وجوب التكسب عليه إشكالا و إن كان هو مقدمه للواجب الذى مقتضى الأصل كونه مطلقا، إلا أن ذلك يتوقف على إطلاق أمر بالأداء و إلا - فالأصل فى الواجب أن يكون مشروطا لأصل البراءه و غيره، و إطلاق الكتاب و السنه إنما

١- ١ سورة البقره: ٢- الآية ٢٨٠.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الحجر.

يقتضى الوجوب باليسار الممنوع صدقه بمجرد قدره على التكسب الذى مقتضى ما سمعت كونه مشروطا بالنسبه إليه.

هذا و فى المحكى عن المبسوط بعد ذكر الخلاف فى الإيجاب على التكسب و ذكر

خبر السكونى(١)قال: «و لا خلاف فى أنه لا يجب عليه قبول الهبات و الوصايا و الاحتشاش و الاحتطاب و الاصطياد و الاغتنام و التلصص فى دار الحرب و قتل الأبطال و سلبهم ثيابهم و سلاحهم، و لا تؤمر الامراه بالتزويج لتأخذ المهر و تقضى الديون، و لا يؤمر الرجل بخلع زوجته فيأخذ عوضه، لأنه لا دليل على شىء من ذلك، و الأصل براءة الذمه».

و لعله لمعارضه دليل المقدمه بنفى الضرر و الحرج فى بعض الأفراد المزبوره، أو لعدم إطلاق فى الأداء لو سلم على وجه يفيد وجوب نحو ذلك مما هو غير متعارف فى التكسب، فيبقى حينئذ واجبا مشروطا بالنسبه إلى ذلك و نحوه، لا أنه مقدمه للواجب المطلق.

اللهم إلا أن يقال: إن ذلك كله فى غير صاحب الصنعه كالنجار و الحداد و الحائك و نحوهم ممن عدوهم فى قسم الأغنياء، و لكن فيه حينئذ أن ذلك خروج عن محل البحث الذى متعلقه المعسر كما هو واضح، على أن المسلم من عدم جواز دفع الزكاه إليهم مع تشاغلهم بصنائعهم المفروض قيامها بنفقتهم إما وجوب تشاغلهم بها لذلك أو للدين، فهو ممنوع للأصل و غيره، لما عرفته سابقا.

و على كل حال ف هل يحبس حتى يتبين حاله؟ فيه تفصيل ذكره المصنف فى باب الفليس(٢) و هو إن وجد البيئه قضى بها، و إن عدمها

١-١ الوسائل الباب-٧- من كتاب الحجر- الحديث ٣.

٢-٢ راجع ج ٢٥ ص ٣٥٢-٣٦٠.

و كان له مال أو كان أصل الدعوى مالا حبس حتى يثبت إعساره بالبينه المطلعه على باطن أمره، لأصالة بقاء المال، فان لم تكن له بينه حلف المدعى على عدم التلف، كما فى كشف اللثام، و إلا فلا لأصالة عدمه، فيحلف على الفقر و يخلى سبيله، فان نكل حلف المدعى على قدره و حبس.

و فى محكى التذكرة «فإذا حبسه فلا يغفل عنه بالكليه، و لو كان غريبا لا يتمكن من إقامه البينه و كل به القاضى من يبحث عن منشأه و منتقله و تفحص عن أحواله بقدر الطاقه، فإذا غلب على ظنه إفلاسه شهد به عند القاضى لئلا تتخلد عليه عقوبه السجن» و هذا التفصيل قد نسبه بعضهم إلى الشهره، لكن قد يناقش بظهور الموثق (١) السابق و غيره فى حبسه فى الدين الشامل لنحو مهر الزوجه و غيره إلى أن يتبين إفلاسه و حاجته، و لعله لأن صفه الإعسار المعلق عليها حكم الانظار لا تثبت بأصالة عدم المال، كما لا- يثبت اليسار بأصالة بقاء المال، لأنهما صفتان وجوديتان، و ليس هما عين عدم المال و وجوده، بل لو سلم أنهما من لوازم ذلك فالأصل حجه فى الشىء نفسه لا فى لوازمه، كما هو محرر فى محله. كل ذا مضافا إلى الخبر المزبور (٢) و غيره.

بل قد يقال بمعلوميه انقطاع أصاله عدم المال التى كانت قبل الولاده، و لم يعلم انقطاعها بما يقتضى اليسار للدين المدعى أو لا، و لا أصل ينقح ذلك، لأنه شىء جديد غير عدم المال السابق، فيحتاج إلى البينه فى تحقق شرط الانظار الذى هو الإعسار، و هو لا يقتضى اشتراط استحقاق الوفاء باليسار كى يكون غير متحقق، فتأمل جيدا فإنه دقيق.

بل قد يقال بعدم حال سابق للشخص غير مالك فيه حتى يستصحب لاحتمال مقارنه الملك لوجوده بالوصيه أو الإرث أو نحوهما، اللهم إلا

١- ١ الوسائل - ٧- من كتاب الحجر- الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل - ٧- من كتاب الحجر- الحديث ١.

أن يقال: إن الملك لا يكون إلا بسبب، و الأصل عدم حصوله، فينقح وجوده غير مالك، فتأمل جيدا.

و تصديق مدعى الفقر فى جواز إعطاء الزكاه لدليله الذى قد ذكرناه فى بابہ لا يقتضى ثبوت الإعسار فى الواقع على وجه يسقط به حق الغير المعلق على حصوله فى الواقع.

و لو قيل: الأصل فى ذلك أن الإعسار شىء لا يعلم إلا من قبله بل هو كصاحب اليد على ما عنده حتى بالنسبه إلى المال الذى ادعى تلفه ففيه أن المتجه حينئذ قبول قوله بيمينه حتى إذا كان له مال أو كان أصل الدعوى مالا و قد عرفت أن المشهور خلافه، و قد مر تمام الكلام فى كتاب الفليس (١) فلاحظ.

[أما الإنكار]

و أما الجواب ب الإنكار ف هو إذا قال مثلا لا حق له على، فان كان المدعى يعلم أنه موضع المطالبه بالبينه فالحاكم العالم بحاله بالخيار، إن شاء قال للمدعى: أ لك بينه؟ و إن شاء سكت للأصل و غيره.

أما إذا كان المدعى لا يعلم أنه موضع المطالبه بالبينه أو جهل حاله و جب أن يقول الحاكم ذلك القول أو ما فى معناه لثلا يضيع الحق، بل لعل ذلك يجب عليه فى الأول إذا قام فى المدعى احتمال أنه ليس له إحضار البينه إلا إذا طلبها الحاكم منه و إن كان قد علم أن عليه البينه، بل قد يقال بوجوبه عليه مطلقا، لأنه مقدمه للقضاء المأمور به بين المتخاصمين، و علمه بالحال لا ينافى ذلك منه.

فان لم تكن له بينه عرفه الحاكم أن له اليمين إن كان غير عالم بذلك أو مجهول الحال أو مطلقا على نحو ما سمعته فى البينه.

و على كل حال ف لا يحلف المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعى بلا خلاف أجده هنا، بل فى الرياض قولاً واحداً، و فى كشف اللثام اتفاقاً لأنه حق له فيتوقف استيفاؤه على المطالبة إذ هو كما فى المسالك ليس هو على نهج الحقين السابقين من طلب الجواب و الحكم، و من ثم وقع الخلاف فيهما دونه، و الفرق أن الحق فيهما لا- يغير الحكم بالنسبة إلى المدعى بل يؤكد، بخلاف تحليف المنكر، فإنه يسقط الدعوى التى قد يتعلق غرض المدعى ببقائها إلى وقت آخر، إما لتذكر

البينه أو ليتحرى وقتاً صالحاً لا يتجرأ المنكر على الحلف فيه و نحو ذلك، فليس للحاكم أن يستوفيه بغير إذنه.

و حكى أن أبا الحسين ابن أبى عمر القاضى أول ما جلس للقضاء ارتفع إليه خصمان و ادعى أحدهما على صاحبه دنانير فأنكره، فقال القاضى للمدعى: أ لك بينه؟ قال: لا، فاستحلف القاضى من غير مسأله المدعى، فلما فرغ قال له المدعى: ما سألتك أن تستحلفه لى، فأمر أبو الحسين أن يعطى الدنانير من خزائنه، لأنه أستحى أن يحلفه ثانياً.

و فيه أن ذلك يقتضى عدم تحليفه مع عدم رضاه لا عدمه مطلقاً حتى مع قيام شاهد الحال الذى قد سمعت دعواه فى المقامين السابقين، و احتمال عدمه هنا لاحتمال تعلق غرضه ببقاء الدعوى كما ترى، بل قد يأتى فيه التعليل الآخر، و هو أن ذلك من منصب الحاكم المأمور بقطع الخصومه بين المتخاصمين، فيجب تحصيله مطلقاً أو ما لم يلتمس المدعى التأخير، خصوصاً بعد إطلاق

قوله (صلى الله عليه و آله) [\(١\)](#): «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

فالأولى الاستدلال لذلك بعد الإجماع

المزبور بظاهر النصوص(١) الآتيه فى اشتراط الرضا الذى لا بد من العلم به، و شاهد الحال إنما يفيد الظن، فتأمل.

هذا و لكن لا يخفى عليك أنه على الأول لو تبرع هو أو تبرع الحاكم بإحلافه لم يعتد بتلك اليمين، و أعادها الحاكم إن التمس المدعى بلا- خلافاً أجده فيه، كما اعترف به غير واحد، نعم ذكر الشهيدان و غيرهما من غير خلاف أجده فيه أيضاً بل فى مجمع البرهان نسبته إلى الأصحاب أنه لا يستقل الغريم باليمين من دون إذن الحاكم و إن كان حقا لغيره، لأنه وظيفته و إن كان إقامه الدليل عليه- إن لم يكن إجماع- فى غايه الصعوبه، بل لعل ظاهر الأدله الآتيه خصوصا خبر

اليهودى(٢) المشتمل على تحليف الوالى المعلوم كونه ليس من أهل الحكومه خلافاً، و ربما يأتى إنشاء الله تتمه.

ثم المنكر إما أن يحلف أو يرد أو ينكل، فإذا حلف سقطت الدعوى فى الدنيا و إن لم تبرأ ذمته من الحق فى نفس الأمر قطعاً لو كان كاذباً، فيجب عليه التخلص فيما بينه و بين ربه من حق المدعى،

قال رسول الله (صلى الله عليه و آله)(٣): «إنما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان، و بعضكم ألحن بحجته من بعض، فأيا رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له قطعه من النار»

و منه يعلم أن البينه الكاذبه كذلك.

نعم لا ريب فى سقوطها فى الظاهر حتى لو ظفر المدعى بعد ذلك بمال الغريم لم تحل له المقاصه لعدم حق له عليه فى الدنيا إلا أن

١- ١ الوسائل الباب- ٩ و ١٠- من أبواب كيفية الحكم.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

يكذب نفسه كما صرح به فى كشف اللثام، و حيثئذ و لو عاود المطالبه أثم و لم تسمع دعواه مع عدم البيئه بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، بل لو أعادها عند ذلك الحاكم لنسيانه أو عند حاكم آخر و لو لنسيان المنكر و اتفق نكوله عن اليمين لم يحل له الأخذ، بل ظاهرهم ذلك أيضا فى العين المملوكه و إن كان استفاده حرمه التصرف فيها مثلا باطنا من النصوص الآتية لا يخلو من صعوبه.

قال الصادق (عليه السلام) فى خبر ابن أبى يعفور(١): «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه و استحلفه فحلف لا حق له عليه، و ذهبت اليمين بحق المدعى، فلا حق له، قلت: و إن كانت له عليه بينه عادله؟ قال: نعم و إن أقام بعد ما استحلفه خمسين قسامه ما كان له و كان اليمين قد أبطل كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه، قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): من حلف لكم بالله فصدقوه، و إن سألكم بالله فأعطوه، و ذهبت اليمين بحق المدعى و لا دعوى له».

و فى

خبر آخر عن الصادق (عليه السلام)(٢): «فى الرجل يكون له على الرجل المال فيجحد، قال: إن استحلفه فليس له أن يأخذ منه شيئا و إن تركه و لم يستحلفه فهو على حقه».

و قال عبد الله بن وضاح(٣): «كانت بينى و بين رجل من اليهود معاملة فخانى بألف درهم، فقدمته إلى الوالى فأحلفته فحلف، و قد علمت أنه حلف يمينا فاجر، فوقع له بعد ذلك أرباح و دراهم كثيره فأردت أن أقبض الألف درهم التى كانت لى عنده و أحلف عليها فكتبت إلى أبى الحسن (عليه السلام) فأخبرته بالقصه، فكتب: لا تأخذ منه

١- ١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٢ مع الاختلاف فى الألفاظ.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٢.

شيئا، إن كان قد ظلمك فلا تظلمه، و لولا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، و لكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها»

إلى غير ذلك من النصوص(١).

و منها صريحا و ظاهرا يعلم أنه لو أقام المدعى بينه بما حلف عليه المنكر لم تسمع كما هو المشهور، بل عن خلاف الشيخ و الغنية الإجماع عليه، لأنه لا حق له، فلا تكون البيئه حجه له و إن كان قد قيل كما عن المفيد و ابن حمزه و القاضي يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين.

و قيل قياسا على الإقرار الواضح الفرق بينه و بين البيئه و لو للنص الذى تسمعه فيه و الإجماع كما عن ابن إدريس و غيره و موضع من المبسوط إن نسي بينته أو لم يعلم بها سمعت و إن أحلف و عن المختلف أنه قواه، بل عن موضع آخر منه(٢) أنها تسمع مطلقا.

و لكن الجميع كما ترى بعد ما عرفت أن الأول هو المروى المعمول به عند المعظم، بل الظاهر أنه إجماع.

و كذا لو أقام بعد الإحلاف شاهدا و بذل معه اليمين و (١١) لو متعددا، بل هنا أولى (١٢) بعد السماع، لأنه أضعف من البيئه، هذا كله فى البيئه.

أما لو أكذب الحالف نفسه (١٣) بالإقرار جاز مطالبته (١٤) بالحق و حل مقاصته مما يجده له مع امتناعه من التسليم (١٥) بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به غير واحد، بل عن المهذب و الصيمرى

١- ١ الوسائل الباب - ٤٨- من كتاب الايمان.

٢- ٢ أى من المبسوط.

المقتضى كون ذلك سببا مثبتا جديدا للاستحقاق غير ما سقط باليمين المرجح على تلك النصوص^(٢) - بعد فرض تسليم اندراج الفرض فيها، ضروره كون التعارض بينهما من وجه - بما سمعت من الإجماع المعتضد بنفى الخلاف، و بخصوص

المعتبر^(٣) «إني كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه فحلف لى، ثم إنه جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذى كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذ و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فى مالك فهى لك مع مالك و اجعلنى فى حل، فأخذت المال منه و أبيت أن آخذ الربح منه، و أوقفت المال الذى كنت استودعته حتى أستطلع رأيك، فما ترى؟ قال: فقال:

خذ نصف الربح و أعطه النصف و حلله، إن هذا رجل تائب، و الله يحب التوابين»

و أخصيه المورد تندفع بعدم القائل بالفرق، بل يمكن استفاده التعميم من سياقه سؤالاً و جواباً.

و فى المحكى عن

فقه الرضا (عليه السلام)^(٤) «و إذا أعطيت رجلا مالا فجحدك و حلف عليه ثم أتاك بالمال بعد مده و ربما ربح فيه و ندم على ما كان منه فخذ منه رأس مالك و نصف الربح، و رد عليه نصف الربح، هذا رجل تائب».

فما عن بعض من المناقشه فى الحكم هنا بعدم نص فيه و لا دليل يخص به أو يقيد النصوص السابقة فى غير محله بعد ما عرفت.

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من كتاب الإقرار- الحديث ٢ و المستدرک- الباب- ٢- منه الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب ٩ و ١٠ من أبواب كيفية الحكم.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤٨- من كتاب الايمان الحديث ٣.

٤- ٤ البحار- ج ١٠٤ ص ٢٨٨.

بل الظاهر عدم الفرق فى الإقرار المقتضى لذلك بين ثبوته عند الحاكم و عدمه، فلو أقر و أكذب نفسه بينه و بين المدعى ثم امتنع عن التسليم حل له المقاصه باطنا، بل هو كذلك أيضا و إن لم يكن بعنوان التوبه، و لعل ذلك و نحوه من التعبد المحض، كما أن منه عدم جواز التصرف فى العين باطنا بعد اليمين و عدم إكذاب نفسه و لو بلبس و نحوه، بل لا يجوز له عتق العبد و نحوه مما لا ينافى بقاء المال فى يده، بل لا يصح الإبراء منه له، كل ذلك لعدم حق له فى المال فى الدنيا، كما هو مقتضى

قوله (عليه السلام)(١): «ذهبت اليمين بما فيها»

و قوله (عليه السلام)(٢): «أبطل كل ما ادعاه قبله»

بل هو مقتضى ما سمعته سابقا من كشف اللثام و إن كان هو- إن لم يكن إجماع أو شهره معتد بها تجبر دلالة النصوص على ذلك- لا يخلو من نظر بالنسبه إلى التصرف الذى لا يكون حقا للمدعى على المنكر، مثل العتق و الإبراء و نحوه مما هو ليس حقا له عليه و إنما هو تابع لأصل المالىة التى لا ريب فى بقائها بعد الحلف، فتأمل جيدا.

ثم إنه قد يتوهم من ظاهر النصوص(٣) سقوط الدعوى بمجرد حصول اليمين من المنكر من غير حاجه إلى إنشاء حكم من الحاكم بذلك، لكن التحقيق خلافه، ضروره كون المراد من هذه النصوص و ما شابهها تعليم ما به يحكم الحاكم و إلا فلا بد من القضاء و الفصل بعد ذلك، كما أوما إليه ب

قوله (صلى الله عليه و آله)(٤): «إنما أفضى بينكم بالبينات

١- ١ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٩- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٩ و ١٠ من أبواب كيفية الحكم.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

بل لو أخذ بظاهر هذه النصوص و شبهها لم يحتج إلى إنشاء الحكومه من الحاكم مطلقا، ضروره ظهورها في سقوط دعوى المدعى و ثبوت الحق بالبينه و نحوها، فتأمل جيدا.

هذا كله إذا حلف المنكر و إن رد اليمين على المدعى لزمه الحلف إن أراد تحصيل حقه بلا- خلاف أجده فيه، بل للإجماع بقسميه عليه، و هو الحجه بعد النصوص المستفيضة أو المتواتره.

ك

خبر البصرى (١) «قلت للشيخ- يعنى موسى بن جعفر (عليه السلام)-: أخبرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلا يكون له بينه بما له، قال: فيمين المدعى عليه، فان حلف فلا حق له، و إن لم يحلف فعليه و إن رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له- إلى أن قال:- و لو كان المدعى عليه حيا لألزم اليمين أو الحق أو رد اليمين عليه».

و صحيح ابن مسلم (٢) عن أحدهما (عليهما السلام) «فى الرجل يدعى و لا بينه له، قال: يستحلفه، فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له».

و صحيح عبيد بن زرارته (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى الرجل يدعى عليه الحق و لا بينه للمدعى، قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق، فان لم يفعل فلا حق له».

و مرسل موسى المضممر (٤) قال: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهاده رجلين عدلين، فان لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان،

١-١ الوسائل الباب-٤- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-٧- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب-٧- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٢.

٤-٤ الوسائل الباب-٧- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٤ مرسل يونس المضممر.

فان لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدعى، فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه، فان لم يحلف و رد اليمين على المدعى فهي واجبه عليه أن يحلف و يأخذ حقه، فان أبى أن يحلف فلا شىء له».

و مرسل أبان(١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى الرجل يدعى عليه الحق و ليس لصاحب الحق بينه، قال: يستحلف المدعى عليه، فان أبى أن يحلف و قال: أنا أرد اليمين عليك فان ذلك واجب على صاحب الحق أن يحلف و يأخذ ماله».

و صحيح هشام(٢) عنه (عليه السلام) أيضا «ترد اليمين على المدعى».

و خبر أبى العباس(٣) عنه (عليه السلام) أيضا «إذا أقام الرجل البينه على حقه فليس عليه يمين، فان لم يقم البينه فرد الذى ادعى عليه اليمين فأبى أن يحلف فلا حق له»

إلى غير ذلك.

نعم استثنى الأصحاب من ذلك مواضع: كدعوى التهمة أو الدعوى مطلقا بالظن بناء على سماعها، و دعوى الوصى لليتيم مالا على آخر، بل مطلق الولى له، و كدعوى الوصى مثلا على الوارث أن الميت أوصى للفقراء بخمس أو زكاه أو حج و نحو ذلك مما لا مستحق له بخصوصه فأنكر الوارث، و غير ذلك مما يتعذر فيه اليمين، لعدم كون الدعوى جزميه، أو لأن المال للغير الذى لا يثبت بيمين آخر، ففى الأول يتخير المنكر بين الحلف و النكول دون الرد الذى قد تعذر من المدعى، لعدم الجزم، و كذا الأخيران، نعم لو كان المدعى و كيلا و قد رد المنكر اليمين و قفت الدعوى حينئذ على حضور الموكل و حلفه أو نكوله.

هذا و لكن قد يناقش بظهور الأدله فى إطلاق تخيير المنكر بين

١- ١ الوسائل الباب- ٧- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٢.

الثلاثة، و تعذر حلف المدعى فى هذه الصور لا ينافى بقاء التخيير المقتضى سقوط حق الدعوى عنه بعدم حلفه و لو لمانع، فان وجود المانع فيه لا يرفع تخيير المنكر، ضروره سقوط أحد أفراد التخيير بالتعذر إنما هو بالنسبه إلى من له التخيير لا شخص آخر، و الفرض أن التخيير للمنكر و لا تعذر عليه، و إنما هو بالنسبه إلى المدعى، فيسقط حقه لو اتفق عدم جواز اليمين له لمانع: نذر و نحوه.

هذا بعد تسليم عدم جواز اليمين للولى الجازم بالمدعى عليه، و إلا اتجه الرد حينئذ عليه كالمدعى لنفسه تمسكا بإطلاق الأدله الشامله له اللهم إلا أن يكون إجماع مثلا على ذلك، و حينئذ تبقى المناقشه الأولى، و هى اقتضاء تعذر اليمين بعد ردها عليه من المنكر سقوط الدعوى بالنسبه إليه، لصدق أنه لم يحلف، نعم لا تسقط بالنسبه إلى الطفل بعد بلوغه و رشده.

و قد تدفع أصل المناقشه بدعوى ظهور النصوص فى أن التخيير المزبور للمنكر بين الثلاثة إنما هو فى المدعى لنفسه جازما، أما فى مثل الفرض فلا دليل على أن له الرد فيه، و حينئذ يتعين عليه الحلف أو النكول المقتضى لأداء الحق، بل عرفت فى الدعوى الظنيه احتمال حسبه و إلزامه بالحلف أو الإقرار، لعدم جواز تناول المدعى المال بنكوله بعد فرض كونه ظانا فى أحد الوجهين مؤيدا ذلك بظهور المفروغيه من الاستثناء المزبور عند الأصحاب.

ثم إنه قد ذكر غير واحد منهم أن اليمين المردوده إذا وقعت من المدعى فهل هى بمنزله البيئه أو بمنزله الإقرار؟ و قالوا فيه قولان:

بل عن فخر المحققين أن الأول قواه الأكثر و إن استبعده فى الدروس، و لعل وجهه أن الذى يطلب من المدعى البيئه، و اليمين المردوده قامت

مقامها في الإثبات، كما أن وجه الثاني إشعار رد المنكر على المدعى و امتناعه عن اليمين باعترافه بالحق، على أن ثبوته بها قد جاء من قبل رده، فهو في الحقيقه منه، فكان كإقراره.

و قد فرعوا على ذلك فروعاً كثيرة متفرقة في أبواب الفقه:

(منها) أن المدعى عليه إذا أقام بينه على أداء المال أو على الإبراء عنه بعد حلف المدعى فان قلنا يمينه كميته سمعت بينه المدعى عليه، و إن جعلناها كإقرار المدعى عليه لم تسمع، لأنه مكذب لبيته. و (منها) احتياج الثبوت بها إلى حكم الحاكم على الأول بخلاف الثاني، بناء على ما ذكره من عدم الاحتياج فيه إلى حكم الحاكم.

و فيه- بعد وضوح الضعف لما سمعته من دليلها- أن ذلك فرع ما يقتضى انحصار حق المدعى بأحدهما لا غير، و هو ممنوع، و من هنا اتجه جعلها قسماً مستقلاً برأسه، و يرجع حينئذ حكم ما ثبت بها بالنسبه إلى ذلك و نحوه إلى الأصول و القواعد و غيرهما من الأدله التي لا-ريب في اقتضاء كونه بحكم البيئه تاره و بحكم الإقرار أخرى، و خروجه عنها ثالثه، كما جزم بذلك بعض متأخري المتأخرين.

و حينئذ فالحكم في الفرع الأول السماع، لعموم قبول البيئه بعد ما عرفت من اختصاص الأحكام المزبوره بيمين المنكر لا مطلقاً، لكن استظهر الأردبيلي العدم، لظهور إقدامهما على ذلك، و لظهور الأدله في السقوط بها كاليمين من المنكر، و هو لا يخلو من وجه.

و في الثاني عدم التوقف بناء على أن التوقف عليه مخالف للأصل و إن كان لا يخلو من نظر، لأن الأصل عدم ثبوت الحق، اللهم إلا أن يستند إلى إطلاق الأدله المزبوره، و هو مع أنه غير الأصل المزبور في معرض بيان سبب حكومه الحاكم نحو ما سمعته في يمين المنكر، لا أن

المراد ثبوت الحق بمجرد وقوعه و إن لم ينشأ الحاكم الحكم، و إلا- كان ذلك مقتضى أدله البينه أيضا و غيرها، و هو معلوم الفساد.

و كيف كان فلا- ريب في ظهور الأدله المزبوره (في ظ) ما أطلقه المصنف و غيره من أنه لو نكل سقطت دعواه بل الظاهر الإجماع عليه- في ذلك المجلس، بل عن الإيضاح اتفاق الناس على ذلك.

و إنما الكلام في سماعها منه في مجلس آخر و ظاهر المصنف و غيره، بل هو صريح جماعه سقوطها مطلقا، بل عن الكفايه لا أعرف فيه خلافا، بل عن ظاهر الغنيه الإجماع عليه، بل عن المصنف دعوى الإجماع عليه صريحا، بل لعله ظاهر الفاضل في موضع من القواعد أيضا.

هذا و لكن مع ذلك كله قال في المسالك و بعض من تأخر عنها: «إنه يسأله القاضى إذا امتنع عن سبب امتناعه، فان لم يعلل بشىء أو قال لا أريد أن أحلف فهذا نكول يسقط حقه عن اليمين، و ليس له مطالبه الخصم بعد ذلك و لا استئناف الدعوى في مجلس آخر، كما لو حلف المدعى عليه، لظاهر النصوص السابقه خصوصا الصحيحين(١) مضافا إلى أنه لو لا ذلك لرفع خصمه كل يوم إلى القاضى و الخصم يرد اليمين عليه و هو لا يحلف، و هو مناف لمنصب القضاء الذى هو الفصل بين المتخاصمين، و إن ذكر المدعى لامتناعه سببا فقال: أريد أن آتى بالبينه أو أسأل الفقهاء أو أنظر فى الحساب و نحو ذلك ترك و لم يبطل حقه من اليمين، و هل يقدر إمهاله؟ فيه وجهان: أحدهما أنه لا- يقدر، لأن اليمين حقه، و له تأخيره إلى أن يشاء كالبينه بخلاف المدعى عليه، فإنه لا يمهل إن استمهل، لأن الحق فيه لغيره».

وفيه- مضافا إلى ما عرفت- أن ظاهر النصوص السابقه يقتضى

سقوط حقه مطلقا متى رد عليه اليمين التي طلبها من المنكر و أبى عن وقوعها في ذلك المجلس، و دعوى أن المتبادر و المنساق منها ما لم يذكر عذرا مسموعا أو ما لم يأت بينه و لو في مجلس آخر و اضحه المنع.

و من ذلك كله يعلم ما في المحكى عن المفيد و أبى الصلاح و الفاضل في التحرير و الشهيدين و الكاشاني من عدم سقوط دعواه إذا جاء بينه، بل في الروضه نسبتة إلى المشهور و إن كنا لم نتحققه، بل لعل المحقق خلافه.

و أضعف منه ما عن ظاهر المبسوط و موضع من القواعد من أن له إعادة الدعوى في غير المجلس و لو مع عدم البينه، و عن بعض التفصيل بين حكم الحاكم عليه بالنكول و عدمه فلا- يطالب في الأول و يطالب في الثاني، إذ الجميع كما ترى بعد ما عرفت.

مضافا إلى احتمال عدم البحث من أصله بعد فرض التماس المنكر الحكومه و قد حكم، فإنه لا دعوى حينئذ، و لا وجه لإعادتها بعد انقطاعها، كما هو واضح، و مع عدم الحكم يتجه السماع مطلقا.

لكن قد يقال: المراد بيان أن حكم الحاكم يكون على هذا الوجه نحو حكومته على الغائب، و إن كان يرد عليه حينئذ أن ظاهر أدله المقام بناء على إرادته تعليم كيفية القضاء اقتضاء كون القضاء من الحاكم في مثل هذا النظم من الدعوى بأنه لا حق له و لا شيء له بعد صدق إبائه عن الحلف مطلقا من غير فرق بين المجلس و غيره، و وجود البينه و عدمها، و حكم الحاكم بنكوله و عدمه.

و على كل حال فقد بان لك ضعف الأقوال المزبوره التي لا أثر لها في شيء من النصوص، بل ظاهرها خلافها بعد الإغضاء عن المراد بالمجلس الظاهر في محل الدعوى، و يحتمل إرادته إنشاء الدعوى الأول و هما معا كما ترى، و كذا التفصيل بالبينه و عدمها و غيره مما سمعت الذي

هو مجرد اقتراح فى النصوص بلا شاهد، بل لعل التأمل الجيد يشهد بخلافه، و من الغريب تصريح بعضهم بأن عدم الحلف من المدعى بعد الرد كيمين المنكر فى الحكم ثم الحكم بعد ذلك بسماع البينه فى ذلك المجلس أو مطلقاً، فلاحظ و تأمل.

و لو ردت عليه اليمين فذكر أن دعواه ظنيه- و إن كان قد أبرزها بصوره الجزم- أو أن المال لغيره فإن أمكنه إثبات ذلك لم يرد عليه، و إلا حلف المنكر على نفي ذلك و قضى عليه بالنكول، بل لو بذل اليمين بعد ذلك لم يسمع إلا فى الأول مع احتمال تجدد العلم له و إن لم يحلف المنكر كان له رد اليمين عليه. و بالجمله تجرى عليه أحكام الدعوى، و الله العالم.

و إن نكل المنكر بمعنى أنه لم يحلف و لم يرد قال الحاكم: إن حلفت أو رددت و إلا- جعلتك ناكلاً و يكرر ذلك ثلاثاً استظهاراً لا- فرضاً على ما ذكره الأصحاب، كما فى الكفايه مؤمياً إلى أنه إن لم يكن إجماع ففیه نظر، و هو كذلك بل من وجوه، خصوصاً بعد ذكرهم نحو ذلك فى نكول المدعى، و خصوصاً بعد أن لم يكن النكول عنواناً لما عثرنا عليه من النصوص، و خصوصاً بعد تحققه بالامتناع الأول منه من غير حاجه إلى جعل الحاكم.

و على كل حال فإن أصر قيل و القائل الصدوقان و الشيخان و الديلمى و الحلبي و غيرهم يقضى عليه ب مجرد النكول.

و قيل و القائل الشيخ و الكاتب و القاضى و ابنا حمزه و إدريس و الفاضل و الشهيدان على ما حكى عن بعضهم يرد اليمين على المدعى فان حلف ثبت حقه و إن امتنع سقط حقه، بل فى المسالك نسبته إلى سائر المتأخرين، و فى الرياض إلى كثير من القدماء، بل عن الخلاف

و الغنيه الإجماع عليه.

و لكن مع ذلك الأول أظهر عند المصنف، بل قال و هو المروى ل

قوله (صلى الله عليه و آله)(١): «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

و التفصيل قاطع للشركه، و الرد إنما جاء من قبل الراد لا بأصل الشرع، فهو مخصوص بما إذا اختاره للنصوص(٢) لا مطلقا.

و صحيح ابن مسلم(٣) سأل الصادق (عليه السلام) «عن الأخرس كيف يحلف؟ قال: إن أمير المؤمنين (عليه السلام) كتب له اليمين و غسلها و أمره بشربها فامتنع، فألزمه بالدين»

و ظاهره عدم رد اليمين و إلا- لنقل أو لزم تأخير البيان عن وقت الخطاب بل الحاجه، بل ظاهر الفاء تعقيب ذلك للامتناع بغير مهله تخلل اليمين، و فعله (عليه السلام) حجه كقوله.

و خبر عبد الرحمن(٤) المتقدم سابقا المعمول عليه بين الأصحاب فى اليمين مع البينه فى الدعوى على الميت.

و لأن ظاهر الإحلاف أنه حق المنكر، فلا يستوفى إلا بإذنه، كما أنه لا يحلف المنكر إلا بإذن المدعى، و لأنه كنعول المدعى عن اليمين التى هى ليست إلا يمين المنكر فنكوله عنها إن لم تكن أولى فى تسيب القضاء به فهو مساو.

لكن قد يناقش بأن أقصى دلالة الأول على أن جنس اليمين على

١- ١ الوسائل الباب-٣- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٥ و الباب- ٢٥- منها الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب-٧- من أبواب كيفية الحكم.

٣- ٣ الوسائل الباب-٣٣- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب-٤- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

المنكر و أنه وظيفته، و لا دلالة فيه على حكم النكول، بل و لا منافاه بينه و بين الرد منه أو من الحاكم القائم مقامه.

و بالقطع بعدم إراداه ظاهر الثانی، ضروره اشتراط الحكم بنكوله عن رده أيضا، فلا بد فى إصلاحه حينئذ من تقدير، و التزام كونه موافقا لذلك ليس بأولى من جعله مخالفا له، و الحاجه هى تعليم كيفية حلف الأخرس لا كيفية الحكم فى الدعوى مطلقا، على أنه قضيه فى واقعه لا عموم فيها و موقوف على العمل به، و المشهور عدم العمل به، بل هو مناف لما أطبق عليه الجمهور من حكاية خلافه عن على (عليه السلام).

و بأن خبر عبد الرحمن مع موافقته للعامه لا جابر له فى المقام و إن تلقاه الأصحاب بالقبول فى غيره، على أنه فى الفقيه أبدا «و إن لم يحلف فعليه» بقوله: «و إن رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا- حق له» فلا- دلالة فيه، و اختلاف متنه بذلك موجب للترزل فيه.

على أنه جرى فيه ما سمعته من المناقشه فى الصحيح السابق من عدم القائل بإطلاقه، فلا بد من تقييده إما بالنكول عن الرد أيضا- كما هو مناط الاستدلال- أو بما إذا رد اليمين على المدعى و حلف، و ليس بمرجوح بالإضافه إلى الأول، بل لعله أرجح بملاحظه غيره من النصوص الداله على ذلك، خصوصا مرسل يونس(١) السابق المتضمن جعل يمين المدعى بعد الرد أحد الأربعة التى يستخرج بها الحقوق.

بل لعل التدبر فيما تضمنه يقتضى كون المراد من الخبر الأول، فان لم يحلف و رد اليمين على المدعى و حلف فعليه- أى المنكر- الحق، ضروره ظهور المضمرة فى كون المركب السبب فى ذلك، فيعارض ما هو ظاهر الخبر الأول من كون تمام السبب عدم الحلف، إذ لا معنى لجعله

جزء تاره و تمام السبب أخرى، فيحمل الأول حينئذ على الثاني.

و ربما يؤيد ذلك قوله (عليه السلام) متصلا به بعد تأليفه مما فى الفقيه و غيره لأنه خير واحد: «و إن رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له» متكلا على بيان صورته ما إذا رد و حلف على

قوله (عليه السلام): «و إن لم يحلف»

فتأمل جيدا فإنه دقيق نافع.

بل قد يناقش فيه أيضا بإجمال مرجع ضمير «عليه» فيه و المبتداء المقدر، إذ كما يحتمل أن يكون المنكر و أن المبتداء المقدر الحق كما يدعيه الخصم يحتمل المدعى و أن المبتداء المقدر الحلف، بل يمكن إرادته غير المال من الحق أيضا، بمعنى أن عليه حق الدعوى و لم تنقطع عنه بمجرد نكوله، بل ربما وجب عليه المال بذلك إذا رد اليمين على المدعى فحلف و لو من الحاكم.

و بأن فى ذيله تأييدا للقول الثانى، و هو

قوله (عليه السلام):

«و لو كان - أى المدعى عليه - حيا لألزم باليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه»

بصيغته المجهول على ما حكاه فى الرياض عن تهذيب معتبر مصحح عنده مضبوط، قال: «و به صرح بعض الفضلاء» و حينئذ لا وجه للعدول عن عطفه على الأول بلفظ «رد اليمين» إلا التنبيه على عدم انحصار الرد فى المنكر و إمكان كونه غيره، و ليس إلا الحاكم، فتأمل.

و بإمكان المنع لحقيه المنكر الإحلاف، على أن الإحلاف هنا ليس إلا لمصلحه المنكر بانقطاع الدعوى عنه، فرما جاز بدون إذنه، مضافا إلى معلوميه ولايه الحاكم على كل ممتنع، فيقوم مقامه حينئذ فى الرد الذى يمكن نكول المدعى معه، فيسقط حقه، و من هنا وجب على الحاكم تعرف عدم حصول مسقط الحق بذلك، و القياس مع بطلانه عندنا غير تام، للفرق بعدم فرد آخر للمدعى يصلح للحاكم من يقوم مقامه فيه مع نكوله

عنه بخلافه في المقام، فان له الرد الذي نكل عنه.

و كيف كان فوجوب تعرف الحاكم المسقط مع الاحتياط و أصله عدم ثبوت الحق إلا به و الإجماع المحكى و صحيحى عبيد بن زراره (١) و هشام (٢) السابقين و المحكى من فعل النبي (صلى الله عليه و آله) أنه رد اليمين على المدعى (٣) و

قوله (صلى الله عليه و آله): «المطلوب أولى باليمين من الطالب» (٤)

المقتضى اشتراكهما في اليمين و إن كان المطلوب أحق، و قوله تعالى (٥) «تُرَدُّ أَيْمَانٌ بَعِيدٌ أَيْمَانِهِمْ» الظاهر في مشروعيه اليمين المردوده دليل الخصم.

و لكن في الجميع أيضا نظر، إذ لا دليل على قيام الحاكم مقام الممتنع فيما امتنع عنه مما هو عليه فيما هو له، ضروره أن الرد هنا حق له لا- عليه، و قد امتنع منه كى يقوم الحاكم مقامه، على أنه لا دليل على عموم ولايته بحيث يشمل الفرض، و لا يجب عليه تعرف المسقط.

و الاحتياط معارض بمثله فيما لو فرض امتناع المدعى عن الحلف بعد الرد من الحاكم، خصوصا إذا كان تعظيما لله تعالى، على أن الأصل براءة ذمه الحاكم من التكليف بالرد، و المدعى من التكليف باليمين، و أصله عدم توجه اليمين على غير المنكر، و عدم كونها حجة للمدعى، و عدم كون النكول عنها حجة عليه، و عدم صحة تعرف الحاكم الرد، و عدم جوازه من حيث إنه حق للمنكر.

و الإجماع المحكى - مع أنه موهون بمصير من عرفت إلى خلافه

-
- ١- ١ الوسائل الباب - ٧ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٢.
 - ٢- ٢ الوسائل الباب - ٧ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٣.
 - ٣- ٣ سنن الدار قطنى ج ٤ ص ٢١٣.
 - ٤- ٤ سنن الدار قطنى ج ٤ ص ٢١٩.
 - ٥- ٥ سورة المائدة: ٥ - الآية ١٠٨.

خصوصاً من تقدم على حكاية- محتمل لإرادته بيان أصل مشروعيه رد اليمين في مقابله المحكى عن أبي حنيفة وغيره ممن لم يشرع ردها بحال، فإنه اللائق بدعوى أن على ذلك إجماع الفرقه وأخبارهم، بل لعله الظاهر من عبارتى الخلاف والغنيه المحكى فيهما خلاف أبى حنيفة، فلاحظ و تأمل.

بل ليس فى صحيح هشام(١) و عبيد(٢) و المحكى من فعل النبى (صلى الله عليه و آله)(٣) و قوله(٤) إلا- بيان ذلك، و هو غير محل البحث، أى الرد

المخصوص، بل لعل استدلال الشيخ بالآيه(٥) التى هى قضيه فى واقعه خارجه عما نحن فيه، بل بعيده الشبه به، كالصریح فى إرادته بيان أن فى الشرع يمينا مردوده فى مقابل قول أبى حنيفة المزبور، لا فيما نحن فيه.

و بذلك كله ظهر لك أن أدله الطرفين محل نظر، و أنه ليس فى النصوص تعرض لتعليم القاضى فى خصوص الفرض القضاء و أنه بالنكول أو بالرد من الحاكم.

نعم قد يقال: إنه بعد فرض الإجماع المركب على انحصار القضاء فى الفرض بأحد الأمرين و أن اختيار أمر ثالث- من تخيير الحاكم بين الرد و القضاء و بين القضاء بالنكول أو بإلزام المنكر على اختيار أحد الثلاثة و لو بحسه على ذلك، كما عساه أوماً إليه ذيل خبر البصرى(٦) أو غير ذلك- خرق للإجماع المزبور يتجه القول حينئذ إنه يرد اليمين منه على المدعى، لأصالة عدم ثبوت الحق بدونه، و لظهور حصر استخراج

١- ١ الوسائل الباب- ٧- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٢.

٣- ٣ سنن الدار قطنى- ج ٤ ص ٢١٣.

٤- ٤ سنن الدار قطنى- ج ٤ ص ٢١٩.

٥- ٥ سورة المائدة: ٥- الآية ١٠٨.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٤- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

الحقوق فى مضمير يونس(١) بالأربعه، و مجرد النكول خارج عنها، بل لعل النصوص المستفيضه أو المتواتره الداله على انحصار كيفيه القضاء بين الناس بالبينات و الأيمان تقتضى ذلك.

ففى خبرى سليمان بن خالد(٢) و محمد بن قيس(٣) و

مرسل أبان ابن عثمان(٤) «أن نبيا شكى إلى ربه القضاء فقال: كيف أقضى بما لم تر عيني و لم تسمع اذنى؟ فقال: اقض بينهم بالبينات و أضفهم إلى اسمى يحلفون به»

و فى الأخير منهما أن الله أوحى إلى داود (عليه السلام) ذلك أيضا، و فى

خبر هشام بن الحكم(٥) عنه (عليه السلام) أيضا «أن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: إنما أقضى بينكم بالبينات و الأيمان».

و احتمال إرادته القضاء بالأيمان و لو من حيث النكول عنها خلاف الظاهر منها، و خروج القضاء بنكول المدعى عن ذلك لدليله لا ينافى التقسيم المزبور، بل لعل النصوص الكثيره الوارده فى ترجيح البينات عند التعارض باليمين(٦) ظاهره فى ذلك أيضا، بل لعل سبر أدله القضاء يشرف الفقيه على القطع بأن الأصل فى القضاء ذلك، و أنه لا قضاء بدون ذلك إلا ما خرج من نكول المدعى الذى قد عرفت قيام البحث فى أن القضاء بالسقوط به فى المجلس أو مطلقا مع عدم البينه أو عدم الحكم بالنكول أو مطلقا كما عرفت.

و حينئذ فلا مناص بعد فرض الإجماع المركب المزبور عن ذلك.

-
- ١-١ الوسائل الباب-٧- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٤.
 - ٢-٢ الوسائل الباب-١- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.
 - ٣-٣ الوسائل الباب-١- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٣.
 - ٤-٤ الوسائل الباب-١- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٢.
 - ٥-٥ الوسائل الباب-٢- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.
 - ٦-٦ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفيه الحكم.

و لعله لذا جزم ابن إدريس بأن القول بالقضاء بمجرد نكول المنكر من دون حلف المدعى اشتباه و خطأ محض، بل قد يحتمل كلام القائلين به إرادته تسبب نكول المنكر لزوم الحق و لو باقتضائه حلف المدعى بعد الرد عليه من الحاكم.

بل لعله ظاهر المحكى عن ابن زهره منهم، فإنه بعد أن اختار فى المقام القضاء برد اليمين على المدعى قال بعد ذلك بورقه تقريباً: «و إن نكل المدعى عليه عن اليمين لزمه الخروج عن حق خصمه فيما ادعاه» و هو لا يتم إلا بما ذكرناه.

و على كل حال ف لو بذل المنكر يمينه بعد الحكم ب النكول لم يلتفت إليه بناء على القضاء به بلا خلاف أجده فيه و فى عدم الالتفات إليه أيضاً بعد إحلاف الحاكم المدعى على القول الثانى، كما اعترف به فى الرياض لتماميه الأمر و ثبوت الحق و حصول الفصل بسبب القضاء عليه حينئذ بعد الأدله التى سمعتها من الطرفين التى لا يعارضها إطلاق ما دل على أن اليمين عليه بعد تقييدها به، بل فى الرياض دعوى اختصاصه بحكم التبادر و غيره بيمينه قبل الحكم عليه بنكول أو إحلاف المدعى برد اليمين عليه و لو من الحاكم.

نعم فى الرياض «هذا إذا كان الحكم عليه بنكوله بعد عرض حكمه عليه و لو مره، و لو قضى بنكوله من غير عرض فادعى الخصم الجهل بحكم النكول فى

نفوذ القضاء إشكال من تفریطه، و ظهور عذره، و لعل الثانى أظهر، و بالأصل أوفق».

قلت - بعد الإغضاء عن قوله: «و لو مره» المشعر بإرادته العرض لتحقيق النكول لا تفهيم الحكم -: ليس فى شىء مما وصل إلينا من الأدله وجوب العرض عليه بمعنى إعلامه حكم النكول، و الأصل البراءة،

فلا وجه لنقض الحكم حينئذ مع العلم بحاله فضلا عن دعواه الجهل، خصوصا بعد ملاحظه الاستصحاب و غيره.

بل و لا- يجب العرض عليه بالمعنى السابق مره و إن صرح بوجوبها بعضهم فضلا عن تكرار ذلك عليه ثلاثا للاستظهار و إن ذكره المصنف و غيره، بل لعل الموجود فيها خلافه، و هو القضاء باليمين أو برده أو بالنكول عنه فى المدعى و المنكر و نحو ذلك مما يقتضى عدم عذريه الجهل بذلك موضوعا و حكما فضلا عن دعواه.

و من هنا استظهر فى كشف اللثام أنه لا يجب إلا الأمر بالحلف لا قوله: «إن حلفت و إلا جعلتك ناكلا» و لا مره، للأصل.

و لو بذلها قبل حلف المدعى اليمين المردوده فالمتجه جوازه، للأصل من غير فرق بين كون الرد منه أو من الحاكم، و احتمال أن ذلك مقتضى لإسقاط حقه من اليمين فلا- يعود لا- دليل عليه، بل ظاهر الأدله خلافه و إن قال الحاكم له: احلف فضلا عن إقباله عليه بوجهه، خصوصا مع رضا المدعى بذلك خلافا للفاضل فى التحرير فجعل قول الحاكم له: احلف كالقضاء بالنكول.

هذا و فى الرياض أيضا «أن المستفاد من عبائر الجماعه عدا الماتن فى النافع عدم الالتفات إلى اليمين المبدوله بعد النكول لا بعد الحكم به، و هو مشكل، و لهذا اعترضهم المقدس الأردبيلى فقال: هو فرع ثبوت الحق بالنكول فورا، و لا دليل عليه، و هو حسن إلا أن احتمال مسامحتهم فى التعبير و إرادتهم ما هنا أى الحكم بالنكول قائم».

قلت: لا- ريب فى بعد الاحتمال المزبور، بل الظاهر كون المراد من عباره النافع هو تحقيق كونه ناكلا لا الحكم به نفسه، أو الحكم عليه بالحق بمقتضى نكوله، فإن الأول ليس من مورد الحكم على الظاهر،

و الثاني مفروغ منه ليس محلا للتنبيه، نعم لعل وجهه ما أشرنا إليه من تحقق سبب الحكومه و حصول ميزانها المقرر شرعا عند القائل به، نحو نكول المدعى عن اليمين المردوده عليه. و بذلك يندفع ما حكاه عن المقدس الأردبيلى، كما أنه مما ذكرناه يعلم النظر فيما فى كشف اللثام حتى فيما حكاه فيه عن التحرير و الدروس، فلاحظ و تأمل.

و لو كان للمدعى بينه لم يقل الحاكم أحضرها بمعنى عدم جواز ذلك له، كما عن المبسوط و المهذب و السرائر لأنه حق له إن شاء جاء به و إلا فلا، إذ قد يريد اليمين.

و قيل كما عن الشيخين و الديلمى و الحلبي و القاضى فى أحد قوليه يجوز له ذلك بل فى الرياض نسبه إلى أكثر المتأخرين، بل فى المسالك إلى أكثر أصحابنا، للأصل بعد فرض كون المراد من الأمر الاذن و الاعلام لا الوجوب و الإلزام و هو حسن.

و لكن فى القواعد و المختلف و الدروس التفصيل بين علم الحاكم بمعرفه المدعى بكون المقام مقام بينه فالأول؛ و جهله بذلك فالثانى، و الأولى حمل القول الأول على إرادته الوجوب من الأمر على وجه الإلزام به، كما هو مفاد دليله، و لا ريب فى عدم جواز ذلك، ضروره عدم وجوبه عليه، لإمكان إرادته اليمين، بل له إسقاط الدعوى من أصلها، و الثانى على إرادته الجواز و الاعلام من الأمر، و لا ريب فى جوازه، للأصل و غيره، و بذلك يكون النزاع لفظيا.

بل منه أيضا يعلم ما فى التفصيل الذى مرجعه إلى بيان أصل الحكم شرعا، و هو لا مدخليه له فيما نحن فيه، كما لا مدخليه فى أصل بيان الحاكم الحكم بأن على المدعى بينه و على المنكر اليمين و نحو ذلك مما هو بيان و تعرف لميزان القضاء المقرر شرعا، و هو واضح.

و كيف كان ف مع حضورها ففي المتن و غيره لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدعى لأنه حقه، فلا يتصرف فيه من غير إذنه، و إن كان يكفي في سؤاله أن يقول إذا أحضرها: هذه بيتي أو شهودي أو نحوهما، بل قد يقال بالاكْتفاء بشاهد الحال، بل قد يقال: إن ذلك حق للحاكم، فلا يتوقف على الاذن مطلقا كي يحتاج إلى الدلالة عليه بشاهد الحال و نحوه.

و على كل حال فإذا أراد سؤالها ففي القواعد «قال: من كانت عنده شهادة فليذكر إن شاء، و لا يقول لهما اشهدا» و لعله لأنه أمر لهما بالشهادة، و قد لا تكون عندهما شهادة، و ربما توهمتا بذلك أن عليهما الشهادة و إن لم يعين بالحال. نعم له أن يقول: من كانت عنده شهادة فليشهد و لا- يكتنم شهادته و نحو ذلك، لأنه أمر بالواجب و نهى عن المحرم، و فيه أن مثل ذلك خطاب عرفي يراد منه الشهادة و إن كانت عندهما، و احتمال توهمهما لا يقدر بعد فرض ظهور الخطاب في ذلك، كما هو واضح.

و مع الإقامه بالشهادة قيل لا يحكم إلا بمسأله المدعى أيضا لأن ذلك حق له، و ربما كان له غرض في عدم الحكم، و لو فرض جهل المدعى بتوقف حكم الحاكم على طلبه بينه له، لكن قد يقال: إن له الحكم و إن لم يسأله المدعى، لأن ذلك منصبه و وظيفته كما عرفته فيما سبق، و مفروض المسأله عدم رفع يد المدعى عن دعواه، و لكن لم يخطر في باله الاذن و لو لجهل أو غفله، و حينئذ فلا ريب في اقتضاء إطلاق الأمر (١) بالحكم بين الناس عدم التوقف على الاذن كما هو واضح.

و على كل حال ف بعد أن يعرف عداله البيه على

وجه تكون صالحه لإثبات الدعوى يقول للخصم هل عندك جرح و فى وجوب ذلك إشكال فإن قال: نعم و سأل الانظار فى إثباته أنظره لإمكان صدقه، و ل

قول على (عليه السلام) لشريح (١): «و اجعل لمن ادعى شهودا أمدا بينهما، فإن أحضرهم أخذت له بحقه و إن لم يحضرهم أوجبت عليه القضية»

إلا أنه كما ترى لا تعيين فيه لمدته الانظار التى قدرها فى المبسوط و غيره ثلاثا بل لا أجد فيه خلافا بينهم من دون تفصيل بين بعد المسافه و قربها، مع أن ظاهر المرسل المزبور كون الأمد بحيث يمكن إتيان البيئه فيه، كما هو ظاهر النافع.

و احتمال فى كشف اللثام تنزيل الإطلاق المزبور من المصنف و غيره على ما إذا لم يدع بعد مسافه البيئه بحيث لا تحضر فى ثلاثه أيام، قال:

«و إذا كان كذلك أنفذ الحاكم حكمه، و الخصم على حجته إذا أثبت الفسق».

و فيه أن المرسل المزبور غير جامع لشرائط الحجيه، و إطلاق الأدله يقتضى تحقق ميزان القضاء، و لكن التأخير ثلاثه أيام لقاعده لا ضرر و لا ضرار بعد فتوى الأصحاب بذلك، و بقاء الخصم على حجته مناف للقضاء الذى هو الفصل، و لعله لذا كان ظاهر المصنف و غيره اعتبار دعوى الخصم وجود الجرح فى الانظار، فلو أراد حينئذ لاحتمال حصوله لم ينظر، و ليس هو إلا لتحقيق ميزان القضاء، هذا كله فى بينه الجرح، و أما بينه الدعوى فى غيره فستسمع الكلام فيها إنشاء الله.

و كيف كان فان تعذر الجرح مده الإنظار حكم عليه بعد سؤال المدعى أو مطلقا كما عرفت، لكن عن المبسوط استحب أن يقول للمدعى عليه: قد ادعى عليك كذا و شهد به عليك كذا و كذا و أنظرتك جرح الشهود فلم تفعل فيها أنا ذا أحكم عليك ليتبين أنه حكم

بحق، و الأمر سهل.

و لا يستحلف المدعى مع البيئه القابله لإثبات الحق بلا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى

خبر محمد بن مسلم^(١) «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الرجل يقيم البيئه على حقه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا»

و خبر أبي العباس^(٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «إذا أقام الرجل البيئه على حقه فليس عليه يمين»

خلافًا لبعض العامة و إن وافقه ما في

الخبر^(٣) من وصيه على (عليه السلام) لشريح «و رد اليمين على المدعى مع بينته، فان ذلك أجلى للعمى و أثبت للقضاء»

لكنه ضعيف قاصر عن معارضه ما عرفت، بل يمكن حمله على ما تسمعه من الصور المستثناه أو على ضرب من الندب مع رضا المدعى و طلب المدعى عليه أو غير ذلك، على أن المروى عن أمير المؤمنين (عليه السلام)^(٤) أنه اشترط على شريح أن لا ينفذ قضاء إلا بحضوره.

و على كل حال فلا ريب في الحكم المزبور إلا أن تكون الشهاده على ميت فيستحلف على بقاء الحق في ذمته استظهارا لازما في الإثبات بالبيئه بلا- خلاف أجده فيه بين من تعرض له، كما اعترف به غير واحد، بل في الروضه هو موضع وفاق، و في المسالك تاره نسبة إلى الشهره من غير ظهور مخالف، و أخرى إلى الاتفاق، لكن ظاهره أخيرا الشك في الإجماع، بل لم تصدر الوسوسه في ذلك إلا منه، و تبعه الأردبيلي (رحمه الله) نعم قد خلت عنه كثير من كتب القدماء كالمقنعه و الانتصار و النهايه و الخلاف و الوسيله و الكافي و المراسم و الغنيه و السرائر و جامع الشرائع، بل قيل لم يصرح به أحد قبل المصنف غير الشيخ، إلا أن ذلك غير قادم في تحصيل

١-١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب- ١- من أبواب آداب القاضى- الحديث ١.

٤-٤ الوسائل الباب- ١- من أبواب آداب القاضى- الحديث ١.

الإجماع على بعض طرقه المقرره فى الأصول، و لذا حكاه الصيمرى عليه هنا، فلا ريب فى الاستدلال به بناء على حجيه مثله.

على أن الأصل فى ذلك

قوى عبد الرحمن بن أبى عبد الله (١) الذى رواه المحمدون الثلاثة المنجبر بما عرفت قال: «قلت للشيخ يعنى موسى ابن جعفر (عليهما السلام) - كما عن الفقيه - أخبرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلا يكون له البيئه بماله. قال: فيمين المدعى عليه، فان حلف فلا- حق له، و إن لم يحلف فعليه - كما فى الكافى و التهذيب، و أبدل فى الفقيه قوله: «و إن لم» إلى آخره بقوله: «و إن رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له»

- فان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيئه فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله إلا هو لقد مات فلان و أن حقه لعليه، فإن حلف و إلا- فلا حق له، لأننا لا ندرى لعله قد وفاه بيئه لا نعلم موضعها أو بغير بيئه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البيئه، فإن ادعى و لا بيئه فلا حق له، لأن المدعى عليه

ليس بحى، و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه فمن ثم لم يثبت له عليه حق».

و صحيح الصفار (٢) الذى رواه الثلاثة أيضا «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 اليمين (يمين خ ل) و كتب إليه أ يجوز للوصى أن يشهد لو ارث الميت صغيرا أو كبيرا بحق له على الميت أو على غيره و هو القابض للوارث الصغير و ليس للكبير

١-١ الوسائل الباب- ٤- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٨- من كتاب الشهادات- الحديث ١.

(الكبير خ ل) بقابض؟ فوقع (عليه السلام) نعم، و ينبغي للوصى أن يشهد بالحق و لا يكتب شهادته، و كتب إليه أو تقبل شهاده الوصى على الميت بدين مع شاهد آخر؟ فوقع (عليه السلام) نعم من بعد يمين».

و المناقشه فى الأول بضعف السند، و باحتمال غير الامام من الشيخ و غير الشاهدين من السينه، و بأن ظاهره وجوب اليمين المغلظه بناء على ظهور لفظ «عليه» فى الوجوب، و لا- قائل به و إلا- فلا- يدل على المطلوب، و يمكن حمله على التقيه أو الاستحباب و فى الثانى بأنه مكاتبه و باشماله على ما هو مخالف للقواعد و معارض ب

صحيحه الآخر^(١) «كتب إليه (عليه السلام) أيضا رجل أوصى إلى ولده و فيهم كبار قد أدركوا و فيهم صغار، يجوز للكبار أن ينفذوا و يقبضوا (و يقضوا خ ل) ديونه لمن صح (ممن صح خ ل إن صح خ ل) على الميت بشهود عدول قبل أن يدركوا الأوصياء الصغار، فوقع (عليه السلام) نعم على الكبار (الأكابر خ ل) من الولد أن يقضوا دين أبيهم و لا يحبسوه بذلك»

لا تستأهل ردا.

إنما الكلام فى ظهور النص و الفتوى فى أصل اعتبار اليمين مع البيه فى ثبوت الحق على وجه متى تعذر أحدهما سقط، أو أن ذلك مخصوص فيما إذا كان المدعى صاحب الحق لا وصيه أو وارثه، لم أجد تحرير ذلك فى كلامهم.

و لكن فى بعض كتب المعاصرين حكايه الأول فى بعض أفراد الفرض و إن اختار هو الثانى، فإنه بعد أن فرض المسأله فيما لو ادعى وارث ميت على ميت آخر و اختار عدم اليمين على البت عليه، قال: «لأن الدليل إنما يدل على ثبوت اليمين على نفس المدعى، فيبقى ما عداه على

الأصل، و أقصى ما يتوجه عليه بعد ذلك يمين نفي العلم» إلى آخر ما ذكره، فان ما حضرني من نسخه كتابه غير نقيه من الغلط.

لكن فيه أن ظاهر الفتوى و النص خصوصا الصحيح كون ذلك هو الحجه على الميت فيتجه حينئذ سقوط الحق، إلا أنه كما ترى مناف لمذاق الفقه، فقد يقال: إن للوارث الحلف على مقتضى الاستصحاب كما يحلف على مقتضى اليد، لكن هو- مع أنه كما ترى أيضا، خصوصا إذا كان المستصحب غير معلوم له و إنما شهدت به البيئه- لا يتم في الوصى الذى لا يجوز حلفه لإثبات مال الغير، اللهم إلا- أن يقال به هنا باعتبار أنه ليس مثبتا، بل هو شرط في حجيه البيئه التى هى فى الحقيقه المثبتة، أو يقال بالاكتفاء بيمين الوارث مع البيئه فى إثبات مفادها الذى لا فرق فيه بين متعلق الوصايا و الإرث، لأنها من الحجه المثبتة للموضوع فى نفسه.

بل منه ينقدح عدم وجوب اليمين على كل واحد من الورثة، بل يكفى يمين واحده من أحدهم، لأن مقتضى إطلاق النص اعتبار يمين واحده فى تماميه حجيه البيئه التى قد عرفت ثبوت الموضوع بها لسائر الشركاء و إن أقامها أحدهم، فتأمل فإنه دقيق نافع. و إن كان لا يخلو من بحث، ضروره كون اليمين هنا نحوها مع الشاهد الواحد، فلا يكتفى بها لغير ذى الحق.

بل قد يناقش فى قبول اليمين من الوارث، لتضمن يمين الاستظهار عدم الوفاء و الإبراء و نحوهما، و لا يكون منه على البت لأنه فعل الغير، فمع فرض اعتبار يمين البت فى يمين الاستظهار يتجه حينئذ سقوط الحق حينئذ كما سمعته أولا، بل قد يؤيد بأنه مقتضى أصل عدم ثبوت الحق بعد فرض تعارض الأمارات على وجه لا وثوق بشىء منها.

نعم قد يقال:- بعد استبعاد سقوط الحق مع البيئه العادله خصوصا مع قطع الوارث بالحق، بل يمكن دعوى معلوميه خلافه و لو بالسيره القطعيه، و استبعاد سقوط اليمين فى الدعوى على الميت مع ظهور النص و الفتوى فيه:- إن المتجه إلزام الوارث باليمين على نفى العلم باستيفاء مورثه أو إبرائه، لظهور الخبر الأول(١) فى اليمين المخصوصه فيما إذا كان المدعى المستحق، و التعليل فيه أيضا. و أما الثانى(٢)فليس فيه إلا اعتبار يمين بعد البيئه، فهى بالنسبه إلى كل أحد بحاله، بل إن لم يكن إجماع على سقوط اليمين أو الانظار بها أمكن ذلك فى ولى الطفل، بل و الوصى فى وجهه، و لا حاجه إلى دعوى العلم فى اعتبار هذا اليمين الذى هو للاستظهار من كل مدع بحسب حاله، فتأمل جيدا.

هذا و فى المسالك «لو أقر له قبل الموت بمدته لا- يمكن فيها الاستيفاء عاده ففى وجوب ضم اليمين إلى البيئه وجهان، من إطلاق النص(٣)الشامل لموضع النزاع، و قيام الاحتمال و هو إبراؤه منه و قبضه من ماله و لو بعد الموت، و من البناء على الأصل و الظاهر من بقاء الحق، و هذا أقوى».

و فيه أن ذلك مبنى على اختصاص اليمين لنفى احتمال الوفاء من الميت دون غيره، لكن فيه أولا- أنه مناف لإطلاق صحيح الصفار(٤)بل و للخبر المزبور(٥)المراد منه ذلك على جهه التمثيل لا التقييد، كما هو واضح.

نعم قد يقال بسقوطه فيما لو فرض شهاده الشهود ببقاء الحق فى ذمه الميت على وجه لا احتمال لسقوطه أصلا إلى حين الدعوى أو حين

-
- ١- ١ الوسائل الباب- ٤- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.
 - ٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٨- من كتاب الشهادات- الحديث ١.
 - ٣- ٣ الوسائل الباب- ٤- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.
 - ٤- ٤ الوسائل الباب- ٢٨- من كتاب الشهادات- الحديث ١.
 - ٥- ٥ الوسائل الباب- ٤- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

الوفاء بناء على الاجتزاء به، مع أن ظاهر الصحيح المزبور(١)التعبد، و يمكن بناؤه على الغالب، فلا يحتاج إليه فى نحو الفرض، بل لعل ظاهر الخبر الأول(٢)كون اليمين للاستظهار، باعتبار كون شهاده البيئه بالاستصحاب، و الفرض فى المقام خلافه، فلا استظهار كما فى صوره العلم بالحال، و الله العالم.

ثم إن ظاهر قوله: «و قبضه من ماله و لو بعد الموت» مراعاة نفى الاحتمال بعد الموت أيضا، لكن ظاهر اليمين فى الخبر المزبور(٣)اعتبار نفيه إلى حين الموت دون ما بعده، اللهم إلا أن يكون المفروض معلوميه انتفائه بعده، إلا أنه كما ترى.

ثم إن ظاهر الصحيح بل و الخبر اختصاص الحكم المزبور بالدين، أما غيره من دعوى عين أو حق خيار فهو باق على مقتضى عموم حجيه البيئه بلا يمين، اللهم إلا أن يقال بظهور الخبرين المزبورين فى الفرق بين الميت و الحى باعتبار اليمين فيما هو حجه على الحى استظهارا، و الدين فيهما إنما هو من باب المثال.

لكن لا يخفى ما فيه من المنع، خصوصا بعد الفرق بين بينه العين و الدين بأن مبنى الثانيه على الاستصحاب غالبا بخلاف الأولى التى لا بد فيها من الشهاده على ملك المدعى إلى حين الدعوى، لمعارضه اليد فيها، فيمكن الاقتصار فيهما على الدين لذلك.

نعم لو شهدت البيئه على أن العين كانت فى يد الميت عاربه أو غصبا أو نحوهما و لم تشهد أنها كذلك إلى حين الوفاء أو حين الدعوى و قلنا بالاكفاء بها فى الحى لأصالة عدم تجدد مقتضى آخر لاستمرار قبضه أو

١-١ الوسائل الباب- ٢٨- من كتاب الشهادات- الحديث ١.

١-٢ الوسائل الباب- ٤- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

١-٣ الوسائل الباب- ٤- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

أصالة عدم قبض جديد بناء على إلحاق صورته الشهاده على القبض عاربه أو غصبا مع عدم العلم بعودها و تجدد قبض جديد بالصوره الأولى التي علم فيها اتحاد القبض، و لكن يحتمل تجدد مقتض لا اختلاف استدامته عن ابتدائه احتمل هنا ضم اليمين معها بناء على أن ذكر الدين مثال لكل ما يحتمل فيه نحو ذلك من تجديد ملك و نحوه. بل في كشف اللثام أنه الوجه.

لكن قد يناقش (أولا) بمنع استفادته ذلك من الخبرين على وجه يخرج عن القياس الممنوع عند الشيعة، و (ثانيا) بمنع الاجتزاء بمثل هذه البيئه في الحى على وجه

يرتفع ما تقتضيه اليد من الملكيه في الزمان المتأخر الذى لا ينافيه وقوع القبض منه ابتداء عاربه مثلا فضلا عن صورته احتمال تجدد قبض جديد منه.

و ما فى القواعد من أنه «لو أقام بينه بعاربه عين - أى عند الميت - أو غصبها كان له انتزاعها من غير يمين» يراد به مع الشهاده على ذلك إلى حين الوفاة أو الدعوى، لا- أن المراد شهادتها بكونها عاربه فى الزمن السابق مع عدم العلم بحالها فى غيره من الزمان المحتمل لتجدد قبض جديد أو مقتض لا اختلاف الاستدامه مع الابتداء، كما اختاره فى كشف اللثام.

و على كل حال فلا ريب فى أن الأقوى عدم إلحاق العين بالدين فى ذلك للعمومات و إن كان هو الأحوط مع فرض بذلها من المدعى، نعم لو فرض تلفها فى يده قبل موته على وجه يترتب عليه ضمانها اتجه حينئذ كونها كالدين، بل هى من أفرادها، أما إذا فرض تلفها بعد موته و كانت مضمونه عليه فقد يقوى عدم اليمين عليه، لقصور الخبرين (١)

١-١ الوسائل الباب-٤- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١ و الباب-٢٨- من كتاب الشهادات الحديث ١.

عن تناول ذلك، بل ظاهرهما غيره، فيبقى هو حينئذ على عموم حجيه البيئه، و التعليل قد عرفت أنه فيما قبل الموت و نحوهما، فتأمل جيدا.

و لو شهدت البيئه على صبي أو مجنون أو غائب بدين ففى ضم اليمين إلى البيئه تردد و خلاف ينشأ من كونهم كالميت فى عدم اللسان المحتمل على تقدير وجوده الجواب بما يقتضى البراءه منه، بل هو مقتضى منصوص العله فى الخبر الأول(١) و هو المحكى عن الأكثر بل المشهور، و منهم الشيخ فى المبسوط و الفاضل و الشهيد، و من أن معقد النص(٢) و الفتوى الميت، فلا يقاس عليه غيره، لحرمة عندنا.

لكن لا ريب فى أن أشبهه أنه لا يمين وفاقا للمصنف و جماعه، و خصوصا فى الغائب الذى ورد فيه

مرسل جميل بن دراج عن جماعه(٣) عنهما (عليهما السلام) قال: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيئه، و يباع ماله، و يقضى عنه دينه و هو غائب، و يكون الغائب على حجته إذا قدم، و لا يدفع المال إلى الذى أقام البيئه إلا بكفلاء»

و نحوه

قول الباقر (عليه السلام) فى خبر محمد بن مسلم(٤) إلا أن فيه «إذا لم يكن مليا»

إذ لا- ريب فى ظهورهما و لو للإطلاق فى عدم اعتبار اليمين معها، و معارضتهما بمنصوص العله على فرض تسليم جريانه فى المقام من وجه، و لا- ترجيح، فيرجع إلى عموم ما دل على حجيه البيئه بدونه السالم حينئذ عن معارضه منصوص العله بعد معارضته بالخبرين المزبورين، بل

قوله (عليه السلام) فيهما: «و يكون على حجته»

مشعر بالفرق بينه و بين الميت بأن له حالا يقيم به حجته فى نقض البيئه المزبوره، و هو ما إذا حضر بخلاف الميت، بل هو جار أيضا فى الصبي

١-١ الوسائل الباب-٤- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

١-٢ الوسائل الباب-٤- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

١-٣ الوسائل الباب-٢٦- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

١-٤ الوسائل الباب-٢٦- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

و المجنون حال البلوغ و الإفاقه.

بل منه يعلم أن المراد من منصوص العله فى الخبر(١)عدم الدرايه التى لا رجاء معها لاحتمال قيام الحججه، فلا يجرى حينئذ فيهما، و الله العالم و لو أقام شاهدا واحدا بدينه على الميت ففى القواعد و غيرها «حلف يميننا واحده» لا لاختصاص النص و الفتوى بالبينه» إذ من المعلوم أن ذلك أضعف منها، بل للاستغناء باليمين القائم مقام الشاهد عن يمين الاستظهار.

و فيه أنه قد لا يغنى عنه، إذ لا يعتبر فيه التعرض لبقاء الحق، و مع فرض تقييد إغنائه بالمشتمل على ذلك كما فى كشف اللثام قد يقال بأن المعتبر من المقيد ما كان على وفق شهاده الشاهد المفروض كونها على أصل ثبوت الحق، و ما فيها من الزيادة لا دليل على حجيتها، إذ ليست هى يمين شاهد و لا يمين استظهار، لأن الأصل عدم التداخل، خصوصا بعد

قوله (عليه السلام) فى الصحيح(٢): «مع شاهدين بعد يمين»

الظاهر فى فعله مستقلا منضمًا إلى الحججه فى حق الحى، كما هو واضح بأدنى تأمل، فالأولى بل الأقوى ضم يمين آخر معه. نعم قد يقال بالاستغناء فى صورته شهاده الشاهد ببقاء الحق ثم اليمين من المدعى على نحو ذلك، إذ هو بحكم البينه على بقاء الحق التى قد عرفت قوه الاستغناء بها عنه أيضا إلا مع احتمال التعبد الذى سمعته سابقا.

و كيف كان فلا إشكال و لا خلاف فى أنه يدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق الثابت عليه، لكن فى المتن و غيره بعد

١-١ الوسائل الباب-٤- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-٢٨- من كتاب الشهادات الحديث ١ و فيه « نعم من بعد اليمين».

تكفيل القابض بالمال أى إزماءه بكفيل بذلك، و لعله للخبرين (١) السابقين، إلا أنك قد عرفت اشتراط عدم الملاءه فى الثانى منهما، بل مقتضى الجمع بينه و بين الآخر تنزيل الأول عليه، إلا أنه لم أجد قائلاً به نعم فى المسالك «و إنما اعتبر المصنف الكفيل لأنه لم يوجب عليه اليمين مع البينه، فجعل الكفيل عوضاً عنه، لاحتمال براءه الغائب من الحق على وجه لا تعلمه البينه، و من أوجب عليه اليمين لم يعتبر الكفيل إلا على تقدير تعذرهما، كما لو كان المدعى على الغائب و كيل المستحق، فإنه لا يجوز إحلافه، فيستظهر بالكفيل، و لا شك فى أن الكفاله و اليمين احتياط و استظهار إلا أن ثبوتهما يحتاج إلى دليل».

قلت: قد عرفت أن دليله عند القائل به التعليل فى القوى (٢) و الخبران (٣) المزبوران المعمول بهما، على أن المرسل جميل، و هو من أصحاب الإجماع، و قد أرسل عن جماعه، بل هما يدلان على اعتبار تعدد الكفلاء و إن لم نجد به قائلاً، و لعله لظهور إرادته الجنس منه، و اعتبار اليمين لا ينافى الاستظهار بذلك، إذ هو على حجته على كل حال.

و من هنا اعتبره فى القواعد مع قوله: «بضم اليمين» و كأنه ظن تماميه الدعوى مع اليمين المقتضيه لنفى الاحتمالات، فلا وجهه للتكفيل، بخلاف حال عدم اليمين، فإنها لم تتم بعد فيستظهر بالتكفيل، و فيه أن اليمين على القول باعتبارها لا تسقط صحه الدعوى منه بعد ذلك و التكفيل للاستظهار بها بعد النص عليه فى الخبرين، كما هو واضح.

ثم على فرض اعتبار اليمين لم يجز للحاكم التسليم قبلها فى صوره الوكيل، ضروره عدم ثبوت الحق بدونها، فمن الغريب صدور ذلك منه.

-
- ١- ١ الوسائل الباب- ٢٦- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.
 - ٢- ٢ الوسائل الباب- ٤- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.
 - ٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٦- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

كما أن من الغريب مناقشه الأردبيلي في أصل دفع الحاكم من مال الغائب بعد أن ذكر دليله مرسل جميل بالإرسال و مجهوليه جعفر بن محمد ابن إبراهيم و عبد الله بن نهيك أيضا في سنده، و بأنه غير عام، و إدخال ضرر على الغائب، إذ قد يكون له جواب قدح و نحو ذلك و يتعذر ذلك بعد الحكم، و على تقديره فقد يتعذر استيفاء الحق بموت الخصم و فقره أو الكفيل أيضا، فينبغي الاقتصار على موضع الوفاق، و هو فيما إذا علم الخصم أنه إذا لم يحضر يحكم عليه و هو غائب، لأنه يكون أدخل الضرر على نفسه.

إذ هي كما ترى، ضروره عدم الاحتياج إلى المرسل في الدفع بعد فرض مشروعيه الحكم على الغائب، ضروره كونه حينئذ من مقتضياته، بل لو لا النص و الفتوى على التكفيل بالوجه المزبور لكان المتجه عدم وجوبه.

ثم إن الظاهر إرادته الضمان من الكفاله هنا، لأن به الاستظهار التام، بل قد يشعر بذلك اعتبار عدم الملاءه في أحد الخبرين (١) والله العالم.

و لو ذكر المدعى أن له بينه غائبه خيره الحاكم فيما له شرعا بين الصبر لأن المدعى لا يجبر على دعواه و بين إحلاف الغريم فان ذلك له مع حضور بينته فضلا عن حال الغيبه.

لكن في النافع «و لو قال: البينه غائبه أجل بمقدار إحضارها، و في تكفيل المدعى عليه تردد، و يخرج من الكفاله عند انقضاء الأجل».

و فيه أنه لا فائده في هذا التأجيل، ضروره أن له الدعوى و إقامتها بعد الأجل، و احتمال سقوط دعواه حينئذ مطلقا أو بعد إلزامه بإحلاف المنكر لا ينبغى صدوره من متفقه فضلا عن الفقيه و إن كان قد يتوهم

دلاله مرسل الوصيه لشريح(١) عليه المحتمل لإيراده بينه الجرح خاصه، و لو سلم دلالتة على ذلك فلا قائل به، فلا يبعد إرادته الإمهال الذى لا يترتب عليه ذلك من التأجيل فيه بل و فى الخبر(٢) أو أن مراده الأجل لأجل التكفيل و إن قصرت العبارة عنه، كما هو ظاهر النهايه، قال: «و إن قال: لست أتمكن من إحضارها جعل معه مده من الزمان ليحضر فيه بيته و تكفل بخصمه، فإن أحضرها نظر فيها و إن لم يحضرها عند انقضاء الأجل خرج خصمه عن حد الكفاله». فتأمل جيدا.

و أما ما ذكره من التردد فى التكفيل فقد جزم هنا بعدمه، فقال:

و ليس له ملازمته على وجه لا تجوز له بدون ذلك فضلا عن حبسه و لا مطالبته بكفيل وفاقا للمحكى عن أكثر المتأخرين، بل عامتهم و الإسكافى و الشيخ فى الخلاف و المبسوط و القاضى فى أحد قولييه، للأصل السالم عن معارض بعد عدم ثبوت الحق الذى لا معنى للعقوبه عليه قبله، على أن الكفيل يلزمه الحق إن لم يحضر المكفول، و هنا لا معنى له قبل إثباته، بل لا معنى لكون حضور الدعوى و سماع البينه حقا يكفل عليه، لأنه بعد الإتيان بالبينه إن كان حاضرا فذاك، و إلا حكم عليه و هو غائب.

خلافًا للمحكى عن الشيخين فى المقنعه و النهايه و القاضى فى أحد قولييه و ابنى حمزه و زهره نافيا للخلاف فيه ظاهرا، لقاعده لا ضرر و لا ضرار، فإنه قد يهرب المدعى عليه، و لا يتمكن المدعى من تحصيل الحق، فيجب حينئذ مقدمه، للزوم مراعاة حق المسلم من الذهاب فى نفس الأمر، و بذلك ينقطع الأصل، و الالتزام بالكفيل أو الحبس و إن كان ضررا إلا

١-١ الوسائل الباب- ١- من أبواب آداب القاضى- الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٦- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

أن ذهاب الحق أيضا ضرر، و على الحاكم مراعاة الأقل ضررا، و لعله التكفيل، و عدم الفائدة في التكفيل مسلم إن تحقق عدم إمكان إثبات الحق في نفس الأمر، و لكنه غير متحقق بعد احتمال حضور البينه و ثبوت الحق بها، فيلزم الكفيل إحضاره أو الالتزام بالحق إن ثبت و هرب المدعى عليه و لم يكن له مال يقتص منه، و الحكم على الغائب غير كاف في التخلص عن احتمال ذهاب الحق.

و من هنا مال في الرياض إلى ذلك و قال: «إن القول به لا يخلو من رجحان إن خيف هرب المنكر و عدم التمكن من استيفاء الحق بعد ثبوته من ماله، و لو لم يخف من ذلك أمكن ترجيح القول الآخر، و بهذا التفصيل صرح الفاضل المقداد، فقال: و لنعم ما قال، و يقوى أن التكفيل موكول إلى نظر الحاكم، فان الحكم يختلف باختلاف الغرماء، فان الغريم قد يكون غير مأمون، فالمصلحه حينئذ تكفيله، و إلا لزم تضييع حق المسلم، و قد لا يكون كذلك بل يكون ذا ثروه و حشمه و مكنه فلا حازه إلى تكفيله، لعدم ثبوت الحق و الأمن من ضياعه. و ربما كان المدعى محتالا يطلب التكفيل و سيله إلى أخذ ما لا يستحقه».

لكن لا يخفى عليك أن جميع ذلك لا ينطبق على أصول الإماميه، ضروره رجوعه إلى ما يشبه الاستحسان، و قاعده لا ضرر و لا ضرار لا وجه لجريانها في المقام، إذ الضرر لا يدفع بالضرر، على أنها لا تقتضى تعجيل الضرر على المسلم باحتمال ضرر الآخر، و لعل البحث بين الأصحاب في أصل مشروعيه التكفيل بمجرد الدعوى، كما شرح به هنا الفاضل المزبور عبارته النافع، بل حكى القول عن عرف بلطف جواز التكفيل و منعه، لا في الإلزام به قبل ثبوت الحق، و قد ذكرنا في الكفاله ما يستفاد منه ذلك.

ثم على التكفيل فهل يتعين في ضرب مدته ثلاثه أيام، كما عن

ابن حمزه أو يناط بنظر الحاكم؟ قولان، و لكن على كل حال يخرج الكفيل من الكفاله عند انقضاء الأجل المضروب كائنا ما كان بلا خلاف و لا إشكال و الله العالم.

و كذا ليس له حبسه أو المطالبه بكفيل لو أقام شاهدا واحدا و إن كان عدلا، لعدم ثبوت الحق به، خلافا للمحكي عن المبسوط لقدرته على إثبات حقه باليمين فيحبس إلى أن يشهد آخر أو يحلف المدعى أو يحلفه، و غايه الحبس ثلاثه أيام، فإن أثبت الدعوى و إلا- أطلق، و فيه أن العقوبه بالحبس إنما تجوز بالتقصير بالحق الثابت و لا- يكفى فيها القدره على إثباته، كما هو واضح.

[أما السكوت]

و أما السكوت فان اعتمده أُلزم بالجواب لأنه نفسه ليس جوابا، و الفرض تعلق حق الدعوى بجوابه فان عاند حبس حتى يبين الجواب كما عن الشيخين و الديلمي و ابني حمزه و سعيد و الفاضل و ولده و غيرهم، بل فى المسالك نسبتة إلى المتأخرين.

و قيل و إن كنا لم نعرف قائله يجبر بالضرب و نحوه من باب الأمر بالمعروف حتى يجيب.

و قيل و القائل الشيخ فى محكى مبسوطه و الحلّى فى محكى سرائره و الفاضل فى موضع من قواعد و القاضى فى محكى مهذبته يقول له الحاكم: إما أجبت و إما جعلتك ناكلا و رددت اليمين على المدعى، فان أصر رد اليمين على المدعى و قضى له، بل فى الأول «أنه الذى يقتضيه مذهبنا و الثانى- يعنى الحبس- قوى أيضا» و فى الثانى «أنه الصحيح من مذهبنا و أقوال أصحابنا و ما يقتضيه المذهب» و فى الأخير «أنه ظاهر مذهبنا و لا بأس بالعمل بالحبس».

و لكن الأول مروى كما عن التحرير أيضا و إن

اعترف جماعه بعدم الظفر بهذه الروايه، نعم قيل: لعله

النبوى المشهور(١)«لى الواجد يحل عقوبته و عرضه» و فى آخر «و حبسه»

المعتضد بما قيل من النصوص الكثيره(٢)الداله على حبس أمير المؤمنين (عليه السلام) الغريم باللى و المطل من دون ضرب و إهانته و نحوهما.

و فيه أن المنساق منه المالى لا- ما يعم استحقاق جواب الدعوى، سيما نصوص الغريم، و ربما علل أيضا بأن الواجب عليه الجواب، و هو كما يحتمل الإقرار يحتمل الإنكار، فيجب عليه الحبس، و غيره ليس بواجب لأصل البراءة، و جعله ناكلا- أو كالناكل يحتاج إلى دليل.

و ظاهر الروضه التخيير بين الحبس و الرد، كما عن ظاهر الشيخ على بن هلال مع إضافه الضرب أيضا.

ثم إن ظاهر الأصحاب عدم فعل شىء معه على القول الأول غير الحبس، لكن فى الرياض أُلزم بالجواب أولا باللطافه و الرفق ثم بالإيذاء و الشده متدرجا من الأدنى إلى الأعلى على حسب مراتب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، فإن أجاب و إلا حبسه حتى يجيب وفاقا لمن عرفت، ثم قال: «و قيل: يجبر حتى يجيب من غير حبس، بل يضرب و يبألغ فى الإهانته إلى أن يجيب، و مستنده غير واضح عدا ما استدل له من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و فيه نظر فإنهما يحصلان أيضا بالأول، فلا وجه للتخصيص».

قلت: و مقتضاه أنه على الثانى يضرب حتى يجيب أو يموت، و ليس هو قولاً- لأحد، بل ليس من مقتضى ما ذكر دليلا له من الأمر بالمعروف

١-١ راجع التعليقه ١ من ص ١٦٤. و سنن البيهقى ج ٦ ص ٥١.

٢-٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب كيفيه الحكم و الباب- ٧- من كتاب الحجر.

المعلوم عدم مشروعيه هذا المقدار له، فالتحقيق أن الفرق بين الأول والثاني الاقتصار على خصوص الحبس على الأول لما أرسلوه من الروايه بخلاف الثاني، فإنه مبني على حكم الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر من استعمال مراتبه التي تنتهي إلى الحبس أيضا.

و على كل حال فليس للأول إلا المرسل المنجبر بما عرفت، و للثاني إلا باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، و للثالث أنه نكول أو أولى منه، ضروره أنه لو أجاب بجواب صحيح ثم امتنع من اليمين جعل ناكلا، فإذا امتنع عن الجواب، و اليمين فأولى أن يكون ناكلا، لأنه نكل عن الجواب و اليمين معا، و لأن العناد منه أشد و أظهر، و لأنه لما لم ينكر احتمال الإقرار، فإذا اعتبرت يمين المدعى مع صريح الإنكار فمع السكوت أولى.

و من هنا قال المصنف و الأخير بناء على عدم القضاء ب مجرد النكول و إلا كان المتجه عدم الاحتياج إلى اليمين.

كل ذلك مضافا إلى ما في الاقتصار على الحبس من الإضرار بالمدعى بالتأخير، و ربما أدى إلى ضياع حقه، بل فيه و في الجبر إضرار بالمدعى عليه بلا- دليل، و ما مر من الدليل عليهما مندفع بأن الرد على المدعى أردع له عن السكوت و أسهل و أفيد للمدعى.

و قد يناقش بعدم صدق اسم النكول عليه، إذ يحتمل أنه أدى الحق و ليس بمنكر يلزمه اليمين و لا مقر يلزمه الحق، فيسكت عن الإنكار لعدم صحته، و عن الإقرار مخافه الالتزام، و الفرض عدم شهود عنده و لو لموتهم، و لا يحسن التوريه أو لا يعلم شرعيتها، و بأن الحكم بالنكول بمجرد أو بعد رد اليمين مخالف للأصل، فيقتصر فيه على محل اليقين، و ليس هو إلا- ما انعقد عليه الإجماع من كونه بعد الإنكار، و هو مفقود في المقام قطعا، لما عرفت من إطباق المتأخرين كافه على

اختيار القول الأول، بل قد عرفت إرسال الرواية فيه، بل ظاهرهم أنها صريحة فيه، و هي مع انجبارها بما سمعت معتضده بالنبوي(١) السابق المعتضد بالنصوص الكثيره(٢) بل قد يستفاد من

قوله (عليه السلام) في خبر عبد الرحمن(٣) المتقدم في الدعوى على الميت: «و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه»

أن كيفية القضاء عليه إلزامه بأحد الثلاثة على جهة التخيير له، و لما كان طرق الإلزام كثيرة أمكن ترجيح الحبس منها بالمرسل المنجبر بما عرفت، بل ربما يدعى أنه المتعارف من طرق الإلزام، خصوصا بعد أن كان ذلك طريقا في الغريم المحقق، فهنا بطريق أولى.

على أن الدعوى المقابلة بالسكوت لو تقتضى رد اليمين على المدعى لعدم خروجه عن أحد الاحتمالين لاقتضت ذلك في الدعوى على الميت و على الممتنع عن مجلس الحضور و على الغائب و على الصبى و المجنون و نحوهم ممن لم يتحقق منهم جواب، و هو معلوم العدم، بل ينحصر طريق ثبوت الدعوى حينئذ بالبينه، فان لم تكن فلا- حق له، كما أوماً إليه أيضا الخبر المزبور(٤).

و دعوى اقتضاء إطلاق أدله الأمر بالحكم بين الناس(٥) و جوب إيجادها في الفرض، و قد عرفت استفادته ميزانه من النصوص الكثيره الداله على أنه البنيات و الأيمان(٦) و هو الدليل على القضاء بنكول المنكر عن

١-١ راجع التعليقه ١ من ص ١٦٤.

٢-٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب كيفية الحكم و الباب- ٧- من كتاب الحجر.

٣-٣ الوسائل الباب- ٤- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

٤-٤ الوسائل الباب- ٤- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

٥-٥ الوسائل الباب- ١- من أبواب كيفية الحكم.

٦-٦ الوسائل ١ و ٢ من أبواب كيفية الحكم.

الرد و اليمين الشامل لموضوع الفرض يدفعها منع وجوب إيجاده على كل حال، مضافا إلى عدم انحصار الحكم في ذلك، بل هو ما ذكرناه من الإلزام المزبور، و الحكم برد اليمين في الناكل إنما كان بعد الإجماع المركب على حصول ميزان القضاء، و لكنه النكول أو اليمين قلنا: إن الأقوى الثاني بخلاف المقام، فان المشهور عدم الحكم بالمعنى المزبور كما عرفت، بل هو الحبس المطابق لما اقتضاه خبر عبد الرحمن(١) الظاهر في عدم تحقق النكول لتعذر الجواب، بل لا بد فيه من تحقق الإنكار و عدم العمل بما يوجبه، و لذا سقطت الدعوى عن الميت التي يفرض فيها ما ذكره من أنه إما مقر أو منكر إلى آخر ما سمعت، و هو معلوم العدم فيه و في نظائره، و الله العالم.

هذا إذا كان السكوت عنادا و أما لو كان به آفه من طرش أو خرس توصل إلى معرفه جوابه بالإشاره المفيده لليقين بكونه مقرا أو منكرا إذا لم نقل بإلحاق إشاره الأخرس باللفظ الذي يكتفى بالظن بالمراد منه.

و لو استغلقت إشارته بحيث يحتاج إلى المترجم لم يكف الواحد و افتقر في الشهاده ب المراد من إشارته إلى مترجمين عدلين بناء على أن ذلك من مقام الشهاده، و قد عرفت التأمل سابقا في نظيره، بل قد يحتمل في أصل الترجمة للفظ أنها من قرائن الظن بالمراد به، فلا يعتبر العدالة حينئذ فضلا عن التعدد، فتأمل و الأمر سهل.

ثم إن ظاهر حصر الأصحاب حال المدعى عليه في الثلاثه عدم حال آخر رابع مخالف لها في الحكم و حينئذ فإذا كان جوابه لا أدري و لا أعلم و نحو ذلك فهو منكر، ضروره عدم كونه إقرارا، كضروره عدم كونه سكوتا،

فليس إلا الإنكار، و انسياق القطع بالعدم منه لا ينافى كونه فردا آخر له مرجعه عدم استحقاق ما يدعيه عليه و إن لم يعلمه فى نفس الأمر، ضروره اقتضاء تعلق الدعوى به استحقاق المدعى به عليه، فإذا نفى العلم بسببه كان نافيا للاستحقاق المزبور الذى هو روح الدعوى عليه. و بذلك يكون منكرًا لا يتوجه عليه إلا

اليمين، لموافقته للأصل و غيره، و لا ينافى ذلك ما تسمعه من الأصحاب من غير خلاف فيه يعرف بينهم من اعتبار الحلف على البت فى فعله نفيًا و إثباتًا المنزل على الصورة الغالبة من الإنكار، بخلاف ما إذا كان إنكاره بالصورة الثانية، فإنه يحلف على عدم العلم نحو يمين الوارث.

و لكن فى مجمع البرهان انه «لو قال المنكر: إني ما أحلف على عدمه فاني ما أعلم بل أحلف على عدم علمى بثبوت حقه فى ذمتى لا- يكفى، بل يؤخذ بالحق بمجرد ذلك حينئذ إن قيل بالقضاء بالنكول، و بعد رد اليمين على المدعى إن لم نقل به، و يحتمل قويا هنا عدم القضاء بالنكول و إن قيل به فى غيره، بل يجب الرد حينئذ».

نعم قال بعد ذلك: «و يحتمل الاكتفاء فى الإسقاط بيمينه على عدم علمه بذلك، للأصل و عدم ثبوت ما تقدم و التأمل فيه، فتأمل - ثم قال:- إن الأصل عدم ثبوت الحق فى ذمته، و طريق ثبوته الشهود، و الفرض عدمهم، و لم يثبت دليل على أن إنكار المدعى عليه و دعوى عدم علمه بالحق و عدم حلفه على البت يوجب ثبوت الحق فى ذمته أو موجب لرد اليمين على المدعى، و يؤيده عموم

قوله (صلى الله عليه و آله) (١): «اليمينه»

إلى آخره، فإنه يدل بظاهره على عدم اليمين على المدعى، و أن يمين المنكر أعم من أن تكون على نفى المدعى أو على

نفى العلم به، إذ هو لا ينكر إلا علمه، و أيضا البيه ما تشهد بثبوت الحق على الجزم و القطع الآن، بل أقصى ما تشهد بالثبوت مع عدم العلم بالمزيل، فينبغي أن تكون اليمين كذلك».

و فى الكفايه «مقتضى ظاهر كلامهم أنه إذا ادعى عليه بمال فى ذمته و لم يكن المدعى عليه عالما بثبوتة و لا نفيه لم يكف حلف المنكر بنفى العلم، و أنه لا يجوز له حينئذ الحلف بنفى الاستحقاق، لعدم علمه بذلك، بل لا بد له من رد اليمين، و إن لم يرد يقضى عليه بالنكول و بعد رد اليمين على المدعى إن لم نقل به» و إن قال متصلا بما سمعت:

«لكن فى إثبات ذلك إشكال، إذ لا يبعد الاكتفاء حينئذ بالحلف على نفى العلم و لا دليل على نفيه، إذ الظاهر أنه لا يجب عليه إيفاء ما يدعيه إلا- مع العلم، و يمكن على هذا أن يكون عدم العلم بثبوت الحق كافيا فى الحلف على عدم الاستحقاق، لأن وجوب إيفاء حقه إنما يكون بعد العلم به، لكن ظاهر عباراتهم خلاف ذلك، و بعض المتأخرين احتمل قويا عدم القضاء بالنكول فى الصورة المذكوره و إن قيل به فى غيره، بل يجب الرد حينئذ، و احتمال الاكتفاء فى الإسقاط بيمينه على عدم علمه بذلك» و هو موافق لما ذكرناه و قلنا إنه غير مناف لظاهر كلماتهم، فان مرادهم من الجزم و البت فى الصورة الأولى من الإنكار.

و من التأمل فيما ذكرنا يظهر لك اندفاع المناقشه بعدم الدليل على الاكتفاء فى الفرض بالحلف على نفى العلم، و الأصل عدم انقطاع الدعوى المسموعه بمثل هذا اليمين، سيما إذا كانت مسقطه للبيه لو أقيمت بعدها نحو يمين الإنكار، فيقتصر فيما خالفه على المتيقن من النص و الفتوى، و ليس إلا اليمين على البت لا مطلقا، و ليس فى النصوص و الفتاوى الداله على سقوطها بها ما يدل على السقوط هنا، لما عرفت من أن المتبادر من

اليمين على الشىء اليمين على البت خاصه، و مقتضى ذلك عدم الاكتفاء باليمين على نفي العلم، فينحصر قطع الدعوى و سقوطها فى رد اليمين على المدعى، إن حلف أخذ، و إن نكل سقطت الدعوى، و عدم وجوب إيفاء ما يدعيه عليه إلا مع العلم مسلم فيما بينه و بين الله تعالى، و لكن لا ينفع فى إثبات كفايه الحلف على نفي العلم فى مقام الدعوى و إسقاطها، و إن هو إلا عين النزاع. و منه يظهر الوجه فى منع كفايه عدم العلم فى الحلف على نفي الاستحقاق المطلق المتبادر منه نفي الاستحقاق و لو فى نفس الأمر، و لا- يمكنه الحلف عليه لإمكانه، و عدم علمه به إنما يوجه له الحلف على عدم تكليفه فى الظاهر بإيفائه، لا الحلف على عدم استحقاقه فى الواقع، و بينهما فرق واضح، إذ هى كما ترى، ضروره أن الجزم المذكور فى كلامهم لا يراد منه إلا- الجزم فى الصورة الأولى من الإنكار، بمعنى أنه بعد تصريحه بالنفى الظاهر فى العلم بالعدم فى نفس الأمر لا يجوز إلا اليمين على ذلك، لا ما إذا كان إنكاره من أول الأمر بنفى العلم.

فإنه يكون نحو إنكار الوارث، كما أن الوارث لو فرض إنكاره بالعدم فى نفس الأمر كان يمينه كذلك، و لا يجوز نفي العلم، و لكن لما كان الغالب فيه الأول قالوا: إن يمينه على نفي العلم، و الغالب فى غيره الإنكار بالنفى واقعا قالوا: إن يمينه على البت.

كل ذلك مضافا إلى معارضة أصل عدم سقوط الدعوى بمثل اليمين المزبوره بأصالة عدم ثبوت الحق بمثل هذه اليمين المردوده من الحاكم على المدعى، و إنما المسلم منها يمين الإنكار التى امتنع عن إيقاعها مع تصريحه بالعلم بالنفى، و عن ردها لا- فى مثل الفرض المذكور، و ترجيح الأول بموافقته لظاهر كلماتهم فى اعتبار الجزم فى الحلف- و الفرض عدم إمكانه، فينحصر طريق قطع الدعوى برد اليمين من المدعى عليه أو الحاكم مع

أنه لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه- ليس بأولى من القول بترجيح الثانى ب

قوله (صلى الله عليه وآله) (١): «البينه»

إلى آخره الظاهر فى انحصار ثبوت المدعى بالبينه، فتوقف الدعوى حينئذ عليها، نحو الدعوى على ميت أو غائب أو نحوهما، بل ينبغى القطع بذلك بناء على أن الجواب بذلك ليس إنكارا، فتكون حينئذ مجرد دعوى لا- منكر لها، و معلوم انحصار ثبوتها حينئذ فى البينه.

إلا أن المعروف بل لم أجد خلافا بين من تعرض لهذا الفرع عدم إيقاف الدعوى على البينه، فيقتضى إدراجهم له تحت المنكر، فيتعين عليه اليمين أو ردها، وربما يرشد إلى ذلك قولهم: «يحلف الوارث على نفى العلم بالدعوى على الميت» و ليس هو إلا من المنكر أيضا و إن كان جوابه لا أعلم، و من هنا كان له رد اليمين على المدعى، فيثبت به الحق بلا خلاف و لا إشكال.

و ما فى الرياض من «أن اكتفاءهم بذلك ثمه إنما هو من حيث عدم كون المنكر طرفا لأصل الدعوى على الغير، بل هو الطرف الآخر لها، و إنما المنكر طرف دعوى أخرى معه، و هى كونه عالما بالمدعى و ثبوته على الغير فى الدعوى الأولى، فحلفه على نفى العلم حقيقه حلف على نفى ما ادعى عليه على القطع فى هذه الدعوى، فظهر أن حلف المنكر على القطع أبدا حتى بالنسبه إلى فعل الغير مطلقا، لأن ما يحلف عليه ليس هو إلا ما ينكره حقا كان أو غيره. و بذلك صرح

الفاضل فى التحرير- ثم قال:- و يتحصل من هذا أن متعلق الحلف ليس إلا ما تتعلق به الدعوى، و هو المتبادر من النصوص، و الحلف على نفى العلم فيما نحن فيه ليس حلفا على ما تتعلق به دعوى المدعى، لأن دعواه ثبوت

الحق في ذمته لا علمه به، و لا تلازم بينهما، لإمكان أن يدعى الحق عليه و لا يدعى عليه العلم، فحينئذ يمينه على نفي العلم لاغيه لا ربط لها بما يدعيه بالكليه، فكيف يمكن أن تكون بها ساقطه، نعم لو ادعى عليه العلم بالحق حال الدعوى أيضا اتجه الاكتفاء بالحلف على نفي العلم، و سقوط أصل الدعوى بها حينئذ، لتركبها كما ذكروه في الحلف على نفي العلم بفعل الغير، و لكن الظاهر أن مثله في المقامين لا- يسقط اعتبار البينه لو أقيمت بعد الدعوى عملا- بعموم ما دل على اعتبارها مع سلامتها عن المعارض فيهما، لاختصاص ما دل على سقوط البينه باليمين بحكم التبادر و غيره باليمين على نفي الحق لا نفي العلم، و بالجمله الظاهر فيما نحن فيه حيث لا يدعى عليه العلم عدم الاكتفاء بالحلف على نفي العلم، بل لا بد من رد اليمين على المدعى، و لا محيص في قطع الدعوى من دونه».

لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرنا من أن المتجه مع القول بعدم كون ذلك جوابا عن الدعوى انحصار الإثبات بالبينه، إذ لا محل لرد اليمين مع عدم المنكر كى يتجه الثبوت بها، و لكن قد عرفت إمكان دعوى القطع بعدم ذلك، فليس حينئذ إلا لاندراجه في المنكر الذى عليه اليمين و له الرد، بل يمكن دعوى القطع به من حصرهم أحوال المنكر في الثلاثه قديما و حديثا.

على أن المستفيض في النصوص (١) أن البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه. و لا ريب في كونه مدعى عليه عرفا إن لم يكن منكرا فيه، بل التأمل في جميع النصوص يقتضى أن للإنكار طريقين: أحدهما نفي الدعوى في نفس الأمر، و الآخر نفي ما يترتب عليها من وجوب الأداء و نحوه، و ذلك بنفي العلم بسببها الموافق لأصالة عدم حصوله الذى هو

ميزان المنكر.

و بذلك يكون الوارث منكرا في الدعوى على الميت، و يكتفى منه بالحلف على نفى العلم، لتعلقه بفعل الغير الذى هو فى الغالب غير معلوم للآخر، كما أن الغالب العلم بفعل نفسه و إن كان قد يعلم نفى فعل الغير، و لا يعلم نفى فعل نفسه فى حال النوم أو السكر أو الصبا أو غيرها من الأحوال، و ستعرف فيما يأتى أن استحقاق اليمين على الوارث بمجرد الدعوى على الميت و إن لم يدع عليه العلم، و لكن يكفى فى حلفه نفى العلم، لتعلقه بفعل الغير، إلا- إذا كان إنكاره لأصل وقوع الفعل من الميت فيحلف على نفيه كذلك و إن كان هو خلاف ما صرح به المصنف و غيره ممن تأخر عنه.

و أما فعل نفسه فان كان جوابه نفيه فى الواقع اعتبر فى يمينه كونها على عدمه فى نفس الأمر و إن كان على عدم العلم به كفى إيقاعها على ذلك فى إسقاط ما يترتب على الدعوى.

و المراد باعتبار الجزم فى اليمين فى صورته كون الإنكار جزما لا مطلقا حتى فى الوارث، و استثناء الأصحاب له مبنى على الغلبة المزبوره، كاعتبارهم الجزم فى نفى فعل نفسه.

و بذلك كله ظهر لك أن الجواب بعدم العلم إنكار، فيتوجه عليه اليمين و له رده، نعم قد يقال بعدم اقتضاءها سقوط البيه لو أقيمت بعد ذلك بناء على ظهور ما دل على الإسقاط فى اليمين الذى يكون متعلقها النفى فى نفس الأمر، لا أقل من الشك، فيبقى عموم ما دل على قبولها بحاله.

بل لعل التأمل الصادق يقضى بغرابه اشتباه الحال على أمثال هؤلاء الأفاضل خصوصا السيد فى الرياض الذى قد جزم بما سمعت.

بل عن جامع المقاصد فى باب الوكاله فيما لو ادعى أنه وكيل فلان الغائب فى تزويجه فلانه فعقد عليها ثم إن الغائب مات و ادعت ذلك على الورثه و قالوا: لا ندرى أنها تحلف و تترث.

بل قيل: إنهم قالوا فى باب الطلاق: إن الزوج لو ادعى أن الطلاق متأخر عن وضع الحمل فهى الآن فى عده و قالت الزوجه: لا أدرى أن له الرجعه، و لا- تقبل دعواها و بالعكس، إلا أنا لم نتحقق ذلك، بل ربما كان غير ما نحن فيه، و على فرضه فلاشتباه غير عزيز.

كل هذا مع أنه قد يقال بجواز الحلف على مقتضى الأمارات الشرعيه كما أوماً إليه

الصادق (عليه السلام) فى خبر حفص بن غياث(١)«قال له رجل: إذا رأيت شيئاً فى يدى رجل يجوز أن أشهد أنه له؟

قال: نعم، قال الرجل: أشهد أنه فى يده و لا أشهد أنه له فلعله لغيره، فقال أبو عبد الله (عليه السلام) أ فيحل الشراء منه، قال: نعم، فقال أبو عبد الله (عليه السلام) فلعله لغيره، فمن أين جاز لك أن تشتريه و يصير ملكاً لك؟ و تقول بعد الملك: هو لى و تحلف عليه، و لا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك، ثم قال أبو عبد الله (عليه السلام): لو لم يجر هذا لم يقم للمسلمين سوق»

مع أن ما ورد فى التأكيد من اعتبار العلم فى الشهاده و أنك لا تشهد إلا على مثل الشمس(٢)أشد مما ورد فى اليمين.

اللهم إلا أن يفرق بين ما هو مقتضى اليد و نحوها من الأمارات الشرعيه و بين ما هو مقتضى نحو أصل البراءه و العدم و نحوهما مما هو كالمعلوم من الشرع عدم جواز الحلف على مقتضاهما، خصوصاً بعد

١- ١ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٠- من كتاب الشهادات.

استفاضه النصوص(١) بعدم جواز الحلف إلا على العلم.

و على كل حال فلا ريب فى أن التأمل الصادق فى النصوص و الفتاوى يقتضى كون الحكم فى أصل المسأله ما عرفت من الاكتفاء بيمين نفى العلم أو انحصار الحق بالبينه، و خصوصا فى نحو ما لو ادعى رجل على مال فى يد رجل أنه سرق منه و بيع عليه، فقال من فى يده المال: إنى لا أعلم بذلك و لكن اشتريته من يد رجل مسلم، إذ هو كالمقطوع بأن القضاء بينهما بأن البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه بمجرد القول المزبور، و إن اعترف المدعى بعدم علم المدعى عليه بحقيقه الحال، و أنه لا يكون القضاء فى ذلك برد اليمين على

المدعى أو انحصار ثبوت حقه بالبينه على وجه بحيث لو أراد رد اليمين عليه لم يثبت به حق، لعدم كونه منكرا يتوجه عليه اليمين حتى يصح له رده عليه.

نعم قد يفرق بين هذا و بين الفرض باعتبار الاستناد هنا إلى مقتضى اليد التى جعلها الشارع سببا للحكم بالملك على وجه تجوز الشهاده به و الحلف عليه و إن قال مع ذلك: ما أدرى بصدق المدعى أو كذبه، بخلاف دعوى المدين التى لا مستند لقوله لا أدرى إلا الأصل الذى لا يجوز الحلف على مقتضاه بعنوان البت، لعدم سببته من الشارع فيه على نحو اليد، فتأمل، و الله العالم.

[مسائل تتعلق بالحكم على الغائب]

إشارة

مسائل تتعلق بالحكم على الغائب الذى لا إشكال و لا خلاف بيننا فى مشروعيه الحكم عليه فى الجملة بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى خبرى جميل (١) و محمد بن مسلم (٢) المتقدمين سابقا، بل قيل: و

النبوى (٣) المستفيض أنه قال لهند زوجه أبى سفيان بعد أن ادعت أنه رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى و ولدى:

«خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف»

و كان أبو سفيان غائبا و

المروى عن أبى موسى الأشعري (٤) «كان النبى (صلى الله عليه و آله) إذا حضر عنده خصمان فتواعد الموعد فوافى أحدهما و لم يف الآخر قضى للذى و فى على الذى لم يف»

أى مع البينه، و

صحيح زراره (٥) عن أبى جعفر (عليه السلام) الذى يقول فيه فى الغاصب و أكل مال اليتيم و الأمين: «و إن وجد له شيئا باعه غائبا كان أو شاهدا».

و حينئذ فما فى

خبر أبى البخترى (٦) المروى عن قرب الاسناد عن جعفر عن أبيه عن على (عليهم السلام) «لا يقضى على غائب»

محمول على إرادته عدم الجزم بالقضاء عليه على وجه لا تسمع حجته إذا قدم أو غير ذلك.

نعم هل يشترط فى الحكم عليه دعوى جحوده كما فى القواعد التوقف فيه، قال: «فان شرطناه لم تسمع دعواه لو اعترف بأنه معترف، و لو

١- ١ الوسائل الباب- ٢٦- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٦- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

٣- ٣ سنن البيهقى- ج ١٠ ص ١٤١.

٤- ٤ كتر العمال ج ٥ ص ٥٠٧- الطبع الحديث.

٥-٥ الوسائل الباب-٢٦- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٢.

٦-٦ الوسائل الباب-٢٦- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٤.

لم يتعرض لجحوده سمعت» بل عن التحرير الجزم بعدم سماع بيته إلا- لأخذ المال لو اعترف باعترافه، و مرجعه إلى اشتراط ادعاء الجحود إذا طلب الحكم دون المال، و التردد إذا لم يتعرض لجحوده من اشتراط سماعها به و لم يعلم، و من تنزل الغيبه منزله السكوت النازل منزله الجحود، لاحتماله الجحود فى الغيبه و إن لا يقدر بعد على الإثبات إذا ظهر الجحود.

و لكن لا- يخفى عليك إطلاق النص و الفتوى و معقد الإجماع، و ما فى الخبرين من أنه على حجته إذا قدم لا يقتضى اشتراط دعوى جحوده فى الحكم، نعم قد يتوقف فى صورته العلم باعترافه بناء على اشتراط الخصومه فى مطلق القضاء على الحاضر، و قد عرفت الكلام فيه سابقا و المتيقن من الخبرين غير المفروض، نعم لا إشكال فى تناولهما غير معلوم الحال، كما هو واضح.

[المسأله الأولى يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقا مسافرا]

المسأله الأولى:

يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقا مسافرا كان بلا خلاف أجده فيه و لو دون المسافه، إلا ما يحكى عن يحيى بن سعيد فاعتبرها، و إطلاق النص و الفتوى حجه عليه، بل و إطلاق(١) الأمر بالحكم بالبينات و بالقسط و العدل و

نحو ذلك مع عدم الضرر على المحكوم عليه بعد أن كان هو على حجته، و دعوى انسياق بلوغ المسافه من الغائب ممنوعه.

بل مقتضى ما سمعت جواز الحكم عليه و إن كان حاضرا

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٥٨ و سورة المائده ٥ الآيه ٤٢ و سورة ص: ٣٨ الآيه ٢٦. و الوسائل الباب- ١ و ٢- من أبواب كيفيه الحكم.

لم يتعذر عليه الحضور نحو سماع البيه عليه بعد المرافعه و إن لم يكن حاضرا عند الشهاده بلا خلاف أجده فيه، نعم لو كان فى المجلس لم يقض عليه إلا بعد علمه كما فى الدروس.

وقيل كما عن المبسوط و تعليق الإرشاد يعتبر فى الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن الذى هو محل ضروره.

وفيه أن الأصل مقطوع بما عرفت، و ما فى الخبرين (١) من أنه على حجته إذا قدم لا يقتضى اختصاص الغائب بذلك، على أن الخصم قد سلم شموله للحاضر المتعذر عليه الحضور، مضافا إلى ما سمعته من خبر أبى سفيان (٢) بناء على أنه من الحكم عليه بما سمعت، و قد قيل:

إنه كان حاضرا بمكه و كذا خبر أبى موسى الأشعري (٣) بل و صحيح زراره (٤) كل ذلك مع الانجبار بالشهره العظيمه التى كادت تكون إجماعا، بل لعلها كذلك بناء على عدم قدح مثل الخلاف المزبور فيه، و الله العالم.

[المسأله الثانيه يقضى على الغائب فى حقوق الناس كالدیون و العقود]

المسأله الثانيه:

يقضى على الغائب فى حقوق الناس كالدیون و العقود و الإيقاعات و الأحكام و غيرها لأنها مبنیه على الاحتياط مضافا إلى ما سمعت.

ولا يقضى عليه فى حقوق الله تعالى ك الحد المترتب على الزنا و اللواط، لأنها مبنیه على التخفيف لغنائها عنها، و لذا درئت بالشبهه التى يكفى فيها احتمال أن للغائب حجه تفسد الحجه التى

١- ١ الوسائل الباب- ٢٦- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

٢- ٢ سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٤١.

٣- ٣ كتر العمال- ج ٥ ص ٥٠٧- الطبع الحديث.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢٦- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٢.

قامت عليه بها بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل نسبه غير واحد إلى فتوى الأصحاب.

وحيث لو اشتمل الحكم المدعى به على الحقين المعينين قضى بما يخص الناس دون حق الله، وذلك كالسرقة تقوم بها البيه على الغائب في يقضى بها بالغرم دون القطع، لما عرفت. ولكن في المتن وفي القضاء بالقطع تردد لأنهما معلولا-عله واحده، فلا وجه لتبعض مقتضاها، ولم نجد له غيره، بل هو مناف لجزمه السابق إن كان المراد من إطلاقه ما يشمل المقام.

بل في المسالك «أن باقى الأصحاب قطعوا بالفرق وانتفاء القطع نظرا إلى وجود المانع من الحكم في أحدهما دون الآخر، و تخلف أحد المعلولين لمانع واقع كثيرا، ومنه في هذا المثال لو أقر بالسرقة مره، فإنه يثبت عليه المال دون القطع، ولو كان المقر مجحودا عليه في المال ثبت الحكم في القطع دون المال، والأصل فيه أن هذه ليست عللا حقيقه، وإنما هي معرفات الأحكام».

و ربما نوقش بأنها وإن كانت معرفات إلا- أنها يجرى عليها حكم العلل التامه، وعلى ذلك مبنى حجيه منصوص العله، و التخلف في المثال المزبور باعتبار حصول العله الشرعيه في ثبوت أحدهما دون الآخر المفروض فيه اعتبار الحضور مع البيه و تعدد الإقرار، كما أنه عله تامه في المال الموجود مع صدوره من غير المحجور عليه فيه.

و بالجمله لا فرق بين العلل الشرعيه و العقليه بالنسبه إلى ذلك، و الاختلاف هنا لاختلاف العلل، و هو جيد إن كان مرجعه إلى ما ذكرناه من درء الحد بالشبهه المتحققه في المقام. و من هنا يتجه الاقتصار على

عدم القضاء به خاصه، أما الفسق و نحوه فهو ثابت و إن لم يكن من المال، و إلا فلا يخفى عليك ما فيه، ضروره عدم دليل بالخصوص فى اعتبار الحضور فى القضاء بغير حقوق الناس فى الغائب، خصوصا بعد استدلال غير واحد منهم بالعموم الصالح لشمول الفرض، فليس حينئذ إلا ما ذكرناه، فتأمل جيدا.

[المسأله الثالثه لو كان صاحب الحق غائبا فطالب وكيله و ادعى الغريم التسليم إلى الموكل و لا بينه له ألزم بالتسليم]

المسأله الثالثه:

لو كان صاحب الحق غائبا و له وكيل فطالب الوكيل الغريم بما عليه فادعى الغريم التسليم إلى الموكل و لا بينه له ففى الإلزام له بالتسليم تردد بين الوقوف فى الحكم، لاحتمال الأداء، و بين الحكم و إلغاء دعواه، لأن التوقف يؤدي إلى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء، و لا ريب فى أن الأول أى الإلزام بذلك أشبه بأصول المذهب و قواعده التى منها عدم دفع الحق المقطوع به شرعا بالمحتمل، و التضرر مع أنه معارض باحتمال مثله أيضا لا يلتفت إليه بعد أن كان هو مقتضى ظاهر الشرع، نعم قد يقال بلزوم التكفيل لو طلبه الدافع، ضروره مساواته لما فى الخبرين (١) من التكفيل على المدعى على الغائب بعد إقامه البينه أو أولويته منه جمعا بين الحقين و رفعاً للنزاع من البين و مصلحه للجانبين، و حينئذ فإذا حضر الموكل أو أقيمت عليه البينه أو نكل عن اليمين استعيد المال و إلا فلا، كما هو واضح.

[المقصد الرابع فى كيفية الاستحلاف]

اشاره

المقصد الرابع فى كيفية الاستحلاف، و البحث فى أمور ثلاثه:

[البحث الأول فى اليمين]

اشاره

الأول فى اليمين و لا- خلاف فى أنه لا يستحلف أحد لإيجاب حق أو إسقاطه إلا بالله تعالى شأنه و لو كان كافرا بإنكار أصل واجب الوجود نعوذ بالله فضلا عن غيره، بلا خلاف أجده فى ذلك نسا و فتوى.

قال فى محكى المبسوط: «و إن كان وثنيا معطلا أو كان ملحدا يجحد الوحدانيه لم يغلظ عليه، و عندى أن الوثنى و الملحد يستحلف بالذى يعبده و يعتقد أنه

الخالق و الرازق أو أنه الرازق، اعتقد وحدته أو تعدده أو بإحدى العبارتين، و إن قيل له إن الله هو الخالق الرازق و استحلف بالله ثانيا كان أولى، و اقتصر على قوله: و الله، فان قيل كيف حلفته بالله و ليست عنده يمين قلنا: ليزداد إثما و يستوجب العقوبه» انتهى.

و

قال الصادق (عليه السلام) فى صحيح سليمان بن خالد(١) و حسن الحلبي(٢): «أهل الملل من اليهود و النصارى و المجوس لا يحلفون إلا بالله»

و خبر سماعه(٣)«سأله هل يصلح لأحد أن يحلف أحدا من

١- ١ ليس لسليمان بن خالد فى المقام خبر غير ما سيأتى نقله آنفا.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٢- من كتاب الأيمان- الحديث ٣ و اللفظ مصطاد من صحيحه سليمان بن خالد الآتى و حسن الحلبي.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٢- من كتاب الايمان الحديث ٥.

اليهود والنصارى و المجوس بالهتهم؟ قال: لا يصلح لأحد أن يحلف إلا بالله تعالى»

و قوله (عليه السلام) فى صحيح سليمان بن خالد(١)«لا تحلفوا اليهودى و لا النصرانى و لا المجوسى بغير الله، إن الله عز و جل يقول فَأَخْكُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ»(٢)

و فى خبر الجراح المدائنى(٣)«اليهودى و النصرانى و المجوسى لا تحلفوهم إلا بالله عز و جل».

بل مقتضى الإطلاق ذلك و إن تراضى الخصمان على الحلف بغيره، نعم ظاهر النص و الفتوى عدم اعتبار إضافه شىء من صفات الذات أو الأفعال إلى الاسم فى ترتب الأثر.

و لكن قيل و القائل الشيخ فى المحكى من مبسوطه:

لا يقتصر فى المجوس على لفظ الجلاله، بل يضم إلى هذه اللفظه الشريفه ما يزيل هذا الاحتمال كخالق الظلمه و النور كما فى الدروس و «كل شىء» كما فى اللغه لأنه سمي النور إليها فيحتمل إرادته من المعرف، فلا يكون حالفاً بالله تعالى شأنه، و عن فخر المحققين الميل إليه، لتوقف الجزم بالحلف منه على ذلك، بل هو ظاهر الشهيد فى الدروس أو صريحه و كذا اللغه، و هو مناف لما عرفت من الإطلاق المزبور، و احتمال عدم قصده ذلك بل العلم به بعد أن كان الواجب عليه شرعاً ذلك لا يقدر، لأن المدار فى ثبوت الأثر دنيا و آخره على نيه المحلف لا الحالف، فلا يجديه قصده المزبور بعد أن يذكر له أن المراد منه شرعاً الحلف بالله تعالى واجب الوجود، على أن الإضافه المزبوره لا يقتضى قصده ذلك، لأنه لا يعتقد كونهما مخلوقين له فلا إله عنده كذلك، و كذا خالق كل شىء.

١-١ الوسائل الباب - ٣٢- من كتاب الأيمان الحديث ١.

٢-٢ سورة المائدة: ٥- الآية ٤٨.

٣-٣ الوسائل الباب - ٣٢- من كتاب الأيمان الحديث ٢.

و كيف كان ف لا يجوز الإحلاف بغير أسماء الله سبحانه كالكتب المنزله و الرسل المعظمه و الأماكن المشرفه و نحوها فضلا عن غيرها بلا خلاف أجده للنصوص المزبوره (١) و

النبوى (٢) «لا تحلفوا إلا بالله»

و صحيح ابن مسلم (٣) «قلت لأبى جعفر (عليه السلام):

قول الله: وَ اللَّيْلُ إِذَا يَغْشَىٰ وَ النَّجْمُ إِذَا هَوَىٰ وَ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، فقال:

إن الله عز و جل أن يقسم من خلقه بما شاء، و ليس لخلقه أن يقسموا إلا به»

و نحوه

قول الصادق (عليه السلام) فى صحيح الحلبي (٤): «لا أرى أن يحلف الرجل إلا بالله»

بل

عن النبى (صلى الله عليه و آله) (٥) «من حلف بغير الله فقد أشرك»

و فى آخر (٦) «فقد كفر».

بل ظاهر العبارة و غيرها ترتب الإثم بذلك زياده على عدم انقطاع الدعوى، بل كاد يكون صريح الدروس و الروضه، حيث قالوا: «و فى تحريمه فى غير الدعوى نظر، من الخبر و الحمل على الكراهه، أما بالطلاق و العتاق و البراءه فحرام قطعاً».

و حينئذ فلا يجوز حتى مع التراضى به و ان أدرجاه فى عقد شرعى كالصلح و نحوه على معنى صلح المدعى عن حلف المنكر مثلاً بالقسم بغير الله بإسقاط الدعوى، ضروره كونه فى مقام الدعوى، كالصلح عنه بالحلف بالطلاق الذى هو محرم فى نفسه فى غير الدعوى.

و فى التحرير «و لا يجوز الإحلاف بشىء من ذلك، لأنه بدعه، و كذا لا يجوز بالقرآن و لا بالبراءه من الله تعالى و لا من رسوله (ص) و لا

١- ١ الوسائل الباب- ٣٢- من كتاب الأيمان.

٢- ٢ المستدرک الباب- ٢٤- من كتاب الأيمان- الحديث ٦ و سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٩.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٠- من كتاب الأيمان- الحديث ٣.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٣٠- من كتاب الأيمان- الحديث ٤.

- ٥-٥ المستدرک الباب-٢٤- من کتاب الأیمان- الحدیث ٢ و سنن البیهقی ج ١٠ ص ٢٩.
- ٦-٦ المستدرک الباب-٢٤- من کتاب الأیمان- الحدیث ٢ و سنن البیهقی ج ١٠ ص ٢٩.

من أحد من الأئمة (عليهم السلام) و لا من الكتب المنزله، و لا يجوز الحلف بالكفر و لا بالعتق و لا بالطلاق».

لكن فى المسالك و المراد بعدم الجواز هنا بالنظر إلى الاعتداد به فى إثبات الحق، أما جواز الحلف فى نفسه بمعنى عدم الإثم به ففیه وجهان من إطلاق الأخبار النهى عنه المقتضى للتحريم، و من إمكان حمله على الكراهه» و تبعه فى الكفايه، بل ظاهره كون الوجهين فى الإثم به فى الدعوى و إن لم يترتب عليه أثر، و هو غير ما سمعته من الدروس و الروضه من كونهما فى الحلف بغير الله تعالى فى غير الدعوى الشامل للتأكيد فى الاخبار عن شىء فضلاً عن غيره و إن كان الانصاف عدم وجه معتد به للتردد فى ذلك، خصوصاً بعد السيره المستمره فى سائر الأعصار و الأمصار من العلماء و العوام من القسم بغير الله

فى نحو ذلك، بل قوله تعالى «جَهِّدْ أَيْمَانِهِمْ»*(١) مشعر بوجود أيمان بغيره تعالى، بل يخطر فى بالى وجود القسم فى النصوص(٢) بغير الله تعالى شأنه.

و فى محكى المبسوط أن الحلف بغيره تعالى مكروه، و عن أبى على لا- بأس أن يحلف الإنسان بما عظم الله من الحقوق، لأن ذلك من حقوق الله عز و جل كقوله: «و حق رسول الله» «و حق القرآن» ثم ذكر نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عن الحلف بغير الله و بالآباء(٣) و احتمال أن يكون ذلك لا شراك آبائهم.

و على كل حال فى المتن و غيره لو رأى الحاكم أن إحلاف الذمى بما يقتضيه دينه أردع جاز نعم فى اللمعه و الروضه إلا أن يشتمل على محرم، كما لو اشتمل الحلف على الأب و الابن تعالى الله

١- ١ سورة المائده: ٥- الآية ٥٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٠- من كتاب الأيمان- الحديث ٦ و ٧.

٣- ٣ سنن البيهقى- ج ١٠ ص ٢٨ و ٢٩.

عن ذلك، و لعله ل

خبر السكوني(١)«أن أمير المؤمنين (عليه السلام) استحلف يهوديا بالتوراه التي أنزلت على موسى (عليه السلام)»

و لكن مع ضعفه و احتمال اختصاص ذلك بالإمام (عليه السلام) كما عن الشيخ في التهذيب أو بواقعه خاصه، أو الحلف بمن أنزلها عليه أو الغلط بذلك مع الحلف بالله لا تصلح معارضة(٢) للنصوص السابقه في ذلك، فضلا عن التعديه من مضمونها إلى غيره، على أنها لو صلحت لإثبات ذلك لم يختص بما إذا رآه الحاكم، بل لو اقترحه المدعى أجيب إليه.

و أما

صحيح ابن مسلم(٣) عن أحدهما (عليهما السلام) قال: «سألته عن الأحكام، فقال: في كل دين ما يستحلفون به» و عن بعض النسخ «ما يستحلفون به»

و على التقديرين فهو مجرد إخبار عن شرائعهم، لا أن المراد منه جواز الحلف بغير الله كى ينافى النصوص السابقه، و كذا

خبر محمد بن قيس(٤) قال: «سمعت أبا جعفر (عليه السلام) يقول: قضى على (عليه السلام) فى من استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلفه بكتابه و ملته»

بناء على اختصاصه بالإمام (عليه السلام) إذا علم أن ذلك أردع لهم كما عن الشيخ، بل ربما احتمال كون المجورين فى «كتابه» و «ملته» راجعين إلى من استحلف، فتوافق الأخبار السابقه.

و على كل حال يستحب للحاكم تقديم العظه على اليمين و التخويف من عاقبتها بذكر ما ورد من ذلك له من الترغيب فى الترك و التخويف من الفعل، و أنها إذا وقعت كاذبه تدع الديار بلاقع(٥) و أنه مبارز لله تعالى(٦) و يخشى عليه من انقطاع النسل و الفقر فى عقبه(٧)

١- ١ الوسائل الباب- ٣٢- من كتاب الأيمان- الحديث ٤.

٢- ٢ هكذا فى النسخه الأصلية، و الصحيح «لا يصلح معارضا» و كذلك الضمائر التى تليه فإنها ترجع الى خبر السكونى.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٢- من كتاب الأيمان- الحديث ٧.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٣٢- من كتاب الأيمان- الحديث ٨.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٤- من كتاب الأيمان- الحديث ١٢.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٤- من كتاب الأيمان- الحديث ٤.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٤- من كتاب الأيمان- الحديث ١ و ٧.

بل فى بعض النصوص (١) أن الحالف بالله صادقاً آثم إلى غير ذلك مما ورد (٢) من التواعد على وقوعها كاذباً و التريغيب فى تركها تعظيماً (٣) لله، كما

روى (٤) «أن حضر ميا ادعى على كندى فى أرض من اليمن أنه اغتصبها أبو الكندى فتهياً الكندى لليمين، فقال (صلى الله عليه و آله): لا يقطع أحد مالا يمين إلا لقي الله أجدم، فقال الكندى: هى أرضه».

و يكفى أن يقول: و الله ما له قبلى حق لإطلاق الأدله و إن كان قد يغلظ اليمين بالقول و الزمان و المكان لكن ذلك غير لازم و لو التمس المدعى، بل هو

مستحب لخصوص الحاكم استظهارا فى الحكم خلافاً لأبى حنيفه، فلا يرى بالمكان تغليظاً، و للشافعى فيراه شرطاً، و لا يغلظ على المخدره بحضور الجامع و نحوه، وفاقاً لمحكى النهايه و التحرير، خلافاً لما عن المبسوط من أنها كالبرزه، ثم البرزه إن كانت طاهره حضرت المسجد و إلا فعلى بابه.

و كيف كان فلا ينافى ذلك ما ستمع من عدم وجوب ذلك على المدعى عليه، بل ربما قيل برجحان اختياره لليمين المخففه، و ما عن بعض العامه من استحبابه للحالف واضح الضعف، كوضوح ما عن آخر منهم من وجوب التغليظ إذا التمس المدعى، نعم قد يقال: إنه لا فائده فى رجحانه للحاكم بعد فرض عدم وجوب التزام الحالف به، و يدفعه أن ذلك لا ينافى استحبابه له، على أنه قد يعتبر به، بل ربما كان له طريق إلى إلزامه ببعض أفراد التغليظ، كما ستعرفه.

١-١ الوسائل الباب -١- من كتاب الأيمان- الحديث ٦.

٢-٢ الوسائل الباب -٤- من كتاب الأيمان.

٣-٣ الوسائل الباب -١ و ٣- من كتاب الأيمان.

٤-٤ سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٨٠.

و كيف كان فالتغليظ بالقول مثل أن يقول: و الله الذى لا- إله إلا- هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك الذى يعلم من السر ما يعلمه من العلانيه ما لهذا المدعى على شىء مما ادعاه.

و يجوز التغليظ بغير هذه الألفاظ مما يراه الحاكم بحسب الأشخاص، و ستسمع ما كتبه أمير المؤمنين (عليه السلام) فى يمين الأخرس (١)

و عنه (عليه السلام) (٢) «أحلفوا الظالم إذا أردتم يمينه بأنه برىء من حول الله و قوته، فإنه إذا حلف فيها كاذبا عوجل، و إذا حلف بالله الذى لا إله إلا هو لم يعاجل، لأنه و حد الله سبحانه و تعالى».

و بالمكان كالمسجد و الحرم و ما شاكلة من الأماكن المعظمه و الحضرات المشرفه و غيرها، و خصوصا منبر النبى (صلى الله عليه و آله)

فعنه (ص) (٣) «من حلف على منبرى هذا يميناً كاذباً تبوأ مقعده من النار»

و فى آخر (٤) «لا يحلف أحد عند منبرى هذا على يمين آثمه و لو على سواك أخضر إلا تبوأ مقعده من النار أو وجبت له النار»

و عنه (صلى الله عليه و آله) أيضا (٥) «من حلف على منبرى هذا يميناً كاذباً استحلت بها مال امرئ مسلم فعليه لعنة الله و الملائكه و الناس أجمعين».

و بالزمان كيوم الجمعة و العيد و شهر رمضان و غيرها من الأوقات المكرمه المشار إليها بقوله تعالى (٦):

١- ١ الوسائل الباب- ٣٣- من أبواب كيفية الحكم الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٣- من كتاب الأيمان الحديث ٢.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٧٦.

٤- ٤ سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٧٦.

٥- ٥ مجمع الزوائد: ج ٣ ص ٣٠٧.

٦- ٦ سورة المائدة: ٥- الآيه ١٠٦.

«تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ» المفسر بما بعد صلاة العصر، و

عنه (صلى الله عليه و آله) (١) «ثلاثه لا ينظر الله إليهم يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَ لَا يُزَكِّيهِمْ وَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ:

رجل تابع إمامه فان أعطاه و فى له به، و إن لم يعطه خانه، و رجل حلف بعد العصر يمينا فاجره ليقطع بها مال امرئ مسلم.»

و يغلظ على الكافر بالأماكن التى يعتقد شرفها و الأزمان التى يرى حرمتها كالبيع و الكنائس، لما تسمعه من خبر الحسين بن علوان (٢) المؤيد بالاعتبار المشتمل على بيوت النار التى ربما احتمل عدم التغليظ فيها لعدم حرمتها عند الله، بخلاف البيع و الكنائس، و لكن فيه أن العبره، ارتداع الحالف بما يعتقد معظمه معظما، نعم ربما قيل: إنهم إنما يعظمون النار لا بيوتها، إلا أن الظاهر خلافه، و لعل من ذلك بيوت الأصنام للوثنى، لكن قيل: إنهم لم يعتبروها.

و كذا يغلظ عليه بالأقوال التى يرى حرمتها كالكلمات العشر، و قد

روى (٣) «أنه (صلى الله عليه و آله) حلف يهوديا بقوله: و الله الذى أنزل التوراه على موسى»

و فى آخر (٤) «أنه (صلى الله عليه و آله) قال لابن صوريا: أنشدك الله الذى لا إله إلا هو الذى فلق البحر لموسى و رفع فوقكم الطور و أنجاكم و أغرق آل فرعون و أنزل عليكم كتابه و حلاله و حرامه هل فى التوراه الرجم على من أحسن؟

- و فى آخر (٥) أنشدكم بالله الذى نجاكم من آل فرعون و أقطعكم البحر و ظلل

١-١ سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٧٧ مع اختلاف يسير.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٢.

٣-٣ سنن أبى داود- ج ٢ ص ٢٨١- ط عام ١٣٧١.

٤-٤ مجمع البيان ذيل الآيه ٤١ من سوره المائده.

٥-٥ سنن أبى داود- ج ٢ ص ٢٨١- ط عام ١٣٧١.

عليكم الغمام و أنزل عليكم المن و السلوى أ تجدون في كتابكم الرجم؟- فقال ابن صوريا: ذكرتني بعظيم لا- يسعني أن أكذبك»

إلى غير ذلك من أحوال التغليظ التي يراها الحاكم.

و يستحب للحاكم التغليظ فى الحقوق كلها و إن قلت استظهارا عدا المال فإنه لا يغلظ فيه بما دون نصاب القطع على المشهور، كما فى المسالك، بل فى الرياض نفى الخلاف فيه، بل فى كشف اللثام نسبته إلى قطع الأصحاب، و أن فى الخلاف الإجماع عليه، و فى المبسوط أنه الذى رواه أصحابنا، لكن فى الأول «ذكروا أنه مروى و ما وقفت على مستنده، و للعامه اختلاف فى تحديده بذلك أو بنصاب الزكاه و هو عشرون دينارا أو مأتا درهم، و ليس للجميع مرجع واضح».

قلت: لعله- مضافا إلى ما سمعت-

المرسل أو الصحيح عن زراره و محمد بن مسلم(١) عنهما (ع) جميعا «لا يحلف أحد عند قبر النبى (صلى الله عليه و آله) على أقل مما يجب فيه القطع»

بناء على قراءته بالتشديد و إرادته مطلق التغليظ من الحلف عند قبر النبى (صلى الله عليه و آله) نعم لم نقف على عموم يقتضى استحبابه كذلك على كل أحد، و إنما الذى وقفنا عليه التغليظ فى واقعه الأخرس(٢) و فى يمين الاستظهار(٣).

و خبر الحسين بن علوان(٤) المروى عن قرب الاسناد عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) «أن عليا (عليه السلام) كان يستحلف اليهود و النصرى فى بيعهم و كنائسهم و المجوس فى بيوت نيرانهم، و يقول:

١- ١ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب كيفية الحكم الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٣- من أبواب كيفية الحكم الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤- من أبواب كيفية الحكم الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب كيفية الحكم الحديث ٢.

شددوا عليهم احتياطا للمسلمين»

و ما عساه يظهر من فحوى المرسل أو الصحيح المزبور.

[فرعان]

[الفرع الأول لو امتنع عن الإجابة إلى التخليط لم يجبر]

الأول:

لو امتنع عن الإجابة إلى التخليط لم يجبر، و لم يتحقق بامتناعه النكول بلا- خلاف أجده فيه إلا عند من ستعرف، للأصل بعد إطلاق ما دل على كون الواجب الحلف بالله من

قوله (عليه السلام)(١): «من حلف بالله فليصدق، و من حلف له بالله فليرض، و من لم يرض فليس من الله»

و غيره.

خلافاً للمحكى عن بعض العامه من وجوب الإجابة عليه، و تحقق النكول بالامتناع لو طلبه الحاكم منه، و لعل وجهه أنه لا فائده فى استجابته للحاكم مع فرض عدم وجوبه على المدعى عليه، مضافاً إلى استمرار السيره على توجيه اليمين مغلظه على المنكر مثلاً مع عدم إخباره بعدم وجوبه عليه و إجراء حكم النكول عليه مع احتمال كونه لتخليطه لأصله، إلا أن ذلك كله كما ترى.

و عن آخر منهم تخصيصه بالتخليط الزمانى و المكانى دون القولى الذى هو من جنس المأتى به، فلم يكن تركه مخالفاً للحاكم بخلاف الآخرين، و فيه أنه يمكن أن يكون الأمر بالعكس، ضروره تعدد أفراد اليمين، فمتى وجه الحاكم أحدها جرى حكم النكول و غيره عليها، و لذا حكم على الأخرس

بالامتناع من شربها و قد كانت مغلظه، و قد تقدم الخبر(١)المتضمن ليمين الاستظهار مغلظه و أنه إن لم يحلف كذلك لا حق له، بخلاف اقتراح الزمان و المكان، اللهم إلا أن يكون من جهة جواز تأخير المدعى دعواه مثلا إلى الزمان المراد به، و كذا المكان المزبور لو فرض اتفاق وجود المدعى عليه فيه، أو استعدى الحاكم فيه و هو غير ما نحن فيه، كما هو واضح.

لكن فى كشف اللثام الموافقه على ذلك، فلم يجوز الجبر فى التغليظ القولى. قال: «أما بالزمان و المكان فيجبر عليهما، فان اليمين حق للمدعى لا يحلف إلا إذا حلفه، و المستحلف إنما هو الحاكم، فأينما يحلفه و جب عليه الحلف».

قال فى المبسوط: «و لا- يجلب إلى مكه أو المدينة ليستحلف، بل يستحلفه الحاكم فى الموضع الشريف فى مكانه، فان امتنع بجند أو بعز استحضره الامام ليستحلفه فى المكان الأشرف، اللهم إلا أن يكون بالقرب من موضعه- و قيل: بلد الامام- قاض يقدر عليه فيستحضره ذلك القاضى، و يستحلفه فى المكان الشريف».

قلت: و لكن لا يخفى عليك أن هذا و نحوه ليس جبرا على التغليظ المفروض عدم وجوبه عليه من حيث كونه كذلك، إلا أن الأمر سهل بعد وضوح المراد.

و لو ادعى العبد- و قيمته أقل من نصاب القطع- العتق فأنكر مولاه لم يغلظ، و لو رد فحلف العبد غلظ عليه، لأن العتق ليس بمال، و لا المقصود منه المال.

[الفرع الثانى لو حلف أن لا يجب إلى التغليظ فالتمسه خصمه لم تنحل يمينه]

الفرع الثانى:

لو حلف أن لا- يجب إلى التغليظ فالتمسه خصمه لم تنحل يمينه لأنه مرجوح من طرفه و إن استحب للحاكم، ضروره عدم التلازم بينهما، فينعقد حينئذ على تركه، و لا دليل على جواز حله منه أو من الحاكم، و حق المستحلف متأخر عن لزوم اليمين، و ما ورد(١) من أن طرو أولويه المحلوف على تركه تبيح الحل لا تجدى، إذ لا أولويه للحالف و إن التمسه الخصم أى طلبه منه.

هذا و لكن فى الدروس «و لو حلف على عدمه ففى انعقاد يمينه نظر، من اشتمالها على ترك المستحب، و من توهم اختصاص الاستحباب بالحاكم».

و فيه أنه لا خلاف أجده فى اختصاص الاستحباب به، بل فى الرياض نسبتبه إلى ظاهر النص و الفتوى بخلاف من عليه الحلف، فإن الأرجح له ترك التغليظ، بل الأرجح له ترك الحلف بالله، كما فى

الخبر(٢)قال:

«حدثنى أبو جعفر (عليه السلام) أن أباه كانت عنده امرأه من الخوارج- إلى أن قال:- قضى لأبى أنه طلقها فادعت عليه صداقتها فجاءت به إلى أمير المدينة تدعيه، فقال أمير المدينة: يا على إما أن تحلف و إما أن تعطيها، فقال: يا بنى أعطها أربعمائه دينار، فقلت له: يا أبت جعلت فداك أأست محققاً؟ قال: بلى و لكنى أجلت الله أن أحلف يمين صبر».

و خصوصاً إذا كان المدعى به ثلاثين درهماً،

للخبر(٣)أيضاً «إذا ادعى عليك مال و لم يكن له عليك بينه فأراد أن يحلفك فان بلغ مقدار

١-١ الوسائل الباب- ١٨- من كتاب الأيمان.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢- من كتاب الأيمان الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب- ٣- من كتاب الأيمان الحديث ١.

ثلاثين درهما فأعطه ولا تحلف، وإن كان أكثر من ذلك فاحلف ولا تعطه».

و من هنا قال في كشف اللثام معرضا بما سمعته من الدروس:

«و احتمال عدم انعقاد اليمين باستحباب التغليظ في غاية الضعف».

نعم لا- تنعقد يمينه مع فرض وجوب الإجابة إليه فيما ذكرناه من الصورة السابقة و هي ما لو أخر المدعى دعواه إلى الزمان أو المكان الشريفين فطلبه و طلبه

الحاكم، و في كشف اللثام هنا «أما التغليظ القولي فقد عرفت أنه لا يجبر عليه بلا يمين فمعها أولى، و أما الزماني و المكاني فالظاهر أنه ليس للحالف و لا الحاكم التأخر لهما إذا طالب المدعى، إذ ربما يضيع الحق» و لعله يريد ما ذكرنا و إلا فقد عرفت فيما مضى خروجه عن مفروض المسألة فتأمل.

هذا و لكن الانصاف عدم خلو المسألة بعد من إشكال، ضروره إمكان منع الكراهه في اليمين بالله بعد وجوبها عليه للمدعى، و خصوصا في نحو دعوى قصاص الأطراف، بل و كذا المغلظه منها بعد أمر الحاكم بها كذلك للاستظهار المأمور به استحبابا الذي يحصل بوقوعه من الحالف أو عدمه، بل لا- يخفى استبعاد رجحان التغليظ للحاكم على وجه يأمر به من عليه اليمين مع استحباب عدمه من الحالف و إن كان مخالفا للحاكم الذي لا ينبغي أن يأمره بما هو مكروه في حقه، كما هو مقتضى القول المزبور، و الله العالم.

و كيف كان فالمشهور أن حلف الأخرس بالإشارة المفهمه كغيره من إنشائه عقدا أو إيقاعا و إقرارا، بل قد عرفت الاجتزاء بها في تكبيره و تلبيته و غير ذلك مما تقدم البحث فيه في العبادات و غيرها(١) بل قد تقدم هناك تحرير موضوعه.

و ذكر المصنف هنا أنه قيل: حلفه بخصوص وضع يده على اسم الله في المصحف أو يكتب اسمه سبحانه و يوضع يده عليه إن لم يوجد المصحف.

وقيل: يكتب صورته اليمين في لوح مثلا و يغسل و يؤمر بشربه بعد إعلامه، فان شربه كان حالفا، و إن امتنع ألزم الحق استنادا إلى حكم على (عليه السلام) في واقعه الأخرس المشهوره المرويه في

صحيح محمد بن مسلم (١) قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه دين فأنكر؟

فقال: إن أمير المؤمنين (عليه السلام) أتى بأخرس فادعى عليه فأنكر و لم يكن للمدعى بينه، فقال أمير المؤمنين (عليه السلام): الحمد لله الذي لم يخرجني من الدنيا حتى بلغت للأمة جميع ما تحتاج إليه، ثم قال:

ائتوني بمصحف فأتى به، فقال للأخرس: ما هذا فرفع رأسه إلى السماء و أشار إلى أنه كتاب الله تعالى، ثم قال: ائتوني بولي، فأتى له بأخ فأقعدته إلى جنبه، ثم قال: يا قنبر على بدواه و صحيفه، فأتاه بهما، ثم قال لأخ الأخرس: قل لأخيك: هذا بينك و بينه أنه على، فتقدم إليه بذلك، ثم كتب أمير المؤمنين (عليه السلام) و الله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الذي يعلم السر و العلانيه أن فلان بن فلان المدعى ليس له قبل فلان بن فلان أعنى الأخرس حق و لا طلبه بوجه من الوجوه و لا سبب من الأسباب، ثم غسله و أمر الأخرس أن يشربه، فامتنع فألزمه الدين».

لكن لم أعرف القولين لأحد من أصحابنا و إن نسب الأول إلى النهايه، و لكن الموجود فيها «و إذا أراد الحاكم أن يحلف الأخرس حلفه

بالإشارة و الإيماء إلى أسماء الله تعالى و بوضع يده على اسم الله فى المصحف، و يعرف يمينه على الإنكار كما يعرف إقراره و إنكاره، و إن لم يحضر المصحف و كتب اسم الله و وضعت يده عليه جاز، و ينبغى أن يحضر معه من له عادة بفهم أغراضه و إيمائه و إشارته، و قد روى أنه يكتب» إلى آخره، و هو كالصریح فى عدم اختصاص ذلك و أن المدار على الإشارة التى أحد أفرادها ذلك.

و الثانى إلى ابن حمزه، لكن الموجود فى وسيلته «و الأخرس يتوصل الحاكم إلى معرفه إقراره و إنكاره و إلى تعريفه حكم الحادثه بالإشارة، و أحضر مجلس الحكم من يفهم أغراضه و أمكنه إفهامه، و إذا أراد تحليفه إذا توجه عليه وضع يده على المصحف و عرفه حكمها و حلفه بالإيماء إلى أسماء الله تعالى، و إن كتب اليمين على لوح ثم غسلها و جمع الماء فى شىء و أمره بشربه جاز، فان شرب فقد حلف، و إن أبى ألزمه الحق».

و هى أيضا صريحه فى عدم تعيين ذلك. و من هنا حكى عن المقداد نفى البعد عنه، قال: «فإن الإشارة لا تنافيه، بل هذا أحد جزئياتها».

لكن لا- يخفى عليك أن ظاهر العبارة يقتضى اعتبار الخصوصيه المزبوره، و احتمال كون المراد منها الجواز بعيد، إلا أنه عليه يكون المشهور عدم جوازه بذلك، لكونه ليس من أفراد الإشارة، و تحمل الصحيحه حينئذ على قضيه فى واقعه كما فى التحرير أو على كون ذلك بطريق التغليظ أو على أخرس لم يكن له إشاره مفهمه، كما عن السرائر و إن كان ينافيه رفع رأسه إلى السماء أو غير ذلك مما لا يقتضى الخروج عن قاعده الأخرس الذى إشارته نطقه المعتضده بعمل الأكثر هنا، بل عامه من تأخر حتى الفاضل المقداد الذى قد عرفت بناء جواز ذلك على زعمه أنه أحد أفراد الإشارة، و لكن مع ذلك كله فالأحوط الجمع بينهما مع رضا الأخرس و إلا فالإشارة.

و لا يستحلف الحاكم أحدا إلا فى مجلس قضائه بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به فى الرياض، بل فيه ظاهرهم الإجماع، كما يستفاد من كثير، منهم المقدس الأردبيلى و الخراسانى، و لعله لأصالة عدم انقطاع الدعوى بغيره بعد الشك أو الظن بعدم تناول الإطلاق الوارد فى تعليم ميزان القضاء للحكام لغير الفرض و لو للاتفاق المزبور، بل يمكن دعوى انسياق ذلك منه خصوصا

النصوص المستفيضة^(١)المشتملة على الشكوى من نبي من الأنبياء إلى الله تعالى من القضاء بما لم تر العين و لم تسمع الاذن، فقال: «أقض بينهم بالبينات و أضفهم إلى اسمى يحلفون به»

الظاهره فى مباشره ذلك بنفسه، فلا تصح الاستنابه فيه حينئذ.

نعم ذكر غير واحد من الأصحاب- بل نفى بعضهم الخلاف فيه أيضا- أن ذلك كذلك إلا- مع العذر كالمرض المانع من الحضور و شبهه، فحينئذ يستتبع الحاكم من يحلفه فى منزله، و كذا المرأه التى لا- عاده لها بالبروز إلى مجمع الرجال أو الممنوعه بأحد الأعذار كحيض و نحوه مما يمنع دخول المسجد لو جلس فيه القاضى أو المانع لها من أصل الخروج. و بالجمله متى كان المانع عذرا شرعيا و لو العسر و الحرج المانعان من التكليف جازت الاستنابه و إن تمكن الحاكم من الوصول بلا نقص و مشقه عليه.

لكن الإنصاف صعوبه استنباط ذلك من الأدله بعد فرض عدم سوقها لبيان ذلك أو فرض كون المنساق منها الأول، فلا إطلاق حينئذ يوثق به، فليس حينئذ إلا الأصل المقتضى لما عرفت، و لعله لذا حكى عن بعضهم وجوب مضى الحاكم

مع فرض عدم النقص عليه، إلا أنه كما ترى مناف للأصل المعتضد بالمعلوم من الشرع خلافه.

نعم لا بأس بالقول بوقوف الدعوى حتى يرتفع العذر نحو ما سمعته فى الغائب وغيره ممن يتوجه عليه اليمين و لكنه غير حاضر، فإن إيقاف الدعوى لعدم حصول شرط ميزان القضاء غير عزيز، اللهم إلا أن يكون هناك إجماع يقطع العذر، والله العالم.

[البحث الثانى فى يمين المنكر و المدعى]

اشاره

البحث الثانى فى يمين المنكر و المدعى لا- إشكال و لا- خلاف فى كون الأصل فى اليمين أن تتوجه على المنكر تعويلا على الخبر بل الأخبار(١)الداله على ذلك و على الإجماع بقسميه عليه و لا- ينافى ذلك توجه اليمين على المدعى مع الرد للنصوص(٢)السابقه أو النكول على الأصح و مع الشاهد الواحد و إذا كان أمينا و نحو ذلك، بل قد تتوجه مع اللوث فى دعوى الدم كما تسمعه إنشاء الله، ضروره كون الجميع للأدله المخرجه عن الأصل المزبور الذى هو بمعنى القاعده الشرعيه المستفاده مما عرفت.

و على كل حال ف لا- يمين للمنكر مع بينه المدعى التى هى حجه شرعا من دون ضم يمين المدعى معها لانتفاء التهمه عنها (١١) و ما فى بعض النصوص(٣)من تحليفه معها استظهارا قد عرفت البحث فيه سابقا و (١٢) أنه مذهب بعض العامه.

نعم مع فقدها فالمنكر مستند إلى البراءه الأصلية، فهو أولى

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من أبواب كيفيه الحكم.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧- من أبواب كيفيه الحكم.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

باليمين على نفى الدعوى من المدعى على إثباتها إلا إذا رده.

و مع توجهها عليه أو على المدعى يلزم الحلف على القطع و البت مطردا و إن كان مستنده أماره شرعيه من يد و نحوها، لأنه المنساق من النصوص الموجبه له، بل كاد يكون صريح خبرى الأخرس (١) و ابن أبى يعفور (٢) و الصحيح المشتمل على يمين الاستظهار (٣) و غير ذلك.

نعم قال غير واحد من أصحابنا إلا- على نفى فعل الغير، فإنها على نفى العلم به بخلاف إثباته أو نفى فعل نفسه أو إثباته لتعسر العلم بالنفى فى الأول غالبا، و لو فرض جاز له الحلف على البت و على نفى العلم، و مرجعه إلى اعتبار الجزم فى المحلوف عليه دائما بعد فرض عدم توجه اليمين على المدعى عليه إلا مع دعوى العلم به عليه، و حينئذ فيمينه على نفيه على البت باعتبار تعلقه فى أمر يرجع إلى نفسه، و لعله لذا فى القواعد بعد ما ذكر الاستثناء المزبور قال: «و الضابط أن اليمين على العلم دائما» و نحوه عن التحرير، بل لعل إلى ذلك يرجع ما عن ابن أبى ليلى من كونه على البت مطلقا، خلافا للمحكى عن الشعبى و النخعى فعلى نفى العلم مطلقا.

لكن ذكر بعض متأخرى المتأخرين أنه لا وجه للاستثناء المزبور حينئذ، ضروره كونه حينئذ على البت دائما، و قد يدفع بإمكان إرادته الأصحاب إلا- جتراء به فى مثل الفرض الذى متعلق الدعوى فيه فعل الغير، و أنه عالم به و إن كان متعلقه نفى العلم به لا العلم بنفيه بخلاف

-
- ١- ١ الوسائل الباب- ٣٣- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.
 - ٢- ٢ الوسائل الباب- ٩- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.
 - ٣- ٣ الوسائل الباب- ٤- من أبواب كيفية الحكم الحديث ١.

غيره من الصور، فإنه لا يجرى و إن كان فى ضمن دعوى المدعى العلم به أيضا فتأمل جيدا. وقد تقدم تحقيق الحال فى جواب المنكر بقول:

لا أعلم و لا أدرى، فلاحظ و تأمل و إن أطنب بها بعض متأخرى المتأخرين هنا.

و على كل حال ف قد ظهر لك أنه لو ادعى عليه ابتياع أو قرض أو جنايه فأنكر حلف على الجزم لأنه فعل نفسه.

و أما لو ادعى على أبيه الميت مثلا لم يتوجه عليه اليمين ما لم يدع عليه العلم، فيكفيه الحلف أنه لا يعلم.

و كذا لو قال المدعى عليه قد قبض ما على و كيلك فإنه يكفيه حينئذ الحلف على نفى العلم إن ادعى عليه، و إلا انحصر الإثبات بالبينة، لكن فى كشف اللثام «فإذا حلف الموكل أثبت المدعى قبض الوكيل أو حلف على البراءة» و فيه أنه لا- وجه للحلف بدون رضا الموكل، بل و مع رضاه إن لم نقل: إنها من اليمين المردودة، بناء على أن المراد منها كل يمين رضى بها المدعى عليه من المدعى و إن لم تتوجه عليه، كما فى الوارث و نحوه.

و لو كانت الدعوى عليه بأن عبده جنى على المدعى بما يوجب استحقاقه أو بعضه و أنكر ففى كونه كالميت باعتبار أنه فعل الغير، فلا يتوجه عليه يمين إلا مع دعوى العلم، فيجزؤه حينئذ الحلف على نفيه، أو كونه كالدعوى عليه نفسه باعتبار أن العبد مال له فهو الغريم المدعى عليه، و جهان، و لذا قال فى القواعد: «و هل يثبت اليمين على البت على المولى فى نفى أرش الجنايه عن العبد؟ إشكال» و لعله من أنه الغريم و من أنه فعل الغير، و فى كشف اللثام ما حاصله «أنه على الأول ينحصر إثبات حقه حينئذ بالبينة إذا حلف على نفى العلم أو اعترف به المدعى، و على الثانى إن نكل عنها لزم الأرش بحلف المدعى أو لا به

و إن حلف على عدم العلم».

و لعل الوجه الأول وفاقا لكشف اللثام و محكى التحرير و الدروس و المجمع، و فى المسالك «و ربما بنى الوجهان على أن أرش الجنايه يتعلق بمحض الرقبه، أم بالرقبه و الذمه جميعا حتى يتبع بما فضل بعد العتق، فان قلنا بالأول حلف على البت، لأنه يحلف و يخاصم لنفسه، و إن قلنا بالثانى فعلى نفى العلم، لأن للعبد على هذا ذمه» و فيه أن المخاصمه لنفسه لا توجب أن يكون فعله فعله، و إلا فالوارث يخاصم لنفسه، و يحلف على نفى العلم.

و أما لو كانت الدعوى إتلاف بهيمته التى قصر فى حفظها فى القواعد و محكى التحرير يجب الحلف على البت، لأنها لعدم شعورها بمنزله الآله و فعلها بمنزله فعل ربها، و حينئذ فإن نكل قضى عليه به أو برد اليمين على المدعى، لكن فى محكى الدروس على قول، و ظاهره التردد، بل فى كشف اللثام عن بعضهم الحلف على نفى العلم، و هو المحكى عن الأردبيلى، و حينئذ فلا نكول بعدم الحلف على البت، بل لا يمين إن لم يدع عليه العلم. لكن فى كشف اللثام «و الحق أنه إن علم عدم حلف على البت، و إلا فعلى نفى العلم، و إذا حلف عليه أثبت المدعى الإحلاف أو حلف عليه، و فيه الأشكال السابق فى دعوى قبض الوكيل» و فى الحواشى المنسوبة للشهيد «أن العبد يخالف البهيمه من وجهين: الأول أن البهيمه لا تضمن جنايتها إلا مع التفريط بخلافه، الثانى أن جنايه العبد تتعلق برقبته، فإذا أتلف لم يضمن مولاه بخلاف البهيمه، فإنها إذا أتلفت بتفريط فان المالك يضمن جنايتها، و لا تتعلق برقبته».

و لو نصب البائع وكيلا ليقبض الثمن و سلم المبيع فقال له المشتري:

إن موكلك أذن فى تسليم المبيع و أبطل حق الحبس و أنت تعلم فى الاكتفاء

بالحلف على نفي العلم، لأنها لنفي فعل الغير، أو لا بد من اليمين على البت، لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع، فان لم يحلف قضى عليه بالنكول أو برد اليمين، وجهان كما فى المسالك.

و كذا لو طولب البائع بتسليم المبيع فادعى حدوث عجز عنه، و قال للمشتري: أنت عالم به ففى المسالك «قيل: يحلف على البت، لأنه يستبقى بيمينه وجوب تسليم المبيع إليه، و يحتمل الحلف على نفي العلم، لأن متعلقه فعل الغير».

و فيها أيضا «أنه لو مات عن ابن فى الظاهر فجاء آخر و قال: أنا أخوك فالميراث بيننا فأنكر قيل: يحلف على البت أيضا، لأن الإخوة رابطة جامع بينهما، و يحتمل قويا على نفي العلم كالسابقه» إلى غير ذلك مما ذكره فى المقام.

و لكن تحقيق الحال فى ذلك متوقف على تحقيق اقتضاء الدعوى المتعلقة بفعل الإنسان نفسه نفيًا و إثباتًا و بفعل الغير إثباتًا يمينًا على البت أو رداً، و إلا كان ناكلاً قضى عليه به أو بردها من الحاكم، و لا يجديه الجواب بنفي العلم و إن صدقه المدعى فضلاً عما لو ادعاه عليه أيضاً، فإن جميع هذه الفروع مبنية على ذلك.

و قد تقدم سابقاً فى جواب المنكر ما يستفاد منه المناقشه فى ذلك، و نزيد هنا بأنه لا دليل على تسيبها ذلك، و ما فى

النصوص (١) من أن «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه»

ينساق منه حال كون الجواب إنكاراً، خصوصاً بعد ما فى

الخبر الآخر (٢) من أن «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

بل هو كالمقيد للأول بناء على إرادته الحصر عنه

١-١ الوسائل الباب-٣- من أبواب كيفية الحكم.

٢-٢ الوسائل الباب-٢٥- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٣ و فيه «البينه على من ادعى».

و كون الإنكار الجواب بالنفى على البت دون نفي العلم، و إلا كان اليمين عليه و لو على نفي العلم و إن لم يدعه المدعى عليه، فتنفق النصوص حينئذ أجمع، خصوصا بعد استفاضه النصوص على عدم الحلف إلا على العلم،

قال الصادق (عليه السلام) فى خبر هشام بن سالم(١): «لا يحلف الرجل إلا على علمه»

و فى خبر أبى بصير(٢)و

مرسل يونس(٣)«لا يستحلف الرجل إلا على علمه»

مع زياده «و لا تقع اليمين إلا على العلم استحلف أو لم يستحلف».

و دعوى أن تعذر العلم عليه يوجب الرد عليه ليس بأولى من القول بأن الواجب عليه الحلف على ما يعلمه من عدم العلم بما يدعيه المدعى و إن كانت الدعوى متعلقه بفعل نفسه، إذ لا دليل بالخصوص على الاجتزاء به فى نفي فعل الغير دون فعل النفس مع فرض اتحادهما كذلك، و اعتبار البت فى اليمين فى كلام الأصحاب على وجه يقتضى عدم الاجتزاء بها على نفي العلم إلا إذا كان متعلقها فعل الغير إنما هو حيث تتوجه عليه يمين كذلك، كما إذا كان جوابه الإنكار المحض على ما هو الغالب.

و بذلك يظهر لك حينئذ ما فى الفروع السابقة جميعها و أنه لا فرق فى الحكم فيها بين القول بتعلقها فى فعل الغير أو فعل المدعى عليه فى الاجتزاء بيمين نفي العلم مطلقا أو إذا ادعى عليه» و إلا كان طريق إثباتها منحصر فى البيه، نحو الدعوى على الصغير و المجنون و الغائب و نحوهم.

هذا كله بناء على عدم جواز حلفه على البت بمقتضى الأصول و لو يقول: «لا حق لك على» و «لا تستحق على شيئا» و نحوهما» و إلا كان له الحلف حينئذ على ذلك أو رد اليمين و إلا كان ناكلا.

ثم لا يخفى عليك أن الدعوى يختلف كيفية إبرازها، فقد تبرز على

١-١ الوسائل الباب-٢٢- من كتاب الأيمان الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-٢٢- من كتاب الأيمان الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب-٢٢- من كتاب الأيمان الحديث ٤.

وجه تتعلق بالمدعى عليه و إن كانت فى الواقع هى متعلقه بفعل الغير، كما إذا ادعى عليه مثلا أن ما فى يده من المال له من دون قول: «قد غصبه مورثك» مثلا، و لا ريب فى استحقاقه اليمين حينئذ على النفى واقعا لا على عدم العلم، و قد تقدم ما يستفاد منه زياده تحقيق للمقام.

و من التأمل فى جميع ما ذكرنا يظهر أن الذى أوقع بعض الناس فى الوهم إطلاق اعتبار الجزم فى اليمين على وجه لا يكفى فيه نفى العلم إذا كان متعلق الدعوى فعل المدعى عليه، و لكن قد عرفت تحقيق الحال، و الله العالم.

هذا و قد ظهر لك حال اليمين ممن توجهت عليه أما المدعى و لا شاهد له فلا يمين عليه لما سمعته من قوله (ص): البينه عليه إلا مع الرد أو نكول المدعى عليه على قول قوى عرفته سابقا فان ردها المنكر توجهت على المدعى فيحلف حينئذ على الجزم، و لو نكل سقطت دعواه إجماعا كما عرفت الكلام فى ذلك مفصلا.

بل و فى قوله أيضا و لو رد المنكر اليمين التى كانت فى الأصل له ثم بذلها قبل الإحلاف أو فى أثنائه و لو بعد توجيه الحاكم لها عليه و أن له ذلك، بخلاف ما لو بذلها بعد الإحلاف فإنه ليس له إجماعا و إن قال الشيخ فى المحكى من مبسوطه فى الأول ليس له ذلك إلا برضا المدعى لسقوط استحقاقه منه برده و لكن فيه تردد (١١) واضح منشأه أن ذلك تفويض لا إسقاط (١٢) بل قد عرفت سابقا أن إطلاق الأدله و الاستصحاب و غيرهما تقتضى الأول كما لا يخفى.

و (١٣) لا- خلاف و لا إشكال فى أنه يكفى مع الإنكار الحلف على نفى الاستحقاق (١٤) و إن كانت الدعوى سببا خاصا لأنه يأتى

على الدعوى لكونه عاما لها، و لا دليل على اعتبار الخصوصيه فى الجواب، بل ظاهر الأدله خلافه، بل ربما يكون له غرض فى الجواب بذلك ف لا يكلف غيره.

نعم لو ادعى عليه غضبا أو إجاره مثلا فأجاب بأنى لم أغضب و لم استأجر قيل و القائل الشيخ فيما حكى عنه يلزمه الحلف على وفق الجواب الذى صدر منه لأنه لم يجب به إلا و هو قادر على الحلف عليه و لكن الوجه بل الأصح أنه لا يلزم بذلك، للأصل و إطلاق الأدله.

و حينئذ ف ان تطوع بذلك صح، و إن اقتصر على نفى الاستحقاق كفى و ظهور قدرته على الحلف عليه من جوابه به لا يقتضى إلزامه بذلك، بل لا- يلزم و إن صرح بقدرته عليه، على أنه ربما كان له غرض بتغيير المحلوف عليه عما أجاب به، لمعلوميه التسامح فى العاده فى المحاوره بما لا يتسامح به فى حال الحلف الأول.

و لو ادعى المنكر الإبراء أو الإقباض مثلا فقد انقلب المنكر مدعيا و المدعى منكرا، فيكفى المدعى (١١) حينئذ اليمين على بقاء الحق (١٢) و إن كان قد أجاب بإنكار ذلك بخصوصه على نحو ما سمعته فى المنكر، بل فى المسالك عن الشيخ الموافقه على ذلك هنا.

و لو (١٣) تطوع ف حلف على نفى ذلك (١٤) لطلب خصمه كان أكد لكنه غير لازم (١٥) عليه لما عرفت.

و كل ما (١٦) أى مقام يتوجه (١٧) استحقاق الجواب عن الدعوى فيه (١٨) و لو بقول: لا- أعلم لا نحو الحدود التى لا تسمع الدعوى فيها مجردة عن البينه كما ستعرف يتوجه معه اليمين (١٩) و لو عليه أيضا و يقضى على المنكر به مع النكول كالعق و النسب و النكاح (٢٠) و الطلاق

و الرجعه و الفيئه فى الإيلاء و غير ذلك، و على القول الآخر الذى قد عرفت قوته فيما تقدم ترد اليمين على المدعى، و يقضى له مع اليمين و عليه مع النكول كل ذلك لعموم (لإطلاق خ ل) الأدله.

خلافًا لبعض العامه، فمنع من توجه الحلف على المنكر فى الأبواب المزبوره، معللاً له بأن المطلوب من التحليف الإقرار أو النكول ليحكم به، و النكول نازل منزله البذل و الإباحه، و لا مدخل لهما فى هذه الأبواب.

و لآخر منهم، فخص التحليف فيما يثبت بشاهدين ذكرين إلحاقاً له بالحد.

و عموم الأدله التى

منها «اليمين على المدعى عليه» (١)

و «من أنكر» (٢)

حجه عليهم، مضافاً إلى خصوص

ما رووه (٣) من «أن ركانه أتى النبى (صلى الله عليه و آله) فقال: يا رسول الله طلقت امرأتى البته، فقال: ما أردت بالبته؟ قال: واحده، فقال: و الله ما أردت بها إلا واحده؟ فقال ركانه: و الله ما أردت بها إلا واحده، فردها إليه ثم طلقها الثانيه فى زمن عمر و الثالثه فى زمن عثمان»

حيث اكتفى فيه باليمين على ما أخبر به من قصده بها فى الطلاق.

[مسائل ثمان]

[المسأله الأولى لا يتوجه اليمين على الوارث]

الأولى:

لا يتوجه اليمين فى الدعوى على الوارث بالدين أو العين ما لم يدع عليه العلم بموت المورث و العلم بالحق و أنه ترك فى

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من أبواب كيفيه الحكم.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٣.

٣- ٣ سنن البيهقى- ج ٧ ص ٣٤٢.

يده أى الوارث مالا يفى بالكل أو البعض إن كانت الدعوى ديناً، بلا خلاف أجده بين من تعرض لذلك من المصنف و من تأخر عنه و إن كان فيه ما ستعرف.

و على كل حال فلا إشكال فى أن الوارث لا يجب عليه أداء دين المورث إلا مما تركه بعد تحقق كونه وارثاً و تحقق الدين، فمتى انتفى أحد هذه الثلاثه فى نفس الأمر لم تتوجه عليه دعوى أصلاً، و من هنا لو ساعد المدعى أى صدقه على عدم أحد هذه الأمور الثلاثه فى الواقع لم يتوجه له عليه دعوى فضلاً عن اليمين، بل ظاهر المتن سقوط الدعوى أيضاً بالتصادق على انتفاء العلم فى أحد الأولين بل و بالإطلاق.

هذا و قد عرفت فيما مضى أنه لو ادعى عليه العلم بموته أو بالحق كفاه الحلف أنه لا يعلم لتعلقهما فى النفى عن الغير الذى هو الضابط فى ذلك عندهم.

نعم لو أثبت الحق و الوفاء و ادعى فى يده مالا حلف الوارث على القطع لا نفى العلم، لتعلق الدعوى حينئذ بأمر راجع إليه، بل قد عرفت أن التحقيق فى هذه أيضاً الاكتفاء بذلك لو أجاب بنفى العلم، بل قد يقال بعدم اعتبار دعوى العلم بالحق فى استحقاق اليمين على الوارث بعد إثبات الأمرين الآخرين، ضروره صدق الدعوى عليه بذلك، و حينئذ فتندرج فى

قوله (صلى الله عليه و آله) (١): «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه»

إلا أن الظاهر الاكتفاء بيمينه على نفى العلم.

بل ذلك هو مقتضى التأمل فى عبارته الشيخ فى المبسوط قال فيها أولاً: «تحليف الحالف لا يخلو إما أن يحلف على فعل نفسه أو فعل

غيره، فان حلف على فعل نفسه كانت على البت و القطع نفيًا و إثباتًا، و إن كانت على فعل غيره نظرت فان كانت على الإثبات كانت على العلم، و إن شئت

اختصرت ذلك، و قلت: الأيمان كلها على القطع إلا- ما كانت على النفي عن الغير، فإنها على العلم» إذ هو كالصریح فى أن اليمين المزبوره هى يمين الدعوى المتعلقة بفعل الغير لا- دعوى العلم بذلك التى هى كغيرها من الدعوى و لا- تحتاج إلى استثناء.

و أوضح من ذلك قوله أيضا: «إذا ادعى رجل على ابن رجل ميت أى من جهة أبيه لم تقبل منه الدعوى حتى يدعى عليه الحق و يدع موت الأيب و أنه خلف فى يده تركه، لأنه إن لم يمت الأب فلا حق له على ابنه، و إن مات و لم يخلف فلا حق له عليه أيضا، فلا- بد من دعوى ثلاثه أشياء أى دعوى الحق على أبيه، و دعوى موته، و دعوى أنه خلف فى يده تركه- ثم قال:- فان ثبت الموت و ثبت أنه خلف تركه فحينئذ تسمع دعواه بالحق عليه، و يكون القول قول الابن إنه لا يعلم أن أبيه حقا» و هو كالصریح فيما قلناه، و لكن زاد فيها «لإرادته تحريرها اعتبار العلم بالموت و العلم بالحق».

و كان الأخرى الموافق لإطلاق

قوله (صلى الله عليه و آله) (١): «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه»

و لغير ذلك إبقاءها على حاله من غير هذه الزيادة التى تبعه عليها من تأخر عنه، بل صارت عندهم كالقاعده فى كل دعوى لها تعلق بفعل الغير، و مقتضاه أن اليمين حينئذ على نفيه طرف دعوى أخرى لا مدخله لها فى الأولى، بل هى على هذا التقدير لا طرف لها، بل مقتضاه أنه ليس للوارث رد اليمين على المدعى ما لم يدع عليه العلم، ضروره عدم توجه يمين عليه أصلا حتى يكون له

ردها أو نكول عنها، بل مقتضاه أن اليمين المردوده فى دعوى العلم حلف المدعى على علمه لا على أصل الحق، و هو خلاف ظاهر كلمات هؤلاء الذين اعتبروا العلم فى توجه اليمين فضلا عن غيرهم.

و بالجمله إعطاء النظر حقه يقتضى ما ذكرناه و إن كان كلام المصنف و من تأخر عنه منافيا لذلك بعد أن ذكروا نحو ما سمعته من المبسوط أولا الذى هو

ظاهر فيما قلناه، لتقسيمهم اليمين إلى القسمين: أحدهما البت، و هى المتعلقة بفعل الإنسان نفسه نفيا و إثباتا و بإثبات فعل الغير، و الثانى على نفي العلم، و هى المتعلقة فى نفي فعل الغير، ضروره اقتضاء ذلك كون اليمين التى أوجبتها نفس الدعوى على الوجهين المزبورين لا يمين دعوى العلم، إذ هى دعوى مستقلة لا تحتاج إلى جعل اليمين قسما ثانيا، كما هو واضح بأدنى تأمل.

بل منه يعلم أن الأمر مشوش غير منقح عندهم، خصوصا بعد اقتضائه ما هو كالمقطوع بفساده من عدم سماع الدعوى فى غير الوارث أيضا، كما لو ادعى مدعى على عين فى يد آخر أنه سرقة سارق و باعه أباك من دون أن يدعى عليه العلم بذلك، ضروره عدم الفرق بين الوارث و غيره فى ذلك.

بل لا يبعد فى الوارث و غيره الإلزام بيمين البت التى هى الأصل لو فرض الجواب به على وجه ادعى أنه عالم بذلك، و يترتب عليه حكم النكول و غيره، خلافا لبعضهم، فإنه صرح فى الفرض بتخييره بينه و بين الحلف على نفي العلم، كما أنه لا يبعد الإلزام به أيضا فى دعوى موت المورث، و كان على وجه لا- يعسر الاطلاع فيه على ذلك، لحضوره معه فى البلد مثلا، كما عن أحد وجوه الشافعية.

و على كل حال فقد ظهر لك التحقيق فى المسألة، إلا أن المصنف

قطع طريقها باعتبار العلم بالحق في استحقاق اليمين، بل في أصل الدعوى التي قد عرفت صراحه كلام الشيخ في عدم توقف سماعها على ذلك بعد ثبوت موت المورث و أن له مالا في يد الوارث، نعم لا تتوجه قبل ثبوتها، ضروره لا دعوى مع الوارث قبل أن تتحقق وارثيته، كما لا دعوى عليه إذا لم يكن في يده مال.

و بذلك ظهر لك الفرق بين الأمور الثلاثة و إن كفى نفى أحدها في سقوط الدعوى و لذا كان المتجه الاجتزاء بيمين واحده في سقوط دعوى المدعى في الأمور الثلاثة، و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه]

المسأله الثانيه:

إذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه، و يستوى في ذلك دعوى المال و الجنايه كما في القواعد و الإرشاد و الدروس و غيرها، و الظاهر أن المراد من ذلك ما إذا كانت الدعوى عليه من حيث إنه مملوك، لا الدعوى عليه من حيث ذمته التي يتبع بها بعد العتق، فإنها ليست مملوكه للسيد، و إنما المملوك له بدنه و ما في يده، فمتى كانت الدعوى باستحقاق أحدهما كان الغريم المولى الذي يعتبر إقراره و إنكاره بالنسبه إلى ذلك، بخلاف العبد، فإنه لا إقرار له و لا إنكار يمضى على السيد.

فلو ادعى مثلاً على مال في يد العبد مدع أنه له كان الخصم السيد فإن أقربه دفعه إليه و إن أنكر العبد، و إن أنكره حلف له و بقى المال و إن أقر العبد.

و كذا إن ادعى على العبد أنه جنى خطأ- فيستحق المجنى عليه استرقاقه أو فكه- كان الخصم السيد، لتعلق الدعوى بماله، فإن أقر بذلك

دفعه أو فداه، ولا يجدى إنكار العبد، و إن أنكر حلف و سقطت الدعوى على السيد باستحقاق العبد و إن أقر بذلك.

و كذا الجنايه عمدا المقتضيه لاستحقاق استرقاق العبد و لو على جهه التخيير بينه و بين القصاص، فالخصم أيضا السيد، فإن أقر به دفعه للاسترقاق و إن أنكر العبد، و إن أنكره حلف و سقطت الدعوى معه و إن أقر به العبد، لأنه إقرار فى حق الغير، لكونه مملوكا.

كما أنه لا- يثبت القصاص عليه بإقرار السيد الذى ليس له إلا- مالىته دون إزهاق النفس. نعم لو اتفقا معا استحق القصاص لانحصار الحق فيهما.

هذا كله إذا كانت الدعوى على ما يرجع إلى السيد، أما إذا كانت على ما لا يرجع إليه، بل مرجعها بعد ثبوتها إلى ذمه العبد بعد العتق- كدعوى أنه أتلف مالا- أو غصب عينا و لو موجوده- فلا ريب فى أن الخصم فيها العبد، لأنه الذى ينفع إقراره و إنكاره فى الاستحقاق عليه بعد العتق، بل و كذا دعوى الجنايه خطأ بناء على اقتضاها المال عليه أيضا بعد العتق فضلا عن الجنايه عمدا التى لا ريب فى اقتضاها القصاص بعد فرض ثبوتها بإقراره بعد العتق،

لعوم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»

و غيره.

و بذلك ظهر لك أنه لا إشكال فى إطلاق المصنف و غيره أن الغريم المولى بعد ظهور كون المراد فى الدعوى على المملوك من حيث إنه مملوك لا الدعوى عليه من حيث ذمته التى يتبع بها بعد العتق مما لا يدخل فى ملك السيد.

لكن فى القواعد «إذا ادعى على مملوك فالغريم مولاه سواء كانت الدعوى مالا أو جنايه، و الأقرب عندى توجه اليمين عليه، فان نكل ردت على المدعى و ثبتت الدعوى فى ذمه العبد يتبع بها بعد العتق»

و مراده على الظاهر الإشاره بذلك إلى توجه سماع الدعوى على العبد منفردا، أو اقتضاء الدعوى على المولى يمينا أخرى على العبد غير يمين المولى، لأن له ذمه يتبع بها بعد العتق، فيثبت حينئذ ذلك عليه بإقراره أو نكوله.

و هو الذى أشار إليه فى الدروس قال: «و لو ادعى على العبد فالغريم المولى و إن كانت الدعوى معه، و لو أقر العبد به تبع به، و لو كان بجنايه و أقر العبد فكذلك، و لو أقر المولى خاصة لم يقتص من العبد، و يملك المجنى عليه بقدرها، و يلزم من هذا وجوب اليمين على العبد لو أنكر المملزوم لسماع الدعوى عليه منفردا» و هو كالصريح فيما قلنا.

و ليس مراد العلامة أن الغريم المولى و لكن اليمين فى الدعوى على المولى على العبد كى يرد عليه ما فى المسالك من التنافى بين كون الغريم المولى المقتضى لقبول إقراره و وجوب اليمين عليه مع إنكاره و غير ذلك من أحكام الدعوى، بل هو من الغرائب و إن أطنب فى كشف اللثام فى توجيهه بعد موافقته على كون المراد من العبارة ذلك، و ما أدرى ما الذى دعاهم إلى ذلك؟ فان كان هو عدم توجه اليمين على السيد لكون الفاعل غيره ففيه أنه يحلف على نفي العلم على مقتضى ضابطهم الذى ذكروه.

و أغرب من ذلك دعوى التنافى بين ما ذكره هنا و ما ذكره فى باب الإقرار، و هو لا يقبل إقرار العبد بمال و لا حد و لا جنايه توجب أرشا أو قصاصا إلا أن يصدقه السيد، و يتبع بعد العتق بالمال، و لو قيل يقبل و يتبع و إن لم يصدقه السيد كان وجهها، و هو كما ترى لا تنافى.

نعم فى المقام رجح نفوذ إقراره على نفسه يتبع به بعد العتق فى المال و الجنايه، و فى الإقرار جزم به فى المال و جعله فى غيره وجهها، و هو ليس تنافيا. و ليس المراد تبعيته بالمال بعد العتق مع تصديق السيد، ضروره عدم مدخلية تصديقه و تكذيبه بالنسبه إلى ذلك، إذ قد عرفت

أن ذمته ليست مملوكه للمولى.

و بالجمله لا- يخفى عليك ما فى المسالك و مجمع البرهان و كشف اللثام و غيرها من تشويش المسأله، حتى أنه قال بعض من تأخر عنهم: إن هذه المسأله من المشكلات، و جعل كلمات الأصحاب فيها مختلفه مضطربه، و قد عرفت التحقيق و أنه لا إشكال فى كون الخصم السيد مع كون الدعوى على المملوك أو ما فى يده من حيث إنه مملوك، و لا- فى كون الخصم العبد مع كونها فى ذمته يتبع بها بعد العتق و أن إقرار كل منهما و إنكاره مجد فيما له و عليه دون الآخر، من غير فرق فى ذلك بين دعوى المال و الجنايه عمدا و خطأ.

نعم يظهر من المحكى من المبسوط اختصاص الخصومه فى دعوى الجنايه عمدا بالعبد دون المولى، إلا- أنه وافق على عدم تعجيله به و إن أقر به أو نكل عن اليمين، قال: «إذا ادعى على العبد حق فإنه ينظر فإن كان حقا يتعلق ببدنه كالقصاص و غيره فالحكم فيه مع العبد دون السيد، فإن أقر به لزمه عند المخالف، و عندنا لا يقبل إقراره، و لا يقتص منه ما دام مملوكا، فإن أعتق لزمه ذلك، فأما إن أنكر فالقول قوله، فإن حلف سقطت الدعوى، و إن نكل ردت اليمين على المدعى، فيحلف و يحكم بالحق، و إن كان حقا يتعلق بمال كجنايه الخطأ و غير ذلك فالخصم فيه السيد، فإن أقر به لزمه و إن أنكر فالقول قوله، فإن حلف سقطت الدعوى، و إن نكل ردت اليمين على المدعى، فيحلف و يحكم له بالحق».

و لا يخفى عليك ما فيها، و من هنا حررها المصنف بما سمعت، و تبعه عليه غيره، و هو فى غايه الجوده بناء على ما فسرناه به، فتأمل جيدا كى يظهر لك ما فى جملة هنا من المصنفات.

[المسألة الثالثة لا تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن البينه]

المسألة الثالثة:

لا تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن البينه بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به غير واحد، لأن من شرط سماع الدعوى أن يكون المدعى مستحقاً لموجب الدعوى، فلا تسمع فى الحدود، لأنها حق الله تعالى، والمستحق لم يأذن فى الدعوى و لم يطلب الإثبات، بل أمر بدرء الحدود بالشبهات(١)و بالتوبه عن موجهها(٢)من غير أن يظهره للحاكم، و

قد قال (صلى الله عليه و آله) لمن حمل رجلا على الإقرار عنده بالزنا(٣): «هلا سترته بثوبك»

و سماعها بالبينه بمعنى ثبوتها بها، لا أنها تكون دعوى له معها، كما هو واضح و حيثذف لا يتوجه فيها اليمين على المنكر.

نعم لو كان الحق مشتركاً بين الله و بين الأدمى، كما لو قذفه بالزنا و لا بينه فادعاه المقذوف بالزنا مثلاً عليه ففى توجه اليمين على المقذوف به و عدمه قولان قال الشيخ فى المبسوط:

جاز أن يحلف اليمين المردوده ليثبت الحد على القاذف ترجيحاً لحق الأدمى، و يحتمل بل يمكن القطع به أن يكون المراد قذفه بالزنا بأن قال له: يا زانى ثم لما أريد قيام حد القذف عليه ادعى الزنا على المقذوف و لكن لا بينه له على ذلك جاز أن يحلف المقذوف على عدم

١- ١ الوسائل الباب- ٢٤- من أبواب مقدمات الحدود- الحديث ٤ من كتاب الحدود.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٦- من أبواب مقدمات الحدود- من كتاب الحدود.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ٨ ص ٢٢٨ و ٣٣٠ و ٣٣١ و فيه « لو سترته بثوبك» و « لو كنت سترت عليه بثوبك».

الزنا ليثبت الحد على القاذف.

و لعل هذا ألصق بالمحكى عن المبسوط فى الدروس، بل لعله الظاهر من المتن أيضا، بل فى كشف اللثام عن المبسوط أنه قال: «فان ادعى عليه مثلا أنه زنى

لزمه الإجابة عن دعواه، و يستحلف على ذلك، فان حلف سقطت الدعوى، و يلزم القاذف الحد، و إن لم يحلف ردت اليمين و ثبت الزنا فى حقه، و يسقط عنه حد القذف، و لا يحكم على المدعى بحد الزنا، لأن ذلك حق الله تعالى محض، و حقوق الله المحضه لا تسمع فيها الدعوى، و لا يحكم فيها بالنكول و رد اليمين» و لعله لذا حكى عنه فى الدروس أنه لو طلب القاذف يمين المقذوف على عدم الزنا أجيب، فيثبت الحد إن حلف و إلا فلا- قال:- و هو حسن، لتعلقه بحق آدمى و نفى اليمين فى الحد إذا لم يتعلق به حق آدمى» لكن فى المسالك بعد أن حكى عن الشيخ القول بسماع الدعوى فى القذف و جريان حكم اليمين فيها قال: «و فرع الشيخ على ذلك» ثم ذكر حكم القذف الصريح.

و حينئذ فيه إشكال واضح إذ فى النبوى لا يمين فى حد

و فى المرسل الذى هو كالصحيح باين أبى عمير فى روايه التهذيب بل و كذا فى روايه الكافى المنجبر مع ذلك كله بالعمل^(١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «أتى رجل لأمير المؤمنين (عليه السلام) برجل، فقال: هذا قذفى و لم تكن له بينه، فقال: يا أمير المؤمنين

١- ١ لم أعر عليه فى الوسائل مع التبع التام و رواه الشيخ قده فى التهذيب ج ١٠ ص ٧٩ الرقم ٣١٠ و الكلينى قده فى الكافى ج ٧ ص ٢٥٥ نعم أشار الى ذيله فى الوسائل فى الباب - ٧٠- من أبواب القصاص فى النفس الحديث ١.

استحلفه، فقال: لا يمين في حد»

و في آخر(١)«لا يستحلف صاحب الحد»

و في ثالث(٢)«أن رجلا استعدى عليا (عليه السلام) فقال:

إنه افتري علي، فقال (عليه السلام) للرجل: فعلت ما فعلت؟ قال:

لا، فقال (عليه السلام) للمستعدى: أ لك بينه؟ فقال: ما لي بينه فأحلفه، فقال (عليه السلام): ما عليه يمين»

كل ذلك مضافا إلى الأصل بعد اختصاص النصوص بغير المفروض.

نعم قد يقال: إن أكثر هذه النصوص أو جميعها لا تنافي المحكى عن الشيخ علي ما سمعته من الدروس بل و من كلامه، ضروره عدم ثبوت الحد فيه باليمين، و إنما هو بالقذف المحقق منه إلا أن له حق اليمين على المقذوف بأنه ما زنى، و دعوى استفاده ذلك من الخبر بطريق الأولويه كما في كشف اللثام ممنوعه.

اللهم إلا أن يقال باندرج ذلك في عموم نفي اليمين في الحد، بل لعله المراد من

قوله (عليه السلام)(٣): «لا يستحلف صاحب الحد»

علي معنى أن لا- يمين علي من له الحد، أو يقال: يكفي في رده إطلاق ما دل على وجوب الحد بذلك في الكتاب و السنه(٤) نحو قوله تعالى(٥):

«وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُبْحَنَاتِ» إلى آخرها، و غيره و لا دليل على اشتراطه بحلف المقذوف بعد ظهور

قوله (صلى الله عليه و آله)(٦): «و اليمين

١- ١ المستدرک الباب- ٢٢- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٠- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

٣- ٣ المستدرک الباب- ٢٢- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢- من أبواب حد القذف من كتاب الحدود.

٥- ٥ سوره النور: ٢٤- الآيه ٤.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٣- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٥.

فى غير ذلك ممن يكون له حق فى الدعوى المنساق منها ذلك، لا أن المراد منها مجرد الادعاء و إن لم يكن له حق فيها.

و على كل حال فالمحكى عن الشيخ ضعيف و إن سمعت استحسانه فى الدروس، بل فى كشف اللثام أنه قوى من حيث الاعتبار و قاعده الإنكار، و قد عرفت التحقيق، و الله العالم.

[المسألة الرابعة منكر السرقة يتوجه عليه اليمين لإسقاط الغرم]

المسألة الرابعة قد عرفت فيما تقدم أن منكر السرقة يتوجه عليه اليمين لإسقاط الغرم لأنها توجب أمرين: حق الآدمى و هو المال و الثانى القطع و هو حق الله و لا- ملازمه بينهما، فيجرى حكم الدعوى فى الأول بالنسبة إلى اليمين و رده و النكول دون الثانى الذى قد عرفت عدم جعل الشارع اليمين حجه فيه، بل لا دعوى من مدع حقيقه فيه.

و حينئذ ف لو ادعاها عليه و نكل لزمه المال دون القطع بناء على القضاء بالنكول، و هو الأظهر عند المصنف و لكن عرفت ضعفه و إلا حلف المدعى.

و على كل حال لا- يثبت الحد على القولين لعدم ثبوت كونه سارقا على وجه يلحقه الحكم المعلق عليه فى الكتاب(٢) و السنه(٣) فان اليمين لا تثبت الموضوع واقعا فضلا عن ثبوته به بالنسبه

١- ١ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٣.

٢- ٢ سورة المائدة: ٥- الآيه ٣٨.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب حد السرقة من كتاب الحدود.

إلى الحد الذى اعتبر الشارع فى بيته غير بينه المال من زياده العدد و نحوها، و كذا لو أقام شاهدا و حلف كما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله الخامسه لو كان له بينه فأعرض عنها و التمس يمين المنكر يجوز له الرجوع إليها بعد ذلك قبل الحلف]

المسأله الخامسه لو كان له بينه فأعرض عنها و التمس يمين المنكر أو قال:

أسقطت البينه و قبلت باليمين فهل له الرجوع إليها بعد ذلك قبل الحلف؟ قيل و القائل الشيخ فى محكى المبسوط و تبعه ابن إدريس فيما حكى عنه لا- يجوز له و فيه تردد، و لعل الأقرب الجواز بل هو الظاهر، بل يمكن القطع به، لإطلاق ما دل على حجيتها السالم عما يقتضى كون ذلك من الحقوق التى تسقط بالإسقاط لو فرض تصريحه بذلك فضلا عن غيره، بل ظاهر الأدله كونها من الأسباب المقتضيه ثبوت الحق، فلا يتصور فيها معنى الإسقاط الذى يتعلق بنحو حق الخيار و شبهه.

و كذا البحث لو أقام شاهدا فأعرض عنه و قنع بيمين المنكر ثم عاد إليه قبل الحلف أو رد المنكر اليمين على المدعى ثم عاد إلى اختيار الحلف الذى قد

عرفت الكلام فيه سابقا، و أنه لا يخرج بشىء من ذلك عن صدق المدعى و المنكر اللذين قد قرر الشارع الميزان لكل منهما بما عرفت.

[المسألة السادسة لو ادعى صاحب النصاب إبداله في أثناء الحول قبل قوله بلا يمين]

المسألة السادسة:

لو ادعى صاحب النصاب إبداله في أثناء الحول لينفى عنه الزكاه قبل قوله بلا يمين بلا خلاف أجده فيه. بل حكى الاتفاق عليه غير واحد، وكذا لو قال المسلم: لا زكاه أو لا خمس على أو دفعتهما مثلا حيث يجوز له ذلك.

وكذا لو خرص عليه فادعى النقصان في الثمره المخروصه أو الزرع عما خرص عليه لينقص عنه ما قدر عليه من الزكاه بلا خلاف أجده فيه، بل الاتفاق محكى عليه أيضا.

وكذا لو ادعى الذمى الإسلام قبل الحول ليتخلص عن الجزية بناء على وجوبها عليه مع الإسلام بعده لا خلاف فيه والاتفاق محكى عليه مع أن الحق بين العبد وربه ولا يعلم إلا من قبله.

أما لو ادعى الحربى بعد سببه الإنبات بعلاج لا بالطعن بالسن الذى تدفعه الطبيعه غالبا الذى جعله الشارع أماره البلوغ ليتخلص بذلك من القتل الذى هو حد من حدود الله تعالى التى تدرأ بالشبهه من دون يمين، خصوصا فى المقام الذى يقتضى الأصل عدم بلوغه الذى هو شرط قبول اليمين ف فيه تردد من ذلك و من ظهور ما دل على كونه علامه للبلوغ فى الحكم به حتى يعلم خلافه، وإلا لم يقتل محتمله وإن لم يدعه، وهو مخالف للإجماع المحكى فى المسالك و غايه المراد و لغير ذلك.

و من هنا قال المصنف و لعل الأقرب أنه لا يقبل إلا مع

البينه لكن لا- يخفى عليك ما فيه من أنه بعد تسليم الظهور لا- ينافى تحقق الشبهه الدارثه، بل الظاهر تحققها مع عدم اليمين خصوصا في مثل الفرض، لما عرفت. فما عن بعضهم- من اعتباره هنا فعلا في قول أو بعد التأخير إلى زمان القطع ببلوغه في آخر في قبولها، لأنها أقل ما تثبت به الدعوى المنافيه للحكم عليه بالبلوغ ظاهرا و استحقاقه القتل فلا يزول ذلك بمجرد دعواه، و لأنه أحوط و أوثق في الحكم- واضح الضعف.

و حينئذ يسقط ما فرعه عليه من أنه لو نكل عن اليمين على الأول بل و على الثاني قتل بمجرد نكوله و إن لم نقل بالقضاء به في غيره، أو يقتل لثبوت سببه ظاهرا مع عدم تحقق المانع الذي هو اليمين للدعوى المزبوره.

نعم قد يتوقف في قبول ذلك منه بالنسبه إلى غير القتل الذي يدرأ بالشبهه، بل ظاهر المسالك العدم ترجيحاً للظاهر السالم هنا من الدرء بالشبهه، و لأنه إن كان عدم العلاج شرطا لما جاز قتل محتمله إلا بعد العلم بالانتفاء، و هو باطل إجماعا، كما في غايه المراد و المسالك. و إن كان قد يناقش بمنع الظهور أولا، و منع الدليل على تقديمه على الأصل ثانيا، ضروره كون الثابت أنه علامه البلوغ الإنبات الطبيعي لا العلاجي، و لا أصل- و لو بمعنى الظاهر- يقتضى كون هذا الشخص من الأول حتى مع ادعاء أنه من الثاني، و الفرض أنه شىء لا- يعلم إلا- من قبله، و قتل محتملها مع عدم الدعوى لأصالة عدم العلاج، و لظهور ما دل على كونه علامه في الحكم به ما لم يحصل العلم أو الشك، و الإجماع المحكى عليه لا يقتضى مساواه الفرض له، فتأمل.

و مما ألحق بذلك دعوى البلوغ مطلقا أو بالاحتلام خاصه، لإمكان إقامه البينه على السن، و اعتبار الإنبات، لأن محله ليس من العوره، و على تقديره فهو من مواضع الضروره، و على كل حال لا يمين و إلا

لزم الدور، لأن اعتباره موقوف على البلوغ الموقوف على اعتباره، وقد تقدم الكلام فيه في محله.

و في غايه المراد «و ربما ألحق به مدعى بنوه الصغير و لا منازع» بل فيها و في المسالك أيضا «مدعى أنه من أهل الكتاب لتؤخذ منه الجزية، و مدعى تقدم الإسلام على الزنا بالمسلمه حذرا من القتل، و مدعى فعل الصلاه و الصيام خوفا من التعزير، و مدعى إيقاع العمل المستأجر عليه إذا كان من الأعمال المشروطه بالنيه كالحج و الصلاه، و دعوى الولي إخراج ما كلف به من نفقه و غيرها، و الوكيل بفعل ما و كل فيه على إشكال فيها، و دعوى مالك الدار لو نازعه المستعير و المستأجر في ملكيه الكنز على قول مشهور، و دعوى من أحرز الطعام أنه للقوت و إن زاد لا للاحتكار و قول المدعى مع نكول المنكر على القول بالقضاء به، و مدعى الغلط في إعطاء الزائد عن الحق لا التبرع، و دعوى المحلله الإصابه، و دعوى المرأه فيما يتعلق بالحيض و الطهر في العده و غيرها، و دعوى الضئر أنه الولد، و منكر السرقة بعد إقراره مره لا في المال، و مدعى هبه المالك ليسلم من القطع و إن ضمن المال، و منكر موجب الرجم الثابت بإقراره، و مدعى الإكراه فيه أو الجهاله مع إمكانهما في حقه. و مدعى الضروره في الكون مع الأجنبي مجردين، و منكر القذف بناء على عدم سماع دعوى مدعيه بدون البينه، و مدعى رد الوديعه في المشهور، و مدعى تقدم العيب مع شهاده الحال» و في المسالك «و ضبطها بعضهم بأنه كل ما كان بين العبد و بين الله تعالى أو لا يعلم إلا منه و لا ضرر فيه على الغير، أو ما تعلق بالحد أو التعزير».

قلت: لا إشكال في قبول دعوى المسلم المحمول على الصحه قولاً و فعلاً مع عدم المعارض و المنازع، خصوصاً ذوى الأيدي على ما في

أيديهم في تطهير و غيره، و أما مع الخصومه المسموعه في جمله من هذه الأمور المذكوره فلا إشكال في اعتبار اليمين في كل من قدم قوله، لتوقف انقطاعها عليه قطعاً، نعم حيث لا خصومه ينبغى تصديق المسلم مع احتمالها، حتى في مثل دعوى الوكاله على مال الغير فضلاً عما لا- يعلم إلا- من قبله، و بذلك يظهر لك النظر في الضابط المزبور، بل و في غيره حتى ما ذكره من الإشكال في قبول قول الولي و الوكيل، فتأمل.

[المسأله السابعه لو مات رجل و لا وارث له و ظهر له شاهد بدين يحبس]

المسأله السابعه لو مات رجل و لا وارث له و ظهر له شاهد بدين موجود أيضاً في روزنامجته فأنكر من عليه دين قيل و القائل الشيخ في المحكى من مبسوطه يحبس حتى يحلف أو يقر لتعذر رد اليمين في طرف المشهود له بموته و استحاله تحليف المسلمين و الامام (عليه السلام).

و كذا قال فيه أيضاً لو ادعى الوصى على الوارث أن الميت أوصى للفقراء و ليس في كلامه و شهد واحد بذلك و أنكر الوارث ذلك فالقول قوله بيمينه، و لو نكل لم يمكن رد اليمين، لأن الوصى لا- يجوز له أن يحلف عن غيره، و الفقراء و المساكين لا يتعينون، و لا يتأني منهم الحلف، فقال قوم: يحكم بالنكول و يلزم الحق، لأنه موضع ضروره، و قال آخرون: يحبس الوارث حتى يحلف أو يعترف.

و (١١) على كل حال ف في الموضوعين إشكال (١٢) عند المصنف و الفاضل لأن السجن عقوبه لم يثبت موجبها (١٣) و فيه أن موجبها اقتضاء الدعوى المسموعه من المنكر اليمين أو الأداء بعد تعذر الرد.

و احتمال سقوط اليمين باحتمال كون الحق عليه مركبا من الحلف أو الرد- فتعذر الرد يسقط استحقاق الخصوصيه، و ليس هو كالواجب المخير الذى يتعين أحد فرديه بتعذر الآخر، و إنما هو من الحقوق المستحقه له و عليه- واضح الضعف، ضروره إطلاق الأدله استحقاق اليمين على المنكر و المدعى عليه، و استحقاق الرد إنما جاء بنصوص آخر ظاهره فى استحقاقه على من يصح الرد عليه، فينبغى حينئذ استحقاق اليمين على المنكر من حيث كونه كذلك على حسب ما استفيد من الإطلاق الأول و ليس فى أدله الرد ما يقتضى لزوم ذلك للمنكر من حيث كونه منكرا على حسب استحقاق أصل اليمين عليه، كما هو واضح بأدنى تأمل.

و حينئذ فالحبس المذكور فى كلام الشيخ الذى وافقه عليه الشهيد فى الدروس متجه.

و أما ما فى المسالك- من أنه لو قيل هنا بالقضاء بالنكول و إن لم نقل به فى غيره كان وجهها، و احتمله غيره أيضا- ففيه أنه لا دليل على إخراجها بالخصوص، و كأن ترك الشيخ ذكر الشاهد فى الثانى دون الأول لعدم توقف صحه الدعوى فيها عليه، بخلاف الأول المفروض عدم علم الامام (عليه السلام) به إلا من الشاهد، و إن كان فيه ما عرفت من جواز الدعوى بدونها، و الأمر سهل.

لكن بقى شىء: و هو أن الظاهر عدم اختصاص حكم ذلك بالفرض المزبور، ضروره أنه لو كان له وارث لم يحلف مع الشاهد، لأن المفروض عدم علمه بالدين، و إنما وجد ذلك فى روزنامته، فيتعين له حينئذ بعد صحه الدعوى فيه اليمين على المنكر أو أداء الحق، و لا فرق بين الامام (عليه السلام) و غيره من الورثه فى ذلك.

نعم مع فرض علمهما تتوجه اليمين من الوارث غير الامام (ع)

مع الشاهد، بخلاف الامام (عليه السلام) المعصوم من الخطأ والزلل و إن استعمل الموازين الشرعيه و الأصول المرعيه، لكنه مسدد في خصوصياتها التي استعملها عن الخطأ بخلاف غيره، فهو منزه عن انقلاب علمه جهلاً أو خطأ، فلا يمين إنكار عليه و لا عليه بينه فيما يدعيه، و

قوله (صلى الله عليه و آله) (١): «إنما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان، و ربما يكون بعضكم ألحن من الآخر بحجته»

لا يريد وقوع الخطأ منه في حكمه، بل المراد أن ما وضعته للقضاء من هذا الميزان قد يتفق فيه الخطأ لهم، فمن اقتطع له قطعه مع علم المقطوع له بذلك كأنما قطع له قطعه من نار، و ليس المراد خطأه (صلى الله عليه و آله) لو استعملها، فإنه مطهر من الرجس، تطهيراً، فتأمل.

[المسألة الثامنة لو مات و عليه دين يحيط بالتركة لم ينتقل إلى الوارث]

المسألة الثامنة:

لو مات و عليه دين يحيط بالتركة لم ينتقل إلى الوارث عند المصنف و جماعه و كانت بحكم مال الميت و حينئذ يتبعه النماء و إن لم يحيط انتقل إليه ما فضل عن الدين و لكن قد ذكرنا في كتاب الحجر (٢) و غيره أن الأقوى انتقالها إليه مطلقاً و قد أشبعنا الكلام فيه.

و كيف كان فعلى الأول في الحاليين للوارث المحاكمه على ما يدعيه لمورثه، لأنه قائم مقامه في الحلف دون الغريم و إن تعلق به حقه، و حينئذ فلو أقام شاهداً حلف هو معه دون الديان، نعم في القواعد «إن امتنع كان للديان إحلاف الغريم، لتعلق حقه بالتركة، فإن

١- ١ الوسائل الباب - ٢ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ١.

٢- ٢ راجع ج ٢٦ ص ٨٩-٩٣.

حلف برأ منه لا- من الوارث، فان حلف الوارث بعد ذلك كان للديان الأخذ من الوارث إن أخذ، لأنه من التركة، و في الأخذ من الغريم إشكال» و لعله من سقوط حقه عليه بإحلافه.

لكن فيه أن أخذه باعتبار صيرورته تركه بحلف الوارث، فهو مستحق له من هذه الجهة و إن سقط الاستحقاق من تلك الجهة. و منه يعلم عدم الفرق بين أخذ الوارث له و عدمه.

نعم قد يناقش في أصل جواز تناول الغريم له مطلقا باقتضاء اليمين التي قد ذهبت بما فيها عدم كونه تركه في حقه و إن صار تركه للوارث بيمينه، فلا يتعلق به حق الدين حينئذ، كما أنه قد يناقش- لولا الإجماع على الظاهر- في أصل جواز الحلف للوارث مع الشاهد أو المردوده بناء على بقاء التركة على حكم مال الميت بكونها حينئذ يمينا لإثبات مال الغير، و تعلق حقه بها على وجه تكون ملكا له بإبراء الغريم مثلا و نحوه لا يقتضى اختصاص جواز الحلف به دون الغريم المتعلق حقه أيضا بالتركة، و ستسمع إنشاء الله لهذا تتمه فيما يأتي.

[البحث الثالث في اليمين مع الشاهد]

إشارة

البحث الثالث في اليمين مع الشاهد لا خلاف و لا إشكال عندنا في أنه يقضى بالشاهد و اليمين في الجملة استنادا إلى المقطوع به من قضاء رسول الله (صلى الله عليه و آله) و قضاء علي (عليه السلام) بعده علي ما رواه العامه (١) و الخاصه (٢) بل وافقنا عليه أكثر العامه.

١- ١ سنن البيهقي - ج ١٠ ص ١٦٧- ١٧٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب كيفية الحكم.

خلافاً لأبى حنيفه و أتباعه، و قد

قال للصادق (عليه السلام) (١): «كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد؟ فقال الصادق (عليه السلام): قضى به رسول الله (صلى الله عليه وآله) و قضى به على (عليه السلام) عندكم، فضحك أبو حنيفه، فقال الصادق (عليه السلام): أنتم تقضون بشهاده واحد شهاده مائه، فقال: ما نفعل، قال: بلى تشهد مائه فترسلون واحدا يسأل عنهم ثم تجيزون شهادتهم بقوله».

و قد دخل الحكم بن عتبه و سلمه بن كهيل على أبى جعفر (عليه السلام) يوماً فسألاه عن شاهد و يمين (٢) فقال: «قضى به رسول الله (صلى الله عليه وآله) و قضى به على (عليه السلام) عندكم بالكوفه، فقالا: هذا خلاف القرآن، قال: و أين وجدتموه خلاف القرآن؟

فقالا: إن الله عز و جل يقول وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ فَقَالَ لهما:

ف قوله وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ (٣) هو أن لا تقبلوا شهاده واحد و يمينا!! ثم قال: إن عليا (عليه السلام) كان قاعداً فى مسجد الكوفه فمر به عبد الله التميمى و معه درع طلحه، فقال له على (عليه السلام): هذه درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فقال له عبد الله: فاجعل بينى و بينك قاضيك الذى رضيته للمسلمين، فجعل بينه و بينه شريحاً، فقال على (عليه السلام): هذه درع طلحه أخذت غلولا- يوم البصره، فقال له شريح: هات على ما تقول بينه، فأتاه بالحسن (عليه السلام) فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فقال: هذا شاهد و لا أفضى بشهاده شاهد حتى يكون معه آخر، قال: فدعا قنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فقال شريح: هذا مملوك

١- ١ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٦.

٣- ٣ سورة الطلاق: ٦٥- الآية ٢.

و لا أفضى بشهاده مملوك، قال: فغضب على (عليه السلام) و قال:

خذوها فان هذا قضى بجور ثلاث مرات، قال: فتحول شريح عن مجلسه و قال: لا أفضى بين اثنين حتى تخبرنى من أين قضيت بجور ثلاث مرات؟ فقال له: ويلك أو ويحك إني لما أخبرتك أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره قلت: هات على ما تقول بينه، و قد قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): حيث ما

وجد غلول أخذ بغير بينه، فقلت: رجل لم يسمع الحديث، فهذه واحده، ثم أتيتك بالحسن فشهد، قلت: هذا واحد و لا أفضى بشهاده واحد حتى يكون معه آخر، و قد قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) بشهاده واحد و يمين، فهذه ثنتان، ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فقلت:

هذا مملوك و لا أفضى بشهاده مملوك. و لا بأس بشهاده المملوك إذا كان عدلا، ثم قال: ويلك أو ويحك إمام المسلمين يؤتمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا».

و كان اقتصاره (عليه السلام) على خطائه ثلاثا فى هذه القضية على فهم شريح القاصر، و إلا فهو مخطئ من وجوه آخر أيضا قد أشار (عليه السلام) إلى بعضها، و بذلك ظهر لك حال قاضيهم و حال الفقيهيين لهم الحكم و سلمه و حال إمامهم الأعظم أبى حنيفه و سوء أدبه.

و يشترط شهاده الشاهد أولا- و ثبوت عدالته ثم اليمين بلا خلاف أجده فيه، بل فى كشف اللثام نسبتته إلى قطع الأصحاب، و حيثئذ ف لو بدأ باليمين قبل الشهاده أو بعدها قبل التزكيه وقعت لاغيه و افتقر إلى إعادتها بعد الإقامه لكن الانصاف عدم دليل واضح على ذلك غير أصاله عدم ثبوت الحق بدون ذلك بعد الشك فى إرادته غيره من الإطلاق، خصوصا بعد الترتيب فى أكثر

النصوص (١) التي وقفنا عليها.

نعم في المسالك تعليقه بأن «المدعى وظيفته البينه لا- اليمين بالأصالة فإذا أقام شاهدا صارت البينه التي هي وظيفته ناقصه و يتممها اليمين بالنص (٢) بخلاف ما لو قدم اليمين، فإنه ابتداء بما ليس له وظيفته، و لم يتقدمه ما يكون متمما له، و أما ثبوت عدالته فلا يترتب على شهادته بل المعتبر العلم بها قبل».

و في كشف اللثام أنه «استدل له بأن جانبه حينئذ يقوى، و إنما يحلف من يقوى جانبه، كما أنه يحلف إذا نكل المدعى عليه، لأن النكول قوى جانبه».

و هما معا كما ترى، و لعله لذا جوز بعض العامة تقدم اليمين على الأداء، لتزيلها منزله الشاهد الذي لا ترتب في شهادتهما، و آخر على التعديل.

كل ذا مع أن ما سمعته من المسالك لا- يتم على ما هو الأقرب، كما في القواعد من أن الحكم إنما يتم و يصح بهما معا لا بأحدهما، لأن النصوص (٣) تضمنت القضاء بهما، و لتوقفه على كل منهما، فيكون حجه مركبه منهما تمام كل واحد منهما موقوف على الآخر.

و ربما احتمل ضعيفا أن يكون بالشاهد بشرط اليمين، كيمين الاستظهار مع بينه المدعى، لأنها قول المدعى و هو ليس بحجه، و أن يكون باليمين وحدها، لأن المعلول إنما يحصل بعدها، و لأنها كالقسامه مع الشاهد.

و ضعف الكل ظاهر، و تظهر الفائده في الغرم و قدره مع رجوع الشاهد، فعلى الأول النصف، و على الثاني الكل، و لا يغرم شيئا على

١- ١ الوسائل الباب- ٧- من أبواب كيفية الحكم.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب كيفية الحكم.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب كيفية الحكم.

الآخر، وربما قيل بغرمه بناء على أن اليمين إنما تقوت به.

و كيف كان ف يثبت الحكم بذلك في الأموال، كالدين و القرض و الغصب و الالتقاط و الاحتطاب و الأسر و ما يقصد به المال كما في المعاوضات، كالبيع و الصرف و الصلح و الإجاره و القراض و الهبه و الوصيه له و الجنايه الموجهه للديه أصلا كالخطيأ المحض و عمد الخطأ و قتل الوالد ولده و الحر العبد و كسر العظام و الجائفه و المأمومه، و ضابطه ما كان مالا أو المقصود منه مالا بخلاف القصاص و نحوه وفاقا للمشهور، بل عن الخلاف و السرائر الإجماع عليه.

مضافا إلى إطلاق ما ورد في القضاء بهما خصوصا مثل

خبر أبي مريم (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «أجاز رسول الله (صلى الله عليه و آله) شهادته شاهد مع يمين طالب الحق إذا حلف أنه لحق».

و نحوه

خبر منصور بن حازم (٢) عنه (عليه السلام) أيضا «كان رسول الله (صلى الله عليه و آله) يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق»

و مثله خبر البصرى (٣).

و في الفقيه (٤) «قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) بشهادة شاهد و يمين المدعى، و قال نزل على جبرئيل بشهادة شاهد و يمين صاحب الحق، و حكم به في العراق أمير المؤمنين (عليه السلام)».

بل في

صحيح ابن مسلم (٥) عن أبي جعفر (عليه السلام) «لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله تعالى أو رؤيه الهلال فلا»

و قد سمعت خبر درع طلحه (٦).

١- ١ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب كيفية الحكم الحديث ٩.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب كيفية الحكم الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب كيفية الحكم الحديث ٨.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب كيفية الحكم الحديث ١٤.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب كيفية الحكم الحديث ١٢.

٦-٦ الوسائل الباب-١٤- من أبواب كيفية الحكم الحديث ٦.

خلافًا لما عن النهايه و الاستبصار و الغنيه و المراسم و الإصباح و الكافى من التخصيص بالديون، بل فى الغنيه الإجماع عليه، و لعله ل

خبر حماد(١)«سمعت الصادق (عليه السلام) يقول: كان على (عليه السلام) يجيز فى الدين شهاده رجل و يمين المدعى».

و خبر أبى بصير(٢)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون له عند الرجل الحق و له شاهد واحد، فقال: كان رسول الله (صلى الله عليه و آله) يقضى بشاهد واحد و يمين صاحب الحق، و ذلك فى الدين».

و خبر القاسم بن سليمان(٣)«سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) بشهاده رجل مع يمين الطالب فى الدين وحده».

و خبر محمد(٤) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «كان رسول الله (صلى الله عليه و آله) يجيز فى الدين شهاده رجل واحد و يمين صاحب الدين، و لم يكن يجيز فى الهلال إلا شاهدى عدل».

بل عن الشيخ فى الاستبصار حمل إطلاق النصوص السابقه على التقييد فى هذه النصوص، و

خبر درع طلحه(٥)«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 و اليمين من الوالى.

نعم قد يقال: إن حمل المطلق على المقيد إنما يصح بعد فرض التقييد و عدم قوه المطلق من حيث كونه مطلقاً و هما معا ممنوعان، لإمكان عدم إرادته التقييد فى النصوص السابقه، ضروره أن القضاء بهما فى الدين أو

-
- ١-١ الوسائل الباب-١٤- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ١١.
 - ٢-٢ الوسائل الباب-١٤- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ٥.
 - ٣-٣ الوسائل الباب-١٤- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ١٠.
 - ٤-٤ الوسائل الباب-١٤- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ١.
 - ٥-٥ الوسائل الباب-١٤- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ٦.

جوازہ لا يقتضى عدم القضاء و لا عدم جوازہ بغيره.

هذا بعد الإغضاء عن قصور السند و لا جابر له، لما عرفت من أن المشهور التعديہ، بل قد سمعت دعوى الإجماع عليه من الشيخ و الحلبي، بل عن الفاضل فى المختلف نفى الخلاف فيه، حيث حمل كلام النهايه على المال المطلق، بل ادعى الإجماع فيه فى محل آخر. و فى الرياض «و هو ظاهر فى ورود الدين بالمعنى العام الشامل له» بل يظهر من مجمع البحرين ورودہ لمطلق الحقوق، و عليه يمكن حمل عبارہ من عدا النهايه عليه أيضا، فيرتفع الخلاف. و لعله لهذا لم يشر إلى الخلاف هنا أحد من الأصحاب و إن كان فيه ما فيه.

نعم قد استفاد من المقابله فى الخبر الأخير (١) أن المراد به الأعم، لكن مقتضاه بل و مقتضى صحيح ابن مسلم و غيره (٢) مما اشتمل على لفظ «الحق» عموم ذلك لكل حق للناس حتى القصاص و الوصايه و الوكاله و نحوها، لا خصوص المال، نعم تخرج الشهاده على الهلال الذى لا وجه للحلف عليه من حيث إنه كذلك من أحد، و كذا غيره من الموضوعات العامه التى لا حق بالخصوص فيها لأحد، و إنما يراد ثبوتها لترتب الأحكام الشرعيه، و كذا كل ما لم تشرع اليمين فيه مثل حقوق الله تعالى التى هى أيضا لا دعوى لأحد بالخصوص فيها.

و بالجملة كل ما تشرع فيه رد يمين الإنكار على المدعى يشرع فيه الشاهد و اليمين، لأن الظاهر كون هذه اليمين يمين المنكر صارت للمدعى الذى له شاهد، و حينئذ فالاجتهاد فى النصوص يقتضى الاختصاص بالدين أو التعميم لكل حق، إلا- أن الأصحاب على خلاف ذلك، بل جعلوا

١- ١ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب كيفية الحكم الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب كيفية الحكم الحديث ١٢ و ٥ و ٨.

ضابطه المال أو المقصود منه المال، و لعلهم فهموا من نصوص الدين ذلك و حملوا عليها نصوص الحقوق أو أنهم عملوا

بالمرسل عن ابن عباس «إن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: استشرت جبرئيل في القضاء باليمين مع الشاهد فأشار على بذلك في الأموال، و قال: لا تعدو ذلك»

و لكن ليس هو من طرقنا و لا معروف النقل في كتب فروعنا، و إنما رواه في المسالك، بل لعل مضمونه لا يوافق أصول الشيعة، و يمكن أن يكون من محرفات العامه، لأنك قد سمعت ما نزل به جبرئيل عليه (صلى الله عليه و آله) في الخبر السابق (١) و ربما تسمع إنشاء الله فيما يأتي زياده تنقيح لذلك.

و كيف كان فلا إشكال في الاجتزاء بها مع المرأتين القائمتين مقام رجل في الشهاده، كما عن الأكثر، خصوصا بعد

خبر منصور بن حازم (٢) قال: «حدثني الثقة عن أبي الحسن (عليه السلام) أنه قال: إذا شهدت لصاحب الحق امرأتان و يمينه فهو جائز»

و حسنه الحلبي (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «إن رسول الله (صلى الله عليه و آله) أجاز شهاده النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله أن حقه لحق».

فما عن ابن إدريس - من المنع لعدم الإجماع و التواتر - مبنى على أصله من انحصار الدليل بذلك و نحوه. نعم ما عن التحرير من الجزم بالعدم في هذا الكتاب واضح الضعف، خصوصا بعد مخالفته ذلك في المحكى عنه في كتاب الشهاده من الجزم بالقبول من غير نقل خلاف.

و على كل حال ف في ثبوت النكاح

١-١ الوسائل الباب-١٤- من أبواب كيفية الحكم الحديث ١٤.

٢-٢ الوسائل الباب-١٤- من أبواب كيفية الحكم الحديث ٤.

٣-٣ الوسائل الباب-١٤- من أبواب كيفية الحكم الحديث ٣.

بالشاهد و اليمين تردد و خلاف، فعن المشهور عدم ثبوته بالشاهد و اليمين مطلقا، لأن المقصود منه بالذات التناسل و المهر، و النفقه من التوابع، و فى القواعد «الأقرب الثبوت إن كان المدعى الزوجه» و وافقه عليه فى المسالك، و لعله لأنها تثبت مهرا و نفقه بخلاف الزوج، و عن بعضهم تقييده بما إذا كان دعواها بعد الدخول أو التسميه، لأنهما يشتان المال، و ضعفه فى المسالك بأن النفقه لا تتوقف على الأمرين، و مفوضه المهر تدعى مهرا فى الجمله مطلقا. و لا يخفى عليك ما فيه.

و لو ماتت الزوجه كانت دعوى الزوج تتضمن المال و هو الميراث بل فى كشف اللثام لعله ليس من دعوى النكاح، بمعنى أنهم لم يريدوا بها ما يعمه، بل فى المسالك يمكن تضمن دعوى الزوج المال مطلقا نظرا إلى استحقاقه إياه.

أما الخلع و الطلاق و الرجعه و العتق و التدبير و الكتابه و النسب و الوكاله و الوصيه إليه و عيوب النساء فلا يثبت شىء منها بهما، لخروجها عن الضابط المزبور، بل لعله من الواضح فى الطلاق و النسب و الوكاله و الوصيه إليه و العيوب، بل فى كشف اللثام فى شرح عباره الفاضل «عدم ثبوت الطلاق بهما» زياده «و إن استلزم تنصيف المهر أو سقوط النفقه، و الرجعه و إن استلزم النفقه، و العتق و إن كان الرقيق مالا و الكتابه و إن استدعت مالا و التدبير و النسب و إن استلزم إرثا أو نفقه، و الوكاله و إن كانت فى مال و يجعل و الوصيه إليه و إن كانت كذلك، و عيوب النساء و إن استتبعت براهه عن المهر أو ردا للثمن و غرامه».

بل فى المسالك الاتفاق على عدم ثبوت الرجعه بهما، لأنها لا توجب مالا، إذ النفقه يوجبها النكاح الأول لا هى. نعم قد يتوقف فى الخلع

إذا ادعاه الزوج و إن أطلق جماعه المنع منه، بل فى الروضه نسبته إلى الأ-كثر لتضمنه حينئذ دعوى المال و إن انضم إليه أمر آخر، بل فى الروضه «ينبغى القطع بثبوت المال كما لو اشتملت الدعوى على الأمرين فى غيره كالسرقة، فإنهم قطعوا بثبوت المال» و قواه فى الرياض، و حكى عن الدروس الجزم به، و فى المسالك الوجه قبوله بهما ناقلا عن العلامة فى أحد قوليه.

و أما العتق فالمشهور عدم ثبوته بهما، لمعلوميه عدم ماليه الحريه، و لكن عن بعضهم ثبوته بهما، لتضمنه المال من حيث إن العبد مال للمولى، فهو يدعى زوال المالىه، و ظاهر اللمعه عدم الخلاف فى المنع من القبول فى التدبير و الكتابه و الاستيلاء، لكن فى الروضه ظاهره عدم الخلاف، مع أن البحث آت فيها، و فى الدروس ما يدل على أنه بحكم العتق لكن لم يصرحوا بالخلاف، فلذا أفردها، و فى المسالك اختلف كلام الفاضل فى القواعد و التحرير، ففى كتاب العتق و التدبير قطع بثبوتها بهما من غير نقل خلاف، و فى هذا الباب قطع بعدم ثبوتها بهما كذلك، و توقف فى الدروس مقتصرًا على نقل القولين، و له وجه.

و فى الوقف إشكال بل و خلاف، فعن الشيخ فى الخلاف المنع مطلقًا، و عنه فى المبسوط و المحكى فى السرائر و الحلبي و الفاضل و غيرهم ثبوته بهما مطلقًا، و فى الدروس و المسالك و غيرها الثبوت بهما إذا كان خاصًا، و قد ذكر غير واحد أن منشأه أى الاشكال و الخلاف النظر إلى من ينتقل فهل هو إلى الموقوف عليهم أم إلى الله تعالى أم الأول مع الانحصار و الثانى مع عدمه أو يبقى على ملك الواقف؟ و قد عرفت تحقيق الحال فى ذلك فى كتاب الوقف.

و الأشبه عند المصنف و غيره القبول، لانتقاله إلى الموقوف

عليهم لكن قد يشكل في مثل العام بعدم صحه اليمين من أحد الموقوف عليهم و إن قلنا بالانتقال فيه إلى الموقوف عليهم، ضروره كونهم حينئذ كمستحقى الزكاه و الخمس و الوصيه على الوجه العام، كما أنه قد يشكل أصل المنشأ المزبور بإمكان القول بالاكْتفاء بملك المنفعه الذى لا إشكال فى كونها ملكا للموقوف عليهم و إن لم نقل بكونه ملكا لهم، و فى القواعد فى كتاب الشهادات «الأقرب جريانها فى حقوق الأموال كالأجل و الخيار و الشفعه و فسخ العقد و قبض نجوم الكتابه و فى النجم الآخر إشكال» إلى غير ذلك من كلماتهم المبتنيه على اندراج مثل هذه الأفراد فى الضابط المزبور و عدمه.

و فى الرياض «لا- بد من تحقيق معنى تعلق الدعوى بالمال الموجب لقبول القضاء بهما هل هو التعلق المقصود بالذات من الدعوى أو مطلق التعلق و لو بالاستتباع؟ و الذى يقتضيه النظر فى كلماتهم أن المراد به هو الأول، و لذا لم يثبتوا بهما النسب و الرجعه بلا خلاف أجده، بل عليه الوفاق فى المسالك مع أنهما يستتبعان المال من النفقه و نحوها بلا شبهه، و حينئذ فالأقوى فى النكاح عدم الثبوت مطلقا و فى الخلع على التفصيل و لى فى الثالث توقف، و لكن الأصل يقتضى العدم مع كونه أشهر».

و لا- يخفى عليك ما فيه، ضروره عدم ثبوت كون العنوان للحكم التعلق بالمال فى شىء من النصوص المرويه من طرفنا كى يرجع فى المراد منه إلى العرف، و كلامهم غير منقح، بل فيه من التشويش ما لا يخفى، بل لم يعلم كون المراد بالتعلق المزبور ذاتا أو حال الدعوى، كما إذا ادعى أنه ابن الرجل المزبور ليجوز إرثه، نحو دعوى الرجل أن المرأه زوجته بعد موتها ليحصل الإرث الذى جعلوه خارجا عن مسأله النكاح بل قد سمعت ما فى الروضه فى الخلع من ثبوت المال بهما دون السبب

نحو السرقة، مع أن ذلك جار في جميع الأسباب التي لا إشكال عندهم في ثبوتها بهما، كما هو ظاهر ضابطهم المزبور.

و من الغريب اتفاقهم على خروج الوكالة على المال و إن كانت بجعل، و كذا الوصيه، و اختلافهم فى العتق.

و بالجملة كل من أعطى النظر حقه فى كلماتهم و خلع ربه التقليد يعلم أنها فى غاية التشويش، و السبب فيه هو الضابط المزبور الذى لم نجده فى شىء من النصوص، و إنما الموجود فيها عنوانا للحكم «حقوق الناس» بعد عدم تقييدها بنصوص الدين، و لو للتجوز فيه بإرادته ذلك منه، خصوصا بقريته المقابلة بذكر ما لا يثبت به من الهلال و حقوق الله تعالى.

مؤيدا ذلك بما سمعته فيها من ذكر يمين المدعى و يمين صاحب الحق، بل و بما تقدم سابقا من الخبر (١)المشتمل على أن استخراج الحقوق بأربعة، و عد منها الشاهد و اليمين الظاهر فى كونه مثلها فى ذلك.

بل قد عرفت سابقا أنه بالتأمل فى نصوص المقام يستفاد منها أن اليمين الذى مع الشاهد هو يمين المنكر الذى لو شاء ردها على المدعى، و حينئذ يكون الميزان ما يثبت بها، و لكن حيث إن جملة من أوباش الناس لا تحمل عقولهم هذا الخلاف كان المتجه القول بأن عنوان الحكم هو ما ذكرناه، و لكن كل ما ثبت إجماع محقق على عدم ثبوته بالشاهد و اليمين و إن كان هو حقا للناس قلنا به و إلا فلا، و حينئذ كل أفراد الخلاف داخله فيما ذكرناه من الضابط و إن خرجت عما ذكره من الضابط، و الله العالم.

و لا تثبت دعوى الجماعه مالا بينهم مثلا مع الشاهد إلا مع حلف كل واحد منهم لأنها تنحل إلى دعاوى متعدده و إن

كانت هي واحده بالظاهر، على أنك ستعرف الإجماع ظاهرا على عدم ثبوت اليمين مال آخر، فلو اجتزئ هنا بيمين أحدهم كما استظهره المقدس البغدادي إن لم يكن إجماعا ثبت به حينئذ مال الغير، فلا وجه لاحتماله كما لا وجه لاحتمال توقف ثبوت الدعوى على الحلف من الجميع بحيث لو حلف أحدهم لم يثبت ما يخصه أيضا، ضروره مخالفته لإطلاق الأدله أجمع، فتعين حينئذ ما سمعته أولا من الأصحاب بلا خلاف نجده فيه بينهم، بل ولا إشكال بعد ما عرفت.

و حينئذ ف لو امتنع البعض من الحلف ثبت نصيب من حلف لاندراجه في جميع الأدله السابقه دون الممتنع بل في القواعد «ليس لولد الناكل بعد موت أبيه أن يحلف» و لعله لأنه إنما ينتقل إليه من أبيه ما ملكه، و مع النكول يسقط الملك.

لكن فيه أنه لم يثبت سقوط الحق بمثل هذا النكول الذي هو ليس نكولا عن اليمين المردوده، و لهذا قال هو بعد ذلك: «و لو أقام شاهدا واحدا و نكل عن اليمين معه احتمل أن يكون له الحلف و عدم القبول إلا بشاهد آخر» و لو أن هذا النكول مثل النكول عن اليمين المردوده لم يقبل منه حتى لو أقام شاهدا آخر، فالمتجه أن نكوله عنه تأخير للدعوى التي لم يجبر عليها. و حينئذ فلولده الحلف بعد موت أبيه مع نكوله فضلا عما لو لم ينكل.

لكن في كشف اللثام أنه «يحلف كان لوالده إن كان يعلم، لعدم سقوط الملك و قيام الوارث مقامه، و لكن لا يكفيه هذا الحلف إلا إذا لم يثبت المدعى عليه البراءه أو الانتقال و لم يحلف على عدم استحقاق الولد، بخلاف الوالد، فإنه يحلف على استحقاقه الآن، فلا يحلف المدعى عليه على العدم» و كان مرجعه إلى الفرق بين يمين الوالد و الولد

فيما لو فرض أن المدعى عليه ادعى عدم استحقاق الولد لذلك، فإنه يسمع منه ذلك، وحيث لو حلف على ذلك لم ينفع يمين الولد، فإن ثبوته لأبيه أعم من استحقاقه له بخلاف يمين الوالد، فإنه لا يجرى فيها شيء من ذلك، ضروره كون صورتها أنه الآن مستحق له، فلا وجه لدعوى عدم استحقاقه له ولا لليمين على ذلك، ولكن لا يخلو من نظر.

ثم قال: «و لو أقر المدعى عليه بعد موت الوالد و شهد به واحد كان للولد الحلف بعد الشهاده، كما كان يحلف الوالد، و كفاه إن لم يثبت المدعى عليه البراءه أو الانتقال بعد إقراره، و هذا الحلف ليس مما قام فيه مقام الوالد، و لا هذه الدعوى دعواه».

و على كل حال ففي وجوب إعادة الشهاده لحلف الولد إشكال في القواعد أقواه عندنا عدم الوجوب، للأصل و غيره بعد اتحاد الدعوى و قيام الوارث منها مقام المورث، فتغاير المدعيين لا يعددها، و لو ورث الناكل الحالف قبل الاستيفاء استوفى المحلوف عليه، لثبوت ملكه له ما لم يكذبه في الدعوى، لأخذه بإقراره.

و لا يجوز أن يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقينا و إن كان هو مقتضى الأصول العقلية، و قد تقدم جملة من الكلام فيه، لما سمعته من النصوص (١) المصرحة بذلك، إلا- أن من المقطوع به جواز الحلف على ما تقتضيه اليد من الملك، كما سمعت التصريح به في الخبر (٢) السابق، و إنما المراد هنا عدم جواز حلف الوارث مثلا بما يجده مكتوبا بخط والده أو بما يشهد له به شاهد، خلافا لبعض العامة، فجوز الحلف على شهاده شاهد واحد، أما لو شهد له به شاهدان فقد

١- ١ الوسائل الباب- ٢٢- من كتاب الأيمان.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٢.

يقال بالجواز، لأنها حجة شرعية، بل قد يحتمل جواز الحلف على مقتضى استصحاب الموضوع الثابت، لكنه لا يخلو من إشكال بل منع فيهما، لعدم العلم

المعتبر في الحلف الذي لم يثبت قيام نحو ذلك مقامه في الفرض، بل لعل الثابت خلافه.

ولا يثبت مالا لغيره وإن تعلق له به حق بلا خلاف، بل قد يظهر من المسالك وغيرها الإجماع عليه، ولا إشكال، للأصل السالم عن معارضة ما دل على الثبوت بها بعد ظهوره في المدعى لنفسه، لكن في كشف اللثام «إلا-الولى لمال المولى عليه، فان الحالف إما المنكر أو المدعى له، أما الولي فقوله بمنزلة قول المولى عليه» و لم أجده لغيره، بل إطلاقهم يقتضى خلافه.

و حينئذ فلو ادعى غريم الميت مالا له على آخر مع شاهد فان حلف الوارث لأنه المالك للتركة عندنا وإن كان الدين مستوعبا ثبت وإن تعلق به حق الديان.

نعم قد يستشكل فيما لو كان الدين مستوعبا مثلا و قلنا ببقاء التركة على حكم مال الميت، فان يمين الوارث حينئذ لإثبات مال الغير، إلا أن ظاهرهم الاتفاق على جواز حلفه على كل حال، لأن له تعلقا به على وجه يكون له بإبراء الديان مثلا.

و فيه أن التعلق لا يكفي في جواز الحلف لإثبات مال الغير، اللهم إلا أن يكون مثل هذا التعلق كافيا. و منشأ ظهور الأدلة، بل قد يدعى معلوميه قيام الوارث مقام مورثه في مثل ذلك، فله الحلف حينئذ على ماله، ثم يتبعه التعلق بالدين، و ربما يخرج على جواز حلفه كذلك تبعيه الوصيه، بل صريح بعضهم أنه بعد الحلف يتعلق بالمال الوصايا و الدين، و هو كذلك في الوصايا التي تكون كالدين، و هى الكليه المتعلقة بالتركة

تعلق الدين، بل قد يقال: إن التركة معها ملك الوارث و إن وجب عليه أداؤها منه إلا على احتمال انحلالها إلى حصه مشاعه من التركة، بناء على أن الكلى فى الخارج لا يكون إلا عليها، و لكن فيه بحث أو منع قد ذكرناه فى محله.

أما الوصيه بالثلث على وجه لا- تعلق للوارث به فان قلنا بكونه ملكا للوارث تحرزا من بقاء المال بلا مالك لخروج الميث عن قابليته ابتداء و استدامه لم يكن إشكال فى جواز حلفه أيضا، أما إذا قلنا ببقائه على حكم مال الميث فقد يشكل جواز حلفه بكونه لإثبات مال الغير، و الفرض عدم التعلق به كما فى المال المتعلق به الدين، لخروجه بالوصيه عن إرث الوارث، و ليس فى الأدله ما يقتضى قيام الوارث مقام المورث حتى فى هذا الذى لا تعلق للوارث به فى وجه.

اللهم إلا- أن يقال: إنه قد ورث حق الدعوى به و إن صار بعد الثبوت على حكم مال الميث و لا تعلق للوارث به، و لكنه كما ترى، و لم أجد ذلك محررا فى كلام الأصحاب.

و ربما ينقدح من هذا الإشكال فى الحلف من المالك على العين التى تعلق بها الخمس و الزكاه، لأنه أيضا حلف لإثبات مال الغير، لكن السيره على خلافه، و لعلها لبقاء تعلقه بها، و الأولى إذا أراد الحلف أن ينقلها إلى ملكه بما يقابل الخمس فى ذمته حتى يتمحض له، لأنه مخير فى دفعه منه و من غيره.

و على كل حال ف ان امتنع الوارث لم يحلف الغريم على أنه ملك الميث، و لا- يجبر الوارث على الحلف، للأصل و غيره، و لكن للغريم إحلاف المدعى عليه، لأن له تعلقا بذلك، فإن أحلفه برأ من الغريم و لم يبرأ من الوارث، فان حلف الوارث كان للغريم

أخذه من حيث ثبوت كونه تركه، بل يقوى جواز مطالبته به قبل قبض الوارث له، وإن استشكل فيه الفاضل من إحلّافه، لكن فيه أن سقوط استحقاقه عليه من جهة لا ينافي الاستحقاق من جهة أخرى، كما أسلفنا الكلام فيه.

و كذا لو ادعى رهنا و أقام شاهدا أنه ملك للراهن لم يحلف على أنه ملك الراهن لأن يمينه لإثبات مال الغير حينئذ لكن فى الدروس الإشكال فى ذلك مما عرفت و من ثبوت النفع، إلا أنى لم أعرفه لغيره من أصحابنا، و إنما هو محكى عن بعض العامه، نعم لو ادعى الرهانه و أراد إثباتها من غير تعرض للمالك لم يبعد إثباتها بالشاهد و اليمين، و لا ينافيها كونه ملكا للغير، فإنه يمكن تعلق الرهانه به و إن كان ملكا للغير، بل لو ادعى غريم الميث أن له حق الوفاء من هذه العين من غير تعرض لمالكها أمكن الثبوت و إن لم يثبت أنها تركه ميث، إلا أنى لم أر مصرحا بذلك، و لعله لتوقف ثبوت حق الاستيفاء له على كونه تركه للميث، و الفرض عدم ثبوتها بيمينه، و بذلك يفرق بينه و بين الأول، فتأمل.

و لو ادعى الجماعه مالا لمورثهم و حلفوا أجمع مع شاهدهم ثبتت الدعوى بلا خلاف و لا أشكال و قسم بينهم على الفريضه، و لو كان وصيه قسموه بالسويه لظهورها فى ذلك إلا أن يثبت التفضيل من الموصى و لو امتنعوا لم يحكم لهم لعدم تمام الحجه.

و لو حلف بعض أخذ و لم يكن للممتنع معه شركه لإطلاق أدله القضاء بالشاهد و اليمين، و انحلال دعوى الجماعه إلى دعاوى متعدده، كما عرفت فى المسأله السابقه، و حينئذ لم يكن للممتنع معه شركه، لأنه

بتركة لليمين قد أبطل حجته و أسقط حقه، فصار بمنزله غير الوارث.

و فى المسالك «و قد يشكل الفرق بين هذا و بين ما لو ادعى على آخر مالا و ذكرنا سببا موجبا للشركة كالإرث، فإنه إذا أقر لأحدهما شاركه الآخر فيما وصل إليه، فخص بعضهم هذا بالدين و ذاك بالعين، لأن أعيان الشركة مشتركة بين الورثة، و المصدق معترف بأنه من الشركة بخلاف الدين، فإنه إنما يتعين بالتعيين و القبض، فالذى أخذه الحالف تعين لنفسه بالقبض، فلم يشاركه الآخر فيه، و هذا الحكم مبنى على ما إذا استوفى بعض الشركاء نصيبه من الدين هل يشاركه الآخر أم لا؟

و هذه التخصيصات لا- توافق مذهب المصنف من مشاركة الشريك فى الدين فيما قبضه الآخر منه، و مع ذلك فلو انعكس الفرض انعكس الحكم».

قلت: الذى صرح بالفرق الفاضل فى التحرير، فإنه قال على ما حكى عنه: «و لا شركة للغائب فيما أخذ الحاضر إذا كانت الدعوى ديناً، أما لو كانت عينا و أخذ نصيبه منها بالشاهد و اليمين فإن الغائب إذا حضر و امتنع من اليمين أخذ نصيبه مما أخذ، كما لو ادعى الوارثان عينا فأقر لأحدهما فصالحه كان للآخر الشركة».

و قال فى الإرشاد فى كتاب الشهادات فى مفروض المسألة: «و لو استوفى الحاضر حصته من الدين لم يساهمه الغائب، و إن كان عينا ساهمه».

و قال فى القواعد فى مفروض المسألة: «هل للمولى عليه منهم شركة فيما يقبضه الحالف؟ الأقرب ذلك إن كمل و حلف».

و علله شارحه الأصبهاني بأن الإرث أو الوصية سبب لاشتراك الكل بالإشاعة و المفروض اعتراف الحالف بالسبب المشترك، و الاستيفاء ليس بقسمه، ثم قال الشارح المزبور: «و هو ظاهر فى العين دون الدين، لأنه يتعين بالقبض، و أما إذا لم يحلف فقد أسقط حقه، و يحتمل الشركة

و إن لم يحلف، لاعتراف القابض بشركته بالإشاعه و أن القسمه بغير إذنه، فباعترافه لم تقع موقعها، و العدم مطلقا للحكم بانتزاع ما قبضه، فهو أبلغ من القسمه بالتراضى».

و فى المسالك «أنه فرق آخرون بين الإقرار و بين المقام بأن المدعى هناك تلقى الملك من إقرار ذى اليد ثم ترتب على ما أقر به إقرار المصدق بأنه إرث، فلذلك شاركه فيه، بخلاف ما هنا، فان السبب هنا الشاهد و اليمين، فلو أثبتنا الشركه لملكنا الناكل بيمين غيره، و بعيد أن يمتنع الإنسان من الحلف ثم يملكه بحلف غيره، مع أن اليمين لا تجرى فيها النيابة، و على هذا فلا يفرق بين العين و الدين- و أشكله فيها- بأن سبب الملك ليس هو اليمين بل الأمر السابق من إرث أو وصيه و غيرها، و اليمين إنما كشفت عن استحقاقه السابق و رفعت الحجر عنه- ثم قال:-

و لو فرض حلف الآخر بعد ذلك فان كان قبل الدفع إلى الأول فلا كلام، و إن كان بعده ففى مشاركه الثانى له وجهان: من وجود السبب المقتضى للشركه، و سبق الحكم باختصاص الأول بما حلف عليه و قبضه، و تظهر الفائده فى المشاركه فى النماء الحاصل قبل يمين الثانى».

و فى الدروس بعد أن ذكر نحو ما سمعته من التحرير قال: «و يشكل بالفتوى أن الشريك فى الدين يأخذ نصيبه من شريكه» إلى غير ذلك من كلماتهم المشوشه فى المسأله.

و التحقيق عدم الفرق بين الدين و العين بعد تحقق سبب الشركه فيهما، إذ الدين عين أيضا، إلا أنها كليه، و قد تقدم التحقيق فى الشركه بالدين أنه إذا قبض بعض الشركاء لنفسه و دفعه المديون له أيضا كذلك لم يختص به عن الشريك الآخر لو فرض إجازته القبض و فاء عن الدين المشترك، خلافا لابن إدريس، و قد ذكرنا النصوص و الفتاوى على

خلافه، ضروره عدم ولايه للمديون على تعيين الحصه المشاعه التى هى للشريك فى عين خارجيه و إن اتفق معه، نعم لو أراد الاستقلال بذلك صالحه عن حصته المشاعه بعين أو حول عليها على إشاعتها أو نحو ذلك مما ذكرناه فى وجه اختصاص بعض الشركاء عن بعض حتى فى العين.

و منه يعلم النظر فيما فى التحرير من لحوق الشريك للآخر لو صالحه عن حصته فى العين زياده على ما سمعته منه و من غيره من اختصاص الشريك عن الغائب فيما يقبضه بالشاهد و اليمين من حصته فى الدين.

و أغرب من ذلك ما سمعته من المحكى فى المسالك من الفرق المزبور بين الإقرار و غيره، ضروره أن لحوق الشريك فيما قبضه الآخر بيمينه ليس لإثبات حقه بيمين غيره مع فرض نكوله، بل هو لاعتراف القابض بإشاعه الدين و إن توصل هو إلى قبض بعضه بعنوان أنه حصه له بيمينه، لكن ذلك لا يغير الواقع و ما فى النفس الأمر. و أغرب منه ما سمعته من الاحتمالات فى كشف اللثام.

نعم قد يتجه اختصاص الشريك فى الدين و العين بما يقبضه منهما إذا لم يعلم بقاء سبب الشركه، لاحتمال الإبراء من شريكه أو نقله بحصته على الإشاعه أو نحو ذلك، و العلم السابق بحصول مقتضى الشركه لا يقتضى التشريك فيما يدفعه المديون أو من فى يده العين منها مع عدم ثبوت الشركه بظاهر الشرع، بل ربما ثبت عدمها بظاهر الشرع، كما لو رضى بيمينه أو نكل عن يمين ردت عليه أو نحو ذلك و حينئذ فالحكم الظاهرى لم يعلم فساده، كما لم يعلم عدم تماميه ما قصدها مع من الاختصاص بعد عدم حجيه الأصول المثبتة عندنا.

بل قد يقال باختصاصه فى هذا الحال مع غيبه الشريك الآخر و إن جاء و حلف، لكن ذلك لا يقتضى التشريك فى حق القابض الأول، إذ

يمكن كذبه بيمينه، كما يمكن ذلك فى الأول، فلا يلحق أحدهما الآخر إلا مع تداع جديد بينهما.

وبذلك بان لك الحال فى جميع أطراف المسأله حتى لو كان فى الجملة مولى عليه لصغر و نحوه، فإنه لم يحلف و ليه لكون المال لغيره، و لكن يوقف نصيبه، فان كمل و رشد حلف و استحق و إن امتنع لم يحكم له و فى شركته للقباض الأول حلف أو لم يحلف و شركه الآخر له على تقدير حلفه ما سمعته، و ليس للولى مطالبه المديون بكفيل إلى أوان الحلف على الأصح، كما أنه لا- يجب على الوالى أخذ نصيب المولى عليه من الغريم، لعدم الثبوت و إن تردد فى محكى التحرير فى نصيب الغائب، و احتمال فى كشف اللثام الفرق بين العين فيؤخذ و الدين فلا.

و إن مات المولى عليه مثلاً قبل ذلك كان لوارثه الحلف أنه لمورث مورثه و استيفاء نصيبه كما سمعته فى غيره، و الأقوى عدم احتياج إعاده الشهاده حتى فى الوصيه، لكن فى كشف اللثام إن كان الدعوى فى الإرث لم يفتقر إلى إعاده الشهاده و إن لم يأت الولى بالشاهد، و إن كان فى الوصيه افتقر إن لم يأت الولى به، و الفرق أنه ثبت فى الأول أولاً ملك المورث، و هو ملك واحد، بخلاف الثانى، و فيه أن إطلاق الأدله يقتضى أعم من ذلك، كما أوأنا إليه سابقاً فى دعوى الجماعه غير الورثه.

هذا كله بالإثبات بالشاهد و اليمين، أما إذا كان بالبينه فلا- خلاف عندهم فى انتزاع حصه الغائب أو المولى عليه من العين و الدين و لو من الحاكم الذى هو ولى الغائب فى نحو ذلك، كما لو علم بالاستحقاق، نعم فى الدروس احتمال بقاء حصه الغائب فى الدين و استبعده.

وقد يشكل أصل الأخذ بأن البينه و إن كانت حجه شرعيه إلا- أنها لمن ادعى بها بنفسه أو وكيله أو وليه لا مطلقا، و يدفع بإطلاق ما دل على حجيتها ما لم يعلم فسادها، على أن الولي هنا و لو الحاكم الذى يتوقف استقلال الحاضر على نصيبه على مقاسمته له، فتأمل جيدا.

[مسائل خمس]

[المسألة الأولى لو قال هذه الجارية مملوكتى و أم ولدى حلف مع شاهده و ثبت رقيتها]

الأولى:

لو قال: هذه الجارية التى فى يد زيد مثلا مملوكتى و أم ولدى و أنكر زيد و أقام شاهدا على ذلك حلف مع شاهده و ثبت بذلك رقيتها بلا خلاف و لا إشكال، لأنها مال و إن كانت أم ولد، و لكن يختص الثبوت بها دون الولد، لأنه ليس مالا حتى يثبت بالشاهد و اليمين و إن كان يثبت لها حكم أم الولد من عدم جواز بيعها و غيره بإقراره و حينئذ فيثبت من تلك الدعوى المتضمنه لأمر أربعة اثنان: كونها مملوكته، و الثانى أنها أم ولد، الأول بالشاهد و اليمين و الثانى بالإقرار، و يبقى لحقوق الولد به، و يتبعه كونه حرا، و لا ريب أن الشاهد و اليمين لا يثبت النسب عند الأصحاب، نعم يلحقه حكم الولد من حيث الإقرار، فهو حينئذ كمدعى بنوه عبد الغير، و قد تقدم البحث فيه فى محله، و الوجه ثبوت حرته على تقدير انتقاله إلى ملكه فى الظاهر فى وقت ما لا معجلا.

و أما الحرية فبناء على ثبوتها بالشاهد و اليمين فقد يقال بعدمه هنا باعتبار كونها هنا تابعه للنسب لا واقعه بالذات، و انتفاء المتبوع يستتبع انتفاء التابع.

و فيه أن انتفاء واقعا يقتضى ذلك، لا عدم الحكم به فى ظاهر الشرع، و حينئذ يمكن إثباتها بهما، كما لو اشتملت الدعوى على أمرين يثبت أحدهما بذلك دون الآخر، و حينئذ فى الفرض تثبت حرته بهما، و لا يقدر فيها كونها تابعه لما لا يثبت بهما، ضروره كونها مدعى بها فى الجملة، فهى حينئذ كدعوى السرقة.

و دعوى أن حرية الولد ليست من حقوق المدعى كى تندرج فى ضابط الشاهد و اليمين يدفعها أنها من حقوقه مع استنادها إلى كونه ولدا له، بل قد يقال: إن الحكم بملكيه الجاربه يقتضى الحكم أيضا بملكيه الولد الذى هو من نمائها التابع لها، كما لو ثبت غصب جاربه، فإنه يحكم له بالولد الحاصل منها فى يد الغاصب، بل ثبوت الاستيلاء يقتضى ذلك، و حينئذ فينتزع الولد و يتم لحقوقه به بإقراره و إن كان قد يناقش بتقديم ما تقتضيه اليد من الملك فعلا على ذلك، خصوصا بعد دعواه الحرية بالاستيلاء الذى لا يقتضى ثبوته بالإقرار كونه كذلك فى حق المدعى عليه.

هذا و فى المسالك «الأظهر الأول، لأنه لا يدعى تملك الولد و لا عتقه، و إنما يدعى نسبه و حرته، و هما لا يثبتان بهذه الحجج، و على هذا فيبقى الولد فى يد صاحب اليد».

و فيه أن دعوى نسبه و حرته تشتمل على دعوى مال و دعوى غيره، بناء على أن دعوى زوال المال عمن هو فى يده و محكوم بكونه مالا- له بظاهر الشرع- نحو دعوى العبد العتق على من فى يده- من دعوى المال، بل لو فسرت دعوى المال بالتي تتعلق بالمال لو لا- الدعوى لكان ما نحن فيه من ذلك قطعاً، إذ هو مال لملك الجاربه باعتبار كونه نماءها التابع لها أو لمن فى يده باعتبار اليد الظاهره عليه.

و على كل حال هى دعوى مال على هذا التقدير و غير مال، فيثبت

منها بالشاهد و اليمين ما رجع إلى المال دون الآخر و إن كان يثبت حينئذ بإقراره بعد ثبوت الحرية، فتأمل.

[المسألة الثانية لو ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم دارا فإن حلف المدعون مع شاهدهم قضي لهم]

المسألة الثانية:

لو ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم دارا مثلا و بعدهم على نسلهم فان حلف المدعون أجمع مع شاهدهم الواحد بناء على القضاء بذلك في مثله قضى لهم بالوقفية و لم يؤد منه دين و لا ميراث و لا وصيه، فان انقضت المدعون معا أو على التعاقب فهل يأخذ البطن الثاني الدار من غير يمين أم يتوقف قبضهم على اليمين؟ ففي المسالك «فيه وجهان مبنيان على أن البطن الثاني يتلقون الوقف من البطن الأول دون الواقف، فعلى الأول كما هو الأشهر فلا- حوجه إلى اليمين، كما إذا أثبت الوارث ملكا بالشاهد و اليمين ثم مات، فان وارثه يأخذه بغير يمين، و لأنه قد ثبت كونه وقفا بحجه يثبت بها الوقف فيدوم، كما لو ثبت بالشاهدين، و لأنه حق ثبت لمستحق فلا يفتقر المستحق بعده إلى اليمين، كما لو كان للمدعى ملكا، و لأن البطن الثاني و إن كانوا يأخذون عن الواقف فهم خلفاء عن المستحقين أولا، فلا يحتاجون إلى اليمين، كما إذا أثبت الوارث للميت ملكا بشاهد و يمين و للميت غريم، فان له أن يأخذه بغير يمين».

و هو كما ترى لا محصل له، ضروره عدم تعقل تلقيهم من البطن الأول على وجه يقتضى التلازم بينهما أو اندراج حقهم في حق الأولين حتى يكون اليمين من الأولين مثبتا لحقهم لا- حق الغير، و القياس على إثبات الملك مع حرمة عندنا هو مع الفارق، ضروره أن الانتقال إلى الإرث

و تعلق حق الدين من لوازم الملك، بخلاف كونه وقفا على خصوص الثانى، فإنه ليس من لوازم الأول، و الحجج الشرعيه إنما هى فى حق صاحب الحق لا- لإثبات الشىء فى نفس الأمر، و لهذا كان فرق بينهما و بين البيئه، فالمتجه حينئذ التوقف على اليمين كالبطن الأول.

ثم قال فيها تفريعا على هذا «و حينئذ فلو كان الاستحقاق بعد الأولاد للفقراء و كانوا محصورين كفقراء قريه و محله فالحكم كالأول، و إن لم يكونوا محصورين بطل الوقف، لعدم إمكان إثباته باليمين، و عادت الدار إرثا، و هل تصرف إليهم بغير يمين؟ وجهان، و يحتمل عودها إلى أقرب الناس إلى الواقف بناء على أنه وقف تعذر مصرفه، كالوقف المنقطع، و يجرى فيه الخلاف الذى قد تقدم فى الوقف».

و هذا الكلام أغرب من الأول، إذ ما ذكره من الاحتمال الأخير لم نعرف أحدا ذكره فى الوقف المنقطع، و لا وجه له، فإن أقرب الناس إلى الواقف لا مدخلية له فى شىء من ذلك، و احتمال إرادته الإرث منه كما عساه يشعر به كلامه فى آخر المسأله يدفعه أنه ذكره بعد أن ذكر البطلان و أنه صار إرثا، و البحث فى كونه لورثه الواقف حين الوقف أو حين الانقطاع أو غير ذلك تقدم فى محله، نعم ذكروا فى الوقف المعلوم بقاؤه على الأبد و اتفق تعذر مصرفه أنه يحتمل صرفه فى أقرب الجهات إلى الوقف الأول أو فى مطلق وجوه البر، و الفرض أن المقام ليس منه قطعاً، لعدم ثبوت وقفه.

و كذا ما ذكره من الوجهين بعد الجزم ببطلان وقفه و عوده إرثا فى توقف صرفه إليهم على اليمين و عدمه، إذ لا استحقاق لليمين على الوارث بعد عدم مدع لكون المفروض وقفه على الفقراء و هم غير منحصرين.

بل ما ذكره أولاً من الحلف على فرض كون الوقف على فقراء

قريبه أو محله قد يناقش فيه بأنه لا وجه له مع فرض كون المراد الجنس و إن اتفق انحصار أفراده في الخارج، فان ذلك لا يجعل للمخصوصين من حيث كونهم كذلك حق الدعوى على وجه لهم الحلف مع الشاهد و اليمين المردوده و نحو ذلك، فتأمل.

و لو مات أحد الحالفين صرف نصيبه إلى الآخرين، فان لم يبق إلا واحد صرف الكل إليه، لأن استحقاق البطن الثاني مشروط بانقراض الأولين، و لكن في المسالك أيضا «و هل أخذ الآخرين بيمين أو بغيره مبنى على أن البطن الثاني هل يأخذ بيمين أم لا؟ فان قلنا بعدمه فهنا أولى، و إن قلنا به فهنا وجهان: من انتقال الحق إلى الثاني عن غيره فيفتقر إلى الحلف، و من كونه قد حلف مره و صار من أهل الوقف، فيستحق بحسب شرط الوقف تاره أقل و تاره أكثر».

و فيه أنه أيضا إسراف من الكلام، ضروره الفرق بين ذلك و بين البطن الثاني، بل ليس فيه إلا وجه واحد، لأن اليمين الأولى قد أثبتت استحقاق الحالف على حسب ما وقف الواقف، فلا يحتاج حينئذ في صيروره نصيب الميت إليه إلى يمين، كما هو واضح.

و إن امتنعوا أجمع من اليمين حكم بها ميراثا للجميع و تتعلق بها الوصايا و الديون و لكن كان نصيب المدعين وقفا لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، دون نصيب غيرهم، فان مات الناكلون ففي المسالك «في صرف حصتهم إلى أولادهم على سبيل الوقف بغير يمين وجهان مبنيان على تلقي الوقف، كما تقدم».

و فيه أن الإقرار من ذى النصيب هنا كاف في ثبوت الوقف لهم، بل لا وجه لليمين هنا مع عدم المنازع لهم، إذ الفرض إقرار الأب بما أصابه من نصيب الإرث، إلا أنه قد نكل عن اليمين السابقه، و ليس لشركائهم مخاصمه معهم في ذلك.

ثم قال: «و هل للأولاد أن يحلفوا على أن جميع الدار وقف؟»

وجهان من كون الأولاد تبعاً لأبائهم، فإذا لم يحلفوا لم يحلفوا، و من أنهم يتلقون الوقف من الواقف فلا تبعيه، و ربما بنى الخلاف على أن الوقف المنقطع الابتداء هل يصح أم لا؟ فان منعناه لم يحلف الأولاد على الجميع، لانقطاعه قبل طبقتهم، و إن جوزناه جاء الوجهان، و الحق مجيئهما حتى على المنع، لأن حلف الأولاد اقتضى عدم انقطاعه فى الواقع و إن انقطع بالعارض حيث لم يحلف آباؤهم، و لأن البطن الثانى كالأول فى تلقى الوقف من الواقف، و لأن منع الثانى يؤدى إلى جواز إفساد البطن الأول الوقف على الثانى و هذا لا سبيل إليه، فالقول بجواز حلفهم قوى، كما هو خيره الشيخ و المصنف و غيرهما.

و فيه أيضاً- بعد الإغضاء عما فى الأول من الوجهين- أن يمين الأولاد لا يصلح لإثبات اتصال الوقف، لأنه حينئذ يكون يمينا للغير، و احتمال الاتصال بعد كونه منقطعا فى ظاهر الشرع غير مجد، و إطلاق الإثبات بالشاهد و اليمين لا ينافى الفساد من جهه أخرى، فتأمل. إذ الظاهر عدم خلاف محقق فى أن للبطن الثانى اليمين مع نكول البطن الأول عنه بناء على تلقيهم من الواقف، و يكفى فى صحه الوقف فى حقهم احتمال الاتصال و إن كان هو منقطعا فى ظاهر الشرع بمعنى عدم ثبوته للبطن الأول، و الله العالم.

و لو (فان خ ل) حلف بعض و كانوا ثلاثة مثلا فحلف واحد منهم ثبت نصيب الحالف على تقدير الوقفيه و هو الثلث وقفا و كان الباقي طلقا بالنسبه إلى غير المدعى تقضى منه الديون و تخرج الوصايا، و ما فضل عن ذلك يكون ميراثا للجميع حتى الحالفين، كما هو ظاهر بعض، بل عن بعضهم التصريح به،

لايعترف غيرهم من الورثة باشتراكه بينهم أجمع و إن كان مدعى الوقف قد ظلم بأخذ حصته منه بيمينه، و لا يحسب عليه ما أخذه من حقه فى الباقي، لأنه معين و هو الدار المفروضه لا مشاع، فيؤخذون بإقرارهم و يقسم على الحالف و غيره، و على هذا فما يخص الحالف يكون وقفا على الناكِل، لأن الحالف معترف لهم بذلك.

و لكن فيه أنهم إنما يعترفون بالاشتراك فى الجميع، و أن ما أخذه الحالف بالوقفه إنما استحقه بالإرث، و الحالف معترف بأنه لا يستحق إلا ما أخذه، نعم إن زاد نصيب مدعى الوقف إرثا على نصيبه وقفا كان الزائد مجهول المالك، و لعله لذا قيل - كما عن المبسوط التصريح به:-

إن الفاضل يقسم بين المنكرين من الورثة و الذين نكلوا دون الحالف، لأنه مقر بانحصار حقه فيما أخذه و أن الباقي لإخوته مثلا وقفا، بل الظاهر أيضا كون الزائد من نصيبهم إرثا على نصيبهم وقفا مجهول المالك نحو ما سمعته فى الأول.

حصه الناكِلين تصير وقفا بإقرارهما كما أن حصه الحالف من حيث الإرث كذلك، و حينئذ فإذا مات الناكِلان و الحالف حى فنصيبهما له على ما شرط الواقف بإقرارهم، بل لا حاجة إلى اليمين كما عرفته فيما سبق، فإذا مات الحالف فالاستحقاق للبطن الثانى مع حلفهم كما سمعت.

و إن كان الحالف حيا عند موت الناكِلين فأراد أولادهم أن يحلفوا فى المسالك «على القولين المذكورين فى أولاد الجميع إذا نكلوا، و الأصح أن لهم الحلف - قال:- و أما حكم نصيب الحالف الميت قبلهما ففيه ثلاثه أوجه: أحدها أنه يصرف إلى الناكِلين، لأنه قضيه الوقف، إذ لا يمكن جعله للبطن الثانى لبقاء البطن الأول، و لأنه أقرب الناس إلى الواقف، و على هذا فى حلفهم الخلف السابق، فان قلنا بالحلف يسقط بالنكول

كالأول. و الثاني أنه يصرف إلى البطن الثاني، لأنه بنكول الناكل سقط حقه و صار كالمعدوم، و إذا عدم البطن الأول كان الاستحقاق للثاني، و هذا هو الذى اختاره الشيخ فى المبسوط. و الثالث و هو أضعفها أنه وقف تعذر مصرفه، لأنه لا يمكن صرفه إلى الباقيين من البطن الأول لنكولهم، و لا إلى البطن الثاني، لأن شرط استحقاقه انقراض الأول، فإذا تعذر مصرف الوقف بطل كمنقطع الآخر، و يرجع إلى أقرب الناس إلى الواقف، و يحتمل على هذا صرفه فى وجه البر، لأن هذا الانقطاع لم يكن واقعا، و إنما طرأ فكان كما لو بطل رسم المصلحة الموقوف عليها، و على هذا فإذا زال التعذر بأن مات الناكل و انتقل إلى البطن الثاني جاء فى حلفه ما مر، و كذا فى حلف أقرب الناس إليه إذا كان هو الناكل».

و فيه أنه لا ريب فى صرف نصيبه من حيث الإرث إلى الناكلين، كما صرف نصيبهم إليه من هذه الحثية للإقرار، و أما ما زاد عليه فيرجع إلى شركائه المنكرين للوقف، لانقطاع حكم يمينه بموته، و لم يتحقق استحقاق البطن الثاني باعترافه، نعم لو مات الناكلان انتقل إليهم حينئذ يمينهم و إلا كان إرثا، و الله العالم.

هذا و قد عرفت أن ما يحصل من الفاضل للمدعين يكون وقفا للإقرار. و كذا عرفت أنه لو انقرض الممتنع كان للبطن التى تأخذ بعده الحلف مع الشاهد، و لا يبطل حقهم بامتناع الأول كما هو واضح.

و إذا أحطت بجميع ما ذكرنا عرفت الكلام فيما ذكره المصنف فى

[المسأله الثالثه إذا ادعى الوقفيه عليه و على أولاده بعده و حلف مع شاهده ثبتت الدعوى]

المسأله الثالثه: من أنه إذا ادعى الوقفيه عليه و على أولاده بعده و حلف مع شاهده ثبتت الدعوى، و لا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفه عند المصنف و جماعه لأن الثبوت الأول أغنى عن تجديده و هم يتلقون الوقف منه، بمعنى الاكتفاء بثبوته فى حق الأولين عن إثباته فى حق البطن الثانى.

لكن قد عرفت أن فيه منعا واضحا، ضروره كونه كذلك إذا كان فى مال لا منازع لهم فيه لا فى مثل الفرض، نعم يتجه ذلك فيما يخصهم على تقدير الارثيه لا ما زاد، فإنه يحتاج إلى اليمين.

و كذا الكلام إذا انقرضت البطن و صار إلى الفقراء أو المصالح فإنه بناء على ما ذكرنا يتجه حينئذ انقطاع الوقف، لعدم صحه اليمين من أحدهم، و احتمال سقوطه هنا و إن قلنا به فى غيرهم لعدم حصرهم ضعيف، بل مناف لظاهر الأدله هذا كله فى وقف الترتيب.

أما لو ادعى التشريك بينه و بين أولاده افتقر البطن الثانى إلى اليمين (يمين خ ل) قطعا بل لا خلاف أجده فيه لأن البطن الثانى بعد وجودها تعود كالموجوده وقت الدعوى ضروره تلقى الجميع من الواقف، و لا يثبت حق أحد منهم بيمين غيره.

و حينئذ فلو ادعى إخوه ثلاثه مثلا- أن الوقف عليهم و على أولادهم مشتركا فحلفوا مع الشاهد ثبت ذلك بالنسبه إليهم، و لم يتعلق فيه حق وصيه و لا دين و لا حق إرث لغيرهم، فإذا كان كذلك ثم صار لأحدهم ولد مثلا فقد صار الوقف أرباعا (١١) بعد

أن كان أثلاثا و لكن لا- تثبت حصه هذا الولد ما لم يحلف، لأنه يتلقى الوقف عن الواقف، فهو كما لو كان موجودا وقت الدعوى، و حينئذ يوقف له الربع و نماؤه.

و فى المسالك «فى تسليمه إلى وليه أو يوضع فى يد أمين وجهان:

منشأهما مؤاخذتهم بإقرارهم، كما لو كانت العين فى يد ثلاثة فاعترفوا بربعها لصبى، فإنهم يلزمون بإقرارهم، و يدفع إلى وليه، و من عدم ثبوت الحق له حينئذ لتوقفه على اليمين، و هذا هو الأصح، و الفرق بينه و بين المثال واضح».

قلت: بل يتوقف فى أصل إيقافه، لما عرفته فى الوجه الأصح، و حينئذ يجرى عليه حكم ما لم يثبت وقفه، و يحرم الثلاثة منه، لاعترافهم بعدم استحقاقهم فيه شيئا، إلا أنى لم أجد قائلًا بذلك، و لعله قوى للاحتياط فى مثله، و لو لعدم معلوميه أنه للموقوف عليه أو للوارث على وجه لا- ينقح بأصل أو غيره، ضروره انكشافه باليمين أنه للموقوف عليه من أول الولاده، فهو أشبه شىء بالمال المشترى فضولا حال عدم العلم بالإجازة، و الأصل فيه أنه بعد انتزاع الثلاثة إياه من الوارث بيمينهم لم يعلم كيفية رجوعه إلى الوارث بالنكول أو صيرورته إلى الموقوف عليه باليمين التى تنكشف حاله بها حال الولاده، فتأمل جيدا.

و كيف كان فان كمل بالبلوغ و الرشد و حلف لحصول القطع له بالتسامح أو غيره أخذ الربع و غلته المتجدده بعد ولادته كما فى المسالك و إن امتنع ففى المسالك فى مصرف الربع وجوه:

أحدها ما قاله الشيخ فى مبسوطه من أنه يرجع ربه على الإخوه، لأنهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم، و الولد بامتناعه جرى مجرى المعدوم (١١) و لأن الواقف جعل الثلاثة أصلا

فى الاستحقاق ثم أدخل من يتجدد على سبيل العول، فإذا سقط الداخل فالتسمة بحالها على الأصول كما كانت، فهو حينئذ مثل ما إذا مات إنسان و خلف ألفا فجاء ثلاثة و ادعى كل واحد ألفا على الميت و أقام شاهدا، فان حلفوا معه فالألف بينهم، و إن حلف اثنان فهى لهما، و إن حلف واحد فهى له.

و فيه إشكال ينشأ من اعتراف الاخوه بعدم استحقاق الربع فلا يجوز لهم أخذه.

و زاد فى المسالك يمنع الحكم فى الأصل المشبه به، قال: «بل ليس لصاحب الدين الأول إذا لم يحلف الثانى إلا أخذ حصته، إلا- أن يقضى بالنكول أو يبرؤه الثانى من حقه، لأن الثانى أبطل حقه حينئذ بخلاف النكول بمجردة عند من لم يقض ببطلان الحق به، و لهذا لو لم يحلف مع الشاهد ثم أتم البيه سمعت منه و حكم له بها».

و فيه أنه يكفى فى استقلال الأول بأخذ الجميع عدم ثبوت حق الثانى و إن كان يلحقه لو أثبت بعد ذلك، نعم المتجه منع الشبه بما نحن فيه كما هو واضح.

و ثانيها صرفه إلى الناكل، لاعتراف الاخوه باستحقاقه، و أجاب عنه فى محكى المبسوط بأن الإقرار ضربان: مطلق و مقترن إلى سبب، فإذا عزى إلى سبب فلم يثبت السبب عاد إلى المقر به، كقولهم مات أبونا و أوصى لزيد بثلث ماله فرد ذلك زيد، فإنه يعود إلى من اعترف بذلك، و كذلك من اعترف لغيره بدار فى يده فلم يقبلها الغير عادت إلى المقر، فكذلك هنا.

و فيه ما لا يخفى من أن ثبوت السبب متحقق بالنسبه إلى المقر، و إنما تخلف بالنسبه إلى المقر له، و لازم ذلك انتقال المقر به عن ثبوت السبب فى حقه و إن لم يثبت فى حق الآخر، و دعوى أن من أقر له بدار

فلم يقبلها المقر له تعود إلى المقر بمجرد الإنكار ممنوعه، بل تبقى مجهوله المالك، أو يشرع له الدس في ماله.

و إن أراد إقرارهم بسبب يتوقف أثره على قبول و لم يحصل فهو مسلم، ولكنه غير ما نحن فيه، ضروره أن الملك في المقام غير متوقف على قبول، بل هم معترفون له به و إن لم يحلف، بخلاف التملك بالوصيه المتوقف على القبول، كل ذلك مضافا إلى اقتضائه حينئذ عدم اليمين.

و ثالثها أنه وقف تعذر مصرفه، إذ لا يصرف إلى الإخوه لما ذكرناه، و لا إلى الولد لعدم ثبوته له، فيرجع إلى الواقف أو ورثته كمنقطع الآخر أو إلى وجوه البر كما قررناه في السابق.

قلت: لا ريب في أن المتجه عوده إلى المنكرين أولا، لعدم ثبوت ما يقتضى انتقاله عنهم، فهو كما لو حلف أحد الثلاثة و نكل الآخران، إذ قد عرفت ان الولد المتجدد كالموجود وقت الدعوى، و ما في القواعد- من أنه لا يصرف إلى المدعى عليه أولا، و لا إلى ورثته، لثبوت عدم استحقاقهم أولا- يدفعه أنه إنما يثبت بالنسبه إلى خصوص الحالفين، و المتجدد مدع جديد، و لذا احتاج إلى اليمين مع شاهده، كما أشار إلى ذلك في الدروس و غيره، و حينئذ لم تتم الدعوى إلى أن يحصل الحلف من الجميع.

و كيف كان ف لو مات أحد الإخوه قبل بلوغ الطفل عزل له الثلث من حين وفاه الميت، لأن الوقف صار أثلاثا و قد كان وقف له الربع إلى حين الوفاة فيضاف إليه نصف سدس و يوقف له فان بلغ و حلف أخذ الجميع، و إن رد فعلى قول الشيخ كان الربع إلى حين الوفاة لورثه الميت و الأخوين، و الثلث من حين الوفاة للأخوين، و فيه أيضا إشكال كأول و على غيره يرجع إلى الناقل،

أو وقف تعذر مصرفه، أو إلى المدعى عليه أو وارثه، و هو الأصح.

و لو ادعى البطن الأول الوقف على الترتيب و حلفوا مع شاهدهم فقال البطن الثاني بعد وجودهم: إنه وقف تشريك ففي القواعد «كانت الخصومه بينهم و بين البطن الأول، فإن أقاموا شاهدا واحدا حلفوا و تشاركوا، و لهم حينئذ مطالبتهم بحصتهم من النماء من حين وجودهم» و فى كشف اللثام «و إن نكلوا خلص الوقف للأولين ما بقى منهم أحد، و إن تجددوا و ادعوا التشريك قبل حلف الأولين كانوا خصوما لهم و لغيرهم من الورثه، و لكن لا يجدى نكلهم إلا المدعين، فإنهم لما ادعوا الاختصاص فحلفوا مع شاهدهم ثبت لهم ذلك، نعم إن انعكس بأن حلف هؤلاء و نكل الأولون صار نصيب الأولين ميراثا، و الله العالم.

[المسألة الرابعة لو ادعى عبدا و ذكر أنه كان له و أعتقه فأنكر المتشبهت يحلف مع شاهده و يستنقذه]

المسألة الرابعة:

لو ادعى عبدا فى يد آخر و ذكر أنه كان له و أعتقه فأنكر المتشبهت به قال الشيخ: يحلف مع شاهده و يستنقذه لأنه يدعى ملكا متقدما، و حجته تصلح لإثباته و إن ترتب عليه العتق بعد ذلك بإقراره كمسأله الاستيلاد السابقه.

و لكن قال المصنف و تبعه غيره هو بعيد، لأنه لا يدعى مالا بل يدعى حريه العبد، و هى ليست مالا، بل و لا من حقوقه، فلا تثبت بشاهد و يمين، بل لو سلم ثبوت العتق بهما فهو فيما إذا ادعاه العبد لا المولى الذى يدعيه لغيره.

و فيه أنه لا فرق بينهما فى عدم كون الحريه مالا و فى كونها متعلقه بمال، على أن المولى قد يدعيها لإثبات الولاء له عليه بسبب عتقه،

و بذلك يكون حقا من حقوقه، بل هو إن لم يكن أولى من الاستيلاء فهو مساو له.

(و دعوى) الفرق بينهما بأن مدعى الاستيلاء يدعى ملكا ثابتا بالفعل، لأن أم الولد مملوكة للمولى، و هو مما يثبت بهما، و لما كانت أمومه الولد تستلزم ولدا منه كان إثبات الولد و انعتاقه تابعا و لازما لما يثبت بالشاهد و اليمين لا بالاستقلال بخلاف عتق العبد، فإنه ليس له أصل يثبت بذلك يستند إليه و يتبعه، فلا يثبت مستقلا (يدفعها) أن ذلك لا يقتضى خصوصية الولد الموجود، فليس المنشأ حينئذ إلا كونه مالا له بالشرع لولا إقراره، و هو سبب آخر يترتب بعد إثبات ماليتها، فتأمل جيدا، و الله العالم.

[المسألة الخامسة لو ادعى عليه القتل و أقام شاهدا فإن كان خطأ أو عمدا الخطأ حلف و حكم له]

المسألة الخامسة قد عرفت فيما مضى أن الموافق لضابط الأصحاب فيما لو ادعى عليه القتل و أقام شاهدا فإن كان ذلك موجبا لمال كما لو كان خطأ أو عمدا الخطأ حلف معه و حكم له، و إن كان عمدا موجبا للقصاص لم يثبت باليمين مع الواحد لعدم تعلقه بالمال حينئذ و لكن كانت شهادته الشاهد لوثا، و جاز له إثبات دعواه بالقسامه التى يثبت بها القصاص فى سائر أفراد اللوث، خلافا لما عن ابن حمزه، فجعل الشاهد الواحد فى القتل عمدا بمنزله خمس و عشرين يمينا، و مرجعه إلى قبوله فى مثل ذلك، و ربما كان موافقا لما ذكرناه سابقا من كون المستفاد من النصوص أن العنوان حقوق الناس التى تثبت بالأيمان بخلاف حقوق الله و حقوق الناس العامه، مثل رؤيه الهلال، فتذكر و تأمل.

[خاتمه تشمل على فصلين]

اشاره

خاتمه تشمل على فصلين:

[الفصل الأول في كتاب قاض الى قاض]

اشاره

الأول في كتاب قاض الى قاض اعلم أن إنهاء حكم الحاكم إلى آخر إما بالكتاب أو القول أو الشهاده، أما الكتابه فلا عبره بها عندنا إجماعا كما في القواعد و محكى الخلاف و السرائر و التحرير و غيرها في حد و غيره مختوما و غير مختوم لإمكان التشبيه و عدم القصد إلى الحقيقه، و عدم الدليل شرعا على اعتبار دلالتها فضلا عما سمعته من الدليل على عدم اعتبارها.

مضافا إلى خبرى السكونى(١)و

طلحه بن زيد(٢)عن جعفر عن أبيه عن على (عليهم السلام) «أنه كان لا يجيز كتابه قاض إلى قاض في حد و لا غيره حتى و ليت بنوا أميه فأجازوا بالبينات»

المشهورين المستفيضين كما عن المختلف.

خلافاً للمحكى عن أبى على، فجوزه في حقوق الناس دون حقوق الله تعالى، و عن الأردبيلي موافقته على ذلك مع العلم بكتابته قاصدا لمعناه،

١-١ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

قال: «و لهذا جاز العمل بالمكاتبه فى الروايه و أخذ المسأله و العلم و الحديث من الكتاب المصحح عند الشيخ المعتمد، و لأنه قد يحصل منها ظن أقوى من الظن الحاصل من الشاهدين، بل يحصل منها الظن المتأخم للعلم، بل العلم مع الأمن من التزوير، و أنه كتب قاصدا للمدلول، و حيثئذ يكون مثل الخبر المحفوف بالقرائن المفيده للعلم بأن القاضى الفلانى الذى حكمه مقبول حكم بكذا، فإنه يجب إنفاذه و إجراؤه من غير توقف؛ و يكون ذلك مقصود ابن الجنيد، و يمكن أن لا ينازعه فيه أحد، بل يكون مقصودهم الصوره التى لم يأمن فيها التزوير أو لم يعلم قصد الكاتب إرادته مدلول الرسم».

قلت: التحقيق أن الكتابه من حيث إنها كتابه لا- دليل على حجيتها قطعاً مطلقاً فى إقرار و غيره، بل عن ابن إدريس فى نوادر القضاء التصريح بأنه لا يجوز للمستفتى أن يرجع إلا إلى قول المفتى دون ما يجده بخطه إلى أن قال: «بغير خلاف من محصل ضابط لأصول الفقه» و بنى على ذلك عدم حجيه المكاتبه، قال: «لأن الراوى للكاتبه ما سمع الامام يقول، و لا شهد عنده شهود أنه قال» و إن كان فيه ما ستعرف.

نعم إذا قامت القرائن الحاليه و غيرها على إرادته الكاتب بكتابه مدلول اللفظ المستفاد من رسمها فالظاهر جواز العمل بها، للسيره المستمره فى الأعصار و الأمصار على ذلك، بل يمكن دعوى الضروره على ذلك، خصوصاً مع ملاحظه عمل العلماء فى نسبتهم الخلاف و الوفاق و نقلهم الإجماع و غيره فى كتبهم المعمول عليها بين العلماء، و دعوى أن ذلك كله من جهه فتح باب الظن فى الأحكام الشرعيه و موضوعاتها واضحه الفساد، ضروره كون السيره المزبوره على الأعم من ذلك، كالوكاله و الإقرار و الوصايا و الأوقاف و تصنيفهم كتب الفتوى للأطراف و عمل الناس بها

و نحو ذلك، و لكن مقتضى ذلك تكون الكتابه فيما نحن فيه بعد انتفاء احتمال التزوير و عدم القصد و غيرهما من الاحتمالات بمنزله إخباره بالحكم فان قلنا بقبوله قبلت و إلا فلا.

و ربما أشعر التعليل الأول فى عبارته المصنف و الثانى فى عبارته غيره بإرادته غير هذا الفرد من الكتابه، كما أنه يمكن حمل كلام ابن الجنييد و من وافقه على ما ذكرنا، فيعود النزاع لفظيا، و تحمل الروايتان على العمل بالحكم بالكتابه، بمعنى إيجاد الحكم بها باللفظ. أو على العمل بها من حيث إنها كتابه، إذ من المعلوم عدم دلالتها على كونها منه و أنه قصد بها معنى اللفظ المستفاد من رسمها.

و بهذا يفرق بينها و بين اللفظ الذى يحكم بمجرد صدوره على الالفاظ بما يقتضيه لفظه إلا أن يعلم خلافه، بخلاف الكتابه، فإنها من قسم الأفعال لا- دلالة فيها كذلك، لا- أن المراد منهما الأعم من ذلك حتى ما ذكرناه من الفرد الذى لا ينبغي التوقف فى اعتباره فى كل ما لا- يشترط فيها اللفظ كالصيغ و نحوها، بل دعوى عدم جريان حكم الإقرار و الاخبار و الروايه و الشهاده و الفتوى و نحو ذلك على المستفاد مما ذكرته من فردها أيضا واضحه المنع، و على تقديره فالمراد هنا معرفه صدور الحكم منه و لو باخباره، و لا ريب فى حصولها بها. و بذلك يظهر لك النظر فيما أطنب به فى الرياض.

نعم يمكن دعوى عدم اعتبارها هنا بالخصوص، للخبرين المشهورين روايه و فتوى، إلا- أنك قد عرفت بقريته التعليل و غيره احتمال إرادته غير الفرد المزبور و لعله الأقوى.

و أما القول مشافهه فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت أو نحو ذلك بقصد الاخبار به عما وقع له من

الفصل ففي القضاء به لحاكم آخر تردد أقربه القبول كما ستعرف و إن نص الشيخ في الخلاف ب أنه لا يقبل.

و أما الشهاده فإن شهدت البيه ب إنشاء الحكم و بإشهاده إياهما على حكمه تعين القبول بلا خلاف محقق أجده فيه و إن أشعر به ما عن المختلف، بل عن غايه المراد عليه استقر فتاوى معظم الأصحاب، بل عن الإيضاح أنه اتفق عليه، و لعله لعموم ما دل(١)على وجوب قبول حكمه الذى هو من حكمهم (عليهم السلام) و لذا كان الراد عليه رادا عليهم، و ما دل على حجيه البيه و لأن ذلك مما تمس الحاجه إليه، إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها فى البلاد المتباعده غالب، و تكليف شهود الأصل التنقل إلى تلك البلاد لو فرض حاكم فيها و أمكن تزكيه الشهود فيها متعذر أو متعسر، فلا بد من وسيله إلى استيفائها مع تباعد الغرماء، و لا وسيله إلا رفع الأحكام إلى الحكام، و أتم ذلك احتياطا فى الإنهاء ما حررناه من حضور الشاهدين إنشاء الحكم و إشهادهما عليه.

لا يقال: يمكن أن يتوصل إلى ذلك بالشهادة على شهود الأصل فلا تمس الحاجه إلى الإنفاذ المزبور الذى هو حكم بغير علم لأننا نقول: (١١) أولا شهادة الفرع ليست عامه، و ثانيا قد لا يساعد شهود الفرع على التنقل و (١٢) أيضا لا يمكن فروع الفروع لأن الشهاده الثالثه لا تسمع (١٣) فضلا عما فوقها بخلاف الإنفاذ، فإنه يستمر باستمرار الأزمنه.

و ظاهر المسالك تفسير ذلك بأن «فى الشهاده على الشهاده قصورا عن الشهاده على الحكم من حيث إنها مقصوره على المرتبه الثانيه، فلا تسمع

الشهادة الثالثة على الشهادة، و المرتبه الثالثه من الشهاده على الشهاده بمنزله المرتبه الثانيه من الشهاده على الشهاده على الحكم، فتكون مسموعه، فإذا تعذر وصول شهود الأصل في المرتبه الأولى من الشهاده على الحكم حصل الغرض من الشهاده عليهما دون ما لو كانت الشهاده على شهادة الأصل، لأنها تنقص

عنها بمرتبه، فقد لا يحصل الغرض بدون المرتبه الثالثه التي هي ثانيه في الشهاده على الحكم».

إلا أنه كما ترى فرض نادر، بل هو خلاف ظاهر العبارة، خصوصاً بملاحظه عبارته الفاضل في القواعد الظاهره في إرادته مؤداها.

و احتمال كون مراده أنه لو لم يشرع الإنفاذ لبطل إقامه الحجج بتطاول الأزمان - ضروره توقف الحكم على شهود الأصل أو فروعهم، و الفرض أن الشهاده الثالثه لا تسمع، بخلاف ما لو قلنا بمشروعيتها، فإنه يبقى حينئذ على تطاول المدد بتجديد إنفاذه عند كل حاكم، و لعله إلى ذلك أشار في القواعد كما عساه يفهم من الأصبهاني في شرحه، حيث إنه بعد أن استدل بالحاجه قال: «و لخوف الاندراس، و الشهاده الثالثه غير مسموعه» - يستلزم التكرار فيما بعده، و هو قوله:

و لأنه لو لم يشرع إنهاء الأحكام إلى الحكام لينفذوها بطلت الحجج مع تطاول المدد التي يموت فيها الحاكم و شهود الأصل و فروعهم، و قد عرفت أن الشهاده الثالثه غير مسموعه إلا أن يفرض له تقريران، و الأمر سهل.

و لأن المنع من ذلك يؤدي إلى استمرار الخصومه في الواقعه الواحده، بأن يرافعه المحكوم عليه إلى آخر، فان لم ينفذ الثاني ما حكم به الأول اتصلت المنازعه و فات الغرض من نصب الحكام.

و لأن الغريمين لو تصادفا أن حاكما حكم عليهما ألزمهما الحاكم

الآخر ما حكم به الأول إجماعاً على ما حكاه غير واحد فكذا لو قامت البيه، لأنها تثبت ما لو أقر به الغريم ألزم به.

و لا يخفى عليك أن هذه الأدلة الأربعة يظهر من بعضها أنها مساقه بثلاث الاكتفاء بالشهادة فى إثبات حكم الحاكم، و من آخر أنه مساق لإثبات مشروعيه حكم الحاكم الآخر بإنفاذ ما حكم به الأول، إلا أن الأولى الاستناد فى إثبات الأول إلى عموم دليل حجيه البيه و القضاء بها، و فى الثانى إلى عموم حكم الحاكم و أن الراد عليه راد علينا، و أن حكمه حكمهم (عليهم السلام) (١) و ما ندرى أن

النزاع فى أى المقامين، لأن كلامهم مشوش، ضروره ظهور بعضه فى المفروغيه من مشروعيه إنفاذ الحكم الأول بعد فرض معلوميته و لو بالإقرار من الخصمين فضلاً عما لو فرض حضور الحاكم الثانى عند إنشاء الأول له، كظهور آخر فى المفروغيه عن قابليه البيه لإثبات ذلك.

اللهم إلا- أن يكون مستند الثانى ما فى ذيل الخبرين (٢) السابقين اللذين لا- جابر لهما فى خصوص ذلك، بل قد عرفت عدم معروفية المخالف و إن أرسله فى المختلف عن جماعه، مع احتمالاه أو ظهوره فى إرادته البيه على كون الكاتب من القاضى فينفذون ما فيه حينئذ، و هو غير المفروض.

نعم يتجه على الأصحاب أن الموافق لعموم حجيه البيه و ما ذكره من الأدله عدم اعتبار حضورها مجلس الخصومه و سماعها شهاده الشاهدين و إنشاء الحكم من الحاكم و إشهادها على ذلك، إذ ليس هى حينئذ إلا كباقي البيات التى لا ريب فى حجيتها فى الإخبارات و الإنشاءات من دون

١- ١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

اعتبار شىء من ذلك، و يمكن إرادته الأصحاب من ذلك الاستظهار و الاحتياط فى المشهود به لا الشرطيه، كما أوماً إليه المصنف بقوله:

«و أتم ذلك» إلى آخره.

بل فى كشف اللثام التصريح بعدم اعتبار الاشهاد، و أنه ذكره الفاضل للاحتياط، كما أن فى غيره التصريح بعدم اعتبار حضور المخاصمه و سماع شهاده الشاهدين، بل لعل ذلك أيضاً ظاهر المحكى عن ابن حمزه و غيره ممن أطلق قبول البيئه هنا على الحكم.

و من ذلك يظهر لك النظر فى جمله من الكلمات، خصوصاً ما أطنب به فى الرياض من تأصيل أصل هنا مقطوع بالعمومات، و قد بنى عليه كثيراً من مسائل هذا الفصل، فلاحظ و تأمل، و ربما نشير إلى بعض ذلك فيما يأتى إنشاء الله.

و حاصله «أن قضاء التنفيذ قسم آخر من القضاء غير أصل القضاء بالواقعه بموازينها المقرره شرعاً، و هى البيئه و الأيمان، بخلاف الحكم بحكم الأول الذى

هو من القول بغير علم، بل لعله مناف لراى الحاكم الآخر، و أقصى ذلك عدم جواز نقضه، لا تنفيذه بمعنى إنشاء حكم منه على المحكوم عليه أولاً- بحكم الأول حتى لو كان حاضر الإنشاء فضلاً عن ثبوته بالكتاب أو الاخبار أو البيئه إلا أنه خرج ما خرج بالإجماع، و يبقى غيره على الأصل».

و فيه أنه يمكن استفاده قضاء التنفيذ من أدله أصل القضاء التى

منها «جعلته حاكماً و حجه كما أنا حجه»^(١)

و نحو ذلك مما يشمل القضاء التنفيذى أيضاً.

و احتمال كون المراد من ذلك عدم نقضه لا إنشاء إلزام بإلزام الأول

١-١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ١ و ٩. و هو نقل بالمعنى.

من حيث إلزامه يدفعه ما سمعته من الأدلة الدالة على مشروعيتها، مضافا إلى إطلاق كونه حاكما و حجه المقتضى لتناول ذلك لو صدر منه، فتأمل جيدا، فإن المسألة غامضة و لم أجد من نقحها كما ذكرنا. بل سترسم كلام بعض أن الإنفاذ ليس حكما، بل هو إقرار الحكم، و التحقيق ما عرفت.

و حينئذ ينبغي لحاكم التنفيذ عدم الحكم حتى يطلبه منه من له الحكم بناء على اعتبار مثل ذلك فى أصل الحكم، كما أنه ينبغي ملاحظه تسلسل حكام الإنفاذ و ما لذلك من الأحكام التى سترسم بعضها فى حاكم الأصل بالنسبه إلى عروض الجنون و الفسق و العزل و نحو ذلك، و الله العالم.

و كيف كان فقد أشار المصنف إلى دليل الخصم إن كان بقوله:

لا يقال فتوى الأصحاب أنه لا يجوز كتاب قاض إلى قاض و لا العمل به و هو بإطلاقه شامل لمحل النزاع

و روايه طلحه بن زيد (١) و السكونى (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «أن عليا (عليه السلام) كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض فى حد و لا غيره حتى و لیت بنوا أمیه فأجازوا بالبينات»

لأننا نجيب عن الأول بمنع دعوى الإجماع على خلاف موضع النزاع بل قد عرفت أن الخلاف فى ذلك بيننا غير محقق، و منه حينئذ يعلم عدم إرادته هذا الفرد من الإطلاق المزبور الممكن دعوى انسياق غيره منه، بل لعله الظاهر منه، و ذلك لأن المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض ليس منعا من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته بالبينه على الوجه المفروض، ضروره كون المراد من العمل بالكتاب من حيث كونه كتابا و نحن نقول بذلك ف انك قد عرفت أنه لا عبره عندنا بالكتاب مختوما كان أو مفتوحا خلافا لبعض العامه.

و ربما يؤيد ذلك أنه إلى جواز ما ذكرناه أو ما

١-١ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

غير واحد منهم الشيخ أبو جعفر (رحمه الله) في الخلاف مصرحا بالقبول في الفرض المزبور مع التصريح بعدم جواز العمل بكتابه قاض إلى قاض، و ما ذاك إلا لأنه ليس منه، كما هو واضح.

و نجيب عن الروايه بالطعن في السند، فإن طلحه بترى و هم فرقه من الزيديه، و عن الفهرست و النجاشى أنه عامى و أما السكونى فهو مشهور الحال و أنه عامى و لا- جابر لهما في خصوص المفروض، بل الموهن محقق، و شهره مضمونها في غير المفروض لا يقتضى جبرها فيه.

و مع تسليمها نقول بموجبها، فانا لا نعمل بالكتاب من حيث إنه كتاب أصلا و لو شهد به أنه كتاب القاضى شاهدان فصاعدا، و هو المراد من

قوله (عليه السلام) في ذيله: «فأجازوا بالبينات»

حتى يوافق صدره الذى منعه على (عليه السلام) لا أن المراد عدم جواز العمل بالبينه على الحكم الموافقه لما في الكتاب، فإنه لم يحك عن على (عليه السلام) منعه.

و حيثئذ كان الكتاب من حيث كونه كتابا ملغى (١١) عندنا، و إنما عملنا بشهاده العدلين على حصول إنشاء الحكم و إن كتبه القاضى في كتابه، بل قد يقال فيما ذكرناه نحن أيضا من العمل بالكتاب على الوجه المزبور: ليس عملا به من حيث كونه كتابا، بل هو في الحقيقه عمل بالمعلوم من قصده إرادته ما دل على رسمها

مما هو معلوم بالسيره القطعيه أن له حكم القول في ذلك، و أنه بمنزله إخباره الذى ستعرف البحث فيه.

هذا و في المسالك «أنه أجاب في المختلف عن ضعف الروايتين بأنهما من المشاهير، فلا يضر هذا الطعن في الراوى، و هو يرجع إلى

جبر الشهره للضعف، و قد تكلمنا عليه غير مره، و احتج على المنع أيضا بالإجماع على الحكم بالبينه و اليمين، و ليس هذا أحدهما، و جوابه أن هذا ليس حكما، و إنما هو إقرار للحكم على حاله، و هو معنى إنفاذه و على تقدير تسليمه فهو حكم بالبينه أيضا، فلا ينافى الإجماع المدعى، و لو سلم عدم كونه حكما بها منعنا الإجماع المذكور، فان القول بجواز إنفاذ الحكم على هذا الوجه مذهب أكثر علماء الإسلام، و منهم جمله الأصحاب سيما المتأخرين».

قلت: فيما حضرني من المختلف ذكر ذلك في مقام الرد على ابن الجنييد القائل بجواز العمل بالكتابة، لا فيما نحن فيه، فيمكن أن يكون قدسها نظره الشريف عن ذلك، فظن فيما نحن فيه، و إلا فهو موافق لجواز الحكم بالبينه على الوجه المزبور، فتدبر.

و على كل حال إذا عرفت هذا فاعلم أن العمل بذلك مقصور على حقوق الناس دون الحدود و غيرها من حقوق الله تعالى بلا خلاف أجده فيه، بل حكى الإجماع عليه غير واحد، بل قد يشهد له التبع، و هو حجه لا ما ذكره من درء الحدود بالشبهات التي لا محل لها بعد قيام البيئات.

اللهم إلا أن يقال: إن الشبهه حاصله للحاكم الآخر حتى لو سماع إنشاء حكمه فضلا عن الشهاده به، فلا يشرع قضاء التنفيذ في الحد، للشبهه التي يسقط بها الحد المبني على التخفيف، و لكن إن لم يكن إجماع فللنظر فيه مجال، و عليه فالظاهر عدم مشروعيه خصوص قضاء التنفيذ، أما التنفيذ من باب الأمر بالمعروف و وجوب طاعه الحاكم و أنه حجه الله على الناس فالظاهر ثبوته، بل للحاكم الآخر استيفاء الحد بأمر الحاكم الأول كغيره ممن يأمره، كما أن له جميع مراتب الأمر بالمعروف، فمن

حكم عليه حاكم آخر بالحد فله حبسه مع امتناعه ليتمكن الحاكم عليه بالحد منه و نحو ذلك، فتأمل جيدا فإن المسأله غير محرره.

و على كل حال ف ما ينتهى إلى الحاكم أمران: أحدهما حكم وقع بين المتخاصمين، و الثانى حكم وقع منه بعد إثبات دعوى مدع على الغائب، أما الأول فإن حضر شاهدا الإنهاء خصومه الخصمين و سمعا ما حكم به الحاكم و أشهدهما على حكمه ثم شهدا بالحكم عند الآخر ثبت بشهادتهما حكم ذلك الحاكم و أنفذ ما ثبت عنده كما عرفت التفصيل فى ذلك، و أن التحقيق عدم اشتراط حضورهما مجلس الخصومه و سماعهما شهاده الشهود إن كانوا، بل و لا- إشهاده و يكفى فيهما حضور إنشاء حكومه الحاكم على وجه علما ذلك منه نحو باقى أفراد الإنشاء، و حينئذ ينفذه الحاكم الآخر بل الحاكم نفسه لو فرض نسيانه لا أنه يحكم بصحه الحكم فى نفس الأمر كما صرح به فى القواعد و غيرها إذ لا علم له به و ربما كان مبناه مخالفا لرأيه.

بل الفائده فيه قطع خصومه المختصمين لو عاودا المنازعه فى تلك الوقعه و إن كان قد يتوهم أن له الحكم بثبوت الحق على نحو ما يحكم به بالبينه، لأنه أحد الطرق المثبتة للحق ما لم يعلم خطأه، بل أدلته بالنسبه إلى ذلك أقوى من أدله البينه، فله الحكم به بعد ثبوته عنده، بل يمكن إرادته هذا المعنى من الإنفاذ المزبور، و ذلك لأن الفرض وقوع الفصل فى الخصومه من الحاكم الآخر، فلا- يتصور لها فصل آخر على نحو الفصل الأول، فليس حينئذ إلا الحكم بمعنى إنفاذ الحكم الأول على الوجه المزبور و إلا فالفائده المزبوره موجوده فى الحكم الأول أيضا.

إلا- أن ذلك كله كما ترى، ضروره كون الحكم من الحاكم مجرد إلزام للخصم بالحق و فصل بينهما، لا أنه هو دليل الحق كما أوضحنا ذلك

سابقا، فالإنفاذ حينئذ ليس إلا- إلزام من الحاكم الثانى بما ألزمه به الحاكم الأول من حيث كونه حكم حاكم يجب طاعته و لا يجوز نقضه، و قد تقدم بعض الكلام فيما له تعلق فى المقام فى المسأله الثالثه بعد ذكر الآداب فلاحظ و تأمل.

هذا كله مع حضور شاهدى الإنهاء إنشاء الحكم من الأول ف ان لم يحضرا الخصومه فحكى لهما الواقعه و صوره الحكم و سمى المتحاكمين بأسمائهما و آبائهما و صفاتهما و أشهدهما على الحكم ففيه تردد فضلا عن أدنى ذلك من الصور من أن إخباره بذلك بمنزله شاهد واحد على صدور إنشاء الحكم، و ليس هو إقرارا، لأنه فى حق الغير، و من إطلاق ما دل على كونه حاكما(١) و النهى عن الرد عليه(٢) و أنه حجه(٣) فى ذلك إخبارا و إنشاء.

و لكن القبول أولى وفاقا للأكثر، بل لم أجد فيه خلافا سوى ما يحكى عن الشيخ فى الخلاف، بل قيل: إن ظاهره دعوى الإجماع عليه، إلا أنى لم أجد من وافقه عليه سوى بعض متأخرى المتأخرين، بناء منهم على أن الأصل يقتضى عدم جواز الإنفاذ فى غير صوره القطع، لأنه قول بغير علم، خرج ما خرج و بقى ما بقى.

و دعوى أولويه الفرض مما قام على إنشائه شاهدان عدلان ممنوعه، إذ ليس الحاكم إلا عدل واحد. و فيه أن مشاهدتهما لإنشاء حكمه إنما هو من حيث قرائن الأحوال على ذلك، و ليست هى أولى من إخباره به، على أنه شىء لا يعلم إلا من قبله، فيكون مصدقا فيه و إن تعلق به حق الغير.

بل لا يبعد استفاده حجه إخباره به مما دل على حجه إنشائه، بل هو مقتضى

قوله (عليه السلام): «هو حجتى عليكم»(٤)

و ان

-
- ١-١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ١.
 - ٢-٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ١.
 - ٣-٣ الوسائل الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٩.
 - ٤-٤ الوسائل الباب- ١١- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٩.

الراد عليه راد علينا(١)بل قد يقال: إن كل من جعل حجه فى شىء كان إخباره به مصدقا فيه تعلق بالغير أو لا.

ولعله إلى ذلك أشار المصنف بقوله لأن حكمه كما كان ماضيا كان إخباره ماضيا وبذلك ينقطع الأصل المزبور، هذا كله مع فرض إرادته الإخبار بذلك، أما إذا حكى حال الخصومه وقصد الإنشاء فعلا للإشهاد بناء على صحه ذلك منه فلا ينبغى التوقف فيه، إذ تلك المقدمات يكفى فيها إخباره، لأن احتمال اعتبار التعدد فيها لأنها من مواضع الشهاده يمكن منعه.

و أما الثانى وهو إثبات دعوى المدعى على غائب ف الكلام فيها كالسابقه إلا أن الفرق بينهما حضور الخصمين فى الأول دون الثانى، و حينئذ إذا أردت تصويره كالأول الذى قد عرفت الحال فى اعتبار ما ذكر شرطاً فيه قلت إن حضر الشاهدان الدعوى و إقامة الشهاده و الحكم بما شهد به الشاهدان مثلاً و أشهدهما على نفسه بالحكم و شهدا بذلك عند الآخر قبلهما و أنفذ الحكم على حسب حاله الذى لا يمنع كون الغائب على حجته.

و إن أردت تصوير صورته الإخبار قلت و لو لم يحضرا الواقعه و أشهدهما بما صورته أن فلان بن فلان الفلانى ادعى على فلان بن فلان الفلانى كذا و شهد له بدعواه فلان و فلان و يذكر عدالتهما أو تركيتهما فحكمت و أمضيت ففى الحكم به تردد على نحو ما عرفته فى المسأله السابقه مع أن القبول أرجح خصوصاً مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى و شهادته الشهود لتأكد إخباره بذلك، و قد عرفت أن الأقوى قبول إخباره بحكمه للمدعى على فلان الغائب أو الحاضر فى كذا من دون ذكر شىء

من ذلك، و كذا الكلام فى الشهاده على إنشاء الحكم من دون هذه الأمور، لعموم الأدله و إطلاقها كما عرفت. نعم ينبغى ضبط أسماء الشهود ليتمكن الخصم من الجرح و نحوه، و كذا غير ذلك مما له مدخله فى بقاء الخصم على حجته، هذا كله فى الحكم.

أما لو أخبر الحاكم الأول مثلا حاكما آخر بأنه ثبت عنده كذا لم يحكم به الثانى لأن الثبوت ليس حكما كى يندرج فى أدله الإنفاذ و ليس كذلك لو قال: حكمت ف انه يندرج فى أدله الإنفاذ كما عرفت إلا أن فى ثبوت حكمه باخباره ترددا قد عرفت الكلام فيه و أن القبول أرجح.

هذا و لكن فى المسالك ما يظهر منه أن وجه التردد غير ذلك قال:

«قد ظهر من الأدله المجوزه لقبول إنفاذ الحكم أن موردها الضروره إلى ذلك فى البلاد المتباعده عن الحاكم الأول، فذهب بعض الأصحاب إلى اختصاص الحكم بما إذا كان بين الحاكمين وساطه، و هم الشهود على حكم الأول، فلو كان الحاكمان مجتمعين و أشهد أحدهما الآخر على ذلك لم يصح إنفاذه، لأن هذا ليس من محل الضروره المسوغه للإنفاذ المخالف للأصل».

و فيه أن ذلك ليس قولاً لأحد من أصحابنا، و لم نعرف أحدا حكاه غيره، و الضروره المذكوره فى الدليل إنما هى حكمه أصل المشروعيه للإنفاذ، لا أنها علتها، على أنها قد تتحقق فيه لقطع الخصومه مع عدم التباعد.

و حينئذ فلا إشكال فى إنفاذه له مع فرض حضوره الإنشاء، ضروره كونه أقوى من إثباته له بالبينه، كما أنه لا إشكال فى إنفاذه له باخباره بناء على ثبوته بذلك، إذ هو أقوى من ثبوت إخباره بالبينه قطعا.

و حينئذ فالتردد فى أصل ثبوت الإنشاء باخباره، و هو الذى قد ذكر

المصنف فى صدر المبحث و حكى عن الشيخ فى الخلاف المنع، و الوجه ثبوته به، سواء شافعه الحاكم الثانى به أو ثبت بالبينه أخباره بذلك، لظهور الأدله فى قبوله مخبرا و منشئا.

و على كل حال فالفرق بين الثبوت و الحكم واضح، ضروره عدم جواز الحكم من حاكم بالثبوت عند غيره، و ليس هو حكما حتى يجب عليه إنفاذه، كما هو واضح، و الله العالم.

و كيف كان ف صورته الإنهاء بالبينه و إن كان قد عرفت عدم اعتبار جمله من ذلك فيها أن يقص الشاهدان ما شاهداه من الواقعه و ما سمعاه من لفظ الحاكم و يقولان: و أشهدنا على نفسه أنه حكم بذلك و أمضاه، و لو أحالا على الكتاب بعد قراءته عليهما فقالا:

أشهدنا الحاكم أنه حكم بذلك جاز لأنها شهادته على أمر مفصل معلوم بالقراءه عليهما. و بالجمله فالأمر فى هذه الشهاده كغيرها من الشهادات و من هنا كان لا بد فيها من ضبط الشىء المشهود به بما يرفع الجهاله عنه.

و حينئذ ف لو اشتبه على الثانى لعدم ضبط الشهود له بما ترفع الجهاله عنه أوقف الحكم حتى يوضحه المدعى بطريق شرعى كشهاده غير الأولين على تفصيله أو تذكرهما أو نحو ذلك، كما هو واضح.

و لو تغير حال الحاكم الأول (١١) بعد حكمه بموت أو عزل لم يقدح ذلك فى العمل بحكمه (١٢) بلا خلاف أجده فيه للأصل و (١٣) إطلاق الأدله ف ان تغير بفسق لم يعمل بحكمه (١٤) كما فى القواعد و الإرشاد و الدروس و المسالك و غيرها، بل فى الأخير «فرقوا بينه و بين الموت بأن ظهور الفسق يشعر بالخبث و قيام الفسق يوم الحكم»

و ظاهره النسبه إليهم، إلا أنه لا يخفى عليك ضعف الفرق المزبور، ولذا نظر فيه في المسالك بعد حكايته، ثم حكى عن بعض العامه جواز إنفاذه كالموت، قال: «و أما الإنفاذ السابق على ظهور الفسق فيقر عليه كأصل الحكم».

و إليه أشار المصنف بقوله و يقر ما سبق إنفاذه على زمان فسقه و كذا الفاضل في القواعد و الإرشاد، و يرجع حاصله- بناء على أن المراد العمل بأصل الحكم لا خصوص إنفاذه، كما عساه يظهر من المتن بل و المسالك و غيرها- إلى أن الحكم قبل الفسق إن أنفذه حاكم آخر قبل الفسق عمل به و إلا فلا، إلا أنه لا نعرف له دليلا يقطع العذر، و إن كان قد يقال: إنه مع حكم الآخر بإنفاذه يكون العمل في الحقيقة بحكم الثاني، فلا- يقدح فسق الأول بخلاف الفسق قبل الإنفاذ، كما أنه قد يقال: إن مراد الأصحاب اشتراط حكم الثاني بإنفاذه ببقاء الأول على وصف العدالة لا بطلان حكم الأول بتجدد الفسق على وجه تعود الدعوى كما كانت قبل الحكم، ضروره منافاه ذلك لجميع الأدله، بخلاف ما ذكرناه، فإنه قد يكون وجهه أصاله عدم نفوذ الحكم بالإنفاذ، بل هو حينئذ كفسق الشاهد بعد الشهاده قبل الحكم، و حينئذ يكون الفسق مانعا من الحكم بإنفاذه بخلاف الموت المقتضى لخروج الموضوع عن قابليته، فلا إسناد للحكم إليه، أما الفسق فهو حكم فاسق فعلا.

و على كل حال فالمراد الحكم بإنفاذه و عدمه، لا أصل العمل بحكمه في خصوص ما حكم به، و إلا لاقتضى ذلك بطلان ما وقع من العمل بفتاواه الذي هو أولى بذلك من الحكم، و هو معلوم البطلان.

و لكن الإنصاف أنه خلاف ظاهر العبارات، بل لا وجه له أيضا، ضروره التلازم بين صحته في نفسه و بين إنفاذه، فلا معنى لكونه

صحيحاً يجب إنفاذه بمقتضى الأمر بالمعروف و لكن لا يجوز الحكم بإنفاذه، فلا محيص عن القول بكون المراد بطلان العمل به على معنى عود الدعوى كما كانت قبله، كما لا بعد في التزام ذلك في الفتوى أيضاً، على معنى عدم جواز العمل بها في الزمان المتأخر عن الفسق، أما ما مضى فلا ينقض العمل الواقع بها.

بل لعل الأمر في الحكم كذلك أيضاً، على معنى أنه إن عمل به بعد صدوره و أخذ الحق ممن عليه و دفع لمستحقه و تمت آثاره لم ينقض لوقوع الفسق بعده، و هو المراد من إقرار ما سبق إنفاذه على زمان فسقه بل لا موضوع لعدم العمل به، بخلاف ما إذا لم يعمل به بعد، بأن صدر من الحاكم ثم لم ينفذ بعد بالمعنى الذى سمعت ففسق، فإنه لا يجوز إنفاذه فيه و لا فى غيره، من غير فرق بين القضاء بالنفوذ و بين ترتب الآثار عليه.

و يمكن استفادة بعض ما ذكرناه من

خبر الحسين بن روح المروى عن كتاب الغيبة للشيخ عن أبى محمد الحسن بن على (عليهما السلام) [\(١\)](#) «أنه سئل عن كتب بنى فضال، فقال: خذوا بما رووا و ذروا ما رأوا»

بناء على إرادته الفتوى من رأى فيه لا الوقف.

بل منه يستفاد أن الفتوى المعمول بها يبطل العمل بها من حين الفسق و ما تأخر عنه فى الزمان المستقبل فيما تجدد من أفرادها من الصلاة و نحوها، دون ما تقدمها من ذلك المبنى على أصل الصحة و البراءة و غيرهما من قاعده الاجزاء و نحوها، بل ليس هو مصداقاً لقوله (عليه السلام): «ذروا».

و لو فسق قاضى التنفيذ قبل العمل لم يعمل على حكمه، و بقى الحكم الأول كما إذا لم يحكم بإنفاذه.

و بذلك كله ظهر لك المراد من عدم العمل بالحكم بعد الفسق قبل النفوذ، و من إقراره مع سبق نفوذه على الفسق، بل ظهر لك ذلك في الفتوى.

بل قد يشكل أصل العمل بالحكم من الحاكم الذى حكم حاكم آخر بإنفاذه مع الفسق من الأول بعد الإنفاذ بأن مقتضاه بطلان الحكم الأول بالفسق المتأخر عنه، و تبعيه بطلان التنفيذ الذى هو تابع لصحة الأول.

اللهم إلا أن يقال بعدم تأثير الفسق فى الأول مع سبق الحكم بالإفناذ، ضروره اقتضاء الفسق البطلان من حينه لا من الأصل، و لا وجه له بعد الحكم بصحته من الحاكم الذى لم يصدر ما يقتضى بطلان حكمه، فيبقى على أصل الصحة المقتضى للعمل بالحكم الأول، هذا كله فى الفسق.

أما غيره من العوارض كالجنون و الموت و نحوهما فالأصل يقتضى بقاء حكمه على الصحة المقتضى لتنفيذه بالمعنيين، بل قد يستفاد من ذلك حكم فتواه أيضا الذى قلد ببعض أفرادها، ضروره تضمن الحكم للفتوى المفروض عدم انتقاضها أيضا بذلك و لو للأصل المزبور الذى لم يدل دليل على اشتراط أضدادها حين العمل بما يتجدد من أفراد الفتوى السابقه التى فرض التقليد فيها، نعم الظاهر الإجماع على عدم جواز العمل ابتداء بفتاوى الأموات، أما غير ذلك فلم يثبت.

بل يتجه حينئذ جواز العمل بفتوى من عرض له الجنون مثلا ابتداء مع عدم الإجماع فضلا عن الاستداه، ضروره كون المستفاد من الأدله اعتبار هذه الشرائط فى حصول الفتوى، بمعنى صدورها حال كونه عاقلا- مثلا- لا- أنه يعتبر حال العمل بها كونه كذلك، بل لعل ملكه الاجتهاد كذلك أيضا على إشكال، و لكن الاحتياط طريق النجاه.

و بذلك يظهر لك النظر فى كلام الكركى فى كتاب الأمر بالمعروف

بل و غيره من الأصحاب، فلاحظ و تأمل، فإن المسأله غير محرره.

و الأصل فيه أن مقتضى الإطلاق عدم شرطيه غير ما علم اشتراطه بعد عدم إطلاق في دليل الشرطيه يقتضى أزيد من ذلك، ضروره كون المسلم العلم بمدخله العقل و نحوه في الجملة، فمن اللازم الاقتصار على المتيقن و بقاء غيره على مقتضى الإطلاق، و الله العالم.

و كيف كان ف لا- أثر لتغير حال المكتوب إليه في الكتاب بموت أو عزل أو فسق أو غيره بل كل من قامت عنده البيه من الحكام بأن الأول حكم به و أشهدهم على ذلك عمل بها لعموم دليل حجيتها المقتضى حيثذ كون حكمه بذلك كالمعلوم، فيجب الحكم بإنفاذه إذ اللازم لكل حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام لأن حكمه حكمهم (عليهم السلام) سواء كتب إليه أم لا، نعم ليس لمن اتفق عزله عن نصب الحكومه الحكم بالإنفاذ سواء كان خليفه الأول أو غيره.

و تصح الكتابه عندنا لواحد بخصوصه في الإنفاذ و لمطلق الحكام و إن كان لا يختص الحكم به في المكتوب إليه خلافا لبعض العامه، فلم يجوز الكتابه إلى غير المعين، و هو واضح الضعف، كوضوحه في كثير مما ذكره في كتبهم من هذه المسائل و غيرها مما هو غير منطبق على أصولنا، لأن مبناه على قياس أو استحسان.

إشارة

مسائل ثلاث:

[المسألة الأولى إذا أقر المحكوم عليه أنه هو المشهود عليه ألزمه الحاكم بأداء ما عليه]

الأولى:

إذا أقر المدعى عليه بأنه المحكوم عليه و أنه هو المشهود عليه ألزمه الحاكم بأداء ما عليه بلا خلاف و لا إشكال.

و لو أنكر و لم تكن شهادته الشهود على عينه بل كانت الشهاده بوصف يحتمل الاتفاق فيه مع غيره غالباً ف لا ريب فى أن القول قوله مع يمينه ما لم يقر المدعى بينه بل عن بعضهم بطلان أصل الحكم على عنوان مشترك بين متعددين كمحمد بن أحمد و نحوه، لأن المحكوم عليه منهم لم يتعين بإشاره و لا وصف، حتى لو حضر رجل و اعترف بأنه محمد بن احمد المعنى بالكتاب لم يلزم ذلك، لبطلان الحكم فى نفسه، إلا- أن يقر بالحق فيؤاخذ به، بخلاف ما لو استقصى الوصف و لم يقصر و ظهر الاشتراك و اتفق اشتباهه، و لعله لا- يخلو من وجه، لقصور أدله الحكم على الغائب عن مثل الفرض و إن كان ظاهر المصنف الإلزام، بل هو صريح المسالك، و الدروس.

قال فى الأخير: «لو اقتصر القاضى على صفه مشتركه غالباً كأحمد بن محمد و أقر واحد أنه المعنى بالحكم ألزم، و قيل لا، لأنه قضاء مبهم، فيبطل من أصله، و هو بعيد».

و فى القواعد «و لو قصر القاضى فكتب اسم المقر أو المشهود عليه و اسم أبيه خاصة فأقر رجل أنه يسمى باسمه و أن أباه يسمى باسم أبيه و أنه المعنى بالكتاب و لكن أنكر الحق فالوجه أنه يلزم بالحق على إشكال ينشأ من أن القضاء المبهم فى نفسه غير ملزم» و هو صريح فيما قلناه و إن

توقف فى الفرض من حيث احتمال كون الإبهام فى الكتابه لا فى عنوان الحكم.

و فى التحرير «و لو قصر القاضى فكتب انى حكمت على جعفر بن محمد فالحكم باطل حتى لو أقر رجل بأنه جعفر بن محمد و أنه المقصود بالكتاب و لكن أنكر الحق لم يلزمه شىء بالقضاء المبهم» بل أرسل فى غايه المراد بطلان الحكم إرسال المسلمات و إن كان الانصاف عدم خلوه من البحث إن لم يكن إجماعا.

و كيف كان فان نكل حلف المدعى و توجه عليه الحكم، و إن قال:

لا أحلف أنه ليس اسمى و لا نسبى و لكن أحلف على أنه لا يلزمنى شىء ففى إجابته وجهان، أصحهما فى المسالك و غيرها عدمه، لقيام البينه على المسمى بهذا الاسم، و ذلك يوجه الحق عليه.

و فيه أن قيامها عليه بعد فرض الاشتراك لا- يوجه الحق عليه، فالأولى تعليله بأن المدعى عليه كونه المحكوم عليه بكذا، فلا يكفى الحلف على ذلك، اللهم إلا- أن يصرح بإرادته الإلزام و لو من الحاكم، و حينئذ فيتجه انطباق اليمين على المدعى، و بذلك يفرق بين المقام و ما تقدم سابقا من الاكتفاء باليمين على براءه الذمه فى جواب دعوى القرض مثلا، هذا كله مع اشتراك الوصف.

و أما إن كان الوصف مما يتعذر اتفاهه إلا- نادرا لم يلتفت إلى إنكاره الحكم عليه بعد اعترافه بأنه المسمى بذلك الاسم و بالوصف أو قيام البينه عليه بذلك بلا خلاف أجده بين من تعرض لأنه خلاف الظاهر و هو كذلك مع فرض كون الاحتمال لا يقدح فى الاطمئنان الذى هو علم فى العاده، أما غيره فمشكل، لأن أقصاه الظن، و لا دليل على اعتباره هنا بحيث يقطع قاعده المدعى و المنكر.

و لو ادعى أن فى البلد مساويا له فى الاسم و النسبه كلف إبانته

فإن كان المساوى حيا سئل، فإن اعترف أنه الغريم ألزم و أطلق الأول، و إن أنكر وقف الحكم حتى يتبين كذا ذكره غير واحد، لكن قد يشكل الأول بعد فرض كون المدعى خص الأول فى الدعوى، فان اعتراف الثانى لا يقتضى سقوط دعواه، بل لا يجوز له الدعوى على الثانى و أخذ الحق منه، و لكن مع فرض الاشتراك يتوجه له اليمين عليه على قاعده المدعى و المنكر.

و منه يعلم الإشكال فى الثانى الذى ذكر فيه وقوف الحكم، نعم مع فرض عدم دعوى من المدعى على خصوص الأول و إنما دعواه على حسب عنوان المكتوب المفروض اشتراكه قد يتم ذلك على إشكال فى وقوف الدعوى، لاحتمال توجه اليمين له على كل منهما بناء على صحة الدعوى بمثل ذلك من الوارث و نحوه، و لا يكون فيها يمين رد، هذا كله مع كونه حيا.

و أما إن كان المساوى ميتا و هناك دلاله تشهد بالبراءه إما لأن الغريم لم يعاصره أو لأن تأريخ الحق متأخر عن موته أو غير ذلك ألزم الأول و إن لم يكن دلاله تشهد على ذلك، بل احتمال كون الحق عليه وقف الحكم حتى يتبين و فيه البحث السابق.

[المسأله الثانيه للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم]

المسأله الثانيه قد تقدم البحث فى أن للمشهود عليه فى عين أو دين أن يمتنع من التسليم للمالك أو وكيله حتى يشهد القابض له على ذلك، لقاعده لا ضرر و لا ضرار، و فى ضمانه للعين حينئذ فى زمان الامتناع وجهان.

و لو لم يكن بالحق شاهد قيل: لا يلزم بالإشهاد لتمكنه حينئذ من إنكار الأصل لو نازعه و لو قيل: يلزم كان حسنا حسما لماده المنازعه أو كراهه لتوجه اليمين و قد تقدم الكلام فى ذلك مفصلا فى باب الوكاله، فلاحظ و تأمل.

[المسأله الثالثه لا يجب على المدعى دفع الحججه مع الوفاء]

المسأله الثالثه:

لا يجب على المدعى دفع الحججه مع الوفاء لأنها ملكه و الناس مسلطون على أموالهم و لأنها حججه له لو خرج المقبوض مستحقا مثلا.

و كذا القول فى البائع مثلا- إذا التمس المشتري كتاب الأصل لأنه ملكه و لأنه حججه له على البائع الأول لو خرج المبيع مستحقا مثلا و الله العالم.

[الفصل الثانى فى لواحق من أحكام القسمه]

إشاره

الفصل الثانى فى لواحق من أحكام القسمه التى لا ريب فى شرعيتها كتابا بقوله تعالى (١) «وَ إِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ» و «تَبَيَّنَهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَهُ بَيْنَهُمْ» (٢) و سنه، فقد

روى (٣) «أن

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٨.

٢- ٢ سورة القمر: ٥٤- الآيه ٢٨.

٣- ٣ روى ذلك الشيخ فى المبسوط ج ٨ ص ١٣٣.

عبد الله بن يحيى كان قاسما لأمر المؤمنين (عليه السلام)

و

قد قسم رسول الله (صلى الله عليه وآله) خير على ثمانية عشر سهما (١)

وقال (صلى الله عليه وآله): «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود و عرفت الطرق فلا شفعة» (٢)

وغير ذلك من النصوص، و إجماعا بقسميه، بل ضروره و قد تقدم الكلام فى حقيقتها، و أنها ليست بيعا عندنا و إن اشتملت على رد، بل و فى جملة من أحكامها فى كتاب الشركه (٣).

و حيثئذ ف النظر هنا فى القاسم و المقسوم و الكيفيه و اللواحق:

[النظر الأول فيستحب للإمام عليه السلام أن ينصب قاسما]

أما الأول ف لا ريب فى أنه يستحب للإمام (عليه السلام) أن ينصب قاسما لأنها حيثئذ من المصالح العامه التى ينبغى للإمام القيام بها، بل فى القواعد عليه الإجماع، إلا أن الظاهر إرادته الاستحباب المذكور كما عبر به فى تحريره و إرشاده أو فى بعض الوجوه المتوقف قطع النزاع عليه، و قد كان لعلى (عليه السلام) قاسم اسمه عبد الله ابن يحيى (٤) و الظاهر كما قيل الحضرمى الذى هو من شرطه الخميس المبشر من أمير المؤمنين (عليه السلام) بالجنه (٥).

١- ١ سنن البيهقى - ج ١٠ ص ١٣٢.

٢- ٢ سنن البيهقى - ج ٦ ص ١٠٢.

٣- ٣ راجع ج ٢٦ ص ٣٠٩.

٤- ٤ روى ذلك الشيخ فى المبسوط ج ٨ ص ١٣٣.

٥- ٥ رجال البرقى ص ٣ ط إيران عام ١٣٤٢ هـ ش.

و كيف كان فلا خلاف فى أنه يشترط فيه البلوغ و كما العقل لعدم قابليه الفاقده لهما بعد كونه كالبهائم لذلك، بل و الايمان بالمعنى الأخص فضلا عنه بالمعنى الأعم بل و العدالة لعدم قابليه فاقدها فضلا عن فاقده لنصب الامام له و جعله أمينا له فى قسمه الإيجابار و غيرها على وجه تمضى قسمته كما تمضى حكومه الحاكم، بل هى قسم من الحكومه. و من هنا اشترط أيضا فيه المعرفة بالحساب و نحوه مما تحتاج إليه القسمة غالبا على نحو اشتراط ما يحتاج إليه القاضى فى القضاء.

نعم قد يتوقف فى أصل استفاده كون ذلك من المناصب مما وصل إلينا من الأدله، إذ ليس إلا ما سمعته من أنه كان لعلى (عليه السلام) قاسم(١) و هو أعم من ذلك، لاحتمال إعداده لإيقاع هذا الفعل لو احتيج إليه، لا لأنه منصب و ولايه كمنصب القضاء و الاماره، بل لعله كالكتابه و الوزن و نحوهما، اللهم إلا أن يكون إجماع كما هو ظاهر إرسالهم له إرسال المسلمات، فيكون حينئذ هو الحجبه فيه و فى اشتراط الشرائط المزبوره.

و كيف كان ف لا يشترط فيه الحريه عندنا، بل يجوز أن يكون عبدا إذا استجمع الشرائط و أذن المولى، خلافا لبعض العامه، كما لا يشترط فى صحه القسمة حضوره بلا خلاف و لا إشكال، ف لو تراضى الخصمان (١١) مثلا بقاسم (١٢) غير قاسم الامام جاز قطعا.

بل لم يشترط (١٣) فيه العدالة (١٤) لأنه و كيل عنهما، بل و لا الإسلام، كما أشار إليه المصنف بقوله و فى التراضى بقسمة الكافر

نظر من جهه كونه نوع ركون أو سبيل أو ولايه، و لكن أقر به الجواز كما فى غيره من أفراد التوكيل الذى لا إشكال فى صحته من المسلم فى مثل ذلك.

و حينئذ فيختص باعتبار التكليف خاصه من بين الشرائط المزبوره كما صرح به غير واحد، و هو كذلك إذا أريد توكيله منهما على تولى القسمة بينهما، أما إذا رضيا بتعديله و إقراعه من دون توكيل له فقد يشكل اعتبار البلوغ فيه أيضا، لصدق القسمة بينهما برضاهما بالقرعه التى هى فى الحقيقه المميزه لحق كل منهما عن الآخر و التعديل و نحوه من المعدات التى لا تفاوت فيها بين وقوعها من مكلف و غيره، و يمكن أن لا يريد الأصحاب هذا الفرد، فلا ينافيه إطلاقهم اشتراط التكليف.

أو يقال: إنه شرط فيها مطلقا، لأنها من المعاملات التى يشترط فيها ذلك، و لذا يتبعها حكم الصحه و الفساد و غيرها من أحكام المعامله فالقسمة حينئذ من حيث إنها قسمة يعتبر فى مباشرها البلوغ، و الرضا من الشركاء فى مباشره غير البالغ مثلا لا يجدى كالرضا ببيعه مثلا، إذ هى بناء على ما سمعت قسم من أقسام الإنشاء الذى رتب الشارع عليه أحكاما، فتأمل.

و على كل حال فلا ريب فى عدم اشتراط القاسم فى صحه القسمة بل لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم جاز بلا خلاف و لا إشكال لإطلاق الأدله و عمومها.

و كيف كان ف المنصوب من قبل الامام (عليه السلام) أو نائب الغيبه بناء على أن له ذلك أيضا كالإمام (عليه السلام) تمضى قسمته بنفس القرعه، و لا يشترط رضاها بعده بلا خلاف و لا إشكال، كما لا يعتبر رضاها بعد حكمه و فى غيره

و لو أنفسهما أو من نصباه و كان بصفات قاسم الامام يقف اللزوم على الرضا بعد القرعه فى محكى المبسوط و التحرير و غايه المرام و الرياض اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن بعد أن لم يكن إطلاق يقتضى ترتب الأثر، و فى خصوص المشتمله على الرد منها فى محكى الإيضاح و الدروس، لأنها حينئذ معاوضه، فلا بد فيها من التراضى قبلها و معها و بعدها، بل ظاهر التنقيح و محكى الإيضاح خروج هذا الفرد من النزاع، حيث إنهما بعد أن ذكرا الخلاف السابق و الوجه فيه قالوا: «هذا كله فيما لا يشتمل على الرد، أما المشتمل عليه فلا بد فيه من الرضا قبل و بعد، و صورته الرضا أن يقول: رضيت بالقسمه».

و كيف كان ف فى هذا أى أصل اعتبار الرضا فى لزومها بعد القرعه إشكال كما فى القواعد و غيرها من حيث إن القرعه وسيله إلى تعيين الحق و الفرض أنه قد قارنها الرضا فلا يعتبر بعدها، لأن التعيين على هذا الوجه أوجب تميز أحد الحقيين عن الآخر، فيتعين بالرضا المقارن، بل فى اللمعه و الروضه و المسالك و ظاهر القواعد حصول التعيين بتراضيهما على القسمه و تخصيص كل واحد من الشركاء بحقه و إن لم تحصل القرعه، بل فى الكفايه نسبه إلى ظاهر الأكثر و صريح بعض و إن كنا لم نتحققه، لصدق القسمه و تسلط الناس على أموالها، و غير ذلك مما يستفاد من الأدله من الاكتفاء فى نحو ذلك بطيب النفس، و خلو كثير من النصوص (١) التى ذكرناها فى كتاب الشركه عن القرعه، كخلو موضوع نصوص القرعه (٢) عن الشركه.

و من هنا أظن فى الحدائق فى الإنكار على الأصحاب بذكر القرعه،

١-١ الوسائل الباب-٦- من كتاب الشركه.

٢-٢ الوسائل الباب-١٣- من أبواب كيفيه الحكم.

حتى أنه أساء الأدب، و نسبهم في ذلك إلى متابعه العامه.

و جزم هنا في المسالك بالصحة في الفرض، و قال: «كما تصح المعاطاه في البيع، إلا أن المعاطاه فيه يتوقف لزومها على التصرف من حيث إن ملك كل واحد من العوضين للآخر فيستصحب ملكه إلى أن يتصرف أحدهما بإذن الآخر فيكون رضا منه يكون ما في يده عوضا عن الآخر، أما القسمة فإنها مجرد تمييز أحد النصيبين عن الآخر، و ما يصل إلى كل منهما هو عين ملكه لا عوضا عن ملك الآخر، فيكفي تراضيهما عليها مطلقا».

و فيه - بعد الإغضاء عما في القياس على المعاطاه في البيع الظاهر الفرق بينهما - أن ذلك يقتضى الاحتياج إلى القرعه التي هي لإخراج مثل ذلك، لا الاستغناء عنها و الاكتفاء بمجرد التراضى الذى هو مقتضى المعاوضه لا التمييز و التعيين، و حينئذ فالمتجه اعتبارها في المال المشترك المتحد سبب الشركه فيه، إذ

ليس في الأدله ما يقتضى تحقق القسمة بدونها، فأصالة بقاء الشركه حينئذ بحالها بعد عدم دليل على الاكتفاء بالرضا معينا إلا القياس على كلى الدين و نحوه مما استفيد الاكتفاء بالقبض مثلا من أدله الوفاء و الأمر بالإعطاء و نحو ذلك.

و نصوص القسمة - بعد احتمال اعتبار القرعه في مفهومها باعتبار أنها تميز الحق عن الآخر و لا مميز له في الشرع غير القرعه التي هي لكل أمر مشكل و مشتبه - لا إطلاق فيها، خصوصا بعد معرفيه الإقراع في قسمة الشركات بين العوام و الخواص، و ظاهر الأساطين من الأصحاب المفروغيه من اعتبارها فيها.

بل قد يتوقف في قيام الصلح مقامها، باعتبار عدم معلوميه العوض و المعوض عنه لأحدهما و إن كان يقوى في النظر جوازه، لعموم أدلته حتى

لو قلنا باستحقاق الشريك حصه معينه فى علم الله تعالى، و هى التى تخرج بالقرعه لو أقرع، فإنه حينئذ إن صادف المغايره أثره و إلا- كان لغوا، و الثمره حاصله، بل لا- يبعد الاكتفاء بالتراضى على جهه معاطاته، بل ينبغى الجزم بمشروعيه الصلح و بمعاطاته، بل و غيرهما كالبيع و نحوه فى الشركات المتعدده المختلفه جهه الشركه فيها، فيصلحه حينئذ عما يستحقه فى هذا بما يستحقه فى الآخر.

و لكن لا يخفى عليك أن ذلك كله ليس قسمه، بل هو حينئذ صلح تلحقه أحكامه، و المراد هنا تحقق القسمه التى هى أصل برأسها بمجرد التراضى و ليس فى الأدله ما يقتضيه.

نعم الظاهر عدم اعتبار الرضا بعد القرعه مع فرض سبق الرضا بالقسمه بها، ضروره ظهور أدلتها فى اقتضائها التعيين و التمييز، فمع حصوله بها لا- دليل على عوده، بل إن كان مراد من قال باعتبار الرضا بعدها فى اللزوم حصول الملك بها و لكنه جائز حتى يرضى بعدها كان محجوجا حينئذ باستصحابه بعد عدم الدليل على فسخه.

و بذلك ظهر لك ما أظن فيه فى الرياض الذى محصله أصاله بقاء الشركه المقطوع بظاهر أدله القرعه و صدق القسمه و باستصحاب الملك و غير ذلك، و قد ذكرنا جمله من الكلام فى كتاب الشركه و خصوصا فيما سمعته من المحدث البحرانى، فلاحظ و تأمل، و الله العالم و الهادى.

كما أنه ظهر لك أيضا عدم الفرق حينئذ فيما ذكرنا بين منصوب الامام (عليه السلام) و غيره، ضروره كونه فى غير قسمه الإيجاب كمنصوبهما، فمع فرض اعتبار الرضا بعد القرعه فى صحه القسمه لم يتفاوت ذلك بين الامام (عليه السلام) و بين غيره، إذ هو منصوب للقسمه الشرعيه، بل يتجه فى قسمه الإيجاب اعتبار رضاه بعدها أيضا عوضا عنهما،

لأن القسمة مفهوم واحد لا تختلف حقيقتها باختلاف القاسم، كما هو واضح.

و حينئذ فاتفقهم على عدم اعتباره بعدها فيه دليل على تحققها و صحتها بدونه في غيره أيضا، إذ ليس قسمته بين الشريكين برضاها حكما منه، بل هو كأحد أفراد القسمة.

و كذا ظهر لك أيضا عدم الفرق بين قسمه الرد و غيره، ضرورة أنها قسم من القسمة المفروض إفرادها بالقرعه و إن استتبت وجوب الرد على من خرج له النصيب الأوفر بها فهو استحقاق آخر يتبع القسمة المزبوره، و ليس هو معاوضه مستقلة خارجه عن القسمة كى يعتبر فيها التراضى، بل أقصاها تعاوض شرعى من توابع القرعه التى قد عرفت أنها مميزه فى قسمه الرد و غيرها.

و كيف كان ف يجزئ القاسم الواحد إذا لم يكن فى القسمة رد فى مذهب الأصحاب كما فى المسالك، بل لم يحك هو الخلاف فى ذلك إلا- عن بعض العامه، فاعتبر التعدد فيها جاعلا لها من قسم الشهاده و هو كما ترى، بل مناف لما سمعته من نصب على (عليه السلام) قاسما واحدا(١).

نعم لا بد من اثنين فصاعدا فى قسمه الرد، لأنها تتضمن تقويما، فلا ينفرد الواحد به لأنه من مقام الشهاده و إن كان يسقط اعتبار الثانى مع رضا الشريك لأن الحق لهما، و هما مسلمان عليه. و من هنا قال فى المسالك: «لا إشكال فى اعتبار العدد منها حيث لا يتراضى الشريكان بالواحد، لأن العدد شرط فى التقويم مطلقا».

و لكن قد ينافيه (أولا) ما سمعته من نصب على (عليه السلام) قاسما واحدا(٢) و إلا- كان المتجه نصب الاثنين احتياطا، لاحتمال حصول

١-١ راجع التعليقه ٤ ص ٣٢٦.

٢-٢ راجع التعليقه ٤ ص ٣٢٦.

الرد فى القسمه. و (ثانيا) أن التقويم غير منحصر فى قسمه الرد، فان كثيرا من الأموال المشتركه كالحوانات و نحوها لا تقسم إلا- بالتقويم و إن لم يكن فيها رد، و احتمال إرادته ذلك كله من قسمه الرد على معنى أنه قد يكون فيها رد مناف لما هو المصطلح عندهم من أن قسمه الرد المشتمله على دفع مال آخر من أحد الجانبين، و لذا أطلقوا عدم الجبر فيها بخلاف باقى ما يقسم بالتقويم الذى لا- رد فيه، فإنه يجبر عليه. و (ثالثا) أن التقويم لا مدخلية له فى القسمه التى هى إفراز الحق، و إنما هو من مقدماته، و الفرض ظهور كلامهم فى تعدد القاسم لا المقوم، على أنه يمكن القول بتولى الواحد القسمه فيها و إن احتيج إلى التعدد بعدها فى تقويم ما زاد فى أحد النصيين، إذ ذاك أمر خارج عن القسمه. و من هنا كان لعلى (عليه السلام) قاسم واحد(١)فتأمل جيدا.

و على كل حال ف أجره القسام المنسوب من قبل الامام (عليه السلام) من بيت المال المعد للمصالح التى منها القسمه إن لم يكن يرتزق منه و إلا- فلا- أجره له، لقيام ارتزاقه منه مقامها، بل يمكن إرادته ذلك منها، كما عساه ظاهر القواعد حيث عبر أولا بالارتزاق و ثانيا بالأجره، لاختصاص منفعه عمله بغيره، بخلاف المؤذن و نحوه ممن شرك مع الغير فى الانتفاع، فإنه يعبر عنه بالارتزاق و الأمر سهل.

و على كل حال فذلك له من بيت المال إذا نصب على هذا الوجه فان لم يكن إمام ينصب للقسمه شخصا كذلك أو كان و لكن لا سعه فى بيت المال و لو لوجود الأهم من ذلك لتجهيز جيش أو سد ثغر كانت أجرته على المتقاسمين و إن كانت قسمه

إجبار أو كان الطالب للقسمه أحدهم، خلافا لما عن أبي حنيفة و أحد وجهى الشافعية فيختص بالطالب، و فيه أن العمل المحترم قد وقع لهم أجمع فيستحق

عوضه ما لم يقصد التبرع به فان كانت القسمه بسؤالهم و استأجره كل واحد منهم بأجره معينه عليه فلا بحث فى استحقاق ذلك المعين من غير ملاحظه السهام أو الرؤوس.

نعم قد ذكروا إشكالا من جهه أخرى فيما لو فرض ترتب العقود و كان الشركاء اثنين مثلا فعقد واحد لإفراز نصيبه، فعلى القسام إفراز النصيبين، و تميز كل واحد منهما عن الآخر، لأن تمييز نصيب المستأجر لا يمكن إلا بتميز نصيب الآخر، و ما يتوقف عليه الواجب فهو واجب فإذا استأجر بعد ذلك الآخر على تمييز نصيبه فقد استأجره على ما وجب عليه و استحق فى ذمته لآخر فلم يصح، و كذا لو كانوا ثلاثة فعقد واحد لإفراز نصيبه ثم الثانى أشكل عقد الثالث بما سمعت.

و أوجب كما فى المسالك و بعض كتب العامه بأن السؤال مبنى على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستئجار القسام لإفراز نصيبه و لا سبيل إليه، لأن إفراز نصيبه لا يمكن إلا بالتصرف فى نصيب الآخرين تردد و تقديرا، و لا سبيل إليه إلا برضاهم، نعم يجوز أن ينفرد واحد منهم برضا الباقيين فيكون أصيلا و وكيلا، و لا حاجة إلى عقد الباقيين، و حينئذ إن فصل ما على كل منهم بالتراضى فذاك و إن أطلق وزع.

و فيه أن حاصله كما فى كشف اللثام عدم استقلال أحد منهم بالاستئجار و إيجاب الإفراز على ذمه الأجير، و هو كما قيل لا يدفع الإشكال، ضروره إمكان فرضه باستغناء القاسم للتردد فيه بضبطه إياه سابقا أو باستحقاقه ذلك لاستئجار و نحوه، أو يفرض برضا الشريك بالتردد فيه أو التخطى

أو كون القسمه إجبارا و المستأجر المستضر.

و لعل لذا فى كشف اللثام بعد حكايه الجواب المزبور قال: «و الحق عدم الاندفاع و من هنا التزم بعض الناس التفصيل بين القدره على الافراز على وجه يكون واجبا مطلقا فلا- يصح الاستئجار ثانيا، و بين كونه غير مقدور فيصح، لأنه يكون واجبا مشروطا».

و فيه أن المتجه فى الثانى عدم صحه الأولى لا- صحه الثانى مع الأولى كما هو مفروض البحث، اللهم إلا أن يراد أن الأولى وقعت مراعى صحتها بوقوع الثانى، كما لو اتحد الإيجاب و ترتب القبول خاصه، فإنه يقع مراعى بوقوع القبول من غيره، و التحقيق عدم صحه الثانى حيث تصح الأولى من دون مراعه للثانيه مع كون المستأجر عليه شيئا واحدا و إن تعدد عوضه، و لذا جاز الاستئجار عليه منهما دفعه واحده، بخلاف الترتيب المقتضى استقلال الأول فى الاستحقاق و كونه كالأجير الخاص بالنسبه إليه، لتعيينه بالعمل الغير القابل للتعدد، فهو حينئذ كالمستأجر لحيازه شىء من المباح مثلا، فإنه لا يجوز استئجاره ثانيا عليه لآخر بخلاف ما لو استأجره دفعه كما هو واضح.

و كيف كان ف ان استأجره فى عقد واحد بأجره معينه و لكن لم يعينوا نصيب كل واحد منهم من الأجره لزمتهم الأجره بالحصص، و كذا لو لم يقدروا أجره كان له أجره المثل عليهم بالحصص لا بالسويه عندنا من غير خلاف يعرف فيه بيننا، و فى محكى الخلاف دليلنا أنا لو راعيناها على قدر الرؤوس ربما أفضى إلى ذهاب المال، كأن يكون بينهما لأحدهما عشر العشر سهم من مائه سهم و الباقي للآخر و يحتاج إلى أجره عشره دنانير على قسمتها، فيلزم من له الأقل نصف العشره، و ربما لا يساوى سهمه دينار واحد

فيذهب جميع المال و هذا ضرر، و القسمة وضعت لازالة الضرر، فلا يزال بضرر أعظم منه.

و فى كشف اللثام «و لأن الأجره تزيد بزيادة العمل، و العمل يزيد بزيادة المعمول، فكل من كانت حصته أزيد فالعمل له أزيد، كمن يسقى جريبين من الأرض فعمله أزيد ممن يسقى جريبا، و أن تحمل المشقه أكثر، و كمن رد عبدا قيمته مائه فعمله أزيد ممن رد عبدا قيمته خمسون، و الغموض فى قله النصيب إنما جاء من كثره نصيب الآخر».

و فى القواعد و غيرها احتمال التساوى، للتساوى فى العمل، فإنه ليس إلا إفرازا أو حسابا أو مساحه، و الكل مشترك بينهما، بل قد يكون الحساب فى الأقل أغمض، و قله النصيب توجب كثره العمل، لوقوع القسمة بحسب أقل الأنصباء، فان لم يجب على الأقل نصيبا من الأجره أزيد فلا أقل من التساوى.

و لكن لم يذهب إليه أحد من أصحابنا، بل عن الشافعى و أبى حنيفه و مالك موافقتنا على ذلك، نعم هو محكى عن أحمد بن حنبل، و نقض عليه الفاضل فى القواعد بالحفظ للمال المشترك، فان له الأجره بالحصص مع التساوى فى العمل، و مرجع هذا و غيره مما سمعته أو لم تسمعه مما ذكر هنا إلى معلوميه القاعده فى المشترك أن جميع ما يترتب عليه من نفع أو غرم هو على الحصص إذا كان قد ترتب عليه من حيث الاشتراك، كما فى مفروض البحث الذى هو أجره المثل للعمل فى المشترك من حيث إنه كذلك أو المسمى فى العقد الواقع من هذه الحثيه، و لذا قد وافق عليها هنا من عرفت من العامه عدا ابن حنبل فضلا عن الخاصه، و وجهه - بعد معلوميه مقابله العوض بالعمل - أن التوزيع يكون بحسب أثر العمل فى المال المشترك، لا بالنسبه إلى المتعاملين الذين لا مدخله لهم فى المعاضه

و لا ريب فى استخراجه السهام المتعدده لذى السهم الأكر بعد تعديل المال المشرك على الأقل نصيبا، كما هو واضح، و الله العالم.

[النظر الثانى فى المقسوم]

النظر الثانى فى المقسوم و هو إما متساوى الأجزاء و صفا و قيمه كذوات الأمثال مثل الحبوب و الأدهان أو متفاوتها كالأشجار و العقار، فالأول يجبر الممتنع مع مطالبه الشريك بالقسمه بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم، بل الظاهر الاتفاق عليه، و لعله العمده بعد قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر و الضرار فى القسمه المفروض شرعيتها لأن الإنسان له ولايه الانتفاع بماله قطعا و لا ريب أن الانفراد أكمل نفعا.

و لا فرق فى ذلك بين الجامد و المائع الذى مسته النار للعقد كالدبس و الرب لا للتصفيه كالعسل و السمن و غيرهما، و ما عن بعض العامه من عدم جواز القسمه فى الأول لعدم جواز بيعه بعضه ببعض و لو مثلا بمثل و هى بيع خرافه فى خرافه.

نعم لو تعددت الأجناس المشرك فيها فطلب أحدهما قسمتها أنواعا بالقيمه فى القواعد لم يجبر، لتعلق الغرض غالبا بالعين، و لأنه قسم من قسمه الرد، نعم لو تراضيا على القسمه كذلك لم يكن به بأس، و لا ينافيه عدم الجبر عليه، لإمكان القسمه بطريق آخر جامع بين الجميع.

و كيف كان ف يقسم المكيل و الموزون و غيرهما كيلا- و وزنا و خرصا و مقابله متساويا و متفاضلا ربويا كان و غيره، لأن القسمه عندنا تميز حق لا بيع كى يلحقها أحكامه

من القبض فى المجلس لو كانت فى نقدين مثلا، و من عدم الزيادة لو كانت فى ربوى، و من العلم بالمقدار لو كانت فى مجهول، بل قد عرفت فيما مضى هنا و فى الشركه أنها ليست معاوضه، و إنما هى تمييز حق استخراج بالقرعه حتى فى قسمه الرد و إن كان فيها شبه المعاوضه إلا أنه تعاوض شرعى لا معاوضه معامله. و من ذلك يظهر لك المناقشه بما فى المسالك و غيرها، فلاحظ و تأمل.

هذا و فيها هنا أيضا «و أما قوله متساويا و متفاضلا فالأصل فى القسمه أن يكون بنسبه الاستحقاق، فإذا كان المشترك بينهما نصفين كان إفرازه قسامين، و إن كان بينهما أثلاثا كان إفرازه كذلك، و التفاضل فى الثانى بحسب الصورة و إلا فهو متساو حقيقه، لأن مستحق الثلث له فيما فى يد صاحب الثلثين ثلث و لصاحب الثلثين فيما فى يد صاحب الثلث ثلثاه، فالقسمه على هذا الوجه موجه للتسويه بينهما بالنظر إلى أصل الحق، و إن أراد بالتفاضل ترجيح أحدهما على الآخر بزيادة على حقه فليس ذلك بداخل فى حقيقه القسمه، بل هو هبه محضه للزائد، فلو ترك قوله: متساويا و متفاضلا كان أولى».

و فيه أن المراد بيان جواز قسمه الربويات بالتفاوت من حيث الجوده و الرءاءه، فلو كان الحب مشتركاً بينهما و فرض اختلافه على وجه يكون الوزنتان من بعضه تقابل بالوزنه من غيره فعديلاً السهام بذلك و اقتسماه على هذا الوجه فإنه لا إشكال فى صحه القسمه عندنا، بخلافه لو قلنا إنها بيع للربا، بل و إن قلنا إنها معاوضه و أن الربا عام للمعاوضات، لما عرفت أنها ليست معاوضه معامله، و الله العالم.

و أما الثانى و هو المتفاوته أجزاءه ف اما أن يستنصر الكل بقسمته أو البعض أو لا يستنصر أحدهم، و فى الأول

لا يجبر الممتنع عن القسمة كالجواهر و العضاء الضيقه و نحوها المتوقف قسمتها على كسرها و إلا فإذا أمكن بتعديلها بالقسمة أجبر الممتنع كما تسمعه فى الثياب و العبيد، إذ هو أحد الأفراد الذى لا ضرر فيه و لا رد، كما أنه قد عرفت قوه القول بصحة قسمتها مع التراضى و إن تضرر الجميع بناء على إرادته نقص قيمه منه لا الخروج عن المالىه، فلاحظ و تأمل.

و فى الثانى إن التمس المستضر لقله نصيبه مثلا على القسمة أجبر من لا يتضرر لأن المانع من جهته و قد فرض زواله برضاه إذا كان الضرر النقص، و إن قلنا إنه الخروج عن التمول أشكل جوابه إلى ذلك، لأنه سفه، إلا أن يفرض غرض صحيح يخرج عنه.

و إن امتنع المتضرر لم يجبر عندنا لقاعده لا- ضرر و لا ضرار و لا ريب فى أنه يتحقق الضرر المانع من الإيجابار بعدم الانتفاع بالنصيب أصلا بعد القسمة. و قيل: يتحقق مع ذلك بعدم الانتفاع به فيما كان ينتفع به مشتركا و إن لم تنقص قيمته، و قيل بنقصان قيمه على وجه يتحقق به الضرر الفاحش و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، كما حققنا ذلك فى كتاب الشركه (١) و (١١) إن كان للشيخ (١٢) بل و لغيره فى المسأله قولان (١٣) الأول و الأخير.

ثم (١٤) اعلم أن المقسوم (١٥) مثلها كان أو قيميا عقارا أو غيره متحدا أو متعددا متفقا فى الجنس أو مختلفا إن لم يكن فيه رد و لا ضرر أجبر الممتنع و تسمى قسمة إجبار، و إن تضمنت أحدهما لم يجبر، و تسمى قسمة تراض، و (١٦) حينئذ يقسم الثوب الذى لا تنقص قيمته بالقطع كما تقسم الأرض (١٧) المتساويه أجزاءها قسمة إجبار و إن كانا قيميين، لعدم ضرر و عدم رد فيها. و إن كان ينقص

بالقطع لم يقسم، لحصول الضرر بالقسمه و كذا الأرض.

و تقسم الثياب اتحدت فى النوع أو اختلفت. و كذا تقسم العبيد كذلك بعد التعديل بالقيمه قسمه إجبار مع فرض انحصار قسمتها فى ذلك، لأن التعديل المزبور رافع للضرر عرفاً، فتندرج حينئذ هى و غيرها فى الضابط المزبور الذى هو منطبق على جميع ما تسمعه مما ذكر فى المقام، و إن كان فى دعوى تحقق

الضرر فى بعض الأمثله كالدكاكين المتلاصقه و الدور المتجاوره فى قسمتها بعض فى بعض تأمل و نظر، كما ستعرف.

هذا و لكن فى المسالك و بعض كتب العامه كالروضه للرافعى من الشافعيه تشويشا فى المسأله حيث ذكر فيها «أن الأقسام ثلاثه: الأول قسمه الافراز، و هو أن يكون الشىء قابلاً للقسمه لتساوى أجزائه فى الصفات، كذوات الأمثال، و الثوب الواحد كذلك، و الأرض المتحدده كذلك، و لا إشكال فى أنها قسمه إجبار مع فرض عدم الضرر، و الثانى قسمه التعديل، و هى ما يعدل سهامها بالقيمه، و هى تنقسم إلى ما يعد شيئا واحداً و إلى ما يعد شيئين فصاعداً، فالأول كالأرض المختلفه أجزاءها، و البستان المختلفه أشجارها، و المدار المختلف بناؤها و نحو ذلك، و ظاهر عباره المصنف دخول الإجبار فيها، و يحتمل عدمه، لاختلاف الأغراض، و الأقوى الأول، و الثانى ينقسم إلى عقار و غيره، فالأول كدارين أو حانوتين، و لا جبر هنا على قسمتهما بعض فى بعض و إن أمكن التعديل بالقيمه، و أما غير العقار فان كان من نوع واحد كعبيد أو ثياب و أمكن التسويه فيها بالعدد و القيمه فظاهر المصنف و الأ-كثر الجبر فى قسمتها أعياناً، و لو لم يمكن التسويه فى العدد كثلاثه أعبد بين اثنين على السويه أحدهما يساوى الآخرين فى الجبر هنا و جهان: من التعديل بالقيمه

و من اختلاف الغرض فى التعدد و الاتحاد، بل أشكل من ذلك لو كانت الشركه لا ترتفع إلا عن بعض الأعيان كعبدین بین اثنين قيمه أحدهما مائه و قيمه الآخر مأتان و طلب أحدهما القسمة، فيختص من خرجت له القرعه بالخسيس و ربع النفيس، لعدم ارتفاع تمام الشركه بهذه القسمة، فيشكل الجبر عليها، و لو كانت الأعيان من أنواع مختلفه كعبد تركى مع هندی و ثوب إبريسم مع ثوب كتان ففى الإجبار هنا وجهان أيضا، بل أولى بالمنع، هذا كله مع اتحاد الجنس، أما مع اختلافه كعبد مع ثوب مثلا فلا إجبار فى قسمه أعيانها بعض فى بعض و إن تساوت بثمانها، و الثالث قسمه الرد، و لا جبر فيها أيضا، كما ستعرف».

و هو كما ترى لا- نعرف له مدركا ينطبق على أصولنا إلا دعوى حصول الضرر فى بعض دون آخر، و هى مجرد اقتراح، و إنما صدر من العامه على أصولهم الفاسده من قياس أو استحسان أو مصالح مرسله، و إنما المنطبق على أصولنا ما سمعته من الضابط المزبور، نعم قد يتوقف فى دعوى اقتضائه عدم قسمه العقار مع تعدده بعض فى بعض و لو مع الانحصار فى ذلك للضرر، ضروره كونه كالدار المختلف بناؤها و البستان المختلف أشجارها فى عدم صدق الضرر عرفا، و كذا قسمه مختلف الجنس بعضه فى بعض مع الانحصار فيه.

اللهم إلا أن يكون فى مختلف جهه الشركه فيه، بمعنى عدم الشركه فى مجموع آحاده و إن تحققت فى أفراده بأسباب مستقله، فإنه لا جبر فى قسمه بعض فى بعض قطعا، بل الظاهر عدم مشروعيه القسمه فيه بالمعنى المصطلح و إن جازت بنوع من الصلح و نحوه، لكون القسمه حينئذ قسمه معاوضه لا- إفراز، و ذلك لأنه معها يكون له النصف من كل منهما مثلا، و لا يجب عليه معاوضه ما يستحقه فى أحدهما بما لصاحبه

فى الآخر، إذ لىست هى إفراز حىنئذ، بخلاف ما لو كانت الشركه فى مجموعته، فان له حىنئذ نصفاً منه، و هو ىمكن انطباقه على أحدهما.

و من ذلك ىظهر لك اعتبار الإشاعه فى مجموع الأعیان المشترکه التى ىراد قسمتها بعض فى بعض، بل لا موضوع للقسمة فى غیره مما آحاده مشرکه بأسباب مستقلة من دون شرکه بمجموعه، و لىس المراد فى الأول اعتبار نصف المجموع مثلاً كى ىرد حىنئذ عدم جواز قسمة بعض المال المشترک دون بعض أو قسمة بعض بالإفراز و الآخر بالتعدىل و المعلوم خلافه نصاً و سیره، و إنما المراد زیاده مصادیق النصفیه بملاحظه الشركه فى المجموع على وجه ىصح قسّمته بعض فى بعض بحىث ىكون النصف أحد المالین مثلاً، فتأمل فإنه دقیق نافع، و حىنئذ فالمتجه عدم الفرق بین العقار و غیره و متحد الجنس و مختلفه مع فرض انحصار قسّمته بعض فى بعض بالتعدىل بالقیمه الذى فرض ارتفاع الضرر معه عرفاً، فىندرج فى الضابط المزبور.

و بذلك بان لك النظر فى كلام كثیر من الأصحاب حتى المصنف فىما ىأتى له من عدم الجبر على قسمة الدارین و الدكاكین و الأقرحه بعضها فى بعض و إن انحصر قسّمتها فىه، نعم هو كذلك لو فرض إمكان قسّمه كل منها بالإفراز على وجه لا ضرر فىه، فان المتجه عدم الجبر على خصوص هذا الفرد من القسّمه، كما فى كل مقام ىمكن فىه قسّمه الافراز، فإنها مقدمه على قسّمه التعدىل، لأنها أتم الافراد و أقل ضرراً و ألیق بمراعاة حق الاشتراك، و حىنئذ فالجبر علیها عند اختلافهما فى الإراده فى محله، نعم لو تعدرت و لو للضرر انتقل إلى قسّمه التعدىل إلا مع التراضى بها معه، فالمدار فى الجمیع - متساوى الأجزاء و مختلفها و المتحد و المتعدد عقار و غیر عقار مختلف النوع و متحده بل مختلف الجنس و غیره - على

ذلك بعد فرض الاشتراك في مجموعه، لا أن الشركه مختصه بآحاده الذى قد عرفت عدم موضوع لقسمته بعض فى بعض و إنما يقسم كل واحد من آحاده بقسمه مستقله، و تفاوت الغرض ليس ضررا ماليا، مضافا إلى عدم حصول منع بقاء الشركه التى لا يجب الجبر معها على المهاياه، و الله العالم.

و إذا سألا أى الشريكان مثلا القسمة للشىء و لهما بينه بالملك كذلك قسم بينهما بلا خلاف حتى من العامه و لا إشكال، إذ البينه حجه شرعيه و إن لم يحضر خصم.

و إن كان يدهما عليه و لا منازع قال الشيخ فى المبسوط: لا يقسم كما فى الدروس و إن كنا لم نتحققه، بل المحقق من موضع منه التصريح بالجواز، كالمحكى عن أبى على فى المختلف و قال فى الخلاف: يقسم و هو الأشبه بأصول المذهب و قواعده من غير فرق بين العقار و غيره من المنقول و غيره، بل لعله لا- خلاف فيه بيننا، بل قد يظهر من بعضهم الإجماع عليه لأن اليد و التصرف دلالة الملك و ليس قسمه الحاكم لهما حكما منه بالملك على وجه يقطع خصومه الخصم لو ظهر، كغيرها من تصرفاته فيها تبعا لظاهر اليد.

على أنه إذا أراد الاحتياط كتب فى كتاب القسمة صوره الحال بعد الإعلان بذلك على وجه لو كان هناك منازع لظهر، فما عن أحد قولى الشافعيه من عدم جواز القسمة و أبى حنيفه من عدم قسمه غير المنقول مع القول بأنه ملكنا إرثا واضح الفساد.

[النظر الثالث فى كيفية القسمة]**إشارة**

النظر الثالث فى كيفية القسمة المحتاجة إلى التعديل، و أقسامها أربعة لأن الحصص إن تساوت قدرا بأن كان الشركاء ثلاثة مثلا لكل واحد ثلث و قيمه بمعنى مساواة أجزاء المقسوم لقيمه الجملة ف هو القسم الأول.

و كيفية القسمة فيه بتعديلها على قدر السهام، لأنه يتضمن القيمة إذ قد عرفت تساوى قيمه الأجزاء لقيمه الجملة، و ذلك كالدار مثلا تكون بين اثنين مثلا و الفرض أن قيمتها متساوية (١١) لعدم التفاوت فى أجزاءها و عند التعديل (١٢) بقسمتها نصفين يكون القاسم مخيرا بين الإخراج (١٣) للرفع على الأسماء و الإخراج على السهام.

أما الأول فهو أن يكتب كل نصف فى رقعه و يصف كل واحد (١٤) منهما بما يميزه عن الآخر، و يجعل ذلك مصونا فى ساتر كالشمع أو الطين (١٥) أو غيرهما و يأمر من لم يطلع على الصورة (١٦) المكتوبه فى الرقعتين بإخراج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين، فما خرج ف (١٧) هو له.

و أما الثانى فهو أن يكتب كل اسم (١٨) من اسمى الشريكين مثلا فى رقعه و يصونهما (١٩) أيضا بساتر كالأول و يخرج (٢٠) من يأمره ممن لم يطلع على ما فيهما على سهم من السهمين فمن خرج اسمه فله ذلك السهم.

(٢١) و الظاهر عدم وجوب خصوص كتابه الرقاع و عدم الصون فى ساتر، بل و عدم وجوب كون المأمور مكلفا، بل و غير ذلك من القيود المزبوره،

إذ المراد حصول التعيين من غير اختيارهما أو وكيلهما، بل يفوضان أمره إلى الله تعالى و يفعلان ما يفيدوه و إن كان الأولى الاقتصار على المأثور و المعهود.

و إن تساوت الحصص قدرا لا قيمه لاختلاف أجزاء المقسوم بالنسبه إلى ذلك فقد يكون الثلثان منه مثلا مساويا للثلث الآخر فى قيمه و هو القسم الثانى، و حينئذ إذا أراد أن يقسم عدل السهام قيمه لأنها المدار فى رفع الضرر و ألغى القدر، حتى لو كان الثلثان مثلا بقيمته مساويا للثلث جعل الثلث نصفًا محاذيا للثلثين اللذين هما النصف الآخر و كيفية القرعه عليه كما صورناه سابقا من الإخراج على الأسماء أو السهام.

و إن تساوت الحصص قيمه لا قدرا مثل أن يكون للواحد النصف و للآخر الثلث و للآخر السدس و قيمه أجزاء ذلك الملك متساويه و هو القسم الثالث، و حينئذ فإذا أريدت القسمة سويت السهام على أقلهم نصيبا لأن المفروض تساوى القسمة فجعلت أسداسا كما هو الضابط فى كل قسمة اختلفت سهامها، فإنها تعدل على أقلها ما لم يكن فيها كسر، و إلا احتيج تعديلها إلى فرضها عددا ينطبق عليها، كما لو فرض كون النصف فى مفروض المسألة بين اثنين، فإنه لا تصح القسمة بالتعديل أسداسا للكسر فيها حينئذ، فلا تتساوى السهام كى يتجه الإقراع، بل لا بد من تعديلها باثنى عشر جزء، لأنه الذى منه الثلث و السدس و الربعان صحاحا، فتعدل هكذا.

ثم (١١) على كل حال كم يكتب رقعته؟ فيه تردد بين أن يكتب بعدد (١٢) أسماء الشركاء (١٣) فيكون فى الفرض ثلاثه كما هو الأشهر أو بعدد السهام (١٤) فيكون ستة، رقعته باسم صاحب السدس و رقعته باسم صاحب الثلث و ثلاثه لصاحب النصف.

و لكن الأقرب الاقتصار على عدد الشركاء، لحصول المراد به، فالزيادة كلفه و إن كان الأقوى جوازه أيضا، بل عن المبسوط قوه تعينه، لأن كل من كان سهمه أكثر كان حظه أوفر» و له مزيه على صاحب الأقل، فإذا كتب صاحب النصف ثلاث رقاع كان خروج رقعته أسرع و أقرب و إذا كتب له واحده كان خروج رقعته و رقعته صاحب السدس سواء.

و فيه أن ذلك لا فائده فيه بعد فرض تعديل السهام، فلا ريب في أن الأول أولى، لحصول الفائده مع الاختصار و ترك اللغو في إخراج الثانيه و الثالثه لصاحب النصف بعد إخراج الأولى و الثانيه لصاحب الثلث.

إذا عرفت هذا فإنه يكتب حينئذ ثلاث رقاع لكل اسم رقعته، فتجعل للسهم أول و ثاني و هكذا إلى الأخير الذى هو السادس و الخيار في تعيين ذلك أى ترتيب السهام على الوجه المزبور إلى المتقاسمين، و لو تعاسرا عينه القاسم دفعا للنزاع، و يحتمل استخراج بقرعه أيضا ثم تدفع الرقاع- بعد وضعها فى ساتر كما عرفت- إلى من لم يطلع على ما فيها ثم يأمره بإخراج رقعته منها فان تضمنت اسم صاحب النصف فله الأسهم الثلاثه الأول ثم يأمره بأن يخرج ثانيه، فان خرج صاحب الثلث فله السهمان الآخران و هو الرابع و الخامس و (١١) حينئذ لا يحتاج إلى إخراج الثالثه، بل لصاحبها ما بقى (١٢) و هو السهم السادس.

و كذا لو خرج اسم صاحب الثلث أولا كان له السهمان الأولان ثم يخرج أخرى، فإن خرج صاحب النصف فله الثالث و الرابع و الخامس، و لا يحتاج إلى إخراج أخرى لأن السادس تعين لصاحبها.

و هكذا لو خرج اسم صاحب السدس أولا كان له السهم الأول

ثم يخرج الأخرى، فإن كان صاحب الثلث كان له الثانى و الثالث، و الباقي لصاحب النصف، و لو خرج فى الثانى صاحب النصف كان له الثانى و الثالث و الرابع و بقى الآخران و هو الخامس و السادس لصاحب الثلث من غير احتياج إلى إخراج اسمه و ذلك كله واضح.

كوضوح الحال فيما لو فرض كتابه ست رقاع بأسمائهم، فإذا خرج واحده من رقاع صاحب النصف أولا أعطى الثلاثة الأول، فإذا خرجت ثانيه باسمه أو ثالثة كانت ملغاه، للاستغناء عنها بالأولى، و إن خرجت واحده من رقعتى صاحب الثلث بعد رقعته صاحب النصف أعطى الرابع و الخامس، و لا يحتاج إلى إخراج ما بقى، كما أنه لو خرجت رقعته صاحب السدس أعطى الرابع، و لا يحتاج بعد إلى إخراج غيرها، لتعين السهمين الأخيرين، و هما الخامس و السادس لصاحب الثلث، و كذا الكلام لو خرجت أولا إحدى رقعتى صاحب الثلث أعطى السهمان الأولان و تلغى رقعته الثانية، فإن خرج بعده رقعته صاحب السدس أعطى الثالث و تعين الباقي لصاحب النصف من غير حاجة إلى إخراج.

و كيف كان ف لا يصح أن تكتب رقاع و يخرجها فى هذه الصورة من القسمه على السهام نحو ما سمعته فى الصورتين الأوليين بل يتعين إخراج رقاع هذا القسم على المسمين بتلك الأسماء المكتوبه فى الرقاع بالطريق الذى ذكرنا إذ لا يؤمن أن يؤدى (١١) إخراجها على السهام نحو ما سمعته فى القسمين الأولين إلى تفرق السهام، و هو ضرر (١٢) غير جائز إلا مع الرضا به، إذ قد يخرج السهم الثانى لصاحب السدس، و هو مقتضى لتفرق ملك صاحب الثلث أو النصف، و كذا لو خرج له الخامس، بل قد يخرج لصاحب النصف مثلا الرابع، فيحصل النزاع

بينهم فى إتمامه بسهمين قبله أو بعده، و القسمة إنما شرعت لدفع النزاع.

هذا و فى الروضة للرافعى من علماء الشافعية «و إن أثبت الأجزاء فى الرقاع فلا بد من إثباتها فى ست رقاع، و حينئذ فالتفريق المحذور لو لزم إنما يلزم إذا خرج أولاً صاحب السدس، و هو مستغن عنه، بأن يبدأ بصاحب النصف، فان خرج الأول باسمه فله الأول و الثانى و الثالث، و إن خرج الثانى فكذلك، فيعطى معه ما قبله و ما بعده، و إن خرج الثالث ففى شرح مختصر الجوينى أنه يتوقف فيه و يخرج لصاحب الثلث، فان خرج الأول أو الثانى فله الأول و الثانى، و لصاحب النصف الثالث و الرابع و الخامس، و إن خرج الخامس فله الخامس و السادس، ثم أهمل باقى الاحتمالات، و كان يجوز أن يقال: إذا خرج لصاحب النصف الثالث فهو له مع اللذين قبله، و إن خرج الرابع فهو له مع اللذين قبله، و يتعين الأول لصاحب السدس، و إن خرج الخامس فهو له مع اللذين قبله، و يتعين السادس لصاحب السدس، و إن خرج السادس فهو له مع اللذين قبله، و إن أخذ زيد حقه و لم يتعين حق الآخرين أخرج رقعته أخرى باسم أحدهما، فلا يقع تفريق» إلى آخر ما ذكره مما هو غير معهود فى كيفية القرعة.

و مع فرض جوازها كذلك على تقدير التراضى بها فالتفريق أيضاً جائز مع التراضى به، بل يجوز معه الابتداء بذى السدس على أن يكون إذا خرجت رقعته على الأول أو الثانى فله الأول أو خرجت على الخامس أو السادس فله السادس كيلاً يلزم تفريق، بل قد يفرض تفريق لا ضرر فيه، كما فى قسمة الحبوب و الأدهان مثلاً.

و على كل حال فهذه الوجوه خارجه عن مفروض المسألة، فإنها مع فرض صحتها و دخولها فى المعهود من إطلاق القرعة لا تنافى ما ذكره المصنف و غيره من عدم جريان ما ذكره فى القسمين الأولين من إخراج

الأسماء على السهام بالكيفية المزبوره فيهما في هذا القسم، و إنما يختص بإخراج رقعته على الأسماء خاصه حذرا من حصول التفريق الذي لا ريب في احتماله على هذا الوجه، و التلخص منه بما عرفت خروج عن المفروض، و هو واضح.

كوضوح كون المراد من عبارته المتن عدم إخراج الرقاع على السهام على حسب ما ذكره في الأولين، بل يختص بإخراجها على الأشخاص المسمين بتلك الأسماء، فلا إشكال حينئذ، بل عن بعض النسخ إبدال العبارة المزبوره «و لا تخرج في هذه السهام على الأسماء، إذ لا يؤمن» إلى آخره، و هي صريحه في ما قلناه، و الله العالم.

و لو اختلفت السهام و قيمه معا و هو القسم الرابع و لا يخفى عليك أنه إذا كان كذلك عدلت السهام تقويما و ميزت على قدر سهم أقلهم نصيبا و أقرع عليها كما صورناه ضروره عدم الفرق بين الصورتين إلا بتفاوت مقدار المساحه في السهام في الثانيه دون الأولى، نحو ما سمعته في القسم الثاني، هذا كله في قسمه التعديل بدون رد.

أما لو كانت قسمه رد- و هي المفتقره إلى رد في مقابله بناء أو شجر أو بئر أو نحو ذلك مما يكون في أحد السهمين و لا يمكن قسمته- ف لا خلاف عندنا بل و لا إشكال في أنه لا تصح القسمه فيه ما لم يتراضيا جميعا، لما يتضمن من دفع الضميمه التي لا تستقر إلا بالتراضى لعدم كونها من المال المشترك، فلا وجه لجبر أحدهما عليها، إذ هو كجبره على بيع ما لا يمكن قسمته، بل لعله كذلك عند العامه فضلا عن الخاصه، نعم قد يفرض الجبر في بعض الصور من باب السياسات التي لا مدخل لها فيما نحن فيه مما هو حكم شرعى.

و إنما الكلام فيما إذا اتفقا على الرد و عدلت السهام

و أقرع فهل تلزم بنفس القرعه فيلزم بالرد من خرج الزائد له كما يلزم بالقبول من خرج الناقص له؟ قيل كما عن المبسوط و التحرير و الإرشاد و الدروس و الإيضاح و المسالك و غيرها لا تلزم إلا بالرضاع بعد القرعه، بل عن بعضهم التصريح باعتبار لفظ «رضيت» و نحوه بعد القسمه لأنها تتضمن معاوضه، و لا يعلم كل واحد من يحصل له العوض ف لا يتحقق رضا المعاوضه قبل القرعه و لذا قلنا يفتقر إلى الرضا بعد العلم بما ميزته القرعه حتى يتحقق الرضا المعترف في صحه المعاوضه، بل و يتحقق أيضا إنشاءها، و هو حاصل ما في محكى المبسوط و غيره من أن القرعه فيها تفيد معرفه البائع منهما من المشتري، و قبل القرعه لا يعلم هذا، فإذا علم بها البائع من المشتري و علمنا من الذى يأخذ الزائد و يرد خمسين مثلا قلنا الآن قد بان ذلك الرجل، فلا تلزم القسمه إلا- بتراضيهما، ثم قال: «و تفارق هذه قسمه الإجبار، لأنه لا يبيع فيها و لا شراء، فلهذا لزم بالقرعه، و هذه فيها بيع و شراء، فلا- يلزم بها- ثم قال:- و أيضا لما لم يعتبر التراضى فيها فى الابتداء فكذلك فى الانتهاء، و ليس كذلك هنا، لأنه اعتبر التراضى فى ابتدائها فكذا فى انتهائها».

هذا و لكن قد تشعر نسبة المصنف و الفاضل ذلك إلى القيل برده أو التردد فيه، بل مقتضى إطلاق المصنف و غيره فيما تقدم عدم اعتبار الرضا بعدها فى قسمه منصوب الامام (عليه السلام) عدم الفرق بينها و بين غيرها، بل هو صريح الدروس.

و منه حينئذ يظهر عدم الفرق بين الجميع، ضروره عدم مدخلية منصوب الامام (عليه السلام) فى المعاوضات، على أن مرجعه الاكتفاء بقرعته عن إنشاء تعاوض، بل يتعين الدفع على ذى السهم الزائد و القبول

على ذى السهم الناقص، فهو عوض شرعى لا معاوضه اصطلاحيه، و من المعلوم عدم الفرق فى نفاذ القرعه بين وقوعها منه و من غيره.

و أيضا ظاهر الجميع كون ذلك فردا من أفراد القسمه، لا- أنها قسمه و بيع، بل ظاهر جماعه ممن اعتبر الرضا بعدها الاكتفاء بإنشاء الرضا بها بعدها لا إنشاء معاوضه، بل لا يكفى إنشاؤها على الاجمال، بل لا بد من قصد البيع أو الصلح أو الهبه المعوضه أو نحو ذلك مما يقطع بعدم التزامهم به، بل كلامهم كالصریح فى نفى كون القسمه بيعا عندنا حتى قسمه الرد، على أن هذا البيع بعد القرعه يجب إنشاؤه بينهما على وجه إذا امتنع يقوم الحاكم مقامه أو يبقى مختارا فيه.

و التزام الأول كما ترى، و الثانى مناف لمفاد القرعه الذى هو التعيين.

و لعله لذا احتمل فى كشف اللثام و غيره اللزوم بنفس القرعه، بل لعله الأقوى و إن كان الاحتياط لا ينبغى تركه، بل قد عرفت فيما سبق إطلاق بعضهم الاكتفاء فى صحتها و لزومها بالتراضى و إن كان فيها رد، و أن القرعه عند التنازع.

لكن فى المسالك هنا «ثم على تقدير التراضى عليها إن اتفقا على أن يكون الرد من واحد معين و أوقعا صيغه معاوضه تقتضى ذلك كالصلح و غيره فلا- بحث، و إن اتفقا عليه و دفع الراد العوض من غير صيغه خاصه كان الحكم كالمعاطاه لا- تلزم إلا بالتصرف عند من جعل ذلك حكم المعاطاه و إن لم نقل بتوقف التراضى على القسمه مع عدم الرد على التصرف، و الفرق ما أشرنا إليه من اشتمال قسمه الرد على المعاوضه المقتضيه للصيغه الداله على التراضى على ما وردت عليه من العوض، و المقسوم الزائد على ما قابل المردود غير متعين، فلا يمكن تخصيصه باللزوم مع التراضى بدون التصرف».

و فيه ما لا يخفى من منافاه ذلك لظاهر كلام أصحابنا و غيرهم من أن قسمه الرد من أفراد القسمة و إن كان لا إيجاب فيها، و لا يحتاج إلى صلح و غيره، حتى من اعتبر الرضا بعد القرعه فإنما يريد الرضا بها قسمه، و هو غير الرضا المعتبر فى إنشاء المعاوضات المعلومه، و كأنه اشتبه عليهم العوض و المعاوضه المصطلحه، و لا ريب فى الفرق بينهما، و أقصى ما فى قسمه الرد الأول لا الثانى، كما هو واضح بأدنى تأمل.

نعم لو لم نقل إنها من أفراد القسمة بل هى قسمه و معاوضه اعتبر حينئذ قصد معاوضه خاصه و تعيين المعوض عنه و غير ذلك مما فى تلك المعاوضه التى يتفقان على إنشائها، و من المعلوم أن قسمه الرد قد تشتمل على زياده وصف فى أحد السهمين و زياده عين و غير ذلك مما يتوقف معادلته للسهم الآخر على جبر ممن يكون له ذلك. و بالجمله يقوى فى النظر الاكتفاء فى لزومها بالقرعه، و يتعين الدفع على ذى السهم الزائد و القبول على الآخر، و الله العالم.

[مسائل ثلاث]

اشاره

مسائل ثلاث:

[المسأله الأولى لو كان لدار علو و سفلى فطلب أحد الشريكين قسمتها بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب من العلو و السفلى بموجب التعديل جاز]

الأولى:

لو كان لدار مثلا علو و سفلى فطلب أحد الشريكين قسمتها بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب من العلو و السفلى بموجب التعديل جاز بلا خلاف و لا إشكال، لأنه توصل إلى حق كل منهما، بل أجبر الممتنع منهما عن ذلك مع فرض انتفاء الضرر المانع من الإيجاب، بل ظاهر إطلاق المصنف و غيره عدم الفرق فى الإيجاب المزبور بين أن يجعل نصيب كل منهما من العلو فوق

نصبيه من السفل و عدمه ما لم يستلزم ضررا يرتفع معه الإيجابار.

و لو طلب انفراده بالسفل أو العلو لم يجبر الممتنع مع التمكن من الأول الذى لا- ريب فى تقدمه عليه، لما فيه من إيصال الحق إلى مستحقه فى كل منهما، كما سمعته فى تقديم قسمه الافراز على قسمه التعديل.

مضافا إلى ما فى كشف اللثام من تعليله بأن البناء تابع للأرض و العلو للسفل، فإنما يجبر على قسمه تأتي على الأرض، و لأنه من ملك شيئا من الأرض ملك قراره إلى الأرض السابعه و هواءه إلى السماء، فلو جعلنا لأحدهما العلو قطعنا السفل عن الهواء، و العلو عن القرار، أما مع فرض عدم إمكانه و لو للضرر فيه المانع من الإيجابار عليه بخلاف الفرض فالأقوى الجبر عليه، لأنه طريق لا ضرر فيه إلى إيصال الحق لمستحقه، و لعل إطلاق المصنف و غيره لا ينافيه بعد تنزيهه على التمكن من الأول، حتى ما سمعته من كشف اللثام.

و كذا الكلام لو طلب قسمه كل واحد منهما منفردا عن الآخر لا يجبر عليه مع التمكن من قسمتهما على الوجه الأول، أما مع فرض عدم التمكن منه و فرض عدم الضرر فى هذا يتجه الجبر، لما عرفت من وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر.

هذا و فى المسالك اقتصر فى شرح عبارته المصنف على ذكر القسمين الأولين و ترك القسم الثالث، و لعله ليس فى نسخه لكن ما جعله مدركا للأولين مناف له، و ذلك لأنه جعل العلو و السفل كالبيتين المتجاورين، فيجبر إن طلب قسمه كل منهما على حدته، و لا يجبر على قسمه أحدهما فى الآخر على أن يكون لأحدهما العلو و للآخر السفل، و هو صريح فى منافاه ذلك لما ذكره المصنف من عدم الجبر لو طلب قسمه كل واحد منهما منفردا، و إنما الذى ذكر الجبر فيه قسمتهما معا على أن يكون لكل

واحد نصيب من العلو و السفلى بقسمه واحده.

على أنه لا يخفى عليك ما فى دعوى جعل العلو و السفلى بمنزله البيتين المتجاورين، ضروره كونهما كيبوت الدار الواحده لا مثل ذلك، و لذا لم يجبر عندهم على قسمه كل منهما منفردا.

بل فى القواعد «و لو طلب أحدهما قسمه السفلى خاصه و يبقى العلو مشتركاً أو بالعكس لم يجبر الآخر، لأن القسمه للتمييز، و مع بقاء أحدهما لا يحصل التمييز» و مراده أن البناء علوه و سفله تابع للأرض، فالمشترك شىء واحد، فمع قسمه بعضه دون بعض لم يحصل التمييز، إذ هو كما لو اشتركا فى جريب من الأرض فطلب أحدهما قسمه نصفه و بقاء الآخر على الإشاعه.

و الظاهر أن مراده عدم الجبر لا ما يتوهم من عدم صحه قسمه ذلك حتى مع الرضا، باعتبار عدم التمييز فى القسمه المفروضه التى هى عبارته عنه، و الفرض أن المشترك شىء واحد عرفاً، خصوصاً بعد ما عرفت من كون الشركه النصف مثلاً فى المشترك، لا أنها فى كل جزء جزء، و حينئذ فمع فرض اتحاده يكون النصف المستحق دائراً بين مصاديقه فيه، فيمكن أن يكون هذا النصف الذى أرادوا قسمته بينهما، فلا تصح القسمه، حينئذ إلا مع إيقافه عليه أجمع.

لكنه كما ترى مخالف للمقطوع به بين الناس، و خصوصاً فى المتماثلات بل و فى مثل الأرض المتحدده الواسعه إذا أرادوا قسمه بعضها، و يكفى ذلك فى جعلها متعدد، فإنه لا إشكال فى جواز قسمتها مع فرض عروض التعدد لها عرفاً.

كما أنه يلزم على التوهم المزبور عدم الصحه فى الذى عرض له الاتحاد بعد أن كان متعدد، بل ملاحظه هذا الميزان تقتضى أمراً غريباً فى الشريعة،

نعم قد يقال: إنه لا يجبر عليه إذا كان قد بذل القسمة فيه أجمع، لعدم الدليل عليه في خصوص ذلك، بل ظاهر الأدلة خلافه، كما أن ظاهرها جواز جميع أفراد القسمة مع التراضى بها، كما تسمع تحقيقه إنشاء الله.

[المسألة الثانية لو كان بينهما أرض و زرع فطلب أحدهما قسمه الأرض حسب أجبر الممتنع]

المسألة الثانية:

لو كان بينهما أرض و زرع فيها فطلب أحدهما قسمه الأرض حسب أجبر الممتنع ل ما عرفته من وجوب إيصال الحق إلى صاحبه مع عدم الضرر، و هو هنا كذلك ف ان الزرع كالمحتاج في الدار ف لا يمنع من قسمتها.

نعم لو طلب قسمه الزرع خاصة قال الشيخ كما في المحكى عن مبسوطه هنا لم يجبر الآخر، لأن تعديل ذلك بالسهم غير ممكن و في صلحه «لأن قطع نصفه لا يمكن، فان لكل واحد منهما حقا في كل طاقه منه».

و فيه إشكال واضح من حيث إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهاله و ثبوت الحق في كل طاقه لا يمنع شرعيه القسمة في أمثاله بل في كل شىء، و من هنا جزم من تأخر عنه بالجبر عليه، بل عن ابن البراج أنه قال: إذا كان التفصيل بين قوم و أرادوا قسمته لم يصح ذلك إلا ببيعه و قسمه ثمنه بينهم، أو بأن يقطع من الأرض و يقسمونه كما يقسمون الغله مثله، أو يكون مما يمكن قسمته بالتعديل، و هو غير مخالف.

بل يمكن أن يريد الشيخ ذلك أيضا على معنى إرادته قسمته مع بقاءه زرعاً، لصعوبه تعديله حينئذ، لعدم معرفه قوه استعداده، و بالجمله

يكون نزاعاً في موضوع، هذا كله في قسمته زرعاً.

أما لو كان بذراً بعد لم يظهر من الأرض لم تصح القسمة بلا خلاف لتحقق الجهالة المانعة من التعديل.

و لو كان سنبلًا قال الشيخ أيضاً: لا يصح لعدم إمكان التعديل و هو مشكل أيضاً، بل أشد إشكالاً من الأول لجواز بيع الزرع عندنا بل في المحكى من عبارته الشيخ اضطراب بالنسبة إلى ذلك، قال: «فان كان بينهما أرض فيها زرع فطلب أحدهما القسمة فاما أن يطلب قسمه الأرض أو الزرع أو قسمتهما معاً، فان طلب قسمه الأرض دون غيرها أجبرنا الآخر عليها على أى صفة كان الزرع: حبا أو قصيلاً أو سنبلًا قد اشتد، لأن الزرع في الأرض كالمتاع في الدار لا يمنع القسمة، فالزرع مثله، و أما إن طلب قسمه الزرع وحده لم يجبر الآخر عليه، لأن تعديل الزرع بالسهم لا يمكن، و أما إن طلب قسمتها مع زرعها لم يخل الزرع من ثلاثه أحوال: إما أن يكون بذراً أو حبا مستتراً أو قصيلاً، فان كان حبا مدفوناً لم تجز القسمة، لأننا قلنا القسمة إفراز حق فهو قسمه مجهول أو معدوم فلا تصح، و إن قلنا بيع لم يجز لمثل هذا، و إن كان الزرع قد اشتد سنبله و قوى حبه فالحكم فيه كما لو كان بذراً و قد ذكرناه، و إن كان قصيلاً أجبرنا الممتنع عليها، لأن القصيل فيها كالشجر فيها، و لو كان فيها شجر قسمت بشجرها كذلك هنا».

و يمكن إرادته من البذر اخضراره في الجملة، فإنه في الحكم كالحب المدفون، لعدم إمكان تعديله، كما أنه يمكن أن يكون وجه الفرق بين كونه سنبلًا قد قوى حبه و بين كونه قصيلاً أن الأول قد صار بمنزلة المتاع المنفصل الموضوع في البيت فلا يتبع الأرض، و لا يجبر على قسمته تبعاً لها، بخلافه قصيلاً، فإنه كالشجر فيها يجبر على قسمته معها، إذ

ليس هو كالحب المدفون الممتنع تعديله. و لم يتحقق تابعيته للأرض، و كذا المخضر في الجملة الذي لم يتم إثباته، و لا هو كالسنبل الذي قد آن انفصاله عن الأرض و إن كان فيه نظر، ضروره خروج الزرع بحاليه عن تبعيه الأرض عرفا بخلاف الشجر، و لعله لاتخاذ الثاني فيها باقيا كالبناء بخلاف الأول المبني على الانفصال، و لذا شبه بالمتاع في البيت حتى من الشيخ نفسه في تعليل الجبر على قسمه الأرض وحدها، فلاحظ و تأمل.

و من هنا صرح في التحرير بعدم الجبر لو أريد قسمته تابعا للأرض لعدم كونه من توابعها، و لذا لم تثبت الشفعه فيه بخلاف الشجر.

و على كل حال فمراد الشيخ الفرق بين السنبل و غيره في التبعيه، و لم يتعرض لقسمته سنبلًا وحده، و لعل المصنف قد عثر له على غير هذا الكلام، و الأمر سهل بعد وضوح الحال لديك حتى قسمتهما معا بعضا في بعض، فإنه لا جبر فيها، كما نص عليه غير واحد، لعدم كونهما شيئا واحدا، و الفرض إمكان قسمه كل واحد منهما أو الأرض خاصه.

فما عساه يتوهم من عبارتي المسالك و الكفايه من الجبر فيه في غير محله.

نعم قد يأتي على ما اخترناه الجبر على ذلك مع فرض انحصار القسمه الخاليه عن الضرر المانع من الإيجاب فيه، لوجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع الإمكان و إن ترجح بعض أفرادها على بعض، أما الأرض ذات الشجر فيجبر على قسمتها معه، لكونه تابعا كالبناء، و لذا تثبت الشفعه فيه، و كذا يجبر على قسمتهما بعض في بعض مع فرض انحصار القسمه الخاليه عن الضرر فيه، بل و كذا يجبر على قسمه كل منهما أو أحدهما منفردا مع الفرض المزبور.

و يمكن إرجاع ما في القواعد و غيرها إلى ما ذكرنا، قال: «و لو كان فيها غرس فطلب أحدهما قسمه أحدهما من الأرض أو الشجر خاصه

لم يجبر الآخر، و لو طلب قسمتهما معا بعضا فى بعض أجزر الآخر مع إمكان التعديل، و لو كانت الأرض عشره أجره و قيمه جريب واحد منها يساوى قيمه تسعه أجره، فإن أمكن قسمه الجميع بينهما على أن يتساويا فى الحصه مساحه و قيمه بأن يكون لأحدهما نصف ذلك الجريب و نصف التسعه الباقية و للآخر مثله بأن يكون الجريب فى الوسط بحيث لا يلزم تفريق السهام و جب، و إن تعذر التعديل كذلك بأن يكون الجريب فى الطرف أو ذا بناء أو شجر أو نحو ذلك عدلت بالقيمه، بأن جعل الجريب قسما و التسعه قسما و أجزر الممتنع عليها إذا لم يتضرر بتفريق السهام و لا غيره» و الله العالم.

[المسأله الثالثه لو كان بينهما قرحان متعدده و طلب واحد قسمتها بعضا فى بعض لم يجبر الممتنع]

المسأله الثالثه:

لو كان بينهما قرحان متعدده و طلب واحد من الشريكين مثلا- قسمتها بعضا فى بعض لم يجبر الممتنع لأن المشهور بين الأصحاب على ما فى المسالك أن ما يعد شيئين فصاعدا من العقار كالدور المتعدده و الأراضى المتعدده الخاليه من الشجر- و هى المعبر عنها بالأقرحه- و الدكاكين المتعدده- سواء تجاوزت أم لا- و الحبوب المختلفه كالحنطه و الشعير لا يقسم بعضها فى بعض، بمعنى جعل بعضها فى مقابل بعض قسمه إجبار، و إنما يقسم كل واحد منها على حدته قسمه إجبار إذا أمكن ذلك من غير ضرر، لأنها أملاك متعدده، و لكل واحد منها خواص لا تحصل فى الآخر، بخلاف الأرض الواحده و الدار الواحده و إن كنا لم نتحققه.

بل ذكرنا سابقا أن قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع

التمكن منه و عدم الضرر تقتضى الجبر إذا فرض الضرر بقسمه كل منها على حدته، و فوات الغرض لا يمنع الإيجاب، كفواته فى المتعدد من النوع الواحد كالثياب و العبيد التى ذكروا فيها الجبر.

بل قد عرفت أن مقتضى إطلاق المصنف ذلك فيها و إن اختلف نوعها كثوب إبريسم و كتان، و عبد حبشى و زنجى، و لعله لذا حكى عن ابن البراج التصريح بقسمه الدور و الأقرحه بعضها فى بعض مع تساوى الرغبات، بل عنه أنه قال: «و كذا لو تضرر بعضهم بقسمه كل على حدته جمع حقه فى ناحيه» و مقتضى إطلاقه أولا الجبر و إن لم تكن متجاوره و أمكن قسمه كل واحد منها على حدته، إلا- أن المحكى عنه فى كشف اللثام الحكم بالإيجاب مع التجاور و التضرر إذا قسم كل على حدته بأن تكون حصه كل منهما فى بعضها أو فى كل مما لا يكاد ينتفع به.

و كيف كان ف لو طلب قسمه كل واحد بانفراده أجبر الآخر مع إمكانه بلا ضرر بلا خلاف و لا إشكال، للقاعده المزبوره و غيرها، بل قد ذكرنا سابقا أن هذا الفرد من القسمه يقدم على غيره من الأفراد و كذا الكلام لو كان بينهما حبوب مختلفه مثلا.

و كذا لا خلاف و لا إشكال فى أنه يقسم القراح الواحد بينهما و إن اختلفت أشجار أقطاعه كالدار الواسعه إذا اختلفت أبنيتها لأن الأصل فى الملك هو الأرض، و هى واحده، و الأشجار و الأبنيه توابع.

و فى محكى المبسوط «و يفارق هذا إذا كانت الأقرحه متجاوره، و لكل قراح طريق ينفرد به، لأنها أملاك متميزه، بدليل أنه إذا بيع سهم من قراح لم تجب الشفعه فيه بالقراح المجاور له، و ليس كذلك إذا كان القراح واحدا و له طريق واحده، لأنه ملك مجتمع، بدليل أنه

لو بيع بعضه وجب الشفعه فيه مما بقى، و أصل هذا و جوازه على الشفعه فكل ما بيع بعضه فوجب فيه الشفعه فهو الملك المجتمع، و كل ما إذا بيع بعضه لم تجب فيه الشفعه لمجاوره كانت أملاكا متفرقه».

قلت: ليس المهم بيان الاتحاد و التعدد، فان العرف كاف فيه، بل المهم بيان اعتبار الاتحاد فى قسمه الإجبار، مع أنه ليس فى شىء مما وصل إلينا من الأدله جعل ذلك عنوانا للحكم المزبور، و مقتضى القاعده المذكوره الأعم من ذلك، على أنه لم يذكروا حكم المتحد عارضا و المتعدد كذلك، و بالجمله التحقيق ما عرفت.

و منه يعلم الحال أيضا فيما ذكره المصنف و غيره من أنه لا تقسم الدكاكين المتجاوره فضلا عن غيرها بعضها فى بعض قسمه إجبار، لأنها أملاك متعدده يقصد كل واحد منها بالسكنى على انفراده، فهى كالأقرحه المتباعده ضروره عدم صلاحيه ذلك للخروج عن مقتضى القاعده المزبوره، على أنه يمكن أن يقال: إنها واحده، لأن الأصل الأرض، و البناء تابع، فالدكاكين كبيوت الدار، و لعله لذا حكم فى الإرشاد بالجبر، و هو كذلك مع فرض عدم إمكان قسمه كل واحد منها بانفراده، و الله العالم.

[النظر الرابع فى اللواحق]

إشاره

النظر الرابع فى اللواحق و هى ثلاث:

[الأولى إذا ادعى الشريك بعد القسمة الغلط لم تسمع دعواه]

الأولى: إذا ادعى الشريك بعد القسمة الغلط لم تسمع دعواه فإن أقام بينه سمعت و حكم ببطالان القسمة، لأن فائدتها تمييز الحق و لم يحصل، و لو عدما فالتمس اليمين كان له إن ادعى على شريكه العلم بالغلط.

و فى المسالك «لا فرق فى عدم سماع دعوى الغلط فى القسمه بمجردھا بين كون القاسم منصوب الامام (عليه السلام) و من تراضيا به و أنفسهما لأصالة الصحه إلى أن يثبت المزيل، و لأن منصوب الامام (عليه السلام) كالقاضى لا تسمع الدعوى عليه بالظلم، لكن لو أقام بينه سمعت و نقضت القسمه، كما لو أقام بينه على ظلم القاضى و كذب الشهود» ثم اختار أن له إحلاف الشريك مطلقا و إن لم يدع عليه العلم.

و فى القواعد «و لو ادعى أحد المتقاسمين الغلط عليه و أنه أعطى دون حقه لم تتوجه له الدعوى على قسام القاضى بغير الأجر، و لا- له عليه يمين، بل إن أقام بينه سمعت و نقضت القسمه، و إن فقدھا كان له إحلاف شريكه، فان حلف برى ء، و إن نكل أحلف هو و نقضت، هذا فى قسمه الإجبار، و أما قسمه التراضى فالأقرب أنه كذلك».

و ربما احتمل اقتضاء المفهوم فى كلامه توجه الدعوى على القسام إذا كان بأجره، لأنه ليس أمين الحاكم حينئذ، بل هو وكيل المتقاسمين» و أيضا فهو فى محل التهمه فتتوجه عليه الدعوى، و فى كشف اللثام «لم أر هذا لغيره».

و فى الدروس «و لو ادعى الشريك الغلط فى القسمه أو فى التقويم و لا- بينه حلف الآخر» و فى المبسوط «إذا ادعى الغلط فى قسمه التراضى كاختصاص أحدهما بالعلو و الآخر بالسفل أو كان فيها رد أو كانا قد اقتسما بأنفسهما لم يلتفت إليه، لأنه إن كان مبطلا فظاهر، و إن كان محقا فقد رضى بترك هذه الفضله، و يشكل بإمكان عدم علمه بها حال القسمه، فالوجه السماع حينئذ، قيل و لا تقبل شهاده القاسم إن كان بأجره، و إلا قبلت لعدم التهمه، و لا يحلف قاسم القاضى لأنه حاكم».

و المحكى عن المبسوط أنه لم يسمع دعواه مطلقا من غير فرق بين

قسمه الإجبار و التراضى و إن كان قد قال فى وجه الأخير: «إنها لم تخل من أحد أمرين: إما أن اقتسما بأنفسهما أو قسم بينهما قاسم لحاكم، فان اقتسما بأنفسهما لا يلتفت إلى قول المدعى، لأنه إن كان مبطلا سقط قوله، و إن كان محقا فقد رضى بترك هذه الفضله، فلا معنى لرجوعه فيها، و إن كان القاسم قاسم الحاكم فمن قال يلزم بالقرعه قال الحكم فيها كقسمه الإجبار، و قد مضى، يعنى لم تقبل، و من قال لا تلزم إلا بتراضيهما بعد القرعه فالحكم كما لو تراضيا من غير حاكم» كما أنه أشار بقوله: «قيل» إلى ما فى التحرير من أن الأقرب ذلك.

ثم قال فيه أيضا: «و لو ادعى أحد الشريكين الغلط فى القسمه و أنه أعطى دون حقه و أنكر الآخر فالقول قول المنكر مع يمينه، و لا- تقبل دعوى المدعى إلا- بالبينه، فإن أقام شاهدين على الغلط نقضت القسمه و أعيدت، و إن لم تكن هناك بينه كان له إحلاف الشريك، سواء كانت القسمه تلزم بالقرعه أو تتوقف على التراضى، كما لو اقتسما بأنفسهما، فإنه تسمع دعواه، و يحلف خصمه أيضا مع عدم البينه، و على كل تقدير فليس له إحلاف قاسم القاضى على عدم الغلط، لأنه حاكم، و لو حلف بعض الشركاء و نكل الباقيون حلف مدعى الغلط، و أفادت يمينه نقض القسمه فى حق الناكبين دون الحالفين» إلى غير ذلك من كلماتهم فى المقام.

إلا أن ظاهر ما سمعته منها و غيره الاتفاق على اقتضاءها توجه اليمين على الشريك و إن لم يدع عليه العلم، بل قيل: لم يوجد له موافق على ذلك إلا- ما عساه يفهم من عبارتى المبسوط و المجمع. فما فى الكفايه- من أنه لو ادعى عليه العلم مكن منه على الأشهر، و إلا ففيه قولان- فى غير محله.

قلت: الظاهر أنه كما ذكر المصنف مع فرض كون القاسم غيرهما،

ضروره عدم اليمين له عليه، خصوصا إذا كان منصوب الامام (عليه السلام) لكونه أمينا لهما، فلا يمين عليه مع فرض عدم التهمة، لأن دعوى الغلط كما هو المفروض غيرها، و ليس له على الشريك اليمين على نفيه بعد أن كانت القسمه فعل غيره.

بل قد يقال: لا يمين له عليه أيضا إذا كانا قد اقتسما بأنفسهما أيضا من دون دعوى العلم، لأن دعواه من دونها لا توجب له حق اليمين على الشريك بعد اعتراف المدعى بكونه غير عالم به، إذ هو معنى الغلط، أى الخطأ بلا قصد، فلا يتوجه له يمين عليه إلا مع دعوى أنك علمت بالغلط الذى وقع منا.

و حينئذ يتجه إطلاق المصنف عدم سماع دعواه مطلقا بدون البينه، على معنى عدم اقتضاءها يمينا مطلقا إلا مع دعوى العلم على الشريك، على أن القسمه فيهما من فعلهما المشترك بينهما، و الحلف على نفي فعل الغير إنما هو مع دعوى العلم به عندهم، و حينئذ لا ربط للدعوى المفروضه بالشريك على وجه يكون مدعى عليه حتى يندرج فى

قولهم (عليهم السلام): «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه»

إلا- مع دعوى علمه بذلك، و بدونها تكون دعوى مجردة عن مدعى عليه، فينحصر طريق ثبوتها بالبينه، كما تسمعه من الإسكافي، فمراد المصنف حينئذ عدم استحقاق المدعى بمجرد هذه الدعوى المفروض عدم اعتراف الشريك بها يمينا له عليه لعدم تعليقها بما يقتضيه على الشريك المفروض اعتراف خصمه بعدم علمه بالغلط المدعى به.

بل الظاهر عدم اقتضاءها أيضا لو وجهها على منصوب الامام (عليه السلام) لاقتضاءها فسقه بإنكاره، فهى كدعوى العلم بالخطأ على الحاكم،

بل و على منصوبهما المفروض اعترافه بعدم التهمه له فى قسمته، لما عرفت من كون دعوى الغلط الخطأ من غير قصد، و إنما هى بعد ذلك، بمعنى أنه علم بالغلط و أخفاه، و الظاهر أن إقراره بعد ذلك بسبب توجيه اليمين عليه أو نكوله عنه أو رده على المدعى لا- يقتضى بطلان القسمه التى هى متعلق حق الغير، و لو أن هذا الإقرار يجرى فى البطلان لكان الإقرار بعدم الغلط مجدياً فى الصحه، نعم ربما يكون لليمين فائده عدم استحقاق الأجره أو الغرم أو نحو ذلك، و هو غير المفروض الذى هو انتقاض القسمه، فتأمل.

و بذلك يظهر لك النظر فى جملة من الكلمات السابقه بل و غيرها مما لم نقله أيضا فلاحظ و تأمل.

نعم ما يحكى عن أبى على قد يظهر منه موافقه المصنف، قال:

«و لو ادعى أحد الشركاء غلطا لم تنقض القسمه حتى يقيم المدعى البيه بالغلط» بل يمكن تقييد إطلاق اليمين فى العبارات السابقه بما إذا ادعى العلم أو بالمستفاد من عباره التحرير، و هو فرض إنكار الخصم بالتصريح بعدم الغلط فى وجوب الدعوى، و حينئذ يتوجه له اليمين عليه، لتحقق الإنكار حينئذ، و هو غير المفروض فى عباره المتن الذى هو مجرد دعوى الغلط، فتأمل جيدا فإنه دقيق.

ثم لا يخفى عليك أن ما فى التحرير من قبول شهاده القاسم إذا لم يكن بأجره لا يخلو من نظر، كما يشعر به نسبه إلى القيل فى الدروس من حيث رجوعها إلى أنها شهاده على فعل نفسه، فتخرج عن المنساق من موضوع الشهاده من غير فرق بين الأجره و عدمها، نعم يبقى قبول إخباره من حيث كونه أمينا، و هو غير الشهاده، و لا تفاوت فيه بين الأجره و عدمها على الظاهر، نعم ما ذكره من اختصاص الناقلين من

الشركاء حيث يتوجه عليهم اليمين بطلان القسمة في حقهم بعد حلف المدعى اليمين المردوده على الأصح جيد و إن حكى عن الشهيد في بعض فوائده بطلان أصل القسمة، لأنها شىء واحد فلا تتبععض، إذ هو كما ترى، ضروره إمكان تعددها في الظاهر بالنسبه إلى أحكامها و إن اتحدت في الواقع، كما في سائر النظائر، و الله العالم.

[الثانيه إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقا فإن كان معينا مع أحدهما بطلت القسمة]

الثانيه: إذا اقتسما مثلا ثم ظهر البعض مستحقا فإن كان معينا مع أحدهما بطلت القسمة بلا خلاف بل و لا إشكال لبقاء الشركه حينئذ في النصيب الآخر لعدم التعديل و لو كان فيهما بالسويه لم تبطل بلا خلاف أيضا و لا إشكال لأن فائده القسمة باق، و هو إفراز كل واحد من الحقين بعد إخراج المستحق، نعم عن بعض العامه احتمال البطلان لتبعض الصفقه، من غير فرق في ذلك بين اتحاد جهه الاستحقاق و تعددها و بين اتحاد المستحق و تعدده.

نعم ينبغي تقييد ذلك بما إذا لم يحدث نقصا في حصه أحدهما خاصه بأخذه و لم يظهر به تفاوت بين الحصتين، مثل أن يسد طريقه أو مجرى مائه أو ضوئه، فإن القسمة حينئذ باطله، لبطلان التعديل.

و منه يعلم قوه بطلانها لو ظهر في نصيب أحدهما عيب لم يعلم قبل القسمة، لفقد التعديل، لكن ظاهر التحرير التخيير بين فسخها و بين الرجوع بالأرش كالبيع، و هو مشكل خصوصا مع القول بعدم قابليتها للفسخ، بل متى صحت لزممت و لا تعود إلا بسبب جديد مقتضى للشركه، فما في القواعد من جريانه فيها إذا اتفقا عليه محل نظر و تأمل، إذ ليس في أدله الإقاله ما يقتضى مشروعيتها في فسخ سبب الافراز و التعيين كى يخرج به عن الأصل، و الله العالم.

و لو كان المستحق فيهما معا لكن لا بالسويه

بطلت القسمة أيضا لتحقق الشركه كما هو واضح.

و على كل حال فلا يضمن أحدهما درك ما يحدثه الآخر من غرس أو بناء لو ظهر الاستحقاق، لعدم كون القسمة بيعا عندنا. و كذا لا يضمن له العيب المتجدد فى الثلاثه.

و إن كان المستحق مشاعا معهما فللشيخ قولان: أحدهما لا تبطل فيما زاد عن المستحق، و الثانى تبطل، لأنها وقعت من دون إذن الشريك حتى لو كانت الإشاعه فى نصيب أحدهما خاصه و هو الأشبه بأصول المذهب و قواعده.

و لا فرق فى جميع ما سمعت بين أن يكونا عالمين بالاستحقاق أو جاهلين أو أحدهما جاهلا دون الآخر، فان القسمة مع العلم بالاستحقاق المبطل للتعديل لا يدل على انتقال نصيب أحدهما أو شىء منه إلى الآخر انتقالا لازما، و غايه ما يلزم العلم رضا أحدهما بنقصان نصيبه مع سلامه المستحق له.

هذا و ربما ظهر من تعليل المصنف و غيره الصحه مع الاذن على أن تكون حصته مشاعه معهما، و حينئذ فلحوقها كاف. و أولى منه بذلك لو ظهر تعدد الشركاء فى السهمين مثلا و رضوا بما وقع من القسمة، إذ الظاهر جريان الفضوليه فيها.

كما أن الظاهر جواز القسمة مع التراضى بينهم بإفراز حصه جمله من الشركاء عن جمله أخرى، فإذا أراد أحد الفريقين تمييز سهامهم اقتسموا قسمة أخرى و هكذا، بل و غير ذلك من الصور المتصوره فى المقام حتى ما أشرنا إليه من القسمة بين الشريكين و بقاء الثالث على الإشاعه فى نصيب كل منهما، فإنه و إن لم يتميز حقه بالخصوص كما أنه لم يتميز حق كل منهما عن تمام الشركه و لكن تميزهما عن الآخر و انقطاع

شركه الثالث عن المجموع كاف في صحتها المستفاده من مشروعيه ما تعينه القسمة من المقطوع به كتاباً (١) و سنه (٢) و إجماعاً، فكلما لم يعلم فساد محكوم بصحته على نحو ما عرفته في غيرها.

و تعريفها بأنها تمييز الحقوق لا يقتضى اشتراط صحتها بوقوعها على ما يقتضى إفراد كل سهم و إن رضى الشركاء باجتماع بعض مع بعض و بقاء سهم بعضهم مشاعاً مع كل واحد من المقتسمين، بل في بعض أدله القرعه (٣) ما يقتضى شرعيتها في القسمة مشاعاً مرات متعددة.

بل كلامهم كالصريح في قسمه مختلف السهام بجواز اقتضاء القرعه خروج سهم أحدهم و بقاء الباقي على الإشاعه، و بجواز ما سمعته من الصور المشتمله على الاحتراز عن التفرق في الملك، و غير ذلك مما يقتضى البناء على الأصل المزبور في مشروعيه القسمة حتى يعلم الفساد، لا أن المشروع منها مجمل فكلما شك فيه يبقى على أصل الاشتراك، و إلا لأشكل الحال في كثير من صورها المصرح بجوازها مع التراضى مثل قسمه العبدین الخسيس و النفيس المقتضيه لبقاء الإشاعه في النفيس دون الخسيس و غيرها من الصور، و الله العالم.

[الثالثه لو قسم الورثه تركه ثم ظهر على الميت دين فلا ريب في صحه القسمة]

الثالثه: لو قسم الورثه تركه ثم ظهر على الميت دين فلا- ريب في صحه القسمة و إن كان الدين مستوعباً، بل مع العلم بوجود الدين بناء على المختار من كونها ملكاً لهم معه، و تعلق حق الدين بها لا ينافى صحه القسمة و إن بيع نصيب الممتنع منهم من وفائه،

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٨ و سورة القمر: ٥٤- الآيه ٢٨.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢ و ٧- من كتاب الشفعه.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٠- من أبواب الأئطعمه المحرمه- الحديث ١ و ٤ من كتاب الأئطعمه و الأئطربه.

إذ هو كما تعلق بها مع كليه سهم الوارث يتعلق بها مع تشخيصه.

و حينئذ فقول المصنف فان قام الورثه بالدين لم تبطل القسمه، و إن امتنعوا نقضت، و قضى منها الدين لا يخلو من إشكال، و كذا ما فى الدروس «لو اقتسم الورثه ثم ظهر دين و امتنعوا من أدائه نقضت القسمه، و لو امتنع بعضهم بيع نصيبه» بل و ما فى القواعد «و لو قسم الورثه التركه و ظهر دين فإن أدوه من مالهم و إلا بطلت القسمه، و لو امتنع بعضهم من الأداء بيع من نصيبه خاصه بقدر ما يخصه من الدين، و لو اقتسموا البعض و كان فى الباقى وفاء أخرج منه الدين، فان تلفت قبل أدائه كان الدين فى المقسوم إن لم تؤد الورثه».

اللهم إلا أن يريدوا بالنقض ما ذكروه من البيع كما هو ظاهر المسالك أو صريحها لإفساد القسمه و رجوع المال إلى الإشاعه، و إلا لاتجه بطلانها أيضا بامتناع البعض، ضروره اقتضاء فسادها فى البعض فسادها فى الجميع، كما هو واضح.

نعم قد يشكل أصل جوازها مع استيعاب الدين بناء على مختاره من كونها على حكم مال الميت بأنه ليس للورثه حينئذ القسمه، لعدم الملك لهم، كما اختاره فى كشف اللثام، بل و مع عدم الاستيعاب بناء على بقاء ما قابل الدين منها مشاعا على حكم مال الميت.

لكن قد يجاب عن ذلك باكتفاء هؤلاء بتعلق حق الوارث بها فى جواز القسمه التى هى غير منافية لتعلق حق الدين فتأمل.

و لو ظهرت وصيه تمليكيه بعد القسمه فى المسالك «فان كانت بمال فهو كما ظهر دين، و إن كانت بجزء شائع أو بعينه فعلى ما ذكرنا فى ظهور الاستحقاق» و سبقه إلى ذلك فى الدروس «و الوصيه بجزء من المقسوم تبطل القسمه، بخلاف الوصيه بالمال المطلق، فإنها كالدين»

و سبقه إليه أيضا في القواعد «و لو ظهرت وصيه بجزء من المقسوم فكالمتحقق، و إن كانت بمال فكالدين».

و فيه أن الأول يتم إن لم نقل برجوعه إلى الإشاعه في التركة و إلا أشكل الصحه حينئذ، ضروره كونه حينئذ كالقسمه مع الوصيه بجزء مشاع في البطالان، لعدم إذن الشريك، بل يمكن البطالان بناء على أنه كلى في التركة نحو الصاع من الصبره في أحد الاحتمالين، لأنه ليس كالدين في الذمه، بل هو كلى في التركة، فلا تجوز القسمه بدون إذن الموصى له، لأنه مالك للمقسوم في الجملة، إذ الكلى موجود بوجود أفراد، بل لا يعقل ملك الكلى في الخارج، و لا محل له. و بذلك يفترق عن الدين الذى محله الذمه و إنما تعلق في التركة استحقاق الغرماء.

اللهم إلا أن يقال: إنه باعتبار كون الموصى به كليا و لكن تعيين الفرد بيد الوارث فلا ينافى صحه القسمه حينئذ مع قيام الوارث بدفع الفرد منها و لو موزعا على الأنصباء، نحو ما سمعته في الدين، كما لا يمنع البائع من بيع باقى الصبره قبل دفع الصاع منها على المشتري بناء على أنه كلى منها، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيها معا من التأمل، و الله العالم.

و من اللواحق أيضا أنه لو أخذ أحد الشريكين بيتا في دار و الآخر غيره و بيت الأول يجرى ماؤه في حصه الثانى لم يكن للثانى منعه من الجريان عليه، فان التعديل قد كان بأن يكون لكل منهما حصه بحقوقها، إلا أن يشترط حين القسمه رد الماء عنه، فإن أطلق بقى على حاله.

و لو وقع الطريق لأحدهما و كان لحصه الآخر منفذ و طريق إلى الدرب صحت القسمه و إلا بطلت، لانتفاء التعديل إلا أن يجعل عليه مجازا في حصته أو يشترط سقوط المجاز، خلافا لما عن القاضى من بطلان اشتراط سقوط المجاز.

و لو كان مسلك البيت الواقع لأحدهما فى نصيب الآخر من الدار فهو كمجرى الماء.

و منها أن لولى الطفل و المجنون المطالبه بالقسمه، لكن فى القواعد «مع الغبطه لهما» و عليه الحصه من أجره القسمه من مال المولى عليه لا بدونها» بل فى كشف اللثام «و إن انتفت المفسده و اكتفينا فى تصرفات الولى بانتفائها، فان الإجار بمجرد غير معلوم» و إن كان فيه بحث.

و إن طلب الشريك القسمه و انتفى الضرر أجبر الولى عليها و إن كانت الغبطه فى الشركه، للقاعده السابقه، و عليه الحصه من الأجره من مال المولى عليه، و عن التحرير احتمال العدم، لأن أخذ الأجره من ماله - و لا غبطه له - إجحاف.

و أما الكلام فى المهايه و قسمه الوقف فقد تقدم الكلام فىهما فى كتاب الشركه (١) و الله العالم.

[النظر الرابع فى أحكام الدعاوى]

إشاره

النظر الرابع فى أحكام الدعاوى و هى تستدعى بيان مقدمه و مقاصد،

[أما المقدمه فتشتمل على فصلين]

إشاره

أما المقدمه فتشتمل على فصلين:

[الفصل الأول فى المدعى]

الأول: فى المدعى الذى قد استفاض فى النصوص (١) أن البينه عليه، كما استفاض (٢) كون اليمين على المدعى عليه، و من أنكر كما فى بعض النصوص (٣).

و على كل حال فالمرجع فىهما العرف على حسب غيرهما من الألفاظ التى لم تثبت لها حقيقه شرعيه و لا قرينه على إرادته معنى مجازى خاص، و ما عن بعض الناس من ثبوتها فى المدعى واضح الفساد، نعم ربما ثبت حكم المنكر للمدعى كما فى دعوى الرد للودعى و غيره، لا- أنه يكون بذلك مدعى عليه، فلا- مرجع حينئذ إلا- العرف الذى لا- اشتباه فيه فى كثير من أفراده بل جميعها، و لعله لذا اقتصر فى الصحاح على قوله: «ادعيت على فلان كذا، و الاسم الدعوى» و مع فرض الاشتباه ينحصر الإثبات بالبينه التى هى حجه شرعيه، و مع فرض تعارضها تلتمس المرجحات و إلا فالقرعه كما ستعرف.

و حينئذ فالواقع من المصنف و غيره بل قيل: إنه المشهور من تفسيره بأنه هو الذى يترك لو ترك الخصومه أى سكت عنه لو سكت عنها لا- يراد منه إلا الإشاره إلى تميز معناه العرفى فى الجملة، نحو التعاريف اللفظيه، فلا يناقش بعدم الانعكاس أو عدم الاطراد، ضروره عدم كون ذلك معنى للمدعى المراد به هنا من قام به إنشاء الدعوى التى هى الاخبار الجازم المقتضى لترتب الحق على الغير أو الخروج من الحق الذى له عليه، و إنما هو من لوازم الدعوى الأولى، بخلاف

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من أبواب كيفيه الحكم.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من أبواب كيفيه الحكم.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ٣.

الثانية التى هى نحو دعوى الإعسار و الوفاء و رد المغصوب و الوديعه و نحوهما مما لا- يترك عن المطالبه بالحق لو ترك الدعوى بذلك. و قد اعترف به فى المسالك فى دعوى الرد من الأمين و إن اشتهه بذكر ذلك فى وجه كونه مدعيا.

و من ذلك يعلم ما فى كلام جماعه أن هذا التفسير هو المتبادر المتناسب لما ذكره غير واحد من كون الدعوى بمعنى الطلب الذى منه «وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ»(١).

مضافا إلى معلوميه التغيرات بين الدعوى بمعنى التداعى الذى هو المخاصمه و بينها بمعنى التمنى، و إلى عدم انطباقه على دعوى الزوج عدم التصرف بالزوجه مع الخلو، فإنه مدع عندهم و لا- يترك لو ترك هذه الدعوى، فإن الزوجه تطالبه بتمام المهر بدعوى دخوله بها، و الفرض أن القول قولها معها.

و لعله لذا قيل: إن المدعى هو الذى يدعى خلاف الأصل، أو أمرا خفيا منافيا للظاهر الشرعى، فإنه حينئذ أشمل من الأول، لاندرج دعوى الحق له و الخروج عما عليه فيه، لكونهما معا مخالفين للأصل، و اندراج دعوى ما يخالف الظاهر شرعا فيه أيضا، و عن بعضهم حكاية التفسير بالمعطوف خاصه عن بعض و بالمعطوف عليه خاصه عن آخر، و حينئذ تكون الأقوال الأربعة.

لكن ظاهر المصنف و النافع و غيره انحصار الخلاف فى قولين، و لعله لأن دعوى تفسيره بالأخير خاصه مما لا ينبغى صدوره، ضرورة عدم منافاه أكثر الدعاوى للظاهر الذى هو مقتضى العاده و نحوها، لا أن المراد به و لو من جهه الأصل الذى لم يعهد التعبير به، بل فى الغالب

يجعل مقابلا للأصل، و كذا تفسيره بالمعطوف عليه. فإنه مناف لما يخالف الظاهر و كيف عرفناه فالمنكر فى مقابلته.

و على كل حال لا- يخفى عليك أيضا أنه ليس شىء منها منطبقا على معنى المدعى الذى قد عرفت، و إنما المراد بتعريفه بذلك التمييز بذكر شىء من خواصه اللازمه أو الغالبه و إن خرجت عن مفهومه.

مع أنه قد يناقش أيضا بأن فيه إجمالا، لأنه إن كان المراد مخالفه مقتضى كل أصل بالنسبه إلى تلك الدعوى فلا ريب فى بطلانه، ضروره أعميه المدعى من المخالفه للأصل، فان كثيرا من أفراده موافقه لأصل العدم و غيره، و لكنها مخالفه لأصل الصحه و نحوه، و إن أريد مخالفه أصل فى الجملة فلا تمييز فيه عن المنكر الذى قد يخالف أصلا من الأصول.

و أما تمييزه بمخالفته الظاهر فالظاهر إرادته إدراج ما ثبت فى الأدله الشرعيه من تقديم قول مدعى الظاهر بيمينه فى مقامات خاصه، فيكون المخالف له حينئذ مدعيا، و من هنا كان الوجه ذكر ذلك منضمما إلى دعوى مخالفه الأصل فى تفسير المدعى لا مقتصرا عليه، لخلو كثير من الدعاوى عنه.

و حينئذ قد يقال: إن ذلك ليس بأولى من القول بأنه من قبول دعوى المدعى بيمينه للدليل، نحو ما ذكره فى دعوى الرد من الودعى، و دعوى التلف من الأمين و نحو ذلك، بل هذا أولى، ضروره صدق كون المرأه هى المدعيه لدخول الزوج بها مع الخلو، و كذا غير ذلك من المقامات التى ثبت من الأدله تقديم موافق الظاهر على مخالفه حتى مدعى الصحه على مدعى الفساد الذى هو مقتضى الأصول العقليه.

و بذلك ظهر لك أنه ليس مدار المدعى و المدعى عليه عرفا من يقدم قوله بيمينه و من يطلب منه البينه، فإنه قد يكون مدعيا عرفا و يقبل قوله بيمينه.

كما أنه ظهر لك صدق المدعى عرفاً مع موافقته الأصل و الظاهر، بل و لا يترك إذا ترك.

كل ذلك مع شدة الخفاء في تفسير المدعى بأنه الذي يدعى أمراً خفياً، ضروره عدم تفاوت الخفى و الظاهر في صدق المدعى و المدعى عليه.

و أعظم من ذلك كله أنهم جعلوا هذه التعاريف المتعدده اختلافاً من ذويها في معنى المدعى، حتى أنهم رتبوا الأحكام عليها عند اختلاف مقتضاها الذي ذكروا مثاله اختلاف الزوجين قبل الدخول إذا أسلما في معيه الإسلام و تعاقبه و نحو ذلك.

فقال في القواعد: «المدعى هو الذي يترك لو ترك الخصومه، أو الذي يدعى خلاف الظاهر أو خلاف الأصل، و المنكر في مقابلته، و لو أسلما قبل الوطء فادعى الزوج التقارن فالنكاح دائم، و ادعت التعاقب فالزوج هو الذي لا يترك و سكوته، و المرأه تدعى الظاهر، و هو التعاقب، لبعده التقارن، ففي تقديم قول أحدهما احتمالاً».

و في الدروس «المدعى هو الذي يخلى و سكوته، أو يخالف الأصل أو الظاهر، و المنكر بإزائه، و الفائدة في مثل دعوى الزوج تقارن الإسلام قبل المسيس و المرأه تعاقبه، فعلى الظاهر الزوج مدع، و على التخليه هي، لأنها لو سكتت لم يتعرض الزوج و استمر النكاح، و الزوج لا يخلى، و كذا على مخالفه الأصل، و في دعوى الزوج الإنفاق مع اجتماعهما و إنكارها».

و على هذا المنوال جرى ثانی الشهيدين في المسالك و الروضه و الأردبيلي في مجمع البرهان و الأصبهاني في كشفه و السيد في رياضه و غيرهم.

و الأصل في ذلك الشافعي، قال في الروضه للرافعي: «في معرفه المدعى و المدعى عليه قولان مستنبطان من اختلاف قول الشافعي في مسأله

إسلام الزوجين، أظهرهما عند الجمهور أن المدعى من يدعى أمرا خفيا يخالف الظاهر، والثاني من لو سكت خلى و سكوته و لم يطالب بشىء، فإذا ادعى زيد دينا فى ذمه عمرو أو عينا فى يده فأنكر فزيد هو الذى لو سكت ترك، و هو الذى يذكر خلاف الظاهر - إلى أن قال:- فزيد مدع بمقتضى القولين، و عمرو مدعى عليه، و لا يختلف موجبهما غالبا، و قد يختلف، كما إذا أسلم زوجان قبل الدخول، فقال الزوج: أسلمنا معا فالنكاح باق، و قالت: بل على التعاقب و لا نكاح، فان قلنا: إن المدعى من لو سكت ترك فالمرأه مدعيه، فيحلف و يستمر النكاح، و إن قلنا بالأظهر فالزوج مدع، لأن ما يزعمه خلاف الظاهر، و هى مدعى عليها، فتحلف و يرتفع النكاح» إلى آخر ما ذكر مما هو مسطور فى كلمات الأصحاب، خصوصا المسالك منها.

و الذى يظهر أن المدعى و المدعى عليه معنى واحد، و ليس هذا اختلافا فى معناهما على وجه يوجب اختلاف الأحكام، و إنما ذكروا تعريفه ببعض الخواص لإرادته التمييز فى الجملة، و إلا فمن المقطوع أنه ليس بشىء منها معنى المدعى، و خصوصا المراد به هنا، و هو الذى من التداعى بمعنى المخاصمه، و لعله لذا جعله فى اللغه من كيفية الحكم، و ربما كان هو المومى إليه ب

قوله (عليه السلام) (١) «استخراج الحقوق بأربعه»

و بقوله (عليه السلام) (٢): «بالقضاء بالشاهد و اليمين فى

١- ١ الوسائل الباب-٧- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٤.

٢- ٢ الظاهر أنه قد اراد به ما فى صحيح محمد بن مسلم المروى فى الوسائل- الباب- ١٤- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١٢ حيث قال عليه السلام: «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله عز و جل أو رؤيه الهلال فلا» و لم نجد نص ما ذكره قد بعينه فى الأخبار.

حقوق الناس دون حقوق الله».

و حينئذ فالمراد به الذى قام به إنشاء الخصومه فى حق له أو خروج من حق عليه، سواء وافق الظاهر و الأصل بذلك أو خالفهما، و سواء ترك مع سكوته أو لم يترك، فان المدعى عرفا لا يختلف باختلاف ذلك.

و حينئذ ففى مسأله الإسلام كل من الزوج و الزوجه مدعى لو كان مصب دعواهما ذلك، و الزوجه خاصه مدعيه لو كان دعواها انفساخ النكاح و الزوج بقاؤه و بالعكس.

و كيف كان فالرجوع إلى العرف فى مصداقهما أولى من ذلك كله، و لعله لا- اشتباه فيه بعد امتياز خصوص الدعوى بين المتخاصمين، نعم قد يقدم قول المدعى بيمينه فى مقامات كثيره للأدله الخاصه، و ذلك لا يخرج عن كونه مدعيًا، و إنما يخرج عن الحكم بأن عليه السببه، و ليس كل من قدم قوله بيمينه منكرًا، و كل من طلب منه السببه مدعيًا. و من ذلك دعوى الودعى رد الوديعه و دعوى الأمين تلف المال و غير ذلك، بل لعل منه تقديم قول مدعى الصحه، فإنه مدع، و لكن قدم قوله بيمينه، فتأمل فإنه بما ذكرنا يظهر لك النظر فى كلمات كثيره فى المقام، و الله الهادى.

و كيف كان فلا- خلاف فى أنه يشترط فيه أى المدعى البلوغ و العقل، و أن يدعى لنفسه أو لمن له ولايه الدعوى عنه، و ما يصح منه تملكه، فهذه قيود أربعه، فلا تسمع دعوى الصغير و لا المجنون بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم، بل هو إجماع مضافا إلى انسياق غيرهما من الأدله، بل الدعوى أيضا إنشاء يترتب عليه أحكام، و عبارته مسلوبه عنه، كغيرها من الإنشاءات، لاتفاق النص(١)الفتوى على أنه لا يجوز أمره حتى يبلغ.

و لا- دعواه ما لا لغيره إلا أن يكون وكيلا أو وصيا أو وليا كالأب و الجد أو حاكما أو أمينا لحاكم بلا خلاف أجده فى حكم المستثنى منه، لأصالة عدم وجوب الجواب لغيرهم ممن لا حق له، لكن قد يشكل بالمرتهن و الودعى و المستعير و الملتقط و نحوهم، فان التزام عدم سماع دعواهم على وجه لا تقبل منهم البينه

على من غضب منهم ذلك مثلا كما ترى، و لا يندرج أحد منهم فى أحد هؤلاء، اللهم إلا أن يدعى اندراجهم فى الولى فى المتن بدعوى عموم الولاية لمثل ذلك.

لكن فيه أن غير المصنف قد صرح بإرادته الأب و الجد من الولى، أو يقال: إن المراد نفى سماع دعوى المال لغيرهم، لا نفى سماعها من حيث حق العاربه و الرهانه مثلا، كما أنه قد يشكل أيضا بدعوى المحتسبين أموال الأطفال و المجانين مثلا، فان عدم سماع دعواهم مشكل، و اندراجهم فى أحد هؤلاء أشكل، اللهم إلا أن يتوكلوا من الولى الذى هو غير عالم بالحال، و مع فرض عدم وجوده يكون المحتسب وليا.

و لا فى حكم المستثنى و إن قال بعض مشايخنا: «لا يحلف الولى و لا يحلف، إذ لا فائده للمولى عليه فى ذلك، إذ لعله إذا بلغ صالح» و فيه أن عموم الولاية يقتضى أن له التحليف الذى هو حق من حقوقه فله استيفاؤه، على أنه قد تقتضى المصلحه ذلك أيضا.

و كذا لا تسمع دعوى المسلم خمرا أو خنزيرا و نحوهما مما لا يصح تملكه له، نعم لا بأس بدعوى استحقاق ثمنها حال عدم الإسلام.

و لا بد فى السماع أيضا من كون الدعوى صحيحه فى نفسها، فلا تسمع دعوى المحال عقلا أو عادة أو شرعا لازمه أى ملزمه للمدعى عليه فلو ادعى هبه لم تسمع حتى يدعى الإقباض، و كذا لو ادعى رهنا أو وقفا بناء على اعتبار القبض فى الصحه، إذ

لاحق له عليه بدونه، و في كشف اللثام «فإن الإنكار فيما لم يلزم رجوع، أو لأنه مع الإثبات لا يجبر على التسليم» و في الأول منع واضح، و في الدروس التعبير عن ذلك بقوله: «و كل دعوى ملزمه معلومه فهي مسموعه، فلا- تسمع دعوى الهبه من دون الإقباض، و كذا الرهن عند مشترطه فيهما، و لا البيع من دون قوله: و يلزمك تسليمه إلى، لجواز الفسخ بخيار المجلس».

و كيف كان فلا أجد خلافا بينهم في الحكم المزبور، بل و لا إشكالا.

نعم عن الأردبيلي «ما المانع من أن يدعى الصحه أولا- فيثبتها و يدعى اللزوم، ثم إنه يرد عليهم مثله فيما إذا ضم إليها دعوى القبض، إذ لعل الموهوب له أجنبي، على أنه يرد مثله في دعوى البيع، إذ على هذا لا- بد من دعوى انقضاء المجلس أو الأيام الثلاثة في الحيوان و لا قائل به.

و فيه أن الصحه بدون القبض ليس حقا لازما للمدعى عليه، ضروره رجوع ذلك إلى التهيؤ للصحه مع تمام ما يعتبر فيها، و هبه الأجنبي مع القبض صحيحه، و يترتب عليها الأثر و إن جاز له الفسخ، فان المراد باللازمه المقتضيه للاستحقاق على المدعى عليه، لا كون المدعى به أمرا لازما على وجه لا يكون به خيار للمدعى عليه، و ما سمعته من الدروس إنما يراد به إتمام الدعوى بما تكون به حقا لازما للمدعى عليه، إذ يمكن مع البيع الفسخ بخيار أو إقاله أو غير ذلك، فيحتاج إلى التتمه المزبوره ليثبت الاستحقاق، لا أن المراد اعتبار اللزوم في صحه دعوى البيع.

و منه يعلم النظر في ما بقى من كلامه نعم قد يقال: إن المنساق من الهبه المقبوضه، فيكفي في صحه دعواها حينئذ، و كذا الرهن و الوقف و لكن فيه منع، و على تقديره فهو بحث لفظي، و الله العالم.

و لو ادعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود و لا بينه فادعى علم المشهود له ففي توجه اليمين على نفى العلم تردد كما عن التحرير و الإرشاد

و غايه المراد أشبهه عدم التوجه كما فى الدروس و المسالك و محكى الإيضاح و غيره لأنه أى المدعى به ليس حقا لازما للمدعى عليه و قد عرفت اعتباره فى سماع الدعوى ف لا- تثبت الدعوى المزبوره حينئذ بالنكول على القول بالقضاء به و لا باليمين المردوده على القول الآ-خر، و لأنه أى القول بتوجه اليمين يثير فسادا و هو اجترأ الناس على تحليف كل من حكم له أو شهد له، بل هو كالدعوى على الشهود بالكذب بل و الحاكم بالفسق الذى هو مناف لمنصب الحكومه الذى قد عرفت سابقا عدم سماع الدعوى عليه بفسق أو جور إلا بالبينه.

و ربما علل بعضهم الحكم المزبور بعدم ثبوته بالنكول و اليمين المردوده، و ظاهره المفروغيه منه، بل ربما فسر عبارته المتن بذلك بعد إبدال الفاء بالواو، و مقتضاه حينئذ عدم بطلان الحكم بالعلم بالفسق من المدعى و إن كان لو أقر بذلك بطل الحكم فى حقه، لعموم دليل الإقرار، بخلاف العلم بالفسق و استحلاله المال، لكون المفروض العلم واقعا أنه ماله، نعم لو كان طريقه إليه شهادته الشهود مثلا و كان عالما بفسقهم لم يحل له، فتأمل جيدا.

و لكن قد يناقش بمنعه أولا- بعد فرض توجه اليمين له، و بعدم التلازم بين توجه اليمين و استحقاق رده، كما فى كثير من المواضع، بل قد يناقش فى أصل عدم توجه اليمين، لإطلاق

«البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه»^(١)

و بأن له حقا يترتب عليه إذا أقر بذلك، و يكفى ذلك فى كونه حقا لازما.

و من هنا مال الأردبيلى (قدس سره) إلى توجه اليمين فى غير

دعوى العلم بفسق الحاكم لما فيه من الفساد، كدعوى كذب الشهود و جوره.

و فيه أن الفساد بالدعوى على الحاكم، أما الدعوى على غيره فلا فساد فيه، على أن دعوى الجرح لا فساد فيها، بل عن العلامة توجه اليمين فى الدعوى على الشهود بالكذب- و إن كان هو كما ترى- مناف لمذاق الشرع.

و كذا لو التمس المنكر يمين المدعى منضمه إلى الشهاده لم تجب إجابته، لنهوض البينه بثبوت الحق فلا دعوى له عليه بحق لازم بلا- خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى النص (١) من غير فرق فى ذلك بين العين و الدين، و قد تقدم الكلام فيه سابقا.

لكن فى القواعد مع ذكر الحكم المزبور قال: «و لو التمس المنكر بعد إقامة البينه عليه إحلاف المدعى على الاستحقاق أجيب إليه و لو التمس المنكر يمين المدعى مع الشهاده لم يلزم إجابته».

و يمكن أن يريد فى الأول الحلف على الدين بعد دعوى البراءه منه، إذ التماس الإحلاف دليل على ذلك، أو المراد أنه لو ادعى أنه أقرضه مثلا مائه درهم و شهدت البينه على التسليم دون الثبوت فى الذمه فالتمس المنكر الحلف على الاستحقاق أو اليمين على الاستحقاق فعلا الذى شهدت البينه على أصله، نحو

يمين الاستظهار الذى يمكن من فحواه الاستدلال على المقام و إن فرق بينهما بتوقف الإجابة هنا على سؤال المنكر بخلافه فى الاستظهار، و لعل

قول أمير المؤمنين (عليه السلام) لشريح (٢): «و رد اليمين على المدعى مع بينته، فان ذلك أجلى للعمى و أثبت فى القضاء» محمول على نحو الفرض.

و عن المبسوط «و كيف يحلف؟ قال قوم: يحلف ما اقتضاه

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١ و ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب آداب القاضى- الحديث ١.

و لا شيئاً منه، و لا اقتضى له و لا شىء منه، و لا أجال به و لا بشىء منه، و لا أبرأه و لا عن شىء منه، و أن حقه لثابت، و لا اقتضى له مقتضى بغير أمره فأوصل إليه، قال: فان ادعى أنه قد أبرأه منه أو قد أجال به لم يحلف المدعى عليه على أكثر من الذى ادعاه عليه، و إن كانت الدعوى مبهمه فقال: ما له قبلى حق أو قد برئت ذمتى من حقه احتاج إلى هذه الألفاظ كلها حتى يأتى بجميع جهات البراءة، و من الناس من قال: أى شىء ادعى، فان المدعى عليه يحلف ما برئت ذمتك من دينى فإذا قال هذا أجزاء، لأنها لفظه تأتى على كل الجهات، فإن الذمه إذا كانت مشغولة بالدين أجزاء أن يقول ما برئت ذمتك من حقى، و هذا القدر عندنا جائز كاف و الأول أحوط و أكد، فأما قوله و إن حقى لثابت فلا خلاف أنه ليس بشرط» انتهى.

و ظاهر أول كلامه الموافقة على الحلف على الاستحقاق من دون دعوى البراءة أو غير ذلك مما لا ينافى الحكم الأول الذى لم يخالف فيه هو و لا غيره منا، كما هو واضح.

فى الثانى الشهادة على العين الذى لم يخالف فيه إلا التبعى و النخعى و شريح و ابن أبى ليلى من العامه، لأن الشهادة فيها على الملك الفعلى كى تصلح معارضه لليد، فلا تحتاج إلى يمين، و الله العالم.

و كيف كان ف فى الإلزام بالجواب عن دعوى الإقرار تردد منشأه أن الإقرار لا يثبت حقا فى نفس الأمر فلا توجب دعواه حقا لازما للمدعى عليه بل إذا ثبت قضى به ظاهرا فينحصر طريقه بالبينه حينئذ، و أنه ينتفع به مع التصديق به فى حق لازم، فإنه إذا أقر بإقراره ثبت الحق.

لكن فى القواعد و المسالك و محكى الإيضاح و غايه المرام أن الأقرب

الثانى، و لعله كذلك لأن المدار على ثبوت الحق ظاهرا، فنكوله عن ذلك يثبت عليه الحق، أو مع يمين المدعى الذى يجوز له الحلف عليه و الأخذ به و إن لم يعلم استحقاقه من غير جهة إقراره الذى له الأخذ به ما لم يعلم كذبه، لجواز استناده إلى سبب لا يعلم به، و لأنه إذا سمعت دعواه بالبينة توجه له اليمين على عدمها، لعموم

قوله (صلى الله عليه و آله) (١): «البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه».

نعم قد يقال بعدم إلزامه باليمين على نفى ذلك بخصوصه إذا بذل اليمين على براءة ذمته الذى يأتى على ذلك كله، نحو ما تسمعه فى عدم إلزامه بجواب دعوى أنه أقرضه أو باعه بثمن فى ذمته أو نحو ذلك، معللين له بإمكان أدائه له و العجز عن إثباته، فيكفى جوابه براءة ذمته مما يدعيه عليه، فإنه يأتى على ذلك كله، و مثله آت هنا.

اللهم إلا- أن يفرق بأن الدعوى فى الأول الشغل بسبب فى الواقع، فيكفى فى جوابه نفى الواقع بخلاف الثانى، فإن الدعوى فيه بصدور سبب من المدعى عليه يؤخذ به و إن لم يعلم الواقع.

و فيه أن الإقرار كما يؤخذ بظاهره و إن لم يعلم صحته و قد ادعاه على خصمه كذلك البيع عليه مثلا له الأخذ بظاهره أيضا ما لم يعلم فساد و قد ادعاه على

خصمه، فكما لا يلزم هناك الجواب بنفى البيع و يكفيه الجواب براءة الذمه كذلك هنا، فتأمل.

و لا- تفتقر صحه الدعوى إلى الكشف عن الأسباب فى الأملاك المطلقة عينا كانت أو دينا بلا خلاف كما عن المبسوط، بل الإجماع بقسميه عليه، بل قيل لا مخالف فيه من العامه.

بل و لا فى النكاح و لا غيره من العقود و نحوها عندنا،

بل الإجماع بقسميه عليه، خلافاً للمحكي عن الشافعي في وجه له من احتياج النكاح إلى الكشف مطلقاً، وفي آخر أيضاً ذلك إن ادعى النكاح لا- الزوجيه، فيقول: تزوجتها بولي وشاهدين عدلين ورضاها، وعن بعض أصحابه حملة على الندب، وعن آخر تخصيصه بما إذا ادعى ابتداءه لا استدامته و له (و للشافعيه خ ل) أيضاً في غيره من العقود أيضاً من الاحتياج إلى الكشف مطلقاً في وجه، وفي خصوص ما لو تعلقت بجاريه في آخر للاحتياط في الفروج و الكل كما ترى.

نعم ربما افتقرت صحه الدعوى إلى ذلك في دعوى القتل لأن أمره شديد و فائته لا يستدرك و للخلاف في أسبابه قيل: فلا بد من الوصف بالعمد أو خلافه، و بأنه قتله وحده أو مع غيره بالمباشره أو التسبيب، و لعله لذا حكى عن المبسوط الاتفاق عليه.

لكن الانصاف عدم خلوه عن الاشكال إن لم يتم الإجماع المزبور باقتضائه بطلان دم المسلم، خصوصاً مع العذر من نسيان أو اشتباه و نحوهما، بل قيل: إنه يمكن بحكم الأصل تشخيص أنه خطأ، و من هنا قال في الدروس بل و الكتاب في القصاص: «الأقرب الاكتفاء في القتل بعدم التفصيل» بل هو ظاهر الأردبيلي، بل قد يلوح من قول المصنف هنا:

«و ربما» إلى آخره نوع تأمل في إطلاق الحكم المزبور، بل ينبغي الجزم بالعدم فيما كان لكليه حكم يترتب عليه، فلا مانع حينئذ من الدعوى به و إثباته لأن يترتب عليه ذلك مع فرض عجزه عن إثبات الخصوصية، بل ربما ظهر من الأردبيلي سماع دعوى الكلى و إن لم يترتب عليه حكم، و لكنه مقدمه لإثبات الخصوصية فيما بعد.

و بالجمله لا فرق بين القتل و غيره في ذلك، فإنه مع فرض عدم ترتب حكم على الكلى في غيره لم تسمع الدعوى به أيضاً، و إلا سمعت

إن لم يثبت الإجماع المزبور، و ستمتع إنشاء الله فى كتاب القصاص تمام الكلام فى ذلك، بل منه يعلم ما فى الإجماع المزبور. و كيف كان ف لو اقتصرت المرأة على قولها: هذا زوجى كفى فى صحه دعوى النكاح، و لا يفتقر ذلك إلى دعوى شىء من حقوق الزوجيه، لأن ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجيه و للعامه قول بالاشتراط بناء على أن ذكرها لمجرد الزوجيه إقرار لا دعوى، و هو واضح الضعف.

و حينئذ ف لو أنكر النكاح لزمه اليمين، و لو نكل قضى عليه على القول بالنكول، و على القول الآخر يرد اليمين عليها، فإذا حلفت ثبتت الزوجيه و عن التحرير «و فى تمكين الزوج منها إشكال، من إقراره على نفسه بتحريمها، و من حكم الحاكم بالزوجيه» و كذا السياق لو كان هو المدعى و إن كان لا خلاف هنا فى قبول دعواه من دون ضم شىء من لوازم الزوجيه، و قد تقدم فى كتاب النكاح (١) بيان حكمهما مع الاختلاف، فلاحظ و تأمل. و إن كان لا إشكال فى استحقاقها المهر بالوطء إن قهرها أو قلنا بوجود التمكين لحكم الحاكم بالزوجيه أو اعتقدت ذلك، و فى عدم استحقاقها لشىء منه بدون الوطء لإقرارها، و فى كشف اللثام «و الظاهر استحقاقها النفقه لحبسها عليه» و فيه نظر.

و لو ادعى أن هذه بنت أمته لم تسمع دعواه كما فى القواعد و الدروس و الإرشاد و المسالك و الكشف و غيرها لاحتمال أن تلد فى ملك غيره ثم تصير له فلا تقتضى حينئذ الدعوى حقا لازما للمدعى عليه.

و كذا لو قال: ولدتها فى ملكى، لاحتمال أن تكون حره أو

ملكا لغيره بالشرط و نحوه.

و كذا لا تسمع البينه بذلك ما لم يصرح بأن البنت ملكه، و كذا البينه لا تسمع ما لم تصرح بذلك لما عرفت، لكن عن لقطه المبسوط و التذكرة سماع الدعوى و البينه فى الثانى، بل عن الأخير الإجماع عليه، و لعله لأصالة تبعيه النماء للمال حتى يعلم خلافه، و هو كذلك حيث لا يكون لآخر يد تقضى بالملكيه لها و إلا انقطع بها الأصل المزبور، كما انقطع بها ما هو أقوى من ذلك، و كلام الأصحاب هنا فى الدعوى على آخر.

و مثله لو قال: هذه ثمره نخلى مثلا.

و كذا لو أقر له من الثمره فى يده أو بنت المملوكه فى يده بأنها ثمره نخلتك و بنت مملوكتك التى ولدتها فى ملكك لم يحكم عليه بالإقرار لو فسره بما ينافى الملك كما فى القواعد، بأن قال: و مع ذلك هى ملكى، لما عرفت من عدم دلالة ذلك على الاعتراف بكونهما ملكا له، إذ هو أعم.

لكن فى المسالك «أن ظاهر المصنف كون ذلك إقرارا بالملك مع عدم إضافه ما ينافى ذلك إليه، عملا بالظاهر من كونهما تابعين للأصل، حيث لا معارض، و لو كان هناك شىء لذكره، فإطلاقه كونهما من الأصل الذى هو مملوك للمقر له ظاهر فى تبعيتهما له بخلاف الدعوى، فان شرطها التصريح بالملك له و لو بالاستلزام و لم يحصل، و تبع المصنف على هذا الحكم العلامه فى القواعد و التحرير، و الفرق بين الدعوى و الإقرار لا- يخلو من إشكال، لأن الاحتمال قائم على تقدير الإقرار و الدعوى، و العمل بالظاهر فى الإقرار دون الدعوى لا دليل عليه، و الفرق باشتراط التصريح فيها دونه رجوع إلى نفس الدعوى و فى الإرشاد أطلق عدم سماع الدعوى و الإقرار معا، و لم يعتبر التقييد فى الإقرار بتفسيره بما ينافى

الملك و هذا هو الظاهر».

و فيه أنه لا ظهور في عبارتي المصنف و الفاضل باعتبار التقييد المزبور و أن المراد عدم الحكم عليه لو فسره و لو بعد حين بما ينافي الملك بأنه إنكار بعد إقرار، و ليس إلا لعدم ظهور العبارة في ذلك، و ليس المراد عدم الحكم بالإقرار إن فسره، بمعنى إضافه ذلك إليه متصلا و إلا حكم عليه به. و على كل حال فالحكم فيه كما عرفت.

و لا كذلك لو قال: هذا الغزل من قطن فلان حال كونه ملكا له أو هذا الدقيق من حنطه كذلك، فإنه إقرار، فلو عقبه بما ينافي ذلك كان إنكارا بعد إقرار، لأن الغزل و الدقيق نفس حقيقه القطن و الحنطه، و إنما تغيرت الأوصاف، فملك الأصل يقتضى ملك الفرع، بخلاف الثمره و الولد، فإنهما منفصلان عن أصلهما جنسا و وصفا و شرعا، فالإقرار بالفرعيه لا تقتضى الإقرار بالملك، و كذا في المسالك و غيرها، بل لا أجد فيه خلافا، بل هو عندهم من الواضحات.

لكن قد يشكل بأن فرض التداعى يقتضى كونه في يد آخر على جهه الملكيه، و اعترافه بكونه من حنطه التى هى ملكه لا يقتضى الاعتراف بكونه ملكا له الآن، فلو عقبه بقوله: و لكنه الآن ملكى لم يكن منافيا لكلامه السابق، ضروره احتمال تجدد الملك له بعد ذلك فيده حينئذ بحالها.

اللهم إلا أن يفرض عدم احتمال تجدد ناقل، و حينئذ يتجه كونه اعترافا به، ضروره اقتضاء ملكيه الحنطه ملكيه دقيقها و ملكيه القطن ملكيه غزله، لعدم تصور كون الحنطه ملكا له و بصيرورتها دقيقا تخرج عن ملكه، بخلاف الأمه و الشجره، فإنه لا مانع من كونه مالك الأصل، و الفرع ملك لغيره بشرط أو صلح أو غير ذلك على وجه يخرج من ملكه و يكون ملكا لغيره، و هذا المعنى لا يتصور في الحنطه و القطن و نحوهما،

اللهم إلا أن يفرض بنذر و نحوه على خروج الحنطه عن ملكه بصيرورتها دقيقا و كذا القطن، و البحث فى صحته، و الله العالم.

[الفصل الثانى فى التوصل إلى الحق]

إشاره

الفصل الثانى فى التوصل إلى الحق الذى هو عقوبه أو مال، فان كان الأول كالقصاص و القذف، ففى المسالك و غيرها بل فى الكفايه لا أعرف فيه خلافا لا بد فيه من الرفع إلى الحاكم لعظم خطره و الاحتياط فى إثباته، و لأن استيفاءه وظيفه الحاكم على ما تقتضيه السياسه و زجر الناس.

و فيه أن إطلاق السلطان للولى و تسلط الناس على استيفاء حقوقها و غير ذلك يقتضى عدم اعتبار الرفع إلى الحاكم مع فرض معلوميه الحال و إقرار الخصم، كما أنه يقتضى مباشرته لا خصوص الحاكم.

و إن كان الثانى ف من كانت دعواه عينا فى يد انسان معترف بها أو معلوم حالها فله انتزاعها منه و لو قهرا بمساعدته ظالم أو بنفسه و إن استلزم ضررا بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك ما لم تترفته بل و إن ثارت ما لم تصل إلى حد وجوب الكف عن الحق له لترتب تلف الأنفس و الأموال و غيره من الفساد الذى يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك و إن كان مباحا فى نفسه أو مستحبا بل أو واجبا و إن لم يكن الترتيب ترتيب سببيه أو عليه، كما أشار (عليه السلام) إليه ب

قوله فى بيع الوقف (١): «إنه ربما حصل من الاختلاف تلف الأنفس و الأموال»

١ - ١ الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الوقوف و الصدقات - الحديث ٦ و فيه « فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس».

بل ربما أشير إليه بقوله تعالى (١) «إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ» و غير ذلك، بل قد يستفاد من الأول كون المدار على مظلته بل احتماله احتمالا- معتدا به فضلا عن العلم و لا- يفتقر انتزاعها في الظاهر و الواقع على إذن الحاكم إذا كانت على الوجه المزبور.

نعم لو كان الحق دينا و كان الغريم مقرا باذلا لم يستقل المدعى بانتزاعه من دونه أو دون الحاكم لو فرض عذره بمرض و نحوه على وجه يتعذر منه التوكيل بلا خلاف بل و لا إشكال لأن للغريم نفسه تخييرا في جهات القضاء لأنه المخاطب فلا يتعين الحق في شيء من دون تعيينه أو تعيين الحاكم مع امتناعه أي امتناع تعيينه لحبس أو مرض أو نحوهما، لأن له الولاية العامة في ذلك، و لو كان الغريم مقرا ممتنعا ففي القواعد «استقل الحاكم بالأخذ دونه» و يمكن دعوى استفادته من الممتن أيضا.

و قد يشكل بإطلاق ما تسمعه من الأدلة و غيرها خصوصا مع القول به في الجاحد الذي ساوى في المسالك بينه و بين المماطل في الحكم، و اعترف الفاضل في القواعد بأن حكمه ما أشار إليه المصنف بقوله و لو كان المدين جاحدا و للغريم بينه تثبت حقه عند الحاكم و الوصول إليه ممكن ففي جواز الأخذ تردد و خلاف أشبهه وفاقا للأكثر كما في كشف اللثام و غيره الجواز، و هو الذي ذكره الشيخ في الخلاف و المبسوط (١١) و محكى التهذيب و النهايه و عليه دل عموم الاذن في الاقتصاص (١٢) كتابا بقوله تعالى «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا» (٢)

١-١ سورة الأنفال: ٨ الآية ٧٣.

٢-٢ سورة البقره: ٢ الآية ١٩٤.

«وَالْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ» (١) «فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوِقِبْتُمْ بِهِ» (٢) و سنه

«لى الواجد يحل عقوبته و عرضه» (٣)

بناء على إرادته ما يشمل ذلك من العقوبه، و ما يشمل الجحود من اللى، و

«خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف» (٤)

إن لم نقل ذلك إذن منه (صلى الله عليه و آله).

و خبر جميل بن دراج (٥) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذى جحدته أ يأخذه و إن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال: نعم».

و صحيحتى داود بن رزين و ابن زربى قال فى إحداهما (٦): «قلت لأبى الحسن موسى (عليه السلام): إنى أخالط السلطان فتكون عندى الجارىه فأخذونها، و الدابه الفارهه يبعثون فأخذونها، ثم يقع لهم عندى المال فلى أن آخذه؟ فقال: خذ مثل ذلك و لا تزد عليه».

و قال فى الأخرى (٧): «قلت لأبى الحسن (عليه السلام): إنى أعامل قوما فربما أرسلوا إلى فأخذوا منى الجارىه و الدابه فذهبوا بهما منى ثم يدور لهم المال عندى فأخذ منه بقدر ما أخذوا منى؟ فقال: خذ منهم بقدر ما أخذوا منك، و لا تزد عليه»

إن لم يكن ذلك إذنا منه (ع)

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ١٩٤.

٢- ٢ سورة النحل: ١٦- الآيه ١٢٦.

٣- ٣ راجع التعليقه ١ من ص ١٦٤.

٤- ٤ سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٤١.

٥- ٥ الوسائل- الباب- ٨٣- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ١٠- ١ من كتاب التجاره.

٦- ٦ الوسائل- الباب- ٨٣- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ١٠- ١ من كتاب التجاره.

٧- ٧ أشار إليه فى الوسائل الباب- ٨٣- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ١ و ذكره فى الفقيه ج ٣ ص ١١٥- الرقم ٤٨٩.

كما هو الظاهر، و مثله

خبر على مهزيار(١).

و صحيح أبي بكر(٢)«قلت له: رجل لى عليه دراهم فجحدنى و حلف عليها أ يجوز لى إن وقع له قبلى دراهم أن آخذ منه بقدر حقى؟

قال: فقال: نعم، و لكن لهذا كلام، قلت: و ما هو؟ قال: تقول: اللهم إنى لا آخذه ظلما و لا خيانه، و إنما آخذته مكان مالى الذى آخذ منى لم أزد عليه شيئا»

و فى

خبر آخر له(٣)«اللهم إنما آخذ هذا مكان مالى الذى آخذه منى»

و فى آخر له(٤)«اللهم إنى لم آخذ ما آخذت منه خيانه و لا ظلما، لكن آخذته مكان حقى»

إلى غير ذلك من النصوص.

و ما فى الأخير من جواز الأخذ بعد الحلف منزل على الحلف من دون استحلاف أو عند غير الحاكم أو نحو ذلك حتى لا ينافى غيره من النصوص، و لا ريب فى

استحباب القول المزبور و إن أظن بعض الناس بدعوى الوجوب الذى يمكن تحصيل الإجماع على خلافها.

كل ذلك مع أنه لم نر للقاتل بالمنع من شىء يعتد به- و إن ذهب إليه المصنف فى النافع، بل حكى عن تلميذه الآبى فى كشفه و الفخر فى إيضاحه- عدا الأصل المقطوع بما عرفت، بل يمكن معارضته بأصل عدم وجوب الرفع إلى الحاكم، و عدا دعوى قيام الحاكم مقام المالك، فمع التمكن لا يجوز بغير إذنه، و هو كالاتجاه فى مقابله النص، و نحو ذلك

١- ١ الوسائل الباب- ٨٣- من أبواب ما يكتسب به الحديث ٨ من كتاب التجاره عن ابن مهزيار عن إسحاق بن إبراهيم، و مماثلته انما هو فى الاذن فى التقاص، و الا فهو وارد فى الوديعه.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨٣- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ٤- ٥ من كتاب التجاره.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨٣- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ٤- ٥ من كتاب التجاره.

٤- ٤ الفقيه ج ٣ ص ١١٥- الرقم ٤٨٩.

من الاعتبارات التي لا تصلح مدركا للحكم فضلا عن معارضه الدليل.

هذا كله مع التمكن من الإثبات عند الحاكم.

و لو لم تكن له بينه أو تعذر الوصول إلى الحاكم بل في المسالك «أو أمكن و لم تكن يده مبسوطه بحيث يمكنه تولى القضاء عنه» و إن كان فيه أن الفائدة الاستئذان منه.

و على كل حال فمتى تعذر و وجد الغريم من جنس ماله اقتصر مستقلا بالاستيفاء بلا خلاف فيه عندنا، بل الإجماع بقسميه عليه، لإطلاق الأدلة المزبوره و غيرها.

نعم لو كان المال وديعه عنده ففي جواز الاقتصاص تردد أيضا و خلاف أشبهه الكراهه وفاقا لأكثر المتأخرين، جمعا بين ما دل على الجواز من الأدلة السابقه و خصوص

صحيح البقباق(١) «إن شهابا ما رآه في رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس: فقلت له: خذها مكان الألف التي أخذ منك فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله (عليه السلام) فذكر ذلك له، فقال: أما أنا فأحب أن تأخذ و تحلف».

و خبر على بن سلمان(٢) قال: «كتب إليه (عليه السلام) رجل غضب رجلا مالا أو جاريه ثم وقع عنده مال بسبب وديعه أو قرض مثل ما خانه أو غصبه أ

يحل له حبسه عليه أم لا؟ فكتب (عليه السلام) نعم يحل له ذلك إن كان بقدر حقه، و إن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه و يسلم الباقي إليه إنشاء الله».

و بين ما دل على النهي عن ذلك بل عن مطلق الأمانه، ل

خبر

١- ١ الوسائل الباب- ٨٣- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ٢ من كتاب التجاره.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨٣- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ٩ من كتاب التجاره.

ابن أخ الفضيل بن يسار(١)قال: «كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) و دخلت امرأه و كنت أقرب القوم إليها، فقالت: أسأله، فقلت: عما ذا؟ فقالت: إن ابني مات و ترك مالا في يد أخي فأتلفه ثم أفاد مالا فأودعنيه فلي أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شىء؟ فأخبرته بذلك، فقال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): أد الأمانه إلى من ائتمنك، و لا تخن من خانك».

و خبر سلمان بن خالد(٢)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل وقع لى عنده مال فكا برنى عليه و حلف ثم وقع له عندى مال فأخذه لمكان مالى الذى أخذه و أجحده و أحلف عليه كما صنع، قال:

إن خانك فلا تخنه، و لا تدخل فيما عبته عليه».

و صحيح معاويه بن عمار(٣)عن أبي عبد الله (عليه السلام) «قلت له: الرجل يكون لى عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالا ألى أن آخذ مالى عنده؟ قال: هذه الخيانه».

بل لعل فى

قوله (عليه السلام): «و لا تدخل فيما عبته عليه»

إشعار بذلك، خصوصا بعد معلوميه عدم كون المقاصه خيانه، بل هى فى قوه أداء الأمانه إلى من ائتمنه بعد أن جعله الشارع وليا له فى استيفاء دينه منها، و

ليس هو أخذا بغير حق الذى قد عابه عليه، كما يومئ إليه الأدعيه السابقه، فمراد الامام (عليه السلام) بيان نوع مرجوحيه بسبب كونها صوره الخيانه التى قد تأكد النهى عنها(٤)حتى

قال الصادق (ع)

-
- ١- ١ الوسائل الباب- ٨٣- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ٣ من كتاب التجاره.
 - ٢- ٢ الوسائل الباب- ٨٣- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ٧ عن سليمان بن خالد.
 - ٣- ٣ الوسائل الباب- ٨٣- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ١١ من كتاب التجاره.
 - ٤- ٤ الوسائل الباب- ٨٣- من أبواب ما يكتسب به من كتاب التجاره و الباب- ٣- من كتاب الوديعه.

فى خبر عبد الله بن إسماعيل(١): «أد الأمانه لمن ائتمنك و أراد منك النصيحه و لو أنه قاتل الحسين (عليه السلام)»

و قال (عليه السلام) أيضا فى خبر عمار(٢): «اعلم أن ضارب على (عليه السلام) بالسيف و قاتله لو ائتمنى على سيف و استشارنى ثم قبلت ذلك منه لأدبت إليه الأمانه»

مضافا إلى تأكيد الأمر(٣) بأداء الأمانه إلى أهلها.

و على كل حال فما عن النهايه و الغنيه و الكيدرى و القاضى - من القول بعدم الجواز، بل عن الغنيه الإجماع عليه - واضح الضعف و إن توقف فيه فى ظاهر الدروس و الروضه، بل مال إليه الأردبيلى.

و ما عساه يقال -: إن الأدله بعد تعارض الخاصه منها و تساقطها فالعمومات بينهما تعارض العموم و الخصوص من وجه و لا ترجيح، و الأصل حرمه التصرف فى مال الغير و عدم تعيين الكلى فى الذمه بتعيين غير المديون و نحو ذلك - يدفعه أولا منع عدم رجحان الأدله الخاصه بعد قيام احتمال الكراهه أو ظهوره فى الأدله المعارضه دونها، مضافا إلى اعتضاد عموم المقاصه بأدله نفى الضرر و الضرار و الحرج و غير ذلك، بل قد عرفت أن المقاصه ليست من الخيانه المندرجه فى هذه العمومات.

بل لو لا شهره الكراهه لأمكن المناقشه فيها بظهور

قوله (عليه السلام)(٤): «أما أنا فأحب أن تأخذ و تحلف»

فى عدمها، مع احتمال حمل ما دل على النهى عن خيانه من خان على ما لو استحلفه،

١- ١ الوسائل الباب- ٢- من كتاب الوديعه الحديث ٤ عن إسماعيل ابن عبد الله.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢- من كتاب الوديعه الحديث ٨.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من كتاب الوديعه.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٨٣- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ٢ من كتاب التجاره.

فإنه لا يجوز حينئذ المقاصه، كما أوماً إليه في

خبر عبد الله وضاح (١) مع اليهودى الذى حلفه، ثم وقع له عنده أرباح تجاره دراهم كثيره فسأل أبا الحسن (عليه السلام) عن ذلك فقال له: «إن كان ظلمك فلا تظلمه، و لو لا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك»

و هو دليل آخر أيضا على جواز المقاصه، كما هو واضح.

بل من إطلاق الأدله السابقه و ترك الاستفصال فى بعضها و خصوص نصوص (٢) الجاربه و الدابه الفارهه يستفاد أنه لو كان المال الذى له فى ذمته من غير جنس الموجود عنده جاز أخذه بالقيمه العدل، و يسقط اعتبار رضا المالك بالطاطه و جحوده بل و استئذان الحاكم أيضا فى الأخذ المزبور و إن كان هو أولى من الأول كما يسقط اعتبار رضاه و استئذانه فى متحد الجنس بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك بيننا، نعم عن جماعه من العامه الاقتصار على الجنس و هو واضح الضعف.

بل مقتضى الإطلاق المزبور أنه يجوز أن يتولى بنفسه بيعها أى الوديعه مثلا- و قبض دينه من ثمنها (١١) سواء كان من جنس حقه أم لا دفعا لمشقه التربص بها (١٢) بل يجوز له بيع ثمنها إلى أن ينتهى إلى ما يساوى حقه فى الجنس ثم يأخذه مقاصه، لأن له على المالك ذلك، و قد أقامه الشارع مقامه فى الاستيفاء، فلا يلزم بالمقاصه من غير الجنس كما عساه يتوهم فى بادئ النظر من النصوص، نعم حيث كان هو الولى فى ذلك و جب عليه الجمع بين حقه و حق المالك.

و من الغريب ما عن الكفايه «و يتخير عند الأصحاب بين أخذه

١-١ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب- ٨٣- من أبواب ما يكتسب به.

بالقيمة و بين بيعه و صرفه فى جنس الحق، و لا يجوز أن يتولى بيعه و يقبض ثمنه من دينه» مع أن الذى عثرنا عليه من كلمات الأصحاب و المحكى منها كالمبسوط و القواعد و الدروس و الإيضاح و غيرها جواز ذلك له بنفسه، بل عن الأول أنه الأقوى عندنا كما ستسمع، و هو كذلك بناء على عدم الرجوع إلى الحاكم فى الأصل.

نعم عن المبسوط «و من الذى يبيع؟ فقال بعضهم: الحاكم، لأن له الولاية عليه، و قال آخرون: يحضر عند الحاكم و معه رجل قد واطأه على الاعتراف بالدين و الامتناع من الأداء- ثم قال:- و الأقوى عندنا أن له البيع بنفسه، لأنه قد يتعذر إثباته عند الحاكم، و الذى قال الآخرون كذب يتنزه عنه» و ظاهره أن الأولين من العامة أو من القائلين بالرجوع إلى الحاكم فى أصل المسألة فضلا عن هذه الخصوصية، و لكن الأقوى ما عرفت فى الأصل.

بل فيما حضرني من نسخه الكفايه مناف للمحكى عنها، قال:

«و يتخير عند الأصحاب بين أخذه بالقيمة و بين بيعه و صرفه فى جنس الحق، و يستقل بالمعاوضه، و يجوز أن يتولى بيعه و قبض دينه من ثمنه، فان تلف قبل البيع ففي الضمان قولان».

نعم قد يقال بوجوب الاقتصار فى المقاصه على الأخذ من جنس حقه مع الإمكان و من غيره مع عدم الإمكان، لعدم إطلاق فى الأدله يوثق به على الجواز من غير الجنس مطلقا، فيقتصر فيما خالف الأصل على المتيقن.

فما فى الرياض من الميل إلى عدم تعين ذلك عليه للإطلاق المزبور نصا و فتوى لا يخلو من نظر.

نعم لا يجب عليه بيع الوديعه بجنس حقه و إن حكى عن بعضهم، و يمكن حمله على إمكان ذلك من غير ضرر على المالك، أما مع عدمه

فقد عرفت ظهور النفي في ولايته بالنسبة إلى ذلك، فينبغي مراعاة المصلحة التي يلحظها الوكيل والولي، فتأمل.

كما أن ظاهر النصوص جواز المقاصة وإن لم يعلم بانتقال العين إلى قيمتها في الذمه بتلف ونحوه، بل وإن علم العدم، فلا وجه لقصر الأصحاب عنوان المقاصة على الدين.

بل ظاهرها ملك المقاص العوض الذي يأخذه، وينبغي أن يلزمه انتقال مقابله إلى ملك الغاصب، لقاعده عدم الجمع بين العوض والمعوض عنه، بل قد يشكل استحقاق الرد عليه لو بذله له بعد ذلك، بل لعله كذلك لو كان البذل من المالك استصحاباً لملك العوض، واحتمال كون الملك متزلزلاً - نحو ما ذكره في القيمة التي يدفعها الغاصب للحيلولة - مناف لقاعده اللزوم بعد ظهور النصوص في الملك، بل يمكن دعواه أيضاً هناك و يجعل ما هنا دليلاً عليه، فتأمل جيداً.

و كيف كان ف لو تلفت العين التي قبضت لإيراده المقاصه بئمنها بلا- تعد و لا- تفريط و لو بالتكاسل في بيعها قبل البيع قال الشيخ: الأليق بمذهبنا أنه لا يضمونها للأصل ولأنها في يده أمانه شرعية أو بحكمها، و تبعه الشهيدان في المسالك و ظاهر غايه المراد و الأردبيلي في مجمعه.

و الوجه كما في القواعد و محكى الإيضاح الضمان، لأنه قبض لم يأذن فيه المالك حتى يكون أمانه مالكيه، نعم أذن به الشارع، و لكن لا منافاه بينه و بين الضمان بعد أن لم يكن في شىء من النصوص الحكم بكونه قبض أمانه فيندرج في ما دل على عدم ضمانها، كما أنه ليس في شىء من الأدله الشرعيه عنوان للأمانه الشرعيه على وجه يكون المقام منها موضوعاً و حكماً، إذ ليس إلا الأذن في القبض لاستيفاء حقه، و هو

أعم من الائتمان الذى لا يستعقب الضمان كالاتقاط و نحوه، و ليس كل ما أذن الشارع فى قبضه يكون أمانه خصوصا القبض لمصلحه القابض التى هى استيفاء حقه منها، بل ذلك من المالك لا يقتضى الائتمان المزبور، و حينئذ فتبقى قاعده ضمان مال المسلم المستفاده من

عموم «على اليد»(١)

و غيره بحالها ف يتقاصان حينئذ بقيمتها مع التلف و لو بغير تفريط.

مضافا إلى أن القبض للمقاصه هو قبض ضمان لا قبض مجان، بل هو أولى من قبض السوم، و كونه وليا بمعنى أن له المقاصه بنفسه لا يقتضى عدم ضمانه نحو باقى الأولياء الذين ليس هو منهم بالمعنى الذى يترتب عليه ذلك.

و بذلك ظهر لك النظر فى جملة من الكلمات المبينه على الأصل و الاكتفاء بالإذن الشرعيه فى استيفاء الحق من مال الغير فى تحقق الأمانه التى حكمها عدم الضمان، و قد عرفت ما فيهما.

كما أن منه ظهر لك الحال فى الزيادة على الحق و أنها على الضمان أيضا، فما عن الفاضل فى التحرير و القواعد من الحكم بعدم ضمانها مع قوله فى الثانى بضمن ما قابل الحق لا يخلو من نظر.

و كذا لا- يخلو ما يحكى من صريح بعض و ظاهر آخر من عدم الضمان لو أخذه بعنوان المقاصه به، و لكن لم ينشأها لإرادته معرفه قيمته فاتفق تلفه منه أيضا، بل لعل هذا بالضمان أولى من الأول، لما عرفت من القاعده السابقه التى مقتضاها الضمان قبل البيع و بعده قبل استيفاء (إنشاء خ ل) المقاصه، نعم لا ضمان معه، ضروره صيروره المال ملكا له به و إن لم يعرف قيمته، لعدم توقف صحه الاستيفاء على اقتران معرفه قيمه، بل له قبضه

بالعنوان المزبور ثم تحسب له قيمه وقته وفاء، كما لو دفع المالك أعيانا وفاء، فإنها تحسب قيمتها وقت الدفع، كما هو محرر فى محله.

[مسألان]

إشاره

مسألان:

[المسأله الأولى من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضي له]

الأولى:

من ادعى ما لا- يد لأحد عليه قضي له به من دون بينه و يمين بلا- خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، لأصالة صحه قول المسلم و فعله بل كل مدع و لا معارض له.

و من بابه أن يكون كيس مثلا بين جماعه فيسألون هل هو لكم فيقولون: لا و يقول واحد: هو لى، فإنه يقضى به لمن ادعاه كما رواه

منصور بن حازم فى الصحيح(١)«قلت للصادق (عليه السلام):

عشره كانوا جلوسا و وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضا أ لكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم: لا، فقال واحد منهم: هو لى، قال: هو للذى ادعاه».

بل قد يظهر من الراوى المزبور المفروغيه من هذا الأصل عند العقلاء أجمع

قال(٢): «قلت له أيضا: إن الله أجل و أكرم من أن يعرف بخلقه، بل الخلق يعرفون بالله، قال: صدقت، قلت: إن من عرف له ربا فقد ينبغى له أن يعرف أن لذلك الرب رضا و سخطا و أنه لا يعرف رضاه و سخطه إلا بوحي أو رسول، فمن لم يأت الوحي فقد ينبغى أن يطلب الرسل، فإذا لقيهم عرف أنهم الحجه- إلى أن قال:- فقلت لهم: من قيم القرآن؟ فقالوا: ابن مسعود قد كان يعلم، و عمر يعلم،

١- ١ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١.

٢- ٢ الكافي- ج ١ ص ١٦٨.

و حذيفه يعلم، قلت: كله، قالوا: لا، فلم أجد أحدا يقول إنه يعرف ذلك كله إلا عليا (عليه السلام) و إذا كان الشئ ء بين القوم فقال هذا:

لا أدري، و قال هذا: لا أدري، و قال هذا: أنا أدري فأشهد أن عليا (عليه السلام) كان قيم القرآن».

بل قد يقال بظهور الصحيح المزبور في قبول دعوى المدعى و لو بعد قوله: «ليس لى» بناء على إرادته الحقيقه من قوله: «كلهم» و يمكن أن يكون على القواعد أيضا، لأصالة صحه قوله معا باحتمال التذكر و غيره، لعدم المعارض.

و عليه حينئذ يتفرع جواز تمكينه من الزوجه التى أنكر زوجيتها ثم أقر بها، و لا- يمنعه الحاكم عن ذلك، كما مر فى كتاب النكاح.

هذا كله مع عدم اليد أما معها و لو يد غير ملك باعتراف صاحبها فقد يشكل إلزامه بدفعه إليه بمجرد دعواه، ضروره تحقق الخطاب معها بإيصاله إلى مالكة

الواقعى، و مجرد الدعوى ليس طريقا للفراغ من الشغل كما عرفت ذلك فى كتاب اللقطه (١).

و فى محكى السرائر هنا بعد أن ذكر الصحيح المزبور فقال: «هذا الحديث صحيح، و ليس هذا فى من أخذه بمجرد دعواه، و إنما هو لما لم يثبت له صاحب سواه، و اليد على ضربين: يد مشاهده و يد حكميه، فهذا يدعيه، لأن كل واحد منهم نفى يده عنه و بقى يد من ادعاه حكميه، و لو قال كل واحد من الجماعه فى دفعه واحده أو مفترقا: هو لى لكان الحكم فيه غير ذلك، و كذلك لو قبضه واحد فى الجماعه ثم ادعاه غيره لم تقبل دعواه بغير بينه، لأن يد المشاهده عليه لغير من ادعاه، و الخبر الوارد فى الجماعه أنه نفوه عن أنفسهم و لم يثبتوا لهم عليه يدا، لا من

طريق الحكم، و لا- من طريق المشاهده، و من ادعاه له عليه يد من طريق الحكم فقبلنا فيه دعواه من غير بينه ففقها ما حررناه، و أيضا إنما قال ادعاه من حيث اللغه، لأن الدعوى الشرعيه من ادعى فى يد غيره عينا أو دينا» و هو على طوله لا يخلو من نظر فى محصوله، و التحقيق ما ذكرناه، و الله العالم.

[المسأله الثانيه لو انكسرت سفينه فى البحر فما أخرجه البحر فهو لأهله]

المسأله الثانيه:

لو انكسرت سفينه فى البحر فما أخرجه البحر فهو لأهله، و ما أخرج بالغوص فهو لمخرجه على الأشهر عند الأصحاب، كما فى الكفايه و إن كنا لم نتحققه حتى من المصنف، فإنه قال بعد ذلك:

و به روايه فى سندها ضعف و ظاهره التردد فيه، نعم قد عمل بها فى الإرشاد و ظاهر المحكى عن النهايه و التذكره و التحرير.

و الأصل فى ذلك

خبر الشعيرى(١)«سألت الصادق (عليه السلام) عن سفينه انكسرت فى البحر فاخرج بعضها بالغوص، و أخرج البحر بعض ما غرق منها، فقال: أما ما أخرجه البحر فهو لأهله، الله تعالى أخرجه لهم، و أما ما أخرج بالغوص فهو لهم، و هم أحق به».

و هو مع ضعفه و عدم الجابر له محتمل لإرادته كون الجميع لأهله، و التفصيل إنما هو بإخراج الله و إخراج الغير، كما عن بعضهم الجزم به.

و حمله فى محكى السرائر على اليأس قال: «وجه فقه هذا الحديث أن ما أخرجه البحر فهو لأصحابه، و ما تركه أصحابه آيسين منه فهو لمن وجده و غاص عليه، لأنه صار بمنزله المباح، و مثله من ترك بعيره

من جهد فى غير كالأ- و لا ماء، فهو لمن أخذه، لأنه خلاه آيسا منه و رفع يده، فصار مباحا، و ليس هذا قياسا، و إنما هذا على وجه المثال، و المرجع فيه إلى الإجماع و تواتر النصوص دون القياس و الاجتهاد».

قلت: لعل ذلك هو العمده فى تملك المعرض عنه، مضافا إلى السيره فى عطب المسافر و نحوه، و إلا فمن المعلوم توقف زوال الملك على سبب شرعى كتوقف حصوله، و لا- دليل على ارتفاع الملك عن صاحبه بالاعراض على وجه يملكه من أخذه كالمباح.

و من هنا احتمل جماعه إباحه التصرف فى المال المعرض عنه دون الملك، بل عن ثانى الشهيدين و المقداد الجزم بذلك، و عن بعض أنه لا- يزول الملك بالإعراض إلا- فى الشىء اليسير كاللقمه و فى التالف كمتاع البحر و فى الذى يملك بغايه قد حصلت كحطب المسافر.

و عن آخر اعتبار كون المعرض عنه فى مهلكه و يحتاج الاستيلاء عليه إلى اجتهاد كغوص و تفتيش و نحوهما فى حصول التملك به.

و ربما استظهر من عبارته ابن إدريس المتقدمه اعتبار اليأس زياده على الإعراض فيه أيضا، إلى غير ذلك من كلماتهم التى مرجعها إلى تهجس فى

ضبط عنوان لذلك، مع أن السيره عليه فى الجملة، و ليس فى النصوص - غير ما عرفت - تعرض له.

فالأولى أن يقال: ما علم إنشاء إباحه من المالك لكل من يريد أن يملكه كشار العرس و نحوه يملكه الآخذ بالقبض أو بالتصرف الناقل أو المتلف أو مطلق التصرف على الوجوه أو الأقوال المذكوره فى المعاطاه بناء على أنها إباحه، و كذا ما جرت السيره و الطريقه على تملكه مما قام شاهد الحال بالإعراض عنه، كحطب المسافر و نحوه، أو ما كان كالمباحات الأصلية باندراس المالك كأحجار القرى الدارسه.

و أما المال الذى امتنع على صاحبه تحصيله بسبب من الأسباب كغرق أو حرق و نحوهما فيشكل تملكه بالاستيلاء عليه، خصوصا مع العلم بعدم إعراض صاحبه عنه على وجه يقتضى إنشاء إباحه منه لمن أراد تملكه أو رفع يد عن ملكيته، و إنما هو للعجز عن تحصيله نحو المال الذى يأخذه قطاع الطريق و الظلمه و نحوهم.

و أما تملك بعض المال بالالتقاط على التفصيل المذكور فى كتاب اللقطه (١) فهو قسم آخر خارج عما نحن فيه، أى التملك مع العلم بصاحبه و وجوده و إرادته ماله، لصيروره الشئ بالامتناع فى نفسه كسائر المباحات الأصلية، و الله العالم.

[المقصد الأول فى الاختلاف فى دعوى الأملاك]

إشاره

المقصد الأول فى الاختلاف فى دعوى الأملاك و فيه مسائل:

[المسأله الأولى لو تنازعا عينا فى يدهما و لا بينه قضى بها بينهما نصفين]

الأولى:

لو تنازعا عينا فى يدهما و لا بينه قضى بها بينهما نصفين بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى

المرسل (٢) «أن رجلين تنازعا دابه ليس لأحدهما بينه فجعلها النبي (ص) بينهما».

١-١ راجع ج ٣٨ ص ٣٦٩-٣٧٧.

٢-٢ سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٥٥.

إنما الكلام فى احتياج ذلك إلى اليمين من كل منهما و عدمه، فظاهر المصنف و محكى الخلاف و الغنيه و الكافى و الإصباح الثانى، بل عن الأولين الإجماع عليه، و هو الحجه بعد إشعار المرسل المزبور بذلك أو ظهوره.

و قيل كما عن الأكثر بل المشهور على ما اعترف به فى غايه المرام، بل فى المسالك و الكفايه لم ينقل الأكثر فيه خلافا يحلف كل منهما لصاحبه لقاعده البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه، فان كلا منهما مدع و مدعى عليه باعتبار قضاء يد كل منهما بالنصف، فهو بالنسبه إلى ما قضت به يده مدعى عليه و إلى الآخر مدع، و لفحوى ما سمعه من النصوص (١)المشتمله على تحليفهما مع البينه فمع عدمها بطريق أولى.

و قد يناقش بعدم اندراجهما فى القاعده المزبوره، إذ الفرض أن يد كل منهما على العين لا نصفها، ضروره عدم تعقل كونها على النصف المشاع إلا بكونها على العين أجمع فى كل منهما، و حيثئذ فلا مدعى و لا مدعى عليه منهما، ضروره تساويهما فى ذلك إلا أن الشارع قد جعل القضاء فى ذلك بأن العين بينهما كما سمعته من النبوى المرسل (٢)فالنصف هو القضاء بينهما فى الدعوى المزبوره التى كان مقتضى يد كل منها الكل.

و منه يظهر لك عدم كون كل منهما مدعىا لنصف الآخر و مدعى عليه فى نصفه كى يتوجه التحالف، بل المتجه إلغاء حكم يد كل منهما بالنسبه إلى تحقق كونه مدعى عليه، و يكون كما لو تداعيا عينا لا يد لأحد عليها و لا بينه لكل منهما، فان القضاء حيثئذ بالحكم بكونها بينهما، لكون الدعوى كاليد فى السبب المزبور المحمول على التنصيف بعد تعذر إعماله فى

١-١ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفيه الحكم.

٢-٢ سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٥٥.

الجميع للمعارض الذى هو استحاله اجتماع السببين على مسبب واحد، إذ لا وجه لاستحقاق كل منهما اليمين على الآخر، ضروره عدم كونه مدعى عليه بعدم يد

له على العين يراد رفعها عنه، فقول كل منهما: هى لى دعوى بلا مدعى عليه، فلا يمين فيها، فتأمل جيدا فإنه دقيق نافع، أو يقال فى الفرض باعتبار ثبوت اليد لكل منهما على العين مدعى عليه لو كان مدعى خارج عنهما، وإلا فلا يتصور كونه منهما بعد أن كان مع كل منهما عنوان المدعى عليه، لمعلوميه التباين بين المدعى و المدعى عليه.

و من هنا كان التحالف إذا كان كل منهما مدعى منكر، بمعنى أنه مدعى لشيء و منكر لآخر، كما هو ظاهر فى النظر إلى أفراد ذلك، لا فى مثل المقام الذى دعوى كل منهما الكل، و الفرض أن اليد لكل منهما، فلا يكون مدعى فيما هو مدعى عليه فيه.

اللهم إلا أن يقال: إن اليمين هنا لترجيح أحد السببين كالترجيح بها لإحدى البيئتين و إن ترتب عليه كون العين للتحالف منهما بخلاف ما لو حلفا معا أو لم يحلفا كذلك، و ليس هو يمين إنكار و يمين رد حتى يأتى فيه البحث الذى تسمعه من الاكتفاء بيمين واحده جامعه بين الإثبات و النفى أو يمينين.

أو يقال: إن لكل منهما إحلاف صاحبه، بمعنى أن التحالف أمر راجع إليهما لا- يجبر الحاكم عليه، و لا يتوقف عليه القضاء بالنصف، بل كل منهما ميزان للقضاء.

و كان هذا هو الذى فهمه الأصبهانى فى كشفه من المصنف فى النافع، فإنه بعد أن ذكر القول الأول قال: «و لم يذكر الحلف فى الغنيه و الإصباح، و نسبه فى الشرائع إلى القيل، و لعل الوجه فيه أنهما إن لم يحلف أحدهما صاحبه كان الحكم أيضا كذلك، و لذا قال فى النافع بعد الحكم بكونها بينهما: و لكل منهما إحلاف صاحبه».

و لكن غيره قد جعله من القائلين بالقول الأول، و لعله المنساق من مثل هذه العبارة التي عبر بنحوها القائل باعتبار ذلك في القضاء، خصوصا بعد معلوميه توقف القضاء عليه أو على البيئه، ل

قوله (صلى الله عليه و آله) (١): «إنما أفضى عليكم بالبيئه أو اليمين».

فحمل كلامه حينئذ خاصه على إراداه عدم توقف القضاء بالنصف على التحالف، بل موكول إلى اختيارهما إن أراداه تحالفا، و جرى حكم التحالف و النكول عليه، و إلا قضى بينهما بالنصف بدونه لا يخلو من نظر.

اللهم إلا أن يكون ذلك مراد الجميع بقرينه تقديم القضاء بالنصف على الحلف.

و لكن فيه أيضا أن مشروعيه التحالف منهما تقتضى تحقق التداعى بينهما، و لا يكون فصل فيه الذى هو بمعنى القضاء بين المتخاصمين إلا بميزانه من البيئه أو اليمين، و عدم تحليف من له اليمين لا يقتضى صحه القضاء بدونه، بل أقصاه بقاء العين فى يد المدعى عليه بالسبب المقتضى لذلك شرعا، و حق الدعوى باق متعلق بهما إذا أسقط حقه بناء على قيام مثل ذلك مقام إحلافه، فيحكم الحاكم حينئذ بكونها للمدعى على وجه لا تسمع الدعوى المزبوره فيها، لأن ذلك هو معنى القضاء، نعم لو لم يكن ثم تداعى بينهما مثلا و قد ماتا و العين فى أيديهما فهى على النصف بينهما شرعا من دون قضاء، لعدم تداعى، و على تقديره من الورثه كان له القضاء به عليهم من دون يمين إن لم يدع بعضهم على بعض العلم بالحال، و إلا توقف القضاء به على اليمين.

بل لعله أيضا كذلك فى الأصيلين إذا ادعى أحدهما على الآخر أن يده من يده أو أنه عالم بكونه مبطلا و أن العين أجمع لصاحبه و إن لم

١-١ الوسائل الباب-٢- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١ و فيه «إنما اقتضى بينكم بالبيئات و الأيمان».

نقل به فى أصل دعوى كل منهما العين له، ضروره تحقق المدعى و المدعى عليه فى تلك دونها، فتأمل جيدا. وقد تقدم لنا بعض الكلام فى المسأله فى كتاب الصلح(١)فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و على كل حال فعلى المشهور يبدأ القاضى فى الحلف بمن يراه أو بمن تخرجه القرعه، و فيه أن المتجه- بناء على كونهما دعويين- تقديم الأسبق منهما، و مع الاقتران يقدم من كان على يمين صاحبه.

و كيف كان فان حلفا معا كانت بينهما على النصف، و إلا فإن حلف الأول ثم نكل الثانى ردت اليمين على الأول، و لا يكفيه اليمين الأولى، لأنها كانت على نفى استحقاق صاحبه فيما هو بيده من النصف، و اليمين المردوده على الإثبات، و هو أن نصف صاحبه له، نعم لو نكل الأول حلف الآخر يمينا واحده جامعه بين النفى و الإثبات من غير خلاف يعرف فيه بينهم.

و لا يخفى ما فيه من الاشكال إن لم يكن إجماعا بناء على الدعويين، ضروره اقتضاء تعدد الأسباب تعدد المسببات، و لعل فى ذلك تأييدا لما ذكرناه من عدم كونهما دعويين كى يترتب على كل منهما يمين، بل هى مقاله واحده من كل منهما، فيمين كل منهما على أن الجميع له المقتضى عدم شىء منه للآخر كاف فى اختصاصه بالحق على القول بمدخليه اليمين فى ذلك من غير فرق بين الأخير و الأول، فتأمل فإن منه يظهر لك النظر فى جمله من الكلمات، خصوصا المسالك و أتباعه، هذا كله إذا كانت يدهما عليها.

و أما لو كانت يد أحدهما خاصه عليها قضى بها للمتثبت مع يمينه إن التمسه الخصم المستحق لها عليه بلا خلاف

و لا- إشكال، إذ هو أظهر أفراد قاعده «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» التي لا- يخفى عليك ذكر أحكامها من القضاء بالنكول أو مع رد اليمين و غيره.

و لو كانت فى يد ثالث و يدهما معا خارجه عنها فان صدق من هى فى يده أحدهما أحلف و قضى له لأنه صار بالإقرار له، كذى اليد فى قيام الشاهد فعلا على ملكه، فىكون الثانى بالنسبه إليه مدعىا، و هو مدعى عليه.

و قد يناقش بعدم اقتضاء ذلك صدق كونه مدعى عليه عرفا فى تلك الدعوى المتعلقة أولا بمن فى يده المال، نعم له استئناف دعوى جديده نحو استئنافها لو انتزعها منه بيمين مردوده مثلا أو بشاهد و يمين، و تدفع تبعيه الدعوى بها لها فى يد من كانت.

و فيه أن الكلام فى المدعى عليه بينها لا بها، و لا ريب فى عدم كونه مدعى عليه قبل تصديقه الذى قد يفرض تأخيره عن دعوى الأول فتأمل.

و له اليمين على المصدق أيضا، لفائده الغرم مع النكول لا العين، و فى القواعد «و لو كانت فى يد ثالث حكم لمن يصدقه بعد اليمين منهما» أى الثالث و من يصدقه كما فى كشف اللثام، و فيه أن يمين المصدق لا دخل له فى الحكم بها لمن صدقه، و يمكن تعلق «منهما» بقوله: «يصدقه» فىكون المراد بعد اليمين من المقر له، و حيثئذ تكون كعباره المصنف، لكنه خلاف الظاهر.

هذا و فى كشف اللثام أيضا و غيره «و المصدق يحلف للآخر إن ادعى علمه بملكه» و فيه أن الظاهر توجه اليمين عليه على البت، لأنه مدعى عليه.

اللهم إلا أن يقال: إنه بإقراره بها لأحدهما انصرفت تلك الدعوى

عنه لتبعيتها للعين، فيمين البت حينئذ على من صارت له، نعم تبقى عليه دعوى العلم لإرادته الغرم.

و فيه أيضا أن الدعوى قد تعلقت به و العين في يده على وجه استحق عليه اليمين على البت، لكن ستسمع من المصنف و غيره المفروغيه من انصراف الخصومه بالإقرار بالعين لمعين، و ليس المراد إلا انصراف تلك الدعوى و إن بقيت دعوى العلم للغرامه مع احتمال إرادته انصرافها بالنسبه إلى انتزاع العين و إن بقيت الدعوى بها للغرامه، لكنه في غايه البعد، و ستسمع إنشاء الله زياده لذلك في المسأله الثالثه.

و إن قال: هي لهما قضى بها بينهما نصفين و أحلف كل منهما لصاحبه بناء على استحقاق اليمين، و كذا إن نكلا، و إن نكل أحدهما كان الكل للآخر، و في كشف اللثام «و غرم الثالث النصف إن سلم إلى الناكل و اعى الحالف عليه العلم فأحلفه فنكل» و هو لا يخلو من إشكال لوصول حقه تماما إليه.

اللهم إلا- أن يقال: إنه وصل إليه باليمين المردوده، فهو كما لو وصل إليه بعوض لا يدفع الدعوى على من في يده، مع أنه لا يخلو من نظر، ضروره الفرق بين الفرض و بين العوض الذى هو غرامه، نعم قد يشهد له أنه لو فرض سبق الدعوى على المصدق فنكل و حلف المدعى و غرم له ثم تداعيا بينهما فنكل أحدهما و حلف الآخر الذى قد غرم المصدق فانتزع العين من صاحبه فان المتجه حينئذ إرجاع الغرامه التى أخذها، لوصول العين إليه، و ليس له أزيد منها، مع أن الأصحاب قد أطلقوا الحكم فى الدعويين، و لم يشر أحد منهم إلى ترتيب بينهما، أو إلى رد ما اقتضاه أحدهما بعد انتزاع العين فى الأخرى، اللهم إلا أن يكون أو كلوا ذلك إلى ما تقتضيه القواعد، و هو ما عرفت، و قد صرح به فى المسالك

فى المسأله الثالثه من المقصد الأول فى الاختلاف فى الأملاك فتأمل جيدا.

و على كل حال فقد عرفت أن لهما على المصدق اليمين إن ادعى عليه أو أحدهما العلم أو مطلقا، فان نكل حلف المدعى و غرم له النصف، فان حلفا غرم لهما الكل.

و لو دفعهما بأن قال: ليست لكما أقرت فى يده بعد اليمين لهما، فان نكل فكما لا يد لأحد عليه، فان قلنا بالتحالف فيه فان حلفا أو نكلا اقتسماه، و إن حلف أحدهما خاصه كان له.

و لو قال: ليست لى أو لا- أعرف صاحبها أو هى لأحد كما و لا أعرف عينه ففى القواعد «قرع بينهما، لتساويهما فى الدعوى و عدم البيئه» و فى التحرير و كشف اللثام «فمن خرجت باسمه حلف و كانت له، فان نكل حلف الآخر، و إن نكلا قسمت بينهما- ثم قال:- و الوجه عندى التحالف وفاقا للتذكرة، فإن حلفا أو نكلا كانت بينهما، و إلا فللحالف».

قلت: لا وجه للقرعه بعد ظهور الأدله فى التنصيف مع التساوى فى السبب المقتضى للملك، و الكلام فى اعتبار التحالف و عدمه فى القضاء بذلك ما عرفت، و حينئذ فلا إشكال و لا اشتباه حتى يحتاج إلى القرعه.

ثم إنه على القول بها لا- حاجه حينئذ إلى اليمين، ضروره كونها هى ميزان القضاء للدعوى المزبوره، و احتمال أنها تجعل من يخرج اسمه بها كصاحب اليد يقتضى عدم القسمة بينهما مع فرض النكول منهما، ضروره أن النكول عن اليمين المردوده يوجب عدم الحق للناكل و انحصاره فى الراد.

ثم إن القرعه مع قوله ليست لى أو لا أعرف صاحبها فى غير محله، لعدم ما يقتضى انحصار الحق فيهما كى يستخرج بالقرعه، و لعله لذا اقتصر ثانى الشهيدين فى احتمالها على صورته لإقراره لأحدهما، و التحقيق ما عرفت من عدم اعتبار القرعه هنا، بل يقضى فيها بالتنصيف بينهما مع التحالف أو بدونه على القولين السابقين، و الله العالم.

[المسألة الثانية يتحقق التعارض في الشهادة مع تحقق التضاد]

المسألة الثانية:

يتحقق التعارض في الشهادة مع تحقق التضاد، مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد، و يشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو، أو يشهدا أنه باع ثوبا مخصوصا لعمرو غدوه، و يشهد آخران ببيعه بعينه لخالد في ذلك الوقت و نحو ذلك، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك، كما إذا شهدت إحدى البيتين بملك أحدهما أمس و الأخرى بملك الآخر اليوم، عمل بالثانية، لإمكان صدقهما معا.

و من المعلوم أنه مهما أمكن التوفيق بين الشهادتين وفق، فإن لم يمكن بأن تحقق التعارض بينهما على وجه يقتضى صدق كل منهما تكذيب الأخرى، كما لو شهدت إحداهما أن هذه العين ملك زيد الآن و الأخرى تشهد أنها ملك عمرو الآن ف لا يخلو الحال عن أحد أمور ثلاثة أو أربعة، لأنه إما أن تكون العين في يدهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث أو لا يد لأحد عليها ففي الأول يقضى بها بينهما نصفين من دون إقراع و لا ملاحظه ترجيح بأعدليه أو أكثره بلا خلاف أجده بين من تأخر عن القديمين الحسن و أبي على، بل صرح غير واحد منهم بعدم الالتفات إلى المرجحات الآتية في غير هذه الصورة.

و في المسالك «لا- إشكال في الحكم بها بينهما نصفين، لكن اختلف في سببه، فقيل: لتساقت البيتين بسبب التساوى، فيبقى الحكم كما لو لم تكن بينه، و قيل: لأن مع كل منهما مرجحا باليد على نصفهما فقدمت بينته على ما في يده، و قيل لأن يد كل واحد على النصف، و قد

أقام الآخر بينه عليه فيقضى له بما فى يد غريمه بناء على تقديم بينه الخارج، فكل منهما قد اعتبرت فيما لا تعتبر فيه الأخرى، و لذا لم يلحظ ترجيح بالعدد و العدالة، و هذا هو الأشهر، و تظهر الفائدة حينئذ فى اليمين على من قضى له، فعلى الأول يلزم لكل منهما، و على الآخرين لا يمين، لترجيح كل من البيئتين باليد على أولهما، فنعمل بالراجح، و لأن البينه ناهضة بإثبات الحق على الثانى، فلا يمين معها».

قلت: لكن فى التحرير بعد أن ذكر تعليل التنصيف بما سمعت مصرحاً بكونه من تقديم بينه الخارج قال: «و هل يحلف كل واحد على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ الأقوى عندى الأول مع احتمال الثانى».

و فى التنقيح بعد أن ذكر التنصيف و جعل منشأ دأئرا بين الآخرين، و أنه على أولهما يقضى لكل منهما بما فى يده، و على ثانيهما يقضى له بما فى يد غريمه قال: «يكون لكل منهما اليمين على صاحبه، فان حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدم، و إن حلف أحدهما و نكل الآخر قضى بها للحالف».

و عن مذهب أبى العباس التصريح باليمين بناء على كون المنشأ دخولهما، و لعل ذلك منه خلافا فى أصل المسألة، و هو أن تقديم بينه الداخل بمعنى إسقاطها بينه الخارج، لا أنها حجة، فيرجع الحاصل - كما لو لم تكن بينه - على المنكر منهما اليمين، و هو الذى قواه فى المختلف بعد أن حكى القولين فى ذلك، بل هو قوى فى نفسه، لاشتغال دليل تقديم بينه الداخل على اليمين كما ستعرف.

كما أن القول باليمين مع القول بكون المنشأ تقديم بينه الخارج لعله ل

خبر إسحاق بن عمار (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «إن رجلين

اختصما إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) في دابه في أيديهما و أقام كل واحد منهما البيه أنها نتجت عنده، فأحلفهما على (عليه السلام) فحلف أحدهما و أبي الآخر أن يحلف فقضى بها للحالف، فقيل له: فلو لم تكن في يد واحد منهما و أقاما البيه، فقال: أحلفهما، فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف، فان حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين، قيل:

فان كانت في يد أحدهما و أقاما جميعا البيه، قال: أفضى بها للحالف الذي هو في يده».

بل ربما كان هو دليل التحالف على القول الأول و إن لم نقل به في غيره، إلا أنه خبر واحد، و في سنده ما فيه، و المشهور نقلا و تحصيلا على خلافه، فلا يصلح

مقيدا لما دل مما تسمعه من النصوص (١) و غيره على التنصيف بدونه، و كان ذلك هو العمده في القول به، ضروره أنه لو كان منشأ عند المصنف ما ذكره كان المتجه عنده التحالف مع عدم البيه، و قد عرفت عدمه عنده، بل كان ينبغي ملاحظه ما تسمعه منه من التفصيل في تقديم بيه الخارج على بيه الداخل، فمن ذلك و غيره يعلم أن ذلك ليس منشأ حقيقه و إن ذكره تقريبا للمقصود.

و يؤيده أيضا ما قدمناه سابقا من أن يد كل منهما على الكل لا النصف، بل الظاهر عدم اندراج بيه كل منهما تحت ما دل على تقديم بيه المدعى، لما تقدم من أن في كل منهما عنوان المدعى عليه باعتبار اليد، على أن العمل بنصف ما يشهد به بيه كل منهما ليس عملا بيهه خارج، ضروره كون المشهود به الجميع فتأمل، فليس هذا منهم إلا تأييدا لما قلناه سابقا من استفاده القضاء في ذلك بالنصف، فيكون حينئذ ذلك ميزانا من موازين القضاء من غير حاجه إلى تحالف.

و يدل عليه- مضافا إلى ما أسلفناه في كتاب الصلح(١) من خبر الدرهمين(٢) وقاعده توارد السببين الممكن إعمالهما معا على مسبب واحد نحو المتسابقين على حيازه مباح- إطلاق

خبر تميم بن طرفه(٣) «إن رجلين ادعيا بعيرا فأقام كل واحد منهما بينه، فجعله أمير المؤمنين (عليه السلام) بينهما»

لكن في بعض النسخ «عرفا بعيرا» و حينئذ يكون ظاهرا في غير المقام، بل قد يقال بظهور «ادعيا» في ذلك لا تداعيا في ما بينهما.

و إطلاق

قوله (عليه السلام) في الخبر الآتي(٤): «لو لم تكن في يد أحدهما جعلتها بينهما نصفين»

مضافا إلى إطلاق النبوي(٥) السابق و غيره.

بل هو كاد يكون صريح

المرسل(٦) عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أيضا «في البيتين تختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان أنه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بينه كل واحد منهما و ليس في أيديهما، فأما إن كان في أيديهما فهو فيما بينهما نصفان، و إن كان في يد أحدهما فالبيته فيه على المدعى و اليمين على المدعى عليه».

و حينئذ فما عن ظاهر ابن أبي عقيل- من اعتبار القرعة التي هي لكل أمر مشكل في خصوص ما نحن فيه لأن التنصيف تكذيب للبيتين- كأنه اجتهاد في مقابله النص، على أن نصوص القرعة(٧) في المقام مع عدم

١-١ راجع ج ٢٦ ص ٢٢٣.

٢-٢ الوسائل الباب-٩- من كتاب الصلح الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفية الحكم الحديث ٤.

٤-٤ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفية الحكم الحديث ٣.

٥-٥ سنن البيهقي- ١٠ ص ٢٥٥.

٦-٦ المستدرک الباب-١٠- من أبواب كيفية الحكم الحديث ١.

٧-٧ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفية الحكم الحديث ٥ و ٦ و ٧.

التصريح فى شىء منها بخصوص الفرض لاستخراج من يكون عليه اليمين، و هو خلاف ظاهر المحكى عنه من التعويل عليها بدونه.

و كذا ما عن ابن الجنييد من أنه مع تساوى البيئتين تعرض اليمين على المدعين، فان حلف أحدهما استحق الجميع، و إن حلفا اقتسماها، و مع اختلافهما يقرع، فمن أخرجته القرعه حلف و أخذ العين، فإنه كما ترى لا- دليل عليه، بل ظاهر الأدله السابقه خلافه.

هذا و فى الرياض بعد أن نسب المختار- الذى هو التنصيف تساوت البيئتان عددا و عداله و إطلاقا و تقييدا أو اختلفت- إلى الأشهر، بل عامه من تأخر إلا نادرا، قال: «خلافا للمهذب، و به قال جماعه من القدماء، فخصوا ذلك بما إذا تساويا فى الأمور المتقدمه كلها، و حكموا مع الاختلاف فيها لأرجحها، و اختلفوا فى بيان المرجح لها، فعن المفيد اعتبار الأعدليه خاصه هنا و إن اعتبر الأ- كثرية فى غيرها، و عن الإسكافى اعتبار الأكثرية خاصه، و فى المهذب اعتبارهما مرتبا بينهما الأعدليه فالأكثرية، و عن ابن حمزه فى اعتباره التقييد أيضا مرددا بين الثلاثه غير مرتب بينها، و عن الديلمى اعتبار المرجح مطلقا غير مبين له أصلا».

و لم أعرف نقل هذه الأقوال على الوجه المزبور فيما نحن فيه لغيره، و الذى عثرت عليه فى المقنعه فى المسأله أجمع «و إذا تنازع نفسان فى شىء و أقام كل

واحد منهما بينه على دعواه بشاهدين عدلين و لا ترجيح لبعضهم على بعض بالعداله حكم لكل واحد من النفسين بنصف الشىء، و كان بينهما جميعا نصفين، و إن رجح بعضهم على بعض فى العداله حكم لأعدلهما شهودا و إن كان الشىء فى يد أحدهما و استوى شهودهما فى العداله حكم للخارج اليد منه و نزع يد المتشبه به منه، و إن كان لأحدهما شهود أكثر عددا من شهود صاحبه مع تساويهم فى العداله حكم لأكثرهما شهودا

مع يمينه بالله عز و جل على دعواه» و ليس فيها ما نحن فيه بالخصوص.

و الذى عثرت عليه فى النهايه أيضا فى المسأله «و من شهد عنده شاهدان عدلان على أن هذا لزيد و جاء آخران يشهدان أن ذلك الحق لعمر و فان كانت أيديهما خارجه منه فينبغى أن يحكم لأعدلهما شهودا، فان تساويا فى العداله كان الحكم لأكثرهما شهودا مع يمينه بأن له الحق، فإن تساويا فى العدد أقرع بينهم، فمن خرج عليه حلف و كان الحكم له، فان امتنع من خرج اسمه فى القرعه عن اليمين حلف الآخر، و كان الحكم له، فان امتنعا جميعا من اليمين كان الحق بينهما نصفين، و متى كان مع واحد منهما يد متصرفه فإن كانت البيئه تشهد أن الحق ملك له فقط و تشهد الأخرى بالملك أيضا انتزع الحق من اليد المتصرفه، و أعطى اليد الخارجه، و إن شهدت البيئه لليد المتصرفه بسبب الملك من بيع أو هبه أو معاوضه كانت أولى من اليد الخارجه» و لم يتعرض أيضا فيها لخصوص ما نحن فيه.

و أما ابن حمزه فقد ذكر فى خصوص ما نحن فيه أنه إن تساوى البيتان كان المدعى به بينهما نصفين، و إن اختلفا لم يخل من ثلاثه أوجه: إما أن تكون إحداهما مطلقه و الأخرى مقيده، و الحكم للمقيده، أو تكون إحداهما عادله و الأخرى غير عادله، و الحكم للعادله، أو تكون إحداهما أكثر مع التساوى فى العداله، و الحكم لأكثرهما عددا.

و على كل حال لا أعرف دليلا يعتد به على شىء منها على وجه يصلح لمعارضه ما عرفت.

و ما عساه يتخيل - من الدليل عليها فى الجمله من كون الشهاده كالأخبار المتعارضه التى يرجع فيها إلى الترجيح بغير المنصوص فضلا عنه - واضح الفساد، ضروره و ضوح الفرق بينهما بأن مبنى حجيه الخبر خصوصا فى مقام الترجيح على قوه الظن بخلاف الشهاده المعلوم عدم

اعتبار ذلك فيها، بل الترجيح فيها مقصور على مقام خاص منها بمرجح خاص للدليل الخاص، بل لو رجح إحدى البيتين على الأخرى بشهادته جملة من الفساق على مضمون إحداهما لكان من منكرات الفقه.

و أما الاستدلال على بعضها بإطلاق بعض النصوص ففيه أنه يجب الخروج عنه بالأدلة السابقة المعترضه بما سمعت، فلا محيص حينئذ عن القول بالتنصيف من دون ملاحظه شيء من هذه المرجحات، نعم في اعتبار التحالف و عدمه ما عرفته سابقا حال عدم البينه، بل لعل القول بعدمه هنا أولى على بعض الوجوه المتقدمه. هذا كله في القسم الأول.

و أما الكلام في الثاني الذي هو أن تكون العين في يد أحدهما فالمشهور بين الأصحاب شهره عظيمه أنه يقضى بها للخارج دون المتشبه ان شهدتا لهما بالملك المطلق مع التساوى في العدد و العداله و عدمه، بل عن الخلاف و الغنيه و السرائر و ظاهر المبسوط الإجماع عليه، بل عن الأول و الأخير نسبتته إلى أخبار الفرقه، و هو الحجه بعد المرسل السابق عن أمير المؤمنين (عليه السلام) [\(١\)](#) المنجبر بما سمعت، و التعليل في

خبر منصور [\(٢\)](#) عن الصادق (عليه السلام) «قلت له: رجل في يده شاه فجاء رجل فادعاها و أقام البينه العدول أنها ولدت عنده لم يبع و لم يهب و جاء الذي في يده بالينه مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع و لم يهب، قال أبو عبد الله (عليه السلام):

حقها للمدعى، و لا- أقبل من الذي هي في يده بينه، لأن الله عز و جل أمر أن تطلب البينه من المدعى، فان كانت له بينه و إلا فيمين الذي هو في يده، هكذا أمر الله عز و جل».

١- ١ المستدرک الباب- ١٠- من أبواب كيفية الحكم الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم الحديث ١٤.

و منه يظهر وجه الاستدلال أيضا

بالخبر المشهور^(١) وهو «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

بناء على أن المراد منه عدم قبول بينه للمنكر، و أن ذلك مختص بالمدعى، و إن كان دلالة على ذلك مع قطع النظر عن الخبر المزبور لا تخلو من نظر، ضروره عدم دلالة على أزيد من استحقاق المدعى على المنكر اليمين دون البينه بخلاف المنكر، فان له على المدعى البينه، و هو غير قبول البينه من المنكر و لو فى الجملة، المستفاد مما تسمعه من نصوص^(٢) الباب و فتاوى الأصحاب.

مضافا إلى عموم ما دل على حجيه شهاده العدلين كتابا^(٣) و سنه^(٤) و لا معارض لذلك كله إلا خبر منصور^(٥) المزبور الذى فى سنده ما فيه، و موافق لصريح المنقول عن ابن حنبل، و لعل ذلك لا يخلو من قوه و إن قلنا فى خصوص الفرض بعدم النظر إليها فى مقابله بينه المدعى و إن جمعت المرجحات أجمع للإجماعات المحكيه و غيرها.

و كيف كان ف فيه قول آخر ذكره فى الخلاف و هو تقديم بينه الداخلى، لكنه بعيد لما عرفت، بل لم نتحققه قولا له، و ذلك لأن المحكى عنه فى البيع فى مسأله العبد الذى يد أحدهما عليه «أن البينه بينه الخارج و إن شهدتا بالسبب» و فى كتاب الدعاوى «إذا ادعى ملكا مطلقا و يد أحدهما عليه كانت بينته أولى، و كذلك إن أضافه إلى

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ٥ و الباب- ٢٥- منها- الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفيه الحكم.

٣- ٣ سوره الطلاق: ٦٥- الآية ٢.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١- من أبواب كيفيه الحكم.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١٤.

سبب، و إن ادعى الملك مطلقا و الخارج أضافه إلى سبب كانت بينه الخارج أولى، و به قال الشافعى، و قال أصحاب الشافعى: إذا تنازعا عينا يد أحدهما عليها و أقام كل واحد منهما بينه سمعنا بينه كل واحد منهما، و قضينا لصاحب اليد، سواء تنازعا ملكا مطلقا أو ما يتكرر، فالمطلق كل ملك لم يذكر أحدهما سببه» و ما يتكرر كآنيه الذهب و الصفر و الحديد، يقول كل واحد: صيغ فى ملكى، و هذا يمكن أن يصاغ فى ملك كل واحد منهما، و كذلك ما يمكن نسجه كالصوف و الخز، و ما لا يتكرر سببه مثل ثوب قطن و إبريسم، فإنه لا يمكن أن ينسج دفعتين، و كذلك النتاج لا يمكن أن تولد الدابه دفعتين و كل واحد منهما

يقول: ملكى نتج فى ملكى، و به قال شريح و النخعى و مالك و الشافعى، و هل يحلف مع البيه: على قولين - إلى أن قال:- و قال أبو حنيفة و أصحابه: إن كان التداعى ملكا مطلقا أو ما يتكرر سببه لم تسمع البيه من المدعى عليه، و هو صاحب اليد و إن كان ملكا لا يتكرر سببه سمعنا بينه الداخل، و هذا هو الذى يقتضيه مذهبنا، و قد ذكرناه فى النهايه و المبسوط و كتابى الأخبار، و قال:

أحمد لا تسمع بينه صاحب اليد بحال فى أى مكان كان، و روى ذلك أصحابنا- إلى أن قال:- و يدل على مذهبنا إجماع الفرقه و أخبارهم، و

الخبر المشهور(١) عن النبى (صلى الله عليه و آله) «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه»

و يدل على الأول ما رواه جابر(٢) و ما رواه غياث(٣) أى المشتملان على تقديم بينه ذى اليد مع ذكر السبب، و هو النتاج فى كل منهما».

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من أبواب كيفية الحكم الحديث ٥.

٢- ٢ سنن البيهقى- ج ١٠ ص ٢٥٦.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٣.

و الظاهر أن ما ذكره أولاً ليس مذهبا له، بل مذهبه الأخير الذى استدل عليه بما عرفت، نعم فى كشف اللثام نسبة الخلاف فى المقام إلى المبسوط و الوسيله فقدا بينه الداخلى لتأيد البيه باليد، و لما سيأتى من أدله التقديم مع شهادتهما بالسبب بناء على مساواه الإطلاق له أو أولويته منه، و هل يستحلف مع ذلك؟ فعن الشيخ لا بناء على استعمال بيته، و الأقوى نعم، للنص الكاشف أن بيته دفعت بينه المدعى بعد فرض عموم الدليل على حجيه الجميع، فيبقى حينئذ استحقاق المدعى عليه اليمين على مقتضى إطلاق دليله.

و إلى الصدوقين و المفيد لحكمهم بترجيح بيته الخارج بعد تساوى عداله، و زاد المفيد و عددا، ل

خبر أبى بصير(١)سأل الصادق (عليه السلام) «عن رجل يأتى القوم فيدعى دارا فى أيديهم و يقيم الذى فى يديه الدار البيه أنه ورثها عن أبيه و لا يدري كيف كان أمرها، فقال:

أكثرهم بينه يستحلف و تدفع إليه، و ذكر أن عليا (عليه السلام) أتاه قوم يختصمون فى بغله فقامت البيه لهؤلاء أنهم أنتجوها على مذودهم لم يبيعوا و لم يهبوا و أقام هؤلاء البيه أنهم أنتجوها على مذودهم لم يبيعوا و لم يهبوا، فقضى بها لأكثرهم بينه و استحلفهم، قال: فسألته حينئذ فقلت: أ رأيت إن كان الذى ادعى الدار قال: إن أبى هذا الذى هو فيها أخذها بغير ثمن، و لم يقم الذى هو فيها بينه إلا أنه ورثها عن أبيه، قال: إذا كان أمرها هكذا فهى للذى ادعاهها و أقام البيه عليها».

قال الصدوق: «لو قال الذى فى يده الدار: إنها لى و هى ملكى و أقام على ذلك بينه و أقام المدعى على دعواه بينه كان الحق أن يحكم بها للمدعى، لأن الله تعالى إنما أوجب البيه على المدعى و لم يوجبها على المدعى

عليه، و لكن هذا المدعى عليه ذكر أنه ورثها من أبيه، و لا يدري كيف أمرها، و لهذا أوجب الحكم باستحلاف أكثرهم بينه و دفع الدار إليه».

و لعل التأمل فى كلامه هذا يقتضى موافقته على تقديم بينه الخارج فى المقام، نعم يستحلف أكثرهم بينه مع تقييد بينه الداخلى، و حينئذ فنقل خلاف ذلك عنه لا يخلو من إشكال.

و على كل حال فلا يخفى عليك أخصيه الدليل من الدعوى، لعدم تعرض للأعدليه فيها، بل خروجه عنها، ضروره ذكر السبب فى بينه المنكر و الإطلاق فى بينه المدعى، بل لا- يخلو ذيله من منافاه لصدره، إلا- أن يفرض الأول على جهه (وجه خ ل) التعارض، و الثانى على عدمه.

و إلى أبى على فرجح ذا اليد مع تساوى البيتين، و حكم بإحلافهما، قال: «فان حلفا جميعا أو أبيا أو حلف الذى فى يده كان محكوما للذى هى فى يده بها، فان حلف الذى ليست فى يده و أبى الذى فى يده أن يحلف حكم بها للحالف قال:- و لو اختلف أعداد الشهود و كان الذى هى فى يده أكثر شهودا كان أولى باليمين إن بذلها، فان حلف حكم له بها، و لو كان الأكثر شهودا، الذى ليست فى يده فحلف و أبى الذى هى فى يده أن يحلف أخرجت ممن كانت فى يده و سلمت إلى الحالف مع شهوده الأكثر من شهود من كانت فى يده».

و هو كما ترى و إن قال فى كشف اللثام: «لعله جمع بين نصوص تقديم ذى اليد و ما أطلق من النصوص بتقديم الأرجح من البيتين».

و كيف كان ف لو شهدتا بالسبب قيل و القائل الشيخ فى ظاهر النهايه و المحكى عن كتابى الأخبار يقضى لصاحب اليد و إن أطلق فى الأول تقديم بيته إذا شهدت بالسبب و خصها فى الأخيرين بما إذا شهدتا به لقضاء على (عليه السلام) فى الدابه

فى ما رواه

إسحاق(١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «إن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى دابه فى أيديهما و أقام كل واحد منهما البيئه أنها نتجت عنده، فأحلفهما على (عليه السلام) فحلف أحدهما و أبى الآخر أن يحلف، فقضى بها للحالف، فقيل: فلو لم يكن فى يد واحد منهما و أقاما البيئه، قال: أحلفهما فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف، فان حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين، قيل:

فان كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعا بيئه، قال: أفضى بها للحالف الذى هى فى يده».

و خبر غياث(٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «إن أمير المؤمنين (عليه السلام) اختصم إليه رجلان فى دابه كلاهما أقاما البيئه أنه أنتجها فقضى بها للذى هى فى يده و قال: لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين».

مؤيدا ذلك بما رواه

العامه عن جابر بن عبد الله الأنصارى(٣) «إن رجلين تداعيا دابه و أقام كل منهما بيئه أنها دابته أنتجها فقضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) للذى فى يده».

و قيل و القائل المشهور على ما حكى بل عن الغنيه الإجماع عليه يقضى للخارج ل لأدله التى سمعتها سابقا التى منها خبر منصور(٤) السابق المشتمل مع ذلك على أنه لا بيئه على ذى اليد كما لا يمين على المدعى، عملا ب

قوله (صلى الله عليه و آله)(٥): «و اليمين على من أنكر»

و التفصيل قاطع للشركه و إن كان فيه ما فيه.

و منه يعلم ما فى قوله و هو أولى لما عرفت، و لكن عليه

١-١ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٣.

٣-٣ سنن البيهقى- ج ١٠ ص ٢٥٦.

٤-٤ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١٤.

٥-٥ الوسائل الباب-٢٥- من أبواب كيفية الحكم الحديث ٣.

لا إشكال فى تقديمها مع فرض تقييد بينه الخارج و إطلاق بينه الداخل، و هى الصورة الثالثه التى تركها المصنف اعتمادا على ظهور حكمها بالأولويه القطعيه على التقدير المزبور و إن كان الذى يقوى خلافه للخبرين (١) المؤيدىن بخبر جابر (٢) و بما دل على حجيه شهاده العدلين و لو من المنكر، حتى نصوص المقام، و مقتضاها حينئذ دفع حجه المدعى الذى لم يعلم تقدمها عليها، فيقى حق اليمين على المنكر بحاله الذى مقتضى دليله استحقاقه و لو كان مع المنكر بينه، خلافا للمحكى عن الشيخ فأسقط اليمين عنه ترجيحا لبيته باليد على بينه الخارج، فكما لا يحلف الخارج لا يحلف الداخل، و هو مبنى على عدم تساقط البيتين، بل على استعمالهما، و الأقوى ما عرفت.

و على كل حال فما عن المجلسى من حمله النصوص المزبوره على التقيه لشهرته بين العامه فتوى و روايه يدفعه ما سمعت من موافقه خبر بينه الخارج لأحمد بن حنبل أيضا، بل ملاحظه كلام العامه يقضى باضطراب أقوالهم فى ذلك على وجه لا تقيه فى إظهار الحق فيما بينها، خصوصا مع نسبته إلى على (عليه السلام) على أن المحكى عن الشيخ نسبته إلى مذهبنا و أنه الذى تدل عليه أخبارنا، فكيف يحمل مثله على التقيه، و الله العالم.

هذا كله مع تقيدهما أما لو شهدت للمتثبت بالسبب و للخارج بالملك المطلق فإنه يقضى لصاحب اليد سواء كان السبب مما لا يتكرر كالنتاج و نساجه الثوب

الكتان أو يتكرر كالبيع و الصياغه كما عن الشيخ فى النهايه و كتابى الأخبار و المبسوط و القاضى و الطبرسى و الفاضلين و الشهيدين، بل عن الأول الاشعار بالإجماع

١- ١ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ٢ و ٣.

٢- ٢ سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٥٦.

حيث قال: «قلناها» بل عنه أيضا أنه قال: «بلا خلاف بيننا لقوه البينه حينئذ».

قيل: و لما فى

خبر عبد الله بن سنان (١) «أن أمير المؤمنين (عليه السلام) كان إذا اختصم الخصمان فى جاريه فزعم أحدهما أنه اشتراها و زعم الآخر أنه أنتجها فكان إذا أقاما البينه جميعا قضى بها للذى أنتجت عنده»

بناء على أن مبنى ذلك قوه التتاج على الشراء، و فيه أن ذلك يقتضى الترجيح فى الأسباب، و لم يلتزم به القائل المزبور فى المقيدتين، و لعل الأولى الاستدلال له بإطلاق قول أمير المؤمنين (عليه السلام) (٢) المتقدم.

و قيل و القائل ابن إدريس فيما حكى عنه بل يقضى للخارج و إن شهدت بينته بالملك المطلق بل فى الرياض عن الصدوقين و المفيد و الحلبي و ابن زهره إطلاق تقديم بينه الخارج، بل عن الأخير الإجماع عليه عملا بالخبر.

و الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده المقتضيه حجه البينه من المدعى و المنكر، فاما أن يفرع إلى ترجيح بينه المنكر بالتقييد و اليد، أو يقال: لا دليل على الترجيح بهما، و مقتضاه تكافؤهما و بقاء الدعوى، كما إذا لم تكن بينه، فيتوجه اليمين على صاحب اليد الذى هو المدعى عليه لغه و شرعا و عرفا، و عليه ينزل قول أمير المؤمنين (عليه السلام) فى الخبرين (٣) السابقين، و استفاد منه ما نحن فيه بالأولويه، نعم يشكل الاستدلال للمصنف القائل فى مفروض الخبرين بتقديم بينه الخارج، إذ لا وجه للأولويه حينئذ، فليس له إلا ما عرفت، و فيه ما سمعت.

١-١ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١٥.

٢-٢ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٢ و ٣.

و بذلك كله ظهر لك أن الأقوى تقديم بينه الداخل إلا- في المطلقتين إن تم الإجماع عليها، و أولى منها ما إذا كانت بينه الخارج مقيده و الداخل مطلقه، و إن أمكن ترجيح ما ذكره المصنف بالشهره على فرض تحققها، و الله العالم.

و أما لو كانت في يد ثالث و هي الصورة الثالثه ففي المتن و غيره قضى بأرجح البينتين عداله، فإن تساويا قضى لأكثرهما شهودا، و مع التساوى عددا و عداله يقرع بينهما، فمن خرج اسمه أحلف و قضى له، و لو امتنع أحلف الآخر و قضى له، و إن نکلا قضى به بينهما بالسويه بل في المسالك و غيرها نسبه إلى الشهره، بل في الغنيه الإجماع عليه، بل في الرياض نسبه إلى الأشهر، بل عامه متأخرى أصحابنا و النهايه و كتابى الحديث و موضع من الخلاف و الحلّى و القاضى و الحلبي و ابن حمزه و يحيى بن سعيد و ابن زهره، مع أنه هو بعد ذلك قد اعترف باختلاف كثير من فتاوى القدماء في الترجيح بالأعدليه و الأكثرية و الرجوع بعد التساوى فيهما إلى القرعه.

قال: «بين من اقتصر على اعتبار الأعدليه خاصه كالمفيد، من اقتصر على اعتبار الأكثرية كذلك كالاسكافي و الصدوقين، نعم ذكرا قبل اعتبارها إن أحق المدعين من عدل شاهدا، فان استوى الشهود في العداله فأكثرهما شهودا، و هو ليس نصا في اعتبار الأعدليه، و بين من اقتصر على اعتبارهما خاصه و لم يذكر الترتيب بينهما و لا القرعه بعدهما كالشيخ في موضع من الخلاف قائلا- إنه الظاهر من مذهب الأصحاب، و بين من اقتصر على ذكر المرجح مطلقا من دون بيان له و لا ذكر قرعه كالديلمي و الشيخ في موضع من الخلاف، لكنه ذكر القرعه بعد العجز عن الترجيح مدعيا عليه الإجماع من الإماميه، و بين من فصل بعين ما في

العباره لكنه مقدا للاكثرية على الأعدليه كالحلى فى السرائر و عزه إلى ظاهر الأصحاب مشعرا بدعوى الإجماع عليه، و بين من اقتصر على القرعه خاصه كالعمانى».

و من الغريب الركون بعد ذلك إلى دعوى شهره محققه فضلا عن إجماع ابن زهره، و أغرب من ذلك اعتماده فى الرياض عليه، و جعله هو الجامع بين النصوص و الفتاوى المختلفه قال: «خصوصا بعد اعتضاده بالشهره المحكيه، و ما سمعته من إجماع الشيخ صريحا و ظاهرا و إجماع السرائر فى الجملة» إذ هو كما ترى لا يفيد الفقيه طمأنينه، على أنه ليس على جميع الأحكام المزبوره، قال: «و إن كان مع كل منهما بينه و لا يد لأحدهما حكم لأعدلهما شهودا، فان استويا فى ذلك حكم لأكثرهما شهودا مع يمينه، فان استويا أقرع بينهما، فمن خرج اسمه حلف و حكم له، و إن كان لكل واحد منهما يد و لا بينه لأحدهما كان الشىء بينهما نصفين، كل ذلك بدليل إجماع الطائفه» و هو خال عن حلف الآخر و عن القضاء بالنصف مع نكولهما.

و على كل حال فلا ريب فى عدم الوثوق بالإجماع المزبور بعد ما عرفت خصوصا مع شده اختلاف النصوص أيضا، ف

فى الصحيح(١) «أن عليا (عليه السلام) أتاه قوم يختصمون فى بغله فقامت البينه أنها لهؤلاء أنتجوها على مذودهم لم يبيعوا و لم يهبوا و قامت لهؤلاء البينه بمثل ذلك، ففضى بها لأكثرهم بينه و استحلفهم».

و فى

صحيح داود(٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى شاهدين شهدا على أمر واحد و جاء آخران فشهدا على غير الذى شهدا و اختلفوا قال: يقرع بينهم، فأيهم قرع فعليه اليمين، و هو أولى بالقضاء».

١-١ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٦.

و نحوه

الصحيح الآخر(١)عنه (عليه السلام) أيضا غير أنه قال:

«أولى بالحق».

و في

خبر البصرى(٢)عنه (عليه السلام) أيضا قال: «كان على (عليه السلام) إذا أتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم سواء و عددهم سواء أقرع بينهم على أيهم

يصير اليمين، قال: و كان يقول: اللهم رب السماوات السبع أيهم كان الحق له فأده إليه، ثم يجعل الحق للذى يصير عليه اليمين إذا حلف».

و في

موثق سماعه(٣)عن أبي عبد الله (عليه السلام) «أن رجلين اختصما إلى على (عليه السلام) فى دابه فزعم كل واحد منهما أنها نتجت على مذوده و أقام كل واحد منهما بينه سواء فى العدد، فأقرع بينهما سهمين فعلم السهمين كل واحد بعلامه- ثم قال:- اللهم رب السماوات السبع و رب الأرضين السبع و رب العرش العظيم عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم، أيهما كان صاحب الدابه و هو أولى بها فأسألك أن تخرج سهمه، فخرج سهم أحدهما ففضى له بها».

و نحوه

خبر عبد الله بن سنان(٤) إلا أنه قال فى آخره: «فأسألك أن تقرع و تخرج اسمه، فخرج اسم أحدهما ففضى له بها»

إلى غير ذلك من النصوص التى تقدم بعضها أيضا.

إنما الكلام فى استنباط الأحكام المذكوره أو غيرها منها، فالتحقيق أن يقال: إنه يمكن استفاده ترجيح الحكم المزبور فى خصوص هذه الصوره بتخصيص نصوص القرعه بما إذا تساوت البيتان عددا و عداله و لم تكن

١- ١ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٥.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١٢.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١٥.

العين فى أيديهما، أما الأول فواضح، و أما الثانى فلما سمعته من النص(١)الدال على التنصيف فى ما إذا كان بأيديهما، و على أن القول قوله إذا كان فى يد واحد منهما(٢)و أصرح من ذلك

المرسل(٣)عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أيضا «فى البيتين يختلفان فى الشىء الواحد يدعيه الرجلان أنه يقرع بينهما فيه إذا اعتدلت بينه كل واحد منهما

و ليس فى أيديهما، فإن كان فى أيديهما فهو فيما بينهما نصفان، و إن كان فى يد أحدهما فالبينه فيه على المدعى و اليمين على المدعى عليه».

بل منه يستفاد عدم العبره بهذه المرجحات فى غير هذه الصورة، و لذا لم يعتبرها الأكثر فى غيرها، خلافا لمن عرفت.

كما أنه يستفاد أيضا منه و من خبر البصرى(٤)كون الأعدليه مرجحه، ضروره عدم صدق الاعتدال معها، بل ذكرها مع العدد فى خبر البصرى يقتضى كونها مثله فى الترجيح المستفاد من دليله بالخصوص، و إلا لم يكن ثمره لذكره معه بعد فرض معلوميه كونه بمجرد مرجح، كما سمعت التصريح به فى الصحيح(٥).

نعم قد يقال: إن المتجه بناء على ذلك ما سمعته من ابن إدريس ناسبا له إلى ظاهر الأصحاب من تقديم الأكثرية عليها، لإطلاق دليلها القاضى بالرجوع إليها و لو مع الأعدليه فى الجانب الآخر، و لا ينافى ذلك

١-١ لم يتقدم فيما سبق ما يدل على التنصيف فيما إذا كان بأيديهما غير المرسل الذى سيذكره، و ما دل على التنصيف فيما تقدم هو خبرى إسحاق و غياث و موردهما ما لو لم تكن فى يد واحد منهما.

٢-٢ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٢ و ٣.

٣-٣ المستدرک الباب-١٠- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

٤-٤ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٥.

٥-٥ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ١.

ثبوت الترجيح بها في الجملة إلا- أن المشهور خلافه كما عرفت، و لعله لإطلاق ما دل على الترجيح بهما من النص و غيره، فيحصل التعارض بينهما في صورته اختلاف البينتين بالأعدليه في واحده و الأكثرية في الأخرى شبه التعارض من وجه. و لا ريب في أن الترجيح للأعدليه، لإجماع ابن زهره المعتضد بالشهره المحققه بين الأصحاب و وجود ذلك في رساله على بن بابويه التي قيل فيها: كانوا إذا أعوزتهم النصوص رجعوا إليها و في النهايه التي هي متون الأخبار و غير ذلك.

و أما اشتراط اليمين لمن خرج بالقرعه فهو صريح بعض النصوص (١) بل

قوله (عليه السلام) في خبر البصرى (٢): «ثم يجعل»

إلى آخره مشعر بما ذكره الأصحاب من كون اليمين على الآخر إذا لم يحلف المخرج بالقرعه، ضروره اقتضاء الشرط عدم كون الحق له بعدم اليمين و الفرض أنه منحصر فيهما، و احتمال ثبوته للآخر من دون يمين مناف ل

قوله (صلى الله عليه و آله) (٣): «إنما أفضى عليكم بالبينات و الأيمان»

مع أن ثبوته فيمن أخرجه القرعه يقتضى أولويته بذلك، بل لعل إقراع الامام لاستخراج من يصير عليه اليمين يراد منه الأعم من الصيروره و لو بالأخره، بل لعل إجماله ب

قوله (عليه السلام): «ثم يجعل»

إلى آخره إشاره إلى ذلك، فتأمل فإنه دقيق.

بل منه يعلم اعتبار اليمين أيضا من ذى البينه المرجحه بغير القرعه كالأعدليه و الأكثرية، و إن ترك المصنف و جماعه التعرض له فيهما، حتى ظن بعض الناس الخلاف في ذلك، إلا أن الظاهر كون تركه اعتمادا على

١- ١ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٧.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٥.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١ و فيه «إنما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان».

ما ذكروه فى القرعه التى هى أحد المرجحات للبينه، كما يومئ إليه بعض نصوصها(١) على أنه قد نص عليه فى الأكثرية التى ذكرت فى الخبر(٢) مع الأعدليه على وجه يظهر اتحادهما فى كيفية الترجيح، ولذا نص غير واحد على اليمين فيها، كما نص عليه بعض فى الأعدليه.

و حينئذ فاحتمال عدم اليمين فيهما أو فى خصوص الأعدليه فى غايه الضعف، كاحتمال عدم اليمين مع القرعه الذى هو كالاجتهاد فى مقابله النص و إن ترك فى بعض نصوصها كخبرى سماعه(٣) و عبد الله بن سنان(٤) المحمولين على قضيه فى واقعه قد اشتملت على دعاء الامام (عليه السلام) - الذى لا برد -

بخروج اسم من له الحق، لا - أنه أقرع على من تصير اليمين منهما كما فى خبر البصرى(٥) و هذه دقيقه أخرى فيه لطيفه تظهر بملاحظه كيفية ما وقع من الإقراع فيه و فيهما، فلاحظ و تأمل.

و أما التنصيف بينهما على تقدير النكول فلا إطلاق قوله (عليه السلام) فى

خبر إسحاق(٦): «و إذا لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين»

و هذا أقصى ما يمكن أن يقال فى النصوص، و لا ينافيه مخالفه ما فى بعض نصوص آخر بعد الإجماع بقسميه على اطراحه على وجه لا يقدر فيه ندره المخالف.

و منه يعلم ضعف ما قاله فى المبسوط من أنه مع التساوى يقضى بينهما بالقرعه إن شهدتا أى البيئتان بالملك المطلق، و يقسم بينهما بالسويه إن شهدتا بالملك المقيد و إن اختصت إحداهما بالتقييد قضى بها دون الأخرى و إن قيل فى توجيهه: إنه جمع بين ما دل على القرعه و خبرى تميم بن طرفه(٧) و غياث(٨) المتقدمين سابقا بالتفصيل المزبور.

-
- ١- ١ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٧.
 - ٢- ٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٥.
 - ٣- ٣ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١٢.
 - ٤- ٤ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١٥.
 - ٥- ٥ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٥.
 - ٦- ٦ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٢.
 - ٧- ٧ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٤.
 - ٨- ٨ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٣.

لكن فيه أن المفروض في خبرى سماعه (١) و ابن سنان (٢) من أخبار القرعه المقيدتين (٣) كما أن فيها المطلق أيضا، و في أخبار التنصيف المقيدتين كخبر غياث (٤) و المطلقتين كخبر تميم بن طرفه (٥) فليس في ما ذكره جمع بين النصوص، بل في خبر إسحاق (٦) ما هو خارج عن الجميع، و هو تحليفهما معا، فأيهما حلف و نكل الآخر كانت للحالف، فان حلفا جميعا كانت بينهما نصفين.

و لم أعرف من عمل به عدا ما تسمعه من ظاهر أبي على و لذا حملته الشيخ على أنهما اصطلاحا على ذلك، و عن الاستبصار «و يمكن أن يكون ذلك نائبا عن القرعه بأن لا يختارا القرعه و اختار كل واحد اليمين و رأى ذلك الامام صوابا كان مخيرا بين العمل عليه و العمل على القرعه».

نعم في كشف اللثام عن ظاهر أبي على العمل به، قال: «و لو كانت العين في أيديهما جميعا أو لم تكن في يد واحد و تساوى عدد البينتين عرضت اليمين على المدعين، فأيهما حلف استحقها إن أبي الآخر، و إن حلفا جميعا كانت بينهما نصفين، قال: و لو اختلفت أعداد البينتين فتشاحا على اليمين أقرع بينهما بسهام على أعداد الشهود لكل واحد منهما، فأيهما خرج سهمه كانت اليمين عليه، فإذا حلف دفعت العين التي قد ادعت إليه».

و كأنه استند في الأخير إلى

خبر السكوني (٧) عن الصادق عن أبيه عن آبائه (عليهم السلام) «أن عليا (عليه السلام) قضى في رجلين ادعيا بغله فأقام أحدهما شاهدين و الآخر خمسه، فقال: لصاحب الخمسه

١-١ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١٢.

٢-٢ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١٥.

٣-٣ هكذا في النسخة الأصلية، و العبارة غير نقيه، فإن «المقيدتين» خبر «أن» و هي في محل الرفع، و الصحيح هكذا «إقامه المقيدتين».

٤-٤ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٣.

٥-٥ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٤.

٦-٦ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٢.

٧-٧ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١٠.

خمسه أسهم، و لصاحب الشاهدين سهمان»

حاملًا- للسهم فيه على سهام القرعه، و فائده تكثير السهم نظير ما مر ذكره فى القسمه، و هو تكثير رقاغ الأكثر شهودا ليكون أقرب إلى الخروج.

لكن لا يخفى عليك أنه مناف لما دل على الترجيح بالكثرة، كما لا يخفى عليك قصوره عن المقاومه له من وجوه، و لذا حكى عن الشيخ حملة على الاصطلاح. و فى كشف اللثام «و أولى منه استناد قضائه إلى أمر آخر» كقصور مقاومه ما دل على التنصيف مطلقا عن أخبار القرعه المعتضده بما سمعت، فالجمع حينئذ ياراده التنصيف بعد القرعه على الوجه الذى عرفت أو بغير ذلك أولى.

و لذا قال المصنف: إن الأول أنسب بالمنقول بل لعل التأمل الجيد يقتضى عدم ظهور شىء من النصوص فى كون التقييد مرجحا على وجه يقتضى اختصاص

من كانت بينته كذلك بالمال، و خبر غياث(١) و غيره مما ذكر فيه المقيدتان ظاهر فى ترجيح اليد.

و منه يعلم حينئذ النظر فى ترجيح بينه الداخلى به على بينه الخارج إذا كانت مطلقه و إلا- لاقتضى ذلك التوقف مع فرض تقييدهما معا و الرجوع إلى القرعه لا ترجيح بينه الخارج أو الداخلى، فالتحقيق حينئذ الرجوع إلى النص فى ذلك لا التقييد و الإطلاق الذى لم نجد للترجيح به أثرا فى نصوصنا، و إنما هو شىء ذكره العامه، نعم فى بعض النصوص الترجيح بالأسباب كما سمعته فى خبر التناج و الشراء المروى عن أمير المؤمنين (عليه السلام)(٢) المقدم لبينه الأول على الثانى بناء على أن الوجه فيه ذلك، و هو مع عدم القائل به خروج عما نحن فيه.

و لو أقر الثالث بالعين لأحدهما فالوجه- كما فى القواعد- أنه

١- ١ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ١٥.

كاليد، تقدم على قيام البيتين أو تأخر، لقيام المعنى القائم في اليد فيه، و يحتمل العدم بعد إقامه البيتين، لكشفهما عن أن يد المقر مستحقه للإزالة، بإقراره كإقرار الأجنبي، بل قد يشكل - إن لم يكن إجماع - اندراج ذلك قبل إقامه البيتين فضلا عما بعده في ما دل على حكم ذى اليد بالنسبه إلى الدخول و الخروج، و لعله لذا أطلق بعضهم الحكم من غير فرق بين إقرار الثالث و عدمه، فتأمل جيدا.

و لو لم يكن العين في يد أحد - و هى الصورة الرابعه - فالظاهر أن حكمها لهم ما كانت في يد ثالث، لإطلاق الدليل، و لا ينافى ذلك إطلاق خبر تميم بن طرفه (١) بعد تنزيله على غيره، و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف بل و لا إشكال في أنه يتحقق التعارض بين الشاهدين و الشاهد و المرأتين مثلا، لصدق اسم البيه على كل منهما، فتشمله الأدله السابقه و إن كان قد ينساق إلى الذهن في بادئ النظر قوه الأولى على الثانيه أو بالعكس للأكثرية، لكن لا عبره به لأنه كالأستحسان.

و لا يتحقق بين الشاهدين و شاهد و يمين لا لما ذكر من بعض الأمور الاعتباريه، بل لعدم صدق اسم البيه، فلا يندرج حينئذ في النصوص السابقه.

و ربما قال الشيخ في فصل الرجوع عن الشهاده من المبسوط:

نادرا يتعارضان و يقرع بينهما كالبيتين ناسبا له إلى مذهبنا، لكن لم نتحققه و إن حكاه الشهيد عنه صريحا، إلا أن المحكى عن الفخر نسبه التردد إليه، لاقتصاره على نقل قولى العامه في ذلك و على تقديره فلا ريب في ضعفه.

بل لا تعارض بين شاهد و امرأتين و شاهد و يمين لما عرفت فضلا عن الشاهدين، فلا يلتفت إليه، على أن الأكثرية متحققه بل يقضى بالشاهدين و الشاهد و المرأتين دون الشاهد و اليمين.

و كذا لا خلاف و لا إشكال في أن كل موضع قضينا فيه بالقسمه فإنما هو في موضع يمكن فرضها بإمكان الاشتراك فيه و إن لم يقسم فعلا كالعبد و الأمه دون ما يمتنع لامتناع الشركه فيه كما إذا تداعى رجلان زوجه فيحكم حينئذ بالقرعه فيه قطعا كما نص عليه في

مرسل داود بن أبي زيد العطار(١) عن الصادق (عليه السلام) «في رجل كانت له امرأه فجاء رجل بشهود فشهدوا أن هذه المرأه امرأه فلان و جاء آخرون فشهدوا أنها امرأه فلان فاعتدل الشهود و عدلوا، قال: يقرع بين الشهود، فمن خرج اسمه فهو المحق، و هو أولى بها».

بل في المسالك «لا يمين عليه، لأن فائدته القضاء للآخر مع نكوله و هو منفي هنا» و فيه أنه لا مانع منه، و إنما المنفى التنصيف بينهما على تقدير النكول منهما، بل يتجه فيه انتفاؤها عنهما. نعم لا تعرض في الخبر لليمين، و لا ينافي إطلاق ثبوتها في غيره، خصوصا بعد ما عرفت أن القرعه لا ثبات الرجحان الذي يتبعه اليمين على حسب الترجيح بالأعدليه و الأكثرية، بل قد يقال إن ظاهر المصنف و غيره ذلك أيضا لاقتصارهم في مخالفه السابقه على عدم التنصيف هنا، لعدم تعقله.

و مما ذكرنا يظهر لك النظر في كلام الفاضل حيث قال: «فصل في أسباب الترجيح لحجه على أخرى، و هي ثلاثه: الأول قوه الحجه كالشاهدين و الشاهد و المرأتين على الشاهد و اليمين، و لو اقترنت اليد بالحجه الضعيفه احتمل

١-١ الوسائل الباب-١٢- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٨ و هو مرسل داود بن أبي يزيد العطار.

تقديمها و التعادل» إذ قد عرفت عدم اندراجها فى النصوص، فلا تعارض أصلا، بل يكون اليد- كما إذا لم يكن شاهد- لا تعارض بينه الخارج، كما هو واضح، نعم لو قلنا: إن مدرك تقديم الشاهدين على الشاهد و اليمين قوه الأول و ضعف الثانى توجه حينئذ احتمال قوته لو اقترن بمرجح آخر و لو ضعيف، فان الضعيفين يغلبان القوى، إلا أنه كما ترى يناسب مذاق العامه، و لذا كثر نحو ذلك فى كلامهم، أما على أصولنا التى لا قياس فيها و لا استحسان و لا مثل هذه الاعترافات فلا يتوجه ذلك، إذ قد عرفت أن الموجود فى نصوصنا تعارض البيئات لا كل مثبت للحق من الشاهد و اليمين و اليمين المردوده و نحوهما، فتأمل جيدا.

ثم قال: «الثانى اليد، فيقدم الداخلى على الخارج على رأى، و الأقوى العكس إلا أن يقيمها بعد بينه الخارج على إشكال، فلو ادعى عينا فى يد غيره فأقام البينه فأخذها منه ثم أقام الذى كانت فى يده أنها له نقض الحكم و أعيدت إليه على إشكال» و فيه أيضا ما لا يخفى، ضروره اقتضاء ذلك التسلسل المنافى لحكمه القضاء الذى هو الفصل بين المتخاصمين، و الفرض أنها دعوى واحده، فالمتجه عدم سماعها مطلقا.

ثم قال أيضا: «و لو أراد ذو اليد إقامة البينه قبل ادعاء من ينازعه فالأقرب الجواز، و لو أقام بعد الدعوى أى ممن لا بينه له لإسقاط اليمين جاز» و فيه أن مبنى تقديم بينه الخارج على أنه لا بينه للداخل فلا يسجل لها حينئذ، و لا تسقط يمينا كما هو واضح، على أن فائده هذا التسجيل إن كان لقطع ما يأتى من الدعاوى، فهو واضح البطلان، و إن كان لإرادته الحكم له فيما يأتى لو توجهت عليه دعوى بناء على تقديم بينه الداخلى ففيه أن المدار على التعارض حال الدعوى.

على أنه ليس فى كلامه إشعار ببناء المسألة على تقديم بينه الداخلى،

نعم صرح فى التحرير و قال: «لا- أعرّف لأصحابنا نصاباً فى ذلك، و منع أكثر الجمهور منه، إذ لا بينه إلا على خصم، فطريقه أن ينصب لنفسه خصماً- ثم قال:- و الأقرب عندى سماع البينة لفائده التسجيل».

ثم قال أيضاً: «و لو أقام بعد إزاله يده بينه الخارج و ادعى ملكاً سابقاً فى التقديم بسبب يده التى سبق القضاء بإزالتها إشكال» و فى كشف اللثام تبعاً للتحرير «من سبق يده، و أنه الداخلى و البينة تشهد له بالملك المستند إلى ذلك الزمان، و من كون تلك اليد قد اتصل القضاء بزوالها، أما لو أقام البينة بعد القضاء للخارج قبل إزاله اليد فهى بينه الداخلى» و فيه ما لا يخفى من أنه ليس من الداخلى على التقديرين، بل قد عرفت عدم سماع دعواه لانقطاعها بالقضاء للخارج.

ثم قال أيضاً: «و إذا قدمنا بينه الداخلى فالأقرب أنه يحتاج إلى اليمين» و كأنه مناف لما ذكره سابقاً من إسقاطها اليمين، اللهم إلا أن يفرق بين معارضة البينة و بين معارضة مجرد الدعوى، فتسقط على الأول، فيبقى استحقاق اليمين بحاله بخلاف الثانى، و لعل ذلك يكون فائده التسجيل الأول، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه أيضاً فتأمل.

و إذا قامت البينة على الداخلى أو أقر فادعى الشراء من المدعى أو ثبت الدين عليه ببينته أو إقرار فادعى الإبراء فإن كانت البينة بدعواه حاضره سمعت قبل إزاله اليد و توفيه الدين، و إن كانت غائبه طولب فى الوقت بالتسليم، لثبوت الاستحقاق شرعاً من غير ظهور معارض، و ليس له المطالبة بكفيل، للأصل.

ثم إذا أقام البينة استرد، و ربما احتتمل العدم و التأجيل ثلاثه أيام كما هو حكم مدعى جرح الشهود، و لكنه واضح الضعف، نعم لو طلب

الإحلاف على أنه لم يبعه منه أو لم يبرأه قدم على الاستيفاء، لكونه كحضور البيئه.

هذا و في القواعد «و لو اعترف لغيره بملك لم تسمع بعده دعواه لأخذه بإقراره حتى يدعى تلقى الملك من المقر له إما بواسطة أو غيرها، و لو لم يعترف و لكن أخذ منه لغيره بحجه ففي احتياجه بعده في الدعوى إلى ذكر التلقى منه إشكال».

و في كشف اللثام «لما تقدم من الإشكال في ما يقدم من دعوى الداخل و إقامه البيئه بعد إزاله يده فيحتاج إليه على عدم السماع، بل هو عين ما تقدم، و في التحرير احتمال أن لا- تسمع حتى يذكر في الدعوى تلقى الملك منه، لأن البيئه في حقه كالإقرار و السماع، لأن المقر مؤاخذ بإقراره في الاستقبال، و إلا لم يكن للأقارير فائده، أما حكم البيئه فلا يلزم على كل حال، و إن كانت الحجه هي اليمين المردوده بنيت المسأله على كونها كالإقرار أو البيئه».

قلت: قد يقال: يكفي في صحه دعواه مع الإقرار فضلا عن غيره احتمال تلقيه و إن لم يذكره، حملا لدعوى المسلم على الوجه الصحيح شرعا، فتشملها العمومات، و على كل حال فالأجنبي إذا لم يعترف بالعين لمن في يده لا يحتاج في دعواه إلى ذكر التلقى قطعا، و إن كان ذو اليد أقام بينه لإسقاط اليمين أو التسجيل، فإن البيئه ليست حجه عليه، لأنه مدع، و كذا الأجنبي عن المتداعيين أولا- أحدهما ذو اليد و إن أقام الآخر البيئه، فإن بينته حجه على ذي اليد لا عليه، فله دعوى الملك مطلقا، كما هو واضح.

و لو ادعى عليه قرضا أو ثمنا فجحد الاستحقاق كان له أن يدعى الإيفاء و يقيم البيئه عليه، لعدم المنافاه، أما لو جحدهما بمعنى أنى

لم استقرض و لم اشتر لم تسمع دعواه الإيفاء حينئذ، و لا تقبل بيته به، لأنه مكذب حينئذ لها.

و كيف كان فالثابت من المرجحات المذكوره فى بعض كتب العامه و الخاصه اشتمال إحدى البيئتين على زياده كزياده التأريخ و حينئذ ف الشهاده بقدم الملك أولى من الشهاده بالحادث فى العين الخارجه عن أيديهما مثل أن تشهد إحداهما بالملك فى الحال و الأخرى بقديمه، أو إحداهما بالقديم و الأخرى بالأقدم، فالترجيح لجانب الأقدم كما عن الشيخ و ابنى إدريس و حمزه، بل فى المسالك نسبته إلى المشهور، و عللوه بأن الزائده تثبت الملك فى وقت لا تعارضها الأخرى، و إنما يتساقطان فى محل التعارض دون السابق الذى لا معارض له فيها، و الأصل فى الثابت دوامه، و لهذا له المطالبه بالنماء فى ذلك الزمان ممن تصرف فيه، لأنه ملك لا معارض له فيه، فيجب استدامته و إن لا يثبت لغيره ملك إلا من جهته، و لم أجد فى شىء من النصوص إشاره إليه إلا ما فى

صحيح ابن سنان (١) عن الصادق (عليه السلام) عن على (عليه السلام) «أنه كان إذا اختصم الخصمان فى جاريه فزعم أحدهما أنه اشتراها و زعم الآخر أنه أنتجها و كانا إذا أقاما بينه جميعا قضى بها للذى أنتجت عنده».

و لكن مع ذلك كله قد احتمل غير واحد التساوى، لأن المتأخره لو شهدت أنه اشتراه من الأول قدمت على الأخرى قطعاً، لأنها لما صرحت بالشراء علم أنها اطلعت على ما لم تطلع عليه الأخرى، فإنها و إن شهدت بأنها ملكه من ابتداء سنتين مثلاً إلى الآن لكن غايته أنه علم أنه ملكه و لم يعلم بمزيله فى المده.

و احتمال ترجيح القديمه حتى مع ذكر المتأخره السبب - كما فى

التحرير- لعدم المعارض لها فى السابق أيضا واضح الضعف، ضروره أنه بذكرها السبب كما تعارض الأخرى فى المده المشتركه تعارضها فيما قبلها و تسقطها، و حينئذ فلا إشكال فى تقديمها عليها مع ذكرها السبب، فأما إذا أطلقت أى المتأخره كما هو المفروض فلا- أقل من التساوى إن لم نقل بالرجحان أيضا، لأنها تدعى أيضا الاطلاع على ما لم تطلع عليه الأخرى، فإنه ما لم يظهر لها ما يرجح الملك أو يعينه منذ سنه فكيف تشهد به، و غايه الأخرى أنها لم يظهر لها ذلك و الإثبات مقدم، إلا أن هذه البينه لما لم تتعرض لسبب الملك أمكن استناد شهادتها إلى اليد، و هى تحتل الملك و غيره، و يمكن أن تكون الأخرى أيضا تعلم باليد و أنها لغير الملك، و لذا حكمنا بالتساوى.

و ما قالوه من ثبوت الملك فى الماضى و هو هنا السنه الأولى بينه الأقدم من غير معارضه البينه الأخرى فمدفوع بأنه إنما ثبت تبعا لثبوتيه فى الحال، فان النزاع فى الملك فيه، و لهذا لو انفرد أحد المتداعيين بادعاء الملك فى الماضى خاصه مع ادعاء خصمه الملك فى الحال لم تسمع دعواه و لا بينته، لعدم تعارض الدعويين، فالمقصود فى الإثبات إنما هو الملك فى الحال، و إذا لم يثبت لتعارض البينتين فيه فلا عبره بثبوتيه فى الماضى.

و فيه أنه إن كان مفروض المسأله قيام البينتين التى شهد كل منهما بالملكيه الحاليه لكل منهما بغير الاستصحاب و نحوه بل بالاطلاع على عدم الانتقال فلا ريب فى تعارضهما فى المده المشتركه، و بقاء الاستصحاب المستفاد من ثبوت

الملك فى الزمن السابق بحاله، إذ لا قاطع له إلا البينه الساقطه بالأخرى، فيبقى ملك لم يعلم زواله.

و من ذلك يظهر لك ما فى قوله: «إن الدعوى بالماضى غير مسموعه» ضروره سماعها لإثبات الملك فى الحال فى مثل المقام، بل و فى

غيره إذا كان المراد إثباتها للمطالبه بالنماء فى ذلك الوقت.

نعم لو كانت شهاده القديم بالاستصحاب فالمتجه تقديم الثانيه عليها لا التساوى، ضروره ثبوت الانقطاع بينه لم يعلم معارضها، إذ الفرض كون مستند البيئه الأخرى الاستصحاب الذى لا يعارض بينته، فإن ملكيه زيد فعلا تقطع ملكيه عمرو المستصحبه. و دعوى احتمال كون مستند الثانيه سببا لا يقتضى الملكيه واقعا يدفعها التعبد بمفادها و إن لم نعلم سببه نعم لو فرض إطلاق الأولى على وجه لم يعلم مستندها اتجه حينئذ ما عرفته أولا من العمل بالاستصحاب بعد التعارض و التساقت فتأمل.

و لو أطلقت إحداها و أرخت الأخرى قيل: تساوتا، لاحتمال الإطلاق هذا التأريخ و غيره زائدا أو ناقصا، فلا زياده فى إحداها على الأخرى إلا بالتعرض للتأريخ، و هو مما لا يؤكد الملك ليتسبب الترجيح.

و فيه أيضا أن المتجه تقديم المطلقه مع العلم باستناد المؤرخه إلى الاستصحاب الذى قد عرفت عدم معارضته للبيئه التى تقتضى انقطاعه، أما إذا لم يعلم فالمتجه العمل بالاستصحاب أيضا اقتصارا فى تساقطهما على ما علم تعارضهما فيه، و هو الملك فى الحال فيبقى غيره مستصحبا.

و لو شهدت إحداها بسبب الملك كسواء أو إنتاج أو غيرهما فى القواعد و غيرها قدمت على المطلقه المحتمل الاستناد إلى اليد، و هى أعم، أو الاستفاضه و قد تكذب، و قد مر فى خبر أبى بصير(١) ما يؤيده فى الجملة.

و فيه أيضا أنه لا إشعار فى خبر أبى بصير بذلك كما سمعته سابقا، و لا دليل على الترجيح بمثله، و إنما ذكره العامه لاندراجه فى عنوان المرجح، و هو الاشتمال على الزيادة، و المسلم منه زياده التأريخ و نحوه

مما يمكن أن تقوم به الأدلة لا مطلقا كما هو واضح.

هذا كله مع كون المشهود عليه ليس في يد أحدهما، أما إذا كان فان كانت بينه الداخلة الأسبق تاريخا ففي المسالك هو المقدم لا- محاله، بل عن الخلاف نفي الخلاف فيه، لاجتماع مرجحين فيه، و لعموم دليله، و لكن في القواعد تعارض رجحان القدم و كون الآخر خارجا، فيحتمل التساوى و تقديم الخارج لعموم دليله.

بل في كشف اللثام هو الأقوى قال: «و يضعف الأول بأن دليله إن تم نزلت بينه الخارج منزله العدم، و لا عبره بينه الداخلة إذا لم يكن للخارج بينه، و بأنه على القول بترجيح بينه الخارج لا عبره بينه الداخلة أصلا، لأنها ليست من شأنه، و إذا لم تعتبر لم يكن لترجيحها بالقدمه و غيرها معنى».

قلت: الظاهر بناء الأول على القول بأن للداخل بينه مسموعه، و حينئذ يتوجه ترجيحها بالأمرين، و تنزيل بينه الخارج منزله العدم إنما هو لمعارضه بينه الداخلة، فلا وجه للقول بأنه لا عبره بينه الداخلة إذا لم يكن للخارج بينه، بل عن الخلاف الجزم بتقديم بينته هنا في صورته العكس أيضا مدعيا عليه الإجماع و الأخبار، و لعله لأن البينة بقدم الملك لم تسقط بها اليد، كرجل ادعى دارا في يد رجل و أقام بينه بأنها كانت له أمس لم تزل بها فكذلك هنا، و لعله لذا حكى عن أبي حنيفة مع تقديمه بينه الخارج أنه قدم الداخلة هنا، لأن بينته أفادت ما لم تفده اليد.

و في كشف اللثام «و يقوى تقديم الخارج كما في المبسوط، لأن بينته في الزمان المختص بها غير معارضه، و إذا انفرد الخارج بالبينة فلا إشكال في تقديم قوله».

و فى المسالك «و إن كانت بىنه الآخر أى الخارج أسبق تأريخا فان لم يجعل سبق التأريخ مرجحا فكذلك يقدم الداخل، و إن جعلناه مرجحا ففى ترجيح أيهما و عدمه أوجه: أحدها ترجيح اليد، لأن البينتين متساويتان فى إثبات الملك فى الحال، فيتساقتان فيه، و يبقى من أحد الطرفين اليد، و من الآخر إثبات الملك السابق، و اليد أقوى من الشهاده على الملك السابق، و لهذا لا يزال بها، و الثانى ترجيح سبق، لأن مع أحدهما ترجيحا من جهة البينه، و مع الأخرى ترجيحا من جهة اليد، و البينه تتقدم على اليد، فكذلك الترجيح من جهتها يتقدم على الترجيح من جهة اليد، و الثالث أنهما متساويان، لتعارض المعنيين».

قلت: لا يخفى عليك التحقيق فى المسألة، و هو بناء على أن للداخل بيه فلا ريب فى تقديم قوله سواء كانت بينته الأسبق تأريخا أو بيه الخارج لبقاء مقتضى اليد الصالح لقطع الاستصحاب، و إن قلنا لا بيه له فلا ريب فى تقديم بيه الخارج التى لا تصلح اليد لمعارضتها، و الفرض عدم البينه له، سواء اشتملت على تأريخ سابق أو لا.

هذا و قد يظهر من إطلاق المصنف عدم اشتراط إضافه البينه بالملك القديم التعرض للملك فى الحال، و فى المسالك و هو أحد الوجهين فى المسألة، لأن الملك إذا ثبت سابقا فالأصل فيه الدوام و الاستمرار، فلا يفتقر إلى التصريح باستمراره، و الثانى و هو المشهور أن الشهاده بالملك القديم لا تسمع حتى تقول هو ملكه فى الحال أو لا أعلم له مزيلا، حتى لو قال:

لا أدرى زال أم لا لا تقبل، لتضمنها ترددا و ريبه تنافى الشهاده.

بل فى القواعد «لو قال: اعتقد أنه ملكه الآن بالاستصحاب ففى قبوله إشكال» و فى كشف اللثام «من أنه تصريح بمستند الشهاده بالملك فى الحال، إذ لا طريق إلى العلم، فكما تسمع مع الإهمال تسمع مع التصريح،

و هو خيره التحرير، و من أنه ربما انضم إلى الاستصحاب أمور آخر تقوى بقاء الملك حتى يكاد يحصل العلم به، و هو الأقوى». و فى المسالك «الحق أن إطلاق الشهادة بالملك القديم لا تسمع، لعدم التنافى بين كونه ملكا له بالأمس مع تجدد انتقاله عنه اليوم و إن كان الشاهد يعلم بذلك، بل لا بد من إضافه ما يفيد عدم علمه بتجدد الانتقال، و ذلك يتحقق بهذه الصيغ و إن كان الاقتصار على ما لا يشتمل على التردد أولى».

قلت: لا مدرك للمسألة بحسب الظاهر إلا صدق اسم الشهادة عرفا، فلا حكم للمشكوك فيها فيه فضلا عن غيرها، و لا ريب فى عدم صدق الشهادة بالملك فى الحال بمجرد الشهادة على قدم الملك، بل قد يشك فى صدقها مع التصريح بالاستصحاب، بل و مع قوله: «لا- أعلم له مزيلا» فضلا عن قول: «لا- أدرى زال أم لا» و جواز الشهادة بالاستصحاب لا- يقضى تحقق اسمها مع التصريح به أو بما يساويه، و إنما المعلوم كونها شهادة عرفا قوله: «هو ملكه فى الحال» و لعله لذا اقتصر عليه بضعهم كما عن آخر التصريح بإرادته تحقيق الملك الحال من قوله: «لا- أعلم له مزيلا» نحو القول إن هذا الأمر قطعى لا أعلم فيه مخالفا فى الحقيقة هو شهادة على عدوان اليد المعارضه.

و منه حينئذ يعلم عدم انتزاع المال ممن فى يده بينه أنه لغيره سابقا، و لا- أعلم له مزيلا- على إرادته عدم العلم حقيقة لا العلم بالعدم إلا بناء على انتزاعها منه بالاستصحاب، و ستسمع الكلام فيه عند تعرض المصنف له فى المسألة الخامسة.

و ما عساه يظهر من بعض الناس - من الإجماع على كون الشهادة المزبوره كالشاهده على الملك فى الحال فى الانتزاع بها، بل مرجع الأخيره إلى الأولى عند التحليل، ضروره عدم الإحاطه بأسباب الانتقال التى منها

ما يقع بين المالك و بين نفسه من دون اطلاع أحد، و حينئذ فما دل على الأخذ بشهاده العدلين من

قوله (صلى الله عليه و آله)(١): «البينه على المدعى»

شامل للصورتين، بل محل البحث منهما هي الغالبه، لندره البينه المطلعه على العدم- لم أتحققه، فإن تم كان هو الحجه و إلا فالمسأله، محل نظر، و الظاهر عدم تماميته حيث يراد قيامها على مال فى يد مسلم، نعم ربما يقال بتماميته حيث لا تكون يد، كما فى خبر حمران(٢)المشتمل على دعوى ملكيه جاريه بنت سبع سنين، فلاحظ.

بل قد يقال بعدم جواز الشهاده بالاستصحاب المعارض باليد التى لم يعلم فسادها و إن جوزناها به مع عدم المعارضه، كما تجوز باليد و غيرها من الأمارات الشرعيه، فتأمل جيدا.

هذا و فى كشف اللثام «و للشيخ فى كل من الخلاف و المبسوط قولان إذا لم يقيده بإحدى العبارتين أى الملك فى الحال أو لا أعلم له مزيلا، و كان وجه عدم

اعتبار التقييد أنه إذا ثبت الملك استصحب إلى أن يظهر المزيل، و استوجهه فى محكى التحرير، و هو كذلك إذا لم تعارضه يد أو غيرها مما تقتضى انقطاعه».

و لكن لا يخفى عليك خروج ذلك عما نحن فيه الذى هو الشهاده بالملك الحالى لا استصحاب المشهود به الذى هو الملك السابق و أحدهما غير الآخر، ضروره أن الأخير عمل باستصحاب المشهود به لا بالشهاده عليه و فرق واضح بينهما. هذا كله فى الشهاده بالملك السابق.

أما لو شهد بأنه أقر له بالأمس ففى القواعد «ثبت الإقرار، و استصحب موجبه و إن لم يتعرض الشاهد للملك الحالى» و فى كشف اللثام «كما إذا

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٩.

سمعنا نحن منه الإقرار حكمنا بالملك للمقر له إلى ظهور المزيل، و الفرق بين ثبوت الملك بالإقرار و ثبوته بالبينه ظاهر» و فيه نظر يأتي الكلام فيه عند تعرض المصنف.

و كيف كان فقد ظهر لك الحال فى الترجيح بزياده التأريخ و كذا بزياده غيره.

أما الشهاده بالملك فلا- ريب أنها أولى من الشهاده باليد لأنها محتمله للملك و غيره و إن كانت ظاهره فيه لكن مع عدم معارضه الصريح فيه، إذ من المعلوم عقلا- و نقلا- عدم معارضه الظاهر للنص، و لذا لم تعارض اليد الفعلية الحسيه البينه على الملك فعلا، كما هو المعلوم من

قوله (صلى الله عليه و آله)^(١): «البينه على المدعى»

و غيره، فضلا عن اليد الثابته بالبينه.

و كذا الشهاده بسبب الملك من شراء و نحوه أولى من الشهاده بالتصرف الذى يكون عن ملك و عن وكاله و عن غيرها و إن كان هو ظاهرا فى الأول، لكن مع عدم معارضه الصريح فيه، نحو ما سمعته فى اليد الذى ما نحن فيه قسم منها فى الحقيقه، و من هنا تقدم البينه المزبوره على التصرف المحسوس فعلا فضلا عن الثابت بالبينه، بل الظاهر كون الحكم كذلك و إن لم تشتمل بينه الملك على السبب، إذ العله جاريه فيهما، كما هو واضح.

و بذلك ظهر لك أن مقصود المصنف و غيره عدم التعارض بين بينه الملك أو اليد و التصرف حيث يتعلقان بمورد واحد، كما لا تعارض بينه القديم للأقدم و الحادث للقديم.

هذا و لكن فى المسالك بعد ما ذكر نحو ما ذكرنا «و لا فرق على

هذا التقدير بين تقديم تأريخ شهادته اليد- بأن شهدت أن يده على العين منذ سنه، و شهدت بينه الملك بتأريخ متأخر أو بأنه يملكه فى الحال- و تأخره، لاشتراك الجميع فى المقتضى، و هو احتمال اليد بخلاف الملك، و فى هذه المسأله قول بتقديم اليد على الملك القديم، و سيأتى الكلام فيه».

و هو كما ترى، ضروره أجنبيه ذلك عما نحن فيه، و هو ما عرفت من إرادته بيان عدم تعارضهما بعد فرض تعلقهما بمورد واحد، لا أن المراد عدم معارضة اليد الفعلية للملكيه السابقه المختلف متعلق كل منهما، نعم فى معارضة اليد لاستصحاب الملك السابق بحث تسمع الكلام فيه إنشاء الله فى المسأله الخامسه، و هو غير ذلك.

[المسأله الثالثه إذا ادعى شيئاً فقال المدعى عليه هو لفلان اندفعت عنه المخاصمه]

المسأله الثالثه:

إذا ادعى شيئاً فى يد آخر فقال المدعى عليه: هو لفلان اندفعت عنه المخاصمه فعلا حاضرا كان المقر له أو غائبا و سواء قال: هو وديعه عندى أو عاريه أو لم يقل، لعدم يمين له عليه، إذ لا يحلف على مال لغيره.

و لكن إن قال المدعى: أحلفوه أنه لا يعلم أنها لى توجهت اليمين عليه كما فى القواعد و غيرها، بل هو أحد قولى الشيخ على ما قيل لأن فائدتها الغرم لو امتنع عنها و أحلف المدعى، لحيلولته حينئذ بين المالك و ماله بإقراره لا القضاء بالعين لو نكل أو رد لصيرورتها مال الغير بالإقرار السابق الذى لا يبطله الإقرار اللاحق فضلا عما كان بحكمه.

و قال الشيخ: لا يحلف و ذلك لأنه لا يغرم لو نكل

بل أو أقر للمدعى، لعدم صدق الإلتلاف بذلك شرعا.

و الأقرب عند المصنف وغيره أنه يغرم، لأنه حال بين المالك و بين ماله بإقراره لغيره فهو كالمتلف نحو ما تسمعه في ضمان شاهد الزور.

هذا و لكن في المسالك بعد أن فرع توجه الدعوى على القول بالغرم بإقراره اللاحق قال: «و إن قلنا لا- و هو أحد قولى الشيخ- فان قلنا النكول و رد اليمين كالإقرار لم يحلفه، لأنه و إن أقر أو نكل و حلف المدعى لا- يستفيد شيئا، و إن قلنا كالبينه فله التحليف، لأنه قد ينكل فيحلف المدعى، فإذا حلف و كانت العين تالفه أخذ قيمه».

و فيه- بعد الإغماض عما فى تقييده بتلف العين - أن غايه ذلك كون اليمين المردوده كالبينه على إقراره مع علمه بكونه للمدعى، و الفرض عدم اقتضاء ذلك الغرم لو أقر به هو، و ليس هو بينه على كون المال له، ضروره كون الدعوى علمه بالمال (بالحال خ ل) فهى تكون كالبينه على ذلك، و لا تزيد على الإقرار المفروض عدم الغرم به كما هو واضح، و لذا حكى عن الشيخ إطلاق عدم توجه اليمين على التقدير المزبور، فتأمل.

و لو أنكر المقر له حفظها الحاكم بعد أن ينتزعها منه، لأنها خرجت عن ملكه أى المقر و لم تدخل فى ملك المقر له و حينئذ ف لو أقام المدعى بينه و لو شاهدا و يمينا على أنها له قضى بها له أما إذا لم تكن له بينه فلا يقضى بها له.

و احتمال فى القواعد دفعها إليه بلا بينه و لا يمين، لعدم المنازع له فيه، و هو بعيد، لكونها فى يد.

و أبعد منه ما عن بعض العامة من أنه يقال للمقر إنك نفيت أن تكون لك و قد رده المقر له، فان لم تقر به لمعروف تنصرف الخصومه

إليه أو تدعيه لنفسك و إلا جعلناك ناكلا، و حلف المدعى و استحق، إذ لا يخفى عليك ما فيه.

و عن التحرير احتمال تركها فى يد المقر إلى قيام حجه، لأنه أقر للثالث، و بطل إقراره، فكأنه لم يقر، و فيه أن بطلانه بالنسبه إلى تملك المقر له لا بالنسبه إلى نفيها عنه، كما هو واضح.

و إن رجع المقر له عن إنكاره و صدق المقر فى كونه له فعن التذكرة أن له الأخذ عملا بإقرار المقر السالم عن إنكاره، لزوال حكمه بالتصديق الطارى فتعارضاً و بقى الإقرار سالماً عن المعارض، و تردد فيه فى محكى التحرير، و فيه منع زوال حكمه بذلك بالنسبه إلى نفيه عنه، و من هنا لو رجع ذو اليد فقال: غلطت بل هو لى لم يقبل منه، كما عن الكتابين المزبورين الاعتراف به بناء على انتزاع الحاكم، لخروجه عن يده و أخذه بإقراره الأول، و الله العالم.

ثم الحكم فى المقر له الغائب كالحكم فى الحاضر بالنسبه إلى تصديقه و تكذيبه، و للمدعى إقامة بينه و أخذه قبل معرفه حاله، و لكن هو من الحكم على الغائب، فينبغى مراعاة شروطه السابقه كما له أيضا إحلافه على عدم العلم، نحو ما سمعته فى الحاضر.

نعم فى القواعد «إذا نكل و حلف المدعى فهل ينتزع العين أو يغرم له؟ الأقرب الثانى، و على الأول إن رجع الغائب كان هو صاحب اليد، فيستأنف الخصومه معه، و لو كان للمدعى بينه فهو قضاء على الغائب يحتاج إلى يمين، و لو كان لصاحب اليد بينه على أنه للغائب سمعت إن أثبت وكاله نفسه، و قدمت على بينه المدعى إن قلنا بتقديم بينه ذى اليد، و إن لم يدع وكاله فالأقرب السماع و إن لم يكن مالكا و لا وكيلاً، لدفع اليمين عنه، و لو ادعى رهنا أو إجاره سمعت، فان سمعنا لصرف

اليمين قدمت بينه المدعى فى الحال، و إن سمعنا لعلقه الإجاره و الرهن ففى تقديم بيته أو بينه المدعى إشكال».

و هو جيد إلا دعوى دفع اليمين عنه بالبينه المزبوره التى لا وجه لإقامتها منه مع فرض عدم كونه و كيلا و لا صاحب حق و إن قلنا بانتفاعه بها لو أقامها المقر له فى دفع اليمين عنه من حيث الإقرار الذى لا حيلولة به فى الفرض بناء على ثبوت المال بالبينه، و أما ما ذكره من الإشكال فالأقرب أنهما معا خارجان، و الله العالم.

و لو أقر بها لمن يمتنع مخاصمته و تحليفه كما لو قال: هى وقف على الفقراء، أو على مسجد، أو على ابنى الطفل، أو هى ملك له انصرفت الخصومه عنه، و لا سبيل إلى تحليف الولى و لا الطفل، و لا تغنى إلا البينه.

و فى المسالك «و إذا قضى له الحاكم بالبينه و كان الإقرار لطفل كتب الحاكم صورته الحال فى السجل ليكون الطفل على حجته إذا بلغ».

قلت: قد يقال: بعدم الحجبه له لوجود وليه القائم مقامه الذى هو أولى من الوكيل، فتأمل. هذا كله إذا أقر بها لمعين.

أما لو أقر المدعى عليه بها لمجهول فقال: هى ليست لى و لكن لمن لا أسميه ففى القواعد و غيرها لم تندفع الخصومه عنه و أُلزم البيان أو الاعتراف للمدعى قيل أو الادعاء لنفسه.

و فيه أنه مناف لإقراره الأول، كما أنه قد يناقش فى أصل عدم اندفاع الخصومه عنه بعد الحكم شرعا بانتفاء المال عنه، و حينئذ يأخذه الحاكم منه و ينحصر إثباته للمدعى بإقامه البينه عليه.

و لو قال المدعى للعين: هى وقف على و أقر بها من هى فى يده لآخر و صدقه فقد عرفت انصراف الخصومه عنه، لكن فى المسالك فى

إحلافه هنا و إن قلنا به في غيره وجهان، من حيث إن المدعى قد اعترف بالوقف و الوقف لا يعتاض عنه، و من أنه مضمون بالقيمه عند الإلتلاف و الحيلولة في الحال كالإلتلاف، و هذا أقوى».

[المسألة الرابعة إذا ادعى أنه أجره الدابة و ادعى آخر أنه أودعه إياها تحقق التعارض]

المسألة الرابعة إذا ادعى مدع أنه مثلاً قد أجره الدابة المعينه لمن هي في يده مده معينه و ادعى آخر أنه أودعه أو أعاره إياها في المده المزبوره تحقق التعارض مع فرض قيام البيتين بالدعويين و عدم تصديق من هي في يده لأحدهما لموته أو عدم حضوره أو غير ذلك و عمل بالقرعه مع فرض تساوى البيتين في عدم الترجيح بشىء من المرجحات السابقه، فيحلف من خرجت القرعه باسمه، فان نكل حلف الآخر و إن نكلا قسمت العين بينهما نصفين، إذ هي حينئذ من دعوى الملك بدعوى اليد و التصرف من كل منهما، فيجرى فيها الحكم السابق، و لا تكون المسأله حينئذ من مسأله الاختلاف في العقود كى ينبغى للمصنف ذكرها في الفصل الثانى، بل هي من الاختلاف في الأملاك حينئذ، و لذا ذكرها في فصله.

و أصرح منها عباره الإرشاد، قال: «و لو أقام بينه بإيداع ما فى يد الغير منه و آخر بينه باستئجار القابض منه أقرع مع التساوى» و مثلها عبارته فى التحرير، و بما ذكرناه شرحها فى مجمع البرهان إلى أن قال:

«و إن نكلا يمكن الحكم بالقسمه كما مر، و يحتمل ترجيح من صدقه المتشبه، و أن للآخر تحليفه على عدم العلم بأنه له، بل لكل واحد على تقديرى دعوى العلم و إنكاره يمكن تحليفه».

قلت: لا- يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه سابقا بعد أن كان ما نحن فيه منه. هذا و في المسالك في شرح العباره «المراد أن الدابه في يد المدعى عليه، و المدعيان خارجان فادعى أحدهما أنه أجرها من صاحب اليد و ادعى الآخر أنه أودعه إياها، فان لم يقيما بينه حكم بها لمن يصدقه المتشبه، و إن أقام كل منهما بينه بدعواه تحقق التعارض بين البيتين مع الإطلاق أو اتحاد التاريخين، و حينئذ فيرجع إلى ترجيح إحدى البيتين بالعداله أو العدد، فان انتفى فالقرعه، و لو تقدم تأريخ إحداهما بنى على الترجيح به و عدمه، و قد تقدم نظيره في الملك و سيأتي مثله، و قد كان ذكر هذه المسأله في المقصد الثاني أولى، لأن الاختلاف فيها اختلاف في العقود».

و فيه- مع أن ظاهر عدم العبره بتصديق المتشبه مع قيام البيتين - أنه قد جعل المسأله من الاختلاف في العقود الذى معناه اختلاف فيها مع الاتفاق على المالك، و هو غير ما ذكرناه، على أن قوله أولا:

«فى يد المدعى عليه» يقتضى كون الدعوى منهما عليه، مع أن المسأله فى الدعوى بينهما مع قطع النظر عن من فى يده، فتأمل.

نعم هى فى القواعد مفروضه فى اختلاف العقود، قال: «و لو ادعى استئجار العين و ادعى المالك الإيداع تعارضت البيتان و حكم بالقرعه مع تساويهما» و شرحها فى كشف اللثام فقال: «و لو ادعى استئجار العين و ادعى المالك الإيداع فكل منهما يدعى عقدا مخالفا لما يدعيه الآخر و إن تضمن الأول تسلط ذى اليد على المنافع دون الثانى، فإذا أقام كل منهما بينه تعارضت البيتان، و حكم بالقرعه و اليمين مع تساويهما فيما عرفت، و مع نكولهما يقتسمان المنافع بانقسام المده أو العين فى تمام المده».

و فيه ما لا يخفى حتى دعوى القسمة بينهما على الوجه المزبور، و من

هنا قال: «و الأقوى أن القول قول المالك و البينه بينه الآخر، للإنفاق على أن العين و المنافع ملك له، فمن يدعى الاستئجار يدعى تمليك المنافع و هو ينكره، و قد

روى عن أمير المؤمنين (عليه السلام) (١) «فى الثوب يدعيه الرجل فى يد رجل فيقول الذى هو فى يديه: هو لك عندى رهن، و يقول الآخر: هو لى عندك وديعه، قال: القول قوله، و على الذى فى يديه البينه أنه رهن عنده»

و يحتمل العكس بعيدا بناء على أنه ذو يد و اليد كما ترجح ملك العين ترجح ملك المنفعة» انتهى. و هو جيد لكن ينبغى بناء المسأله على تقديم بينه الداخل و الخارج.

و كيف كان فما ذكره المصنف بناء على ما عرفت غير مفروض القواعد و إن أبيت عن تفسير المتن بما سمعت، لعدم مدخلية اختلافهما فى الإجاره و الإيداع فى ذلك، ضروره مساواته لما إذا ادعى كل منهما الإجاره أو الوديعه، إذ المراد

بيان كونها له بذلك. فالمتجه حينئذ تفسيرها بإرادته بيان التداعى بين المدعين الخارجين مع قطع النظر عن المالك لغيبه مثلا أو غيرها، فقال أحدهما: إن المالك قد أجرها لى سنه مثلا و قال الآخر: إن المالك أو دعنيها أو أعارنيها السنه المزبوره و أقام كل منهما بينه و اتحد تأريخهما و عددهما و عدالتهما يقرع بينهما، إلا أن الظاهر كونها قرعه تعيين لا لليمين، إذ القول بالتنصيف بينهما على الوجه الذى سمعته من الفاضل فى دعوى المالك و غيره واضح الضعف، لعدم مساعده الأدله عليه، و أقرب منه القول على تقدير اليمين و قوف الدعوى مع نكولهما و عدم الحكم بصحة دعوى أحد منهما، و الله العالم.

[المسأله الخامسه لو ادعى دارا مثلا فى يد انسان و أقام بينه أنها كانت فى يده أمس أو منذ شهر قيل لا تسمع هذه البيئه]

المسأله الخامسه:

لو ادعى دارا مثلا- فى يد انسان و أقام بينه أنها كانت فى يده أمس أو منذ شهر قيل كما عن الإسكافى و الشيخ فى محكى المبسوط و الخلاف لا- تسمع هذه البيئه بل و كذا لو شهدت له بالملك أمس، لأن ظاهر اليد الآن الملك فعلا فلا تدفع بالمحتمل و هو اليد و الملك السابقان، و لعدم تطابق الشهاده و الدعوى التى هى الملك الآن، و الاستصحاب مقطوع بظاهر اليد.

و فيه إشكال، و لعل الأقرب القبول عند المصنف كما هو أحد قولى الشيخ أيضا، لأن اليد الحاضره و إن كانت دليل الملك لكن السابقه المستصحبه و الملك السابق كذلك أولى، لمشاركتها لها فى الدلاله على الملك الآن و انفرادهما بالزمن السابق، فيكونان أرجح، و الحكم باستصحابها أوجب المطابقه بين الدعوى و الشهاده، و لأن الثابت من اقتضاء اليد الملكيه فعلا حال عدم ما يعارضها و لو استصحاب يدعيه الخصم، و لذا صرح غير واحد بانتزاع العين من يد من أقر بأنها ملك المدعى أمس.

بل فى الكفايه «و فى كلامهم القطع بأن صاحب اليد لو أقر أمس أن الملك له أو شهدت البيئه بإقراره له أمس أو أقر بأن هذا له أمس قضى به له» و إن استشكل هو فى إطلاق ذلك.

و دعوى ظهور الفرق بين ثبوت الملك بالإقرار و بين ثبوته بالبيئه كما سمعته سابقا من كشف اللثام كما ترى.

و كان عبارته الفاضل فى القواعد لا يخلو من تدافع فى الجملة، حيث

قال فى المسأله: «و لو شهد أنه كان فى يد المدعى بالأمس قبل، و جعل المدعى صاحب يد، و قيل: لا يقبل لأن ظاهر اليد الآن الملك، فلا يدفع بالمحتمل، نعم لو شهدت بينه المدعى أن صاحب اليد غضبه أو استأجرها منه حكم له، لأنها شهدت بالملك و سبب يد الثانى» و قد قال سابقا:

«و لو شهدت البينه بأن الملك له بالأمس و لم تتعرض للحال لم تسمع إلا أن تقول: و هو ملكه فى الحال أو لا نعلم له مزيلا، و لو قال: اعتقد أنه ملكه بالاستصحاب ففى قبوله إشكال، أما لو شهد بأنه أقر له بالأمس ثبت الإقرار و استصحاب موجه و إن لم يتعرض الشاهد للملك الحالى، و لو قال المدعى عليه: كان ملكك بالأمس انتزع من يده، فيستصحب بخلاف الشاهد، فإنه عن تخمين، و كذا يسمع من الشاهد لو قال: هو ملكه بالأمس اشتراه من المدعى عليه، أو أقر له المدعى عليه بالأمس، لأنه استند إلى تحقيق».

و مثلها عبارته الإرشاد قال: «و لو شهدت بملكه فى الأمس لم تسمع حتى تقول: و هو ملكه فى الحال أو لا أعلم زواله، و لو قال: لا أدرى زال أم لا لم يقبل، أما لو قال هو ملكه بالأمس اشتراه من المدعى عليه أو أقر له به أو غضبه من المدعى أو استأجره منه قبل، و لو شهد بالإقرار الماضى ثبت و إن لم يتعرض للملك فى الحال، و لو قال المدعى عليه: كان ملكك بالأمس انتزع من يده، و لو شهد أنه كان فى يده أمس ثبتت اليد و انتزعت من يد الخصم على إشكال».

و فى غاية المراد التصريح باختيار المصنف و كذا الفاضل فى المختلف و اقتصر فى الدروس على نقل القولين من دون ترجيح، و لعل الوجه فى ذلك منهم ما أشرنا إليه سابقا من عدم الحكم بالشهادة حتى يضيف إليها ما يقتضى الشهادة بالحال، أما مع عدم ذلك فليس إلا الاستصحاب،

و هي المسأله التي اختلف فيها كلام الشيخ.

و على كل حال فقد احتج في المختلف على مختاره بما حاصله أنه قد بينا تقديم البيه التي تشهد بالملك القديم على البيه التي تشهد بالملك الحادث، و هو مما لا يجتمع مع القول بعدم الحكم بسبق اليد التي هي دليل ظاهر على الملكيه، فإذا ثبت بالبيه أو بالإقرار سبقها فقد ثبت دليل الملك، و ثبوت دليل الملك يقتضى ثبوت مدلوله، و إلا لم يكن دليلاً، و قد عرفت تقديم بيه قدم الملك، ثم حكى عن الشيخ الاحتجاج بأعميه اليد السابقه من الملكيه، و أجاب بمنع ذلك، فان اليد مع عدم دليل ينافى الملكيه دليل عليها، و إلا لجاء ذلك في اليد المتأخره أيضاً.

و في المسالك بعد أن ذكر القولين و مختار المصنف منهما و دليله قال:

«و قد تقدم البحث فيه، و الفرق بين هذه و السابقه الموجب لإعادته البحث أن المعارضه في هذه بين اليد المتحققه و السابقه الثابته بالبيه و الملك السابق كذلك، و السابقه وقع فيها التعارض بين البيتين الداله إحداهما على اليد في الحال مع عدم ظهورها في غيره و الأخرى على الملك السابق فلا تعرض فيها للمعارضه بين اليد السابقه و الحالیه، و قد تأكد من إطلاقه الحكم هنا و في السابقه تقديم الملك القديم بغير تقييد بكونه إلى الآن أو عدم المزيل أن إضافه ذلك غير شرط، و إلا صح اشتراط إضافه ما يعلم منه أن الشاهد لم يتجدد عنده علم الانتقال، لما بيناه من عدم المنافاه بين علمه بالملك و شهادته به مع انتقاله عن المالك الآن».

و هو من غرائب الكلام، كما أشرنا إليه سابقاً، و مقتضاه موافقه المصنف على القبول مع إضافه ما يعلم منه عدم علم الشاهد بالملك أمس بالانتقال، و بالجمله لا يخفى على من تأمل كلمات الجميع ما فيها من الخلط و الخبط في موضوعات المسائل، إذ من المعلوم أن المراد في المسأله السابقه

التي قدمنا فيها بينه الملك القديم على بينه الملك الحادث كون كل من البيئتين تشهد بالملك فعلا للمال الخارج عنهما و يتعارضان في ذلك، و لكن إحداهما تشهد مع ذلك بملك سابق لا تعارضها الأخرى فيه، فترجح حينئذ أو يبقى استصحابه سالما عن المعارض، و هذه غير الشهادة بالملك أمس فقط أو باليد السابقه الداله عليه، فإنه ليس إلا استصحاب ذلك، و هو لا يصلح معارضا لما تقضى به اليد الحاله من الملك فعلا، إذ هو وارد على الاستصحاب و قاطع له، فلا مدخله لهذه المسألة في تلك.

نعم لو قلنا بكون اليد أماره على الملك في الجملة لا مطلقا أشكل الحال حينئذ، و لكنه ظاهر الأصحاب، و يمكن استفادته أيضا من التأمل في النصوص، خصوصا الخبر (١) المشتمل على جواز الشهادة باليد و القسم على ذلك و إلا لم يقم للمسلمين سوق و غيره (٢) و بذلك مضافا إلى ما تقدم لنا ظهر لك الحال في المسألة و دليلها و ما في الكلمات المزبوره.

و أما ما سمعته من الفرق بين الإقرار و غيره فالمسلم منه إن لم يكن إجماعا ما إذا بقيت العين في يد المقر و لم يعلم بتجدد يد أخرى له، فان الظاهر حينئذ أخذه بإقراره الرافع لحكم استدامه يده السابقه مع فرض عدم العلم بتجدد يد غيرها، و الأصل عدمها، أما لو كان قد أقربها و دفعها إلى المقر له ثم وجدت في يده المقتضيه كونه مالكا لها فان انتزاعها من يده لاستصحاب الإقرار السابق محل إشكال بل محل منع، ضروره عدم الفرق بينه و بين انتزاعها باستصحاب الملك السابق الثابت بالبينه الذي قد عرفت عدمه.

و بذلك يظهر لك الوجه بانتزاعها منها بإقراره بالغصبيه أو الاستئجار أو نحوهما، لأصالة عدم يد أخرى غير الي صادفت إقراره، و حينئذ

١- ١ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٥.

فالميزان ذلك، فلاحظ انطباقه على ما فى العبارات السابقه، هذا كله مع شهاده البينه بملكه سابقا فقط.

أما لو شهدت أى بينه المدعى مع ذلك ب أن صاحب اليد غصبه أو استأجره حكم بها بلا خلاف و لا إشكال لأنها شهدت بالملك و سبب يد الثانى و الأصل عدم تجدد يد أخرى غير الأولى له، كما أن الأصل عدم تجدد سبب غير حكم الاستداهه للابتداء و هو واضح.

كوضوح الحكم فيما لو قال: غصبنى إياها و قال آخر: بل أقر لى بها و أقاما البينه قضى بها للمغصوب الذى شهدت بينته له بالملك و سبب يد المتشبه و أنها عاريه فى مجموع وقتها، و حينئذ يكون إقراره للغير بها فى زمن اليد إقرارا بعين مغصوبه فلا ينفذ و لم يضمن المقر للمقر له شيئا لأن الحيلولة لم تحصل بإقراره لآخر بل بالبينه التى يزعم أنها ظالمه، و الله العالم.

[المقصد الثانى فى الاختلاف فى العقود]

إشارة

المقصد الثانى (١١) من المقاصد الأربعة فى الاختلاف فى العقود إذا اتفقا (١٢) المؤجر و المستأجر على استئجار دار معينه شهرا معيناً و اختلفا فى الأجره (١٣) فاما أن يعدما البينه أو يجداها أو يجدها أحدهما خاصه، و على التقديرات فالاختلاف إما بعد استيفاء المده أو فى

أثائها أو ابتدائها، فيكون الصور حينئذ تسعه، فإن عدما البيئه فالقول قول المستأجر بيمينه فى صوره الثلاثه على المشهور، بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا، لحصول عنوان المدعى عليه و المنكر فيه كحصول وصف المدعى للمؤجر، فهما حينئذ بمنزله ما لو ادعى عليه عشره دنانير و أقر له بخمسه، فإن القول قوله فى نفي الزائد بغير إشكال.

خلافاً للشيخ فى المحكى عن مبسوطه فالتحالف، و تبعه عليه بعض المتأخرين» نظراً إلى أن كلا منهما مدعى و مدعى عليه، لأن العقد المتشخص بالعشره غير العقد المتشخص بالخمسه، فىكون كل منهما مدع لعقد غير العقد الذى يدعيه الآخر، و هذا يوجب التحالف حيث لم يتفقا على شىء و يختلفان فيما زاد عليه، فإذا تحالفا حينئذ انفسخ العقد بحكم الحاكم، و رجع المؤجر بأجره المثل للمنفعه المستوفاه كلاً أو بعضاً و إلا فلا شىء له.

و ضعفه فى المسالك و غيرها بأن «العقد لا نزاع بينهما فيه، و لا فى استحقاق العين المؤجره للمستأجر، و لا فى استحقاق المقدار الذى يعترف به المستأجر، و إنما النزاع فى القدر الزائد، فىرجع فيه إلى عموم الخبر (١) و لو كان ما ذكره من التوجيه موجبا للتحالف لورد فى كل نزاع على حق مختلف المقدار، كما لو قال: أقرضتك عشره فقال: بل خمسه، فان عقد القرض المتضمن أحد المقدارين غير العقد المتضمن للآخر، و كما لو قال: أبرأتنى من عشره من جمله الدين الذى على فقال: بل خمسه، فان الصيغه المشتمله على أحدهما غير الأخرى، و هكذا القول فى غيره، و هذا مما لا يقول به أحد، و الحق أن التحالف إنما يرد حيث لا يتفق الخصمان على قدر و يختلفان فى الزائد عنه، كما لو قال المؤجر: آجرتك

الدار شهرا بدينار فقال، بل بثوب، أو قال: آجرتك هذه الدار بعشره فقال: بل تلك الدار، و نحو ذلك. أما فى المتنازع فالقول المشهور من تقديم قول المستأجر هو الأصح».

قلت: قد يقال: إن المتجه التحالف إذا فرض كون مصب الدعوى منهما فى تشخص العقد الذى هو سبب الشغل، إذ لا فرق فى مشخصاته بين زياده الثمن و نقصانه و بين غيرهما من المشخصات، نعم لو كانت الدعوى بينهما فى طلب الزائد و إنكاره و إن صرحا بكون ذلك من ثمن الإجاره كان المؤجر حينئذ المدعى و المستأجر المنكر بخلاف الأول الذى لا يشخص الأصل أحدهما، إذ كل منهما أمر وجودى و الأصل عدمه، و الفرض أنه شخص واحد لا شخصان.

و فرق واضح بين ذلك و بين دعوى القرض و الإبراء اللذين يتصور فيهما تعدد عقد القرض و الإبراء، إلا أن يفرض اتفاقهما على صيغه واحده و اختلفا فيما تضمنته، فان المتجه حينئذ التحالف، و لكن نتيجته فيها عدم ثبوت الزيادة المدعاه للمقرض و مدعى الإبراء، بخلاف المقام الذى يرجع إلى أجره المثل التى قد تخالف الزيادة المدعاه، و بذلك يمكن عود النزاع لفظيا.

و احتمال القول بأنه مدع و منكر حتى على الفرض المزبور باعتبار موافقه دعوى النقيصه لأصل البراءه يدفعه أن ذلك الشخص ليس مقتضى أصل البراءه، كما أنه يدفع القول بأن ضابط التحالف عدم اتفاقهما على قدر متفق عليه- و هو خلاف الفرض - أن النقيصه ليست قدرا متفقا عليها فى العقد الذى هو محل النزاع، ضروره أن الخمسه فيه ليست جزء من العشره فى التقدير الآخر، و إنما يتصور ذلك فيما لو اتفقا على ذكر مقدار مخصوص فى العقد و اختصاصا فى عطف أمر زائد عليه، لا فى مثل المقام الذى محل النزاع فيه أن عقد الإجاره المشخص هل كان لفظ الثمن فيه

خمسه أو عشره، كما هو واضح وقد أشرنا إلى ذلك في كتاب البيع (١) مع الاختلاف في الثمن لولا- النص المخصوص فيه، فلاحظ و تدبر.

اللهم إلا أن يقال: إن ذلك كله لا ينافي الاتفاق على شغل الذمه بمعنى الخمسه الذى هو قدر مشترك بين لفظ العشره مثلا، ضروره تحقق شغل الذمه بذلك على كل من التقديرين، فلا يتحقق موضوع التحالف، نعم قد يمنع انحصار موضوعه فى ذلك، وإنما العمده فيه العرف الصادق فى الفرض أن كلا منهما مدع و مدعى عليه، فتأمل.

هذا و عن موضع من الخلاف القرعه مع اليمين، و لعله لإشكال الحال عليه فى أنه من التداعى أو من المدعى و المنكر و إن كان فيه أنه لا إشكال بحسب الاجتهاد فيه على ما ذكرناه، بل و على غيره أيضا.

و لم يتعرض الشيخ لما إذا نكلا- معا بعدها، فهل تقسم الزيادة بينهما أو يوقف الحكم، و فى الثانى إشكال مع فرض استيفاء المنفعه بل و الأول، لعدم شمول دليل التنصيف لها، خصوصا مع كون نزاعهما فى العقد الذى هو غير قابل للقسمه لا فيها نفسها، و قد يقال مع الاستيفاء بوجوب دفع أقل الأمرين من أجره المثل المفروض. كونها أقل مما يدعيه المؤجر و من المسمى الذى يدعيه المستأجر على الثانى و يحتمل القرعه بلا يمين، هذا كله مع عدم البيئه لأحدهما.

و أما إذا أقام كل منهما بينه بما قدره فى دعواه فان تقدم تأريخ إحداهما للعقد بأن قال وقع فى شهر رمضان مثلا و الآخر فى شوال عمل به، لأن العقد الثانى يكون باطلا بعد اتفاقهما على عدم الإقاله.

و إن كان التأريخ واحدا أو كانت البيئتان مطلقتين، بل أو

إحداهما مطلقه و الأخرى مؤرخه، لعدم مدخليه جهل التأريخ هنا، كما هو واضح تحقق التعارض، إذ الفرض كون العقد واحدا، و لا يمكن فى الوقت الواحد وقوع عقدين صحيحين متنافيين، و حينئذ فليس مع فقد الترجيح بينهما بالمرجحات السابقه إلا أن يقرع بينهما، و يحكم لمن خرج اسمه مع يمينه للنصوص(١) السابقه، فإن نكل حلف الآخر، و إن نكلا معا فقد عرفت الكلام فيه.

و هذا اختيار شيخنا فى المبسوط و هو متجه فى صوره التحالف مع عدم البينتين، ضروره حصول التعارض بين الشهادتين بعقدين متخالفين يكذب كل منهما الآخر كالشهاده بعقدين على معينين كدرهم و دينار، فإن استيجار عين

بألف فى وقت يناقض استيجارها بألفين فى عين ذلك الوقت، كما أن استيجارها بدرهم فى وقت ينافى استيجارها بدينار فى ذلك الوقت بعينه، بخلاف ما إذا شهدت بينه بأن عليه ألفا و أخرى بأن عليه ألفين أو بينه بإبرائه من ألف و أخرى بإبرائه من ألفين، كما اعترف بذلك كله فى كشف اللثام، و هو يؤيد القول بالتحالف مع عدمهما و مشتمل على الفرق بين المقام و بين القرض و الإبراء اللذين سمعت الإيراد به من ثانى الشهيدين.

و قال آخر و هو الحلّى فى محكى السرائر يقضى بينه المؤجر، لأن القول المستأجر لو لم تكن بينه، إذ هو يخالف على ما فى ذمه المستأجر، فىكون القول قوله، و من كان القول قوله كان البينه فى طرف المدعى، و حينئذ نقول: هو أى المؤجر مدع زياده و قد أقام البينه بها، فىجب أن تثبت لأنه خارج و لا- بينه للمستأجر، لأنه داخل، إذ المراد من الداخلى و الخارج فى كلامهم المدعى و المنكر

لا خصوص ذى اليد و مدعيه و إن كانت النصوص قد اشتملت عليه.

و فى إطلاق القولين تردد بناء على ما عرفته من اختلاف صوره الدعوى التى يتجه فى إحداها ما ذكره الشيخ و فى الأخرى ما ذكره الحللى بناء على تقديم بينه الخارج، و إن قلنا بتقديم بينه الداخلى اتجه تقديم بينه المستأجر، و مع فرض تساويهما فى ذلك يرجع إلى القرعه، كما هو واضح. و أما إذا كانت البينه لأحدهما خاصة فلا ريب فى القضاء بها له فى صورته التحالف و للمدعى فى صورته الأخرى، أما إذا أقامها المنكر فيها فلا عبره بها بناء على عدم بينه له مطلقا.

و مما تقدم يظهر لك الحكم فى ما لو ادعى استئجار دار معينه مده معينه بأجره كذلك فقال المؤجر: بل آجرتك بيتا منها و فى التحرير و كشف اللثام أو ادعى استئجارها شهرين بعشره و المؤجر شهرا بها، ضروره اتحاد وجه البحث فيهما، و لذا قال الشيخ فيها يقرع بينهما نحو ما سمعته منه فى السابقه أو يتحالفان على قوله الآخر.

و قيل و القائل ابن إدريس فى محكى السرائر القول قول المؤجر نحو ما سمعته منه أيضا فى تقديم قول المستأجر فى نفى الزيادة فى الأجره.

و لكن فى المتن هنا أن الأول أشبه لأن كل واحد منهما مدع (١١) مع ترده فى القولين فى السابقه، على أن تعليقه يقتضى التحالف لا القرعه، و لعله لظهور التداعى فى المقام بخلاف الأول الذى مرجعه إلى دين فى الذمه، و لذا جزم فى التحرير بالفرق بينهما. و على كل حال فلا يخفى عليك طرد ما تقدم هنا.

و (١٢) منه ما لو أقام كل منهما بينه تحقق التعارض مع

اتفاق التأريخ أو إطلاقهما أو إطلاق إحداهما و تأريخ الأخرى و التساوى فى العدد و العدالة، فيقرع بينهما على القول بالتحالف، و تقدم بينه المستأجر على القول بكونه المدعى الخارج و المؤجر هو الداخل الذى لا بينه له.

و فى كشف اللثام «فى الأول يحكم بالقرعه مع اليمين، فان نكلا فالظاهر أن البيت لما اتفقا على إجارته فهو فى إجارته إلى أن تمضى المده و يقتسمان الباقي نصفين، و يسقط من الأجره بالنسبه، و كذا مع الاختلاف فى الزمان يقتسمان شهرا من الشهرين، فتكون الدار عند المستأجر شهرا و نصفاً، و يسقط من الأجره ربعها، و إن كان النزاع أو رفعه بعد مضى المده و تصرف المستأجر فى تمام الدار و تمام الشهرين يثبت للمالك فى نصف غير البيت أو فى نصف شهر أجره المثل».

و فيه أن المتجه فى الأول ثبوت الأجره مع قسمه ما فيه النزاع بالنصف، نعم يتجه أجره المثل فى الأخير، لوقوع التصرف فيه بلا أجره، و يمكن القول هنا بالقرعه بلا يمين، لعدم تناول دليل التنصيف للفرض كما سمعته فى المسأله الثانيه، بل لعله هنا أولى.

و فى الدروس «فان اتحد التأريخ أعملنا أو أسقطنا أو أقرع مع اليمين» و لعل إعمالهما بمعنى تقديم بينه الداخل أو الخارج، و إسقاطهما بمعنى الرجوع إلى الحكم مع عدم البينه كل على مختاره فيه، و أما احتمال كون المراد بإعمالهما بطلان الإجاره فى البيت و صحتها فى بقيته بالنسبه بعد تصويرها بإيقاع ذلك من الأصليين و الوكيلين فبعيد أو باطل.

و مع التفاوت فى التأريخ يحكم للأقدم و بطلان المتأخر لكن قد ذكر المصنف و غيره هنا أنه إن كان الأقدم بينه البيت حكم بإجاره البيت بأجرته و بإجاره بقيه الدار بالنسبه من الأجره لبطلان ما قابل البيت المفروض تقدم إجارته منها و صحه الباقي، فلو كان

البيت يساوى نصف أجره الدار صح فى باقىها بنصف الأجره، فيجتمع على المستأجر مجموع الأجره للبيت الذى قد تقدم تأريخ إجارته و نصفها لبقية الدار، فإذا فرض مثلا- أن الأجره التى اتفقا عليها عشره لكن ادعى المستأجر أنها أجره الجميع و ادعى المؤجر أنها أجره البيت و كان المتقدم تأريخ بينه البيت ثبت على المستأجر خمس عشره فى مقابله المجموع عشره أجره البيت بينه المؤجر، و خمس فى مقابله باقى الدار بينته، و لا ينافى ذلك خروجه عن دعوها التى هى وقوع عقد واحد منهما و كون العوض فيه عشره، و إنما الاختلاف فيما تضمنه فى مقابله العشره الدار أو البيت، لأن الثابت فى الشرع حجيه بيئتهما لا دعوها، و قد اقتضتا ما عرفت، فينبغى العمل به، لاحتمال كونه الواقع و إن خرج عن دعوها معا، كما سمعته فى تنصيف العين التى ادعى كل منهما له و هى فى أيديهما، و تسمعه فى غيره، بل قد يقال بوجوب العمل بكل منهما و إن علم الحاكم بخروج الحاصل من مقتضى الاجتهاد فى إعمالهما عن الواقع فضلا عن دعوها مع احتمالها الواقع.

و كيف كان ففى الدروس احتمال الحكم بصحة الاجارتين مع عدم التعارض، لأن الاستئجار الثانى يبطل ملك المستأجر فيما سبق، و كأنه فرضه فى غير دعوى اتحاد العقد، إذ يمكن حينئذ استئجار البيت منه أولا ثم انتقل منه إلى المؤجر بعقد إجاره من المستأجر ثم أجره الدار كلها فتصح الإجاتان، و الله العالم.

و لو ادعى كل منهما أنه اشترى دارا معينه من شخص بعينه و أقبض الثمن و هى فى يد البائع و لا بينه لأحدهما فإن كذبهما حلف لهما و اندفعا عنه، و إن صدق أحدهما دفع له العين و حلف للآخر و إن لم نقل إن الإقرار بها قبل القبض بمنزله التلف لآفه سماويه،

و للآخر إحلافه لادعائه عليه أيضا، و إن عاد فأقر للثاني غرم له قيمه إلا أن يصدقه الأول، فيدفع العين إليه، نعم لو قلنا إن الإقرار قبل القبض إتلاف كالألفه السماويه لم يتوجه له اليمين حينئذ و إن كان هو كما ترى. و لو صدق كل واحد فى النصف حكم به لكل منهما و حلف لهما، و لو قال:

لا أعلم لمن هى منكما ففى كشف اللثام تقارعا و قضى لمن خرج بالقرعه بعد اليمين.

و لو أقام كل منهما بينه قضى بالقرعه مع تساوى البيتين عداله و عددا و تأريخا أو مطلقتين أو إحداهما مطلقه و الأخرى مؤرخه بناء على عدم تأخر مجهول التأريخ عن معلومه و إذا كان كذلك حكم لمن يخرج اسمه مع يمينه على المشهور، لما عرفته من الأدله السابقه أو لا- معها على احتمال أو قول، و فى كشف اللثام «و يحتمل الاقتسام للتعارض و التساقت فيحلف الثالث لهما لو أكذبهما إلى آخر ما مر» و التفريع على احتمال التساقت.

و كيف كان ف لا يقبل قول البائع لأحدهما بعد الحكم بما سمعت، لكن فى كشف اللثام «لاعترافه بأنه ليس عليها يد ملك و قيام البيئه بذلك، و يحتمل القبول فيكون المقر له ذا اليد فتقدم بيئته أو بينه الآخر على الخلاف» و فيه أن جزم المصنف و غيره بعدم قبول قول البائع مبنى على كون ذلك قد كان منه بعد الحكم بمقتضى القرعه و بعد انتزاعها منه بالبيتين، فلا- وجه للاحتمال المزبور.

و على كل حال يلزمه إعاده الثمن على الآخر، لأن قبض الثمنين ممكن فتزدهم البيتان فيه أى تجتمع فيه بخلاف عقد البيع، و لو نكل من أخرجه القرعه حلف الآخر و لو نكلا عن اليمين قسمت بينهما على حسب ما تقدم فى العين التى قد ادعىا ملكيتها و لكن

هنا يرجع كل منهما بنصف الثمن الذى دفعاه إلى البائع المفروض قبضه للثمنين.

نعم فى كشف اللثام «إلا إذا اعترفا أو اعترف أحدهما أو شهدت بينهما أو إحداهما بقبض المبيع، فمن قبضه من بائعه باعترافه أو بشهادته بينه لم يكن له الرجوع عليه بشىء من الثمن، لثبوت استحقاقه له بالإقرار أو بالبينة، غاية الأمر أنه اغتصب منه نصف العين بعد ذلك».

وقد سبقه إلى ذلك الشهيد فى المسالك، فإنه قال فى المسألة الأخيرة:

«و حيث قلنا بثبوت الخيار على تقدير القسمة فذلك إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع و لا اعترف به المدعى، و إلا فإذا جرى القبض استقر العقد، و ما يحدث بعده فليس على البائع عهده» و كذا فى التحرير، و قد وقع ذلك للرافعى من الشافعية.

و فيه أن الاعتراف بالقبض أو ثبوته بالبينة لا ينافى الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبينة، كما هو واضح. اللهم إلا أن يقال: إن عدم الرجوع بعد القبض لتركهما اليمين باختيارهما، و لكن ذلك غير موافق لما سمعته من التعليل، بل لا يتم فيما سمعته من كشف اللثام أخيراً، على أن ترك اليمين إن كان مقتضياً لذلك فلا فرق فيما بين قبل القبض و بعده.

و على كل حال ف هل لهما أن يفسخا البيع الذى ثبت لكل منهما بالبينة؟ الأقرب عند المصنف و الفاضل و غيرهما نعم، لتبعض المبيع عليه قبل قبضه و عدم حلفهما تنزيها عن القسم بالله عذر، و يحتمل العدم، لأن لكل منهما إحراز الكل بيمينه، فالتبعض إنما جاء منهما، و أشار المصنف بقوله: «قبل قبضه» إلى ما صرح به فى كشف اللثام من أنه «لا خيار لهما مع دعوى كل منهما قبض المبيع»

أو شهدت البينه به» وفيه ما عرفت من عدم الفرق في ثبوت الخيار بالتبعيض قبل القبض وبعده بعد أن كان ذلك لثبوت استحقاقه للغير بالبينه، وكذا بالنسبة إلى الرجوع بالثمن.

و كيف كان فان فسخا كانت العين للبائع و رجع كل منهما عليه بكمال الثمن و لو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع حينئذ الذى هو مقتضى بينته لعدم المزاحم له.

خلافًا للمحكى عن الشيخ فليس له، لأن الحاكم قد قضى له بنصفها دون النصف الآخر فلا يعود إليه، و ضعفه واضح، على أن الذى حكاه عنه فى الدروس التفصيل، قال: «و لو فسخ أحدهما فلآخر الجميع، و فيه أوجه ثالثها- و هو مختار الشيخ فى المبسوط- الفرق بين كون الآخذ الأول و الثانى، لأن القضاء للأول بالنصف إذا لم يتعقبه فسخ يقرر ملكه عليه بحكم الحاكم، فليس له نقضه بأخذ الجميع، و نعى بالأول الذى فاتحه القاضى بتسليم النصف فرضى، بخلاف ما إذا فسخ المفاتح، فإن الثانى يأخذ الجميع قطعاً، لإيجاب بينته الجميع ما لم ينازع و إن كان هو أيضاً ضعيفاً».

و توهم أن مقتضى الفسخ الرجوع إلى البائع لا إليه بمقتضى الحكم الظاهرى مدفوع بأن التنصيف قد كان جمعا بين البينتين، و مع فرض الفسخ استقلت بينه الآخر بكون الجميع له بلا- معارض، بل المتجه صيروره ذلك له قهرا عليه، لأنه مقتضى دعواه و بينته.

و لكن قال المصنف و غيره فى لزوم ذلك عليه تردد من ذلك و من استصحاب الخيار له أقربه اللزوم للأصل و غيره بعد انتفاء المقتضى له.

و لو أرخت البيتان تاريخين مختلفين حكم للسابق و بالثمن للآخر،

بل فى كشف اللثام «و إن أمكن أن يكون باعها من الأول ثم اشتراها ثم باعها من الثانى، لحصول الجمع بين البيئتين بيعها من الثانى و إن لم يشترها، لجواز بيع ملك الغير، لكن إذا لم يجزه انفسخ و استقر عليه الثمن» أى فلا- يتوقف الجمع بينهما على الأول.

و لو كانت فى يد أحدهما قضى بها له مع عدم البينه و عليه اليمين للآخر، و لو أقاما بينه حكم للخارج على رأى و للداخل على آخر، كما عرفت الكلام فيه، و الله العالم.

و لو ادعى اثنان مثلاً أن ثالثاً اشترى من كل منهما هذا المبيع الذى فى يده بثمن معين عكس المسأله السابقه و أقام كل منهما بينه ففى القواعد و التحرير فان اعترف لأحدهما قضى عليه بالثمن، و كذا إن اعترف لهما قضى عليه بالثمنين لإمكان صدقه و لو بشرائه ثم بيعه ثم شرائه، لكن فيه أن الحكم المزبور لا مدخله فيه لاقامتهما البينه، ضروره استناده إلى اعترافه به لا إليها، و لذا لو اختص بأحدهما قضى له بالثمن خاصه دون الآخر، فيحلف له إن لم تكن له بينه، و إلا أخذ منه أيضا كما ستعرف.

و على كل حال ف ان أنكر هما مع إقامه كل منهما البينه على دعواه و كان التأريخ مختلفاً أو مطلقاً قضى بالثمنين جميعاً، لمكان الاحتمال الذى هو شراؤه من أحدهما ثم بيعه من الآخر ثم شراؤه منه، و مهما أمكن الجمع بين البيئتين و جب بخلاف المسأله السابقه، إذ الشراء لا يجوز لملك نفسه، و البيع يجوز لملك غيره و لو فضولاً، كذا قيل.

و فيه أن الاحتمال فى الشراء لمال نفسه فضولاً- عن الغير ممكن أيضاً، فالأولى فى وجه الفرق اتحاد المدعى به فى المسأله السابقه، و هو شراء

المبيع من مالكة إلا- أنه لم يعلم السابق منهما ليكون شراء اللاحق في غير محله بخلاف المقام، فإن المدعى به استحقاق الثمن الذى ثبت بثبوت سببه، فمع فرض قيام البينه به فى وقتين مثلا وجب المسبب، حتى لو كان المدعى واحدا، نعم لو فرض كون الثمن معيناً و كل منهما قد ادعاه بسبب كونه البائع لثمنه و أقام كل منهما بينه تحقق التعارض و لو مع إطلاقهما فتأمل جيدا.

هذا و فى المسالك و غيرها احتمال كون المطلقتين أو المطلقة إحداهما كمتحدى التاريخ الذى ستسمع حكمه، لاحتمال الاتحاد، و الأصل براءة المشتري، فلا يؤخذ إلا باليقين، و لعله لذا كان المحكى عن ظاهر الشيخ التردد، و لكن لا يخفى عليك ظهور البينه فى التعدد، و الأصل تعدد المسبب بتعدد سببه.

و لو كان التاريخ واحدا تحقق التعارض، إذ لا- يكون الملك الواحد فى الوقت الواحد لاثنين، و لا يمكن إيقاع عقدين من الأصيلين مثلا- فى الزمان الواحد و حينئذ ف لا- محيص عن أن يقرع بينهما لما عرفته من النص و الفتوى على أن ذلك حكم البينتين المتعارضتين بعد فقد الترجيح بينهما فمن خرج اسمه أحلف و قضى له، و لو امتنعا من اليمين قسم الثمن بينهما إن كان متفق الجنس و الوصف و إلا كان لكل واحد نصف ما ادعاه من الثمن، لأن الدعوى فى الحقيقه على المثلث، و تنصيفه يقتضى تنصيف الثمن أو يقسم الثمن بينهما بلا قرعه أو يقرع بلا يمين أو يحكم بسقوط البينتين على ما مر من الخلاف و الاحتمال.

و لو ادعى مدع شراء المبيع من زيد و قبض الثمن و ادعى آخر شراءه من عمرو و قبض الثمن و كانت العين فى يد البائعين أو أحدهما أو خامس و أقاما بينتين متساويتين فى العدالة و العدد و التاريخ

فالتعارض متحقق ضروره عدم كون المال الواحد مملوكا بتمامه لشخصين فى زمان واحد فحينئذ يقضى بالقرعه لما عرفته سابقا و يحلف من خرج اسمه و يقضى له و يرجع الآخر على بائعه بالثمن و لو نكلا عن اليمين قسم المبيع بينهما و قد عرفت احتمال القسمه بلا قرعه و التساقت.

و على كل حال فإذا اقتسماها رجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن و فى كشف اللثام إن لم يدعى قبض العين و لا شهدت به بينهما و فيه البحث السابق و لهما حينئذ الفسخ و الرجوع بالثمنين لتبعض الصفقه و لو فسخ أحدهما جاز، و لكن لم يكن للآخر أخذ الجميع كما عرفته سابقا لأن النصف الآخر لم يرجع إلى بائعه (١١) بل إلى بائع آخر بخلاف السابق.

و كذلك لو كانت العين فى يدهما مع تعارض البيتين أو فقدان البيه مع التحالف أو نكولهما و يرجع كل بنصف الثمن، و لهما الفسخ، و فى كشف اللثام بالشرط المتقدم، و فيه ما عرفت.

و لو كانت فى يد أحدهما قضى له ببيئته أو للخارج على الخلاف، و يرجع الآخر على بائعه بالثمن، و فى كشف اللثام «إلا إذا اعترف أو شهدت بيئته بقبض العين» و فيه ما عرفت. و كذا لو كانت فى يد البائع المصدق لمدعى الشراء، فان كانت فى يد أحدهما فمدعى الشراء منه ذو اليد، فيقضى له ببيئته أو للخارج، و إن كانت بأيديهما و صدق كل منهما مشتريه فكلاهما ذو اليد، فيقسم بينهما عند التعارض، و يرجع كل منهما بنصف ثمنه، بناء على ما ذكرناه من عدم الفرق فى ذلك بين القبض و عدمه بعد أن كان ثبوت ذلك بالبيئه.

و لذا قال فى الدروس: «الثالثه: بائعان و مشتريان بأن ادعى كل منهما

أنه اشتراها من آخر و أقبضه الثمن و أقاما بينتين، فان تشبثا قسمت بينهما و رجع كل على بائعه بنصف الثمن، و إن تشبث أحدهما بنى على ترجيح الداخل أو الخارج، فيرجع المرجوح بالثمن، و إن خرجا و تكافأت البيئات أقرع على الأقوى، و مع النكول يقسم و يرجع كل على بائعه بنصف الثمن، سواء كانت فى يد أحد البائعين أو يد أجنبى و لكل منهما الفسخ، و ليس للآخر أخذ الجميع لو فسخ أحدهما، لعدم عوده إلى بائعه» و كلامه صريح فى الرجوع و لو بعد القبض، و كذا فى القواعد، و الله العالم.

ثم إنه قد يتوهم من اقتصار المصنف فى التعارض على الصورة المزبوره عدمه فى غيرها، مع أن الظاهر تحقق ذلك أيضا فى صورته الإطلاق، إذ هى كغيرها من صور الإطلاقات السابقه، بل و كذا لو أطلقت إحداها و أرخت الأخرى بناء على عدم الحكم بتأخر مجهول التأريخ عن معلومه، كما حرر فى محله، نعم لو كانا مؤرخين بتأريخين مختلفين ففيه البحث السابق فى تقديم الملك السابق و عدمه.

هذا و فى القواعد فى أصل المسأله زياده قول كل من المتداعيين و أنها أى العين ملكهما، و لعله لجواز أن يكون اشتراها أحدهما للآخر و أن يكون باعها أحد البائعين و كاله عن الآخر أو فضولا.

و فى المسالك «يقوم مقام ذلك أن يقول: و تسلمته أو سلمه هو إلى، لأن الظاهر أنه إنما ينصرف بالتسليم فى ما يملك، و فى دعوى الشراء من صاحب اليد لا يحتاج أن يقول: و أنت تملكه، و يكتفى بأن اليد تدل على الملك، و كذلك يشترط أن يقول الشاهد فى الشهاده اشتراه من فلان و هو يملكه أو اشتراه و تسلمه منه، و هذا القيد حسن، و سيأتى اختيار المصنف إياه، و كأنه تركه هنا اتكالا عليه، و فرعوا عليه أنه

يجوز أن يقيم شاهدين على أنه اشترى من فلان و آخرين على أن فلانا كان يملكه إلى أن باع منه، لحصول المطلوب من جملة الشهود، و لكن الآخرين إن شهدا هكذا فقد شهدا على البيع و الملك أيضا، و كذا إذا أقام شهودا على أنه اشترى منه وقت كذا و آخرين على أنه كان يملك ذلك إلى وقت كذا، و لو أقام أحد المدعين بينه على أنه اشترى الدار من فلان و كان يملكها و أقام آخر البينه على أنه اشترها من مقيم البينه الأولى حكم بينه الثانى و إن لم يقل لمقيم البينه و أنت تملكها، كما لا يحتاج أن يقول لصاحب اليد، لأن البينه تدل على الملك، كما أن اليد تدل عليه» و لا يخفى ما فى ذلك كله من التطويل بلا طائل، ضروره معلوميه كون المراد النزاع فى الشراء من المالك و لو بظاهر اليد أو غيرها.

و لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه و ادعى آخر أن مولاه باعه منه و كان العبد فى يد المولى أو ثالث أو لا يد لأحد عليه و لم تكن لأحدهما بينه و أكذبهما المولى حلف لهما يمينين. و إن كذب أحدهما و صدق الآخر ففى التحرير و ظاهر القواعد حلف لمن كذبه.

لكن فى كشف اللثام «و الحق ما فى المبسوط من أنه إن صدق المشتري لم يحلف للعبد، لأنه لو أقر بعد ذلك بالعتق لم يقبل، لكونه إقرارا فى حق الغير و لم يلزمه غرم، و كذا إن صدق العبد لم يحلف للمشتري، لأنه لو صدقه بعد ذلك فقد اعترف بالإتلاف قبل الإقباض، و هو كالآفه السماويه فى انفساخ البيع به، نعم إن ادعى عليه قبض الثمن حلف له إن أنكره».

و به جزم فى المسالك، لكن قال: «إن قلنا: إن إتلاف البائع كالآفه السماويه» و سبقهما إلى ذلك الرافعى من الشافعيه قال: «و قال الروزبانى: و ليس هنا موضع يقر لأحد المدعين و لا يحلف للآخر

قولا واحدا إلا هذا».

و فيه منع عدم توجه اليمين للمشتري، فإنه مع إقراره المستخرج باليمين يكون من الحيلولة لا التلف، فيغرم له قيمه، و لذا جزموا في المسألة السابقة- و هي دعوى الاثني شراء العين من شخص هي في يده- أنه لو أقر لأحدهما كان اليمين عليه للآخر، بل و له اليمين على المقر له، فلا يبعد حينئذ أن يكون هنا أيضا له اليمين على السيد و العبد، كما أنه قد يقال باليمين على السيد للعبد مع الإقرار للمشتري، لعموم

قوله (صلى الله عليه و آله) : «البينه»

و فائدته ثبوت الحرية في حقه على وجه لو انتقل إليه بعد ذلك بارث و غيره يحكم بحريته إن لم نقل بوجود شرائه فعلا عليه، كما عن بعضهم التصريح به، و إلا كانت الثمرة واضحة.

و إن كان في يد المشتري ففي المسالك و كشف اللثام قدم قوله بيمينه، و فيه أنه مدع على السيد بعد اعترافه بالشراء منه و إن كان في يده، و لعله لذا أطلق في القواعد تقديم قول السيد فيه، هذا كله مع عدم البينه.

أما معها و كان العبد في يد السيد المكذب لهما أو في يد أجنبي أو لا يد لأحد عليه فان اختصت بأحدهما عمل بها و إن أقاما معا البينه قضى لأسبق البينتين تأريخا لتبين بطلان الثاني منهما بيعا أو عتقا.

فان اتفقتا في العدد و العدالة و التأريخ أو الإطلاق أو أطلقت إحداهما و أرخت الأخرى قضى بالقرعه مع اليمين على من أخرجته لزوما للأدلة السابقة، لا احتياطا كما عن الشيخ، فان نكل حلف الآخر.

و لو امتنعنا معا من اليمين قيل و القائل الشيخ و جماعه يكون نصفه حرا و نصفه رقا لمدعى الابتاع لأدله التنصيف السابقه، لكن لا تخلو دعوى شمولها لمثل الفرض من تأمل و نظر، و لذا نسبه المصنف إلى القيل. و لكن عليه يرجع على البائع بنصف الثمن لفوات نصف المبيع، و فى كشف اللثام «إن لم يعترف أو لم تشهد بينه بإقباضه العبد» و فيه البحث السابق، و له خيار التبعض على الأقوى لما عرفت.

و حينئذ ف لو فسخ عتق كله لزوال المزاحم للبينه الشاهده على المولى بعته و لو لم يفسخ المشتري ف هل يقوم على بائعه إن كان موسرا؟ الأقرب نعم (١١) وفاقا لجماعه لشهاده البينه بمباشره عتقه (١٢) فيتم شرط السرايه.

و ما يقال- من أن البينه قد شهدت بإعتاقه كله و لم يعمل بها، و إنما حكم بعثت النصف حكما قهريا للتعارض بناء على عدمها فى القهري فلا- سرايه، على أن الواقع إما عتق الكل أو البيع أو عدم واحد منهما، و لا معنى للسرايه على الجميع- يدفعه بناء الأحكام على مقتضى ظاهر الأدله الشرعيه، و هو هنا عتق النصف بالبينه و لو بعد الأدله على أعمالها مع التعارض على الوجه المزبور.

و لو كان العبد فى يد المشتري فان قدمنا بينه الداخلى حكم له، و إن قدمنا بينه الخارج حكم بالعتق، لأن العبد خارج، و عن بعض العامه على الأول تقدم بينه العبد، لأنه الداخلى، إذ يده على نفسه، و فيه أنه لو قلنا يكون للحر يد على نفسه إنما يكون للعبد ذلك بالعتق و إلا فهو فى يد السيد أو المشتري.

و لو كان فى يد البائع فصدق المشتري فهو ذو اليد بناء على ما عرفته سابقا فى العين فى يد ثالث، فتأمل.

[مسائل]

اشاره

مسائل:

[المسأله الأولى لو شهد للمدعى بأن الدابه ملكه منذ مده فدلّت سنّها على أقل من ذلك قطعاً أو أكثر]

الأولى:

لو شهد للمدعى بأن الدابه ملكه منذ مده فدلّت سنّها على أقل من ذلك قطعاً أو أكثر منها إن ادعى أنها نتجت عنده سقطت البينه، لتتحقق كذبها كما فى القواعد و التحرير و غيرهما، لكن عن بعض النسخ أو «أكثرها» عطفاً على «قطعاً» و هى التى شرحها فى المسالك، فقال: «أما على تقدير كون الدلاله قطعيه فواضح، لأن الكذب حينئذ قطعى، و أما على تقدير الأكثرية فالدلاله ظنيه، و يشكل معارضتها للحكم الظاهر من عداله الشاهد، و فى التحرير اقتصر فى الحكم بسقوط البينه على الدلاله القطعيه، و هو أولى».

قلت: لا ينبغى التأمل فى عدم معارضه الظن للشهاده التعبيديه، و ظنى غلط النسخه التى شرحها، بقريه عدم عنوان من أحد من الأصحاب بذلك عدا الفاضل فى الإرشاد، فإنه قال «قطعاً أو ظاهراً» و قريه تعليقه بتحقيق الكذب، فلا وجه للإشكال فى ما ذكره، و لا- أظنه قولاً لأحد، إنما الكلام فى بطلان البينه مطلقاً أو فى خصوص ما كذبت به، الظاهر الثانى، و لم أجد ذلك محرراً فى كلامهم، و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا ادعى دابه مثلا فى يد زيد و أقام بينه أنه اشتراها من عمرو فان شهدت البينه بالملكه مع ذلك للبائع أو للمشتري أو بالتسليم قضى للمدعى]

المسأله الثانيه:

إذا ادعى دابه مثلا فى يد زيد و أقام بينه أنه اشتراها من عمرو فان شهدت البينه بالملكه مع ذلك للبائع أو للمشتري أو بالتسليم قضى للمدعى بناء على تقديم الملك السابق، بل اليد السابقه على اللاحقه.

و إن شهدت بالشراء لا- غير قيل و القائل الشيخ فى المحكى من مبسوطه و تبعه جماعه، بل فى المسالك نسبه إلى الأكثر لا يحكم له به، لأن ذلك قد يفعل فيما ليس بملك، فلا تدفع اليد المعلومه بالمظنون بل المحتمل و هو قوى عند المصنف و غيره و قيل و القائل الشيخ فى محكى الخلاف يقضى له على القول المزبور لأن الشراء دلالة على التصرف السابق الدال على الملكيه كما أن اليد السابقه داله عليها، إذ كما أن الظاهر من اليد كونها أصاله لا نيابه و لا عدوانا، فكذا البيع و الشراء، خصوصا الواقعان منه بعنوان الملكيه و السلطنه بلا معارض له و إن لم يكن المال فى يده.

هذا و فى المختلف الاعتراض على الشيخ فى اكتفائه فى ثبوت الملك بالتسليم بحكمه أنه لو شهدت البينه للخارج بأن الدار كانت فى يده منذ أمس أنه لا تزال اليد المتصرفه فكيف يمكن الجمع بين ذلك و بين ترجيحه هنا بتسليم البائع إلى المشتري.

و فيه أن ذلك مبنى على قوله بترجيح اليد السابقه، فإن له فى المسأله قولين، فلا يعترض عليه بالقول الآخر، كما أن له فى هذه المسأله قولين، و الذى يسهل الخطب فى المسأله ما عرفت فيما سبق من أنه لا يقضى له حتى لو شهدت البينه بالملك السابق فضلا عن اليد السابقه، لعدم

معارضته للملك الفعلى المستفاد من اليد الفعلية، فبناء هذه المسأله على المسأله السابقه، و الله العالم.

[المسأله الثالثه الصغير المجهول النسب إذا كان فى يد واحد و ادعى رقيته قضى بذلك ظاهرا]

المسأله الثالثه:

الصغير المجهول النسب إذا كان فى يد واحد و ادعى رقيته قضى بذلك ظاهرا، و كذا لو كان فى يد اثنين بلا خلاف أجده فيه، لأنه و إن كان الأصل فيه الحريه إلا أن رقيته أمر ممكن، و قد ادعاه ذو اليد، و لا منازع له فيحكم به، بل فى التحرير و المسالك لا يلتفت إلى إنكاره بعد البلوغ لسبق الحكم برقيته، بل و كذا فى القواعد و عن التذكره إلا أنه قال: «له اليمين على من فى يده» و إن كان فيه أن ذلك لا يقتضى سقوط حجته، كما فى كل مدع دعوى لا معارض لها، مثل الوكاله عن الغير و شبهها، فإنه لا ينافى دعوى الغير عدمها بعد ذلك. و لعله لذا قال المصنف: «ظاهرا» بل فى الإرشاد و غيره الجزم بأنه إذا بلغ و أنكر أحلف، بل قال فى موضع آخر من القواعد: «لو ادعى الصبى المميز الحريه لم تسمع، فان بلغ و ادعاها سمعت، و لا تأثير لليد عليه و لا إبطال الدعوى السابقه».

بل إن لم يكن إجماعا أو سيره قطعيه أمكن المناقشه بالحكم برقيته حال صغره على وجه تجرى عليه أحكام الملك، ل

خبر حمران بن أعين(١) «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن جاريه لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل و امرأه ادعى الرجل أنها مملوكه له و ادعت المرأه أنها ابنتها، فقال: قد قضى على (عليه السلام) قلت: و ما قضى فى هذا؟ قال:

كان يقول: الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالرق وهو مدرك، و من أقام بينه على من ادعى من عبد أو أمه فإنه يدفع إليه و يكون رقا، قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن يسأل الذى ادعى أنها مملوكه له بينه على ما ادعى، فإن أحضر شهودا يشهدون أنها مملوكه لا يعلمون أنه باع و لا وهب دفعت الجارية إليه حتى تقيم المرأة من يشهد لها أن الجارية ابنتها حره مثلها فلتدفع إليها و تخرج من يد الرجل، فقلت: فان لم يقيم الرجل شهودا أنها مملوكه له، قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأة بينه على أنها ابنتها دفعت إليها، و إن لم يقيم الرجل البينة على ما ادعى و لم تقيم المرأة البينة على ما ادعت خلى سبيل الجارية، تذهب حيث شاءت»

فإنه ظاهر أو صريح بما ذكرنا.

و لعله لذا كان المحكى عن المبسوط توقف ثبوت رقيه المميز على البينة كما عن الشافعية فى وجه، إلا- أن المعروف بين أصحابنا ما سمعت و إن كان الخبر المزبور منافيا له، و ليس دعوى المرأة البينة مغيرا لموضوع المسألة، ضروره عدم يد للمرأة، على أن قوله (عليه السلام) أخيرا:

«تخرج من يده» مشعر بكون الجارية فى يده، على أن دليلهم المزبور مقتضى للحكم بالرقية و إن لم يكن فى يده، مع أن اليد مقتضاها الملك فى معلوم المالىة لا أنها تنقح المشكوك فى مالىته أنه مال.

بل المراد باليد فى المتن و غيره الاستيلاء العرفى نحو استيلاء الوالد على ولده لا اليد بمعنى التصرف الملكى، فإن ذلك هو معنى دعوى المسلم المالىة و لا- معارض له، فمتى حصل المعارض كان على حجته التى هى هنا ما عرفت من كون الناس على الحرية.

و من هنا صرح بعضهم بعدم الفرق فى الحكم المزبور بين الصغير و المجنون الكبير، بل و العاقل الساكت الذى لم يقر و لم ينكر و إن أشعرت

بعض العبارات بنوع تأمل فى الأول.

بل فى الإرشاد التصريح بالإشكال فى الأخير، لأصالة الحرىه فى الآدمى، و عدم دعواها لا يخرجها عن كونها أصلاً، و سكوتة أعم من التصديق، إلا أن ذلك إن تم اقتضى عدم الحكم بالرقىه فى الصغىر، و يؤيده الخبر المزبور، لكن عرفت إجماعهم على الظاهر على الحكم برقىته.

و من هنا قال فى غاية المراد: الصحيح الحكم برقىه الكبىر الساكت، و هو قضيه كلام الأصحاب، و صرح به المصنف فى بعض كتبه، و الأصل يخرجها عن كونه أصلاً ما ينافيه، و هو هنا موجود، أى تصرف المسلم و دعواه الملكيه، بل مقتضى ذلك الحكم برقىه الصغىر المعلوم نسبه إذا كان ممكن الملكيه، ضروره عدم الفرق فى الدليل المزبور بين الجميع، و إنما قيد الأصحاب بجهل النسب لإرادته إخراج معلومه المقتضى للعلم بالحرىه لا مطلقاً، هذا كله فى الصغىر.

أما لو كان كبىراً و أنكر الرقىه على مدعيها عليه ف لا- ريب و لا- خلاف فى أن القول قوله، لأن الأصل الحرىه نعم لا تسمع دعوى التحرير إلا- ببينته، و هو غير دعوى الحرىه، و على ذلك يحمل ما فى بعض النصوص (١) الداله على جواز شراء المملوك من سوق المسلمين مع دعواه الحرىه.

و كذا لو ادعى اثنان رقىته فاعترف لهما قضى عليه، و إن اعترف لأحدهما كان مملوكاً له دون الآخر

لعموم إقرار العقلاء (٢)

١- ١ الوسائل - الباب - ٥- من أبواب بيع الحيوان من كتاب التجاره.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٣- من كتاب الإقرار- الحديث ٢ و المستدرک- الباب - ٢- منه الحديث ١.

و لخصوص خبر حمران^(١) المتقدم المعتضد بعدم خلاف أجده في الحكم بذلك هنا، بل ولا عثرت على من حكاها، نعم عن العامه قول بعدم قبول إقراره مطلقا، و آخر بالقبول فيما يضر به نفسه لا فيما يضر غيره، و حكى عن الشيخ في مسأله دعوى العبد العتق و الآخر الشراء في إنكار كون العبد ذا يد على نفسه أنه قال: «لأنه لو كان ذا يد لقبول إقراره بالملكه لأحد المتنازعين فيه» و مقتضاه المفروغيه من عدم قبول إقراره، إلا أنه كما ترى لا دليل عليه، بل ظاهر الأدله خلافه.

و في كشف اللثام «و إذا أقاما بينتين متعارضتين فصدق أحدهما خاصه لم تترجح به بينته، لأنه لا يد له على نفسه، فإنه إن كان حرا فلا يد له، و إن كان مملوكا فلا يد عليه إلا لمالكة» و فيه أنه مناف لقبول إقراره بالرقية مع عدم البينه الذي اعترف به سابقا، بل ظاهره الإجماع عليه، فتأمل.

[المسأله الرابعه لو ادعى كل منهما أن الذبيحه له و فى يد كل واحد بعضها]

المسأله الرابعه:

لو ادعى كل منهما أن الذبيحه له و فى يد كل واحد بعضها منفصلا عن الآخر و أقام كل منهما بينه قيل: قضى لكل منهما بما فى يد الآخر، و هو الأليق بمذهبنا الذي هو تقديم بينه الخارج على الداخل، أما على القول بتقديم بينه ذى اليد

فيقضى لكل منهما بما فى يده، كما أنه يقضى بالإشاعه بينهما لو فرض اتصال البعض الذى فى يد أحدهما بالآخر كما عرفته سابقا.

و كذا الكلام فيما لو كان فى يد كل واحد شاه و ادعى

كل منهما الجميع و أقاما بينه قضى لكل منهما بما فى يد الآخر إذ لا فرق بينهما و بين بعضى الذبيحه المنفصلين، كما هو واضح. و مما يتفرع على ذلك أنه لو كان المتخاصمان فى بعضى الذبيحه المنفصلين كافرا و مسلما حكم بكون ما يقضى به للكافر ميته و للمسلم مذكى و إن كان كل واحد من الجزئين انتزعه من الآخر، عملا بظاهر اليد المعتبره شرعا، و لا يقدر فى ذلك اليد السابقه، بل لعل الحكم كذلك فى الجزئين المتصلين، ضروره اتحاد المدرك فيهما، كما تقدم الكلام فى ذلك فى قسم العبادات(١)فلاحظ.

[المسأله الخامسه لو ادعى زيد شاه فى يد عمرو و أقام بينه فتسلمها]

المسأله الخامسه:

لو ادعى زيد شاه فى يد عمرو و أقام بينه فتسلمها ثم أقام عمرو الذى كانت فى يده بينه أنها له بالملك السابق الذى انتزعه منه زيد قال الشيخ: ينقض الحكم و تعاد الشاه إلى عمرو و هو بناء على القضاء لصاحب اليد فإنه قد كان عمرا و الأولى أنه لا ينقض حتى لو قدمنا بينه ذى اليد، إلا أنه خرجت من يده بحكم الحاكم و لو لعدم حضور بينته التى كانت نافعه له لو أقامها حال إقامه زيد بينته لا بعد انقطاع الخصومه و حكمه الحاكم المبنيه على الدوام للأصل المؤيد بالحكمه و ظاهر الأدله، بل لو قلنا بكونه الآن خارجا لم تسمع بينته أيضا بعد أن علم أن شهادتها بالملكيه السابقه التى كانت مقتضى اليد، لما عرفته من انقطاع الخصومه فيها، فلا تسمع حينئذ دعوى تتعلق بها على وجه لا توجب يمينا فضلا عن قبول بينه بها، نعم لو أقامها

على انتقال جديد ممن انتزعتها سمعت بلا خلاف و لا إشكال، بل لا يبعد القول بسماعها مع الإطلاق المحتمل لذلك، لعموم

قوله (صلى الله عليه و آله) (١): «البينه»

و ما دل على قبول شهاده العدل (٢) و غير ذلك.

و مما ذكرنا يعلم النظر فى ما فى المسالك من وجوه، فلاحظ و تأمل.

[المسألة السادسة لو ادعى دارا فى يد زيد بأجمعها و ادعى عمرو نصفها]

المسألة السادسة:

لو ادعى دارا فى يد زيد بأجمعها و ادعى عمرو نصفها و لم يصدق زيد أحدهما و أقاما معا البينه و تساوتا عددا و عداله قضى لمدعى الكل بالنصف المشاع لعدم المزاحم له فيه و تعارضت البيتان فى النصف الآخر، فيقرع بينهما و يقضى لمن يخرج اسمه مع يمينه فان امتنع حلف الآخر و لو امتنعا معا من اليمين قضى بينهما فى النصف بالسويه فيكون لمدعى الكل ثلاثة أرباع النصف الذى لا- معارض له فيه، و ربع من النصف الآخر و لمدعى النصف الربع (١١) كما هو واضح. و قد سمعت الكلام فيه مفصلا (٣) ضروره كونه فردا من مسأله تداعى العين الخارجه عن أيديهما التى قد عرفت الحال فيها.

نعم يحكى عن ابن الجنييد هنا أنه بعد أن فرض المسأله فى ما لو كانت العين فى أيديهما- و هى التى أشار إليها المصنف بقوله و لو كانت

١- ١ الوسائل- الباب- ٣- من أبواب كيفية الحكم.

٢- ٢ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ٢ و الوسائل- الباب- ١- من أبواب كيفية الحكم الحديث ٦ و الباب- ٧- منه- الحديث ٤.

٣- ٣ راجع ص ٤٠٧- ٤٠٨.

يدهما على الدار و ادعى أحدهما الكل و الآخر النصف و أقام كل منهما بينه بذلك كانت لمدعى الكل، و لم يكن لمدعى النصف شىء و ذلك لما عرفت من أن نصفها منها لا نزاع لهما فيه، و هو الذى فى يد مدعى الكل، فلم يبق إلا النصف

الذى فى يد الخصم، و قد قلنا بتقديم بينه الخارج لأن بينه ذى اليد بما فى يده غير مقبوله نعم لو لم تكن بينه كان القول قوله يمينه و لا- يمين له على مدعى الكل، و حينئذ تكون الدار بينهما نصفين- قال: «يقتسمان الدار مع البينه و عدمها على طريق العول، فيجعل لمدعى الكل الثلثان و لمدعى النصف الثلث، لأن المنازعة وقعت فى أجزاء غير معينه و لا مشار إليها، بل كل واحد من أجزائها لا يخلو من دعوى كل منهما باعتبار الإشاعه، فلا يتم ما ذكره من خلوص النصف لمدعى الكل بغير منازع، بل كل جزء يدعى مدعى النصف نصفه و مدعى الكل كله، و نسبه إحدى الدعويين إلى الأخرى بالثلث، فتقسم العين أثلاثا، واحد لمدعى النصف و اثنان لمدعى الكل، فيكون كضرب الديان فى مال المفلس و الميت».

و فى المختلف «و هو الأقوى عندى لو زاد المدعون على اثنين» و فى كشف اللثام «يعنى و استوعب دعاوى غير مدعى الجميع العين أو زادت عليها، كما إذا ادعى أحد الثلاثة الجميع و آخر منهم الثلثين و آخر الثلث أو النصف، فإنه حينئذ لا يبقى فى العين جزء لا نزاع فيه بخلاف ما إذا ادعى أحدهم الجميع، و كل من الآخرين الثلث».

قلت: يمكن أن يكون مبنى كلام ابن الجنييد على دعوى ظهور نصوص التنصيف(١) بعد الإقراع و عدم اليمين منهما فى العول، ضروره

١- ١ الوسائل- الباب- ١٢- من أبواب كيفية الحكم- الحديث ٢ و ٣ و ٤ و الباب- ٩- من كتاب الصلح و لكن ليس فى شىء من هذه النصوص ذكر عن القرعه.

أن بينه كل منهما تقتضى الكل و هما متعذران فيحصل النقصان عليهما. و من هنا اتجه التعديه إلى التثليث لو كانوا ثلاثه، و الترييع لو كانوا أربعة و هكذا، و ليس إلا لما ذكرنا. و منه مفروض المسأله التي لا يمكن الجمع فيها بين بينه النصف مثلا و بين بينه الكل، فنقول فى النصف كما عالت فى الأول، فيوزع عليهما أثلاثا، لأن نسبه الكل إلى النصف كذلك، فالعول عنده نحو العول فى الفرائض لو لا نصوص أهل العصمه (عليهم السلام) لقضاء كل بينه مثلا بمقتضاها نحو قوله: للزوج النصف و للأختين من الأب الثلثان و من الأم الثلث،

لا مثل العول فى تزاحم الديون على التركة الذى مرجعه عند التأمل أيضا إلى ذلك.

لكن فيه أن محل النصوص حيث لا يسلم جزء من العين لا نزاع فيه، أما فى المفروض فلا دلالة فيها عليه، بل لعل ظاهر

مرسل ابن المغيرة^(١) عن الصادق (عليه السلام) «فى رجلين كان بينهما درهمان فقال أحدهما:

الدرهمان لى، و قال الآخر: هما بينى و بينك، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): أما الذى قال: هما بينى و بينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شىء و أنه لصاحبه، و أما الآخر فيبينهما»

خلاف ذلك.

و كذا مرسل ابن أبى حمزه^(٢) عنه (عليه السلام) أيضا.

و لكن الانصاف مع ذلك عدم خلو كلام ابن الجنييد من قوه مع تزاحم الأمارات الشرعيه، و لم يكن شىء متسالم عليه فيما بينهم أنه لأحدهم، و لعله لذلك أو لما يقرب منه سمعت الميل إليه فى المختلف فى ما فرضه، فلاحظ و تأمل.

١- ١ الوسائل - الباب - ٩ - من كتاب الصلح الحديث ١.

٢- ٢ أشار إليه فى الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الصلح - الحديث ٢ و ذكره فى التهذيب ج ٦ ص ٢٩٢ الرقم ٨٠٩.

و لو ادعى أحدهم النصف و الآخر الثلث و الثالث السدس و كانت يدهم عليها فلا نزاع حتى على مذهب الإسكافي، لأن سهام المدعين لا تزيد على أجزاء العين، من غير فرق بين إقامه البينه و عدمها ف ان يد كل واحد منهم على الثلث بناء على ما عرفت من أن اشتراك الأيدي على الدار يقتضى كون كل يد على مقدارها لكن صاحب الثلث فى الفرض لا يدعى زياده على ما فى يده الذى اقتضته و صاحب السدس يفضل فى يده ما لا يدعيه هو و لا مدعى الثلث و هو السدس فىكون لمدعى النصف فىكمل له النصف ضروره نقصان الثلث عن النصف بسدس و الفرض صيرورته له.

و لا فرق فى ذلك بين إقامتهم البينه و عدمها كما أشار إليه بقوله:

و كذا لو قامت لكل منهم بينه بدعواه و كأن المصنف نبه على حكمها لمكان خلاف بعض العامه فيها حيث جعل مع إقامتهم البينه لمدعى النصف ثلثا و نصف سدس بناء على أن السدس الزائد على ما فى يده لا يدعيه على مدعى السدس خاصه، بل إنما يدعيه شائعا فى بقيه الدار و هى فى يد الآخرين جميعا، فنصفه على مدعى الثلث و عارضت فيه بينته و ترجحت باليد على تقدير إقامتهما البينه، و قدم قول ذى اليد على تقدير عدمها و نصفه على مدعى السدس، فىحكم به لمدعى النصف بينته، لأن بينه مدعى السدس لا تعارضها، فىجعل لمدعى النصف ثلث و نصف سدس، و للآخرين مدعاهما، و يبقى بيد مدعى السدس نصف سدس لا يدعيه أحد.

و لا- يخفى عليك ضعف القول المزبور المبني على تقديم بينه الداخلى، ضروره تعلق الدعوى بالدار و لا- تعارض فيها كما عرفت، و لو قدمنا بينه الخارج أخذ منه نصف السدس و قد كمل له نصفه، كما أن مدعى السدس كذلك، بل فى يده زياده نصف سدس هو مقدار ما نقص من

سهم مدعى الثلث فيتجه أخذه له ببينته تتمه لسهمه، و عن بعض آخر من العامة أنه إذا جحد بعضهم بعضا كانت بينهم أثلاثا، و هو أوضح فسادا من الأول لاقتضائه الحكم بالثلث لمن يدعى أن له السدس، فتأمل.

و لو ادعى أحدهم الكل و الآخر النصف و الثالث الثلث و كانت يدهم أجمع عليها و لا بينه قضى لكل واحد بالثلث، لأن يده عليه، و على الثانى و الثالث اليمين لمدعى الكل الشامل لما فى أيديهما و عليه و على مدعى الثلث اليمين لمدعى النصف إن لم يعترف لذى الثلث، و ليس لمدعى الثلث يمينا عليهما، لأنه لا يدعى زائدا على ما فى يده بخلاف مدعى النصف، فإنه يدعى سدسا عليهما، و مدعى الكل فإنه يدعى جميع ما بأيديهما.

و إن أقام أحدهم بينه فان كان المستوعب أخذها منهم ثلث منها بيده مع يمينه أو عدمه إن قلنا بكفايه البينه عنه و الباقي ببينته، و إن أقامها مدعى النصف خاصه أخذه بإضافه سدس يأخذه منهما بالبينه إلى ما فى يده بغير يمين أيضا بناء على نيابتها عنه للدخل - و فى كشف اللثام مازجا عبارته القواعد «أخذ النصف مما فى يد الآخرين أو بإضافه نصفى سدس يأخذهما من الباقيين إلى ما فى يده» انتهى - و النصف الباقي بين الآخرين نصفان لكل منهما سدس و نصف سدس، لكن للمستوعب منهما السدس بغير يمين، لعدم المنازع له فيه، و يحلف على نصف السدس للثالث، فإنه يدعيه الآن عليه، كما أنه هو يحلف للمستوعب على جميع الربع الذى أخذه، و هو السدس و نصف، و إن أقامها مدعى الثلث أخذ ما فى يده من غير يمين إن قلنا بكفايه البينه عنه - و فى كشف اللثام «أخذ أى الثلث الذى بيده أو الذى بأيدي الباقيين» انتهى - و الباقي بين الآخرين للمستوعب منهما السدس منه بغير يمين، لعدم المنازع له فيه،

و يحلف على السدس الآخر الذى يدعيه الآمن مدعى النصف عليه، كما أن مدعى النصف يحلف على جميع ما يأخذه من السدسين للمستوعب الذى يدعيهما عليه.

و فى كشف اللثام بعد أن ذكر ما سمعت قال: «و كون الباقي بين الآخرين على هذين التقديرين مبنى على ما سيأتى من إسقاط بينه الداخلى اليمين، و إلا فمن أقام بينه أخذ ما يدعيه مما فى أيدى الباقين و بقى ما فى يده و باقى ما فى أيديهما يتنازعان فيه، فما بأيديهما يقتسمانه كما ذكر، و ما فى يد ذى البينه خارج عن أيديهما، فيقرع و يحكم بكله أو بعضه لمن حلف منهما».

و قد يناقش فيه بأنه لا يتم ذلك فى المشاع، بل مناف لما تسمعه من إقامة كل منهم البينه المنزله على ما فى يده إلا ما زاد عليه، على أن البينه لا تزيد على إثبات المشاع الذى كانت تقتضيه اليد، و كأن الذى أحوجه إلى ذلك ذكرهم البينه هنا، و ظاهرهم عدم الاحتياج معها إلى يمين مع معرفيه تقديم بينه الخارج عندهم، كمعروفيه عدم الاكتفاء بها عن اليمين فى الداخلى، و مع هذه المقدمات يقتضى تنزيل مفاد البينه على الخارج بالتقرير الذى ذكره.

إلا- أن ذلك كله كما ترى، بل كلام الأصحاب الآتى فيما لو أقام كل منهم البينه كالصریح فى خلافه، فلا محيص عن حمل كلامهم هنا على تقدير تقديم بينه الداخلى، أو على الاكتفاء بها عن اليمين، أو التزام اليمين على ما فى اليد فتأمل.

و إن أقام كل منهم بينه فان قضينا مع التعارض بينه الداخلى فالحكم كما لو لم تكن بينه، لأن لكل واحد بينه و يدا على الثلث ف تقسم الدار بينهم حينئذ أثلاثا و إن قضينا بينه الخارج و هو الأصح

كما عرفت كان لمدعى الكل مما فى يده ثلاثة من اثنى عشر بغير منازع لأنه لا معارض له فيما فى يده إلا مدعى النصف بنصف سدس، و هو واحد من الأربعة التى هى الثلث الذى فى يده و كان له أيضا الأربعة التى فى يد مدعى النصف أى الثلث لقيام البينة له أى لصاحب الكل بها و سقوط بينه صاحب النصف بالنظر إليها، إذ الفرض أنه لا تقبل بينه ذى اليد على ما فى يده و كان له أيضا ثلاثة مما فى يد مدعى الثلث الذى بينته داخل بالنسبة إليه بخلاف بينه المستوعب و حينئذ يبقى واحد مما فى يد مدعى الكل المدعى النصف (١١) لأن بينته بالنسبة إليه بينه خارج، و لا تعارضها بينه المستوعب التى هى داخله بالنسبة إليه و واحد مما فى يد مدعى الثلث يدعيه كل واحد من مدعى النصف و مدعى الكل (١٢) و هو خارج عنهما، ف يقرع بينهما (١٣) بعد تساوى بينتهما و يحلف من يخرج اسمه و يقضى له (١٤) فان امتنع احلف الآخر و قضى له فان امتنع قسم بينهما نصفين (١٥) كما عرفته فى العين التى تداعياها و هى خارجه عنهما. و حينئذ فيحصل (١٦) من مجموع ما عرفت لصاحب الكل عشرة و نصف، و لصاحب النصف واحد و نصف، و تسقط دعوى مدعى الثلث (١٧) فان بينته داخله، فلا تعارض الخارجه.

و قد ظهر لك من ذلك كله أن لمدعى النصف من الاثنى عشر ثمن، و لمدعى الكل سبعة أثمان، فإذا أردت إخراج ذلك صحيحا فرضت النزاع فى أربعة و عشرين، فإن لمدعى الكل منها واحدا و عشرين، و لمدعى النصف ثلاثة.

هذا و فى القواعد جعل لمدعى النصف سدسا، و للمستوعب خمسة أسداس، و هو مبنى على أخذ السدس تاما من المستوعب. و فيه أنه

لا يدعيه تماما عليه، بل يدعى نصفه عليه و النصف الآخر على مدعى الثلث، كما عرفت، و الله العالم.

و لو كانت يدهم جميعا خارجه و اعترف ذو اليد بأنه لا يملكها و لا بينه فللمستوعب النصف، لعدم المنازع له فيه من كل من مدعى النصف و الثلث، و يقرع فى النصف الآخر، فان خرجت للمستوعب أو للثانى حلف و أخذ، و إن خرجت للثالث حلف و أخذ الثلث، ثم يقرع بين الآخرين فى السدس، فمن خرج حلف و أخذ.

و لو أقام أحدهم خاصه بينه فان كانت للمستوعب أخذ الجميع، و إن أقامها مدعى النصف أخذه، و يبقى للمستوعب السدس بغير منازع، و الثلث يتنازع فيه مع مدعيه، و الحكم فيه كما لو لم تكن بينه. و لو أقامها مدعى الثلث أخذه و للمستوعب السدس أيضا بغير منازع، و النصف يقرع فيه بين مدعيه و المستوعب.

و إن أقام كل منهم بينه و تساوت فالنصف للمستوعب، لعدم المنازع، و السدس الزائد على الثلث يتنازعه المستوعب و مدعى النصف، و قد تعارضت فيه بينتاهما، و الثلث يدعيه الثلاثة و قد تعارضت فيه البيئات الثلاثة، فيقرع بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه، فمن خرج اسمه حلف و أخذ، فإن نكلوا اقتسموا المتنازع فيه، فيقسم المستوعب و مدعى النصف السدس بينهما نصفين لأنهما المتنازعان فيه دون مدعى الثلث، و أما الثلث فيقتسمونه أثلاثا بينهم، فيكون للمستوعب النصف بلا- منازع و نصف السدس و ثلث الثلث، و لمدعى النصف ثلث الثلث و نصف السدس، و لمدعى الثلث ثلث الثلث خاصة و هو التسع، و تصح فى ستة و ثلاثين، للمستوعب خمسة و عشرون، ثمانية عشر بلا نزاع و ثلاثة نصف السدس الزائد و أربعة ثلث الثلث، و لمدعى النصف سبعة، ثلاثة نصف السدس و أربعة ثلث

الثالث، و لمدعى الثالث أربعه، ثلث الثالث، هذا كله على المشهور.

و أما على العول فتصح فى أحد عشر، للمستوعب سته، و لمدعى النصف ثلاثه، و لمدعى الثالث اثنان، لأن فريضةهم من سته، و يعال عليها نصفها و ثلثها، و الله العالم.

و لو كانت فى يد أربعه فادعى أحدهم الكل و الآخر الثلثين و الثالث النصف و الرابع الثلث ففى يد كل واحد ربعها بناء على ما عرفته من اقتضاء اليد ذلك فان لم تكن بينه قضينا لكل واحد منهم بما فى يده و أحلفنا كلا منهم لصاحبه لأنه لم يخلص لأحد منهم، و لو كانت يدهم خارجه فان أقام أحدهم بينه حكم له.

و إن كان لكل منهم بينه خالص لصاحب الكل الثالث، إذ لا مزاحم له فيه من كل واحد من الثلاثة مع تداخل الدعاوى بعضها فى بعض و إرادته القضاء فيها أجمع، لا أن له ذلك على كل حال حتى لو أراد رفع اليد عن الدعوى أو كانت الدعاوى مترتبة و كان القضاء بين كل واحد مع الأخرى مستقلا إلا مع إقرار المدعى بالثلث مثلا أن له ذلك فى النصف المدعى به مثلا.

و حينئذ مع التداخل المزبور و إرادته القضاء فى الجميع يبقى التعارض بين مدعى الكل و مدعى الثلثين فى السدس الزائد على النصف، إذ لا ينازعهما فيه أحد من الباقيين فيقرع بينهما فيه بعد تساوى البيتين عداله و عددا، فمن خرج اسمه حلف و أخذه، و إلا حلف الآخر، فان امتنعا قسم بينهما نصفين.

ثم يقع التعارض بين مدعى الكل و مدعى الثلثين و مدعى الصنف فى السدس أيضا (١١) و هو الزائد على الثلث لا ينازعهم فيه الرابع فيقرع بينهم فيه (١٢) على الوجه السابق ثم يقع التعارض بين الأربعة

فى الثلث الباقى فىقرع بينهم فىه أىضا و ىختص به من تقع القرعه له بعد ىمینه و قد عرفت غیر مره أنه لا ىقضى فى نحو الفرض لمن ىخرج اسمه بها إلا مع الیمین.

و لا ىستعظم أن ىحصل بالقرعه الكل لمدعى الكل بخروج القرعه له فى المراتب كلها فان ما حکم الله تعالى به غیر مخطئ فلا قسمه بتعارض البینات من غیر قرعه كما ذهب إلیه بعضهم للاستبعاد المزبور.

و لو نکل الجمیع عن الأیمان قسمنا ما ىقع التذافع فىه بین المتنازعین فى کل مرتبه بالسویه و حیثذ فتصح القسمه من سته و ثلاثین سهما لأنها أقل عدد لسدسه نصف و ثلث.

لمدعى الكل عشرون (١١) منها، اثنا عشر بلا نزاع، و ثلاثه نصف السدس الذى تنازع فىه مع مدعى الثلثین، و اثنان ثلث السدس الذى تنازع فىه معه أىضا و مع مدعى النصف، و ثلاثه ربع الثلث الذى یتنازع فىه مع الجمیع.

و لمدعى الثلثین ثمانیه (١٢) ثلاثه نصف السدس الذى تنازع فىه مع مدعى الكل، و اثنان ثلث السدس الذى تنازع فىه معه أىضا و مع مدعى النصف، و ثلاثه ربع الثلث الذى تنازع فىه مع الجمیع.

و لمدعى النصف خمسہ (١٣) اثنان ثلث السدس الذى تنازع فىه مع مدعى الجمیع و مدعى الثلثین، و ثلاثه ربع الثلث الذى تنازع فىه مع الجمیع.

و لمدعى الثلث ثلاثه (١٤) ربع الثلث الذى تنازع فىه مع الجمیع.

و حیثذ ىكون الإقراع فى مواضع ثلاثه، أو ىقال: قد لا- ىحتاج إلی ذلك، بل يأخذ المستوعب الثلث بلا مزاحم، ثم یتقارع الجمیع فى الباقى، فإن خرج المستوعب أو الثانى أخذه، فان كلا منهما ىدعى كله، و إن خرج الثالث أخذ منه النصف و أقرع بین الثلاثه الباقرین فى الباقى و هو

السدس، فمن خرج أخذه، وإن خرج الرابع أخذ الثلث و أفرع بين الثلاثة الباقيين فى الثلث الباقي، هذا كله مع خروج المدعى به عن أيديهم.

و لو كان المدعى به فى يد الأربعة ف قد عرفت أن فى يد كل واحد ربعها، فإذا أقام كل واحد منهم بينه بدعواه قال الشيخ: يقضى لكل واحد بالربع، لأن له بينه و يدا بناء منه على تقديم بينه الداخلى.

و الوجه القضاء بينه الخارج على ما قررناه و حينئذ فيسقط اعتبار بينه كل واحد بالنظر إلى ما فى يده و يكون ثمرتها فى ما يدعيه مما فى يد غيره، فيجمع بين كل ثلاثة منهم على ما فى يد الرابع و ينتزعه لهم، و يقضى فيه بالقرعه و اليمين، و مع الامتناع بالقسمه على حسب ما تقدم فيجمع بين مدعى الكل و النصف و الثلث على ما فى يد مدعى الثلثين و ذلك ربع اثنين و سبعين لأننا نريد عددا لربعه ثلث و تسع و لتسع ربعه نصف و هى كذلك و هو أى ربعها ثمانية عشر، فمدعى الكل يدعيها أجمع و مدعى النصف يدعى منها ستة لأن دعواه ستة و ثلاثين و بيده منها ثمانية عشر، و الباقي له ثمانية عشر على الثلاثة فى كل ربع ستة و مدعى الثلث يدعى منها اثنين (١١) تسعها، لأن دعواه الثلث أربع و عشرون، بيده منها ثمانية عشر، فالباقي له ستة على ربع كل واحد من الثلاثة اثنان.

و حينئذ فنكون عشره منها لمدعى الكل (١٢) بلا- نزاع لقيام البينه بالجميع الذى تدخل فيه العشره (١٣) التى قد عرفت عدم منازعه الآخرين له فيها و يبقى ما يدعيه صاحب النصف- و هو ستة- يقرع بينه و بين مدعى الكل فيها و يحلف (١٤) من يخرج اسمه و إلا حلف الآخر و مع الامتناع يقسم بينهما (١٥) نصفين على حسب ما عرفته فى غيرها

و يبقى ما يدعيه صاحب الثلث و هو اثنان يقرع عليه بين مدعى الكل و بينه، فمن خرج اسمه أحلف و أعطى و لو امتنعا قسم بينهما نصفين على حسب ما عرفته مكررا.

ثم يجمع دعوى الثلاثه على ما فى يد مدعى النصف و هو ثمانية عشر أيضا فصاحب الثلثين يدعى عليه عشره لأن دعواه الثلثين ثمانية و أربعين و بيده ثمانية عشر منها، فالباقي له ثلاثون على كل منهم عشره، و هى خمسه أتساع ثمانية عشر و مدعى الثلث يدعى منها اثنين كما عرفته و حينئذ يبقى فى يده منها ستة لا يديعها إلا مدعى الجميع، فتكون له لقيام البينه على الجميع التى تدخل فيه و يقارع الأخيرين فى العشره و الاثنين ثم يحلف (١١) من يخرج اسمه و إن امتنعوا أخذ (١٢) من كل منهما نصف ما ادعياه (١٣) و هو خمسه من العشره و واحد من الاثنين.

ثم يجتمع الثلاثه على ما فى يد مدعى الثلث و هو (١٤) أيضا ثمانية عشر فمدعى الثلثين يدعى منه عشره (١٥) لما عرفت و مدعى النصف يدعى ستة (١٦) لما عرفت أيضا يبقى (١٧) منه اثنان لمدعى الكل (١٨) بلا منازع و يقارع على ما أفرد للآخرين فان امتنعوا عن الأيمان قسم ذلك بين مدعى الكل و بين كل واحد منهما بما ادعاه (١٩) على حسب ما عرفت.

ثم تجتمع الثلاثه على ما فى يد مدعى الكل (٢٠) و هو أيضا ثمانية عشر فمدعى الثلثين يدعى عشره (٢١) منها لما عرفت و مدعى النصف يدعى (٢٢) منها ستة، و مدعى الثلث يدعى اثنين، فتخلص يده عما كان فيها (٢٣) لأن ذلك تمام ثمانية عشر، و إذا تم ذلك فيكمل لمدعى الكل ستة و ثلاثون من أصل اثنين و سبعين (٢٤) أربعة عشر مما فى

يد الثانى، و اثنا عشر مما فى يد الثالث، و عشره مما فى يد الرابع و لمدعى الثلثين عشرون خمسه مما فى يد الثالث، و خمسه اخرى مما فى يد الرابع، و عشره مما فى يد المستوعب و لمدعى النصف اثنا عشر ثلاثه مما فى يد الثانى. و ثلاثه اخرى مما فى يد الرابع، و ستة مما فى يد المستوعب و لمدعى الثلث اربعة اثنان مما فى يد المستوعب، و اثنان مما فى يد الباقيين هذا إن امتنع صاحب القرعه عن اليمين و منازعه و إلا كان الحاصل غير ذلك كما هو ظاهر.

كظهور الحكم لو أقام أحدهم بينه خاصه، بل و ظهور غير ذلك مما تقدم نظيره فى المسائل السابقه، فتدبر.

[المسأله السابعه إذا تداعى الزوجان متاع البيت قضى لمن قامت له البيئه]

المسأله السابعه:

إذا تداعى الزوجان متاع البيت الذى فى يدهما كلا أو بعضا قضى به لمن قامت له البيئه منهما مطلقا بلا خلاف كما فى الرياض.

و إن لم تكن بينه فيد كل واحد منهما على نصفه، قال فى المبسوط و تبعه العلامه فى القواعد و ولده فى المحكى من شرحه يحلف كل منهما لصاحبه كغير المتاع مما يتداعى فيه اثنان مثلا و كان فى أيديهما سواء كان مما يختص بالرجال كالعمائم و الطيالس و السلاح و الدرع و نحوها أو النساء (١١) كالحلى و المقانع و نحوها أو يصلح لهما (١٢) كالفرش و الأوانى و سواء كانت الدار لهما أو لأحدهما (١٣) أو لغيرهما و سواء كانت الزوجيه باقيه أو زائله (١٤) بطلاق و نحوه، بل فى كشف اللثام و سواء كانت يدهما عليه مشاهده كعمامه أو خلخال

لبسائه (يلبسانه خ ل) أو حكما و هو الكون فى بيت يسكنانه، و سواء جرت العاده بجهاز مثلها بقدره أم لا، كل ذلك للعمومات التى منها

«البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه»(١).

و يستوى فى ذلك تنازع الزوجين و الوارث أو أحدهما مع الآخر، لأعميه الدليل المزبور من ذلك كله، خلافا للمحكى عن أبى حنيفه من أنه إن تنازع أحدهما و ورثه الآخر فالقول قول الباقي منهما، و أنه إن كان فى يدهما حكما فما يصلح للرجال أو لهما فالقول قوله، و إلا فقولها و عن أبى يوسف إن جرت العاده فى جهاز مثلها بقدره فالقول قولها.

و قال الشيخ فى الخلاف و محكى النهايه ما يصلح للرجال للرجل، و ما يصلح للنساء للمرأة، و ما يصلح لهما يقسم بينهما بعد التحالف أو النكول، و قد سبقه إلى ذلك الإسكافى و لحقه ابنا حمزه و إدريس و الكيدرى و القاضى فى ظاهره- و إن خصه بحال الطلاق- و يحيى بن سعيد و الفاضلان فى النافع و التحرير و التلخيص و أبو العباس فى المهذب و الشهيد فى الدروس و غيرهم على ما حكى عن بعضهم.

بل فى المسالك نسبه إلى الأكثر، بل عن نكت النهايه للمصنف نسبه إلى المشهور، بل عن الخلاف و السرائر الإجماع عليه، و هو الحجه بعد

صحيح النخاس(٢) عن الصادق (عليه السلام) «إذا طلق الرجل امرأته و فى بيتها متاع فلها ما يكون للنساء، و ما يكون للرجال و النساء يقسم بينهما، قال: و إذا طلق الرجل المرأة فادعت أن المتاع لها و ادعى الرجل أن المتاع له كان له ما للرجال و لها ما للنساء».

١- ١ الوسائل - الباب - ٣- من أبواب كيفية الحكم.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٨- من أبواب ميراث الأزواج - الحديث ٤ من كتاب الفرائض.

و الموثق(١) «في امرأه تموت قبل الرجل أو رجل يموت قبل المرأة قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأة، و ما كان من متاع الرجال و النساء فهو بينهما، و من استولى على شىء منه فهو له».

و خبر زرعه عن سماعه(٢) «سأله عن الرجل يموت ما له من متاع البيت؟ قال: السيف و السلاح و ثياب جلده»

و قصور الدلالة عن إفاده تمام المدعى صريحا- كما ذكره جماعه- غير ضائر بعد اعترافهم بالظهور.

هذا و فى روايه مرويه بعده طرق فيها الصحيح و الموثق أنه للمرأة، لأنها تأتي بالمتاع من بيت أهلها و أفتى بها الشيخ أيضا فى المحكى من استبصاره.

قال عبد الرحمن بن الحجاج فى الصحيح(٣) «سألنى أبو عبد الله (عليه السلام) كيف قضاء ابن أبى ليلى؟ قلت: قد قضى فى مسأله واحده بأربعه وجوه فى التى يتوفى عنها زوجها فيجىء أهله و أهلها فى متاع البيت، فقضى فيه بقول إبراهيم النخعى: ما كان من متاع الرجل فللرجل، و ما كان من متاع النساء فللمرأة، و ما كان من متاع يكون للرجل و المرأة قسمه بينهما نصفين، ثم ترك هذا القول، فقال: المرأة بمنزله الضيف فى منزل الرجل، لو أن رجلا أضاف رجلا فادعى متاع بيته كلف البيئه، و كذلك المرأة تكلف البيئه، و إلا- فالمتاع للرجل، و رجع إلى قول آخر، فقال: القضاء أن المتاع للمرأة إلا أن يقيم الرجل البيئه على ما أحدث فى بيته، ثم ترك هذا القول، و رجع إلى قول إبراهيم الأول،

١- ١ الوسائل - الباب - ٨- من أبواب ميراث الأزواج - الحديث ٣- ٢ من كتاب الفرائض.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٨- من أبواب ميراث الأزواج - الحديث ٣- ٢ من كتاب الفرائض.

٣- ٣ أشار إليه فى الوسائل - الباب - ٨- من أبواب ميراث الأزواج الحديث ١ و ذكره فى التهذيب ج ٦ ص ٢٩٧ الرقم ٨٢٩.

فقال أبو عبد الله (عليه السلام): القضاء الأخير و إن كان رجوع عنه، المتاع متاع المرأة إلا أن يقيم الرجل البيئه، قد علم من بين لابتيتها- يعنى بين جبلى منى، لأنه قاله و نحن يومئذ بمنى- إن المرأة تزف إلى بيت زوجها بمتاع».

و فى

خبر آخر له (١) أيضا حكى للصادق (عليه السلام) فيه اختلاف ابن أبى ليلى فى هذه المسأله و قضاءه فيها أربع قضيات أولها كما فى الخلاف و ثانيها كما سمعته من المبسوط ثم قال: «ثم قضى بعد ذلك بقضاء لولا أنى شهدته لم أرده عليه، ماتت امرأه منا و لها زوج و تركت متاعا فرفعته إليه، فقال: اكتبوا لى المتاع فلما قرأه قال: هذا يكون للمرأة و الرجل فقد جعلته للمرأة إلا الميزان فإنه من

متاع الرجل، ثم سألته ما تقول فيه؟ فقال: القول الذى أخبرتنى أنك شهدته منه قال:

يكون المتاع للمرأة، فقال (عليه السلام): لو سألت من بينهما يعنى الجبلين- و نحن يومئذ بمكة- لأخبروك أن الجهاز و المتاع يهدى علانيه من بيت المرأة إلى بيت الرجل، فتعطى الذى جاءت به، و هو المدعى، فان زعم أنه أحدث فيه شيئا فليأت بالبيئه».

و كيف كان ف ما ذكره فى الخلاف أشهر فى الروايات و أظهر بين الأصحاب بل عن المبسوط أيضا نسبه إلى روايات الأصحاب، بل لعل ما فى المختلف راجع إليه- و إن جعله فى المسالك قولاً رابعاً و اختاره ناسباً له إليه و إلى الشهيد فى الشرح و جماعه من المتأخرين.

قال: «و المعتمد أن نقول: إنه إن كان هناك قضاء عرفى يرجع إليه و يحكم به بعد اليمين، و إلا كان الحكم فيه كما فى غيره من الدعاوى- إلى أن قال:- لنا أن عاده الشرع فى باب الدعاوى بعد الاعتبار

و النظر راجعه إلى ما ذكرنا، و لهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الأصل، و بأن المتشبهت أولى من الخارج، لقضاء العاده بملكه ما فى يد الإنسان غالباً، و حكم بإيجاب البيه على من يدعى خلاف الظاهر، و الرجوع إلى من يدعى الظاهر. و أما مع انتفاء العرف فلتصادم الدعويين مع عدم الترجيح لأحدهما فتساويا فيها- ثم قال أيضا:- و اعلم أن ما رواه الشيخ من الأحاديث يعطى ما فصلناه نحن أولا، و يدل عليه حكمه (عليه السلام) بأن العاده قاضيه بأن المرأه تأتي بالجهاز من بيتها، فحكم لها به، و أن العاده قاضيه بأن ما يصلح للرجال خاصه فإنه يكون من مقتضياته دون مقتضيات المرأه، و كذا ما يصلح للمرأه خاصه يكون من مقتضياتها دون مقتضيات الرجل، و المشترك يكون للمرأه قضاء لحق العاده الشائعه، و لو فرض خلاف هذه العاده فى وقت من الأوقات أو صقع من الأصقاع لم يحكم لها» ضروره أن مبناه أولا و آخرا الرجحان الناشئ من العاده و لو لكون الشىء لا يصلح إلا لأحدهما، فإن العاده قاضيه بذلك، فمرجع كلام المشهور حينئذ إلى ذلك، خصوصا بعد تصريح ابن إدريس الذى قد عرفت دعواه الإجماع على ذلك فى ما حكى عنه بذلك.

قال بعد ذكر القول المزبور: «و تعضده الأدله، لأن ما يصلح للنساء الظاهر أنه لهن و كذلك ما يصلح للرجال، و أما ما يصلح للجميع فيدهما معا عليه، فيقسم بينهما، لأنه ليس أحدهما أولى به من الآخر، و لا يترجح أحدهما على الآخر».

و حينئذ فإطلاق بعض عبارات بعض القائلين منزل على ذلك، كما جزم بذلك فى الرياض تبعاً للأردبيلي فى شرحه.

لكن فى التنقيح بعد أن اختار ما سمعته من المبسوط قال: «لتكافؤ الدعويين من غير ترجيح، و لأن الحكم بما يصلح له لو كان حقا لزم

الحكم بمال شخص معين لغيره، لكونه صالحا لذلك الغير، و هو باطل، بيان اللزوم أنه جاز أن يموت للمرأة أب أو أخ فترث منه عما ثم و طياله و دروعا و سلاحا، و تموت للرجل أم أو أخت فيرث منها حليا و مقانع و قمصا مطرزه بالذهب، و يكون ذلك تحت أيديهما، فلو حكم لكل بما يصلح له لزم الحكم بمال الإنسان لغيره، لا يقال قال النبي (صلى الله عليه و آله): نحن نحكم بالظاهر و الله أعلم بالسرائر، و ما ذكرنا هو الظاهر، لأننا نقول: نمنع أن ذلك هو الظاهر، لأن الظاهر راجح غير مانع من النقيض، و مع ما ذكرنا من الاحتمال لا رجحان، و أما ما ذكره العلامة من العرف فممنوع، لأنه لو كان قاعده شرعيه لزم الحكم بذلك في غير الزوجين لو حصل التداعي بين رجل و امرأه في متاع هذا شأنه، و هو باطل».

و أظن في الرياض في رده بأنه اجتهاد في مقابله النص، و بأن الظاهر لا ينافيه الاحتمال، و بأن الأدله المزبوره كافيه في حجيه مثل هذا الظاهر هنا و إن لم يتعد إلى غيره.

قلت: قد يقال: لا ظهور في النصوص بل و لا الفتاوى على وجه يخرج به عن القواعد المحكمه المقتضيه للحكم باليد المفروض اشتراكها على ما لا يصلح إلا لأحدهما.

نعم لو كانت يد فعليه لأحدهما و لو لعدم وقوع الاستعمال في ما مضى من الزمان إلا من أحدهما زائده على يد البيت المشتركه بينهما اتجه الحكم له به حتى لو كان من المختص بغيره، و كذا لو علم بأنه في الأصل له و إن وضعه في البيت المفروض اشتراكه في اليد لهما، فان اليد البيتيه لا تصلح قاطعه لاستصحاب الملك، و لعل

قوله (عليه السلام) في

صحيح ابن الحجاج (١) السابق: «فتعطى الذى جاءت به من أهلها»

شاهد على ذلك، ضروره أن الذى جاءت به جعلته فى البيت المشترك بينهما.

أما إذا لم يكن ذلك و كانت اليد البيته لهما معا عليه و لا- طريق إلى معرفه مالكة إلا يدهما عليه فالمتجه حينئذ الحكم به بينهما، و يمكن تنزيل النصوص على ذلك، بل لعل

قوله (عليه السلام) فى آخر الموثق (٢): «و من استولى شيئا فهو له»

الذى هو كالأستدلال على ما قدمه من الحكم مشعر أو ظاهر فى ذلك، كاشعار

قوله (عليه السلام) (٣): «ثياب جلده»

و نحوه، بل لعل متاع النساء كذلك، فان المراد ما يتمتعن به و يستعملنه فعلا، و مجرد كونه لا يصلح إلا للنساء مثلا مع عدم العلم بإعداده للزوجه أو غيره لا- ظهور فى اختصاصه بالنساء كما سمعته من المقداد، و ربما كان فى كلام ابن حمزه ظهور فى الجملة فى بعض ما قلناه، لأنه قال: «و إن كان فى يد أحدهما- أى شىء من متاع البيت- كانت البيه على اليد الخارجه و اليمين على المتشبهه».

و على كل حال فإن أمكن تنزيل النصوص و الفتاوى على ذلك بمعنى اختصاص كل منهما بما يصلح له مما كان فى يده و لو باختصاص استعماله له أو كان معلوم الأصل أنه له كانت المسأله حينئذ على القواعد، و إلا فلا ريب فى أن المتجه المشهور، لكن فى خصوص المفروض الذى لم يكن لأحدهما يد زائده

على اليد البيته عليه، و لا علم كون أصله لأحدهما عملا بالنصوص المزبوره المعتضده بما سمعت.

و لا- ينافيها النصوص (٤) الداله على كون المتاع للمرأة مطلقا التى قد سمعتها بعد عدم العمل بها من أحد حتى الشيخ فى الاستبصار المحتمل

١- ١ الوسائل- الباب- ٨- من أبواب ميراث الأزواج- الحديث ١ من كتاب الفرائض.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٨- من أبواب ميراث الأزواج- الحديث ٣ من كتاب الفرائض.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٨- من أبواب ميراث الأزواج- الحديث ٢ من كتاب الفرائض.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ٨- من أبواب ميراث الأزواج من كتاب الفرائض.

كون ما فيه جمعا بين الأخبار لا فتوى، على أنها غير صريحه، بل ولا ظاهره في المخالفه، بل الأخير منها ظاهر في إرادته المتاع الذى تأتي به من أهلها.

بل لعل التأمل فى النصوص يقتضى تنزيلها على اعتياد كان فى السابق أن المرأه تأتي بالمتاع التى يحتاجه البيت من فراش و رحي و أوانى و نحوها، بل هى كالصريحه فى عدم حكم خاص تعبدى بين الرجل و زوجته فى ذلك، أو تنزيلها على إرادته بيان فساد القول بكونها كالضيف، لأن كل أحد يعلم أنها حين تزف إلى زوجها تزف بمتاع، أو غير ذلك، فلاحظ و تأمل حتى تعرف قصورها عن معارضه غيرها من وجوه، فضلا عن القواعد الشرعيه.

على أنك قد سمعت ما ذكره الفاضل من دعوى دلالة هذه النصوص على ما عرفته منه الذى قد نزل بعضهم كلام المشهور عليه و إن كان هو بعيدا جدا.

بل كلامه عند التأمل فى غايه البعد، إذ حاصله استفاده الحكم الشرعى من الحكم العادى، و هو واضح الفساد، ضروره عدم مدخلية للعاده فى الأحكام الشرعيه، نعم قد يرجع إلى العرف فى موضوع الحكم الشرعى لا فيه نفسه، و دعوى دوران صدق المدعى و المدعى عليه على العاده المزبوره حتى لو كان فى يد الآخر واضحه المنع، بل من المقطوع به عدم إرادته ذلك.

و بالجمله كلامه لا يرجع إلى حاصل ينطبق على القواعد الشرعيه الموافقه لأصول الإماميه، و إن مال إليه جماعه ممن تأخر عنه.

بل من ذلك يعلم النظر فيما ذكره فى القواعد من أنه لو كان فى دكان عطار و تجار فاختلفا فى قماشه أى ما فيه من آلات حكم لكل بآله

صناعته مع يمينه، على أنه لا يوافق مختاره فيها في مسأله المتاع، فتأمل جيداً.

و كيف كان ف لو ادعى أبو الميته أنه أعارها بعض ما فى يدها من متاع أو غيره كلف البينه كغيره من الأسباب للعمومات و لكن فيه روايه بالفرق بين الأب و غيره ضعيفه فى احتمال فى الكافى و التهذيب نعم هى فى الفقيه هى صحيحه جزماً على ما قيل، و هى

روايه جعفر بن عيسى (١) قال: «كتبت إلى أبى الحسن (عليه السلام) جعلت فداك المرأة تموت فيدعى أبوها أنه أعارها بعض ما كان عندها من متاع و خدم أتقبل دعواه بلا بينه أم لا تقبل دعواه بلا بينه؟ فكتب (عليه السلام): يجوز بلا بينه، قال: كتبت إليه جعلت فداك إن ادعى زوج المرأة الميته أو أب الزوج أو أم زوجها فى متاعها أو خدمها مثل الذى ادعى أبوها من عاريه بعض المتاع أو الخدم أ يكونون بمنزله الأب فى الدعوى؟ فكتب: لا».

و قد أظن ابن إدريس فى ردها بأنها كتابه، و لا يجوز للمستفتى أن يرجع إلا إلى قول المفتى دون ما يجده بخطه بغير خلاف من محصل ضابط لأصول الفقه إلى أن قال: «و لقد شاهدت جماعه من متفقهم أصحابنا المقلدين لشواذ الكتاب يطلقون بذلك و أن أبا الميته لو ادعى كل المتاع و جميع المال كان قوله مقبولاً بغير بينه، و هذا خطأ عظيم فى هذا الأمر الجسيم، لأنهم إن كانوا عاملين بهذا الحديث فقد أخطأوا من وجوه: أحدها أنه لا يجوز العمل بأخبار الآحاد عند محصلى أصحابنا على ما كررنا القول فيه و أطلقناه، الثانى أن من يعمل بأخبار الآحاد لا يقول بذلك و لا يعمل به إلا إذا سمعه من الراوى من الشارع، و الثالث أن الحديث ما فيه أنه ادعى أبوها جميع متاعها و خدمها، و إنما قال لبعض ما كان عندها،

و لم يقل جميع ما كان عندها، ثم إنه مخالف لأصول المذهب و لما عليه إجماع المسلمين أن المدعى لا يعطى بمجرد دعواه- إلى أن قال. ثم لم يورد هذا الحديث إلا القليل من أصحابنا، و من أورده في كتابه لا يورده إلا في باب النوادر، و شيخنا المفيد و سيدنا المرتضى لم يتعرضا له و لا أوردها في كتبهما، و كذلك غيرهما من محققى أصحابنا، و شيخنا أبو جعفر ما أورده في كتبه، بل في كتابين منها فحسب إيرادا لا اعتقادا، كما أورد أمثاله من غير اعتقاد لصحته- إلى

أن قال:- ثم شيخنا أبو جعفر الطوسي رجع عنه و ضعفه في جواب المسائل الحائريات المشهورة عنه المعروفه» ثم حكى عن المفيد أن النوادر هي التي لا عمل عليها، ثم احتمل حمله على الاستفهام بإسقاط حرفه، أو على إرادته التهجين و الذم لمن يرى ذلك، كما قال الله تعالى(١)«ذُقْ إِنَّكَ أَنْتَ الْعَزِيزُ الْكَرِيمُ» إلى آخره.

و لكن في كشف اللثام «أن الذى رأيناه فى حائريات الشيخ أنه سأل عن الرجل إذا ادعى بعد وفاه ابنته إذا هلكت عند زوجها أنه قد أعارها جميع متاعها هل يقبل قوله فى ذلك كما يقبل فى بعضه؟ و إن ادعى عليها فى حياتها ما ادعاه بعد وفاتها من إعارتها بعض المتاع أو كله فما الحكم فى ذلك؟ فأجاب الشيخ القول قول أبيها فى الحالين مع يمينه أنه كان أعارها و لم يهبه لها و لا استحقه على وجه- ثم قال فى الكشف أيضا:- و عندى لا إشكال و لا مخالفه فيه للأصول، و أن المراد ادعاء الأب فيما جهزها به و علم أنه نقلها من بيت أبيها، و أنه الذى أعطاها، فحينئذ إذا ادعى أنه أعارها فالقول قوله، لأن الأصل عدم انتقال الملك، و الفرق بينه و بين الزوج و أبيه و أمه ظاهر، لجريان العاده بنقل المتاع و الخدم من بيت الأب- ثم قال:- و قريب منه ما فى التحرير من الحمل

على الظاهر من أن المرأة تأتي بالمتاع من بيت أهلها».

قلت: لا- ريب في ضعف الحملين المزبورين في كلام ابن إدريس، لعدم جريانهما في المكاتبه الخاليه عن قرائن الأحوال، على أن ملاحظه آخرها مناف لهما أيضا، و أما ما ذكره في التحرير ففيه أنه لا دليل على حجيه مثل هذا الظاهر الذي لا دليل فيه على البقاء على ملكيه أهلها لذلك مع العلم بكونه منهم» ضروره كون اليد أماره شرعيه على الملك و إن لم يدعه ذو اليد لموت و نحوه، و لا يعارضها أصاله عدم الانتقال و لا غيرها، كما هو واضح.

نعم لو فرض كون الدعوى بين الأب و الوارث أو بينه و بين البنت بدعوى التملك عليه كان القول قوله حينئذ، لأنه منكر حينئذ لا مدع، و على ذلك يحمل ما سمعته من الشيخ في الحائريات، بل يمكن حمل الخبر المزبور عليه.

و لا ينافيه الفرق بين الأب و غيره، لإمكان دعوى غلبه كون الدعوى بينه و بين البنت في ذلك بخلاف غيرهم، و لو فرض كون الدعوى على حسب ما عرفت كان القول قولهم أيضا كالأب و إن أبى الخبر المزبور عن التنزيل على ذلك و نحوه، فلا ريب في عدم جواز العمل به، لضعفه عن مقابله العمومات بعد عدم العمل به من أحد سوى ما يحكى عن الصدوق، حيث رواه في كتابه الذى قال: «إنه لا- يروى فيه إلا- ما يعمل به» و قد ذكرنا غير مره رجوعه عن هذا القول، كما اعترف به بعض الأفاضل، و الله العالم.

[المقصد الثالث فى دعوى الموارىث]

أشاره

المقصد الثالث فى دعوى الموارىث و فىه مسائل:

[المسأله الأولى لو مات المسلم عن ابنين فتصادقا على تقدم إسلام أحدهما على موت الأب و ادعى الآخر مثله فأنكر أخوه]

الأولى لو مات المسلم عن ابنين مثلا فتصادقا على تقدم إسلام أحدهما على موت الأب و ادعى الآخر مثله فأنكر أخوه و لم يعلم تأريخ أحدهما أو علم تأريخ موت الأب دون الآخر فالقول قول المتفق على إسلامه المدعى عليه الشركه مع يمينه أنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه إن كان قد ادعى عليه العلم، و إلا- فلا حلف كما فى كشف اللثام، لأنه ضابط الحلف على نفي فعل الغير.

و كذا لو كانا مملوكين مثلا فأعتقا و اتفقا على حريه أحدهما و اختلفا فى الآخر إذ المناط فى الجميع- و هو استصحاب البقاء على دينه و على رقيته- واحد، كذا ذكره من تعرض لذلك.

لكن قد يشكل الأول بل و الثانى- بناء على أن أصله تأخر الحادث لا تفيد تأخر نفس المدعى به عن نفس الآخر المعلوم تأريخه- بأن ذلك يقتضى عدم الحكم بإسلامه قبل موت الأب، و ذلك لا يكفى فى نفي الإرث المقتضى له نفس الولديه، و الكفر و الرق مانعان، لا الإسلام و الحريه شرطان حتى يكفى فيه عدم تحقق الشرط، و من هنا لو اتفقا على أن

أحدهما لم يزل مسلماً أو حراً و اختلفا فى الآخر جزم فى كشف اللثام بأن القول قول الآخر لأصل الإسلام و الحرية و الإرث، و يحلف على أن الميت لم يسبق إسلامه و لا حرته. و كذا لو ادعى كل منهما ذلك و أنكر الآخر.

و فى المسالك «احتمل فى الأول مساواته فى الحكم للسابق، لأصله عدم الإسلام و تقديم قوله، لأن ظاهر الدار تشهد له، و ليس مع صاحبه أصل يستصحب هنا بخلاف السابق، و كذا فى الثانى احتمال الوجهين:

أحدهما أنه لا يصرف إلى واحد منهما شىء، لأن الأصل عدم الاستحقاق، و ثانيهما جعل المال بينهما بعد حلف كل واحد منهما، لأن ظاهر الدار يشهد لكل منهما- لكنه قال:- أصحابهما الثانى».

و فى كشف اللثام «نعم إن كانت الدار دار كفر و كان إسلام المورث مسبقاً بكفره احتمال ترجيح الظاهر على الأصل، فلا يرث المختلف فيه ما لم يعلم انتفاء المانع من إرثه بالبينة، و لو ادعى المختلف فيه علم الآخر بحاله كان له إحلافه على نفيه».

و فيه ما عرفت أيضاً، و كذا فى قوله أيضاً: «و لو اتفقا على كفر كل منهما أو رقيته زماناً و ادعى كل منهما سبق إسلامه أو حرته على الموت و أنكر الآخر و لم تكن بينه و لا ادعى أحدهما العلم على الآخر أو ادعاه فحلف على العدم لم يرث أحد منهما، لأنه لا- إرث ما لم يثبت انتفاء المانع، و لا- مجال هنا للحلف، لأن كلا منهما مدع لزوال المانع عن نفسه، و أما إنكاره ففى الحقيقة إنكار لعلمه بزوال المانع عن الآخر، و لا- يفيد الحلف عليه، بل خصمهما فى الحقيقة هو الوارث المسلم، فان كان غير الامام (عليه السلام) حلف على عدم العلم بزوال المانع» ضروره أنك قد عرفت الاكتفاء باحتمال سبق زوال المانع مع فرض جهل تأريخ الموت، بل الظاهر الاكتفاء بمقارنته، لإطلاق دليل المقتضى الذى هو

معنى أصل الإرث الذى احتج به سابقا».

و لو أقام أحدهما بينه فى هذه المسائل قضى بها، و لو أقام كل واحد بينه فى صورته اختلافهما بأنه لم يزل مسلما و صاحبه أسلم بعد موت الأب تعارضتا و رجع إلى القرعة مع عدم المرجح، بل الظاهر ذلك أيضا فى الأول الذى لم يتعرض فيه لخصوص تأريخ الموت أو الإسلام و إن جعله فى المسالك أحد الاحتمالات، و الثانى احتمالا و تقديم بينه مدعى تقدم الإسلام، لاشتمالها على زياده، و هى نقله إلى الإسلام فى الوقت السابق، و الأول مستصحب دينه، فمع الأول زياده علم، ورد بأن بينه المتأخر تشهد بالحياه فى زمان بينه المتقدم، فيتحقق التناقض، قال: «و ربما احتتمل ضعيفا تقديم بينه المتأخر بناء على أنه قد يغمى عليه فى التأريخ المتقدم فيظن الشاهدان موته، و هو ضعيف، لأنه قدح فى الشاهد».

و هذه الاحتمالات الثلاثه قد ذكرها غير واحد أيضا فى المسأله الثانیه، و لا ريب فى ضعف الأخيرين منها، نعم لو قلنا بعدم قبول بينه الداخلى و أنه فى المسأله الثانیه مدع تأخر الإسلام اتجه حينئذ تقديم بينه الآخر عليه فيها، و الله العالم.

[المسأله الثانیه لو اتفقا أن أحدهما أسلم فى شعبان و الآخر فى غره رمضان]

المسأله الثانیه:

لو اتفقا أن أحدهما أسلم فى شعبان و الآخر فى غره رمضان أى أوله ثم قال المتقدم: مات الأب قبل دخول شهر رمضان، و قال المتأخر: مات بعد دخول رمضان كان الأصل بقاء الحياه، و التركه بينهما نصفين بلا خلاف و لا إشكال و إن كان المدرك عندنا عدم ثبوت المانع، فالمقتضى حينئذ بحاله لا استصحاب الحياه، فتأمل جيدا.

قال فى كشف اللثام هنا: «و كل من أقام منهما بينه على دعواه ثبتت، و لو أقاما تعارضت البيئتان للتناقض، و ربما يحتمل ضعيفا تقديم مدعى التقديم، لاشتمال دعواه على زياده، و تقديم مدعى التأخير، لجواز أن يكون قد أغمى عليه أولا فتوهم الموت، نعم لو صرح هذه البيئه بالإغماء أولا فلا إشكال فى تقديمها، كما أنه لو صرح الأخرى بأنه كان قد مات و لم يعلم بموته إلا بعد رمضان مثلا لم يكن إشكال فى تقديمها».

قلت: قد عرفت احتمال أن بينه المتأخر بينه داخل فتقدم عليه بينه الخارج فتأمل.

[المسأله الثالثه دار فى يد انسان و ادعى آخر أنها له و لأخيه الغائب إرثا عن أبيهما]

المسأله الثالثه إذا كان دار مثلا- فى يد انسان و ادعى آخر أنها له و لأخيه الغائب إرثا عن أبيهما و أنكر الإنسان ذلك ف أقام المدعى بينه فان كانت كامله و شهدت أنه لا وارث سواهما سلم إليه النصف بلا خلاف و لا إشكال، و القاسم الحاكم أو أمينه أو من فى يده الدار و كان الباقي فى يد من كانت الدار فى يده إلى مجىء الغائب، كما عن المبسوط، لعدم ثبوتها له قبل دعواه بها، إذ البيئه حجه للمدعى بها لا غيره.

و لكن الأقوى ما فى الخلاف من أنه تنتزع منه و تجعل فى يد أمين حتى يعود لأن البيئه حجه شرعيه، كما هو مقتضى إطلاق دليلها إلا إذا ردها ذو الحق أو رفع يدا عن حقه و الحاكم ولى الغائب، و لأنه بإنكاره سقط عن الأمانه، و فى كشف اللثام «و لأن الدعوى للميت و البيئه له، و لذا تقضى منها ديونه و تنفذ وصاياه» و اختاره فى المختلف.

و فيه أن ذلك يقتضى عدم تمامية الدعوى قبل حضور الوارث الآخر، و من هنا قرر ذلك فى المسالك فى وجه اختيار المبسوط لا-الخلافة، و هو مبنى على أن الذى يقوم مقام الميت تمام الوارث لا بعضه، اللهم إلا أن يقال: يكفى فى إثبات كونه للميت إقامه بعض الورثه البينه على ذلك و يتبعه حكم الميراث، بخلاف الشركاء، فإنه لا يكفى إقامه أحدهم البينه فى ثبوت الحق لغيره بدون و كاله أو ولايه، مع احتمالاه، لإطلاق دليل البينه، فتأمل.

و على كل حال ف لا يلتزم القابض للنصف إقامه ضميين بما قبض للأصل و غيره بعد ثبوت الانحصار بالينه.

و نعى بالكامله ذات المعرفه المتقادمه و الخبره الباطنه بما شهدت به و الظاهر الاكتفاء فى ثبوت الوصفين بشهادتهما بذلك بعد ثبوت عدالتهما، بل الظاهر كون المراد بكمالها أنها تشهد بالنفى، و حينئذ فعدم شهادتها بذلك هو عدم كمالها، فقول المصنف و لو لم تكن البينه كامله و شهدت أنها لا تعلم وارثا غيرهما بمنزله التفسير لها كقوله أولاً:

«و شهدت» إلى آخره.

لكن فى المسالك «قد اختلفت عبارات الأصحاب فى معنى البينه الكامله هاهنا، فمقتضى عباره المصنف و الأكثر أن المراد بها ذات الخبره و المعرفه بأحوال الميت، سواء شهدت بأنها لا تعلم وارثا غيرهما أم لا، و حينئذ تنقسم إلى ما يثبت بها حق المدعى بأن تشهد بنفى وارث غيره و إلى غيره، و هى التى لا تشهد بذلك» و قال أولاً فى بيان الشهاده:

«إذا شهد عدلان من أهل الخبره بباطن حال الميت أن هذا ابنه مع آخر ليس له وارث غيرهما فى ما يعلمان، و لا يجب القطع بل لا يصح، و لا تبطل به شهادتهم» و تبعه فى ذلك كله كاشف اللثام فى تفسير عباره

القواعد التي هي مثل عبارته المتن.

و ما أدري ما الذي دعاهما إلى ذلك!! مع أن حمل العبارة على إرادته التفسير أولى، كما هو صريح الإرشاد، قال: «و لو ادعى ما فى يد الغير أنه له و لأخيه الغائب بالإرث و أقام بينه كامله بأن شهدت بنفى وارث غيرهما سلم إليه النصف، و لا ينافى ذلك قوله فى المتن: و نعى» إلى آخره المحمول على إرادته بيان أن الشهادة بالنفى على وجه القطع لا تكون غالباً إلا من ذى الخبره الباطنه، و دعوى المفروغيه من الاجتزاء بشهادته ذى الخبره بنفى العلم محل منع و إن جزم به فى الدروس كدعوى المفروغيه من عدم قبول شهادته غير ذى الخبره بالنفى على وجه القطع، بل هو فى الحقيقه قدح فى الشاهد العدل، فالتحقيق حينئذ الاكتفاء بالشهادة بالنفى من العدل مطلقاً و عدم الاكتفاء بها إذا كانت بنفى العلم كذلك إلا إذا أريد من عدم العلم النفى فيما يعلم، فإنها شهادته بالنفى حينئذ كما هو ظاهر كلامهم خصوصاً الدروس، و بهذا المعنى يمكن الفرق بين ذات الخبره و غيرها، لكن قد يقال: إن الشهادة بالنفى المزبور أيضاً لا تكون إلا من ذى الخبره أو شبهه.

نعم قد يقال بالاكتفاء بالاستصحاب بالشهادة بالنفى ل

خبر معاويه(١)«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): الرجل يكون فى داره ثم يغيب عنها ثلاثين سنه و يدع عياله فيها ثم يأتينا هلاكه و نحن لا ندرى ما حدث فى داره و لا ندرى ما أحدث له من الولد، إلا أنا لا نعلم نحن أنه أحدث فى داره شيئاً و لا حدث له ولد و لا نقسم هذه الدار بين ورثته الذين ترك فى هذه الدار

حتى يشهد شاهداً عدل أن هذه الدار دار فلان بن فلان مات و تركها ميراثاً بين فلان و فلان أو نشهد على هذا، قال: نعم»

و غيره من النصوص.

و على كل حال فما ذكرناه هو المراد بالكمال و عدمه، ضروره عدم اعتبار الكمال زائدا على ذلك فى شىء مما وصل إلينا من الأدله، كما هو واضح.

و بذلك ظهر لك ما فيهما بل و ما فى غيرهما، و من الغريب دعواه فى المسالك عدم إمكان الشهاده بالنفى و عدم صحته إلا على إرادته العلم، إذ هو مخالف للوجدان، كما هو واضح.

فان كانت البيئه كامله بالمعنى المزبور دفع إلى ذى الحق، و إلا أرجئ التسليم حتى يبيح الحاكم عن الوارث مستقصيا بحيث لو كان وارث لظهر لأن أصل العدم لا يفيد انحصار الوارث فى الظاهر، على أن قاعده الضرر الحاصل بضمان من فى يده المال لو ظهر بعد ذلك معارضه له، فأصل البراءه من وجوب الدفع إلى هذا الحاضر الذى لم يعلم انحصار الوارث فيه بحاله.

بل ظاهر قول المصنف و غيره و حينئذ يسلم إلى الحاضر نصيبه و يضمه استظهارا أنه لا يجب الدفع بعد البحث و الفحص إلا بعد أخذ ضامن منه بما يقبضه لو ظهر بعد ذلك، بناء على صحه ضمان العين و المجهول مراعاة للاحتمال الذى يبقى بعد البحث و الفحص.

بل صرح بعضهم كالشهيد فى الدروس و غيره بعدم الاكتفاء بالتكفيل، لإمكان الإتلاف و الإعسار خلافا لما عن ابن حمزه من الاكتفاء به و إن كان ذلك لا يخلو من نظر، ضروره عدم العبره بمثل الاحتمال المفروض شرعا على وجه يرفع وجوب دفع الحق إلى صاحبه، و الأصل براءه ذمته من دفع ضمين، على أنه إذا وجب مع الضمين وجب بدونه، ضروره كون الضمين لا يشخص أنه صاحب الحق، اللهم إلا أن يكون ذلك كله لقاعده الضرر التى هى العمده فى الأحكام المزبوره، و إلا فأصل العدم

لا- زالوا يتمسكون به في الموضوعات من غير اعتبار للفحص و النظر، و قد سمعت جواز الشهاده به، و ليس هو مشخصا حتى يكون أصلا مثبتا، بل وجوب الدفع إليه لثبوت كونه وراثا مع عدم شريك له للأصل، فلذلك حينئذ من أحكامه الثابته له من حيث كونه كذلك، لا إثبات شىء آخر به، كما هو واضح.

و منه يعلم عدم وجوب خصوص الضمين أو الكفيل، بل المراد الوثوق العادى بحضور المال عند ظهور شريك مثلا، و ربما كان الوارث موثوقا بوفائه و ملاءته. بل منه يعلم أيضا أن المدار على الاحتمال المعتد به لا الوهمى.

بل و يعلم أيضا أن المراد عدم إلزام من فى يده المال بالدفع حتى يستظهر بالبحث و الفحص و الضمين، لا عدم الجواز اعتمادا على أصل العدم بعد البحث و الفحص إلا مع أخذ الضمين، ضروره كونه المصلحه بناء على كون الوجه فى المسأله ما عرفت للدافع، فإذا رضى بالدفع بلا ضمين لم يكن بذلك بأس، نعم لو كان الوجه فى ذلك الاستظهار لذى المال الذى لم يتحقق كونه الحاضر بينه شرعيه اتجه حينئذ عدم الجواز و إن رضى الدافع، و الله العالم.

هذا كله إذا لم يكن الوارث الحاضر ذا فرض، و أما إذا كان ذا فرض لا ينقص عن فرضه على كل تقدير فلا إشكال فى وجوب دفع نصيبه تاما إليه.

و لو كان ذا فرض ينقص على تقدير وجود الوارث عن فرضه أعطى مع اليقين بانتفاء الوارث أو مع الشهاده الكامله أو غيرها مع البحث و إعطاء الضمين نصيبه تاما بلا إشكال و على التقدير الثانى أى عدم اليقين واقعا و لا شرعا يعطيه اليقين

أى ما يتيقن استحقاقه له إن كان وارث، فيعطى الزوج مثلا الربع لاحتمال وجود ولد منها و لو شبهه و الزوجه ربع الثمن لاحتمال وجود زوجات له ثلاثه، يدفع ذلك لهما معجلا من غير تضمين لاستحقاقهما إياه على كل حال و بعد البحث يتم الحصه لهما فيعطى الزوج النصف و الزوجه الثمن مع الضمين.

و إن كان الوارث ممن يحجبه غيره كالأخ المحجوب بالأبوين و الأولاد فإن أقام البيئه الكامله التى تشهد بأنه الوارث لا غير أعطى المال كله و إن أقام بينه غير كامله أعطى بعد البحث و الاستظهار بالضمين و لا- يعطى قبله شىء إلا إذا تيقن مقدار مخصوص.

هذا و فى المسالك تبعا للدروس «و لو صدق المتشبه المدعى على عدم وارث غيره فلا عبره به إن كان المدعى به عينا، لأنه إقرار فى حق الغير، و إن كان دينا أمر بالتسليم، لأنه إقرار فى حق نفسه، لأنه لا يتعين للغائب على تقدير ظهوره إلا بقبضه أو قبض وكيله، و قد تقدم البحث فى نظيره من دعوى وكالة الغائب فى الأمرين».

و قد وافقهما على ذلك فى كشف اللثام، قال: «و حكم الدين حكم العين فى جميع ذلك إلا فى وجوب انتزاع حصه الغائب، فقد يقال بالعدم، و الفرق أن الأحوط هنا العدم، لأنه لا يتلف ما لم ينتزع، لتعلقه بالذمه، و بأن العين شىء واحد شهدت به البيئه و الدين حقوق متفرقه بعدد مستحققيه، و يفارقها أيضا فى أنه لا يكفى فى العين تصديق صاحب اليد فى الانحصار، و يكفى فى الدين، فإذا صدقه أعطى نصيبه كاملا من غير بحث، أخذا بإقراره».

قلت: قد عرفت فى ما تقدم المناقشه فى عدم وجوب دفع العين على من فى يده مع اعترافه بانحصار الحق فى المطالب و إن كان ذلك لا يقتضى

ثبوت الانحصار شرعا، و أما وجوب انتزاع الدين فالظاهر أن دليبه متحد مع دليل العين، فتأمل.

[المسألة الرابعة إذا ماتت امرأة و ابنها]

المسألة الرابعة:

إذا ماتت امرأة و ابنها مثلا- و لم يعلم سبق أحدهما و لا- الاقتران فقال أخوها: مات الولد أولا ثم المرأة فالميراث الحاصل من تركتها المشتمله على إرثها لى و للزوج نصفان و قال الزوج: بل ماتت المرأة أولا فارثها لى و لولدها ثم الولد فالمال كله لى قضى لمن تشهد له البيه بلا- خلاف و لا- إشكال، فإن أقاما بينتين متكافئتين أقرع على حسب ما تقدم، إلا أن الظاهر هنا مع نكولهما معا بعد القرعه قسمه نصف المدعى به بينهما، لأنه الذى عليه النزاع دون النصف الآخر، فإنه مفروغ منه للزوج و مع عدمها أى البيه أصلا لا يقضى بإحدى الدعويين، لأنه لا ميراث إلا مع تحقق الحياه؛ فلا ترث الأم من الولد لعدم العلم بحياتها حال موته و لا الابن من أمه لعدم العلم بحياته حال موتها، و حينئذ يكون تركه الابن لأبيه بعد يمينه أنه ما مات قبل أمه و تركه الزوج بين الأخ و الزوج (١١) بعد يمينه أنها ما ماتت قبل ولدها نصفين لا أرباعا، لأنه لم يتعارض فى النصف يمينان، كما لا يتعارض فى تركه الولد يمينان، فان الزوج يدعيه بتقدم موت الزوجه، فإذا حلف الأخ تعين له، لأنه حلف سابقا ما مات قبل أمه، فيكون بمقتضى اليمينين إرثه لأبيه، كما أن الأم إرثها بينهما لانتفاء وارثيه الولد بيمين الأخ.

و بذلك ظهر الفرق بين اليمينين و البينتين اللتين قد عرفت الحكم فيهما

و كذا الحكم لو نكلا معا عن الأيمان أصلا.

هذا إذا لم يتفقا على وقت موت أحدهما فإن اتفقا عليه و اختلفا فى موت الآخر قبله أو بعده فالمصدق مدعى التأخر، لأن الأصل دوام الحياه بناء على الحكم بتأخر مجهول التاريخ عن معلومه، و إلا كان الحكم كما عرفت أيضا.

و لو علم سبق أحدهما الآخر و لكن لم يعلم بخصوصه و لم يتداعيا فيه فالمتجه القرعه التى هى لكل أمر مشكل، كما أن المتجه مع فرض عدم التداعى و اعترافهما معا بعدم معلوميه السبق و الاقتران عدم التوارث بين الأم و الولد، فيختص إرثه بأبيه و قسمه تركه أمه بينهما بالنصف، و الله العالم.

[المسألة الخامسة لو قال هذه الأمه ميراث أبى و قالت الزوجه]

المسألة الخامسة:

لو قال الوارث هذه الأمه ميراث أبى و قالت الزوجه مثلا هذه أصدقنى إياها أبوك فالقول قول الأول بيمينه، فان ادعت المرأه ثم أقامت بينه قضى بها له، بل لو أقام كل منهما بينه قضى هنا أيضا ب تقديم بينه المرأه و إن قلنا بتقديم بينه الداخل فى غير المقام لأنها أى بينتها تشهد بما يمكن خفاؤه على الأخرى.

و كذا لو كانت العين فى يد أجنبى لا يدعيها فكذلك، لعدم التعارض بين البينتين، نعم لو تناقضتا قطعا بأن تدعى الاصداق فى وقت بعينه فتشهد بينه الوارث بموته قبل ذلك الوقت تحقق التعارض، فيقرع مع عدم المرجح و إن كان ذلك لا يخلو من نظر يعلم مما قدمناه فى المباحث السابقه.

[المقصد الرابع فى الاختلاف فى الولد]

المقصد الرابع فى الاختلاف فى الولد المعلوم عدم لحوقه بأبوين فصاعدا عندنا، خلافا للمحكى عن أبى حنيفه من الإلحاق بهما مع الاشتباه، بل عن أبى يوسف الإلحاق بثلاثه، بل عن المتأخرين من العامه جواز الإلحاق بألف أب على قول أبى حنيفه، بل عنه أيضا الإلحاق بأمين إذا تنازعتا و اشتبه الأمر، بل قد يأتى بناء على ما سمعته من متأخريهم لجواز إلحاقه بألف أم.

و لا عبره بالقيافه فى مذهبنا، و فى

المرسل عن أمير المؤمنين (عليه السلام) [\(١\)](#) «لا يؤخذ بقول عراف و قائف»

بل عنه (عليه السلام) [\(٢\)](#) أيضا أنه «لم يكن يقبل شهاده أحد منهما»

و عن أبى جعفر (عليه السلام) [\(٣\)](#) «من سمع قول قائف أو كاهن أو ساحر فصدقه أكبه الله على منخريه فى النار»

و ما فى بعض النصوص من الدلاله على قبولهم (عليه السلام) قول القائف [\(٤\)](#) محمول على خصوص الواقعه التى طابق فيها قوله الواقع.

١- ١ الوسائل- الباب- ٣٢- من كتاب الشهادات الحديث ٤ و فيه «لا آخذ بقول عراف و لا قائف» رواه الصدوق قده عن محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول. و هو ليس بمرسل.

٢- ٢ الموجود فى البحار ج ١٠٤ ص ٣١٨ عن فقه الرضا «نروى أنه لا تجوز شهاده عراف و لا كاهن»

٣- ٣. لم نعثر على هذه الروايه مع التتبع التام فى مظانه، و إنما رواها الشهيد قده فى المسالك فى مسألتنا هذه.

٤- ٤ الكافى ج ١ ص ٣٢٢.

و من ذلك خبر المدلجى (١) الذى بشر النبى (صلى الله عليه و آله) أن أقدام أسامه و زيد بعضها من بعض، فإنه (صلى الله عليه و آله) لم يكن فى شك من ذلك، و إنما سر بذلك لطعن المنافقين بينهما إغاظه لهم و كان اعتمادهم على قول القائف.

فما عن الشافعى و مالك و احمد- من الرجوع إلى القائف فى الولد للخبر المزبور و نحوه فان لم يكن قافه أو اشتبه عليهم ترك حتى يبلغ الولد فيلحق بمن ينتسب إليه- واضح الفساد.

و كيف كان ف إذا وطئ اثنان مثلاً امرأه فى طهر واحد فان كان عن زنا لم يلحق الولد بأحدهما، بل إن كان لها زوج يحتمل إلحاقه به ألحق به، فان الولد للفراش و للعاهر الحجر، و إلا كان ولد زنا.

و إن كان وطء يلحق به النسب و لم يعلم سبق أحدهما إما بأن يكون زوجه لأحدهما و مشتبهه على الآخر أو مشتبهه عليهما أو يعقد كل منهما عليها عقداً فاسداً لا يعلم به ثم تأتى بولد لسته أشهر فصاعداً ما لم يتجاوز أقصى الحمل فحينئذ يقرع بينهما بلا خلاف أجده فيه بيننا، فإنها لكل أمر مشكل.

و عن زيد بن أرقم (٢) «أنهم أتوا أمير المؤمنين (عليه السلام) فى امرأه أتوها فى طهر واحد كلهم يدعى الولد فأقرع و ألحق الولد بمن أقرع، و غرمه ثلثى قيمه الأم، و أنهم سألوا رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن ذلك فقال: لا- أعلم إلا ما قال على (عليه السلام)».

١- ١ سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٦٢.

٢- ٢ سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٦٧ راجع المستدرک- الباب- ١١- من أبواب كيفية الحكم الحديث ٣ و ١٥.

و عن الباقر (عليه السلام) (١) «إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) سأل أمير المؤمنين (عليه السلام) عن أعجب ما ورد عليه فخبره بذلك، فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله): ليس من قوم يتنازعون ثم فوضوا أمرهم إلى الله تعالى إلا خرج سهم المحق» إلى غير ذلك مما مر في محله في باب أحكام الأولاد (٢) بل وفي غيره.

و على كل حال فمذهبنا الرجوع إلى القرعة سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين أو عبيدين أو حريين أو مختلفين في الإسلام و الكفر و الحريه و الرق أو أبا و ابنه و إن كانت ولايه الأب على الابن و ابنه بلا خلاف معتد به أجده بيننا في ذلك، بل الظاهر الإجماع عليه، بل ادعاه بعض صريحا.

و في

صحيح الحلبي (٣) عن الصادق (عليه السلام) «إذا وقع المسلم و اليهودى و النصرانى على المرأه فى طهر واحد أقرع بينهم، فكان الولد للذى تصيبه القرعه»

نعم عن لقطه المبسوط أن المسلم و الحر أولى، و لكن قد استقر الإجماع على خلافه.

و لو علم سبق أحدهما على الآخر فى الوطء ففى إلحاقه بالأخير أو القرعه أيضا بحث مر فى كتاب النكاح كما مر البحث فى حكم وطء الثانى بعد تخلل الحيضه بينه و بين وطء الأول.

لكن فى القواعد و كشف اللثام «أنه إذا كان ذلك انقطع الإمكان عن الأول، لأن الحيض علامه براءه الرحم شرعا إلا أن يكون الأول زوجا فى نكاح صحيح، لكون الولد للفراش، إلا أن يعلم الانتفاء،

١- ١ الوسائل - الباب - ١٣ - من أبواب كيفية الحكم الحديث ٥.

٢- ٢ راجع ج ٣١ ص ٢٤١ - ٢٤٢.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب ميراث ولد الملاعنه الحديث ١ من كتاب الفرائض.

و تخلل الحيض لا- يفيد العلم به هنا، لقوه الفراش، و لو كان زوجا فى نكاح فاسد لم يظهر فسادة للزوجين فى انقطاع إمكانه نظر، من تحقق الفراش ظاهرا و انتفائه حقيقه» إلا- أنه لا- يخفى عليك ما فيه على كل من تقديري مجامعه الحيض للحمل و عدمه، و قوه الفراش لو كانت تنفع لنفعت فى اجتماعهما فى طهر واحد أيضا، فتأمل جيدا.

هذا كله إذا لم يكن لأحدهم بينه أو كان لكل منهم بينه و لا مرجح، و إلا حكم بها لمن كانت له، لكن قد يصعب إقامه أصل البينه مع فرض تحقق الوطاء من الكل فى طهر واحد.

و كيف كان ف يلحق النسب بالفراش المنفرد و لو شبهه و الدعوى المنفردة لمجهول النسب و بالفراش المشترك بين اثنين فصاعدا و الدعوى المشتركة لمجهول النسب بين اثنين أو أزيد و لكن المشترك يقضى فيه بالبينه و مع عدمها أو تعارضها بالقرع خلافا لمن عرفته من العامه.

و لا فرق عندنا بين الرجل و المرأه فى ذلك، فلو استلحقت ولدا فان لم ينازعها أحد لحق بها، و إلا فلذات البينه، فان لم تكن أو تعارضت فالقرعه، و قد مر فى كتاب النكاح و الإقرار(١) و اللقطه(٢) جملة مما له تعلق فى هذا الفصل و إن ذكر بعضهم بعض ذلك هنا، فقال: «و من انفرد بدعوى مولود صغير فى يده لحقه إلا- أن يضر بغيره، كأن يكون معتقا ولاؤه لمولاه، فان بنوته تقتضى تقدمه على المولى فى الإرث، فإن بلغ و انتفى عنه لم يقبل نفيه إلا- ببينه، استصحابا لما ثبت شرعا، و كذا لو أقر بالمجنون فأفاق و أنكر، و ليس لأحدهما إخلاف الأب، لأنه لو

١-١ راجع ج ٣٥ ص ١٥٨-١٥٩.

٢-٢ راجع ج ٣٨ ص ٢٠٠.

جحد بعد الإقرار لم يسمع» و لا يخفى عليك وجه البحث في ذلك.

ثم قال: «و لو ادعى نسب بالغ عاقل فأنكر لم يلحقه إلا بالبينة، و إن سكت لم يكن تصديقا، و لو ادعى نسب مولود على فراش غيره بأن ادعى وطءا لشبهه لم يقبل و إن وافقه الزوجان، بل لا بد من البينة على الوطاء، لحق الولد، و لو تداعيا صبيا و هو في يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصة على إشكال في أن اليد هل ترجح النسب كما ترجح الملك، نعم لو استلحقه صاحب اليد و لو ملتقطا و حكم له شرعا لم يحكم للآخر إلا ببينه، و لو استلحق ولدا و قال: إنه من زوجتي هذه فأنكرت الزوجه ولادته ففي لحوقه بها بمجرد إقرار الأب نظر» قلت: بل منع لكونه إقرارا في حق الغير.

«و لو بلغ الصبي بعد أن تداعاه اثنان قبل القرعه فانتسب إلى أحدهما قبل، و أشكله بعض بأنه إقرار في حق الغير مع عدم دليل على قيام تصديقه مقام البينة أو القرعه، و لا عبره بميل الطبع عندنا، و إن لم ينتسب إلى أحد منهما أقرع إن لم ينكرهما معا، و إلا لم تفد القرعه بناء على قبول تصديقه، و لا يقبل رجوعه بعد الانتساب، و لا اعتبار بانتساب الصغير و إن كان مميزا. و نفقته قبل الثبوت شرعا عليهما، ثم يرجع من لم تلحقه القرعه به على الآخر» و فيه أن دفعها قد كان لإقراره فلا وجه لرجوعه.

«و لو أقام كل من المدعين بينه بالنسب و تعارضتا و لا ترجيح حكم بالقرعه عندنا، و لو أقام أحدهما بينه أن هذا ابنه و آخر بينه أن هذا بنته فظهر خثى فان

حكم بالذكوريه بالبول و غيره فهو لمدعى الابن، و إن حكم بالأنثويه فهو لمدعى الأنثى، لأن كلا منهما لا يستحق إلا من ادعاه، و إن ظهر خثى مشكلا أقرع».

إلى غير ذلك مما ذكره هنا مما هو محل للنظر زياده على ما أشرنا إليه، و التعرض لتفصيل ذلك في محله أولى، نسأل الله التوفيق له.

و الحمد لله أولا- و آخرا و ظاهرا و باطنا، و صلى الله على محمد و آله الطيبين الطاهرين، أولياء النعم، و سادات الأمم، و منبع الجود و الكرم، فإنهم وسيلتي إلى ربي في توفيقى لإتمام بقيه مباحث هذا الكتاب، و يتلقاه منى بالقبول، فإنه الجواد الكريم ذو المن القديم و الفضل العميم على عبده المعترف بالتقصير فى خدمه اللطيف الخبير، و فرغ منه مؤلفه العبد العاثر محمد حسن ابن المرحوم الشيخ باقر نجل المرحوم عبد الرحيم نجل المرحوم آغا محمد الصغير نجل المرحوم عبد الرحيم الشريف الكبير يوم الثلاثاء خامس جمادى الأولى سنة (١٢٥٠) ألف و مأتين و خمسين، و يتلوه إن شاء الله تعالى كتاب الشهادات.

إلى هنا- و الحمد لله- تم الجزء الأربعون، و قد بذلنا غاية الجهد فى تنميته و تحقيقه و التعليق عليه و تصحيحه فنشكره سبحانه على ما وفقنا لذلك، و نسأله أن يديم توفيقنا لإخراج الأجزاء الأخيره الثلاثه.

و يتلوه الجزء الحادى و الأربعون فى كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى.

النجف الأشرف محمود القوجانى

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
الغمامة اصحمان



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩