



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عيد ميلاد
عمر الکرمان

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir



بِقَضَائِي الْعَلِيِّ
وَبَشْرَحِ تَجْرِيدِ الْوَسِيَّةِ

الْبَصِيَّةُ وَالْوَسِيَّةُ لِأَبِي

بَابُ التَّوْبِخِ الْإِسْلَامِيِّ
أَيُّوْبُ بْنُ الْيَسْمَعِيلِ بْنِ مَرْجَانَةَ الْهَارِثِيُّ الْمَكِّيُّ

تَهْنِئَةً لِمَوْلَانَا الْفَيْهِيِّ الْأَخْبَرِ الْأَكْبَرِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيله: القضاء و الشهادات

كاتب:

محمد الفاضل اللكرانى

نشرت فى الطباعة:

مركز فقه الاثمه الاطهار عليهم السلام

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريرات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٦	تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلاه: القضاء والشهادات
١٦	اشارة
١٦	شكر و تقدير
١٧	[كتاب القضاء]
١٧	اشارة
١٧	[حول القاضى و القضاة]
٢٣	[القول فى صفات القاضى و ما يناسب ذلك]
٢٣	اشارة
٢٣	[مسألة ١: يشترط فى القاضى البلوغ و العقل و الإيمان و العدالة و الاجتهاد المطلق، و الذكورة و طهارة المولد]
٣٠	[مسألة ٢: تثبت الصفات المعبرة فى القاضى بالوجدان و الشيع المفيد للعلم، أو الاطمئنان و البيئة العادلة]
٣١	[مسألة ٣: لا بد من ثبوت شرائط القضاء فى القاضى عند كل من المترافعين]
٣١	[مسألة ٤: يشكل للقاضى القضاء بفتوى المجتهد الآخر]
٣٢	[مسألة ٥: لو اختار كل من المدعى و المنكر حاكماً لرفع الخصومة]
٣٣	[مسألة ٦: إذا كان لأحد من الرعية دعوى على القاضى، فرفع إلى قاض آخر، تسمع دعواه و أحضره]
٣٣	[مسألة ٧: يجوز للحاكم الآخر تنفيذ الحكم الصادر عن القاضى، بل قد يجب]
٣٤	[مسألة ٨: يجوز للقاضى أن يحكم بعلمه من دون بيئة أو إقرار أو حلف فى حقوق الناس]
٣٥	[مسألة ٩: لو ترافعا إليه فى واقعة قد حكم فيها سابقاً]
٣٦	[مسألة ١٠: يجوز للحاكم تنفيذ حكم من له أهلية القضاء من غير الفحص عن مستنده]
٣٦	[مسألة ١١: لا يجوز إمضاء الحكم الصادر من غير الأهل]
٣٧	[مسألة ١٢: إنما يجوز إمضاء حكم القاضى الأول للثانى إذا علم بصدور الحكم منه]
٣٨	[القول فى وظائف القاضى]
٣٨	اشارة

- ٣٨ [الأول: يجب التسوية بين الخصوم و إن تفاوتتا في الشرف و الضعة]
- ٤٠ [الثاني: لا يجوز للقاضي أن يلقن أحد الخصمين شيئاً يستظهر به على خصمه]
- ٤٠ [الثالث: لو ورد الخصوم مترتبين بدأ الحاكم في سماع الدعوى بالأول فالأول]
- ٤١ [الرابع: لو قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم يسمعها حتى يجيب عن دعوى صاحبه، و تنتهي الحكومة]
- ٤١ [الخامس: إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولي]
- ٤٣ [القول في شروط سماع الدعوى]
- ٤٣ إشارة
- ٤٥ [مسألة ١: يشترط في سماع دعوى المدعى أموراً]
- ٤٥ إشارة
- ٤٥ [الأول: البلوغ]
- ٤٥ [الثاني: العقل]
- ٤٥ [الثالث: عدم الحجر لسفه]
- ٤٦ [الرابع: أن لا يكون أجنبيّاً عن الدعوى]
- ٤٧ [الخامس: أن يكون للدعوى أثر لو حكم عليّ تطبيقها]
- ٤٧ [السادس: أن يكون المدعى به معلوماً بوجه]
- ٤٩ [السابع: أن يكون للمدعى طرف يدعى عليه]
- ٥٠ [الثامن: الجزم في الدعوى في الجملة]
- ٥١ [التاسع: تعيين المدعى عليه]
- ٥٣ [مسألة ٢: لا يشترط في سماع الدعوى ذكر سبب استحقاقه]
- ٥٤ [مسألة ٣: لو لم يكن جازماً فأراد الدعوى على الغير لا بدّ أن يبرزها بنحو ما يكون من الظن أو الاحتمال]
- ٥٤ [مسألة ٤: لو ادعى اثنان مثلاً بأنّ لأحدهما على أحد كذا تسمع]
- ٥٥ [مسألة ٥: لا يشترط في سماع الدعوى حضور المدعى عليه]
- ٥٧ [مسألة ٦: الظاهر اختصاص جواز الحكم على الغائب بحقوق الناس]
- ٥٨ [مسألة ٧: لو تمت الدعوى من المدعى]

- ٥٨ [فصل في جواب المدعى عليه]
- ٥٨ اشارة
- ٥٨ [القول في الجواب بالإقرار]
- ٥٨ اشارة
- ٥٨ [مسألة ١: إذا أقر المدعى عليه بالحق عيناً أو ديناً]
- ٦٠ [مسألة ٢: بعد إقرار المدعى عليه ليس للحاكم على الظاهر الحكم إلا بعد طلب المدعى]
- ٦٢ [مسألة ٣: الحكم بإنشاء ثبوت شيء أو ثبوت شيء على ذمة شخص أو الإلزام بشيء و نحو ذلك]
- ٦٣ [مسألة ٤: لو التمس المدعى أن يكتب له صورة الحكم أو إقرار المقر]
- ٦٤ [مسألة ٥: لو كان المقر واجداً لزم بالتأدية]
- ٦٧ [مسألة ٦: لو ادعى المقر الإعسار و أنكره المدعى]
- ٦٨ [مسألة ٧: لو ثبت عسره]
- ٦٨ [مسألة ٨: إذا شك في إعساره و إيساره، و طلب المدعى حبسه إلى أن يتبين الحال حبسه الحاكم]
- ٦٩ [مسألة ٩: لو كان المديون مريضاً يضره الحبس، أو كان أجيراً للغير قبل حكم الحبس عليه]
- ٧٠ [مسألة ١٠: ما قلنا من إلزام المعسر بالكسب مع قدرته عليه إنما هو فيما إذا لم يكن الكسب بنفسه حرجاً عليه أو منافياً لشأنه]
- ٧٠ [مسألة ١١: لا يجب على المرأة التزويج لأخذ المهر و أداء دينها]
- ٧٠ [القول في الجواب بالإنكار]
- ٧٠ اشارة
- ٧٠ [مسألة ١: لو أجاب المدعى عليه بالإنكار، فأنكر ما ادعى المدعى]
- ٧٠ [مسألة ٢: ليس للحاكم إحلاف المنكر إلا بالتماس المدعى]
- ٧٢ [مسألة ٣: لو لم يكن للمدعى بينة و استحلف المنكر فحلف، سقطت دعوى المدعى في ظاهر الشرع]
- ٧٥ [مسألة ٤: لو تبين للحاكم بعد حكمه كون الحلف كذباً يجوز بل يجب عليه نقض حكمه]
- ٧٦ [مسألة ٥: هل الحلف بمجرده موجب لسقوط حق المدعى مطلقاً، أو بعد إذن الحاكم]
- ٧٧ [مسألة ٦: للمنكر أن يرد اليمين على المدعى]
- ٧٩ [مسألة ٧: لو نكل المنكر فلم يحلف و لم يرد، فهل يحكم عليه بمجرّد النكول، أو يرد الحاكم اليمين على المدعى]

- ٨١ [مسألة ٨: لو رجع المنكر الناكل عن نكوله]
- ٨٢ [مسألة ٩: لو استمهل المنكر فى الحلف و الردّ ليلاحظ ما فيه صلاحه]
- ٨٣ [مسألة ١٠: لو قال المدعى: لى بيته لا يجوز للحاكم إلزامه بإحضارها]
- ٨٣ [مسألة ١١: مع وجود البيته للمدعى يجوز له عدم إقامتها]
- ٨٤ [مسألة ١٢: لو أحضر البيته]
- ٨٥ [مسألة ١٣: إذا شهدت البيته فإن عرفهما الحاكم بالفسق طرح شهادتهما]
- ٨٥ [مسألة ١٤: إذا عرفهما بالفسق أو عدم جامعيتهما للشرائط طرحهما من غير انتظار التزكية]
- ٨٦ [مسألة ١٥: إذا جهل الحاكم حالهما وجب عليه أن يبين للمدعى أن له تزكيتهما بالشهود مع جهله به]
- ٨٦ [مسألة ١٦: فى صورة جهل الحاكم و طلبه التزكية من المدعى]
- ٨٨ [مسألة ١٧: لو أقام البيته على حقه و لم يعرفهما الحاكم بالعدالة]
- ٨٩ [مسألة ١٨: لو تبين فسق الشاهدين أو أحدهما حال الشهادة انتقض الحكم]
- ٩١ [مسألة ١٩: الظاهر كفاية الإطلاق فى الجرح و التعديل]
- ٩٤ [مسألة ٢٠: لو تعارضت بيته الجرح و التعديل]
- ٩٦ [مسألة ٢١: يعتبر فى الشهادة بالعدالة العلم بها]
- ٩٧ [مسألة ٢٢: لو شهد الشاهدان بحسن ظاهره]
- ٩٧ [مسألة ٢٣: لا يجوز الشهادة بالجرح بمجرد مشاهدة ارتكاب كبيرة]
- ٩٧ [مسألة ٢٤: لو رضى المدعى عليه بشهادة الفاسقين أو عدل واحد]
- ٩٧ [مسألة ٢٥: لا يجوز للحاكم أن يحكم بشهادة شاهدين لم يحرز عدالتهما عنده]
- ٩٨ [مسألة ٢٦: لو تعارض الجرح و المعدل سقطا]
- ٩٨ [مسألة ٢٧: لا يشترط فى قبول شهادة الشاهدين علم الحاكم باسمهما و نسبهما بعد إحراز مقبولية شهادتهما]
- ٩٨ [مسألة ٢٨: لا يشترط فى الحكم بالبيته ضم يمين المدعى]
- ٩٨ [إشارة]
- ١٠٦ [فروع]
- ١٠٦ [إشارة]

- ١٠٦ [الأول: لو كان المدعى على الميت وارث صاحب الحق]
- ١٠٧ [الثاني: لو شهدت البينة بإقراره قبل موته بمدة لا يمكن فيها الاستيفاء عادة]
- ١١٠ [الثالث: لو تعددت ورثة الميت، فادعى شخص عليه و أقام البينة، تكفى يمين واحدة]
- ١١٠ [الرابع: اليمين للاستظهار لا بدّ و أن تكون عند الحاكم]
- ١١١ [الخامس: اليمين للاستظهار غير قابلة للإسقاط]
- ١١١ [القول فى الشاهد و اليمين]
- ١١١ اشارة
- ١١١ [مسألة ١: لا إشكال فى جواز القضاء فى الديون بالشاهد الواحد و يمين المدعى]
- ١١٨ [مسألة ٢: المراد بالدين كل حق مالى فى الذمة]
- ١١٨ [مسألة ٣: الأحوط تقديم الشاهد و إثبات عدالته ثم اليمين]
- ١١٩ [مسألة ٤: إذا كان المال المدعى به مشتركاً بين جماعة بسبب واحد كالإرث و نحوه]
- ١٢١ [مسألة ٥: ثبوت الحق بشاهد و يمين إنما هو فيما لا يمكن إثباته بالبينة]
- ١٢١ [مسألة ٦: إذا شهد الشاهد و حلف المدعى و حكم الحاكم بهما، ثم رجع الشاهد]
- ١٢١ [القول فى السكوت]
- ١٢١ اشارة
- ١٢١ [مسألة ١: إن سكت المدعى عليه بعد طلب الجواب عنه]
- ١٢٤ [مسألة ٢: لو سكت لعذرٍ من صمم أو خرس أو جهل باللسان توصل إلى معرفة جوابه بالإشارة المفهمة أو المترجم]
- ١٢٤ [مسألة ٣: إذا ادعى العذر و استمهل فى التأخير]
- ١٢٥ [مسألة ٤: لو أجاب المدعى عليه بقوله: «لا أدري»]
- ١٢٧ [مسألة ٥: حلف المدعى عليه بأنه لا يدري يسقط دعوى الدراية]
- ١٢٨ [مسألة ٦: لو أجاب المدعى عليه بقوله: «ليس لى و هو لغيرك»]
- ١٣٠ [مسألة ٧: لو أجاب المدعى عليه بأن المدعى أبرأ ذمتى]
- ١٣١ [القول فى أحكام الحلف]
- ١٣١ اشارة

- مسألة ١: لا يصح الحلف و لا يترتب عليه أثر من إسقاط حق أو إثباته]..... ١٣١
- مسألة ٢: لا فرق فى لزوم الحلف بالله بين أن يكون الحالف و المستحلف مسلمين أو كافرين أو مختلفين]..... ١٣٢
- مسألة ٣: لا يترتب أثر على الحلف بغير الله تعالى]..... ١٣٤
- مسألة ٤: لا إشكال فى عدم ترتب أثر على الحلف بغير الله تعالى]..... ١٣٥
- مسألة ٥: حلف الأخرس بالإشارة المفهومة]..... ١٣٧
- مسألة ٦: لا يشترط فى الحلف العربىة]..... ١٣٩
- مسألة ٧: لا إشكال فى تحقق الحلف إن اقتصر على اسم الله]..... ١٣٩
- مسألة ٨: لا يجب على الحالف قبول التغليظ]..... ١٤٠
- مسألة ٩: لا يجوز التوكيل فى الحلف و لا النيابة فيه]..... ١٤١
- مسألة ١٠: لا بدّ و أن يكون الحلف فى مجلس القضاء]..... ١٤١
- مسألة ١١: يجب أن يكون الحلف على البت]..... ١٤٢
- مسألة ١٢: لا يجوز الحلف على مال الغير أو حقه إثباتاً أو إسقاطاً إذا كان أجنبياً عن الدعوى]..... ١٤٣
- مسألة ١٣: تثبت اليمين فى الدعاوى المالىة و غيرها]..... ١٤٣
- مسألة ١٤: يستحب للقاضى و عظم الحالف قبله، و ترغيبه فى ترك اليمين إجلالاً لله تعالى و لو كان صادقاً]..... ١٤٥
- القول فى أحكام اليد]..... ١٤٧
- إشارة..... ١٤٧
- مسألة ١: كلّ ما كان تحت استيلاء شخص و فى يده بنحو من الأنحاء فهو محكوم بملكيتة و أنه له]..... ١٤٧
- مسألة ٢: لو كان شيء تحت يد وكيله أو أمينه أو مستأجره فهو محكوم بملكيتة]..... ١٦٠
- مسألة ٣: لو كان شيء تحت يد اثنين فيد كلّ منهما على نصفه، فهو محكوم بمملوكيته لهما]..... ١٦١
- مسألة ٤: لو تنازعا فى عين مثلاً]..... ١٦٤
- مسألة ٥: إذا ادعى شخص عيناً فى يد آخر، و أقام بينة و انتزعا منه بحكم الحاكم]..... ١٦٩
- مسألة ٦: لو تنازع الزوجان فى متاع البيت]..... ١٧١
- مسألة ٧: لو تعارضت اليد الحالية مع اليد السابقة أو الملكية السابقة تُقدّم اليد الحالية]..... ١٧٦
- مسألة ٨: لو تعارضت البيّنات فى شيء]..... ١٧٨

- ١٩٣ [خاتمة فيها فصلان]
- ١٩٣ اشارة
- ١٩٣ [الفصل الأول: في كتاب قاض إلى قاض]
- ١٩٣ اشارة
- ١٩٣ [مسألة ١: لا ينفذ الحكم و لا تفصل الخصومة إلاّ بالإشياء لفظاً]
- ١٩٥ [مسألة ٢: إنهاء حكم الحاكم بعد فرض الإنشاء لفظاً إلى حاكم آخر إمّا بالكتابة أو القول أو الشهادة]
- ١٩٩ [مسألة ٣: الظاهر أن إنفاذ حكم الحاكم أجنبى عن حكم الحاكم الثانى فى الواقعة]
- ٢٠٠ [مسألة ٤: لا فرق فيما ذكرناه بين حقوق الله تعالى و حقوق الناس إلاّ فى الثبوت بالبينة]
- ٢٠٠ [مسألة ٥: لا يعتبر فى جواز شهادة البينة و لا فى قبولها هنا غير ما يعتبر فيهما فى سائر المقامات]
- ٢٠١ [مسألة ٦: قيل: إن لم يحضر الشاهدان الخصومة فحكى الحاكم لهما الواقعة و صورة الحكم]
- ٢٠١ [مسألة ٧: لا فرق فى جميع ما مرّ بين أن يكون حكم الحاكم بين المتخاصمين مع حضورهما، و بين حكمه على الغائب بعد إقامة المدعى اليه]
- ٢٠٣ [مسألة ٨: لو اشتبه الأمر على الحاكم الثانى]
- ٢٠٣ [مسألة ٩: لو تغيرت حال الحاكم الأول بعد حكمه بموت أو جنون، لم يقدر ذلك فى العمل بحكمه]
- ٢٠٥ [مسألة ١٠: لو أقرّ المدعى عليه عند الحاكم الثانى بأنه المحكوم عليه و هو المشهود عليه ألزمه الحاكم]
- ٢٠٦ [الفصل الثانى: فى المقاضة]
- ٢٠٦ اشارة
- ٢٠٦ [مسألة ١: لا إشكال فى عدم جواز المقاضة مع عدم جحود الطرف و لا مماطلته و أدائه عند مطالبته]
- ٢٠٩ [مسألة ٢: إذا كان له عين عند غيره]
- ٢١١ [مسألة ٣: لو كان المطلوب مثلثاً و أمكن له المقاضة من ماله المتلى و غيره]
- ٢١٢ [مسألة ٤: لو أمكن أخذ ماله بمشقة]
- ٢١٣ [مسألة ٥: لو كان الحق ديناً و كان المديون جاحداً أو مماطلاً، جازت المقاضة من ماله]
- ٢١٤ [مسألة ٦: لو توقف أخذ حقه على التصرف فى الأزيد جاز]
- ٢١٤ [مسألة ٧: لو توقف أخذ حقه على بيع مال المقتص منه جاز بيعه و صح]
- ٢١٥ [مسألة ٨: لا إشكال فى أن ما إذا كان حقه ديناً على عهده المماطل فافتص منه بمقداره برأت ذمته]

- مسألة ٩: الأقوى جواز المقاضة من المال الذى جعل عنده وديعةً على كراهية] ٢١٧
- مسألة ١٠: جواز المقاضة فى صورة عدم علمه بالحق مشكل] ٢٢٠
- مسألة ١١: لا يجوز التقاص من المال المشترك بين المديون وغيره إلا بإذن شريكه] ٢٢١
- مسألة ١٢: لو كان له حق و منعه الحياء أو الخوف أو غيرهما من المطالبة فلا يجوز له التقاص] ٢٢١
- مسألة ١٣: لا يجوز التقاص من مال تعلّق به حق الغير] ٢٢٢
- مسألة ١٤: لا يجوز لغير ذى الحق التقاص إلا إذا كان ولياً أو وكيلًا عن ذى الحق] ٢٢٢
- مسألة ١٥: إذا كان للغريم الجاحد أو المماطل عليه دين، جاز احتسابه] ٢٢٣
- مسألة ١٦: ليس للفقراء و السادة المقاضة من مال من عليه الزكاة أو الخمس] ٢٢٤
- مسألة ١٧: لا تتحقق المقاضة بمجرد النية بدون الأخذ و التسلّط على مال الغريم] ٢٢٥
- مسألة ١٨: الظاهر أنّ التقاص لا يتوقف على إذن الحاكم] ٢٢٥
- مسألة ١٩: لو تبين بعد المقاضة خطوة فى دعواه يجب عليه ردّ ما أخذه أو ردّ عوضه مثلاً أو قيمته لو تلف] ٢٢٦
- مسألة ٢٠: تجوز المقاضة من العين أو المنفعة أو الحق فى مقابل حقه من أى نوع كان] ٢٢٧
- مسألة ٢١: إنّما يجوز التقاص إذا لم يرفعه إلى الحاكم فحلّفه] ٢٢٨
- مسألة ٢٢: يستحب أن يقول عند التقاص: «اللهم إني أخذ هذا المال مكان مالي الذى أخذه متى] ٢٢٩
- مسألة ٢٣: لو غصب عيناً مشتركة بين شريكين فلكلّ منهما التقاص منه بمقدار حصّته] ٢٣١
- مسألة ٢٤: لا فرق فى جواز التقاص بين أقسام الحقوق المائتة] ٢٣١
- [كتاب الشهادات] ٢٣٢
- إشارة ٢٣٣
- [القول فى صفات الشهود] ٢٣٣
- إشارة ٢٣٣
- [الأول: البلوغ] ٢٣٣
- [الثانى: العقل] ٢٣٧
- [الثالث: الايمان] ٢٣٨
- [الرابع: العدالة] ٢٤٣

- ٢٤٣ اشارة
- ٢٤٤ [مسألة ١ لا تقبل شهادة كل مخالف في شيء من أصول العقائد]
- ٢٤٥ [مسألة ٢ لا تقبل شهادة الفاذف مع عدم اللعان أو البينة أو إقرار المقذوف]
- ٢٤٨ [مسألة ٣ اتخاذ الحمام للأنس و إنفاذ الكتب و الاستفراخ و التطبير و اللعب ليس بحرام]
- ٢٥١ [مسألة ٤ لا تردّ شهادة أرباب الصنائع المكروهة]
- ٢٥١ [الخامس: طيب المولد]
- ٢٥٤ [السادس: ارتفاع التهمة]
- ٢٥٤ اشارة
- ٢٦٢ [مسألة ٥ النسب لا يمنع عن قبول الشهادة، كالأب لولده و عليه]
- ٢٦٦ [مسألة ٦ تقبل شهادة الصديق على صديقه و كذا له]
- ٢٦٩ [مسألة ٧ من لا يجوز شهادته لصغر أو فسق أو كفر]
- ٢٧٠ [مسألة ٨ إذا سمع الإقرار مثلاً صار شاهداً]
- ٢٧٢ [مسألة ٩ المشهور بالفسق إن تاب لتقبل شهادته لا تقبل حتى يستبان منه الاستمرار على الصلاح و حصول الملكة الرادعة]
- ٢٧٣ [القول فيما به يصير الشاهد شاهداً]
- ٢٧٣ اشارة
- ٢٧٣ [مسألة ١ الضابط في ذلك العلم القطعي و اليقين]
- ٢٧٦ [مسألة ٢ التسامع و الاستفاضة إن أفادا العلم تجوز الشهادة بهما لا لمجرد الاستفاضة بل لحصول العلم]
- ٢٧٩ [مسألة ٣ هل تجوز الشهادة بمقتضى اليد و البينة و الاستصحاب و نحوها من الأمارات و الأصول الشرعية]
- ٢٨٢ [مسألة ٤ يجوز للأعمى و الأصم تحمّل الشهادة و أدائها إذا عرفا الواقعة، و تقبل منهما]
- ٢٨٣ [القول في أقسام الحقوق]
- ٢٨٣ اشارة
- ٢٨٣ [مسألة ١ الحقوق على كثرتها قسماً]
- ٢٨٤ [مسألة ٢ حق الآدمى على أقسام]
- ٢٨٦ [مسألة ٣ قيل: ما يكون من حقوق الآدمى غير المالية و لم يقصد منه المال لا تقبل شهادة النساء فيها]

- ٢٨٨ [مسألة ٤ من حقوق الآدمى ما يثبت بشاهدين، و بشاهد و امرأتين، و بشاهد و يمين المدعى، و بامرأتين و يمين المدعى]
- ٢٩٤ [مسألة ٥ فى قبول شهادتهن فى الوقف وجه لا يخلو عن إشكال]
- ٢٩٥ [مسألة ٦ من حقوق الآدمى ما يثبت بالرجال و النساء منفردات و منضّمات]
- ٢٩٦ [مسألة ٧ كلّ موضع تقبل شهادة النساء منفردات لا يثبت بأقلّ من أربع]
- ٢٩٦ اشارة
- ٢٩٩ [فروع]
- ٢٩٩ اشارة
- ٢٩٩ [الأول: الشهادة ليست شرطاً فى شىء من العقود و الإيقاعات إلّا الطلاق و الظهار]
- ٣٠٠ [الثانى: حكم الحاكم تبع للشهادة]
- ٣٠١ [الثالث: الأحوط و جوب تحمّل الشهادة إذا دعى إليه من له أهلية لذلك]
- ٣٠٣ [القول فى الشهادة على الشهادة]
- ٣٠٣ اشارة
- ٣٠٣ [مسألة ١ تقبل الشهادة على الشهادة فى حقوق الناس عقوبة كانت كالقصاص أو غيرها كالطلاق و النسب]
- ٣٠٤ [مسألة ٢ لا تقبل الشهادة على الشهادة فى الحدود]
- ٣٠٥ [مسألة ٣ إنّما لا تقبل الشهادة على الشهادة فى الحدود لإجراء الحدّ]
- ٣٠٦ [مسألة ٤ تقبل شهادة الفرع فى سائر حقوق الله غير الحدّ]
- ٣٠٦ [مسألة ٥ لا تقبل شهادة فرع الفرع كالشهادة على الشهادة على الشهادة]
- ٣٠٧ [مسألة ٦ يعتبر فى الشهادة على الشهادة ما يعتبر فى شهادة الأصل من العدد و الأوصاف]
- ٣٠٨ [مسألة ٧ لا تقبل شهادة النساء على الشهادة فيما لا تقبل فيها شهادتهنّ]
- ٣٠٨ [مسألة ٨ الأقوى عدم قبول شهادة الفرع إلّا لعذر يمنع حضور شاهد الأصل لإقامتها]
- ٣١٠ [مسألة ٩ لو شهد الفرع على شهادة الأصل فأنكر شاهد الأصل]
- ٣١١ [القول فى اللّواحق]
- ٣١١ اشارة
- ٣١١ [مسألة ١ يشترط فى قبول شهادة الشاهدين تواردهما على الشىء الواحد]

- ٣١٢ [مسألة ٢ لو شهد أحدهما بشيء و شهد الآخر بغيره]
- ٣١٢ [مسألة ٣ لو شهد أحدهما بأنه سرق نصاباً غدوة و الآخر بأنه سرق نصاباً عشية لم يقطع و لم يحكم برد المال]
- ٣١٣ [مسألة ٤ لو اتفق الشاهدان في فعل و اختلفا في زمانه أو مكانه أو وصفه بما يوجب تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما]
- ٣١٤ [مسألة ٥ لو شهد أحدهما أنه باع هذا الثوب أول الزوال في هذا اليوم بدينار، و شهد آخر أنه باعه أول الزوال بدينارين]
- ٣١٥ [مسألة ٦ لو شهدا عند الحاكم و قبل أن يحكم بهما ماتا أو جتا أو أغمى عليهما حكم بشهادتهما]
- ٣١٦ [مسألة ٧ قالوا: لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم فانتقل المشهود به إليهما لم يحكم به لهما بشهادتهما]
- ٣١٧ [مسألة ٨ لو رجع الشاهدان أو أحدهما عن الشهادة قبل الحكم و بعد الإقامة لم يحكم بها و لا غرم]
- ٣١٨ [مسألة ٩ لو رجعا بعد الحكم و الاستيفاء و تلف المشهود به لم ينقض الحكم و عليهما الغرم]
- ٣٢٠ [مسألة ١٠ إن كان المشهود به قتلًا أو جرحاً موجباً للقصاص و استوفى ثم رجعا]
- ٣٢١ [مسألة ١١ لو كان المشهود به ما يوجب الحدّ برجم أو قتل]
- ٣٢٢ [مسألة ١٢ لو ثبت آتهم شهدوا بالزور نقض الحكم و استعيد المال إن أمكن و إلّا يضمن الشهود]
- ٣٢٢ [مسألة ١٣ لو شهد اثنان على رجل بسرقة فقتعت يده ثم ثبت تزويرهما، فللولى القصاص منهما]
- ٣٢٣ [مسألة ١٤ لو شهدا بالطلاق ثم رجعا بعد حكم الحاكم لم ينقض حكمه]
- ٣٢٤ [مسألة ١٥ يجب أن يشهر شهود الزور في بلدهم أو حيتهم لتجنب شهادتهم و يرتدع غيرهم]
- ٣٢٤ تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة: القضاء والشهادات

إشارة

- سرشناسه : فاضل لنكراني، محمد، ١٣١٠ - ١٣٨٦.
- عنوان و نام پديدآور : تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة: القضاء والشهادات / تاليف محمد الفاضل اللنكراني؛ تحقيق و نشر مركز فقه الاثمه الاطهار عليهم السلام.
- مشخصات نشر : قم: مركز فقه الاثمه الاطهار عليهم السلام، ١٤٢٧ق. = ١٣٨٥.
- مشخصات ظاهري : ٦٤٨ ص.
- شابك : ٣٥٠٠٠ ريال ٩٦٤-٧٧٠٩-٣٧-٤ :
- يادداشت : عربي.
- يادداشت : چاپ دوم.
- يادداشت : کتابنامه: ص. [٦١٥] - ٦٣٢؛ همچنين به صورت زير نويس.
- موضوع : خميني، روح الله، رهبر انقلاب و بنيانگذار جمهوری اسلامی ايران، ١٢٧٩ - ١٣٦٨. تحرير الوسيله -- نقد و تفسير
- موضوع : فقه جعفري -- رساله عمليه
- موضوع : قضاوت
- موضوع : قضاوت (فقه)
- موضوع : گواهي و گواهان
- شناسه افزوده : خميني، روح الله، رهبر انقلاب و بنيانگذار جمهوری اسلامی ايران، ١٢٧٩ - ١٣٦٨. تحرير الوسيله. برگزيده. شرح
- رده بندي كنگره : BP183/9/خات ٣٠٢٣٧٢٢٥ ١٣٨٥
- رده بندي ديويي : ٢٩٧/٣٤٢٢
- شماره كتابشناسي ملي : ١٠٧٤٥٨٥

شكر و تقدير

- قد تمت مراجعة هذا الكتاب و إخراجة في مركز فقه الأئمة الأطهار (عليهم السلام) بجهود الفضلاء الأماجد:
- ١ حجة الإسلام و المسلمین الشيخ حسين الوائلي: المشرف المباشر.
- ٢ الأستاذ محسن الأسدي: تنسيق كتاب القضاء و بعض المراجعة.
- ٣ حجة الإسلام الشيخ عباد الله سرشار الميانجي الطهراني: تخريج مصادر كتاب القضاء.
- ٤ الأخ الفاضل محمد مهدي مقدادي: تخريج مصادر كتاب الشهادات.
- هذا، و قد أجريت مقابلة كتابي القضاء و الشهادات و مراجعتهما من قبل كل من الشيخ الطهراني و الأخ المقدادي.
- و نحن إذ نقدم لهم شكرنا و تقديرنا، نسأل الله تعالى أن يوفقهم للمزيد من الأعمال العلمية.
- قم المقدسة مركز فقه الأئمة الأطهار (عليهم السلام)
- تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥

[كتاب القضاء]

إشارة

كتاب القضاء

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٦

باسمه تعالى

هذا شرح كتاب القضاء من تحرير الوسيلة للإمام الراحل الخميني (قدس سرّه)، المسمى «تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة». و أنا الأقل الفاني محمد الفاضل اللنكراني، و من الله أستمد العون لإتمامه و إتمام سائر أجزاء الكتاب بحق أوليائه الطاهرين صلواته عليهم أجمعين. و كان الشروع يوم السبت ثالث جمادى الأولى من شهور سنة ١٤١٨ من الهجرية النبوية القمريّة.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٧

[حول القاضي والقضاة]

حول القاضي و القضاة القضاء و هو الحكم بين الناس لرفع النزاع بينهم بالشرائط الآتية.

(١) القضاء بالمد و القصر، و إن كان المدّ في أمثال هذه الموارد موجباً للدلالة على شدة المرتبة كالبكاء، و لا يعمل مثلها في القضاء. قد ذكر لها بحسب اللغة معان متعدّدة ربّما أنهيت إلى عشرة، كما في كلام صاحب الجواهر «١». و قد استعملت فيها في ظاهر الكتاب العزيز كالحكم أو المقول في قوله تعالى وَ اللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ «٢» و الحكم كما في قوله تعالى فِي قِصَّةِ سُلَيْمَانَ فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ «٣» و بالإعلام كما في قوله تعالى إِلَّا حَاجَّةً فِي نَفْسٍ يَعْقُوبَ قَضَاهَا «٤» و الأمر كما في قوله تعالى وَ قَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ «٥»

(١) جواهر الكلام: ٧/٤٠.

(٢) سورة غافر ٤٠: ٢٠.

(٣) سورة سبأ ٣٤: ١٤.

(٤) سورة يوسف ١٢: ٦٨.

(٥) سورة الإسراء ١٧: ٢٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٨

.....

و كالخلق كما في قوله تعالى: فَفَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ «١» و كالفعل كما في قصة السحرة خطاباً إلى فرعون فَأَقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ «٢» و كالإتمام و الفراغ كما في قوله تعالى حكاية عن موسى (عليه السلام) أَيَّمَا الْأَجْلَيْنِ قَضَيْتُ فَلَا عُدْوَانَ عَلَيَّ «٣» و كما في قوله تعالى فَلَمَّا قَضَىٰ مُوسَى الْأَجَلَ وَسَارَ بِأَهْلِهِ «٤» و في قوله تعالى فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكَكُمْ «٥».

إلّا أنّه نفى البعد الشيخ الأنصاري في رسالته في القضاء عن إرجاع الكلّ إلى معنى واحد قال: و هو إتمام الشيء و الفراغ عنه «٦»، كما اعترف به الأزهرى على ما حكى عنه أي في كتاب تاج العروس في الشرح على القاموس للفيروز آبادي «٧» أو فصل الأمر قولاً أو فعلاً

كما في كشف اللثام «٨».

أقول: الظاهر أن الإرجاع إلى المعنى الأول لا يتم، ولا يكاد يستقيم مع مثل قوله تعالى وَ قَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ، فتدبر. و أمّا المعنى الثاني فهو يتم بناءً على كون المراد من فصل الأمر غير منحصر بمورد الترافع و المخاصمة و التنازع و التقابل، كما لا يبعد.

و يؤيد الإرجاع إلى المعنى الواحد أن المرتكز في الأذهان العرفية: أنه لا يكون القضاء من الكلمات التي لها معان متعددة كالعين التي تكون كذلك، و كالقرء الذي هو مردّد بين معنيين متضادين من الحيض و الطهر. هذا كلّ بحسب اللغة و العرف.

(١) سورة فصلت ٤١: ١٢.

(٢) سورة طه ٢٠: ٧٢.

(٣) سورة القصص ٢٨: ٢٨ و ٢٩.

(٤) سورة القصص ٢٨: ٢٨ و ٢٩.

(٥) سورة البقرة ٢: ٢٠٠.

(٦) القضاء و الشهادات (تراث الشيخ الأنصاري): ٢٢ / ٢٥.

(٧) تاج العروس: ١٠ / ٢٩٧.

(٨) كشف اللثام: ٢ / ٣٢٠ (ط ق).

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٩

.....

معنى القضاء اصطلاحاً و أما بحسب الاصطلاح الذي لا يراد به إلا الاصطلاح الفقهي، لا الحقيقة الشرعية، بل و لا التشريعية؛ لأنّ مورد بحثهما هو ألفاظ العبادات مثل الصلاة و الصيام و الحجّ، دون المعاملات بالمعنى الأعم أو الأخص مثل البيع و نحوه، فإنّه لا يراد منها إلا المعاني العقلية العرفية المتداولة، غاية الأمر اعتبار الشارع فيها بعض الأمور نفيّاً و إثباتاً كالنهى عن بيع الغرر «١»، و إلا فالمراد من مثل قوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ «٢» هو البيع العرفي العقلاني، و إلا يلزم أن يكون مثل الضرورية بشرط المحمول؛ لأنّ الحكم بأنّه أنفذ الله البيع الشرعي يرجع إلى ذلك.

و كيف كان، فقد عزّفه في محكي المسالك «٣» و الرياض «٤» و الكشف «٥» و التنقيح «٦» و مثلها «٧» بأنّه عبارة عن ولاية الحكم شرعاً لمن له أهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معينين من البرية بإثبات الحقوق و استيفائها للمستحق. و عزّفه في محكي الدروس «٨» بأنّه ولاية شرعية على الحكم و على المصالح العامة من قبل الإمام (عليه السلام).

(١) عيون أخبار الرضا عليه السلام: ٢ / ٤٥ ح ١٦٨، و عنه وسائل الشيعة: ١٧ / ٤٤٨، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة ب ٤٠ ح ٣

بحار الأنوار: ٧٣ / ٣٠٤ ح ١٩ و ج ١٠٣ / ٨١ ح ٤.

(٢) سورة البقرة ٢: ٢٧٥.

(٣) مسالك الأفهام: ١٣ / ٣٢٥.

(٤) رياض المسائل: ٩ / ٢٣٣.

(٥) كشف اللثام: ٢ / ٣٢٠ (ط ق).

(٦) التنقيح الرائع: ٢٣٠ / ٤.

(٧) كالمهذب البارع: ٤ / ٤٥١، والقضاء والشهادات (تراث الشيخ الأعظم): ٢٥ - ٢٦.

(٨) الدروس الشرعية: ٦٥ / ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٠

.....

والتعريفان مشتركان في جعل القضاء بمعنى الولاية، لا نفس الحكم كما في المتن ونحوه. و ذكر الشيخ الأنصاري (قدس سره) في رسالة القضاء: أن إدراج الولاية مبنى على جعل القضاء من المصادر المستعملة في شأنية المبدأ و منصبه، كما في لفظ الحكومة و الإمارة و الوزارة و نحوها لا في نفس المبدأ، فالمنصب في هذه المبادئ نظير الملكة في الكتابة و نحوها. و هذا الاستعمال و إن كان شائعاً في كثير من المصادر، و ملحوظاً في لفظ القاضي إلا أنه قليل في خصوص لفظ القضاء، بل ربما يعبر عنه عرفاً بالقضاة، و إن لم يسمع هذا الوزن في كلام أهل اللغة «١».

و ذكر المحقق العراقي في رسالته في القضاء بعد استظهار كون القضاء عبارة عن الولاية؛ لظهور تعلق الجعل به في كونه من الأمور الجعليّة، مضافاً إلى كفاية هذا المقدار في صدق القاضي و لو لم يتلبس بعد بالقضاء أصلاً ما ملخصه: أنه يمكن أن يقال: بأن مجرد صدق القاضي بمجرد الجعل لا يقتضى كون المبدأ فيه بمعنى الولاية المزبورة، إذ ربما تكون الهيئة الاشتقاقية مقتضية لتوسعة النسبة، و غير مانعة من بقاء المبدأ على معناه من الحكم الفعلى الحقيقى، كلفظى الحكم و الحاكم.

و من هذا الباب الفرق بين عنوان التجارة و التاجر، فيكشف ذلك عن أنه من جهة توسعة في مدلول الهيئة، لا أنه خلاف في مفهوم المادة، و مرجع ما ذكرنا في الحقيقة إلى الالتزام بتوسعة في دائرة التلبس الفعلى، لا الالتزام بتوسعة في المفهوم الصادق حتى على المتلبس سابقاً؛ كى يكون خلاف التحقيق «٢».

(١) كتاب القضاء (تراث الشيخ الأنصاري): ٢٥ ٢٦.

(٢) كتاب القضاء للمحقق العراقي: ٣ - ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١١

.....

و كيف كان، فتعريف القضاء بنفس الحكم الظاهر في الحكم الحقيقى الفعلى كما في المتن ليس على ما ينبغى، بل الظاهر ما ذكره المشهور و الدروس من التعريف بالولاية المتحققة بنفس الجعل، و إن لم يتحقق التلبس فضلاً عن المنقضى عنه، كما لا يخفى نعم ذكر صاحب الجواهر «١» و بعض تلامذة الشيخ الأنصاري «٢» أن تعريف الدروس أرجح؛ لشموله لحكم الحاكم بثبوت الهلال؛ لأنه من المصالح العامة، مع أن الظاهر أن مجرد الشمول لا يقتضى الترجيح إلا بعد ثبوت كونه من مصاديق القضاء. و من الظاهر عدمه لو لم نقل بعدم كونه منها أصلاً، كما لا يخفى.

بقى الكلام في أمرين أحدهما: أن الحكم سواء كان القضاء عبارة عن نفسه، أو الولاية عليه عبارة عن وجوده الإنشائى الذى يحصل تارة بمثل قوله: «حكمت»، و أخرى بالقول أو الفعل الدالّ عليه سواء كان هو الكتابة أو غيرها، مثل الأمور الاعتبارية الحاصلة بمثل ذلك كالباع، الذى يحصل بإنشاء التملك بقول: «بعته» و شبهه، و يحصل بالمعاطاة و نحوها، فإن التملك الحاصل بالبيع أمر اعتبارى عقلائى و شرعى، و موضوع الأحكام كثيرة و آثار غير عديدة، و كذا النكاح و نحوه، إلا فيما قام دليل خاص على عدم

جريان مثل المعاطاة فيه، وكذا المقام، فإن الحكم يحصل تارة بمثل قول: «حكمت» في مقام فصل

(١) جواهر الكلام: ٩/٤٠.

(٢) كتاب القضاء للأشتياني: ١/٤٣-٤٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٢

.....

الخصومة و رفع النزاع، و أخرى بقول آخر أو فعل آخر، كالرأى الثابت في زماننا الحاصل بالكتابة من دون أن يكون القاضى متلفظاً أصلاً.

ثانيهما: الفرق بين القضاء و الفتوى عبارة عن أن الفتوى □ هي بيان الأحكام الكليّة و الكبريات العامّة من دون نظر إلى التطبيق على الموارد و بيان المصاديق، ففي قوله: «الخمير حرام» تكون الفتوى □ عبارة عن الحكم بالحرمة الثابتة للخمر، و أمّا أن أى مائع خمير خارجاً أو لا- يكون خمراً، فهو لا يرتبط بالمجتهد و من إليه رجوع في التقليد، فإذا قال المجتهد: «هذا المائع خمير»، فلا يكون قوله حجّة من جهة الاجتهاد و المرجعيّة، بل يكون من مصاديق شهادة العادل الواحد في الموضوعات الخارجيّة، و الحجّية و عدمها محلّ خلاف. و قد أثبتنا في قواعدنا الفقهيّة عدم الحجّية؛ و أن جعل حجّية البيّنة ناف لحجّيته بعد كون الأمرين من سنخ واحد، و الفارق التعدّد و عدمه، بخلاف جعل الحجّية للاستصحاب مثلاً في مقابل البيّنة فراجع «١».

و كيف كان فقول المجتهد و شهادته لا يكون حجّة إلّا من هذا الباب.

و أمّا القضاء فهو الحكم في القضايا الشخصية التي هي مورد التشاجر و الترافع، كحكم القاضى بأنّ المال الفلاني لزيد، أو أنّ المرأة الفلانية زوجته عمرو و هكذا. و بعبارة اخرى □ أنّ القضاء الذي هو عبارة عن الحكم، أو الولاية عليه عبارة عن الأمر الإنشائي الاعتباري و قد مرّ، و الفتوى عبارة عن الإخبار عن النظر و الرأى الحاصل بالاستنباط عن المنابع اللازمة و الأدلّة الواردة.

نعم ذكر بعض الأعلام (قدّس سرّه) أنّه قد يكون منشأ الترافع الاختلاف في الفتوى، كما

(١) القواعد الفقهيّة: ١/٤٧٦ ٤٧٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٣

و منصب القضاء من المناصب الجليلّة الثابتة من قبل الله تعالى للنبيّ (صلّى الله عليه و آله) و من قبله للأئمّة المعصومين (عليهم السلام)، و من قبلهم للفقهاء الجامع للشرائط الآتية. و لا يخفى □ أنّ خطره عظيم.

(١) إذا تنازعت الورثة في الأراضى، و ادّعت الزوجة ذات الولد الإرث منها، و ادعى الباقي حرمانها فتحكما لدى القاضى، فإنّ حكمه يكون نافذاً عليهما، و إن كان مخالفاً لفتوى □ من يرجع إليه المحكوم عليه «١».

أقول: و منه يظهر أنّ كتاب القضاء و مسألة فصل الخصومة ليس من شعب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، كما نسب إلى صاحب الجواهر (قدّس سرّه) و بعض آخر «٢». فإنّ المدعى و المنكر في مثل المثال المذكور ليسا تاركين للمعروف و العاملين بالمنكر، بل في كمال التعهّد و الإيمان و العمل بأحكام الإسلام، غاية الأمر أنّ منشأ ترفعها و تخاصمهما هو اختلاف المجتهدين المقلّدين، و قد يتفق الترافع و النزاع في صورة الاشتباه و النسيان، فيدعى كلّ من زيد و عمرو ملكيّة الدار التي هي في يد زيد مثلاً مع عدم كون عمرو من المريدين لأكل مال الغير و التصرف فيه بوجه، بل يعتقد ملكيته إرثاً مثلاً و زيد كذلك، فيقع الاشتباه و عقيبه التخاصم و

التشاجر، مع أن مثل المورد لا يكون داخلًا في ذلك الباب أصلًا، نعم قد يقع الادعاء أو الإنكار مع العلم و عدم الاشتباه، لكنّه لا يكون تمام مورد القضاء، كما لا يخفى.

(١) مباني تكملة المنهاج: ١/ ٤٣.

(٢) جواهر الكلام: ٤٠/ ٣٨، ٣٩، غايه المرام: ٤/ ٢١٧، كشف اللثام: ١٠/ ١١، مستند الشيعة: ١٧/ ١٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٤

وقد ورد «أنّ القاضي عليّ شفير جهنم» (١)، و عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أنّه قال: «يا شريح قد جلست مجلساً لا يجلسه إلّا نبيّ أو وصيّ نبيّ أو شقيّ» (٢)، و عن أبي عبد الله (عليه السلام): «اتقوا الحكومة، فإنّ الحكومة إنّما هي للإمام العالم بالقضاء، العادل في المسلمين لنبيّ أو وصيّ نبيّ» (٣)، و في رواية «من حكم في درهمين بغير ما أنزل الله عزّ وجلّ فقد كفر» (٤)، و في اخرى «لسان القاضي بين جمرتين من نار حتّى يقضى بين الناس، فإمّا إلى الجنة و إمّا إلى النار» (٥) و عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «القضاء أربعة: ثلاثة في النار و واحد في الجنة: رجل قضى بجور و هو يعلم فهو في النار، و رجل قضى بجور و هو لا يعلم فهو في النار. و رجل قضى بالحقّ.

(١) وسائل الشيعة: ١٧/ ١٩٠، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به ب ٤٥ ذ ح ٧ و ج ٢٢/ ٢٧، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي ب ٤ ح ٦، و ذكره في الصوارم المهرقة: ٢٣٣.

(٢) الكافي: ٧/ ٤٠٦ ح ٢، الفقيه: ٣/ ٤ ح ٨، المقنع: ٣٩٥، تهذيب الأحكام: ٦/ ٢١٧ ح ٥٠٩، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧/ ١٧، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي ب ٣ ح ٢.

(٣) الكافي: ٧/ ٤٠٦ ح ١، الفقيه: ٣/ ٤ ح ٧، تهذيب الأحكام: ٦/ ٢١٧ ح ٥١١، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧/ ١٧، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي ب ٣ ح ٣.

(٤) تفسير العياشي: ١/ ٣٢٣ ح ١٢١، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٤، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي ب ٥ ح ١٣.

(٥) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٩٢ ح ٨٠٨، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧/ ٢٢٨، كتاب القضاء، أبواب آداب القاضي ب ١٢ ح ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٥

و هو لا- يعلم فهو في النار، و رجل قضى بالحقّ و هو يعلم فهو في الجنة» (١) و لو كان موقوفاً على الفتوى يلحقه خطر الفتوى أيضاً، ففي الصحيح قال أبو جعفر (عليه السلام): «من أفتى الناس بغير علم و لا هدى من الله لعنته ملائكة الرحمة و ملائكة العذاب، و لحقه وزر من عمل بفتياه» (٢) (١)

.....

(١) أقول: أمّا كون القضاء من المناصب الجليله، فلا ينبغي الارتباب فيه، و كذا في كون الأصل ثابتاً لله تبارك و تعالی، و من قبله للنبيّ (صلّى الله عليه و آله) عليّ ما يقتضيه قوله تعالى في موارد كثيرة، مثل قوله فإنّ تنازعتم في شئٍ فردوه إلى الله و الرسول (٣)، بناءً على أنّ من مصاديقه التنازع و التخاصم المفروض في مورد القضاء، و قوله تعالى إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحقّ لتحكّم بين الناس بما أرك الله (٤)، و قوله تعالى و ما كان لمؤمن و لا مؤمنة إذ قضي الله و رسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم (٥)، و قوله تعالى: فلا و ربك لا يؤمنون حتّى يحكموك فيما شجر بينهم ثمّ

- (١) الكافي: ٧/٤٠٧ ح ١، تهذيب الأحكام: ٦/٢١٨ ح ٥١٣، الفقيه: ٣/٣ ح ٦ و عنها وسائل الشيعة: ٢٧/٢٢، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي ب ٤ ح ٦.
- (٢) الكافي: ٧/٤٠٩ ح ٢، المحاسن: ١/٣٢٦ ح ٨٥٨، وسائل الشيعة: ٢٧/٢٠، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي ب ٤ ح ١.
- (٣) سورة النساء ٤: ٥٩.
- (٤) سورة النساء ٤: ١٠٥.
- (٥) سورة الأحزاب ٣٣: ٣٦.
- تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٦

.....

□ لا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا «١»، و غير ذلك من الموارد. □

و قد تقرّر في محلّه «٢» أنّ أحد المناصب الثلاثة التي كانت ثابتة للرسول (صلى الله عليه و آله) في المدينة المنورة هو القضاء كالرسالة و الحكومة. و حكومته فيها هو المبدأ و المنبع للحكومة الإسلامية المتحققة في مملكة إيران بعد فلاح الثورة و تحقّق الانقلاب. و قد ذكر الماتن (قدّس سرّه) في بحث قاعدة لا ضرر «٣» أنّها لا تكون مرتبطة بالفقه لا بالعنوان الأوّلي و لا بالعنوان الثانوي، بل النهي عن الضرر و الإضرار حكم حكومي صادر عن الرسول (صلى الله عليه و آله).

و كيف كان فلا إشكال في ذلك، كما أنّه لا إشكال في ثبوته للأئمة المعصومين (عليهم السلام)، و يدلّ عليه مضافاً إلى ثبوت الولاية العامة لهم مسلماً الروايات الآتية بعضها الدالّة على جعلهم القضاء و الحكم، و من الواضح أنّ جعل القاضي و الحاكم لا يتمّ مع عدم صلاحيتهم للقضاء، كما لا يخفى.

ثبوت منصب القضاء للفقيه و أمّا الثبوت للفقيه الجامع للشرائط، فيدلّ عليه أيضاً روايات دالّة على جعله كذلك، مثل: مشهورة أبي خديجة سالم بن مكرم الجمال، قال: قال أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق (عليه السلام): إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم، فإنّي قد جعلته

(١) سورة النساء ٤: ٦٥.

(٢) بدائع الدرر في قاعدة نفى الضرر: ١٠٣ - ١٢١.

(٣) بدائع الدرر في قاعدة نفى الضرر: ١٠٣ - ١٢١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٧

.....

قاضياً فتحاكموا إليه «١».

و مقبولة عمر بن حنظلة: انظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا، و نظّر في حلالنا و حرامنا، و عرف أحكامنا، فارضوا به حكماً، فإنّي قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبله منه فإنّما بحكم الله قد استخفّ، و علينا ردّ، و الرادّ علينا الرادّ على الله، و هو على حدّ الشرك بالله «٢».

و أمّا كون خطره عظيماً فيكفي فيه الروايات التي أشار إليها في المتن، و كذا خطر الفتوى إذا كان القضاء موقوفاً عليها، و لكنّها مختلفة من حيث المفاد من جهة كون المقصود التحاكم إلى الطاغوت و قضاة الجور، و من جهة كون المحكوم به غير حقّ، و من

جهة جهل القاضى و علمه بالحق، و من جهات آخر، كما أن الظاهر أن المراد بوصى النبى الأعم منه و من منصوبه الخاص أو العام. كما أن المراد بالكفر هى شدة مرتبة العصيان لا الكفر الحقيقى المساوق للارتداد. فراجع الروايات فى هذا الباب.

(١) الفقيه: ٢/٣ ح ١، الكافى: ٧/٤١٢ ح ٤، التهذيب: ٦/٢١٩ ح ٥١٦، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧/١٣، أبواب صفات القاضى ب ١ ح ٥.

(٢) الكافى: ٧/٤١٢ ح ٥.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٨

[القول فى صفات القاضى و ما يناسب ذلك]

إشارة

القول فى صفات القاضى و ما يناسب ذلك

[مسألة ١: يشترط فى القاضى البلوغ و العقل و الإيمان و العدالة و الاجتهاد المطلق، و الذكورة و طهارة المولد]

مسألة ١: يشترط فى القاضى البلوغ و العقل و الإيمان و العدالة و الاجتهاد المطلق، و الذكورة و طهارة المولد، و الأعلمية ممن فى البلد أو ما يقربه على الأحوط، و الأحوط أن يكون ضابطاً غير غالب عليه النسيان، بل لو كان نسيانه بحيث سلب منه الاطمئنان، فالأقوى عدم جواز قضائه. و أما الكتابة ففى اعتبارها نظر، و الأحوط اعتبار البصر، و إن كان عدمه لا يخلو من وجه (١).

(١) فيما يعتبر فى القاضى أو قيل أو احتمل اعتباره، و هى أمور:

الأول: البلوغ، فإن أمور الصبى و إن كانت شرعية و الحق صحتها، كما حققناه فى قواعدنا الفقهية التى منها شرعية عبادات الصبى «١»، و لا- مجال لأن يقال: إن بطلانه لعدم وجوب القضاء عليه لا كفاية و لا عيناً لرفع قلم التكليف الإلزامى عنه «٢»، و إن كان الحكم الوضعى ثابتاً بالإضافة إليه، مثل الضمان فيما إذا أتلّف مال

(١) القواعد الفقهية: ١/٣٥٥ ٣٧٠.

(٢) وسائل الشيعة: ١/٤٥، أبواب مقدّمة العبادات ب ٤ ح ١١، و ج ٢٩/٩٠، كتاب القصاص، أبواب القصاص

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٤

.....

الغير و هكذا، و ذلك لأنّ نفوذ الحكم غير وجوبه، و الدليل على اعتباره هو أن ولاية القضاء و الحكومة مجعولة لعنوان الرجل الذى فيه خصوصيتان: الرجولية و عدم كونه أنثى، و البلوغ و عدم كونه صبياً فى صحیحة أبى خديجة سالم بن مكرم الجمال فى قوله (عليه السلام): اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حلالنا و حرامنا، فإنّى قد جعلته عليكم قاضياً، و إياكم أن يخاصم بعضكم بعضاً إلى السلطان الجائر «١»، مع أن مقتضى الأصل عدم نفوذ حكم أحد على أحد، و لا مجال لأن يقال: بإلغاء الخصوصية من عنوان الرجل، كما فى سائر الموارد، مثل قوله: رجل صلّى فلم يدر أ فى الثالثة هو أم فى الرابعة «٢»، حيث إنّه لا يختص أحكام الشكوك فى باب الصلاة

بالرجل، ولا لأن يقال: بأن التعبير في الصحيحة وإن كان بالرجل، إلا أن التعبير في ذيل المقبولة أي مقبولة عمر بن حنظلة ب «من» الموصولة، وهي شاملة للصبي في قوله (عليه السلام): ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا، ونظر في حلالنا وحرماننا و عرف أحكامنا، فليرضوا به حكماً، فأنى قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فإنما استخف بحكم الله، وعلينا رد، و الراد علينا الراد على الله، و هو على حد الشرك بالله، الحديث «٣».

أقول: وجه عدم جواز إلغاء الخصوصية كما في سائر الموارد العلم بعدم

في النفس ب ٣٦ ح ٢، السنن الكبرى للبيهقي: ٣٢٧/٦ ح ٨٣٩١، سنن الدارقطني: ١٠٢/٣ ح ٣٢٤٠، سنن الترمذي: ٣٢/٤ ح ١٤٢٧.

(١) وسائل الشيعة: ١٣٩/٢٧، كتاب القضاء أبواب صفات القاضي ب ١١ ح ٦، وقد تقدم صدرها في ص ٢١.

(٢) الكافي: ٣/٣٥١ ح ١، تهذيب الأحكام: ١٨٥/٢ ح ٧٣٥، و عنهما وسائل الشيعة: ٢١٨/٨، كتاب الصلاة، أبواب الخلل الواقع في الصلاة ب ١٠ ح ٧.

(٣) وسائل الشيعة: ١٣٧/٢٧، كتاب القضاء أبواب صفات القاضي ب ١١ ح ١، وقد تقدمت قطعة منها في ص ٢٢-٢١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٥

.....

الخصوصية فيها دون المقام، خصوصاً بعد كون التعبير صادراً من الإمام العالم بالخصوصيات، و خصوصاً مع أهميته منصب القضاء، و عدم نفوذ حكم أحد بالإضافة إلى غيره بدون الدليل عليه.

و الوجه في الثاني مضافاً إلى استشكال بعض الأعلام في السند «١» و إن رفعناه سابقاً «٢»، و إلى احتمال الانصراف إلى البالغين، كما لا يبعد أن جعل منصب القضاء للبالغ في قالب التعبير بالرجل، مع كون المتكلم فاعلاً مختاراً عالمياً بتمام المعنى يغير الجعل، بالإضافة إلى العموم الشامل لغير البالغ، و إن لم يكن له مفهوم سلبي في باب المفاهيم المذكورة في علم الأصول، حتى يكون المفهوم السلبي مقيداً للإطلاق الإيجابي، إلا أن التغير العرفي الموجب لحمل المطلق على المقيد موجود هنا، كما لا يخفى.

الثاني: العقل، فلا يصح قضاء المجنون، و لو كان الجنون أدوارياً و كان القضاء في حال إفاقته؛ لأنه مضافاً إلى أن علو مقام القضاء و شموخ هذا المنصب لا يناسب المجنون بوجه، و إلى أن منصب القضاء من المناصب الثلاثة الثابتة للرسول (صلى الله عليه و آله) انصرف أدلة النصب عن المجنون، و لا ريب في تحقق هذا الانصراف خصوصاً بعد ادعاء الشيخ في رسالته القضاء ثبوت الإجماع المحقق و المنقول على اعتباره «٣».

الثالث: الايمان المساوق للاعتقاد بالولاية و إمامة الأئمة صلوات الله عليهم أجمعين، لا الايمان المقابل للكفر، فإن اعتباره واضح، و الدليل على اعتبار الايمان المذكور مضافاً إلى دعوى الإجماع التي عرفت من الشيخ الأنصاري (قدس سره) التقييد

(١) التنقيح في شرح العروة، الاجتهاد و التقليد: ١١٥.

(٢) في ص ٢١.

(٣) القضاء و الشهادات (تراث الشيخ الأعظم): ٢٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٦

بقوله (عليه السلام): «منكم» في مقبولة عمر بن حنظلة، الظاهر في اعتبار كون الرجل من أهل الايمان، و النهي عن الترافع إلى قضاء الجور، و تطبيق قوله تعالى يُرِيدُونَ أَنْ يُتَّحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ «١» على قضاء الجور، و إن كان قضاؤهم

أحياناً حقاً غير باطل، و أنه لا يجوز أخذه لكونه سحتاً علي ما عرفت.

الرابع: العدالة، والدليل على اعتبارها مضافاً إلى التعبير عن قضاء الجور المنصوبين من قبل سلاطين الجور بالفساق، كما في رواية أبي خديجة المتقدمة المشتملة على قوله (عليه السلام): «إياكم إلى قوله: أن تحاكموا» (٢) إلى أحد من هؤلاء الفساق» و إلى أن اعتبار العدالة في الشاهد و في إمام الجماعة يقتضى اعتبارها في القاضى بنحو الأولوية القطعية، مع أنه من مصاديق الركون إلى الظالم المنهى عنه في الآية الشريفة، و الإجماع الذى حكاه الشيخ الأنصارى (قدس سره) شامل له.

الخامس: الاجتهاد المطلق الشامل لأمرين: أصل الاجتهاد و كونه مجتهداً مطلقاً.

فنقول: أصل اعتبار الاجتهاد ممّا لا إشكال فيه، و إن عتبر عنه العلامة في محكي القواعد بالعلم «٣»، لكن المراد به هو الاجتهاد الناشئ عن الأدلة المتعارفة، لا العلم من أى سبب كان، و إن كان حجة في نفسه في القطع الطريقي كما بين في الأصول «٤»، و لا يختص بالعلم المقابل للظن، بل يشمل الظن المعتمد و الأصول العمليّة.

(١) سورة النساء ٤: ٦٠.

(٢) في ص ٢١.

(٣) قواعد الأحكام: ٢ / ٤٢١، الفصل الثانى.

(٤) سبرى كامل در اصول فقه: ٩ / ٢٣٣ - ٢٤٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٧

.....

و أمّا اعتبار كونه مجتهداً مطلقاً، فالمنسوب «١» إلى صاحب المسالك دعوى الإجماع عليه، و لكن ملاحظة عبارة المسالك «٢» تقتضى بخلافه، بل ذكر الشيخ الأنصارى (قدس سره): إن المشهور صحّة التجزى «٣»، بل القول بعدمها لم نعرفه من الإمامية قبل صاحب المعالم «٤».

أقول: إن كان المراد صحّة التجزى في باب القضاء لا في نفسه في مقابل من يقول بالاستحالة، فقد ذكر المحقق في الشرائع قوله: و مع عدم الإمام (عليه السلام) ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت (عليهم السلام) الجامع للصفات المشروطة في الفتوى «٥». و من الواضح أن من جملة تلك الصفات الاجتهاد المطلق.

و كيف كان فقد قوى عدم الفرق في المجتهد بين المطلق و المتجزى في باب القضاء الشيخ في الرسالة «٦»، وفاقاً للمصنف أى العلامة في القواعد «٧» و الشهيدين «٨» و المحقق السبزوارى في الكفاية «٩»، و المحقق القمى في الغنائم «١٠» و بعض آخر «١١»، و لا بد من ملاحظة الروايات الواردة في هذا المجال.

(١) المناسب هو السبزوارى في كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٢ / ٦٦٢.

(٢) مسالك الأفهام: ١٣ / ٣٢٨.

(٣) القضاء و الشهادات (تراث الشيخ الأعظم): ٣٢.

(٤) معالم الدين: ٢٧ و ٢٣٩.

(٥) شرائع الإسلام: ٤ / ٦٨.

(٦) القضاء و الشهادات (تراث الشيخ الأنصارى): ٣٠.

(٧) قواعد الأحكام: ٣/ ٤٢٢-٤٢٣، وكذا في تحرير الأحكام: ٥/ ١١١.

(٨) الدروس الشرعية: ٢/ ٦٦، الروضة البهية: ٢/ ٤١٨.

(٩) كفاية الفقه، المشتهر بـ «كفاية الأحكام»: ٢/ ٦٦٢.

(١٠) غنائم الأيام: ٦٧٢ ٦٧٣.

(١١) مجمع الفائدة و البرهان: ٧/ ١٢، كشف اللثام: ١٠/ ١٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٨

.....

فقول: إنَّ لأبي خديجة سالم بن مكرم الجمال روايتين بحسب الظاهر، إحداهما: ما عرفت «١»، والثانية: قال: قال أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق (عليه السلام): إني أراكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا (قضائنا) فأجعله بينكم، فإني قد جعلته قاضياً، فتحاكموا إليه «٢».

وقد تبع صاحب الجواهر (قدس سره) صاحب الوسائل في تعدد الرواية وتكررها «٣»، ولكن الظاهر عدم التعدد كما أشرنا إليه مراراً، ويؤيد عدم التعدد في المقام أنه لا بد بناءً على التعدد من الحكم بأن قوله (عليه السلام): «فإني قد جعلته قاضياً» يكون الجعل في المتقدم جعلاً إنشائياً صادراً في مقام بيان النصب، وفي المتأخر جعلاً خبرياً حاكياً عن الجعل الإنشائي القبلي، كما في قول القائل: بعث داري. فإنه إذا كان في مقام عقد البيع يكون هذا الكلام إنشائياً صادراً لبيان إنشاء البيع وعقده، وإذا كان في مقام الإخبار عن البيع الواقع سابقاً يكون أخبارياً حاكياً عنه، مع أن العبارة في الرواية تأبى عن الأمرين جميعاً، فلا يلتزم إلّا مع الوحدة وعدم التعدد. وحينئذ فإن كان الصادر هو الأول ينطبق على بعض الأمور المذكورة في المقبولة، وسيجيء إن شاء الله تعالى. وإن كان الصادر هو الثاني المشتمل على قوله: «يعلم شيئاً من قضايانا (قضائنا)» فالظاهر أن المراد من الشيء هو المقدار المعتد به، كما ربما يظهر بملاحظة التعبيرات العرفية لا الشيء الصادق بالواحد، وحينئذ فإن كان الصادر «قضايانا» يصير المراد مقداراً معتدّاً به من

(١) في ص ٢١.

(٢) الفقيه: ٣/ ٢ ح ١، الكافي: ٧/ ٤١٢ ح ٧، تهذيب الأحكام: ٦/ ٢١٩ ح ٥١٦، و عنها وسائل الشريعة: ٢٧/ ١٣، أبواب صفات القاضي ب ١ ح ٥.

(٣) جواهر الكلام: ٤٠/ ٣١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٩

.....

أحكامهم، فإنّ القضايا جمع القضية المشتملة على الموضوع والمحمول، والإضافة تفيد الاختصاص أى الأحكام المختصة بهم، ولا دلالة للرواية حينئذٍ على اعتبار الاجتهاد المطلق بوجه، وإن كان الصّادر (قضائنا) فكذلك أيضاً، إلّا أنّه يرد أنّه لا بدّ من حذف المضاف، أى يكون المراد حكمنا فى القضاء؛ لأنّهم لم يكونوا متصدّين للقضاء، ولعدم مساعدة الجوّ والقضاء لقضائهم، بل لتدريسهم أيضاً. وعلى أىّ فلم يعلم الصّادر؛ لأنّ الرواية واحدة والجمله الصادرة مردّدة، على ما عرفت. وأما المقبولة، فربّما يقال: إنّ الدالّ على اعتبار الاجتهاد المطلق هو قوله (عليه السلام): «و عرف أحكامنا» نظراً إلى أنّ الجمع المضاف يفيد العموم، أى جميع أحكامهم.

لكنه أورد عليه الشيخ في الرسالة: بأن حمل الجمع على العموم غير ممكن مع إبقاء قوله (عليه السلام) «عَرَفَ» على ظاهره من المعرفة الفعلية؛ للإجماع بل الضرورة على عدم اعتبار العلم الفعلي بجميع الأحكام، فحمل الفعل الماضي على إرادة الملكة ليس بأولى من حمل المضاف على الجنس، بل هو أولى بمراتب، ومع التساوي فيسقط الاستدلال «١».

أقول: بل لا يمكن اعتبار العلم الفعلي بجميع أحكام الأئمة (عليهم السلام) خصوصاً مع أن علومنا ليس في مقابل علومهم إلا كالقطرة من البحر، ولكن الاستدلال لا يتوقف على إفادة الأحكام للعموم، حتى يمنع بأن الجمع المضاف لا يفيد العموم، بل لو كان الجنس مكان الجمع كما في الأمرين الأولين لأفاد اعتبار الاجتهاد المطلق أيضاً؛ لأنه لا يراد من رواية الحديث المضاف إليهم حينئذٍ، ولا من النظر في حلالهم

(١) القضاء والشهادات (تراث الشيخ الأعظم): ٣١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٠

.....

و حرامهم، ولا من معرفة حكمهم ما يكون منطبقاً عليه الجنس و هو الواحد؛ لأنه مضافاً إلى عدم تناسب ذلك مع جعل منصب القضاء و الحكومة، و لا بد من تناسب الحكم و الموضوع لا يكون المتفاهم العرفي من هذه التعبيرات إلا ما ينطبق على الاجتهاد المطلق، مع أن محدوده اجتهاد المتجزى إن كانت غير باب القضاء فاعتباره في مسألة القضاء لا يعرف له وجه، و إن كانت في محدوده القضاء فلا يكون في الرواية إشعار إليه.

و على تقدير كون الصادر «شيئاً من قضائنا» في رواية أبي خديجة يدل على اعتبار التجزى في باب القضاء كما لا يخفى، و كيف كان فاعتبار التجزى بنحو الإطلاق الشامل لباب الصلاة مثلاً في صحة القضاء لا يعرف له وجه. و من هنا يشكل الحكم بكفاية التجزى في الاجتهاد بعد الحكم باعتبار أصله.

كما أنه يشكل الحكم باعتبار الاجتهاد المطلق؛ لأن المنصوبين في عصر النبي (صلى الله عليه وآله) و على أمير المؤمنين (عليه السلام) في زمان حكومته و بسط يده لم يكونوا واجدين لذلك، و على الأقل جميعهم لا يكون كذلك بالضرورة. و لو قلنا: بأن الاجتهاد المطلق في تلك الأزمنة لم يكن بهذه السعة المتحققة في هذه الأزمنة، و لم يكن متوقفاً على علوم كثيرة صعبة كالأدبية العرفية لغير من تكون لغته عربيته، و علم الرجال و غيرهما، بل كان متوقفاً على مسائل سهلة و أمور يسيرة مثلاً.

و الذي يخلج بالبال في كل أساس الإشكال أن يقال و لو على سبيل الاحتمال: إن دلالة المقبولة على اعتبار الاجتهاد المطلق فيمن جعل له القضاء و الحكومة، و إن كان مما لا تنبغي المناقشة فيه، إلا أنه لا يلزم الاعتبار مطلقاً بالإضافة إلى زمن الغيبة، و في جميع الحالات و الشرائط و الأمكنة و الأزمنة.

توضيح ذلك: أن التشكيلات القضائية في كل نظام و حكومة حتى الحكومات

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥١

.....

الدينية المنكرة لأساس الأديان فضلاً عن الإسلام، لها دخالة كاملة في حفظ تلك الحكومة و ذلك النظام، و إجراء مقرراته و قوانينه، و حفظ الأمتية التامة و حقوق الناس، و يصح التعبير عنها بأنها يد الحكومة و قوام بقائها و ضامن حفظها، و هكذا في النظام الإسلامي و الحكومة المبنتية عليه.

و حينئذ نقول: إن إصرار الأئمة (عليهم السلام) و تأكيدهم و التشديد على عدم جواز الترافع إلى قضاء الجور، و حرمة ما أخذ بحكمهم و لو كان حقاً؛ لأنه قد أخذ بحكم الطاغوت، و هو من مصاديق قوله تعالى: يُرِيدُونَ أَن يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَن يَكْفُرُوا بِهِ «١» ليس لمجرد كونهم فاسقين غير عادلين، و كون حكمهم بالباطل غالباً و بغير حق، بل لكونهم أيادي الظلمة و سلاطين الجور الغاصبين لحقهم (عليهم السلام)، و يكون الترافع إليهم تأييداً لهم و لمن هم من أياديهم، و عدم الترافع يكون موجباً لضعفهم و ضعف الحكومة الناصبة لهم.

و من ناحية أخرى لم يكن للأئمة (عليهم السلام) القدرة الموجبة للنصب الخاص بالإضافة إلى الأفراد الذين هم مورد نظرهم؛ لأن القدرة و السلطة كانت في اختيار الجائرين الغاصبين، و كذلك لم يكن الحضور إلى محضرهم أمراً ممكناً غالباً، لأنهم كانوا في حصر شديد و مراقبة كاملة، و لم يكن للشيعة الوصول إليهم في أي زمان أرادوا.

و عليه فيمكن أن يقال: بأن مفاد المقبولة النصب العام بالإضافة إلى زمن الحضور، لمن كان مجتهداً مطلقاً لا يحتاج إلى مراجعة شخص الإمام (عليه السلام) نوعاً و أما إذا كانت الحكومة شيعية، و كان الحاكم لائقاً شرعاً للحكومة، فلا حاجة إلى الاجتهاد المطلق، كما كان في زمن النبي (صلى الله عليه و آله) و علي (عليه السلام) في زمان حكومته و خلافته ظاهراً.

(١) سورة النساء ٤: ٦٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٢

.....

كما أن الأمر كذلك في زماننا هذا بالنسبة إلى النظام الحاكم على مملكة إيران، فإن إدارة التشكيلات القضائية نوعاً بيد القضاء غير الواجدين للاجتهاد المطلق، و لا مجال لأن يقال: إن المجوز لذلك الضرورة أو إذن المجتهد المطلق، بل لا دليل على الاعتبار بعد كون اللمازم عليهم إجراء المصوبات، أو الرجوع إلى فتوى مرجع خاص، و ليس لهم أعمال الاجتهاد الشخصي، و إن كان ثابتاً بالإضافة إلى بعضهم.

فالتحقيق أن مفاد المقبولة إذن نصب عام بالإضافة إلى الشرائط المشابهة لا مطلقاً، و لا دليل على اعتبار غير المقبولة حتى رواية أبي خديجة على ما عرفت. نعم مناسبة الحكم و الموضوع تقتضي أن يكون القاضي عالماً بشئون القضاء و الحكومة، و لم يكن عواماً محضاً غير قادر على فصل الخصومة و رفع النزاع بالموازن الشرعية المقررة كذلك، و العجب أن مثل المحقق في الشرائع أضاف على اعتبار الشرائط و الصفات المعبرة في الفتوى و رجوع المقلد، أنه و لا بد أن يكون عارفاً بجميع ما وليه «١»، فراجع.

السادس: الذكورة، و يدل على اعتبارها مضافاً إلى أنه لا خلاف فيه و لا إشكال من حيث الفتوى التعبير بالرجل في معتبرة أبي خديجة المتقدمه على كلا- نقلها، و قد عرفت أن هذا التعبير في مقابل الصبي و المرأة، و لا مجال لدعوى إلغاء الخصوصية كما مر «٢»، و يؤيده ما رواه الصدوق بإسناده عن حماد بن عمرو و أنس بن محمد، عن أبيه، عن جعفر بن محمد، عن آبائه (عليهم السلام) في وصية النبي (صلى الله عليه و آله) لعلي (عليه السلام) قال: يا علي ليس

(١) شرائع الإسلام: ١/٤ - ٨٦٠.

(٢) في ص ٤٤ - ٤٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٣

.....

على المرأة جمعة إلى أن قال: ولا تولّى القضاء «١».

و السند و إن كان ضعفه منجبراً بالشهرة المحققة و ما فوقها، إلا أن الدلالة أيضاً غير واضحة؛ لأن عدم وجوب الجمعة و كذا الجماعة على النساء لا يرجع إلى البطلان لهنّ، و هكذا تولّى القضاء و إن كان لا يكون واجباً لهنّ لا كفاً و لا عتياً، إلا أن عدم نفوذ حكمهنّ و عدم صحته الذي هو المدعى لا يستفاد منها. و لكن قد عرفت دلالة رواية أبي خديجة عليه مع أنه لا خلاف فيه و لا إشكال.

و دعوى أن التعبير «من» الموصولة الشاملة للنساء في المقبولة المتقدمة مطلق لا يختص بالرجال مدفوعة مضافاً إلى الانصراف كما ادعى بأن الإطلاق يقتيد برواية أبي خديجة و مثلها، و مضافاً إلى أن منع إمامة المرأة للرجال و إمامتها للنساء أيضاً كما اخترناه على سبيل الاحتياط الوجوبى يقتضى المنع هنا بطريق أولى؛ لأن منصب القضاء أهم من الإمامة للجماعة، خصوصاً مع توقف القضاء على أمور لا يجتمع مع تستر النساء الذي هو مطلوب أيضاً.

السابع: طهارة المولد، و يدل على اعتبارها مضافاً إلى أهمية منصب القضاء، و غير طاهر المولد محقر في المجتمع، و لا يعاب به كثيراً. و إلى أن مقتضى الأصل عدم نفوذ حكمه و قضائه الأولوية القطعية بالإضافة إلى إمام الجماعة و الشاهد، فإنه إذا كانت الطهارة معتبرة فيهما ففي القاضى بطريق أولى، و يمكن دعوى انصراف أدلة النصب عن مثله، كما لا يخفى.

الثامن: الأعلمية ممن هو في البلد أو ما يقربه، و قد ذكر في المتن أن اعتبارها إنما هو على سبيل الاحتياط. و غير خفى أن اعتبارها في المرجع على تقدير الاعتبار إنما

(١) الفقيه: ٢٦٣/٤ ح ٨٢١، و عنه وسائل الشيعه: ١٦/٢٧، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضى ب ٢ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٤

يكون هي الأعلمية المطلقة لا الأعلمية بنحو ما ذكر.

و يدل على اعتبارها مثل قول على (عليه السلام) فيما عهده إلى مالك الأشتر: ثم اختر للحكم بين الناس أفضل رعيته في نفسك «١».

و ما ورد في المقبولة المتقدمة من الترجيح بالأفقهية و الأصدقوية و الأعدلية، و موردها و إن كان صورة اختيار كل من المترافعين حاكماً، أو صورة رضاهما بحكمين فاختلفاً، إلا أنه يستفاد أن المدار على الأرجح عند التعارض مطلقاً، و لكن ظهور الاستفادة و وضوحها ممنوع.

التاسع: أن يكون ضابطاً غير عارض عليه النسيان على خلاف العادة، أما إذا كان الغالب عليه النسيان بحيث كان مسلوب الاطمئنان، فالأقوى اعتبار عدمه؛ لانصراف الأدلة عن مثل ذلك انصرافاً ظاهراً لا ينبغى الارتياح فيه، و هو أى الانصراف الظاهر هو الدليل الوحيد من غير أن يكون له دليل آخر. و أما إذا كان عدم الضبط في مرحلة متوسطة، فإن كان القضاء متوقفاً عليه، كما لو لم يكن له معين و كاتب و منشى؛ فالظاهر الاعتبار؛ للتوقف المزبور. و إن لم يكن القضاء متوقفاً عليه، فالدليل على اعتبار هذه المرحلة من الضبط هو الانصراف أيضاً لا الانصراف بالنحو الموجود في الفرض السابق؛ و لذا يكون الاعتبار في هذا الفرض على الأحوط كما في المتن.

العاشر: الكتابة، و قد تنظر في المتن في اعتبارها، و إن ذهب إليه عامة المتأخرين

(١) نهج البلاغة للدكتور صبحى صالح: ٤٣٤ كتاب ٥٣، و عنه وسائل الشيعه: ١٥٩/٢٧، كتاب القضاء أبواب صفات القاضى ب ١٢ ح

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٥

.....

من الأصحاب «١»، بل استظهر من السرائر دعوى الإجماع عليه، حيث نسبه إلى مقتضى مذهبنا «٢». و لكن لا- دليل على الاعتبار، و الإجماع على ذلك غير ثابت.

الحادي عشر: اعتبار البصر على رأى، محكى عن الأكثر «٣» بل عاقية من تأخر «٤»، و عن الرياض أن شهرة هذا القول بالغة حد الإجماع؛ لعدم معرفية القائل بالخلاف من الأصحاب، و إن أشعر بوجوده بعض العبارات «٥»، و قد جعل في المتن اعتباره بنحو الاحتياط الاستحبابي؛ لعدم الدليل على الاعتبار سوى الانصراف الذى يمكن منعه؛ لعدم وضوحه، كدعوى توقف تميز الخصوم على البصر، الذى لو فرض التوقف فى مورد التزمتا به، لكن هذا لا يثبت القاعدة الكلية و الاعتبار بنحو الإطلاق، كما لا يخفى.

(١) رياض المسائل: ٩/ ٢٤٠، التنقيح الرائع: ٤/ ٢٣٦.

(٢) السرائر: ٢/ ١٦٦.

(٣) كفاية الفقه المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٢/ ٦٦٤، القضاء و الشهادات (تراث الشيخ الأعظم): ٤٢.

(٤) رياض المسائل: ١٣/ ٤٢.

(٥) رياض المسائل: ١٣/ ٤٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٦

[مسألة ٢: تثبت الصفات المعبرة فى القاضى بالوجدان و الشىاع المفيد للعلم، أو الاطمئنان و البيئنة العادلة]

مسألة ٢: تثبت الصفات المعبرة فى القاضى بالوجدان و الشىاع المفيد للعلم، أو الاطمئنان و البيئنة العادلة، و الشاهد على الاجتهاد أو الأعلمية لا بد و أن يكون من أهل الخبرة (١).

(١) لا شبهة فى ثبوت الصفات المعبرة فى القاضى عند كل من المترافعين كما سيصرح به فى المسألة الآتية بالوجدان أى العلم، و تثبت بالشىاع و الاستفاضه أيضاً، بشرط أن يكون مفيداً للعلم أو الاطمئنان، و مرجع ذلك إلى عدم حجية الشىاع فى نفسه، بل الحجية هى العلم أو الاطمئنان، و حجية الأول واضحة لا ريب فيه، و أما حجية الاطمئنان؛ فلائنه عند العرف و العقلاء علم، و يعامل معه معاملة العلم، و الشارع لم يردع عنه، بل أكثر العلوم يرجع إليه.

و فى الحقيقة لا يكون علماً. نعم ورد فى باب الشىاع صحيحة حريز، و ربما يستفاد منها اعتبار الشىاع؛ و لو لم يكن مفيداً للاطمئنان، أى الظن المتأخم للعلم. قال:

كانت لإسماعيل بن أبى عبد الله (عليه السلام) دنانير، و أراد رجل من قريش أن يخرج إلى اليمن، فقال إسماعيل: يا أبه إن فلاناً يريد الخروج إلى اليمن، و عندى كذا و كذا ديناراً، أفترى أن أدفعها إليه يتاع لى بها بضاعة 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 إسماعيل أباه و دفع إليه دنانيره، فاستهلكها و لم يأت به شىء منها.

فخرج إسماعيل و قضى أن أباه عبد الله (عليه السلام) حج و حج إسماعيل تلك السنة، فجعل يطوف بالبيت و هو يقول: «اللهم أجرنى

واخلف عليّ، فلحقه أبو عبد الله (عليه السلام) فهمزه بيده من خلفه وقال له: مه يا بني، فلا والله مالك على الله هذا، ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك، وقد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمته. فقال إسماعيل: يا أبا إني لم أره يشرب الخمر، إنما سمعت الناس يقولون.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٧

.....

فقال: يا بني إن الله عز وجل يقول في كتابه يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَيُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ ﴿١﴾ يقول: يصدق لله و يصدق للمؤمنين، فإذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم، ولا- تأتمن شارب الخمر، فإن الله عز وجل يقول وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴿٢﴾ فأى سفهه 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 للذي ائتمنه على الله أن يأجره ولا يخلف عليه ﴿٣﴾.

و الرواية وإن كانت صحيحة، لكن في دلالتها مناقشة أو مناقشات من جهة أن تصديق النبي (صلى الله عليه وآله) للمؤمنين مرجعه إلى تصديقه (صلى الله عليه وآله) لكل مؤمن، لا للمجموع الذي يفيد قولهم العلم أو الاطمئنان، ومن الواضح أن تصديق الواحد لا يرجع إلى ترتيب الأثر العملي على قول الواحد ولو كان فاسقاً، بل إلى قوله تعالى أَدْنُ خَيْرٍ لَكُمْ ﴿٤﴾ مع أن الرواية ظاهرة في كون الرجل شارب الخمر، والظاهر أن الإمام (عليه السلام) كان عالماً بذلك، وإلا فمجرد البلوغ الذي يتحقق بإخبار واحد فاسق، لا يجوز النسبة إليه من مثل الإمام الناهي عن ائتمان شارب الخمر، ولا يكاد يحتمل الجمع بين ائتمان شارب الخمر الموجب لأداء الدنانير إليه، وحصول الاطمئنان له بشرب الخمر من قول الناس، كما يؤيده قوله: «إني لم أره يشرب الخمر». كما لا يخفى. فالإنصاف أنه لا يتم الاستدلال بالرواية على حجية الشيعاء مطلقاً، ولو لم يفد العلم أو الاطمئنان.

(١) سورة التوبة ٩: ٦١.

(٢) سورة النساء ٤: ٥.

(٣) الكافي: ٥/ ٢٩٩ ح ١، وعنه وسائل الشيعة: ١٩/ ٨٢، كتاب الوديعه ب ٦ ح ١.

(٤) سورة التوبة ٩: ٦١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٨

مسألة ٣: لا بد من ثبوت شرائط القضاء في القاضى عند كل من المترافعين]

مسألة ٣: لا بد من ثبوت شرائط القضاء في القاضى عند كل من المترافعين، ولا يكفى الثبوت عند أحدهما (١).

مسألة ٤: يشكل للقاضى القضاء بفتوى المجتهد الآخر]

مسألة ٤: يشكل للقاضى القضاء بفتوى المجتهد الآخر، فلا بد له من الحكم على طبق رأيه، لا رأى غيره ولو كان أعلم (٢).

(١) لأن القضاء عبارة عن فصل الخصومة ورفع النزاع، أو ولاية على ذلك، ولا يتحقق ذلك إلا بالاجتماع عند كل منهما.
(٢) بناءً على اعتبار الاجتهاد في القاضى مطلقاً أو في زمان خاص كما عرفت «١»، يكون الوجه في ذلك رفع النزاع والتخاصم بما يراه الحاكم رفعاً شرعياً، خصوصاً فيما إذا كان منشأ التخاصم اختلاف مرجعي التقليد للمتداعيين كما عرفت مثاله سابقاً «٢»، فإنه

حينئذ لا يرتفع النزاع و التخاصم إلا بما يراه الحاكم الشرعي حكماً إلهياً، وإلا فالحكم عليّ طبق رأى الغير لا يكون كذلك. وهذا لا فرق فيه بين أن يرى الغير مساوياً له أو أعلم منه، فإنّ المجتهد و لو كان متجزياً إذا خالف رأيه رأى الغير يرى الغير مخطئاً و لو كان أعلم، و هذا بخلاف اعتبار العدالة في القاضي، الذي يكون الوجه فيه عند العرف تساويهما عنده بحيث يطمئنان بذلك.

(١) في ص ٥١-٥٢.

(٢) في ص ١٢-١٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٩

[مسألة ٥: لو اختار كل من المدعى و المنكر حاكماً لرفع الخصومة]

مسألة ٥: لو اختار كل من المدعى و المنكر حاكماً لرفع الخصومة، فلا يبعد تقديم اختيار المدعى لو كان القاضيان متساويين في العلم، و إلا فالحاوط اختيار الأعلم. و لو كان كل منهما مدعياً من جهة و منكرًا من جهة أخرى، فالظاهر في صورة التساوي الرجوع إلى القرعة (١).

(١) لو كان القاضيان متساويين في العلم لا مختلفين، الذي عرفت أنّ مقتضى الاحتياط الوجوبي تعينه للمراجعة إليه، و كان كل من المدعى و المنكر متمحّضاً في هذه الجهة بأن كان المدعى مدعياً فقط و المنكر منكرًا كذلك، و اختار كل منهما حاكماً خاصاً لرفع الخصومة مع تساويهما في العلم، فقد نفى البعد في المتن عن تقديم اختيار المدعى.

و عمدة المستند في ذلك الإجماع، كما استدلل به صاحب المستند فيما حكى عنه «١»، و هو إنّما يتمّ عليّ تقدير ثبوت الأصالة له، بأن لا يكون مستند المجمعين بعض الوجوه الاعتبارية التي أضافها المستدل إلى الإجماع، مثل أنّه لم يطالب بالحقّ و لا حقّ لغيره أوّلاً، فمن طلب منه المدعى استنفاذ حقه يجب عليه الفحص، فيجب اتّباعه و لا وجوب لغيره «٢».

و استشكل عليه السيّد في ملحقات العروة: بأنّ كون الحقّ له غير معلوم، و إن أريد أنّ حقّ الدعوى له، حيث إنّ له أن يدعى و له أن يترك، ففيه: أنّ مجرد هذا لا يوجب تقديم مختاره، إذ بعد الدعوى يكون للآخر أيضاً حقّ الجواب، مع أنّه يمكن أن يسبق المدعى عليه بعد الدعوى إلى حاكم، و يطلب منه تخليصه من دعوى المدعى «٣».

(١) مستند الشيعة: ١٧ / ٥١ المسألة التاسعة.

(٢) مستند الشيعة: ١٧ / ٥١ المسألة التاسعة.

(٣) ملحقات العروة الوثقى: ٣ / ١٤ ١٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٦٠

.....

أقول: الظاهر تحقّق الإجماع و ثبوت الأصالة له بعد أن لا يكون في المسألة نصّ، و لا وجه آخر يصلح الاعتماد عليه. هذا، و أمّا لو كان كل من المدعى من جهة و منكرًا من جهة أخرى، كما إذا زوجت الباكرة الرشيدة نفسها من رجل، و زوجها أبوها من آخر، فتنازع الرجلان في زوجيتها. أو تنازع اثنان فيما في يد ثالث يقول: بأنّه لا يكون ملكاً، و لا يؤيّد أحدهما بالخصوص، أو موارد آخر تكون من هذا القبيل، فلا محيص إلا القرعة التي هي لكل أمرٍ مشتبه، سيّما في الأمور المالية التي هي حقّ الناس.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٦١

[مسألة ٦: إذا كان لأحد من الرعية دعوى على القاضى، فرفع إلى قاض آخر، تسمع دعواه و أحضره]

مسألة ٦: إذا كان لأحد من الرعية دعوى على القاضى، فرفع إلى قاض آخر، تسمع دعواه و أحضره، و يجب على القاضى إجابته، و يعمل معه الحاكم فى القضية معاملته مع مدعيه من التساوى فى الآداب الآتية (١).

(١) ذكروا أنه إذا كان للحاكم منازعة مع غيره لا ينفذ حكمه لنفسه على ذلك الغير، و لو بأن يوكل غيره فى المرافعة معه ترفعا إليه، بل يلزم الرجوع إلى حاكم آخر بالإجماع و أخبار رجوع المتنازعين إلى من عرف أحكامهم، و نظر فى حلالهم و حرامهم «١». فاللزام أن يكون الحاكم غيرهما. نعم له أن ينقل حقه إلى غيره، ثم يرجع ذلك الغير مع الخصم إليه، فإنه حينئذ ينفذ حكمه لذلك الغير و إن انتقل إليه بعد ذلك بإقاله و نحوها، بل استظهر جواز ذلك و إن كان النقل إلى الغير بشرط الخيار لنفسه فى الفسخ، أى بشرط أن يكون الفسخ فسخاً من الحين لا من حين أصل الانتقال، كما هو الظاهر «٢». و كذا لا ينفذ حكمه لمن له عليه ولاية خاصة كالأبوة و الوصاية؛ لأنه هو المنازع فى الحقيقة، و إن وكل غيره فى المرافعة ترفعا إليه. و أمّا فيما لو كان له ولاية عامة كالولاية على الأيتام و المجانين و الغيب و غيرهم، ففى نفوذ حكمه لهم قولان: اختار العلامة فى محكي التحرير و تبعه صاحب الجواهر (قدس سره) النفوذ «٣»؛ لأن كل قاض وليّ اليتيم، و لا فرق بينه و بين قاض آخر.

(١) يراجع وسائل الشريعة: ٢٧ / ١٣٦، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضى ب ١١ ح ١.

(٢) ملحقات العروة الوثقى: ٣ / ١٦ مسألة ١٣.

(٣) تحرير الأحكام: ٥ / ١١٧، جواهر الكلام: ٧١ / ٤٠ - ٧٢.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٦٢

.....

و أمّا الفرض المذكور فى المتن فهو عبارة عن أنه إذا رفع أحد الرعية التى تدعى على القاضى المرافعة إلى قاض آخر، ثم أحضر القاضى الأول، فالواجب عليه الإجابة و الحضور كآحاد من الناس، و يعامل الحاكم الآخر معه معاملته مع مدعيه فى التساوى فى الآداب من دون فرق، كما ربّما يحكى أن أمير المؤمنين (عليه السلام) حضر مجلس شريح القاضى كحضور أحد من الناس من دون تفاوت «٢». و لعلّ هذا من خصائص الإسلام، الذى له أحكام خاصة و مقرّرات مخصوصة سيّما فى باب القضاء، كما لا يخفى.

(٢) حلية الأولياء: ٤ / ١٣٩، تلخيص الحبير: ٤ / ٤٦٩ ح ٢١٠٥، المغنى لابن قدامة: ١١ / ٤٤٤.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٦٣

[مسألة ٧: يجوز للحاكم الآخر تنفيذ الحكم الصادر عن القاضى، بل قد يجب]

مسألة ٧: يجوز للحاكم الآخر تنفيذ الحكم الصادر عن القاضى، بل قد يجب، نعم لو شكّ فى اجتهاده أو عدالته أو سائر شرائطه لا يجوز إلّا بعد الإحراز، كما لا يجوز نقض حكمه مع الشكّ و احتمال صدور حكمه صحيحاً، و مع علمه بعدم أهليته ينتقض حكمه (١).

(١) أقول: بعد ما عرفت في المسألة المفصلة الثامنة المتقدمة قبل القول في صفات القاضى و خصوصياته، أنه لا يجوز للمترافعين بعد رفع النزاع و الخصومة بسبب فقيه جامع للشرائط قاضٍ عليّ طبق موازين الشرع الترافع إلى قاضٍ آخر، و لو كان كلاهما متوافقين على ذلك، و أنه لا يجوز للحاكم الثانى النظر فيه و نقضه إلّا فى بعض الموارد. و بعد ما عرفت فى المسألة الثالثة المتقدمة فى هذا الفصل أنه لا بدّ و أن تكون الشرائط المعترّبة فى القاضى مجتمعاً عند المترافعين، و لا يكفى الثبوت عند أحدهما، و ظاهره كفاية الاجتماع لديهما، و إن كان غير واجد للشرائط عند آخرين، بل و القضاة الأخرى يقع الكلام فى أن الماتن (قدّس سرّه) فى طرح هذه المسألة ما ذا يريد و ما ذا يهدف و يكون متعلّقاً لغرضه؟

و الظاهر أنّ مراده أن هنا عناوين ثلاثة: الحكم، و إجراء الحكم، و تنفيذ الحكم، الذى هو أمر متوسّط بين الحكم و الإجراء، و يكون موجّباً لأصل الإجراء أو قوته أحياناً، كما سيصريح به فى بعض المسائل الآتية. و المقصود هنا أنّ مرحلة التنفيذ، التى ليست بحكم مستقلّ يجوز أن تصدر من الحاكم الآخر، بل قد يجب ذلك. و الظاهر أنّ مراده الوجوب فيما إذا كان إجراء الحكم الأوّل متوقّفاً عليه، أو إذا كانت شرائط القاضى و صفاته الموجودة فى القاضى الأوّل عند المترافعين و عنده تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٦٤

.....

مشكوكه لدى الناس بخلافه، و إن كان يرد على الأوّل عدم وجوب المقدمه عنده كما بيّنه فى الأصول «١»، و على الثانى أنّه لا يوجب ذلك الاتّصاف بالوجوب بوجه.

و لا يجوز للحاكم الثانى نقض حكم الحاكم الأوّل و إن كان شاكاً فى الاتّصاف بالشرائط حين الحكم؛ لجريان أصله الصّحة الجارية فى سائر الموارد مع الشكّ فى وقوعها صحيحة أو فاسدة؛ لعدم الفرق. نعم مع العلم بعدم أهليته يجوز له نقض حكمه، بناءً على عدم كفاية الاعتبار عند المترافعين فقط، كما هو المفروض.

(١) تهذيب الأصول: ١/ ١٩٨ - ٢٨٦.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٦٥

[مسألة ٨: يجوز للقاضى أن يحكم بعلمه من دون بينة أو إقرار أو حلف فى حقوق الناس]

مسألة ٨: يجوز للقاضى أن يحكم بعلمه من دون بينة أو إقرار أو حلف فى حقوق الناس، و كذا فى حقوق الله تعالى، بل لا يجوز له الحكم بالبينه إذا كانت مخالفة لعلمه، أو إحلاف من يكون كاذباً فى نظره. نعم يجوز له عدم التصدّى للقضاء فى هذه الصورة مع عدم التعيين عليه (١).

(١) قد وقع التعرّض لهذه المسألة هنا، و فى اللواحق من مسائل حدّ الزنا المسألة الرابعة فى كتاب الحدود «١»، حيث إنّنا قد تعرّضنا لشرحها هناك بما لا مزيد عليه. و قد طبع كتاب الحدود فى الأزمنة السابقة فلا نرى وجهاً للإعادة، و اللّازم الرجوع إليها، نعم ينبغى التعرّض لأمر ثلاثة:

الأوّل: أنّه لو كان الإمام المعصوم (عليه السلام) إمّا بعنوان القاضى، و إمّا بعنوان أحد المتداعيين فهو خارج عن محلّ البحث. الثانى: أنّه لا يجوز الحكم بالبينه إذا كانت مخالفة لعلمه، بناءً على جواز أن يحكم القاضى بعلمه، و لا إحلاف من يكون كاذباً فى

نظره.

الثالث: يجوز للقاضي العالم إذا لم يشأ أن يحكم بعلمه عدم التصدي للقضاء في هذه الصورة إذا لم يكن القضاء متعيناً عليه، وإلا فيجب كما لا يخفى.

(١) تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب الحدود: ٢٦١-٢٧٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٦٦

[مسألة ٩: لو ترفعاً إليه في واقعة قد حكم فيها سابقاً]

مسألة ٩: لو ترفعاً إليه في واقعة قد حكم فيها سابقاً يجوز أن يحكم فيها على طبقه فعلاً، إذا تذكّر حكمه، وإن لم يتذكر مستنده. وإن لم يتذكر الحكم فقامت البيّنة عليه جاز له الحكم. وكذا لو رأى خطّه وخاتمه وحصل منهما القطع أو الاطمئنان به، ولو تبدّل رأيه فعلاً من رأى سابقه الذي حكم به جاز تنفيذ حكمه إلا مع العلم بخلافه، بأن يكون حكمه مخالفاً لحكم ضروري أو إجماع قطعي، فيجب عليه نقضه (٢).

(١) مقتضى ما أفاده في المسألة الثامنة قبل القول في صفات القاضي، أنه بعد حكم القاضي الواجد للشرائط عند المتخاصمين من أنه لا يجوز الترفع إلى حاكم آخر، عدم جواز الترفع إلى القاضي الأول ثانياً حتى مع تراضى الطرفين؛ لاتحاد ملاك المسألتين، مع أنّ الوجه في الترفع إلى القاضي الثاني في صورة إظهار المحكوم عليه عدم كون القاضي واجداً للشرائط، لا يجرى هنا بعد اتفاقهما على الترفع إلى القاضي الأول؛ لأنه لا بدّ وأن يكون محرراً للشرائط عند كليهما كما لا يخفى. فيصير الإشكال في أصل فرض المسألة وموضوعها.

ويمكن أن يكون الفرض أنّ المترافعين وإن كان لا يجوز لهما الترفع بعد حكم القاضي الأول لا إليه ولا إلى غيره من القاضي الثاني، إلا أنه لا يعتبر فيهما مثل العدالة المانعة عن ارتكاب المعصية نوعاً، فيمكن أن يكون الترفع حراماً، ومع ذلك قد تحقّق هذا الحرام منهما.

ويمكن أن يكون الفرض صورة تراضى الطرفين مع الالتزام بعدم الحرمة في صورة التراضى لا هنا ولا هناك، كما التزم به بعض؛ نظراً إلى عدم كونه موجباً للردّ على القضاء المنصوبين من قبلهم (عليهم السلام) حتى يكون الردّ عليهم كالردّ عليهم، والردّ تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٦٧

.....

عليهم كالردّ على الله، وهو في حدّ الشرك بالله «١» كما لا يخفى.

وكيف كان إذا تحقّق الترفع إلى القاضي الأول في نفس تلك الواقعة، مع عدم تغيير خصوصياتها وجهاتها، وقد حكم فيها سابقاً بحكم شرعيّ على طبق الموازين الشرعيّة، فهنا صور وفروض:

الأول: أن يكون متذكراً لحكمه السابق، سواء تذكّر مستنده أم لم يتذكّر، وفي هذه الصورة يجوز له الحكم على طبق الحكم السابق؛ لكونه محرراً عنده، والواقعة لم تتغير بوجه.

الثاني: أن لا يكون متذكراً لحكمه السابق، فإن قامت البيّنة الشرعيّة المعتبرة في الموضوعات إلا ما خرج بالدليل على صدور الحكم الفلاني منه، يجوز له ترتيب الأثر على طبق البيّنة والحكم على طبق الحكم السابق، كما أنه لو رأى خطّه وخاتمه، فإن حصل منهما

القطع العقلي أو الاطمئنان الذي هو علم عرفي يجوز ترتيب الأثر عليهما، وإلا فلا يكون في شيء منهما في نفسه حجة أصلاً. الثالث: أن يكون متذكراً لحكمه السابق، لكنه تبدل رأيه مع رأيه السابق الذي حكم به، فاللازم تنفيذ الحكم السابق وإن كان علي خلاف رأيه فعلاً؛ لأن كلا الرأيين اجتهاد، والمجتهد لا يكون عالماً بالحكم، ولا يجوز له نقض الحكم الناشئ عن الاجتهاد، إلا أن يكون الحكم السابق مخالفاً لضروري الفقه أو إجماع قطعي، فيجوز بل يجب النقض في هذه الصورة كما مر سابقاً «٢».

(١) انظر وسائل الشريعة: ٣٤/١، مقدمه العبادات ب ٢ ح ١٢، و ج ٢٧/١٣٦، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي ب ٢، و تقدم في ص ١٧.

(٢) في ص ٣٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٦٨

[مسألة ١٠: يجوز للحاكم تنفيذ حكم من له أهلية القضاء من غير الفحص عن مستنده]

مسألة ١٠: يجوز للحاكم تنفيذ حكم من له أهلية القضاء من غير الفحص عن مستنده، ولا يجوز له الحكم في الواقعة مع عدم العلم بموافقة لرأيه، وهل له الحكم مع العلم به؟ الظاهر أنه لا أثر لحكمه بعد حكم القاضي الأول بحسب الواقعة، وإن كان قد يؤثر في إجراء الحكم كالتنفيذ، فإنه أيضاً غير مؤثر في الواقعة، وإن يؤثر في الإجراء أحياناً. ولا فرق في جواز التنفيذ بين كونه حياً أو ميتاً، ولا بين كونه باقياً على الأهلية أم لا، بشرط أن لا يكون إمضاه موجباً لاغراء الغير بأنه أهل فعلاً (١).

[مسألة ١١: لا يجوز إمضاء الحكم الصادر من غير الأهل]

مسألة ١١: لا يجوز إمضاء الحكم الصادر من غير الأهل، سواء كان غير مجتهد أو غير عادل ونحو ذلك، وإن علم بكونه موافقاً للقواعد، بل يجب نقضه مع الرفع إليه أو مطلقاً (٢).

(١) و

(٢) الغرض من هاتين المسألتين بيان صور جواز التنفيذ، بمعنى إيجاب العمل علي طبق حكم الحاكم القبلي و عدم جوازه، و جواز الحكم الاستقلالي و عدمه.

الغرض من هاتين المسألتين بيان صور جواز التنفيذ، بمعنى إيجاب العمل علي طبق حكم الحاكم القبلي و عدم جوازه، و جواز الحكم الاستقلالي و عدمه.

فنقول: يجوز التنفيذ بالمعنى الذي ذكرناه، و شرطه أن يكون القاضي الأول ممن له أهلية القضاء، سواء كان هناك فحص عن مستنده أم لا؛ لأن غاية كون رأيه مخالفاً لرأيه و هو لا ينافي التنفيذ؛ لأن مرجعه ليس إلى الحكم الثاني حتى لا يجوز أن يتحقق مخالفاً لرأيه بعد فرض اعتبار الاجتهاد في القاضي مطلقاً.

نعم إذا لم يكن له أهلية القضاء كأن لم يكن مجتهداً أو عادلاً، لا- يجوز تنفيذ حكمه و إن علم بكونه موافقاً للقاعدة؛ لعدم كون حكمه شرعياً حينئذٍ، فالواجب

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٦٩

.....

عليه مكان التنفيذ النقض، إِمَّا في خصوص صورة الترافع إليه، وإِمَّا مطلقاً بناءً على كون عمله محرماً؛ لعدم صلاحيته للقضاء كما تقدّم (١).

وهذا أى جواز التنفيذ فى صورة الجواز لا- فرق فيه بين الميت والحى، ولا- بين بقاء القاضى الأول على شرائط القضاء، أو ارتفاع بعض الصفات كالعدالة عنه. واشترط فى الجواز حينئذ أن لا- يكون إمضاءه موجباً لاغراء الغير بأنه أهل فعلاً، مع أنه لو فرض حرمة الإغراء يكون هذا عنواناً آخر، واتحاده مع التنفيذ فضلاً عن الملازمة لا يوجب اتصاف التنفيذ بعدم الجواز، وعلى تقديره و تقدير كونه قادحاً فى العدالة يكون ذلك بعد التنفيذ و به، لا قبله حتى يخرج من الأهلية.

و أمّا الحكم الاستقلالى من الحاكم الثانى فمشروط بالعلم بموافقته لرأيه؛ لأنّ المفروض تحقّق الحكم، وهو لا بدّ أن يكون عن اجتهاد و رأى بخلاف التنفيذ. نعم ظاهر المتن أنّه فى صورة العلم بالحكم السابق لا يجوز الحكم؛ لأنّه لا أثر له، مع أنّ عدم الأثر بمعنى اللغو لا يوجب الحرمة؛ لأنّه ليس كل لغو بمعنى عدم ترتّب الأثر عليه بحرام، فهذا الاستثناء غير تام.

(١) فى ص ٢٠-٢٢.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٧٠

[مسألة ١٢: إنّما يجوز إمضاء حكم القاضى الأول للثانى إذا علم بصدور الحكم منه]

مسألة ١٢: إنّما يجوز إمضاء حكم القاضى الأول للثانى إذا علم بصدور الحكم منه إِمَّا بنحو المشافهة أو التواتر و نحو ذلك، و فى جوازه بإقرار المحكوم عليه إشكال، و لا يكفى مشاهدة خطّه و إمضائه، و لا قيام البيّنة على ذلك، نعم لو قامت على أنّه حكم بذلك فالظاهر جوازه (١).

(١) لا- بدّ و أن يكون حكم الحاكم الأول محرراً عند الحاكم الثانى إذا أراد إمضاه و إيجاب العمل على طبقه إِمَّا بالعلم الحاصل بنحو المشافهة أو التواتر أو غيرهما، و إِمَّا بالاطمئنان أى الظن المتأخّم للعلم الذى عرفت أنّه علم عرفى و عقلائى، و إِمَّا بقيام البيّنة على نفس صدور الحكم و تحقّق رفع التنازع و الخصومة من القاضى الأول. نعم يمكن أن يقال بإمكان جريان التعليق فيه، بأن يقول الحاكم الثانى: إذا صدر الحكم من الحاكم الفلانى فقد أمضيته، خصوصاً بعد أن لا يكون له أثر سوى الإجراء أحياناً، و حينئذ فمع فرض صدوره منه لا مانع من تحقّق الإمضاء و التنفيذ، كما لا يخفى.

و أمّا جواز الإمضاء بسبب إقرار المحكوم عليه فيه إشكال، على ما فى المتن من جريان قاعدة إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، و الفرض أن المقرّ هو المحكوم عليه. و من لزوم الاقتصار فى جريان القاعدة على المقدار الذى هو على المقرّ من دون ثبوت خصوصياته و لوازمه. فإذا أقرّ بأنّ الحاكم الأول حكم بأنّ الدار التى هى فى يده لزيد مثلاً يحكم بمقتضى قاعدة الإقرار بأنّ الدار له، و لا يثبت بمقتضى الإقرار حكم الحاكم الأول، و هذا كما فى الأصول الشرعية مثل الاستصحاب، الذى يقتصر فيها على اللوازم الشرعية و الآثار المترتبة عليها، و لا تثبت بها اللوازم غير الشرعية،

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٧١

.....

و لا الآثار الشرعية المترتبة عليها، فلا يثبت باستصحاب حياة زيد إلّا حرمة تزويج امرأته و تقسيم أمواله و نحوهما، و لا يثبت به بياض لحيته و لا الآثار الشرعية المترتبة عليه، كما لا يخفى.

و هكذا لا- يثبت حكمه بمشاهدة خطّه و إمضاءه، سواء علم بكونه خطأً و إمضاءً له، أو قامت البيّنة على ذلك؛ لعدم حجّية الخطّ و الإمضاء شرعاً إلّا في صورة العلم أو الاطمئنان كما عرفت.

وقد ورد في رواية السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ (عليه السلام) أنّه كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض في حدّ و لا غيره حتّى وليت بنو أميّة فأجازوا بالبينات (١). و سيأتي البحث في مفاد الرواية في الفصل الأول من الفصلين المبحوث عنهما في خاتمة كتاب القضاء إن شاء الله، فانظر (٢).

(١) تهذيب الأحكام: ٦/ ٣٠٠ ح ٨٤٠ و ٨٤١ و عنه وسائل الشيعة: ٢٧/ ٢٩٧، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٢٨ ح ١.
(٢) في ص ٣٦٣-٣٦٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٧٣

[القول في وظائف القاضي]

إشارة

القول في وظائف القاضي و هي أمور:

[الأول: يجب التسوية بين الخصوم و إن تفاوتوا في الشرف و الضعة]

الأول: يجب التسوية بين الخصوم و إن تفاوتوا في الشرف و الضعة- في السلام و الردّ و الإجلال، و النظر و الكلام و الإنصات و طلاقة الوجه، و سائر الآداب، و أنواع الإكرام، و العدل في الحكم. و أمّا التسوية في الميل بالقلب فلا يجب، هذا إذا كانا مسلمين، و أمّا إذا كان أحدهما غير مسلم يجوز تكريم المسلم زائداً على خصمه. و أمّا العدل في الحكم فيجب على أيّ حال (١).

(١) الكلام في هذه المسألة في مقامين:

المقام الأول: ما إذا كان الخصمان مسلمين، و إن كانا متفاوتين في الشرف و الضعة، ظاهر المتن وجوب التسوية بينهما في الأمور المذكورة، و في الرياض أنّ هذا أيّ الوجوب هو الأظهر الأشهر وفاقاً للصدوقين (١)، بل حكى عليه

(١) المقنع: ٣٩٧، و نقل في المختلف: ٨/ ٤٢١ مسألة ٢٢ عن الصدوقين.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٧٤

.....

الشهرة المطلقة في المسالك و الروضة (١)، (٢)، لكن في الجواهر: أنّ الموجود في المسالك النسبة إلى الأكثر، بل الظاهر عدم تحقّق ذلك على سبيل الوجوب، خصوصاً في مثل عبارة الصدوقين التابعة للتعبير بما في النصوص غالباً (٣).

و كيف كان فالدليل على الوجوب بعض الروايات:

مثل: رواية سلمة بن كهيل، التي في سندها الحسن بن محبوب، قال: سمعت عليّاً (عليه السلام) يقول لشريح: إلى أن قال: ثمّ واس بين المسلمين بوجهك و منطقتك و مجلسك، حتّى لا يطمع قريبيك في حيفك، و لا يئأس عدوك من عدلك الحديث (٤).

و الإجماع عليّ تصحيح ما يصحّ عن جماعة «٥» لا يرجع إلى صحّة روايتهم، و عدم النظر إلى من يروون عنه بلا واسطة أو معها، بل غايته كما مرّ في بعض المباحث «٦» السابقة للإجماع عليّ وثاقته و اعتباره، و أنّه ممتاز من هذه الجهة فقط. و عليه فلا تكون الرواية معتبرة، و قد صرّح المحقّق في كلماته بضعف سلمة «٧».

و رواية عبيد الله بن علي الحلبي قال: قال أبو عبد الله (عليه السّلام): قال أمير المؤمنين (عليه السّلام) لعمر بن الخطّاب: ثلاث إن حفظتهنّ، و عملت بهنّ كفتك ما سواهنّ، و إن تركتهنّ

(١) مسالك الأفهام: ٤٢٨ / ١٣، الروضة البهيّة: ٧٢ / ٣.

(٢) رياض المسائل: ٧٩ / ١٣.

(٣) جواهر الكلام: ١٤١ / ٤٠.

(٤) الكافي: ٤١٢ / ٧ ح ١، الفقيه: ٨ / ٣ ح ١٠، تهذيب الأحكام: ٢٢٥ / ٦ ح ٥٤١، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢١١، كتاب القضاء أبواب آداب القاضي ب ١ ح ١.

(٥) اختيار معرفة الرجال، المعروف ب «رجال الكشي»: ٢٣٨، الرقم ٤٣١، و ص ٣٧٥، و الرقم ٧٠٥ و ص ٥٥٦، الرقم ١٠٥٠.

(٦) تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب الحدود: ٤٤٨ - ٤٥٣.

(٧) شرائع الإسلام: ٢٨٨ / ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٧٥

.....

لم ينفعك شيء سواهنّ. قال: و ما هنّ يا أبا الحسن؟ قال: إقامة الحدود على القريب و البعيد، و الحكم بكتاب الله في الرضا و السخط، و القسم بالعدل بين الأحرار و الأسود. قال عمر: لعمرى لقد أوجزت و أبلغت «١».

و رواية السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السّلام) قال: قال أمير المؤمنين (عليه السّلام): من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم في الإشارة، و في النظر، و في المجلس «٢». و الظاهر أنّه ليس المراد الاختصاص بهذه الأمور.

و الظاهر أنّ الروايات الواردة لا تخلو من الخلل في السند أو المناقشة في الدلالة، و إثبات الحكم الوجوبى بها مشكل. فالإنصاف أنّه لا تكون التسوية المذكورة بواجبة، بل مستحبة كما عن العلامة في المختلف «٣»، و تبعه صاحب الجواهر «٤».

المقام الثانى: إذا كان أحدهما مسلماً و الآخر غير مسلم مثل الكافر الدّمي، و فى هذه الصورة لا تجب التسوية بل و لا تستحب، بل يجوز إكرام المسلم زائداً عليّ خصمه. نعم لا ينبغي المناقشة فى وجوب العدالة فى الحكم.

و عن علي (عليه السّلام) أنّه جلس بجنب شريح فى حكومة له مع يهودى فى درع، و قال: لو كان خصمى من المسلمين لساويته فى المجلس، و لكنى سمعت رسول الله (صلّى الله عليه و آله) يقول: لا تساووهم فى المجلس «٥».

(١) تهذيب الأحكام: ٢٢٧ / ٦ ح ٥٤٧، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢١٢، كتاب القضاء، أبواب آداب القاضي ب ١ ح ٢.

(٢) الكافي: ٤١٣ / ٧ ح ٣، تهذيب الأحكام: ٢٢٦ / ٦ ح ٥٤٣، الفقيه: ٨ / ٣ ح ٩، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢١٤، كتاب القضاء، أبواب آداب القاضي ب ٣ ح ١.

(٣) مختلف الشيعة: ٨ / ٤٢١ مسألة ٢٢.

(٤) جواهر الكلام: ١٤١ / ٤٠.

(٥) حلية الأولياء: ١٣٩ / ٤، تلخيص الحبير: ٤ / ٤٦٩ ح ٢١٠٥، المغنى لابن قدامة: ١١ / ٤٤٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٧٦

[الثاني: لا يجوز للقاضي أن يلقن أحد الخصمين شيئاً يستظهر به على خصمه]

الثاني: لا يجوز للقاضي أن يلقن أحد الخصمين شيئاً يستظهر به على خصمه كأن يدعى بنحو الاحتمال، فيلقنه أن يدعى جزماً حتى تُسمع دعواه أو يدعى أداء الأمانة أو الدين، فيلقنه الإنكار، وكذا لا يجوز أن يعلمه كيفية الاحتجاج وطريق الغلبة، هذا إذا لم يعلم أن الحق معه، وإلا جاز كما جاز له الحكم بعلمه، وأما غير القاضي فيجوز له ذلك مع علمه بصحة دعواه، ولا يجوز مع علمه بعدمها، و مع جهله فالأحوط الترك (١).

(١) إن قلنا بوجوب التسوية في الأمر الأول، فعدم الجواز في هذا الأمر الثاني يكون بطريق أولى، فإنه إذا لم يجز للقاضي النظر بغير المساوي إلى الخصمين، فعدم جواز التلقين المذكور في المتن إنما يكون بنحو الأولوية. وأما إذا قلنا في الأمر الأول: بعدم الوجوب؛ لأنه لا دليل عليه كما اخترناه فيه، فيشكل الأمر في عدم الجواز الشرعي في هذه الصورة خصوصاً بعد عدم روايته ولا نص عليه، كما يستفاد من تعليل المحقق (قدس سره) في الشرائع، حيث إنه علله بأن ذلك يفتح باب المنازعة وقد نصب لسدها «١»، ويرد عليه أنه إن لم يكن إجماع، ما الدليل على حرمة ذلك، خصوصاً بعد انتهاء القضية إلى حكم القاضي الراجع للتنازع والخصومة، و خصوصاً بعد إمكان اندراجه في تعليم محاورات الشرع؟

هذا كله مع عدم علم القاضي بالواقعة، وأن الحق مع الذي يلقنه، وإلا فكما يجوز للحاكم الحكم بعلمه كما عرفت في بعض المسائل المتقدمه «٢»، من دون فرق

(١) شرائع الإسلام: ١٤ / ٨٧٠.

(٢) في ص ٦٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٧٧

[الثالث: لو ورد الخصوم مترتبين بدأ الحاكم في سماع الدعوى بالأول فالأول]

الثالث: لو ورد الخصوم مترتبين بدأ الحاكم في سماع الدعوى بالأول فالأول إلا إذا رضى المتقدم تأخيرها، من غير فرق بين الشريف و الوضيع والذكر والأنثى، وإن وردوا معاً أو لم يعلم كيفية ورودهم ولم يكن طريق لإثباته يقرع بينهم مع الشاح (١).

بين حدود الله و حقوق الناس خلافاً لجملة آخرين يجوز تعليمه ليصل إلى حقه مع فرض وجود المانع عن الحكم بالعلم، كشدة التهمة ونحوها.

لنكراني، محمد فاضل موحدى، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، در يك جلد، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٠ ه ق

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات؛ ص: ٧٧

و أما غير القاضى فإن كان عالماً بصحة دعواه يجوز له ذلك أى التعليم و التلقين، كما أنه إذا كان عالماً بعدم صحة دعواه لا يجوز له ذلك؛ لأنه من باب التعاون على الإثم و العدوان المحرّمين بمقتضى الآية الشريفة «١». و أما إذا كان جاهلاً بالصحة و عدمها، فمقتضى القاعدة فى الشبهة التحريمية المصادقية، و إن كان هو الجواز عقلاً إلا أنه مع ملاحظة القول بعدم الجواز، و كون القضاء الإسلامى لا بد لكل أحد و أن يحفظ فى مقامه العالى و الرتبة الشامخة، يكون مقتضى الاحتياط الترك، كما فى المتن.

(١) قال المحقق فى الشرائع: فى الفرض الأخير: فإن وردوا جميعاً قيل: يقرع بينهم، و قيل: يكتب أسماء المدعين، و لا يحتاج إلى ذكر الخصوم، و قيل: يذکرهم أيضاً لتحضر الحكومة معه، و ليس بمعتمد، و يجعلها تحت ساتر، ثم يخرج رقعة رقعة و يستدعى صاحبها. و قيل: إنما تكتب أسماءهم مع تعسر القرعة بالكثرة «٢».

أقول: لو لم نقل بوجوب التسوية بين الخصمين فى الأمور المذكورة فى الأمر

(١) و هى قوله تعالى فى سورة المائدة ٥: ٢ و لا تعاونوا على الإثم و العُدوان.

(٢) شرائع الإسلام: ٨٧١ / ٤.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٧٨

[الرابع: لو قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم يسمعها حتى يجب عن دعوى صاحبه، و تنتهى الحكومة]

الرابع: لو قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم يسمعها حتى يجب عن دعوى صاحبه، و تنتهى الحكومة، ثم يستأنف هو دعواه إلا مع رضا

الأول كما اخترناه، لا يكون هناك دليل على وجوب البدأ فى سماع الدعوى بالأول فالأول فيما إذا ورد الخصوم مع التعاقب، و لا على وجوب القرعة فيما إذا وردا جميعاً، أو لم يعلم كيفية ورودهم. فإن إطلاق الأمر بالحكومة للحاكم لا يقتضى إلا التخيير فى المقام، و إن كانت الحكومة واجبة بالوجوب العيني أو الكفائي.

نعم هنا شبهة الإجماع على لزوم البدأ بالأول فالأول، أو القرعة فى الفرض الثانى، و أدلة القرعة لا دلالة لها على الوجوب خصوصاً فى مورد الورود جميعاً بلا تقدّم و تأخر.

نعم لو قلنا: بوجوب التسوية فى الأمر الأول لأمكن أن يقال: باللزوم فى هذا الأمر بطريق أولى على تأمل، كما لا يخفى.

و كيف كان فالمستفاد من عبارة الشرائع المتقدمة أن القرعة أمر و كتابة أسمائهم أمر آخر و أنه لا ينتقل إلى الثانى إلا مع تعسر القرعة بالكثرة، كما هو مقتضى القول الأخير من الأقوال المذكورة فيها. و الظاهر أن النظر بالطريق المتعارف فى القرعة و هو وضع الرقاع فى بنادق من طين و نحوه، و إنما فالظاهر أن كتابة الأسماء بالنحو المذكور فيها هى أيضاً قسم من القرعة، و أنه لا يكون لها كيفية مخصوصة؛ و لعله لأجل ذلك لم يذكر للقرعة طريقاً مخصوصاً فى المتن، كما لا يخفى.

و ممّا ذكرنا ظهر أنه كان ينبغى له أن يذكر كلمة «الخصمين» مقام الخصوم فى الأمر الأول. و أما الخصوم فيناسب هذا الأمر.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٧٩

المدعى الأول بالتقديم (١).

[الخامس: إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى]

الخامس: إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى، و لو ابتدرا معاً يسمع من الذى على يمين صاحبه، و لو اتفق مسافر و حاضر فهما

سواء

(١) لو قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى، فتارة تكون تلك الدعوى مرتبطة بنفس الواقعة التي يكون هو فيها منكرًا والآخر مدعيًا، وأخرى مرتبطة بواقعة أخرى، بحيث تكون هناك واقعتان يكون في الأولى منكرًا وفي الثانية مدعيًا. لا إشكال في عدم سماع دعواه في صورة القطع ما دام لم يجب عن دعوى صاحبه في الواقعة الأولى، وعدم انتهاء الحكومة فيه؛ لأنه لها حق السبق. نعم في صورة رضا المدعى الأول بالتقديم، ورفع اليد عن الدعوى الأولى فعليًا يجوز التقديم. أما في صورة عدم الرضا تكون النوبة له كما لا يخفى.

و أما في صورة عدم تعدد الواقعة، ففرض المسألة إنما هو في صورة تحوّل المنكر مدعيًا، كما إذا ادعى زيد أن له عند عمرو أمانة، و قال عمرو ابتداءً ما يكون لك عندي أمانة، فهذا المقدار يوجب كون عمرو منكرًا لما ادّعه زيد. أما إذا قطع دعواه و ادعى أداء الأمانة إليه في يوم كذا و مكان كذا و ساعة كذا يصير عمرو مدعيًا؛ لأنه مع قبول ثبوت الأمانة عنده يدعى أداءها، والأصل عدم الأداء و بقاء الأمانة عنده.

فهذه الصورة يجيء حكمها في بعض المسائل الآتية «١»، و الظاهر عدم كون شمول

(١) في ص ٢٤١-٢٤٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٨٠
ما لم يستتزر أحدهما بالتأخير، فيقدم دفعا للضرر، و فيه تردّد (١).

العبارة مقصوداً للماتن (قدّس سرّه) كما لا يخفى.

(١) في صورة مبادرة أحد الخصمين بالدعوى يكون حق الأولوية له من دون فرق بين أن يكون مدعيًا أو منكرًا، و مجرد كون أحدهما مدعيًا لا يوجب ثبوت هذا الحق له بوجه.

و أما في صورة الابتداء معاً، فظاهر المتن أنه يسمع من الذي على يمين صاحبه. و العمدة هنا بعض الروايات الصحيحة، و إن حكى الإجماع عليه عن السيد المرتضى و الشيخ الطوسي (قدّس سرهما) «١» مثل:

صحيحة عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: إذا تقدّمت مع خصم إلى والٍ أو إلى قاضٍ فكن عن يمينه يعني يمين الخصم - «٢».

و صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: قضى رسول الله (صلّى الله عليه و آله) أن يقدم صاحب اليمين في المجلس بالكلام «٣».

هذا، و لكن دلالة الروايتين مخدوشة؛ لأنّ في الأولى مضافاً إلى ذكر الوالي مع القاضى، و الظاهر كون القاضى من قضاء الجور، و إلى عدم انطباقها على المدعى؛ لأنه عبارة عن سماع القاضى دعوى من على يمين صاحبه، و الرواية آمرة بالكون عن يمينه عدم وضوح كون الضمير في «يمينه» راجعاً إلى الخصم، بل إلى الوالي

(١) الانتصار: ٤٩٥، النهاية: ٣٣٨.

(٢) الفقيه: ٧/٣ ح ٨، الانتصار: ٤٩٦، تهذيب الأحكام: ٦/٢٢٧ ح ٥٤٨، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧/٢١٨، كتاب القضاء أبواب آداب القاضى ب ٥ ح ١.

(٣) الفقيه: ٣/٧ ح ٢٥، الانتصار: ٤٩٥، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/٢١٨، أبواب آداب القاضي ب ٥ ح ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٨١

.....

أو القاضي. و التفسير المذكور ليس من الإمام (عليه السلام)، أو لا يعلم كونه منه. و الرواية الثانية مضافاً إلى الظهور في كون المراد يمين المتكلم لا دلالة لها على مسألة القضاء بوجه، و الإطلاق بحيث يشمل مجلس القاضي مشكل.

و كيف كان فلم ينهض دليل قوي على ما أفاده في المتن، و إن لم ينقل الخلاف فيه من أحد من علمائنا الإمامية رضوان الله تعالى عليهم أجمعين، و إن كان يظهر من محكي المبسوط أن لهم فيه أقوالاً مختلفة: القول بالقرع.

و القول بتقديم الحاكم من شاء.

و القول بأنه يصر فهما حتى يصطلحا.

و القول بأنه يستحلف كل واحد منهما لصاحبه «١».

بقي الكلام في أنه لو اتفق حاضر و مسافر، فذكر في المتن أنهما سواء ما لم يستصر أحدهما بالتأخير فيقدم دفعاً لضرره، ثم قال: «و فيه تردد». و الظاهر أن وجه التساوي عدم قيام الدليل على تقديم الحاضر بعنوانه أو المسافر كذلك. نعم في صورة تضرر أحدهما بالتأخير يقدم لقاعدة نفي الضرر و الضرار، و حيث إن مفادها مختلف بحسب الأنظار من جهة كونه حكماً حكومياً كما عليه الماتن «٢»، أو دالماً على الحكم الشرعي الأولي، مثل قوله تعالى فلا رفث و لا فسوق و لا جدال في الحج «٣»، أو دالماً على الحكم الشرعي الثاني، كما عليه

(١) المبسوط: ٨/١٥٣ ١٥٤.

(٢) بدائع الدرر في قاعدة نفي الضرر: ١٠٣-١٢١.

(٣) سورة البقرة ٢: ١٩٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٨٢

.....

الشيخ الأنصاري «١» و المحقق الخراساني «٢»، و إن كان بينهما اختلاف في بعض الجهات؛ فلذا قد تردد فيه. فتدبر.

(١) القضاء والشهادات (تراث الشيخ الأعظم): ١١٨، فرائد الأصول (تراث الشيخ الأعظم): ٢/٤٦٠-٤٦٢.

(٢) كفاية الاصول: ٤٣٠ ٤٣٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٨٣

[القول في شروط سماع الدعوى]

القول في شروط سماع الدعوى و ليعلم أن تشخيص المدعى و المنكر عرفى كسائر الموضوعات العرفية، و ليس للشارع الأقدس اصطلاح خاص فيهما، و قد عرّف بتعاريف متقاربة، و التعاريف جُلّها مربوطة بتشخيص المورد، كقولهم: إنّه من لو ترك ترك، أو يدعى خلاف الأصل، أو من يكون في مقام إثبات أمر على غيره. و الأولى الإيكال إلى العرف، و قد يختلف المدعى و المنكر عرفاً بحسب طرح الدعوى و مصبها، و قد يكون من قبيل التداعى بحسب المصّب (١)

(١) قد عرّف المدعى بتعاريف:

أحدها: أنّه من لو ترك ترك، و الظاهر أنّ المراد تركه في تلك الدعوى لا مطلقاً، فلو كان عنده مال للغير و ادعى الردّ يكون مدعياً؛ لأنّه لو ترك هذه الدعوى ترك فيها، فيكون المال باقياً عنده، و لا ينافى عدم تركه من هذه الجهة. ثانيها: أنّه من يدعى خلاف الأصل، و الظاهر أنّ المراد منه أعم من الأصل العملى و الأمارات المعتبرة شرعاً كاليد و نحوها، فلو ادعى داراً تكون في يد المنكر يكون هو مدعياً؛ لأنّه يدعى خلاف الأمانة المعتبرة و هي اليد. و أمّا أصالة عدم تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٨٤

.....

الملكية فهي مشتركة بين المتخاصمين، كما لا يخفى.

ثالثها: من يدعى خلاف الظاهر أو خلاف الأصل أو الظاهر، و الظاهر أنّ المراد بالظاهر هو الظاهر المعتبر، فيرجع إلى ما قبله، و الظاهر غير المعتبر لا عبرة به أصلاً.

رابعها: من يكون في مقام إثبات أمر على غيره، و هنا تعاريف آخر غير ما ذكرنا، لكنّه ينبغي أن يعلم:

أولاً: أنّ الشارع الأقدس لا يكون له بالإضافة إليهما اصطلاح خاص بصورة الحقيقة الشرعية أو المجاز الشرعى؛ لعدم كون معناه مستحدثاً بوجه، بل استعماله إنّما يكون كاستعمال الغير.

و ثانياً: أنّ المراد من التعاريف بيان الموارد و المصاديق، و إلّا فاللفظان لا- إشكال و لا شبهة فيهما من حيث المادّة و الهيئة، و لا اختلاف فيهما من حيث اللغة، و ليسا كلفظ الصعيد المذكور في آية التيمّم «١»، المرّدّ بين خصوص التراب الخالص أو مطلق وجه الأرض؛ لاختلاف اللغة في ذلك.

و ثالثاً: أنّ المذكور في الروايات بالمقدار الذى تتبعنا على أنّ بعض الروايات الواردة في قصبة فدك المنقولة في الوسائل و المستدرک قد وردت فيها مادّة المنكر «٢» فراجع من ادعى عليه بدل المنكر حتى في الرواية المعروفة عن النبى (صلّى الله عليه و آله)، ففي صحيحة جميل و هشام، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلّى الله عليه و آله):

(١) سورة النساء ٤: ٤٣.

(٢) الوسائل: ٢٧ / ٢٩٣، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٢٥ ح ٣، مستدرک الوسائل: ١٧ / ٣٩٧، أبواب كيفية الحكم ب ١٨ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٨٥

.....

البينة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه «١».

ورابعاً: أولوية الإيكال إلى العرف كسائر الموضوعات العرفية التي لا يكون فيها اصطلاح خاصّ و لو مجازاً.
 وخامساً: أنّ الملاك في ذلك طرح الدعوى و مصبها، و قد عرفت «٢» في بعض المسائل السابقة أنّ من عنده الوديعة و قد أداها، لو ادعى أداء الأمانة و ردها يكون مدعياً، و لو قال: بأنّه ليس شيء بعنوان الأمانة لزيد موجوداً عنده يصير منكرًا، فتدبر.
 و سادساً: أنّه قد لا يكون في البين مدّع و منكر، بل يتحقّق التداعى بحسب طرح الدعوى و مصبها، و سيجيء حكمه إن شاء الله تعالى. «٣»

(١) الكافي: ١٥٧/٧ ح ١، تهذيب الأحكام: ٢٢٩/٦ ح ٥٥٣، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/٢٣٣، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب
 ٣ ح ١.
 (٢) في ص ٧٩.
 (٣) في ص ١٠٣ مسألة ٤.
 تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٨٦

[مسألة ١: يشترط في سماع دعوى المدعى أمور]

إشارة

مسألة ١: يشترط في سماع دعوى المدعى أمور: بعضها مربوط بالمدعى. و بعضها بالدعوى. و بعضها بالمدعى عليه. و بعضها بالمدعى به.

[الأول: البلوغ]

الأول: البلوغ، فلا تسمع من الطفل و لو كان مراهقاً. نعم لو رفع الطفل المميّز ظلامته إلى القاضى، فإن كان له وليّ أحضره ل طرح الدعوى، و إلّا فأحضر المدعى عليه ولايه، أو نصب قميماً له، أو وكّل و كيلاً في الدعوى، أو تكفّل بنفسه، و أحلف المنكر لو لم تكن له بيّنة، و لو ردّ الحلف فلا أثر لحلف الصغير، و لو علم الوكيل أو الوليّ صحّة دعواه، جاز لهما الحلف.

[الثاني: العقل]

الثاني: العقل، فلا تسمع من المجنون و لو كان أدوارياً إذا رفع حال جنونه.

[الثالث: عدم الحجر لسفه]

الثالث: عدم الحجر لسفه، إذا استلزم منها التصرف المالى، و أمّا السفه قبل الحجر فسمع دعواه مطلقاً (١).

(١) قد استدللّ لاعتبار البلوغ في سماع دعوى المدعى و إن كان مميّزاً مراهقاً بأنّه لا خلاف فيه، بل الإجماع عليه، كما ادّعاه بعضهم «١»، و بأنّ المتبادر من الأدلّة هو البالغ العاقل، و بما دلّ من الأخبار على أنّه لا يجوز أمر الصبيّ في الشراء حتى يبلغ خمس عشرة سنة «٢»، و بأنّه مسلوب العبارة، و بأنّه يجرى في صورة الشكّ أصالة عدم ترتّب آثار الدعوى من وجوب السماع، و قبول البيّنة، و الإقرار،

و سقوطها بالحلف و نحو ذلك.

(١) رياض المسائل: ٣٦/١٣، القضاء و الشهادات (تراث الشيخ الأعظم): ٢٩.

(٢) الكافي: ١٩٧/٧ ح ١، مستطرفات السرائر: ٨٦ ح ٣٤، و عنهما وسائل الشيعة: ٣٦٠/١٧، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع ب ١٤ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٨٧

.....

و لكن يرد على ما ذكر أن الإجماع المنقول بخبر الواحد لا حجة فيه، مضافاً إلى استبعاد أن يكون مستند المجمعين غير ما ذكر. و دعوى التبادر المذكور ممنوعة. و استفادة اعتبار الرجولية في القاضى الذى قد عرفت «١» أن فيه خصوصيتين: عدم الأوثية و عدم كونه صيباً إنما هو باعتبار ذكر عنوان الرجل فى بعض الروايات المرتبطة بشرائط القاضى «٢». و أما بالإضافة إلى المتخصصين فلم يرد مثل ذلك فيهما، كما لا يخفى.

و الأخبار الدالة على أنه لا يجوز أمر الصبى حتى يصير بالغاً بالبلوغ الشرعى «٣»، موردها التصرفات المائية التى يكون هو ممنوعاً عنها، بل له فيها ولي كالأب و الجدّ و غيرهما، و لا يشمل غير تلك التصرفات، كما إذا ادعى على شخص أنه أخذ ما فى يده أو غضب دابته أو نحو ذلك. و كونه مسلوب العبارة لم يقم عليه دليل شرعى، لو لم نقل بقيام الدليل على خلافه، و هى شرعية عبادات الصبى و عدم كونها تمرينية محضة، كما حققناه فى القواعد الفقهية «٤».

و عليه فلا تصل النوبة إلى الأصول العملية المذكورة فى الذيل الجارية فى صورة الشكّ و عدم الدليل، كما لا يخفى. ثم إنّ الدليل على عدم مسلوبية العبارة ما أفاده فى المتن: من أنه لو رفع الطفل ظلامته إلى القاضى يجب على القاضى أن يحضر وليه فى صورة وجوده، و مع عدمه فتجرى الأحكام المذكورة فى المتن، فإنّ الظلامة المرفوعة إن كانت معلومة

(١) فى ص ٥٢-٥٣.

(٢) تقدم فى ص ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ١٨/٤١٠-٤١٢، كتاب الحجر ٢.

(٤) القواعد الفقهية: ١/٣٥٥-٣٧٠.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٨٨

[الرابع: أن لا يكون أجنبياً عن الدعوى]

الرابع: أن لا يكون أجنبياً عن الدعوى، فلو ادعى بدين شخص أجنبى على الآخر لم تسمع، فلا بدّ فيه من نحو تعلق به كالولاية و الوكالة، أو كان المورد متعلق حقّ له (١).

للقاضى، فرفعها لا يرتبط بمسألة القضاء و المدعى و المنكر، و إن كانت غير معلومة، كما يدلّ عليه استثناء صورة العلم من عدم جواز حلف الولى أو الوكيل، فمجرد لزوم إحضار الولى دليل على عدم كونه مسلوب العبارة، كما لا يخفى.

و كيف كان فلم ينهض دليل قوى على أنه لا تسمع دعوى الصبى المميز المراهق، خصوصاً إذا كان واجداً لبعض المزايا و المراتب

أيضاً.

و هكذا الحال بالإضافة إلى المجنون غير البالغ سلب العبارة بنظر العرف و العقلاء، فإنه لا دليل فيه أيضاً إلا الإجماع الذي ادّعه بعض «١» و لا حجّية فيه.

هذا، و أما السفية فإن لم يقع محجوراً عليه فتسمع دعواه مطلقاً بلا إشكال، و إن وقع محجوراً عليه فهو ممنوع من التصرفات المائئة فقط لا مطلقاً، فالشرط الثالث عبارة عن السفية المحجور إذا استلزم التصرفات المائئة الممنوعة.

(١) الوجه في اعتبار هذا الشرط انصراف العمومات الدالة على وجوب الفصل بين المتخاصمين، و الحكم بالقسط و العدل و الحق عن مثل ذلك، و في صورة الشك تجري الأصول المشار إليها في الأمر المتقدم. نعم يمكن المناقشة في الانصراف في سماع الدعاوى الحسبية في مثل ما إذا ادّعى شخص على ميت له صغار بدين و لا جدّ لهم، و هو يعلم أنه أوفاه و ذمته بريئة و له بينة على ذلك، فإنه لا وجه في مثل ذلك؛ لعدم سماع دعواه مع ثبوت البينة له،

(١) رياض المسائل: ٣٦ / ١٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٨٩

[الخامس: أن يكون للدعوى أثر لو حكم على طبقها]

الخامس: أن يكون للدعوى أثر لو حكم على طبقها، فلو ادّعى أن الأرض متحرّكة، و أنكرها الآخر لم تسمع، و من هذا الباب ما لو ادّعى الوقف عليه أو الهبة مع عدم التسالم على عدم القبض، أو الاختلاف في البيع و عدمه مع التسالم على بطلانه على فرض الوقوع، كمن ادّعى أنه باع ربوياً و أنكر الآخر أصل الوقوع، و من ذلك ما لو ادّعى أمراً محالاً، أو ادّعى أن هذا العنب الذي عند فلان من بستاني و ليس لي إلا هذه الدعوى لم تسمع؛ لأنه بعد ثبوته بالبينة لا يؤخذ من الغير؛ لعدم ثبوت كونه له، و من هذا الباب لو ادّعى ما لا يصحّ تملكه، كما لو ادّعى أن هذا الخنزير أو الخمر لي، فإنه بعد الثبوت لا يحكم برده إليه إلا فيما يكون له الأولوية فيه، و من ذلك الدعوى على غير محصور، كمن ادّعى أن لي على واحد من أهل هذا البلد ديناً (١).

خصوصاً إذا كان المدعى بحيث لو أثبت دعواه و أخذ ما يدّعيه لا يمكن الاسترداد منه بوجه، فإن دعوى الانصراف في مثل ذلك ممنوعة جداً، و إن كان المتصدى لهذا الأمر الحسبي لا نفع له في هذه الواقعة و لا ضرر بوجه، كما لا يخفى.

(١) اعتبار هذا الأمر واضح، فإن ادّعاء تحرك الأرض لا يترتب عليه أثر على فرض الثبوت أصلاً، كما في الوقف أو الهبة أو البيع مع التسالم على البطلان على فرض الوقوع. نعم ربما يقال باعتبار اللزوم بحيث يمكن إلزام المدعى عليه به على فرض ثبوته، فإذا اختلفا في البيع الخياري لا تكون الدعوى مسموعة، لأن إنكاره رجوع كما قيل لأنه ممنوع، بل لأن من لوازم الدعوى أن يكون المدعى عليه ملزماً بما ثبت عليه بحيث يمكن إجباره عليه، و مع الجواز لا يكون كذلك.

و يرد عليه أن هذا الدليل مصادرة، و جواز الرجوع قد لا يتعلّق به الغرض، بل يجوز تعلّقه بعدم وقوع البيع أصلاً، و لم يرد في دليل اعتبار اللزوم حتى يقال كما عن

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٩٠

[السادس: أن يكون المدعى به معلوماً بوجه]

السادس: أن يكون المدعى به معلوماً بوجه، فلا- تسمع دعوى المجهول المطلق، كأن ادعى أن لى عنده شيئاً، للتردد بين كونه ممّا تسمع فيه الدعوى أم لا، و أما لو قال: «إن لى عنده فرساً أو دابّة أو ثوباً» فالظاهر أنه تسمع، فبعد الحكم بثبوتها يطالب المدعى عليه بالتفسير، فإن فسّر و لم يصدقه المدعى فهو دعوى اخرى، و إن لم يفسّر لجهالته مثلاً فإن كان المدعى به بين أشياء محدودة يقرع على الأقوى،

صاحب الجواهر: إن المراد من اللزوم ليس كونه بحيث لا- يكون للمدعى عليه الرجوع أو الفسخ، بل المراد استحقاق المدعى بعد الإثبات «١».

و من ذلك ما لو ادعى أمراً محالاً، سواء كان محالاً عادةً كالطيران إلى السماء، أو عقلاً كاجتماع النقيضين و ارتفاعهما، أو شرعاً كتملك المسلم للخمر أو الخنزير.

و من ذلك أيضاً المثال المربوط بالعنب، فإن كونه من بستانه و عدم ادعاء آخر معه لا يترتب عليه أثر على فرض الثبوت، و لا يوجب أخذ العنب بعد كونه فى يد الغير، و احتمال الانتقال إليه بأحد الطرق الشرعية كما لا يخفى، و عدم ثبوت دعوى أزيد من هذا، و من هذا الباب أيضاً دعوى ملكية المسلم للخمر أو الخنزير و مائتهما له، و هو داخل فى المحال الشرعى، و كان ينبغى له التقيد بالمسلم؛ و لذا ذكروا فى باب الديات أن إتلافهما على الذمى يوجب الغرامة، فتدبر.

و من ذلك أيضاً الدعوى على غير المحصورين، الذى لا يترتب على احتماله عند العقلاء أثر، و أما ادعاء الدين على المحصورين فسيأتى حكمهم.

(١) جواهر الكلام: ٣٧٨ / ٤٠.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٩١

و إن أقرّ بالتلف و لم يرازعه الطرف، فإن اتفقا فى القيمة و إلّا ففى الزيادة دعوى اخرى مسموعة (١).

(١) حكى عن الشيخ و أبى الصلاح و بنى زهرة و حمزة و إدريس «١»، و العلامة فى بعض كتبه، و كذا الشهيد الأول فى الدروس «٢» اعتبار أن يكون المدعى به معلوماً بالجنس و النوع و الوصف و القدر، و أنه لا تسمع الدعوى فى كلا الفرضين المذكورين فى المتن. و الظاهر أنه لم يرق دليل عليه، خصوصاً بعد ما ذكره فى كتاب الإقرار: من أن الإقرار المتعلق بالمجهول المطلق و المبهم كذلك يكون مسموعاً بمقتضى قاعدة إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، غاية الأمر أنه يلزم المقرّ بالتفسير، و يقبل تفسيره إن لم يكن مخالفاً للعرف. و عليه فمقتضى القاعدة مسموعة الدعوى حتى فى الفرض الأول الذى حكم بطلانه فى المتن، غاية الأمر أنه علل البطلان فيه بالتردد بين ما تسمع و ما لا تسمع.

و يرد عليه أن التردد إن كان بلحاظ أنه يمكن أن لا يكون الشيء الذى ادعى أن له عنده شيئاً مالاً، فيرد عليه عدم اعتبار المائىة فى المدعى به، كعدم اعتبارها فى المقرّ به، إن لم يكن الكلام ظاهراً فيها، و إن كان بلحاظ أنه يمكن أن لا يكون ملكاً أيضاً، فمضافاً إلى أن لازمه المسموعة فيما إذا كان للكلام ظهور فى الملكية، كما أنها مقتضى اللام أحياناً. يرد عليه أنه لا دليل على اعتبار الملكية أيضاً، و لا يدعيها المدعى، بل منشأ دعواه فى بعض الموارد ثبوت حق الاختصاص له، و حينئذٍ

(١) المبسوط: ٤ / ٣ و ج ٨ / ١٥٦، الكافى فى الفقه: ٤٤٥، غنية النزوع: ٤٤٤، الوسيلة: ٢١٦ / ٢١٧، السرائر:

(٢) تحرير الأحكام: ١٥٥/٥، تذكرة الفقهاء: ١٥١/٢، الدروس الشرعية: ٨٤/٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٩٢

[السابع: أن يكون للمدعى طرف يدعى عليه]

السابع: أن يكون للمدعى طرف يدعى عليه، فلو ادعى أمراً من دون أن تكون على شخص ينازعه فعلاً لم تسمع، كما لو أراد إصدار حكم من فقيه يكون قاطعاً للدعوى المحتملة، فإن هذه الدعوى غير مسموعة، و لو حكم الحاكم بعد سماعها، فإن كان حكمه من قبيل الفتوى، كأن حكم بصحة الوقف الكذائي أو البيع الكذائي فلا أثر له في قطع المنازعة لو فرض وقوعها.

فلم يعلم وجه للتردد بين كونه ممّا لا تسمع دعواه أم لا، فالإنصاف أنه لا دليل على البطلان في الفرض الأول. وأما الفرض الثاني فهو أولى بالصحة لمعلومية المدعى به بوجه، و حينئذٍ فإن لم يكن الحكم بنفعه فيها، و إن كانت المحاكمة منتهية بنفعه و فصل الخصومة على طبق ما ادعاه، فلا يثبت بالحكم في هذه الدعوى أزيد ممّا ادعاه، بل بعد الحكم يطالب المدعى عليه بالتفسير، فإن فسّر بما رضى به المدعى فهو، و إلّا فهو دعوى أخرى تحتاج إلى محاكمة جديدة، و إن لم يفسّر أصلاً لجهالته مثلاً، فإن كان المدعى به مردداً بين أشياء محدودة لا محيص إلّا عن القرعة التي هي لكل أمر مشكل «١».

و في صورة الإقرار بالتلف و عدم منازعة الطرف، فإن تحقّق التوافق بالإضافة إلى القيمة التي تحقّق الانتقال إليها بعد التلف فيها، و إلّا فمع الاختلاف في الزيادة و النقيصة يكون القدر المتيقّن هو الأقل، و بالنسبة إلى الزيادة تكون هنا دعوى أخرى مسموعة بوجود شرائط السماع فيها، و هذا لا فرق بين أن يكون الملاك قيمة يوم التلف، أو يوم الأداء، أو أعلى القيم، كما لا يخفى.

(١) انظر السرائر: ١٧٠/٢ و ١٧٣ و ج ٤١٧/٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٩٣

و إن كان من قبيل أن لفلان عليّ فلان ديناً بعد عدم النزاع بينهما، فهذا ليس حكماً يترتب عليه الفصل و حرمة النقص، بل من قبيل الشهادة. فإن رفع الأمر إلى قاضٍ آخر يسمع دعواه، و يكون ذلك الحاكم من قبيل أحد الشهود، و لو رفع الأمر إليه و بقى على علمه بالواقعة له الحكم على طبق علمه (١).

(١) لا- خفاء في أن رفع النزاع و فصل الخصومة يفتقر إلى أن يكون هنا شخصان متنازعان، فلو ادعى أمراً من دون أن تكون على شخص ينازعه فعلاً فيها، لم تسمع كما في المثال المذكور في المتن، فإنه لا يجب على الحاكم سماع هذه الدعوى. نعم لو حكم الحاكم بعد سماعها، فإن كان حكمه من قبيل الفتوى فلا أثر له في قطع المنازعة الآتية؛ لأنه بالفعل لا يكون تنازع في المستقبل، و إن تحققت المنازعة فرضاً، إلّا أن صرف الفتوى التي هي بيان الحكم الكلي و الكبرى التامة لا يكفي في رفع المخاصمة المتحققة في القضايا الشخصية، و إن ذكرنا فيما سبق أنه قد يكون منشأ الاختلاف بين المدعى و المنكر اختلاف النظر فيمن يرجع إليه للتقليد «١»، و ذكرنا أيضاً أن الحاكم يقضى على طبق نظره و رايه «٢»، إلّا أنه لا إشكال في أن الفتوى أمر و القضاء أمر آخر، و لا يكفي الأول لرفع الخصومة و الفصل، و عليه فمجرد الفتوى لا أثر له في قطع المنازعة و المخاصمة، و إن قلنا بمقالة الشهيد في الدروس في تفسير القضاء و تعريفه من شموله للولاية على الحكم في المصالح العامة أيضاً؛ كالحكم بثبوت الهلال على خلاف ما ذكرناه سابقاً «٣».

(١) في ص ١٣ و ٥٨.

(٢) في ص ٥٨.

(٣) في ص ٩-١١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٩٤

[الثامن: الجزم في الدعوى في الجملة]

الثامن: الجزم في الدعوى في الجملة، و التفصيل أنه لا إشكال في سماع الدعوى إذا أوردتها جزماً، و أما لو ادعى ظناً أو احتمالاً ففي سماعها مطلقاً أو عدمه مطلقاً، أو التفصيل بين موارد التهمة و عدمها بالسماع في الأول، أو التفصيل بين ما يتعسر الاطلاع عليه كالسرقة و غيره فتسمع في الأول، أو التفصيل بين ما يتعارف الخصومة به كما لو وجد الوصي أو الوارث سنداً أو دفترأ فيه ذلك، أو شهد به من لا يوثق به و بين غيره فتسمع في الأول، أو التفصيل بين موارد التهمة و ما يتعارف الخصومة به، و بين غيرهما فتسمع فيهما وجوه، الأوجه الأخير، فحينئذ لو أقر المدعى عليه أو قامت البينة فهو، و إن حلف المدعى عليه سقطت الدعوى، و لو رد اليمين لا يجوز للمدعى الحلف، فتوقف الدعوى. فلو ادعى بعده جزماً أو عثر على بيته و رجع إلى الدعوى تسمع منه (١).

و إن كان حكمه من قبيل أن فلان على فلان ديناً بعد عدم النزاع بينهما، فهذا لا يكون حكماً يترتب عليه الفصل و حرمة النقض، بل هو من قبيل الشهادة، فإن رفع الأمر بعد تحقق النزاع إلى قاض آخر تسمع دعواه، و يكون حكم ذلك الحاكم من قبيل شهادة أحد الشاهدين، و إن رفع الأمر بعده إلى نفسه، فإن كان عالماً بالواقعة فعلاً فله الحكم على طبق علمه، و إلا يستأنف كما لا يخفى.

(١) المشهور على اعتبار الجزم في الدعوى في سماعها مطلقاً، و أنه لا تسمع الدعاوى الظنية و الاحتمالية أصلاً «١»، و عن جماعة عدم اعتباره مطلقاً «٢»، و عن

(١) كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٢ / ٦٨٦.

(٢) إيضاح الفوائد: ٤ / ٣٢٧ ٣٢٨، مجمع الفائدة و البرهان: ١٢ / ١٢٤ ١٢٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٩٥

بعض التفصيل بين الظنية و الاحتمالية بالسماع في الأول دون الثاني «١»، و هنا تفصيلات أخر مذكورة في المتن، و بعضها غير مذكور فيه أيضاً.

و استدلل للمشهور بأن المتبادر من الدعوى ما كان بنحو الجزم، و يدفعه منع ذلك، و يدل عليه التقسيم إلى الجزمي و غيره من الظنى و الاحتمالي، و أجاب عنه السيد في ملحقات العروة ثانياً بأنه يكفي صدق المخاصمة و المنازعة، فيشمله ما عدا قوله (صلى الله عليه و آله): البينة على المدعى إلخ «٢»، من العمومات كقوله (عليه السلام): استخراج الحقوق بأربعة. إلخ «٣»، «٤».

و فيه: أن القول الأخير محكى في مرسله يونس المضمرة عمّن رواه، قال: استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه. الحديث. و أنت خبير باشمالها على عنواني المدعى و المدعى عليه، فالعمدة هو الجواب الأول.

و استدلل لهم أيضاً بأن لازم السماع القضاء بالنكول، أو يمين المدعى في صورة عدم الإقرار و البينة، و كلاهما مشكل؛ لعدم جواز أخذ المدعى به مع عدم علمه

(١) شرائع الإسلام: ٤ / ٨٧٢، و قال في الروضة البهية: ٣ / ٨٠: بالسماع فيما يعسر عليه، و أورد جميع هذه الأقوال الشيخ الأنصاري في

القضاء و الشهادات، (تراث الشيخ الأعظم): ١٧١ ١٧٢.

(٢) الفقيه: ٣ / ٢٠ ح ٥٢، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٣٤، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٣ ح ٥.

(٣) الكافي: ٧ / ٤١٦ ح ٣، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٣١ ح ٥٦٢، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٤١، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب

٧ ح ٤ و ص ٢٧١ ب ١٥ ح ٢.

(٤) ملحقات العروة: ٣ / ٤٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٩٦

.....

بالمدعى به و إنكار المدعى عليه، و احتمال كون نكوله عن الحلف للتعظيم و نحوه، و كذا عدم جواز حلف المدعى بدون العلم. و يرد عليه أن غايته أنه لا يرد اليمين على المدعى مع عدم العلم و الجزم، و لكن لم يقدّم دليل على أن السماع إنما يتوقف على جواز حلف المدعى، فمن الممكن عدم الرد في هذه الصورة، كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

هذا و لكن الظاهر هو التفصيل الأخير الذى جعله الماتن (قدس سرّه) أوجه الوجوه.

أما فى موارد التهمة فلدلالة الأخبار الكثيرة على استحلاف الأمين مع التهمة، كقوله (عليه السلام): لا يضمن القصار إلا ما جنت يده، و إن اتهمته أحلفته «١». و غير ذلك من الروايات المتعددة. و موردها و إن كان صورة تحقق اليد المقتضية للضمان، إلا أنه يستفاد منها جواز الإحلاف مع التهمة مطلقاً، و إن لم يكن هناك يد كبعض الدعاوى فى المقام.

و أما الموارد التى يتعارف فيها الخصومة بغير الجزم أيضاً كالأمثلة المذكورة فى المتن، فلصدق عنوان المخاصمة و التنازع بحسب نظر العرف و العقلاء، و لذا يكون المتعارف فيها الخصومة.

ثم إن السماع فى الفرضين لا يوجب جواز الحلف للمدعى فى صورة رد المدعى عليه، بل اللّازم إنما القول بتوقف الدعوى و انتظار تحقق الجزم، أو حصول البيّنة كما فى الدعوى على الصبى، الذى يبلغ لا محالة على فرض البقاء، و الغائب الذى يصير حاضراً نوعاً. و إنما القول بعدم تمامية الدعوى بحلف المدعى، بل هى تتم

(١) التهذيب: ٧ / ٢٢١ ح ٩٦٧، الاستبصار: ٣ / ١٣٣ ح ٤٨١، الوسائل: ١٩ / ١٤٦، كتاب الإجارة ب ٢٩ ح ١٧.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٩٧

[التاسع: تعيين المدعى عليه]

التاسع: تعيين المدعى عليه، فلو ادعى على أحد الشخصين أو الأشخاص المحصورين لم تسمع على قول، و الظاهر سماعها؛ لعدم خلّوها عن الفائدة، لإمكان إقرار أحدهما لدى المخاصمة، بل لو أقيمت البيّنة على كون أحدهما مديوناً مثلاً، فحكم الحاكم بأن الدين على أحدهما، فثبت بعد براءة أحدهما، يحكم بمديونية الآخر، بل لا يبعد بعد الحكم الرجوع إلى القرعة، فيفرق بين ما علما أو علم أحدهما باشتغال ذمّة أحدهما، فلا تأثير فيه، و بين حكم الحاكم لفصل الخصومة فيقال بالاقراع (١).

بنكول المنكر عن الحلف، و بطلان مقايسة المقام مع الدعوى على الصغير و الغائب؛ لأنّ لهما أمداً يرتقب و ينتظر بخلاف المقام، فإنّه من الممكن عدم حصول الجزم و عدم تحقق البيّنة، فالظاهر حينئذ التمامية بنكول المنكر، كما ربّما يدلّ عليه الأخبار الواردة فى استحلاف الأمين مع التهمة، فتدبر.

(١) اعتبار هذا الشرط محلّ خلاف، فعن بعضهم الاعتبار نظراً إلى خلوّ الدعوى عن الفائدة؛ لأنّ إقامة البيّنة على أنّ أحد الشخصين أو الأشخاص المحصورين مديون للمدعى مثلاً لا أثر لها، وكذا إقرارهما أو إقرار أحدهما بذلك، لكن استظهر في المتن السماع، و حكى عن المحقّق في قصاص الشرائع ذلك، قال: و لو قال: قتله أحد هذين سمع، إذ لا ضرر في إحلافهما، و لو أقام بيّنة سمعت لإثبات اللوث «١»، و تبعه جماعة منهم العلّامة في محكى القواعد بل قال: وكذا دعوى الغصب أو السرقة. و أمّا القرض و البيع و غيرهما من المعاملات فإشكال

(١) شرائع الإسلام: ٢١٧/٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٩٨

.....

ينشأ من تقصيره بالنسيان، و الأقرب السماع أيضاً «١». انتهى.

ولعلّ الفرق بين القتل و الغصب و السرقة و بين القرض و البيع و غيرهما من المعاملات هو أنّ الأفعال الأولى مضافاً إلى كونها فعل الغير، يكون صدورها في حال الخفاء و السرّ، بخلاف القرض و البيع و سائر المعاملات.

و كيف كان فالوجه في الاستظهار المذكور على ما أفاده هو عدم خلوّ الدعوى المزبورة عن الفائدة بعد عدم وجود نصّ في هذا الباب، و الوجه فيه إمكان إقرار أحدهما لدى المخاصمة، بل لو أقام المدعى بيّنة، و حكم الحاكم على طبقها بأنّ أحدهما مديون مثلاً، و ثبت بعد براءة أحدهما، يحكم بأنّ الآخر معيّناً مديون، و يأخذ الدين منه، بل لا يبعد بعد الحكم بأنّ أحدهما مديون مثلاً الرجوع إلى القرعة، و استخراج المديون بسببها؛ لأنها لكلّ أمر مشكل أو مشتبّه «٢».

و عليه ففرق بين صورة العلم المذكورة في المتن و بين حكم الحاكم؛ لأنّه في الصورة الأولى لا- أثر للعلم الإجمالي بعد كونه بين مكلفين؛ لأنّ كلّ واحد منهما يجرى أصالة البراءة بالإضافة إلى نفسه، و لا تكون أصالة البراءة في مكلف معارضةً بأصالة البراءة في آخر؛ كواجدي المنى في الثوب المشترك بينهما مع علمهما بالارتباط بأحدهما.

و أمّا الحاكم فهو في مقام فصل الخصومة المتقوّمة باثنتين و ما زاد عليه، فإذا حكم بأنّ أحد المدعى عليهما مديون بمقتضى الموازين الشرعيّة، فلا بأس له أن يخرج المديون الواقعيّ بسبب القرعة بعد ارتباط كليهما به على حدّ سواء، كما لا يخفى.

(١) قواعد الأحكام: ٣/ ٦١١، و كذا الشهيد في المسالك: ١٥/ ١٦٩، ١٧٠.

(٢) انظر السرائر: ٢/ ١٧٠ و ١٧٣ و ج ٣/ ٤١٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٩٩

.....

نعم في عكس المسألة و هو ما لو علم شخص بكونه مديوناً مثلاً لأحد الشخصين. ذكر السيّد في ملحقات العروة: بأنّه لا يجب عليه الاحتياط بدفع المقدار المعلوم إلى كلّ منهما؛ لأنّه ضرر على ذلك الشخص، بل يوزّعه عليهما أو يقرع بينهما «١».

و يرد عليه أنّ مجرد الضرر لا يدفع وجوب الاحتياط، و التوزيع يستلزم العلم بعدم وصول مجموع الدين الواقعيّ إلى الدائن، فاللزام إمّا الاحتياط و إمّا الرجوع إلى القرعة، فتدبّر، خصوصاً مع الاختلاف الذي أشرنا إليه «٢» في مفاد قاعدة لا ضرر، و أنّ نظر الماتن (قدّس سرّه) إلى كونه حكماً حكومياً صادراً من مقام حكومة النبي (صلّى الله عليه و آله) لا حكماً شرعياً أولياً أو ثانوياً.

(١) ملحقات العروة الوثقى: ٣/ ٤٤.

(٢) في ص ١٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٠٠

[مسألة ٢: لا يشترط في سماع الدعوى ذكر سبب استحقاقه]

مسألة ٢: لا يشترط في سماع الدعوى ذكر سبب استحقاقه، فتكفي الدعوى بنحو الإطلاق من غير ذكر السبب، سواء كان المدعى به عيناً أو ديناً أو عقداً من العقود، نعم في دعوى القتل اشترط بعض لزوم بيان أنه عن عمدٍ أو خطأ، بمباشرة أو تسيب. كان هو قاتلاً أو مع الشركة (١).

(١) هل يشترط في سماع الدعوى ذكر سبب استحقاق المدعى أو لا؟ فتكفي الدعوى بنحو الإطلاق من غير ذكر السبب، فيه وجهان، الظاهر أنه لا خلاف بيننا في عدم الاشتراط، وهذا لا فرق فيه بين أن يكون المدعى به عيناً أو ديناً أو عقداً من العقود حتى في عقد النكاح، نعم عن المبسوط دعوى الإجماع على الاشتراط في خصوص دعوى القتل، وأنه لا بد فيه من بيان أنه عن عمد أو خطأ، وأنه بالمباشرة أو التسيب، وكونه قاتلاً وحده أو بشركة الغير ونحو ذلك، وعلله بأن أمره شديد وفائته لا يستدرك وبالخلاف في أسبابه. و ذكر القلة دليل على عدم الاعتماد على الإجماع، الذي يكون هو الناقل له «١».

وهنا أمران ذكرهما السيد (قدس سرّه) في ملحقات العروة:

أحدهما: أن الأقوى عدم الاشتراط، وكفاية الإجمال في السماع، نعم للحاكم أن يستفصل، ولو لم يعلم التفصيل لم تسمع.

ثانيهما: يمكن أن يقال: مقتضى النصوص الدالة على أنه لا يبطل دم امرئ

(١) المبسوط: ٧/ ٢٣٢ و ٢٣٨ و ج ٨/ ٢٦٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٠١

.....

مسلم «١» ثبوت الدية في كلى القتل بعد ثبوته «٢».

و يرد على الأمر الأول أن مرجع عدم السماع فيما لو لم يعلم التفصيل بعد الاستفصال ثبوت الاشتراط المذكور لا نفيه. وعلى الأمر الثاني أن نفس تلك النصوص لا تدل على مزيد من عدم بطلان دم امرئ مسلم، وأما أن عدم البطلان بما ذا، فالدليل قد ورد في أقسام القتل وأنواعه بنحو مختلف، ففي العمدة يثبت القصاص، وفي شبه العمدة الدية على القاتل، وفي الخطأ على العاقلة بالنحو المذكور في كتاب الديات، وفي صورة الانفراد أمر و الاشتراك أمر آخر.

ولا- يمكن الرجوع إلى دليل عدم البطلان، وإن فرضنا أن مفاده الدية في عموم أقسام القتل وأنواعه، فلا شبهة في التخصيص، و يكون التمسك بالعام في الشبهة المصدقية للمخصص غير جائز على ما بيناه في محلّه من بحث العام والخاص من علم الأصول. «٣»

(١) وسائل الشريعة: ٢٧/ ٢٣٤، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٣ ح ٣ و ص ٣٥٠، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ١، و ج ٢٩/ ٧٢،

كتاب القصاص في النفس ب ٢٩ ح ١ و ص ١٣٨، أبواب دعوى القتل ب ٢ ح ١.

(٢) ملحقات العروة الوثقى: ٣/ ٤٩.

(٣) سيرى كامل در اصول فقه: ٨/ ١٤٣ و ما بعدها.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٠٢

[مسألة ٣: لو لم يكن جازماً فأراد الدعوى على الغير لا بد أن يبرزها بنحو ما يكون من الظن أو الاحتمال]

مسألة ٣: لو لم يكن جازماً فأراد الدعوى على الغير لا بد أن يبرزها بنحو ما يكون من الظن أو الاحتمال، و لا يجوز إبرازها بنحو الجزم ليقبل دعواه، بناءً على عدم السماع من غير الجازم (١).

(١) لا- شبهة في أنه لا- يجوز إبراز الدعوى بصورة الجزم فيما لو لم يكن جازماً، بل كان ظاناً أو محتملاً؛ لتقبل دعواه بناءً على عدم السماع من غير الجازم، و كون الجزم من شروط سماع الدعوى كما تقدم بحثه. و أما في عكس المسألة بأن كان جازماً واقعاً، و أراد أن يبرز الدعوى بصورة الظن و الاحتمال بناءً على السماع في بعض الموارد، مثل التهمة بناءً على عدم ثبوت ردّ الحلف فيه، كما لعله يظهر من الأخبار الواردة في تهمة الأمين، الذي لا يكون ضامناً في غير صورتى التعدى و التفريط، كالتقصار و الصائغ و نحوهما «١»، نعم في صورة التهمة يجوز إحلافه. الظاهر الجواز؛ لأنه تنزل عن الواقعية و فيه غرض عقلائي؛ لأن فيه التخلص من الحلف، و هذا بخلاف أصل المسألة فتأمل، لأن فيه إشكالاً أيضاً باعتبار كونه خلاف الواقع.

(١) وسائل الشيعة: ١٩/ ١٤١ ١٤٨، كتاب الإجارة ب ٢٩ و ٣٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٠٣

[مسألة ٤: لو ادعى اثنان مثلاً بأن لأحدهما على أحد كذا تسمع]

مسألة ٤: لو ادعى اثنان مثلاً بأن لأحدهما على أحد كذا تسمع، و بعد الإثبات على وجه التردد يقرع بينهما (١).

(١) كما أنه لا يشترط في سماع الدعوى أن يكون المدعى عليه متعيناً، كذلك لا يشترط في سماعها تعيين المدعى، فلو ادعى اثنان مثلاً بأن لأحدهما على أحد معين كذا، لا وجه لعدم السماع. فلو أقام بينة مطابقة لدعواهما بأن شهدت البينة بأن لأحدهما على المدعى عليه كذا، و حكم الحاكم على طبقها يثبت الحق على وجه التردد، و القرعة طريق التعيين، كما في سائر الموارد التي يكون الحق معلوماً و ذو الحق معلوماً بالإجمال، أو يقسمان على وجه الصلح القهرى، كما احتمله السيد في الملحقات «١»، نظراً إلى ما ورد في درهم الودعي «٢»، و لكن التعدى عن مورده بلحاظ كون الحكم على خلاف القاعدة مشكل.

(١) ملحقات العروة الوثقى: ٣/ ٤٥.

(٢) وسائل الشيعة: ١٧/ ٢٧٢ - ٢٧٦، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به ب ٨٣، و ج ١٨/ ٤٥٠ - ٤٥٢، كتاب الصلح ب ٩ - ١٢، و قد تقدم في تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب الخمس: ١٧٦ و غيره، و يأتي هنا في ص ٣٥٥ - ٣٥٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٠٤

[مسألة ٥: لا يشترط في سماع الدعوى حضور المدعى عليه]

مسألة ٥: لا يشترط في سماع الدعوى حضور المدعى عليه في بلد الدعوى، فلو ادعى على الغائب من البلد سواء كان مسافراً أو كان من بلد آخر قريباً كان أو بعيداً تسمع، فإذا أقام البيئته حكم القاضي على الغائب ويرد عليه ما ادعى إذا كان عيناً، وبيع من مال الغائب ويؤدى دينه إذا كان ديناً، ولا يدفع إليه إلا مع الأمن من تضرر المدعى عليه لو حضر، وقضى له بأن كان المدعى مليئاً أو كان له كفيل، و هل يجوز الحكم لو كان غائباً و أمكن إحضاره بسهولة، أو كان في البلد و تعذر حضوره بدون إعلامه؟ فيه تأمل. و لا فرق في سماع الدعوى على الغائب بين أن يدعى المدعى جحود المدعى عليه و عدمه، نعم لو قال: «إنه مقر و لا مخاصمة بيننا» فالظاهر عدم سماع دعواه و عدم الحكم، و الأحوط عدم الحكم على الغائب إلا بضم اليمين، ثم إن الغائب على حجته، فإذا حضر و أراد جرح الشهود أو إقامة بيئته معارضة يقبل منه لو قلنا بسماع بيئته (١).

(١) في هذه المسألة يقع الكلام في مقامات:

المقام الأول: في أصل القضاء على الغائب في الجملة، و مرجعه إلى عدم شرطية حضور المدعى عليه في سماع الدعوى، و الدليل عليه مضافاً إلى أنه لا إشكال و لا خلاف فيه بيننا، بل كما في الجواهر الإجماع بقسميه عليه «١» - عدة من الروايات:

(١) جواهر الكلام: ٢٢٠ / ٤٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٠٥

.....

منها: رواية جميل بن دراج، عن جماعة من أصحابنا، عنهما (عليهما السلام) قالوا: الغائب يقضى عليه، إذا قامت عليه البيئته و يباع ماله، و يقضى عنه دينه و هو غائب، و يكون الغائب على حجته إذا قدم، قال: و لا يدفع المال إلى الذي أقام البيئته إلا بكفلاء، و روى جميل بن دراج، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام) نحوه و زاد: إذا لم يكن مليئاً «١».

و التعبير عن الرواية بالمرسلة ليس على ما ينبغي، خصوصاً مع ملاحظة الطريق الثاني.

و منها: رواية زرارة، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: كان عليّ (عليه السلام) يقول: لا يجبس في السجن إلا ثلاثة: الغاصب، و من أكل مال اليتيم ظلماً، و من ائتمن على أمانته فذهب بها، و إن وجد له شيئاً باعه، غائباً كان أو شاهداً «٢».

و هنا: بعض الروايات الأخرى من غير طرقنا، مثل ما عن أبي موسى الأشعري، قال: كان النبي (صلى الله عليه و آله) إذا حضر عنده خصمان فتواعدا الموعد، فوفى أحدهما و لم يف الآخر، قضى للذي وفى على الذي لم يف أى مع البيئته «٣».

و ما روي من أن هنداً زوجة أبي سفيان بعد ما ادعت أن أبا سفيان رجل شحيح، و أنه لا يعطيها ما يكفيها و ولدها، قال لها النبي (صلى الله عليه و آله): خذي ما يكفيك

(١) تهذيب الأحكام: ٢٩٦ / ٦ ح ٨٢٧ و ٨٢٨ و ص ١٩١ ح ٤١٣، الكافي: ١٠٢ / ٥ ح ٢، و عنهما وسائل الشريعة: ٢٧ / ٢٩٤، كتاب القضاء أبواب كيفية الحكم ب ٢٦ ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام: ٢٩٩ / ٦ ح ٨٣٦، الاستبصار: ٤٧ / ٣ ح ١٥٤، و عنهما وسائل الشريعة: ٢٧ / ٢٤٨، كتاب القضاء أبواب كيفية الحكم ب ١١ ح ٢ و ص ٢٩٥ ب ٢٦ ح ٢.

(٣) كنز العمال: ٨٤٩ / ٥ ح ١٤٥٣٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٠٦

.....

و بنيك بالمعروف «١». و إن أورد على الأخير السيد في الملحقات: بأنه لا يكون من باب بيان الحكم بل بيان الفتوى، مع أن غيبة أبي سفيان من البلد غير معلومة «٢».

هذا، و في مقابل الروايات المتقدمة ما رواه في قرب الاسناد عن السندي بن محمد، عن أبي البختری، عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليه السلام) قال: لا يقضى على غائب «٣».

و لكنّها مضافاً إلى إمكان حملها على صورة عدم جزم المدعى، و كون الجزم شرطاً في سماع الدعوى، و إلى احتمال كون المراد بالقضاء القضاء الذي لا يتعقبه كون الغائب على حجة إذا قدم، و إلى بعض الاحتمالات الأخرى، مثل كون المراد الغائب عن مجلس المرافعة، يكون على تقدير التعارض الترجيح مع الطائفة الأولى للشهرة الفتوائية، التي هي أول المرجحات على ما قلناه «٤».

المقام الثاني: الظاهر أن المراد بالغائب في النصّ و الفتوى هو الغائب عن البلد، سواء كان قد سافر عن البلد إلى غيره بالسفر الشرعيّ المشتمل على المسافة أو غيره، أو كان في خارج البلد، سواء كان بعيداً أم قريباً، و يدلّ عليه مع أن الغائب قد يطلق و يراد به الغائب عن صلاحية الرؤية كالله تبارك و تعالی، و قد يطلق و يراد به الغائب عن الأنظار العرفية كالإمام الغائب

(١) صحيح البخارى: ٢٣٧/٦ ح ٥٣٦٤ و ج ١٤٧/٨ ح ٧١٨٠، صحيح مسلم: ٣/١٠٧٩ ح ١٧١٤، السنن الكبرى للبيهقي: ١١/٤٧٥ ح ١٦١١٧ و ص ٤٩٢ ح ١٦١٦٠، و ج ١٤٨/١٥ ح ٢١٠٧٥.

(٢) ملحقات العروة الوثقى: ٣/٤٦.

(٣) قرب الإسناد: ١٤١ ح ٥٠٨، و عنه وسائل الشريعة: ٢٧/٢٩٦، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٢٦ ح ٤.

(٤) سیری کامل در اصول فقه: ١٦/٥٣٢-٥٥٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٠٧

.....

عجل الله تعالى فرجه الشريف، و قد يطلق و يراد به الغائب عن مجلس المرافعة و المحاكمة، كما يستفاد من ذيل رواية جميل، و هو قوله (عليه السلام): «يكون الغائب على حجته إذا قدم» كما مرّ.

مع أن الظاهر إمكان تحقق هذا العنوان مع قطع النظر عن المنازعة و فصل الخصومة، خصوصاً مع أن المعروف هو كون التصرف في أمور المغيب و المقصير من الأمور الحسينية، و عليه فإذا كان المدعى عليه في البلد، و لكن كان غائباً عن مجلس المرافعة لا يصدق عليه الغائب، و لا تشمله الرواية إلا بالغاء الخصوصية، و هذا لا فرق فيه بين صورتى تعذر الحضور و عدمه، و الإعلام و عدمه. نعم في الغائب عن البلد إذا أمكن إحضاره بسهولة ربّما يشكل في الحكم عليه كما في المتن، و الظاهر أن وجه احتمال انصراف النصّ و الفتوى عنه على تأمل، لا لعدم شمول العنوان له.

نعم يمكن أن يقال بعدم تمامية الإطلاق في الرواية؛ لعدم كونها في مقام البيان، و لا تكون مقدمات الحكمة فيها مجتمعة، فلا يجوز التمسك بإطلاقها. و يدفعه أن التعرض لجمع من خصوصيات المسألة دليل على كونها في مقام البيان، و لا يكاد ينقضى تعجبي ممن يتمسك بالإطلاق تارةً و بالقدر المتيقن أخرى.

المقام الثالث: في أن المدعى قد يدعى جحود المدعى عليه الغائب، و قد يقول بأنه لا يعلم جحوده و عدمه، و قد يقول: إنه مقرّ و لا

مخاصمة بيننا. لا إشكال في سماع دعواه في الصورة الأولى، كما أنه لا ينبغي الإشكال في السماع في الصورة الثانية. و أما الصورة الثالثة فقد استظهر في المتن عدم سماع دعواه، و عدم الحكم على تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٠٨

.....

الغائب، و هو مبني على ما أفاده في تعريف القضاء من أنه فصل الخصومة و رفع التنازع، فإنه مع الاعتراف بعدم المخاصمة كيف تفصل الخصومة، مع أنه يمكن أن يقال: بأن الحكم بالحق أو بالعدل أو بالقسط المأمور به المدلول عليه بالآيات الشريفة لا يختص بصورة المخاصمة، فإنه يمكن أن يتضرر المدعى من تأخير وصول حقه إليه، أو عدم الوصول فيما إذا لم يجئ الغائب أو مات في السفر مثلاً، و في هذه الصورة لا محيص عن الحكم، و إن لم يكن المدعى عليه جاحداً أصلاً.

المقام الرابع: في أنه جعل في المتن مقتضى الاحتياط للزومي ضمّ اليمين إلى البيّنة كما عليه المشهور «١»، و الظاهر ابتناؤه على لزوم ضمّ اليمين إلى البيّنة في الدعوى على الميت، التي سيأتي البحث عنها «٢»؛ نظراً إلى إلغاء الخصوصية و تنقيح المناط، و هو محل تأمل و كلام.

المقام الخامس: في اختصاص جواز الحكم على الغائب بحقوق الناس و عدمه، و قد تعرّض له الماتن (قدّس سرّه) في المسألة الآتية.

(١) كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٢ / ٦٩٨.

(٢) في ص ١٩٦ - ٢٠٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٠٩

[مسألة ٦: الظاهر اختصاص جواز الحكم على الغائب بحقوق الناس]

مسألة ٦: الظاهر اختصاص جواز الحكم على الغائب بحقوق الناس، فلا يجوز الحكم عليه في حقوق الله تعالى مثل الزنا، و لو كان في جناية حقوق الناس و حقوق الله كما في السرقة، فإن فيها القطع و هو من حقوق الله و أخذ المال و رده إلى صاحبه و هو من حقوق الناس، جاز الحكم في حقوق الناس دون حقوق الله، فلو أقام المدعى البيّنة حكم الحاكم، و يؤخذ المال على ما تقدّم (١).

(١) الدليل على الاختصاص المذكور في المتن، مضافاً إلى أن الظاهر أنه لا خلاف فيه قاعدة «درء الحدود بالشبهات» و بناؤها على التخفيف، كما يدلّ عليه مرسله الصدوق المعبّرة عن رسول الله (صلى الله عليه و آله) «١». نعم لو كانت الجناية المدّعاة ممّا اشترك فيه حقّ الناس و حقّ الله كما في السرقة، حيث إنّ فيها القطع و هو من حقوق الله و أخذ المال و رده إلى صاحبه و هو من حقوق الناس، فإنه لا إشكال في جواز الحكم في حقوق الناس، و يترتب عليه أخذ المال من السارق و رده إلى المسروق منه، و أمّا بالإضافة إلى القطع، فقد تردّد فيه المحقّق في الشرائع «٢»؛ نظراً إلى أنّهما معلولان لعلّة واحدة، و لا وجه لتبعض مقتضاها، و لكن هذه الأمور بالنسبة إلى العلل التكوينية، فإنه إذا كان هناك معلولان لعلّة واحدة لا يمكن التفكيك و التبعض. و أمّا في الأمور الشرعية الاعتبارية فلا مانع من التبعض أصلاً بعد قيام الدليل الشرعي عليه.

(١) الفقيه: ٤ / ٥٣ ح ٩٠، و عنه وسائل الشيعة ٢٨: ٤٧، كتاب الحدود، أبواب مقدّمات الحدود ب ٢٤ ح ٤.

و تأتي في ص ١٧٤ و ٢٧٢.

(٢) شرايع الإسلام: ٨٦ / ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١١٠

[مسألة ٧: لو تمت الدعوى من المدعى]

مسألة ٧: لو تمت الدعوى من المدعى، فإن التمس من الحاكم إحضار المدعى عليه أحضره، ولا يجوز التأخير غير المتعارف. ومع عدم التماسه وعدم قرينه على إرادته فالظاهر توقّفها إلى أن يطلبه (١).

(١) لو تمت الدعوى من المدعى، وكانت جامعة لشروط السماع، فإن التمس أو كانت هناك قرينه على إرادته إحضار المدعى عليه، يجب على الحاكم إحضاره للحكم ورفع النزاع؛ لئلا يلزم التضّرر بالتأخير الزائد، ولكن لا بدّ من تقييد إطلاق هذا الكلام بما إذا لم يكن في إحضار المدعى عليه وهن و تنقيص من جهة الموقعية والحيثية، وإلا فاللزام ملاحظة أن دعواه هل تكون بحيث كان الحكم بنفعه أم لا فتأمل.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١١١

[فصل في جواب المدعى عليه]**إشارة**

فصل في جواب المدعى عليه المدعى عليه إما أن يسكت عن الجواب أو يقرّ أو ينكر أو يقول: «لا أدري» أو يقول: «أذيت»، ونحو ذلك ممّا هو تكذيب للمدعى (١).

[القول في الجواب بالإقرار]**إشارة**

القول في الجواب بالإقرار

[مسألة ١: إذا أقر المدعى عليه بالحقّ عيناً أو ديناً]

مسألة ١: إذا أقرّ المدعى عليه بالحقّ عيناً أو ديناً، وكان جامعاً لشرائط الإقرار وحكم الحاكم ألزمه به، وانفصلت الخصومة، ويترتب عليه لوازم الحكم كعدم جواز نقضه، وعدم جواز رفعه إلى حاكم آخر، وعدم جواز سماع الحاكم دعواه وغير ذلك.

(١) في كون السكوت جواباً مسامحةً واضحةً بعد كونه سكوتاً عن الجواب، والمراد معاملة المدعى عليه في قبال ادعاء المدعى، كما أنّ المفعول في مثل قوله: أذيت هو الحقّ عيناً أو ديناً، فيشمل كلتا صورتين.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١١٢

ولو أقرّ ولم يحكم فهو مأخوذ بإقراره، فلا يجوز لأحد التصرّف فيما عنده إذا أقرّ به إلاّ بإذن المقرّ له، و جاز لغيره إلزامه، بل وجب من باب الأمر بالمعروف. وكذا الحال لو قامت البيّنة على حقّه من جواز ترتيب الأثر على البيّنة، وعدم جواز التصرّف إلاّ بإذن من

قامت عليّ حقّه، نعم في جواز إلزامه أو وجوبه مع قيام البيّنة من باب الأمر بالمعروف وإشكال؛ لاحتمال أن لا يكون الحقّ عنده ثابتاً، و لم تكن البيّنة عنده عادلة، و معه لا يجوز أمره و نهيّه، بخلاف الثبوت بالإقرار (١).

(١) إذا أقرّ المدّعى عليه بالحقّ الذي ادّعه المدّعى عيناً أو ديناً، و كان جامعاً لشرائط الإقرار المذكورة في كتاب الإقرار «١»، و في قاعدة إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، التي هي من القواعد الفقهيّة المبسوط عنها في محلّها «٢»، فتارةً يحكم الحاكم على طبقه و أخرى لا يحكم.

ففي صورة الحكم عليّ طبق الإقرار بناءً على القول بعدم اختصاص الحكم الذي هو إنشاء من القاضي لرفع التنازع و فصل الخصومة، كما سيأتي «٣» بغير صورة الإقرار بناءً على اختصاصه بصورة وجود المخاصمة، و مع الإقرار بدعوى المدّعى لا مخاصمة، كما عرفت «٤» في الحكم على الغائب يُلزم الحاكم المقرّ بما أقرّ به و انفصلت الخصومة، و يترتب عليه لوازم الحكم كعدم جواز نقضه، و عدم جواز رفعه إلى حاكم آخر، و عدم جواز سماع حاكم آخر دعواه على تقدير الرفع، و غير

(١) تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب الإقرار: ٤٤٧-٤٤٦.

(٢) القواعد الفقهيّة للمؤلّف دام ظلّه: ١/٦٥-٨٣.

(٣) في ص ١١٩.

(٤) في ص ١٠٧-١٠٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١١٣

.....

ذلك من لوازم الحكم.

و كيف كان لا- فرق في صورة الحكم بين ما لو كان المنشأ هو البيّنة أو الإقرار أو غيرهما، فإذا تحقّق إنشاء الحكم يترتب عليه جميع آثاره.

و في صورة عدم الحكم فقد ذكر الماتن (قدّس سرّه) أنّه لا فرق بين الإقرار و البيّنة من جهته، و فرق بينهما من جهة أخرى. أمّا الجهة الأولى: فهي أنّ المقرّ مأخوذ بإقراره، فلا يجوز لأحد بعد الإقرار التصرّف في مال المقرّ، الذي أقرّ له به إلّا مع إذنه و إجازته؛ لأنّه تصرّف في مال الغير بغير إذنه، و هو لا يكون جائزاً، كما أنّه مع قيام البيّنة يكون الحال هكذا، فلا يجوز لأحد التصرّف في المال الذي قامت البيّنة على كونه للمدّعى بدون إذنه، و إن لم يتحقّق حكم الحاكم أصلاً.

و أمّا الجهة الثانية: فهي أنّه يجوز بل يجب في صورة الإقرار منع الغير عن التصرّف بدون الإذن؛ لأنّه من مصاديق النهي عن المنكر. و أمّا في صورة البيّنة، فقد استشكل في الجواز أو الوجوب في المتن، نظراً إلى أنّه يمكن أن لا يكون الحقّ ثابتاً عنده، أو لم تكن البيّنة عنده عادلة معتبرة، و حكى عن المسالك في مقام الفرق بين البيّنة و الإقرار: أنّ البيّنة منوطه باجتهاد الحاكم في قبولها و ردّها و هو غير معلوم بخلاف الإقرار «١».

و أورد عليه السيّد الطباطبائي بأنّه لا فرق بينهما لا من جهة فصل الخصومة و صحّة حكم الحاكم عليّ طبق أحدهما، و لا من جهة ثبوت الحقّ و عدمه، و جواز المطالبة و الإلزام و عدمه بناءً على عموم حجّية البيّنة.

(١) مسالك الأفهام: ١٣/٤٤٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١١٤

.....

نعم على القول الآخر وهو عدم حجية البيئنة إلما للحاكم يكون الفرق بينهما ثابتاً، ضرورة أنه علي هذا القول لا يثبت الحق إلما بعد حكمه يعني إذا كان منشؤه البيئنة، ثم قال ما ملخصه: أنه يمكن الفرق على القول بالعموم أيضاً، نظراً إلى أن تحقق الإقرار لا يحتاج إلى مئونة واجتهاد غالباً، فإن حجيته معلومة، والشرح لا يكون له تأسيس في ذلك، ودلالة الألفاظ على الإقرار واضحة غالباً بخلاف البيئنة في كلتا الجهتين، ويمكن أن يكون نظر صاحب المسالك في الفرق إلى الغالب «١».

أقول: الظاهر أن النزاع في عمومية حجية البيئنة وعدمها، فيما إذا لم تكن البيئنة قائمة على أمر يتعلق بعموم المكلفين، كما إذا قامت البيئنة على نجاسة مائع خارجي مخصوص، فإنه لا شبهة في حجيتها بالإضافة إلى عموم من قامت عنده ولا اختصاص لها بما إذا كان في حضور الحاكم، مثاله: ما إذا كانت البيئنة قائمة على أن الدار مثلاً التي في يد عمرو المدعى عليه لزيد المدعى، فإنه في مثله وقع الكلام في حجيته المطلقة وعدمها؛ لأن البيئنة حينئذ لا ترتبط بالعموم؛ لأن أمر الدار مردد بين أن يكون لزيد أو عمرو، ولا ارتباط له بشخص ثالث، والتحقيق في محله «٢».

وكيف كان فمع كون المفروض قيام البيئنة وحضور الحاكم في المقام لا يكون فرق بين الإقرار والبيئنة، كما أفاده السيد (قدس سره).

(١) ملحقات العروة الوثقى: ٣/ ٤٨ - ٤٩.

(٢) القواعد الفقهية، للمؤلف دام ظلّه: ١/ ٤٩٣ - ٤٩٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١١٥

[مسألة ٢: بعد إقرار المدعى عليه ليس للحاكم على الظاهر الحكم إلما بعد طلب المدعى]

مسألة ٢: بعد إقرار المدعى عليه ليس للحاكم على الظاهر الحكم إلما بعد طلب المدعى، فإذا طلب منه يجب عليه الحكم فيما يتوقف استيفاء حقه عليه على الأقوى، ومع عدم التوقف على الأحوط بل لا يخلو من وجه، وإذا لم يطلب منه الحكم أو طلب عدمه فحكم الحاكم، ففي فصل الخصومة به تردد (١).

(١) في مفروض المسألة أربع صور:

الاولى: ما إذا طلب المدعى بعد إقرار المدعى عليه من الحاكم الحكم، ويكون استيفاء حقه منه متوقفاً عليه، وبدونه لا يصل إلى حقه الثابت بالإقرار كما هو المفروض، وفي هذه الصورة يجب على الحاكم الحكم؛ لأن يصل إلى حقه كما هي حكمه جعل القضاء، الذي هو على خلاف الأصل.

الثانية: الصورة المفروضة مع عدم كون استيفاء حقه من المدعى عليه متوقفاً على حكم الحاكم، وقد احتاط في المتن وجوباً بالحكم، بل نفى خلوه عن وجه، والوجه فيه: أنه وإن كان أصل الحق ثابتاً بالإقرار، والاستيفاء غير متوقف على الحكم، إلما أنه حيث كان المدعى مطالباً له، وفصل الخصومة الذي تترتب عليه الأحكام المذكورة المتقدمة لا يحصل إلما به، يجب عليه ذلك، خصوصاً فيما إذا احتل المدعى رجوع المدعى عليه عن إقراره، والرجوع إلى حاكم آخر، وربما تكون نتيجة الحكم عائدة إلى المدعى عليه، ففي هذه الصورة أيضاً يجب الحكم على الحاكم.

الثالثة والرابعة: صورتنا عدم الطلب أو طلب العدم، وفي هاتين الصورتين هل يجب على الحاكم الحكم؟ وهل يتحقق فصل الخصومة؟

فقد تردّد فيه الماتن (قدّس سرّه)، و منشؤه ما حكى عن الشيخ في المبسوط من أنّه لا يجوز؛

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١١٦

.....

لأنّه حقّ له، فلا يستوفى إلّا بمسألته «١»، و قد نسبه المحقّق في الشرائع إلى القول «٢» مشعراً بتمريضه.

و يرد عليه أنّه لم يعلم المراد بمرجع الضمير في قوله: «لأنّه حقّ له»، فإنّه إن كان المراد أنّ الحكم حقّ له فلا يستوفى إلّا بمسألته. فيرد عليه أن هذا أوّل الكلام. و التعليل بما هو مصادرة غير جائز، فإنّه لم يعلم كون الحكم حقّاً له و متوقفاً على إذنه، و إن كان المراد أنّ المدعى به حقّ له، ففيه: أنّه و إن كان كذلك في صورة الإقرار بمقتضى قاعدته، إلّا أنّ الظاهر عموميّة البحث، و التوقّف على الإذن في غير صورة الإقرار أيضاً، و فيه لا يكون المدعى محقّاً دائماً، فإنّ الحكم قد يكون بنفعه و قد يكون بنفع المدعى عليه.

و التحقيق عدم التوقّف مطلقاً، خصوصاً مع ملاحظة أنّ المدعى إذا رأى أنّ طريقة المحاكمة منتهية إلى ضرره، لا يطلب من الحاكم الحكم قاعداً. فالإنصاف أنّ المتخاصمين بعد ترافعهما إلى الحاكم بالاختيار و الإرادة و الرغبة و الرضا تكون سائر المسائل مرتبطة بالحكم، كالسؤال من المدعى عليه و كالحكم، و يكون المقام من قبيل موارد التخيير البدوي، الذي ليس الاختيار محفوظاً بعد اختيار أحد الطرفين أو الأطراف، كما لا يخفى.

نعم بعد الورود و الترافع و الحضور إذا رفعاً يداً معاً أو خصوص المدعى عن الدعوى لا يبقى مجال للحكم أصلاً.

تنبيه مهم: و هو أنّ جعل الجواب بالإقرار أحد أقسام الجواب، و الحكم على

(١) المبسوط: ١٥٧/٨ ١٥٨.

(٢) شرائع الإسلام: ٨٣/٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١١٧

.....

طبقه على المقرّ للمقرّ له أي المدعى ليس على ما ينبغي؛ لأنّ المستند في ذلك على ما عرفت هو قاعدة «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»، و هذه القاعدة إنّما يكون أثرها بالمقدار الذي يكون بضرر المقرّ، و أمّا من الحيثية الراجعة إلى نفع المقرّ له فلا دلالة للقاعدة عليه.

و بالجملة: إقرار المقرّ بنفع المدعى له حيثتان:

حيثية سلبية راجعة إلى عدم كون المقرّ به للمقرّ، و هي مدلول الإقرار بالالتزام.

و حيثية إيجابية راجعة إلى كونه للمقرّ له و هو المدلول المطابقي، و قاعدة الإقرار إنّما تكون جائزة من الحيثية الأولى لا من حيثيتين، و يؤيّده أنّ المقرّ ربّما لا يكون عادلاً، و على تقديره لا يكون أزيد من واحد حتّى يتحقّق عنوان البيّنة المتقوم بالعدالة و التعدّد، و يؤيّده أيضاً أنّه ربّما يكون في الواقع التبانى بين المقرّ و المقرّ له مع عدم كون المستحقّ واحداً منهما، كما إذا أقرّ مستأجر الدار مثلاً بملكيّة زيد لها مع كون المالك هو عمراً، و عليه فكيف يتحقّق فصل الخصومة من الحاكم بنفع المقرّ له بمجرد إقرار المقرّ المدعى عليه و ما يكون مستنده في ذلك؟

وقد أشار إلى ما ذكرنا المحقق العراقي (قدس سرّه) في رسالته في القضاء، حيث قال في العين في مقابل الدين:- أيضاً يحكم بملكيتها للمقرّ له، لكن لا من جهة إقراره، حيث إنّه لا يكون نافذاً إلّا في نفى ملكيّة المال عن نفسه، بل إنّما هو بملاك اقتضاء اليد نفى ملكيته لغير المقرّ له أيضاً؛ ولذا يصير المقرّ له في دعوى غيره عليه بمنزلة ذى اليد، فيقدّم قوله بيمينه، و لكن في كون أمثال هذا مناطاً للفصل إشكال، بل ما هو مناط الفصل هو إقراره بما اقتضت حجّيته، و هو نفى ملكيته عن نفسه لا ملكيته لغيره.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١١٨

.....

و من هذه الجهة نقول: إنّ حكم الحاكم في مثل هذه الصورة لا يقتضى إلّا فصل الخصومة بينهما بحيث لا تسمع الدعوى من المقرّ، و لا- يقتضى عدم سماعه من مدّع آخر، و ذلك أقوى شاهد على أنّ محطّ حكم الحاكم في مقام الفصل ليس هو الملكيّة للمقرّ له، كيف و لازمه حرمة ردّه بالنسبة إلى كلّ أحد، و لازمه عدم سماع الدعوى حتّى من غير المقرّ، و عدم اختصاص الفصل المترع عن حرمة الردّ بالمقرّ وحده، و هو كما ترى لم يلتزم به أحد «١». انتهى موضع الحاجة.

أقول: الظاهر أنّ جواز أخذ المقرّ به للمقرّ له إنّما هو في صورة كونه عالمًا جازمًا بأنّ المال له، و أمّا في صورة عدم العلم و الجزم فيشكل الجواز بالإضافة إليه أيضاً؛ لأنّ قاعدة الإقرار لا تدلّ على ذلك، و شهادة الواحد و لو كان عادلاً غير مؤثّرة، فلا يجوز له الأخذ بمجرد الإقرار، بل يكون أمانه عند الحاكم حتّى يظهر صاحبها، كما لا يخفى.

(١) كتاب القضاء للمحقق العراقي: ٧٣-٧٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١١٩

[مسألة ٣: الحكم بإنشاء ثبوت شيء أو ثبوت شيء على ذمّة شخص أو الإلزام بشيء و نحو ذلك]

مسألة ٣: الحكم بإنشاء ثبوت شيء أو ثبوت شيء على ذمّة شخص أو الإلزام بشيء و نحو ذلك، و لا يعتبر فيه لفظ خاصّ، بل اللّازم الإنشاء بكلّ ما دلّ على المقصود، كأن يقول: قضيت أو حكمت أو ألزمت، أو عليك دين فلان، أو هذا الشيء لفلان، و أمثال ذلك من كلّ لغة كان، إذا أريد الإنشاء و دلّ اللفظ بظاهره عليه و لو مع القرينة (١).

(١) لا- ينبغى الارتباب في أنّ الحكم من مقولة الإنشاء، سواء قلنا: بأنّ القضاء عبارة عن خصوص رفع التنازع و التخاصم كما عليه الماتن (قدس سرّه) تبعاً للمشهور «١»، أو بأنّ معناه يشمل مثل الحكم بالهلال كما عرفت من الدروس «٢». و الإنشاء في مقابل الإخبار عبارة عن إيجاد ما لا يكون موجوداً لا بالوجود الحقيقي الخارجى أو الذهني، بل بالوجود المناسب له كإيجاد البيع أو النكاح أو فصل الخصومة، و إن كان كلّ ذلك أمراً اعتبارياً لا واقعيّة له غير الاعتبار، بخلاف الأخبار الّذى معناه الحكاية عن الأمر المتحقّق الماضى، أو عن الأمر الّذى سيوجد في المستقبل بعلة؛ فقله: «بعت دارى» إن كان المقصود به الإنشاء، يكون المراد به إيجاد البيع بهذا اللفظ، و إذا كان المقصود به الإخبار، يكون المراد الحكاية عن البيع المتحقّق في الزّمان الماضى. و يظهر من المتن أنّه يُعتبر في المقام أمران:

أحدهما: أن يكون واقعاً باللفظ، غاية الأمر أنّه لا يعتبر فيه لفظ خاصّ، بل اللّازم الإنشاء بكلّ ما دلّ على المقصود من كلّ لغة كان، و يرد عليه بعد ملاحظة جريان المعاطاة في مثل البيع، و إن كان جريانها في

(١) في ص ٩-١١.

(٢) في ص ٩-١١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٢٠

.....

النكاح محلّ إشكال بل منع أنّه لم لا تجرى المعاطاة في الحكم، مثل أن يأخذ الحاكم المال المدعى به من المدعى عليه، و يدفعه إلى المدعى الذي أقام بينة على طبق ادّعائه، أو يفطر صومه في اليوم المشكوك مع ظهور كون إفطاره لأجل ثبوت الهلال عنده، اللهم إلّا أن يكون هنا إجماع على خلافه، أو يقال: بقلّة الموارد المذكورة، مع أنّه في مثل الدين لا تجرى المعاطاة بوجه فتدبر. ثانيهما: كون اللفظ ظاهراً في معناه، و لو لم يكن على سبيل الحقيقة مثل رأيت أسداً يرمى الظاهر في الرجل الشجاع بمعونه القريبة، و إن كان الاستعمال مجازياً، ضرورة أنّ أصالة الظهور أعمّ من أصالة الحقيقة لو كانت، كما لا يخفى.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٢١

[مسألة ٤: لو التمس المدعى أن يكتب له صورة الحكم أو إقرار المقر]

مسألة ٤: لو التمس المدعى أن يكتب له صورة الحكم أو إقرار المقر، فالظاهر عدم وجوبه، إلّا إذا توقّف عليه استنفاذ حقه، و حينئذ هل يجوز له مطالبه الأجر أم لا؟ الأحوط ذلك و إن لا يبعد الجواز، كما لا إشكال في جواز مطالبه قيمة القرطاس و المداد، و أمّا مع عدم التوقّف فلا شبهة في شيء منها. ثمّ إنّ لم يكتب حتّى يعلم اسم المحكوم عليه و نسبه على وجه يخرج عن الاشتراك و الإبهام، و لو لم يعلم لم يكتب إلّا مع قيام شهادة عدلين بذلك، و يكتب مع المشخصات النافية للإبهام و التدليس، و لو لم يحتج إلى ذكر النسب و كفى ذكر مشخصاته اكتفى به (١).

(١) هل كتابة الحكم مع ثبوت وجوبه واجبة أم لا؟ نسب الأول إلى الأشهر «١»، و لكنّ الظاهر عدم وجوبها إلّا إذا توقّف عليها استنفاذ حقه، الذي تكون هي الحكمة في إيجابه على القاضى كفاية أو عيناً، كما تقدّم «٢»، و لا إشكال في جواز مطالبه قيمة القرطاس و المداد في هذه الصورة، و أمّا بالإضافة إلى أصل كتابة الحكم ففيه إشكال، و إن نفى البعد عن الجواز في المتن؛ نظراً إلى عدم وجوب الكتابة في هذه الصورة أيضاً، و على تقديره فلا دليل على عدم جواز أخذ الأجرة على الكتابة، و حرمة أخذ الأجرة على أصل الحكم لا تلازم الحرمة على الكتابة.

و عن المستند للنراقى حرمة أخذ الأجرة و القيمة على القرطاس و المداد؛ نظراً إلى أنّهما من مقدّمة الواجب و مقدّمة الواجب واجبة و الواجب لا يجوز أخذ

(١) مسالك الأفهام: ١٣/٤١٦.

(٢) في ص ١٨-٢٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٢٢

.....

الأجرة عليه «١».

و يرد عليه منع الصغرى والكبرى معاً، فإنَّ مقدّمة الواجب لا تكون واجبة بالوجوب الشرعى، وإن كان غيرياً كما حقّقناه فى الأصول «٢»، و لم يرد دليل على حرمة أخذ الأجرة على الواجب بنحو الكلّى، كما حقّقناه فى كتابنا فى القواعد الفقهيّة «٣»، و قد أورد عليه السيد فى الملحقات بأنّ الكتابة نظير تكفين الميت حيث إنّه واجب بشرط وجود الكفن، و لا يلزم دفع الكفن على من وجب عليه التكفين «٤».

ثمّ اللّازم فى الكتابة ذكر اسم المحكوم عليه و نسبه على وجه يخرج عن الاشتراك و الإبهام، و لو مع قيام البيّنة بذلك فى صورة عدم العلم، و يكفى ذكر المشخصات النافية للإبهام و التدليس المعبر عنها فى كلام الشرائع و غيرها بالحليّة «٥»؛ لعدم الدليل على خصوص الاسم و النسب، كما لا يخفى.

(١) مستند الشيعة: ٢ / ٥٤٦ (ط ق).

(٢) سبرى كامل در اصول فقه: ٤ / ٤٣٣ و ما بعدها.

(٣) القواعد الفقهيّة: ١ / ٥٣١ ٥٥٢.

(٤) ملحقات العروة الوثقى: ٣ / ٥٠ مسألة ٤.

(٥) المبسوط: ٨ / ١١٥، شرائع الإسلام: ٤ / ٨٣، مسالك الافهام: ١٣ / ٤٤٤، مختلف الشيعة: ٨ / ٤٤٢ مسألة ٤٣.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٢٣

[مسألة ٥: لو كان المقرّ واجداً الزم بالتأديّة]

مسألة ٥: لو كان المقرّ واجداً الزم بالتأديّة، و لو امتنع أجبره الحاكم، و إن ماطل و أصرّ على المماطلة جازت عقوبته بالتغليظ بالقول حسب مراتب الأمر بالمعروف، بل مثل ذلك جائز لسائر الناس، و لو ماطل حبسه الحاكم حتّى يؤدّى ما عليه، و له أن يبيع ماله إن لم يمكن إلزامه ببيعه، و لو كان المقرّ به عيناً يأخذها الحاكم، بل و غيره من باب الأمر بالمعروف، و لو كان ديناً أخذ الحاكم مثله فى المثليات و قيمته فى القيميات بعد مراعاة مستثنيات الدين، و لا فرق بين الرجل و المرأة فيما ذكر (١).

(١) يقع الكلام فى هذه المسألة فى مقامات:

المقام الأول: قد عرفت أنّ المقرّ به إن كان عيناً فى يد المقرّ أى المدعى عليه فع عدم علم الحاكم بكونها للمدعى لا يترتب على إقرار المحكوم عليه إلّا مجرد جهة سلبية، و إن كانت مدلولاً التزامياً لإقرار المقرّ، و لا يترتب عليه جواز الحكم بكونها للمدعى؛ لعدم صلاحية مجرد الإقرار لإثبات ذلك، و إن كان ديناً لا يكون كذلك؛ فإنّ الإقرار باشتغال ذمته لدين للمقرّ له لا يكون قابلاً للتفكيك كما فى العين، بل لازم الإقرار جواز الحكم بالاشتغال، الذى هو عبارة أخرى عن ثبوت الدين، و لأجله يجوز للحاكم الإجمار و الحبس و بيع ماله لأجله و غير ذلك.

المقام الثانى: يجوز للمحكوم به إلزام المحكوم عليه بتأديّة الدين الذى أقرّ به له، إذا كان واجداً قادراً على أداء الدين بعد مراعاة مستثنيات الدين، و إن ماطل و أصرّ على المماطلة جازت عقوبته بالتغليظ بالقول، بمثل يا ظالم يا فاسق و أمثال ذلك، الأهون فالأهون حسب مراتب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و لأجل انطباق هذا العنوان يجوز لسائر الناس غير الحاكم و غير المحكوم عليه أيضاً، مضافاً إلى رواية محمد بن جعفر، عن أبيه، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: قال

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٢٤

رسول الله (صلى الله عليه وآله): لئى الواجد بالدين يحلّ عرضه و عقوبته «١».

و الظاهر أنّ مماطله الواجد تحلّ عرضه و عقوبته للدائن مطلقاً، سواء كانت هناك مخاصمة منتهية إلى الحكم بنفعه أم لا، فما عن النراقى فى المستند من إجمال الرواية «٢» - لأنه لا دلالة لها على من يحلّ عقوبته و عرضه، و القدر المتيقن حلية العقوبة و العرض بالإضافة إلى الحاكم، و أمّا بالنسبة إلى غيره فلا حتى بالإضافة إلى المحكوم له واضح الضعف و خلاف ظاهر الرواية.

المقام الثالث: فى أنه لو ماطل يجوز للحاكم حبسه حتى يؤدى ما عليه. و الدليل على جواز الحبس الروايات الكثيرة الدالة عليه، مثل: معتبرة غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه: أن علياً (عليه السلام) كان يحبس فى الدين، فإذا تبين له حاجة و إفلاس، حلّى سبيله حتى يستفيد مالاً «٣».

و معتبرة السكونى، عن جعفر، عن أبيه: أن علياً (عليه السلام) كان يحبس فى الدين، ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء، و إن لم يكن له مال رفعه إلى الغرماء، فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، فإن شئتم أجروه، و إن شئتم فاستعملوه «٤». و غير ذلك من الروايات الواردة فى هذا المجال.

و هل يختص الجواز أى جواز الحبس بالحاكم كما هو الظاهر من المتن

(١) أمالى الطوسى: ٥٢٠ ح ١١٤٦، و عنه وسائل الشيعة: ٣٣٣ / ١٨، كتاب التجارة، أبواب الدين و القرض ب ٨ ح ٤.

(٢) مستند الشيعة: ١٧٦ / ١٧ - ١٧٨.

(٣) تهذيب الأحكام: ١٩٦ / ٦ ح ٤٣٣ و ص ٢٩٩ ح ٨٣٤، الاستبصار: ٣ / ٤٧ ح ١٥٦، الفقيه: ٣ / ١٩ ح ٤٣، و عنها وسائل الشيعة: ١٨ / ٤١٨، كتاب الحجر ب ٧ ح ١.

(٤) التهذيب: ٣٠٠ / ٦ ح ٨٣٨، الاستبصار: ٣ / ٤٧ ح ١٥٥، و عنهما وسائل الشيعة: ١٨ / ٤١٨، كتاب الحجر ب ٧ ح ٣.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٢٥

.....

و المحكى عن مستند النراقى «١»، نظراً إلى أن علياً (عليه السلام) كان يعمل ذلك و التوسعة تقتضى الجواز بالإضافة إلى الحاكم، و لا دليل على الجواز بالإضافة إلى غيره، و لو كان هو المحكوم له الدائن، و لكن يمكن أن يقال: إن الناقل لفعل عليّ (عليه السلام) هو الإمام، و الظاهر أن غرضه من الحكاية و النقل بيان الحكم الشرعى لا نقل القصة فقط. فجواز الحبس يمكن استفادته منه بالإضافة إلى غير الإمام و غير الحاكم، و لكن الأحوط الاقتصار عليه، خصوصاً مع أن التجوز بالنسبة إلى غيره لعله يوجب الهرج و المرج كما لا يخفى، و لكن لا بد من تقييد الجواز بصورة التماس المحكوم له من الحاكم الحبس، و لا يجوز للحاكم الإقدام عليه مع عدم الالتماس فضلاً عن صورة التماس العدم؛ لأن الدين لا يزيد عن السيرة التى يكون القطع فيها منوطاً بالتماس المسروق منه، كما لا يخفى.

المقام الرابع: أنه يستفاد من المتن أنه فى صورة المماطلة يكون الحاكم مخيراً بين الحبس حتى يؤدى ما عليه، و بين أن يبيع من ماله إن لم يمكن إلزامه ببيعه، و السرّ فى التخيير أنه لا دليل على تقدّم أحد الأمرين على الآخر و تأخره، و لزوم مراعاة الترتيب بين الأمرين، و لعلّ الثانى أعنى البيع من ماله مع عدم إمكان إلزامه ببيعه يكون أقرب إلى وصول حقّ الدائن إليه، إذ ترتب أداء ما عليه على الحبس ربّما لا يتفق أحياناً، بخلاف البيع من ماله.

المقام الخامس: أنه إذا تبين فى الحبس أن له حاجة و إفلاس، و ليس له بالفعل ما يصرفه فى أداء دينه، فمقتضى رواية غياث المتقدمه

أنه (عليه السلام) كان يخلى سبيله حتى يستفيد مالا يقدر به على أداء الدين، ومقتضى رواية السكوني المتقدمة أنه كان

(١) مستند الشيعة: ١٧ / ١٧٦ - ١٧٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٢٦

.....

يدفعه أى شخصه إلى الغرماء، ويقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، فإن شئتم أجروه، وإن شئتم استعملوه.

وقد ذكر المحقق فى الشرائع: و فى تسليمه إلى غرمائه ليستعملوه أو يؤاجروه، روايتان أشهرهما الانظار حتى يوسر «١». و ذكر صاحب الجواهر: أن المراد أشهرهما عملاً، وأصحهما سنداً، وأكثرهما عدداً، وأوفقهما بالأصل والكتاب، كما أنه ذكر أن الفتوى برواية السكوني قد وقعت من الشيخ (قدس سرّه) فى كتاب النهاية «٢»، و حكى عنه أنه رجع عن العمل بها إلى ما عليه الأصحاب «٣»، بل ذكر أن كتاب النهاية ليس معداً للفتوى بل هو متون أخبار، و بذلك يظهر شذوذ الرواية المزبورة «٤». أقول: كتاب النهاية معد للفتوى غاية الأمر أن الفتوى كانت فى تلك الأزمنة بذكر الروايات خالية عن الأسانيد، و لأجله قد عدل عن هذه الطريقة الشيخ فى كتاب المبسوط على ما يظهر من مقدمته «٥»، و إلا فكتاب النهاية ليس من الجوامع الروائية ككتابى الشيخ من الكتب الأربعة للشيعة.

نعم قد فصل فى المسألة ابن حمزة صاحب كتاب الوسيلة بين ما إذا لم يكن ذا حرفة فيخلى سبيله، و بين ما إذا كان ذا حرفة، فيدفعه إلى الغريم ليستعمله «٦».

و نفى عنه البعد فى محكى المختلف معللاً بأنه متمكن من أداء ما وجب عليه، و هو إيفاء صاحب الدين حقه، فيجب عليه.

(١) شرائع الإسلام: ٨٤ / ٤.

(٢) النهاية: ٣٣٩ و ٣٥٢ - ٣٥٣.

(٣) أى فى الخلاف: ٣ / ٢٧٢ مسألة ١٥ و ص ٢٧٦ مسألة ٢٤.

(٤) جواهر الكلام: ١٦٥ / ٤٠.

(٥) المبسوط: ٣٢ / ١.

(٦) الوسيلة: ٢١٢.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٢٧

.....

أما الكبرى فظاهرة، و أما الصغرى فلأنّ الفرض أنه متمكن من الكسب و التحصيل، و كما يجب السعى فى المثونة كذا يجب فى أداء الدين، قال: و منع إعساره؛ لأنه متمكن، و لا فرق بين القدرة على المال و القدرة على تحصيله؛ و لهذا منعنا القادر على التكسب بالصنعة و الحرفة من أخذ الزكاة باعتبار إلحاقه بالغنى القادر على المال، إلى أن قال: و الآية يعنى آية الإنظار متأولة بالعاجز عن التكسب و التحصيل، و كذا ما ورد من الأخبار «١». و أورد عليه فى الجواهر: بأن ذلك لا يفيد إلا وجوب التكسب عليه، و هو غير دفعه إليهم، و جعلهم أولياء إن شاءوا استعملوه، و إن شاءوا أجروه «٢».

أقول: أصل وجوب التكسب عليه محل كلام، فإنّ قوله تعالى:

وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَهُ فَظُرَّةٌ إِلَى مَيْسَرِهِ ﴿٣﴾ ظاهر في أن الوجوب عليه إنما هو بعد تحقق اليسار، كما أن وجوب الحجّ مشروط بالاستطاعة، ولكن لا يلزم تحصيلها بوجه، وإن علم بأن في التجارة الكذائية تحصل الاستطاعة. والتنظير بباب الزكاة في غير محلّه، فإنّ الملاك هناك الفقير والمسكين، ولا يكاد ينطبق شيء منهما على من له قدرة الفعل والعمل، وإن لم يكن غنياً بالفعل، والملاك هنا الإعسار واليسار، والعسر متحقق بأن لا يكون له بالفعل مال يقدر به على أداء دينه، وإن كان قادراً على الفعل والعمل؛ ولذا ذكر أن الآية مقيدة بالعاجز عن التكسب والتحصيل، وهو يدلّ على أن القادر عليه أيضاً ينطبق عليه عنوان الإعسار، لكن يرد عليه: أنه ما الدليل على هذا التقييد في الآية و الاخبار؟

(١) مختلف الشيعة: ٤٧١-٤٧٢ مسألة ٧٢.

(٢) جواهر الكلام: ١٦٦/٤٠.

(٣) سورة البقرة ٢: ٢٨٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٢٨

.....

و إذا كان الأمر دائراً بين أن يكون وجوب أداء الدين وجوباً مطلقاً، يجب تحصيله و لو بمقدّماته، أو وجوباً مشروطاً باليسار الفعلي و التمكّن منه بالفعل، فلا يجب تحصيل الشرط كالاستطاعة المذكورة. فإنّه و إن كان يخطر بالبال صحّة التمسك بالإطلاق في مواضع الجواز، و هي وجود مقدّمات الحكمه، كما اختاره المحقق الخراساني على ما في الكفاية و بعض تلامذته «١»، إلّا أنّ الظاهر عدم إفادة هذا النحو من التمسك للمقام و نحوه، كالدوران بين العيني و الكفائي، أو بين التعيني و التخيري؛ لأنّ الإطلاق الذي يثبت في أمثال المقام هو الإطلاق المقسمي المرّد بين المطلق و المشروط، لا الإطلاق القسيمي في مقابل المشروط؛ لأنّه لا يمكن أن يكون المقسم عين بعض الأقسام من دون زيادة، كما حقّقناه في محلّه «٢».

و بعد عدم فائده في التمسك بالإطلاق تصل النوبة إلى الأصل العملي، و هو يقتضي عدم الوجوب في الزائد على القدر المتيقّن، و هي صورة وجود الشرط كما لا يخفى، و التحقيق الزائد في محلّه.

فانقدح أنّه كما لا يترتب على وجوب التكسب جواز دفع شخص المديون إلى غريمه أو الغرماء، كذلك لا دليل على أصل الوجوب عليه مع كونه ذا عسرة، بل لا بدّ من الإنظار إلى اليسار، فتدبر.

المقام السادس: أنّه لا فرق فيما ذكر من أحكام الدين بين أن يكون المديون رجلاً أو امرأة، و مجرد كونه امرأة لا يقتضي عدم جواز الحبس للحاكم عند المماطلة مع الوجدان، غاية الأمر أنّه لا بدّ من رعاية الأحكام المربوطة بالمرأة، كسائر الموارد التي يكون الحكم فيها حبس المرأة، كالمرتدة و غيرها.

(١) كفاية الأصول: ٢٨٨ ٢٨٩، فوائد الأصول: ٢/ ٥٧٤، نهاية الأفكار: ٢/ ٥٦٧.

(٢) سيري كامل در اصول فقه: ١٦-١٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٢٩

[مسألة ٦: لو ادعى المقرّ الإعسار و أنكره المدعى]

مسألة ٦: لو ادعى المقرّ الإعسار و أنكره المدعى، فإن كان مسبوقاً باليسار فادعى عروض الإعسار فالقول قول منكر العسر، و إن كان

مسبوفاً بالعسر فالقول قوله، فإن جهل الأمران ففي كونه من التداعى أو تقديم قول مدعى العسر تردّد، وإن لا يبعد تقديم قوله (١).

(١) لا شبهة في أن مقتضى الاستصحاب بقاء ما كان من العسر أو عدمه من اليسار، فإذا كان مسبوفاً بالعسر المعلوم فالقول قول مدعى العسر، وإن كان مسبوفاً باليسار كذلك فالقول قول منكر العسر؛ للاستصحاب في كلا الفرضين. إلّا أن المستفاد من المتن أن الملاك في تشخيص المدعى والمنكر هو الموافقة للأصل والمخالفة له، مع أنه قد تقدّم منه الخلاف في ذلك «١»، وأن التشخيص في ذلك راجع إلى العرف بعد عدم ثبوت حقيقته شرعيةً فيهما ولا مجاز أصلاً، وكون المحكم في أمثاله من الموارد هو العرف. مع أنه ليس في كلامه إشعار بأنّ تقديم قول الموافق للأصل إنّما هو لأجل كونه منكرًا، أو المنكر إنّما يقدم قوله أولاً مع عدم ثبوت البيّنة للمدعى، وثنياً يحتاج إلى الحلف على ما أنكر، كما يشهد به قوله (صلى الله عليه وآله): البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر «٢»، فلم لا يكون كلامه ناظراً إلى إمكان وجود البيّنة للمدعى، وإلى أن تقديم قول المنكر إنّما يكون مع حلفه؟ ثم إن نفي البعد عن تقديم قول مدعى العسر فيما لو جهل الأمران: الإعسار والإيسار ولأجله لا يجرى الأصل في بادئ النظر لعلّه لأجل أن الإعسار

(١) في ص ٨٣-٨٤.

(٢) تفسير القمى: ١٥٦/٢، وعنه وسائل الشيعة: ٢٧/٢٩٣، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٢٥ ح ٣ و يأتي الحديث بتمامه في ص ٢٨٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٣٠

[مسألة ٧: لو ثبت عسره]

مسألة ٧: لو ثبت عسره، فإن لم يكن له صنعة أو قوة على العمل فلا إشكال في إنظاره إلى يساره، وإن كان له نحو ذلك، فهل يسلمه الحاكم إلى غريمه، ليستعمله أو يؤاجره، أو أنظره و ألزمه بالكسب لتأديته ما عليه، ويجب عليه الكسب لذلك، أو أنظره و لم يلزمه بالكسب، و لم يجب عليه الكسب لذلك، بل لو حصل له مال يجب أداء ما عليه وجوه، لعل الأوجه أوسطها. نعم لو توقّف إلزامه بالكسب على تسليمه إلى غريمه يسلمه إليه ليستعمله (١).

و الإيسار وإن كانا أمرين وجوديين، إلّا أن الإعسار يرجع في الحقيقة إلى أمر عدمي، وهو عدم كونه واجداً. وفي دوران الأمر بين الوجودي الحادث و العدمي الموافق للأصل، يكون التقديم مع قول مدعى الثاني؛ لأجل كونه منكرًا كما لا يخفى.

(١) تقدّم البحث في هذه المسألة في المقام الخامس من شرح المسألة الخامسة فراجع.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٣١

[مسألة ٨: إذا شك في إعساره وإيساره، و طلب المدعى حبسه إلى أن يتبين الحال حبسه الحاكم]

مسألة ٨: إذا شك في إعساره وإيساره، و طلب المدعى حبسه إلى أن يتبين الحال حبسه الحاكم، و إذا تبين إعساره خلّى سبيله و عمل معه كما تقدّم، ولا فرق في ذلك و غيره بين الرجل و المرأة، فالمرأة المماثلة يعمل معها نحو الرجل المماثل، و يحبسها الحاكم كما يحبس الرجل إلى تبين الحال (١).

(١) في صورة الشك في الإعسار و عدمه، و طلب المدعى من الحاكم الحبس إلى أن يتبين الحال، فجواز حبس الحاكم كذلك. إمّا أن يكون مستنده رواية غياث بن إبراهيم المتقدمة الدالة على أن علياً (عليه السلام) كان يحبس في الدين، و إذا تبين له حاجة و إفلاس خلى سبيله، حيث إنها دالة على جواز الحبس في صورة عدم التبين حتى يتبين له الحاجة و الإفلاس أو عدمه. و إمّا أن يكون مستنده القاعدة المأخوذة من ظاهر الكتاب من قوله تعالى و إن كان ذو عسيرة فنظرة إلى ميسرة^١، نظراً إلى أن الشرط في وجوب الإنظار إلى الإعسار كونه ذا عسرة، و هذا العنوان يحتاج إلى الإحراز، فعند الشك لا يجوز للحاكم الإنظار. و إن قلنا: بأن وجوب أداء الدين مشروط بالإسار و الواجديّة، كاشتراط وجوب الحج بالاستطاعة، لكن تحصيل هذا الشرط و إن كان غير واجب على ما عرفت منّا، إلّا أن لزوم التحقيق عن حاله من حيث التحقق و عدمه على حاله، كما في الاستطاعة، فإنه و إن كان لا يلزم تحصيلها مع إمكانه، إلّا أن التحقيق عن وجودها و عدمها لازم، كالتحقيق عن أن مئونة الربح في السنة هل تكون أقل من الربح حيث يجب الخمس، أو لا تكون أقل حتى لا يجب؟ حيث إن التحقيق لازم كما لا يخفى. ثم إنه لا فرق في ذلك بين الرجل و المرأة، كما مرّ في شرح المسألة الخامسة؛ لعدم الدليل على الفرق أصلاً.

(١) سورة البقرة ٢: ٢٨٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٣٢

[مسألة ٩: لو كان المديون مريضاً يضره الحبس، أو كان أجيراً للغير قبل حكم الحبس عليه]

مسألة ٩: لو كان المديون مريضاً يضره الحبس، أو كان أجيراً للغير قبل حكم الحبس عليه، فالظاهر عدم جواز حبسه (١).

(١) الدليل على عدم جواز الحبس فيما إذا كان المديون مريضاً يضره الحبس، يمكن أن يكون هو ما يدل على فعل علي (عليه السلام)، و أنه كان يحبس في الدين نظراً إلى أن الفعل لا إطلاق فيه، و أن القدر المتيقن غير صورة المرض، و لكنك عرفت «١» أن الحاكي لفعل المعصوم (عليه السلام) إن كان معصوماً آخر، و كان الغرض من الحكاية بيان الحكم الشرعي بهذه الكيفية، يمكن التمسك بإطلاق كلامه (عليه السلام)، و يمكن أن يكون قاعدة نفى الضرر و الضرار، و لكنّه مبنياً أيضاً على أن يكون مفادها بيان الحكم بالعنوان الثانوي، كما عليه الشيخ الأنصاري و تلميذه المحقق الخراساني (قدس سرهما) «٢».

و أمّا علي مبنياً الماتن (قدس سرّه) من كونها صادرة من مقام الحكومة الثابتة للنبي (صلى الله عليه و آله) فلا ارتباط لها بالمسائل الفقهيّة أصلاً. و قيام الدليل في موارد الوضوء و الغسل الضرريين لا دلالة له على ثبوت قاعدة كليّة مربوطة بالضرر و الإضرار، خصوصاً مع ثبوت البدل الاضطراري لهما، و مع كون أصل الحكم في المقام و هو جواز الحبس أو وجوبه ضرورياً، و لا وجه لإلغاء الخصوصية، كما لا يخفى.

فالإنصاف أنه لا دليل على عدم الجواز هنا، إلّا إذا كان الحكم حرجياً مشمولاً لقاعدة نفى الحرج المدلول عليها بالكتاب و السنة. و أمّا عدم الجواز فيما لو كان أجيراً للغير قبل حكم الحبس عليه، فالدليل عليه مجرد تقدّم وجوب الوفاء بالعقد عليه، و تأخر حكم الحبس عنه.

(١) في ص ١٢٤ - ١٢٥.

(٢) فرائد الأصول: ٢/ ٥٣٦، كفاية الأصول: ٤٣٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٣٣

[مسألة ١٠: ما قلنا من إلزام المعسر بالكسب مع قدرته عليه إنما هو فيما إذا لم يكن الكسب بنفسه حرجاً عليه أو منافياً لشأنه]

مسألة ١٠: ما قلنا من إلزام المعسر بالكسب مع قدرته عليه إنما هو فيما إذا لم يكن الكسب بنفسه حرجاً عليه أو منافياً لشأنه، أو الكسب الذي أمكنه لا يلقى بشأنه بحيث كان تحمّله حرجاً عليه (١).

[مسألة ١١: لا يجب على المرأة التزويج لأخذ المهر و أداء دينها]

مسألة ١١: لا يجب على المرأة التزويج لأخذ المهر و أداء دينها، و لا على الرجل طلاق زوجته لدفع نفقتها لأداء الدين، و لو وهبه و لم يكن في قبولها مهانة و حرج عليه يجب القبول لأداء دينه (٢).

(١) قد عرفت أنه لا دليل على إلزام المعسر بالكسب، و أمّا على تقديره، فالذي ينفي الوجوب بالإضافة إلى أصل الإلزام و كذا التكسب هي قاعدة نفى الحرج، و أمّا مجرد المنافاة للشأن من دون أن يكون هناك حرج و عسر شديد فلا دليل على المانعية من الوجوب.

(٢) أمّا عدم الوجوب في الفرضين الأولين فلخروجهما عن التكسب المتعارف، خصوصاً الفرض الثاني. و أمّا وجوب قبول الهدية بناءً على وجوب التكسب فلاّنه مع عدم ثبوت المهانة و الحرج في القبول يكون مقدّمة عرفاً لأداء الدين؛ و لذا قلنا بالاحتياط الوجوبي في خمس الهبة، و المقام أولى.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٣٤

[القول في الجواب بالإنكار]

إشارة

القول في الجواب بالإنكار

[مسألة ١: لو أجاب المدعى عليه بالإنكار، فأنكر ما ادعى المدعى]

مسألة ١: لو أجاب المدعى عليه بالإنكار، فأنكر ما ادعى المدعى، فإن لم يعلم أنّ عليه البيّنة أو علم و ظنّ أن لا تجوز إقامتها إلّا مع مطالبة الحاكم و جب على الحاكم أن يعرفه ذلك بأن يقول: ألك بيّنة؟ فإن لم تكن له بيّنة، و لم يعلم أنّ له حقّ إحلاف المنكر، يجب على الحاكم إعلامه بذلك (١).

[مسألة ٢: ليس للحاكم إحلاف المنكر إلّا بالتماس المدعى]

مسألة ٢: ليس للحاكم إحلاف المنكر إلّا بالتماس المدعى، و ليس للمنكر التبرّع بالحلف قبل التماسه، فلو تبرّع هو أو الحاكم لم يعتدّ بتلك اليمين، و لا بدّ من الإعادة بعد السؤال، و كذا ليس للمدعى إحلافه بدون إذن الحاكم، فلو أحلفه لم يعتدّ به (٢).

(١) و

(٢) أقول: قد وردت عن النبي (صلى الله عليه وآله) في هذا المجال روايتان صحيحتان:
إحداهما تدلّ على قوله (صلى الله عليه وآله): إنّما أفضى بينكم بالبينات والأيمان «١».

(١) الكافي: ١٧/ ٤١٤ ح ١، التهذيب: ٦/ ٢٢٩ ح ٥٥٢، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/ ٢٣٢، كتاب القضاء أبواب كيفية الحكم ب ٢ ح ١:
و في مستدرک الوسائل ١٧/ ٣٦١ ح ٢١٥٨٣ و ص ٣٦٦ ح ٢١٩٥٤ عن دعائم الإسلام: ٢/ ١٨٥٦٥١٨، و تأتي بتمامها في ص ٢٤٥.
تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٣٦

.....

و الثانية على قوله (صلى الله عليه وآله): البيّنة على من ادّعى و اليمين على من ادّعى عليه «١». أما القول الأوّل: فلا دلالة له على أزيد من أن البيّنات و الايمان موازين للقضاء الإسلامي، و إن كان شيء منهما لا يفيد العلم للقاضي، و أمّا أن اللّازم هل هو المجموع أو أحدهما، و أن البيّنات بالإضافة إلى المدّعين، و الايمان بالإضافة إلى المنكرين، فلا دلالة له على ذلك أصلاً.
و أمّا القول الثاني: فله دلالتان: دلالة على الاكتفاء بأحدهما؛ لأنّ التفصيل قاطع للشركة، و دلالة على أن البيّنة على المدّعى و اليمين على من أنكر.

نعم، قد ورد دليل خاصّ على لزوم ضمّ اليمين إلى البيّنة، كما في الدعوى على الميت على ما سيأتي «٢»، كما أنّه يأتي البحث عن ملاك بيّنة المنكر، هل تقوم مقام يمينه مع عموميّة دليل حجّية البيّنة و إطلاقه بالإضافة إلى الموضوعات الخارجيّة، أو لا تقوم بلحاظ كونها بيّنة النفي و بيّنة المدّعى بيّنة الإثبات؟

و كيف كان فإن لم يعلم المدّعى أنّ عليه البيّنة، أو علم أو ظنّ أنّه لا تجوز إقامتها إلّا مع مطالبته الحاكم، و جب على الحاكم أن يعرّفه ذلك بمثل قوله: ألك بيّنة؟ و كلمة «على» في قوله (صلى الله عليه وآله): البيّنة على المدّعى «٣» لا دلالة لها على التكليف النفسي، كما في قوله تعالى و لله على الناس حجّ البيت من استطاع إليه سبيلاً «٤» بحيث

(١) تقدم في ص ٨٤-٨٥.

(٢) في المسألة ٢٨ من هذه المسائل.

(٣) الكافي: ١٧/ ٣٦١ ح ٤ و ص ٤١٥ ح ٢، الفقيه: ٣/ ٢٠ ح ٥٢، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/ ٢٣٤، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٣ ح ٢ و ٥.

(٤) سورة آل عمران ٣: ٩٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٣٧

.....

كان اللّازم شرعاً على المدّعى إقامة البيّنة، بل المراد هو اللّزوم إذا أراد الحكم بنفعه، و هكذا في ناحية المدّعى عليه. نعم لا دلالة لهذا القول على الترتيب، و أن البيّنة مقدّمة على الحلف كما في النصوص و الفتاوى.

ثمّ إنّ المذكور في المتن أنّه إن لم تكن للمدّعى بيّنة، فله حقّ إحلاف المنكر، و قد وقع التعبير بالحقّ تبعاً لمثل المحقّق في الشرائع حيث قال: و لا يحلف المدّعى عليه إلّا بعد سؤال المدّعى؛ لأنّه حقّ له فيتوقّف استيفاؤه على المطالبة «١»، مع أنّ أقلّ آثار الحقّ هو

السقوط بالإسقاط، فالأولى التعليل لذلك مضافاً إلى الإجماع المدعى في الجواهر «٢» بالروايات الواردة:

مثل: صحيحة ابن أبي يعفور، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: إذا رضى صاحب الحقّ يمين المنكر لحقّه فاستحلفه، فحلف أن لا حقّ له قبله، ذهب اليمين بحق المدعى، فلا دعوى له، قلت له: وإن كانت عليه بينة عادلة؟ قال: نعم، وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه ما كان له، وكانت اليمين قد أبطلت كلّ ما ادّعاها قبله ممّا قد استحلفه عليه «٣». وغير ذلك من الروايات التي وقع فيها التعبير بالاستحلاف، الظاهر في توقّف الحلف على رضاه و التماسه، ولا يكون حضوره عند الحاكم و طرح الدعوى و سماعها، و عدم إقامة البينة قرينة على الرضا بالحلف، كما لا يخفى.

(١) شرائع الإسلام: ٨٧٣ / ٤.

(٢) جواهر الكلام: ١٧١ / ٤٠.

(٣) الكافي: ٤١٧ / ٧ ح ١، تهذيب الأحكام: ٢٣١ / ٦ ح ٥٦٥، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٤٤، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٩ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٣٨

.....

نعم ذكر في الجواهر: أنّ في مجمع البرهان «١» النسبة إلى الأصحاب أنّه لا يستقلّ الغريم باليمين من دون إذن الحاكم، وإن كان حقاً لغيره؛ لأنّه وظيفته وإن كان إقامة الدليل عليه إن لم يكن إجماع في غاية الصعوبة «٢»، و لكنّه ذكر السيّد في ملحقات العروة: أنّ الدليل هي أصالة عدم ترتّب الأثر، و لأنّه المعهود المنصرف إليه الأخبار، و للأخبار المشتبهة على قوله: «و أضفهم إلى اسمي» كخبر محمد بن قيس: إنّ نبياً من الأنبياء شكّا إلى ربّه كيف أفضى في أمور لم أخبر ببيانها؟ قال: فقال له: ردّهم إليّ، و أضفهم إلى اسمي يحلفون به «٣»، و نحوه مرسله أبان و صحيحة سليمان بن خالد «٤»، «٥». هذا، مع أنّه من البعيد التفكيك بين البينة و اليمين من هذه الجهة، فتدبر.

(١) مجمع الفائدة و البرهان: ١٨٧ / ١٢ - ١٨٨.

(٢) جواهر الكلام: ١٧١ / ٤٠.

(٣) الكافي: ٤١٤ / ٧ ح ٢، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٣٠، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١ ح ٣.

(٤) الكافي: ٤١٤ / ٧ ح ٢، تهذيب الأحكام: ٢٢٨ / ٦ ح ٥٥٠ و ٥٥١، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٢٩ - ٢٣٠، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١ ح ١ و ٣.

(٥) ملحقات العروة الوثقى: ٣ / ٦٠ مسألة ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٣٩

[مسألة ٣: لو لم يكن للمدعى بينة و استحلف المنكر فحلف، سقطت دعوى المدعى في ظاهر الشرع]

مسألة ٣: لو لم يكن للمدعى بينة و استحلف المنكر فحلف، سقطت دعوى المدعى في ظاهر الشرع، فليس له بعد الحلف مطالبة حقّه و لا مقاصّيته، و لا رفع الدعوى إلى الحاكم، و لا تسمع دعواه، نعم لا تبرأ ذمّة المدعى عليه، و لا تصير العين الخارجيّة بالحلف خارجاً عن ملك مالکها، فيجب عليه ردّها و إفراغ ذمّته، و إن لم يجز للمالك أخذها و لا- التقاصّ منه، و لا- يجوز بيعها و هبتها و سائر

التصرّفات فيها، نعم يجوز إبراء المدّيون من دينه على تأمل فيه، فلو أقام المدّعي البيّنة بعد حلف المنكر لم تسمع، و لو غفل الحاكم أو رفع الأمر إلى حاكم آخر فحكم بيّنة المدّعي لم يعتدّ بحكمه (١).

(١) لو لم يكن للمدّعي بيّنة واستحلف المنكر، فهو أي المنكر إمّا أن يحلف و إمّا أن يردّ و إمّا أن ينكل، فإن حلف عليّ بطلان دعوى المدّعي سقطت دعواه في ظاهر الشرع. نعم يأتي في المسألة الخامسة إن شاء الله أن الحلف هل هو بمجرد موجبه لسقوط الحق مطلقاً، أو بعد إذن الحاكم، أو إذا تعقّب حكم الحاكم، أو أن حكمه موجب للسقوط إذا كان مستنداً إلى الحلف، وليس للمدّعي بعد ذلك مطالبة حقه ولا مقاصّته، ولا رفع الدعوى إلى هذا الحاكم أو حاكم آخر، ولا تسمع دعواه؟ وهذا من دون فرق بين أن تكون الدعوى متعلّقة بالعين الخارجيّة أو بالدين أو بغيرهما، كالعقود والإيقاعات غير المتعلّقة بالمال، التي لا يكون الغرض من النزاع فيها المال، وإن استشكل في الأخيرة السيّد في الملحقات، بل استظهر من الأخبار التي يأتي التعلّص لبعضها الدعوى المتعلّقة بالمال «١».

و كيف كان فإن كان حلف المنكر مطابقاً لاعتقاده، بأن اعتقد أن العين

(١) ملحقات العروة الوثقى: ٣/ ٦١ ٦٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٤٠

.....

الخارجيّة لا تكون للمدّعي، وأن ذمته غير مشغولة بدينه، وإن كان حلفه غير مطابق لاعتقاده بحيث يرى نفسه كاذباً بينه وبين الله، فذمته لا تبرأ عن دين المدّعي. وإن كان حكم الحاكم بنفعه، بل و لو أبرأه الدائن من دينه عليّ تأمل ينشأ من أن الإبراء لا بدّ و أن يتعلّق بالدين المسلم أو المشكوك كالإبراء في موارد الشكّ في الدين، و في المقام لا يكون دين بحسب حكم الحاكم عليّ طبق حلفه، فتعلّق الإبراء محلّ تأمل.

و أمّا بالإضافة إلى العين الخارجيّة فلا تصير بالحلف كاذباً خارجة عن ملك مالها فيجب عليه ردّها، و إن لم يجز للمالك أخذها و لا التقاصّ منه، و لا يجوز بيعها و لا هبتها و سائر التصرفات فيها، بل لا بدّ من أن ينتظر المدّعي إلى أن يتحقّق الإقرار من المدّعي عليه في الآتي، أو يتبيّن للحاكم كذب المدّعي عليه في حلفه، فينتقض حكمه جوازاً أو وجوباً، كما سيأتي في المسألة الرابعة إن شاء الله تعالى، و يمكن أن يتحقّق مثل الهبة من المدّعي عليه باعتبار أنه مالك شرعاً، فيتحقّق الانتقال منه إلى المدّعي في ظاهر الحال، و إن كان المدّعي يرى نفسه مالكاً قبل الهبة.

ثمّ إنه لا فرق في سقوط دعوى المدّعي بالحلف من المدّعي عليه بين ما لو أقام المدّعي البيّنة بعد الحلف و بين صورة عدم الإقامة، و قيل كما عن المفيد «١» و ابن حمزة «٢» و القاضي «٣»: يعمل بالبيّنة ما لم يشترط المنكر سقوط الحقّ باليمين، و قيل كما عن موضع من المبسوط و ابن إدريس: إن نسي بيّنته أو لم يعلم بها سمعت

(١) المقنعة: ٧٣٣.

(٢) الوسيلة: ٢١٣.

(٣) أي في الكامل على ما حكى عنه في مختلف الشيعة: ٨/ ٣٧٥ مسألة ٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٤١

.....

و إن أحلف «١». و عن المختلف أنه قواه «٢»، و عن موضع آخر من المبسوط أنها تسمع مطلقاً «٣».

و لكن مقتضى صراحة بعض الروايات و إطلاق البعض الآخر خلاف جميع ذلك.

ففي صحيحة ابن أبي يعفور المتقدمه عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: إذا رضى صاحب الحقّ يمين المنكر لحقه فاستحلفه، فحلف أن لا حقّ له قبله، ذهبت اليمين بحقّ المدعى، فلا دعوى له، قلت له: و إن كانت عليه بينة عادلة؟ قال: نعم. و إن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه ما كان له، و كانت اليمين قد أبطلت كلّ ما ادّعاها قبله مما قد استحلفه عليه. و في رواية الصدوق زيادة: قال رسول الله (صلّى الله عليه و آله): من حلف لكم على حقّ فصدّقوه، و من سألكم بالله فأعطوه، ذهبت اليمين بدعوى المدعى، و لا دعوى له «٤».

و يستفاد من هذه الرواية الصحيحة بالصراحة نفى قول من يدعى سماع البينة بعد الحلف بنحو الإطلاق، و كذا يستفاد منها بنحو الإطلاق أنه لا فرق بين صورة عدم اشتراط المنكر سقوط الحقّ باليمين و بين صورة الاشتراط، و كذا صورة الجهل بالبينة أو نسيانها أو العلم بها و التذكّر و الالتفات، و يؤيده بعض الروايات الأخرى مثل:

(١) المبسوط: ٨ / ٢١٠، السرائر: ٢ / ١٥٩.

(٢) مختلف الشيعة: ٨ / ٤١٤ مسألة ١٥.

(٣) المبسوط: ٨ / ١٥٨.

(٤): الفقيه ٣ / ٣٧ ح ١٢٦، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٤٥، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٩ ح ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٤٢

.....

رواية خضر النخعي عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يكون له على الرجل المال فيجحد، قال: إن استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً، و إن تركه و لم يستحلفه فهو على حقه «١».

و رواية عبد الله بن وضاح قال: كانت بيني و بين رجل من اليهود معاملة، فخانني بألف درهم، فقدّمته إلى الوالي فأحلفته فحلف، و قد علمت أنه حلف يميناً فاجرة، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح و دراهم كثيرة، فأردت أن أقتص الألف درهم التي كانت لى عنده، و أحلف عليها، فكتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام) فأخبرته أنني قد أحلفته فحلف، و قد وقع له عندى مال، فإن أمرتني أن آخذ منه الألف درهم التي حلف عليها ففعلت. فكتب: لا تأخذ منه شيئاً، إن كان ظلمك فلا تظلمه، و لو لا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، و لكنك رضيت بيمينه و قد ذهبت اليمين بما فيها، فلم آخذ منه شيئاً، و انتهيت إلى كتاب أبي الحسن (عليه السلام) «٢».

هذا، و الروايات واردة في الدين، و إن كان العرف يحكم بإلغاء الخصوصية بالإضافة إلى العين، و إن كان الحكم بذلك في غيرهما محلّ إشكال. ثم إن الرواية الأخيرة محلّ إشكال من حيث الدلالة من جهة أخرى، و هي ظهورها في كون الحلف عند الوالي لا الحاكم.

(١) الكافي ٧: ٤١٨ ح ٢، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٣١ ح ٥٦٦، الفقيه: ٣ / ١١٣ ح ٤٨١، و عنها وسائل الشيعة:

٢٧ / ٢٤٦، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٠ ح ٢.

(٢) الكافي: ٧ / ٤٣٠ ح ١٤، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٨٩ ح ٨٠٢، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٤٦، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٠ ح ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٤٣

[مسألة ٤: لو تبين للحاكم بعد حكمه كون الحلف كذباً يجوز بل يجب عليه نقض حكمه]

مسألة ٤: لو تبين للحاكم بعد حكمه كون الحلف كذباً يجوز بل يجب عليه نقض حكمه، فحينئذٍ يجوز للمدعى المطالبة والمقاصة، و سائر ما هو آثار كونه محققاً، و لو أقر المدعى عليه بأن المال للمدعى، جاز له التصرف والمقاصة ونحوهما، سواء تاب و أقر أم لا (١).

(١) وقع التعرض في هذه المسألة لأمرين:

الأمر الأول: إذا تبين للحاكم بعد حكمه بنفع المدعى عليه لأجل حلفه كونه كذباً مخالفاً للواقع، يجوز بل يجب نقض حكمه لثبوت بطلان مستند الحكم. و الظاهر أن المراد من التبين هو حصول العلم له، أو ما يلحقه من الاطمئنان الذي يعامل معه معاملة العلم عند العرف والعقلاء.

و أما مثل شهادة البينة، فلا يوجب حصول التبين بعد عدم قدها في الحكم بنفع المدعى عليه بعد حلفه و قبل حكم الحاكم، و بعد النقض يصير الحكم كالعدم، فيجوز للمدعى ما يجوز قبل الحكم و طرح الدعوى من المطالبة و المقاصة و سائر آثار ما هو كونه محققاً، كما لا يخفى.

الأمر الثاني: ما لو أقر المدعى عليه الذي حكم بنفعه لأجل حلفه بأن المال للمدعى، و في الحقيقة أكذب نفسه بالإقرار، سواء كان الإقرار في حضور الحاكم بناءً على اختصاص الجواز بهذه الصورة كما ربما يقال، أو كان في غير حضوره بناءً على عدم الاختصاص، و قد حققنا ذلك في كتابنا في القواعد الفقهية المشتمة على قاعدة الإقرار (١)، فقد ذكر في المتن أنه يجوز للمدعى التصرف و المقاصة و نحوهما سواء تاب و أقر أم لا،

(١) القواعد الفقهية: ١ / ٨١ - ٨٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٤٤

.....

لكننا ذكرنا في بحث جواب المدعى عليه بالإقرار «١» إن قاعدة الإقرار لا دلالة لها على كون المقر له مالاً، بل الحيثية الثابتة بها إنما هي حيثية سلبية راجعة إلى عدم كون المال للمقر، و إن كان ذلك مدلولاً التزامياً لمقتضى إقراره. و أما الحيثية الإيجابية الراجعة إلى ثبوت المال للمقر فلا دلالة لها على إثباتها، و إن كان ذلك مدلولاً مطابقاً لمقتضى إقراره؛ لعدم ثبوت الملكية للغير بمجرد الإقرار من واحد، خصوصاً إذا لم يكن المقر عادلاً، لفرض عدم كون إقراره ناشئاً عن توبته على فرض العدالة.

و قد ذكرنا سابقاً «٢» أنه يمكن أن يكون المالك شخصاً ثالثاً غير المدعى و المدعى عليه، و قد وقع بينهما التبان على ذلك، فتدبر.

(١) في ١١٧-١١٨.

(٢) في ١١٧-١١٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٤٥

[مسألة ٥: هل الحلف بمجرّده موجب لسقوط حق المدعى مطلقاً، أو بعد إذن الحاكم]

مسألة ٥: هل الحلف بمجرّده موجب لسقوط حق المدعى مطلقاً، أو بعد إذن الحاكم، أو إذا تعقّبه حكم الحاكم، أو حكمه موجب له إذا استند إلى الحلف؟ الظاهر أنّ الحلف بنفسه لا يوجب، و لو كان بإذن الحاكم، بل بعد حكم الحاكم يسقط الحقّ، بمعنى أنّ الحلف بشرط حصول الحكم موجب للسقوط بنحو الشرط المقارن (١).

(١) قد ذكر أنّ في الحلف الذي يكون مستنداً إلى استحلاف المدعى و رضاه، و تعقّبه حكم الحاكم مستنداً إليه و جوهراً و احتمالات أربعة:

أحدها: أن يكون الحلف بمجرّده موجباً لسقوط حق المدعى عيناً أو ديناً مطلقاً، و لو لم يكن هناك إذن الحاكم أصلاً.
 ثانيها: الاحتمال الأوّل، لكن بشرط أن يكون الحلف بعد إذن الحاكم، كما يكون عقيب استحلاف المدعى و رضاه.
 ثالثها: أن يكون الحلف موجباً للسقوط مشروطاً بما إذا تعقّبه حكم الحاكم، نظير ما أفاده البعض في البيع الفضولي «١»: من أنّ الشرط لا يكون نفس الإجازة بل تعقّبها و تأخرها، فإذا تحققت الإجازة يؤثّر البيع من حين وقوعه، لا من حين تحقّق الإجازة.
 رابعها: أن يكون المؤثّر في السقوط هو حكم الحاكم المستند إلى الحلف، فلو مات الحاكم قبل الحكم و بعد الحلف لا يترتب على الحلف أثر أصلاً، فالحلف و إن كان موجباً للسقوط، لكنّه مشروط بالحكم بنحو الشرط المقارن، الذي لا يحصل المشروط و لا يؤثّر قبل تحقّق الشرط أصلاً، كما لا يخفى.

(١) جامع المقاصد: ٧٤/٤، الروضة البهيّة: ٢٢٩/٣، المناهل: ٢٩٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٤٦

.....

أقول: ظاهر الكلمات و الفتاوى هو الوجه الأخير الذي استظهره الماتن (قدّس سرّه)، و لذا قال في الجواهر: ثمّ إنّّه قد يتوهم من ظاهر النصوص سقوط الدعوى بمجرّد حصول اليمين من المنكر، من غير حاجة إلى إنشاء حكم من الحاكم بذلك، لكنّ التحقيق خلافه، ضرورة كون المراد من هذه النصوص و ما شابهها تعليم ما يحكم به الحاكم، و إلّا فلا بدّ من القضاء و الفصل بعد ذلك، كما أوّماً إليه بقوله (صلّى الله عليه و آله): إنّما أفضى بينكم بالبيّنات و الايمان «١». بل لو أخذ بظاهر هذه النصوص و شبهها لم يحتجّ إلى إنشاء الحكومة من الحاكم مطلقاً، ضرورة ظهورها في سقوط دعوى المدعى و ثبوت الحقّ بالبيّنة و نحوها «٢»، انتهى.

أقول: و يؤيّدّه أنّه بناءً على ما هو ظاهر الروايات تلزم لغويّة الحكم بمعنى إنشائه، و يلزم أن يكون شأن القاضى هو استماع البيّنة مع شرائطها، و الإذن في الحلف و أمثالها، و هو كما ترى بعيد عمّا هو المرتكز في أذهان المتشرّعة من القاضى و الحاكم كما لا يخفى، فالإنصاف أنّ الظاهر هو الوجه الأخير كما هو المستفاد من قوله (صلّى الله عليه و آله): «إنّما أفضى بينكم بالبيّنات و الايمان»، فتدبّر.

(١) تقدّم في ص ١٣٥.

(٢) جواهر الكلام: ١٧٥ / ٤٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٤٧

[مسألة ٦: للمنكر أن يردّ اليمين على المدعى]

مسألة ٦: للمنكر أن يردّ اليمين على المدعى، فإن حلف ثبت دعواه وإلا سقطت، والكلام في السقوط بمجرد عدم الحلف والنكول أو بحكم الحاكم كالمسألة السابقة، وبعد سقوط دعواه ليس له طرح الدعوى ولو في مجلس آخر، كانت له بينة أو لا. ولو ادعى بعد الردّ عليه بأنّ لى بينة يسمع منه الحاكم، وكذا لو استمهل في الحلف لم يسقط حقه، وليس للمدعى بعد الردّ عليه أن يردّ على المنكر، بل عليه إما الحلف أو النكول، وللمنكر أن يرجع عن ردّه قبل أن يحلف المدعى، وكذا للمدعى أن يرجع عنه لو طلبه من المنكر قبل حلفه (١).

(١) يقع الكلام في هذه المسألة في أمور:

الأول: جواز ردّ اليمين من المنكر إلى المدعى، وإن كان الحلف متوجّهاً إليه ابتداءً كما هو مقتضى قوله (صلى الله عليه وآله): البيّنة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه «١»، لكن الظاهر بقريته الروايات الواردة الدالّة على جواز الردّ أنّ ثبوت اليمين على المنكر إنّما هو بملاحظة المرحلة الأولى، وإلا فيجوز له الردّ أيضاً، وهذه الروايات مثل:

صحيحه محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام)، في الرجل يدعى ولا بينة له، قال: يستحلفه، فإن ردّ اليمين على صاحب الحقّ فلم يحلف فلا حقّ له «٢».

وصحيحه عبيد بن زرارة، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يدعى عليه الحقّ ولا بينة للمدعى، قال: يستحلف، أو يردّ اليمين على صاحب الحقّ، فإن لم يفعل فلا حقّ له «٣».

(١) وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٣٣، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٣.

(٢) الكافي: ٧ / ٤١٦ ح ١، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٣٠ ح ٥٥٧، وعنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٤١، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٧ ح ١.

(٣) الكافي: ٧ / ٤١٦ ح ٢، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٣٠ ح ٥٥٦، وعنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٤١، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٧ ح ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٤٨

.....

وصحيحه هشام، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: تردّ اليمين على المدعى «١».

ومرسلة يونس ومضمرة قال: استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه، فإن لم يحلف و ردّ اليمين على المدعى فهي واجبة عليه أن يحلف ويأخذ حقه، فإن أبي أن يحلف فلا شيء له «٢».

ورواية أبي العباس، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: إذا أقام الرجل البيّنة على حقه، فليس عليه يمين، فإن لم يقيم البيّنة، فردّ الذي ادعى عليه اليمين، فإن أبي أن يحلف، فلا حقّ له «٣».

و منها غير ذلك من الروايات الواردة في هذا المجال، الدالة على أن للمدعى عليه إذا لم يرد الحلف ردّ اليمين إلى المدعى، فلا شبهة في هذه الجهة أصلاً.

الثاني: لا يجوز للمدعى الذي ردّ المدعى عليه اليمين عليه ردّها ثانياً إلى المنكر، بل هو إما أن يحلف و إما أن لا يحلف، ففي الأول تثبت دعواه، و في الثاني تسقط؛ لعدم دلالة شيء من الروايات عليه، مع لزوم التسلسل في بعض الموارد، كما لا يخفى.

الثالث: يترتب على سقوط دعوى المدعى بمجرد عدم الحلف و الحكم عليه أنه لا يجوز له طرح هذه الدعوى و لو في مجلس آخر، أو عند حاكم آخر من دون

(١) الكافي: ١٧/٧ ح ٥، تهذيب الأحكام: ١٦/٢٣٠ ح ٥٦٠، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/٢٤١، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٧ ح ٣.

(٢) الكافي: ١٧/٧ ح ٣، تهذيب الأحكام: ١٦/٢٣١ ح ٥٦٢، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/٢٤١، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٧ ح ٤، و ص ٢٧١ ب ١٥ ح ٢، و تقدمت صدرها في ص ٩٥.

(٣) تهذيب الأحكام: ١٦/٢٣١ ح ٥٦٣، الكافي: ١٧/٧ ح ٢، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/٢٤٣، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٨ ح ٢.

لنكراني، محمد فاضل موحدى، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، در يك جلد، مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٠ هـ ق

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات؛ ص: ١٤٩

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٤٩

.....

فرق بين أن تكون له بينة عادلة أم لا؛ لارتفاع المخاصمة بعد حكم الحاكم بالإضافة إلى هذه الدعوى، فلا يجوز له طرحها ثانياً. الرابع: قد عرفت أن ظاهر الروايات و إن كان ترتب الأثر على حلف المنكر، أو عدم حلف المدعى بعد الرد عليه، إلا أن الظاهر ثبوت الأثر بعد إنشاء الحكم من الحاكم لا قبله.

الخامس: لو ادعى المدعى بعد ردّ المنكر الحلف عليه، و قبل حكم الحاكم أن له بينة على مدّعه، يسمع منه الحاكم؛ لعدم صدور الحكم من قبله و عدم تحقق الحلف من المنكر، فالأمر يدور بين حلف المدعى و الحكم بنفعه، و عدم حلفه و سقوط دعواه، بل يمكن أن يقال: بتقديم بينته على حلفه خصوصاً مع ملاحظة قوله (صلى الله عليه و آله): «البينة على المدعى و اليمين على من أنكر» (١). و كذا لو استمهّل في الحلف لا تسقط دعواه بمجرد الاستمهال، كما أنه إذا استمهّل المنكر في الحلف يجوز، إذا لا يكون منافياً لحق المدعى، و في صورة استمهال المدعى لا يكون هذا القيد أيضاً موجوداً، كما لا يخفى.

السادس: لكل من المدعى عليه و المدعى أن يرجع عن استحلاف الآخر أو ردّ الحلف قبل تحقق الحلف، فللمدعى عليه أن يرجع عن ردّه قبل حلف المدعى، و للمدعى أن يرجع عن استحلاف المدعى عليه قبل تحقق الحلف. أمّا على تقدير كون ذلك حقاً من الطرفين، فلعدم الدليل على اللزوم بعد الإعمال و قبل تحقق الحلف. و أمّا على تقدير عدم كونه حقاً بل حكماً شرعياً؛ فلعدم الدليل على عدم الجواز أى جواز الرجوع بعد الرد، نعم بعد تحقق الحلف لا مجال للعدم، كما لا يخفى.

(١) تقدم في ص ١٢٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٥٠

[مسألة ٧: لو نكل المنكر فلم يحلف و لم يرد، فهل يحكم عليه بمجرد النكول، أو يردّ الحاكم اليمين على المدعى]

مسألة ٧: لو نكل المنكر فلم يحلف و لم يرد، فهل يحكم عليه بمجرد النكول، أو يردّ الحاكم اليمين على المدعى، فإن حلف ثبتت دعواه و إلّا سقطت؟ قولان، و الأشبه الثاني (١).

(١) في المسألة قولان: ذهب إلى كلّ منهما جماعة من الفقهاء القدماء و المتأخرين، و نسب القول الثاني إلى الأكثر «١»، بل ادعى الإجماع عليه «٢»، و استظهر القول الأوّل المحقق في الشرائع، و قال: و هو المروي «٣»، لكنّ الماتن جعل الأشبه الثاني كصاحب ملحقات العروة «٤».

و قبل الخوض في المسألة لا بدّ من التعرّض للروايات؛ لأنّه مع وجود الروايات فيها لا تصل النوبة إلى الأصول العمليّة مطلقاً، سواء كانت مخالفة لها أو موافقة؛ لعدم المجال لها معها، كما حَقّق في علم الأصول مثل: أصالة عدم مشروعيتها ردّ اليمين من الحاكم، و أصالة عدم ثبوت الحلف على المدعى، و أصالة براءة ذمّة الحاكم من التكليف بالردّ، و أصالة براءة المدعى من التكليف باليمين، كما أنّه لا بدّ من التوجّه إلى أنّه ليس و لو في رواية واحدة التصريح بردّ الحاكم اليمين إلى المدعى في الجملة، و إلى أنّ قوله (صلّى الله عليه و آله): «اليمين على من ادعى عليه» لا إطلاق له أصلاً، بل الغرض بيان الوظيفة الأولى؛ و لذا لا دلالة له على عدم جواز ردّ المنكر اليمين إلى المدعى،

(١) المبسوط: ٢٠٩ / ٨، المهذب: ٥٨٥ / ٢، السرائر: ١٦٥ / ٢ و ١٨٠، الوسيلة: ٢٢٩، رياض المسائل: ١٠٩ / ٩، و حكى عن الإسكافي في المختلف: ٣٩٧ / ٨.

(٢) الخلاف: ٢٩٠ / ٦، غنية النزوع: ٤٤٣ / ٤٤٢.

(٣) شرائع الإسلام: ٨٥ / ٤.

(٤) ملحقات العروة الوثقى: ٦٦ / ٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٥١

.....

كما ذكرناه سابقاً.

و إلى أنّ هنا بعض الروايات الصحيحة التي أعرض عنها المشهور، مثل:

ما ورد في صحيحة محمد بن مسلم الطويلة الواردة في كفيّة حلف الأخرس الدالّة على أنّ أمير المؤمنين (عليه السلام): كتب له اليمين و غسلها و أمره بشربه فامتنع فألزمه الدين «١».

و لا مجال للاستدلال بها لأجل تفرّيع الإلزام بالدين على الامتناع من شرب الماء المغسول به اليمين، بعد عدم العمل من المشهور بهذه الكفيّة في حلف الأخرس إلّا أن يقال: إنّ إعراض المشهور عن هذه الجهة من الرواية لا يلزم الإعراض عن الجهة الأخرى المرتبطة بالمقام، كما هو ظاهر المحقق العراقي (قدّس سرّه) «٢». و كيف كان فلا بدّ من ملاحظة سائر الروايات فنقول:

منها: صحيحة هشام المتقدمه عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «تردّ اليمين على المدعى». وهي وإن لم تدلّ على أن رادّ اليمين هو المنكر فقط؛ لأنّ كلمة «تردّ» إنّما هي بصيغته البناء على المفعول، ومع تاء التانيث المجازي، إلّا أنّ الظاهر أنّ الرواية إنّما هي بصدد بيان أنّ وظيفة المدعى لا تكون إقامة البيّنة دائماً، بل قد تردّ اليمين التي هي وظيفة المنكر على المدعى، فلا مجال للتمسك بالإطلاق كما لا يخفى.

□
و منها: صحيحة عبيد بن زرارة المتقدمه أيضاً عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يدعى عليه الحقّ ولا بيّنة للمدعى، قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب

(١) تهذيب الأحكام: ٣١٩ / ٦ ح ٨٧٩، الفقيه: ٦٥ / ٣ ح ٢١٨، و عنهما وسائل الشيعة: ٣٠٢ / ٢٧، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٣٣ ح ١.

(٢) كتاب القضاء للمحقّق العراقي: ٨٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٥٢

.....

الحقّ، فإن لم يفعل فلا حقّ له. و الظاهر أنّ المراد من الجملة الأخيرة: أنّه إذا لم يحلف المدعى بعد ردّ المدعى عليه اليمين عليه فلا حقّ للمدعى، ولا دلالة لها على حكم المقام، نعم في بعض النسخ «فلا حقّ عليه» (١)، و لكن في الوسائل المطبوعة أخيراً المصحّحة ما ذكرنا.

□
و منها: ما رواه المشايخ الثلاثة عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: قلت للشيخ (عليه السلام): خبرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحقّ، فلم تكن له بيّنة بما له، قال: فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلا حقّ له، و إن ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف، فلا حقّ له و إن لم يحلف فعليه، و إن كان المطلوب بالحقّ قد مات، فأقيمت عليه البيّنة فعلى المدعى اليمين بالله الذي لا إله إلّا هو، لقد مات فلان، و إنّ حقّه لعليه، فإن حلف، و إلّا فلا حقّ له؛ لأنّا لا ندري لعلّه قد أوفاه بيّنة لا نعلم موضعها، أو غير بيّنة قبل الموت، فمن ثمّ صارت عليه اليمين مع البيّنة، فإن ادعى بلا- بيّنة فلا حقّ له، لأنّ المدعى عليه ليس بحقّ، و لو كان حياً لألزم اليمين أو الحقّ أو يردّ اليمين عليه، فمن ثمّ لم يثبت الحقّ (٢).

و موضع التمسك بهذه الرواية فقرتان:

إحداهما: قوله (عليه السلام): «و إن لم يحلف فعليه» لأنّه ظاهر في أنّه إذا لم يتحقّق الحلف من المنكر، و لم يرد اليمين على المدعى، يثبت عليه الحقّ و يحكم الحاكم بضرره.

و يرد عليه عدم ثبوت هذه الفقرة في رواية الصدوق في الفقيه، فلا مجال

(١) كذا في ملحقات العروة الوثقى: ٦٧ / ٣.

(٢) الكافي: ٤١٥ / ٧ ح ١، تهذيب الأحكام: ٢٢٩ / ٦ ح ٥٥٥، الفقيه: ٣٨ / ٣ ح ١٢٨، و عنهما وسائل الشيعة:

٢٣٦ / ٢٧، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٤ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٥٣

.....

للتمسك بها.

ثانيتها: قوله (عليه السلام) في الذيل: «و لو كان حياً لألزم اليمين، أو الحق، أو يرد اليمين عليه» لظهوره في أن المنكر مع عدم حلفه، ومع عدم رد اليمين على المدعى، يلزم بالحق بعد حكم الحاكم. وكلمة يرد إنما هي بصيغة المبني للفاعل وبصورة المذكر، فلا إطلاق لها يشمل غير المنكر.

و التحقيق في المقام أن يقال بعد ملاحظة عدم دلالة شيء من الروايات على أن الحاكم يرد اليمين إلى المدعى، بخلاف رد المنكر الذي فيه روايات متعددة ومتكثرة كما عرفت، وبعد ملاحظة أن رد الحاكم يفتقر إلى أن يقوم الدليل عليه، ويحتاج إلى البيان خصوصاً بعد الالتفات إلى أنه ربما يترتب على رده عدم حلف المدعى، وبه يثبت إنكار المدعى عليه، وتسقط دعواه في الواقعة بالمرّة، وحينئذ يسأل عن الدليل على هذا السقوط، ومجرد كون الحاكم ولي الممتنع لا يكفي في هذه الجهة بعد عدم ثبوت حق على المدعى عليه، خصوصاً بعد جواز الحكم عليه بمجرد النكول، مع أنه لا يعلم مقدار سعة هذا الأمر وضيقة على فرض صحته صدوره بتجريح القول الأول، الذي استظهره المحقق في الشرائع ونسبه إلى الرواية، وهو الحكم بمجرد النكول وعدم الحلف، أو الرد من المنكر، وقوله (عليه السلام): «ترد اليمين على المدعى» ليس معناه لزوم ردها إليه ولو من الحاكم، بل معناه عدم اختصاص اليمين بالمنكر، وجواز وقوعه من المدعى في مقابل اليمين على من ادعى عليه، وإن شئت قلت: إن الأمر فيه لا دلالة فيه على اللزوم، بل هو في مقام توهم الحظر، فلا دلالة فيه إلا على الإباحة.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٥٤

.....

كما أن قوله (صلى الله عليه وآله): «إنما أفضى بينكم بالبينات والايمان» (١) لا اشعار فيه على جواز الرد؛ لأنه مضافاً إلى أنه مع رد الحاكم، ربما لا يتحقق الحلف من المدعى، معناه تحقق القضاء مع ميزائيهما وجوداً وهدماً كما لا يخفى، وإلا فمع رد المنكر اليمين إلى المدعى، وعدم حلفه، تسقط دعواه بحكم الحاكم كما تقدم.

و دعوى أن مقتضى الأصل حلف المدعى بعد رد الحاكم إليه؛ لعدم ثبوت حقه بدوناً نظراً إلى أنه القدر المتيقن، مدفوعاً مضافاً إلى ما عرفت من دلالة بعض الروايات على خلافه أنه يسأل عن الدليل على السقوط مع عدم حلفه، مع أن مقتضى الأصل عدم سقوط حقه بعد كون دعواه قابلة للطرح والسماع، كما هو المفروض. فالإنصاف قوة القول الأول ورجحانه، فتدبر.

(١) تقدم في ص ١٣٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٥٥

[مسألة ٨: لو رجع المنكر الناكل عن نكوله]

مسألة ٨: لو رجع المنكر الناكل عن نكوله، فإن كان بعد حكم الحاكم عليه، أو بعد حلف المدعى المردود عليه الحلف لا يلتفت إليه، ويثبت الحق عليه في الفرض الأول، ولزم الحكم عليه في الثاني من غير فرق بين علمه بحكم النكول أو لا (١).

(١) في هذه المسألة فرعان:

الأول: إذا رجع المنكر الناكل عن نكوله بعد حكم الحاكم عليه، وفي هذه الصورة يثبت الحق على المنكر الناكل، ولا أثر لرجوعه أصلاً؛ لأنه بعد ارتفاع النزاع وفصل الخصومة بسبب حكم الحاكم الموضوع لهذه الجهة لا يبقى مجال لتجديد النزاع في هذه الواقعة،

و لا الحكم ثانياً أصلاً، كما هو واضح لا يخفى.

الثاني: ما إذا رجع المنكر المزبور بعد حلف المدعى المردود عليه الحلف و قبل الحكم، سواء كان الحلف مردوداً عليه من المنكر أو من الحاكم، بناءً على قول الماتن (قدس سرّه) من أن الحاكم يردّ عليه اليمين إذا لم يحلف المنكر و لم يردّ على المدعى. و في هذه الصورة يلزم على الحاكم الحكم على المنكر، و أن الرجوع لا- أثر له أصلاً؛ لأننا و إن ذكرنا أن الرجوع قبل الحلف لا مانع منه، إلا أن الكلام هنا في الرجوع بعد الحلف، و الظاهر أنه لا أثر له؛ لظهور بعض الروايات الواردة في ردّ المنكر اليمين إلى المدعى في أنه إذا حلف اليمين المردودة يترتب عليها ثبوت الحقّ مطلقاً، أي يجب على الحاكم أن يحكم على طبقه من دون انتظار أمر آخر، مع أن الحكم بجواز الرجوع بعده ينجّر إلى تعطيل القضاء و فصل الخصومة.

و لكن ذكر السيد في الملحقات: أن الأقوى الالتفات إلى رجوعه؛ لعدم ثبوت الحقّ عليه قبل حكم الحاكم، و إن تحقّق موجب، و دعوى أنه قد وجب على الحاكم

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٥٦

.....

الحكم عليه بعد تحقّق الموجب فيستصحب، مدفوعةً بأنّه موقوف على عدم رجوعه لا أقلّ من الشكّ، مع أن إطلاقات كون الحلف عليه شاملة لهذه الصورة، و القدر المسلّم من حكم النكول ما إذا كان باقياً عليه «١».

و ممّا ذكرنا ظهر جوابه؛ لأنّه لا- تصل التوبة إلى الاستصحاب مع ظهور الزوايه في خلافه، فالظاهر هو عدم الالتفات إليه، كما في المتن.

ثمّ إنّه حكى عن الرياض التفصيل بين صورة العلم و صورة الجهل «٢»، و الظاهر أنّه لا وجه له بعد عدم كون الجهل عذراً في الأحكام الوضعيّة، كما في الإلتاف الموجب للضمان، فإنّه لا فرق فيه بين صورتين، بل و بين صورة ثبوت التكليف و عدمه كما في النائم، كما لا يخفى.

(١) ملحقات العروة الوثقى: ٣/ ٦٨ ذ مسألة ١٧.

(٢) رياض المسائل: ١٣/ ١١٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٥٧

[مسألة ٩: لو استمهل المنكر في الحلف و الردّ ليلاحظ ما فيه صلاحه]

مسألة ٩: لو استمهل المنكر في الحلف و الردّ ليلاحظ ما فيه صلاحه، جاز إمهاله بمقدار لا يضرّ بالمدعى، و لا يوجب تعطيل الحقّ و التأخير الفاحش، نعم لو أجاز المدعى جاز مطلقاً بمقدار إجازته (١).

(١) لو استمهل المنكر في الحلف و الردّ ليلاحظ ما فيه صلاحه، ففيه صورتان:

الأولى: صورة إجازة المدعى الذي يدعى عليه الحقّ عيناً أو ديناً، و في هذه الصورة يجوز للمدعى الإمهال مطلقاً، و يقتصر على مقدار إجازته لأنّه صاحب الحقّ احتمالاً، و لا يعدو عنه كما هو المفروض، فيجوز له ذلك مطلقاً.

الثانية: ما إذا أراد الحاكم الإمهال، و في هذه الصورة لا بدّ من الاقتصار في الإجازة على مقدار لا يضرّ بالمدعى على تقدير كونه محقّقاً، و لا- يوجب تعطيل الحقّ و التأخير الفاحش، مع كون المقصود من الحكم فصل الخصومة و وصول الحقّ إلى صاحبه، كما لا

يخفى.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٥٨

[مسألة ١٠: لو قال المدعى: لى بيته لا يجوز للحاكم إلزامه بإحضارها]

مسألة ١٠: لو قال المدعى: لى بيته لا يجوز للحاكم إلزامه بإحضارها، فله أن يحضرها، أو مطالبه اليمين، أو ترك الدعوى، نعم يجوز له إرشاده بذلك أو بيان الحكم، من غير فرق فى الموضوعين بين علمه و جهله (١).

(١) قد وقع الاختلاف بينهم بهذه الصورة، وهى أنه هل يجوز للحاكم أن يقول للمدعى الذى يقول: لى بيته: أحضرها؟ فعن محكى الرياض نسبه إلى أكثر المتأخرين «١»، بل فى المسالك إلى أكثر أصحابنا «٢»، واستحسنه المحقق فى الشرائع «٣»، وعن المبسوط والمهذب والسرائر أنه لا يجوز «٤»، وعن القواعد والمختلف والدروس التفصيل بين علم الحاكم بمعرفة المدعى بكون المقام مقام بيته فلا يجوز، و بين جهله بذلك فيجوز «٥». والظاهر كما يستفاد من الجواهر «٦» أن النزاع لفظى لا- حقيقى؛ لأنه إن كان المراد بهذه اللفظة وهو قول: أحضرها، الأمر بإحضار البيته والإيجاب على المدعى، فلا وجه له؛ لأنه حق له إن شاء جاء وإلا فلا. إذ قد يريد اليمين وقد يرفع اليد عن الدعوى مطلقاً. وإن كان المراد به هو الاذن والإعلام لا الوجوب والإلزام، وإن شئت قلت: إرشاد المدعى الجاهل أو بيان الحكم، وأن المدعى الواجد للبيته إذا جاء بها تقبل، فلا وجه للحكم بعدم الجواز أصلاً، كما لا يخفى.

(١) رياض المسائل: ٩٠ / ١٣.

(٢) النهاية: ٣٣٩، المقنعة: ٧٢٣، المراسم: ٢٣١، الكافى فى الفقه: ٤٤٦، الوسيلة: ٢١٢، غنية النزوع: ٤٤٥، و حكاة عن الكامل للقاضى ابن البراج فى المختلف: ٨ / ٣٧٥ مسألة ٣، المسالك: ١٣ / ٤٥٩.

(٣) شرائع الإسلام: ٨٥ / ٤.

(٤) المبسوط: ٨ / ١٥٩، المهذب: ٢ / ٥٨٥، السرائر: ٢ / ١٥٨.

(٥) قواعد الأحكام: ٣ / ٤٤٠، مختلف الشيعية: ٨ / ٣٧٥ مسألة ٣، الدروس الشرعية: ٢ / ٩٠.

(٦) جواهر الكلام: ٤٠ / ١٩١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٥٩

[مسألة ١١: مع وجود البيته للمدعى يجوز له عدم إقامتها]

مسألة ١١: مع وجود البيته للمدعى يجوز له عدم إقامتها و لو كانت حاضرة و إحلاف المنكر، فلا يتعين عليه إقامتها، و لو علم أنها مقبولة عند الحاكم، فهو مخير بين إقامتها و إحلاف المنكر، و يستمرّ التخيير إلى يمين المنكر، فيسقط حينئذٍ حق إقامة البيته و لو لم يحكم الحاكم، و لو أقام البيته المعبرة و قبل الحاكم فهل يسقط التخيير أو يجوز العدول إلى الحلف؟ وجهان أو جههما سقوطه (١).

(١) قد عرفت أنه لا يتعين على المدعى إذا كانت له بيته إقامتها، و لو علم بوجودها للشرائع و كونها مقبولة عند الحاكم، و لا دليل على ترتب الاستحلاف و الإحلاف على عدم وجود البيته رأساً، فهو مخير بين إقامة البيته و إحلاف المنكر. كما أنه له إسقاط الدعوى

رأساً قبل حكم الحاكم، بل الدليل على العدم مثل: صحيحة ابن أبي يعفور المتقدمة، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه، فحلف أن لا- حق له قبله، ذهبت اليمين بحق المدعى، فلا- دعوى له قلت له: وإن كانت عليه بينة عادلة؟ قال: نعم إلخ «١». فإن قوله (عليه السلام): «إذا رضى..» مطلق شامل لثبوت البينة، وإمكان إقامتها وعدمه، كما أن قول السائل مطلق شامل لما إذا كانت البينة العادلة من أول الأمر، غاية الأمر أنه لم يقمها، أو لم تكن وتحقق بعد الحلف كما لا يخفى.

نعم ربما يترأى من ظاهر بعض الروايات تعليق الاستحلاف على عدم وجود البينة رأساً، مثل قوله (عليه السلام) في مرسله يونس المضمرة المتقدمة، الدالة على أن

(١) تقدمت في ص ١٣٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٦٠

.....

استخراج الحقوق بأربعة وجوه، فإن لم يكن شاهد، فاليمين على المدعى عليه «١». وقوله (عليه السلام) في التفسير المنسوب إلى الإمام العسكري (عليه السلام) عن أمير المؤمنين (عليه السلام) الحاكي لفعل الرسول (صلى الله عليه وآله): وإن لم يكن له بينة، حلف المدعى عليه بالله «٢» إلخ وبعض الروايات الأخرى، والظاهر أن المراد هو عدم إقامة البينة، سواء كانت موجودة أم لا. بقي الكلام في أمرين:

أحدهما: أن استمرار التخيير للمدعى إنما هو إلى زمان يمين المنكر، فقبل الحلف يجوز له الرجوع عن الاستحلاف، وأما بعد تحقق الحلف من المنكر فلا يكون المدعى باقياً على إقامة البينة، فلا يجوز له إقامتها بعده؛ لأن ظاهر مثل صحيحة ابن أبي يعفور المتقدمة ذهاب اليمين بحق المدعى ولو لم يحكم الحاكم، غاية الأمر أننا قيدناه بصورة الحكم، وأما التقييد بما إذا لم يقم البينة بعده فلا دليل عليه، بل صريح الصحيحة عدم التأثير لإقامة البينة بعد الحلف أصلاً، وظاهر إطلاقها وإن كان قبل الحكم. ثانيهما: أنه لو أقام المدعى البينة وقبلها الحاكم، فهل يسقط التخيير أو يجوز للمدعى العدول إلى الحلف مكان إقامة البينة؟ فيه وجهان؛ والأوجه هو الوجه الثاني؛ لأن الأدلة الدالة على جواز الاستحلاف منصرفاً عن هذه الصورة، فلا يجوز الإحلاف مع إقامة البينة وقبول الحاكم، وإن نفى عنه البعد السيد في الملحقات «٣».

(١) تقدمت في ص ١٤٨.

(٢) تأتي بطولها في ص ١٦٦-١٦٧.

(٣) ملحقات العروة الوثقى: ٣/ ٧٠ ذ مسألة ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٦١

[مسألة ١٢: لو أحضر البينة]

مسألة ١٢: لو أحضر البينة فإن علم أو شهدت القرائن بأن المدعى بعد حضورها لم يرد إقامتها فليس للحاكم أن يسألها، وإن علم أو شهدت الأحوال بإرادة إقامتها فله أن يسألها، ولو لم يعلم الحال وشك في ذلك فليس للحاكم سؤال الشهود، نعم له السؤال من المدعى بأنه أراد الإقامة أو لا (١).

(١) لو أحضر المدعى البيئته، ففيه صور ثلاث بالإضافة إلى الحاكم:

الاولى: أن يعلم الحاكم أو شهدت القرائن بأنه لم يرد إقامتها لإثبات دعواه بعد حضورها، ففي هذه الصورة لا يجوز للحاكم أن يسأل من البيئته شيئاً؛ لأن المفروض عدم إرادة المدعى إقامتها وإن كان قد أحضرها.

الثانية: أن يعلم الحاكم أو شهدت القرائن بأنه أراد إقامتها، وفي هذه الصورة يجوز للحاكم السؤال من البيئته فيما يرتبط بدعواه و شهادتهما، كما لا يخفى.

الثالثة: صورة الجهل بالحال وعدم علم الحاكم، وكذا عدم شهادة القرائن بأنه أراد الإقامة أو لم يرد، وفي هذه الصورة أيضاً لا يجوز للحاكم السؤال من البيئته بعد عدم إحراز إرادة الإقامة، نعم مع الجهل بذلك، وأن المدعى أراد الإقامة أو لم يرد يجوز له السؤال من المدعى، وأنه في مقام الإقامة، وما لم يثبت للحاكم ذلك لا يجوز السؤال من الشهود.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٦٢

[مسألة ١٣: إذا شهدت البيئته فإن عرفهما الحاكم بالفسق طرح شهادتهما]

مسألة ١٣: إذا شهدت البيئته فإن عرفهما الحاكم بالفسق طرح شهادتهما، وكذا لو عرف بفقد بعض شرائط الشهادة، ولو عرفهما بالعدالة و جامعيتهما الشرائط قبل شهادتهما، وإن جهل حالهما توقّف واستكشف من حالهما، وعمل بما يقتضيه (٢).

(٢) إذا شهدت البيئته التي أقامها المدعى، ففيه أيضاً صور ثلاث:

الاولى: أن يعرفهما الحاكم بالفسق، أو يفقد بعض شرائط الشهادة، ففي هذه الصورة يطرح شهادتهما.

الثانية: أن يعرفهما الحاكم بالعدالة و الجامعية لشرائط الشهادة، وفي هذه الصورة يقبل شهادتهما و يحكم للمدعى.

الثالثة: أن يكون حالهما من حيث العدالة أو الجامعية للشرائط مجهولاً للحاكم، وفي هذه الصورة يتوقّف الحاكم عن القبول والحكم، ويستكشف عن حالهما ليظهر ويعمل على طبق ما استكشف من القبول أو الرد.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٦٣

[مسألة ١٤: إذا عرفهما بالفسق أو عدم جامعيتهما للشرائط طرحهما من غير انتظار التزكية]

مسألة ١٤: إذا عرفهما بالفسق أو عدم جامعيتهما للشرائط طرحهما من غير انتظار التزكية، لكن لو ادعى المدعى خطأ الحاكم في اعتقاده تسمع منه، فإن أثبت دعواه، وإلا فعلى الحاكم طرح شهادتهما. وكذا لو ثبت عدالتهما و جامعيتهما للشرائط، لم يحتج إلى التزكية و يعمل بعلمه، ولو ادعى المنكر جرحهما أو جرح أحدهما تقبل، فإن أثبت دعواه أسقطهما وإلّا حكم، و يجوز للحاكم التعويل على الاستصحاب في العدالة و الفسق (١).

(١) الغرض من هذه المسألة أنه إذا اعتقد الحاكم فسق الشاهدين أو أحدهما، أو عدم الجامعية للشرائط المعبرة في قبول الشهادة، يطرحهما من غير انتظار التزكية، لكن لو ادعى المدعى خطأ الحاكم في اعتقاده تسمع هذه الدعوى من المدعى، بمعنى أن له إثبات دعواه و خطأ الحاكم، فإن أثبت دعواه و خطأ الحاكم، وإلا فعليه طرح شهادتهما و عدم الاعتناء بالبيئته. وهكذا بالإضافة إلى المنكر لو ثبتت العدالة و الجامعية للشرائط بحسب اعتقاد الحاكم، لكن ادعى المنكر جرحهما أو جرح أحدهما، فإنه تقبل هذه الدعوى من

المنكر، غاية الأمر يحتاج إلى الإثبات، فإن أثبت دعواه أسقطهما وإلا يحكم الحاكم.

ينبغي التنبيه على أمرين:

أحدهما: أن إثبات دعوى المنكر خطأ الحاكم في الاعتقاد بالعدالة لا- يتوقف على ثبوت الفسق بنحو يوجب الحدّ مثلاً، فإذا ادعى المنكر أن أحد الشاهدين زان مثلاً، لا حاجة في مقام الإثبات إلى البيّنة المعتبرة في إثبات الزنا الموجب للحدّ، بل مجرد شهادة عدلين بذلك يكفي في لزوم الإسقاط وعدم الحكم؛ لأنّه ليس المراد إلا مجرد عدم العدالة المعتبرة في الشهادة، لا ثبوت الزنا الموجب للحدّ، فتدبر

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٦٤

[مسألة ١٥: إذا جهل الحاكم حالهما وجب عليه أن يبين للمدعى أن له تزكيتهما بالشهود مع جهله به]

مسألة ١٥: إذا جهل الحاكم حالهما وجب عليه أن يبين للمدعى أن له تزكيتهما بالشهود مع جهله به، فإن زكاهما بالبيّنة المقبولة وجب أن يبين للمدعى عليه أن له الجرح إن كان جاهلاً به، فإن اعترف بعدم الجرح حكم عليه، وإن أقام البيّنة المقبولة على الجرح سقطت بيّنة المدعى (١).

كى لا يختلط عليك الأمر.

ثانيهما: يجوز للحاكم التعويل على الاستصحاب في العدالة والفسق، إذا كانت هناك حالة سابقة متيقّنة لفرض حجّيته، وإن لم يكن في البين حتى الاستصحاب؛ لعدم العلم بالحالة السابقة، فلا يجوز للحاكم ترتيب الأثر على البيّنة المشكوكه، كما لا يخفى. (١) إذا كان الحاكم جاهلاً بحال البيّنة التي أقامها المدعى فالواجب عليه أن يبين للمدعى إذا كان جاهلاً أن له تزكية الشهود، فإن لم يزكهما فبها، وإن زكاهما بالبيّنة المعتبرة المقبولة عنده بحيث قامت البيّنة على عدالة كلّ منهما، فالواجب على الحاكم أن يبين للمدعى عليه الجاهل أن له الجرح فإن اعترف بعدم الجرح حكم على المدعى عليه، وإن أقام البيّنة المقبولة على الجرح تساقطت البيّتان؛ لتعارض الأمرين أو تقدّم بيّنة الجرح على بيّنة المزكى، كما يأتي البحث (١) فيه إن شاء الله تعالى، وبالآخرة تسقط بيّنة المدعى عن الاعتبار و جواز الحكم باستنادها، كما لا يخفى.

(١) في ص ١٨١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٦٥

[مسألة ١٦: في صورة جهل الحاكم و طلبه التزكية من المدعى]

مسألة ١٦: في صورة جهل الحاكم و طلبه التزكية من المدعى لو قال: «لا- طريق لى» أو قال: «لا- أفعل» أو «يعسر على» و طلب من الحاكم الفحص، لا- يجب عليه ذلك و إن كان له ذلك، بل هو راجح. و لو طلب الجرح في البيّنة المقبولة من المدعى عليه و لم يفعل و قال: «لا طريق لى» أو «يعسر على» لا يجب عليه الفحص، و يحكم على طبق البيّنة، و لو استمهله لإحضار الجرح فهل يجب الإمهال ثلاثة أيام، أو بمقدار مدّة أمكنه فيها ذلك، أو لا يجب و له الحكم، أو وجب عليه الحكم فإن أتى بالجرح ينقضه؟ وجوه، لا يبعد وجوب الإمهال بالمقدار المتعارف، و لو ادعى الإحضار في مدّة طويلة يحكم على طبق البيّنة (١).

(١) فيما إذا طلب الحاكم الجاهل بحالهما من المدعى التركية، وقال المدعى في الجواب: لا طريق لي أو قال: لا أفعل، أو قال: يعسر عليّ، وطلب من الحاكم الفحص عن العدالة وعدمها، ففي وجوب الفحص عليه وجهان، قد يقال بالوجوب نظراً إلى أحد أمرين: الأول: كون المقام من قبيل باب الوضوء، فكما أنه يجب في ذلك المقام الفحص عن الماء، ولا يكتفى بمجرد عدم وجدانه في المحل الذي يريد الوضوء، فكذلك المقام يجب على الحاكم الفحص عن عدالة البيئة المأمور بالحكم على طبقها. ويرد عليه بطلان المقايسة والتشبيه، فإن وجوب الوضوء وجوب مطلق، واللازم تهيئة مقدماته من الماء وغيره، ولو لا الدليل على لزوم الفحص إلى مقدار معين لكان اللزام الفحص مطلقاً إلى أن يتحقق اليأس، وهذا بخلاف المقام الذي لا يلزم ولا يجب فيه الحكم بنفع المدعى إلا على فرض إقامة بينة عادلة مقبولة عند الحاكم، والفرض جهله بالعدالة.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٦٦

.....

وقد عرفت أن الحاكم لا يجوز أن يقول للمدعى الواجد للبيئة: أحضرها، مريداً به الإلزام، كما أنك عرفت أنه لا يجوز أن يسأل عن البيئة ما لم يرد المدعى إقامتها، وهذا وأشباهه دليل على عدم كون وجوب الحكم وجوباً مطلقاً كالوضوء في المثال.

الثاني: دلالة الرواية المنقولة عن التفسير المنسوب إلى الإمام الحسن بن عليّ العسكري (عليهما السلام)، عن آباءه، عن عليّ (عليه السلام) المفصلة الدالة على أن النبي (صلى الله عليه وآله) إذا تخاصم إليه رجلان قال للمدعى: ألك حجة؟ فإن أقام بينة يرضاهما يعرفها أنفذ الحكم على المدعى عليه، وإن لم يكن له بينة حلف المدعى عليه إلى أن قال: وإذا جاء بشهود لا يعرفهم بخير ولا شر، قال للشهود: أين قبائلكما؟ فيصنفان إلى أن قال: ثم يأمر فيكتب أسامي المدعى والمدعى عليه والشهود، ويصف ما شهدوا به ثم يدفع ذلك إلى رجل من أصحابه الخيار، ثم مثل ذلك إلى رجل آخر من خيار أصحابه، ثم يقول: ليذهب كل واحد منكما من حيث لا يشعر الآخر إلى قبائلهما فيسأل عنهما فيذهبان ويسألان، فإن أتوا خيراً إلى أن قال: قضى حينئذ بشهادتهما على المدعى عليه، فإن رجعا بخبر سيئ لم يهتك ستر الشاهدين، ولكن يدعو الخصوم إلى الصلح؛ لئلا يفتضح الشهود، فإن كان الشهود من أخلاط الناس غرباء لا يعرفون ولا قبيلة لهما، فإن قال المدعى عليه: ما عرفنا أي في الشهود إلا خيراً غير أنهما قد غلطا فيما شهدا عليّ، أنفذ شهادتهما، وإن جرحهما وطعن عليهما أصلح بين الخصم وخصمه، وأحلف المدعى عليه، وقطع

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٦٧

.....

الخصومة بينهما (١).

هذا، ولكن صحة التفسير المذكور وانتسابه إلى الإمام (عليه السلام) غير معلومة، وإن نقل عنه في الوسائل ولم ينقل عن مثل فقه الرضا، لكن اعتماد الوسائل ليس بحجة شرعية، نعم بعد ملاحظة قاعدة التسامح في أدلة السنن لا مجال للارتباب في استحباب الفحص.

ولو لا الشك في انتساب الكتاب المزبور لما كان للحمل على الاستحباب وجه؛ لأن فعل النبي (صلى الله عليه وآله) وإن كان أعم من الوجوب لاحتمال الاستحباب، إلا أنه لما كان الحاكي عنه هو المعصوم (عليه السلام)، وكان الغرض من حكايته بيان الحكم بهذه الكيفية؛ لكان اللزام هو الأخذ بظاهر كلامه الدال على اللزوم في مثل المقام، كما لا يخفى.

ثم إنه لا إشكال في عدم وجوب الفحص عن الجرح لو قال للمدعى عليه وطلب منه الجرح بالإضافة إلى البيئة المقبولة عنده، وقال: لا طريق لي أو يعسر عليّ، بل يحكم الحاكم بنفع المدعى.

نعم لو استمهله المدعى عليه لإحضار الجرح، فتارةً يدعى الإحضار في مدة طويلة يتضرر فيها المدعى، و يتضح حقه الذي يدعى، فلا إشكال في عدم جواز الإمهال المدّة المذكورة، بل يحكم على طبق البيّنة المقبولة بنفع المدعى. و أخرى يستمهل لإحضار الجرح مطلقاً، فربما يقال كما عن المبسوط: بإمهاله ثلاثة أيام «٢»، كما أنه يحتمل الإمهال مدّة

(١) تفسير المنسوب إلى الإمام الحسن العسكري (عليه السلام): ٢٨٤، و عنه وسائل الشيعه: ٢٧ / ٢٣٩، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٦ ح ١.

(٢) المبسوط: ١٥٩ / ٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٦٨

.....

يمكنه فيها الإحضار.

و يحتمل ثالثاً عدم وجوب الإمهال أصلاً، فيجوز أو يجب عليه الحكم. غاية الأمر أنه إن أتى بالجرح ينقض الحاكم الحكم، فيه وجوه واحتمالات، و لكن لا يبعد الاحتمال المتوسط و وجوب الإمهال بالمقدار المتعارف؛ لعدم الدليل المعتبر على مقدار ثلاثة أيام، و ربّما يكون جاهلاً بأن يقيم المدعى البيّنة المقبولة، و يحتمل فيه الاستحلاف و طلب الحلف من المنكر، فأصل الإمهال رعاية لعدم تضييع الحقّ لازم لا ريب فيه، و أما الإمهال ثلاثة أيام فلا دليل عليه.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٦٩

[مسألة ١٧: لو أقام البيّنة على حقه و لم يعرفها الحاكم بالعدالة]

مسألة ١٧: لو أقام البيّنة على حقه و لم يعرفها الحاكم بالعدالة، فالتمس المدعى أن يحبس المدعى عليه حتّى يثبت عدالتهما، قيل: يجوز حبسه، و الأقوى عدم الجواز، بل لا يجوز مطالبة الكفيل منه و لا تأمين المدعى به، أو الرهن في مقابل المدعى به (١).

(١) قد تعرّض الأصحاب لتظير هذه المسألة، قال المحقق في الشرائع: و لو ذكر المدعى أنّ له بيّنة غائبة خيره الحاكم بين الصبر و بين إحلاف الغريم، و ليس له ملازمته و لا- مطالبته بكفيل «١». قال في الجواهر: وفاقاً للمحكي عن أكثر المتأخرين بل عامتهم «٢»، و الإسكافي، و الشيخ في الخلاف و المبسوط، و الحلّي، و الفاضلي في أحد قوليّه «٣» إلى أن قال: خلافاً للمحكي عن الشيخين في المقنعة و النهاية، و القاضي في أحد قوليّه، و ابني حمزة و زهرة نافية للخلاف فيه ظاهراً «٤»، «٥».

و الدليل على قول الأوّل أنه لا- معنى للعقوبة على الحقّ قبل ثبوته، كما هو المفروض، على أنّ الكفيل يلزمه الحقّ إن لم يحضر المكفول، و هنا لا معنى له قبل إثباته، و لا معنى لكون حضور الدّعي و سماع البيّنة حقاً يكفل عليه. و على القول الآخر قاعدة لا ضرر و لا ضرار، فإنّه قد يهرب المدعى عليه،

(١) شرائع الإسلام: ٨٥ / ٤.

(٢) كشف الرموز: ٥٠٠ / ٢، قواعد الأحكام: ٤٤٢ / ٢، إيضاح الفوائد: ٣٣٥ / ٤، اللمعة الدمشقية: ٥١، المقتصر: ٣٧٧، مسالك الأفهام:

٤٦٤ / ١٣، رياض المسائل: ٩٢ - ٩٣.

(٣) حكاة في المختلف: ٣٧٦ / ٨ عن الإسكافي، الخلاف: ٢٣٧ / ٦ مسألة ٣٦، المبسوط: ١٥٩ - ١٦٠، المهذب: ٥٨٦ / ٢.

(٤) المقنعة: ٧٣٣، النهاية: ٣٣٩، و حكاة عن الكامل للقاضي ابن البراج في المختلف: ٨ / ٣٧٦، الوسيلة:

٢١٢، غنية النزوع: ٤٤٥.

(٥) جواهر الكلام: ٢٠٥ / ٤٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٧٠

.....

و لا يتمكّن المدعى من تحصيل الحقّ، فيجب حينئذٍ مقدّمته للزوم مراعاة حقّ المسلم من الذهاب في نفس الأمر، و الإلزام بالكفيل أو الحبس و إن كان ضرراً إلا أنّ ذهاب الحقّ أيضاً ضرراً، و على الحاكم مراعاة الأقلّ منهما ضرراً، و لعلّه التكفيل.

هذا، و يظهر عن محكيّ الرياض التفصيل في المسألة، بأنّه إن خيف هرب المنكر، و عدم التمكن من استيفاء الحقّ بعد ثبوته من ماله فالقول الثاني لا- يخلو من رجحان، و لو لم يتحقّق الخوف من ذلك أمكن ترجيح القول الأوّل «١»، و بهذا التفصيل صرح الفاضل المقداد فيما حكى عنه «٢».

أقول: أما قاعدة نفى الضرر و الضرر فمضافاً إلى الاختلاف فيها في كونها حكماً حكومياً أو شرعياً بالعنوان الأوّل أو الثانوي، يرد على الاستدلال بها أنّه لا وجه لجريانها في المقام إذ الضرر لا يدفع بالضرر، مع أنّها لا تقتضى تعجيل الضرر على المسلم باحتمال ضرر الآخر، و عدم تمكّن المدعى من تحصيل حقه على فرض الهرب فرضاً لا- يرتبط بالحاكم الذي لا تكون وظيفته بعد سماع الدعوى إلّا الحكم على طبق مثل البيئنة العادلة أو اليمين، و إلّا يجب على الحاكم ذلك قبل طرح الدعوى؛ لئلا يضيع حقه.

نعم بعد ثبوت الدعوى تجرى مسألة الحبس، كما تقدّم من حبس المديون الواحد المتمكّن من أداء الدين الممتنع عنه «٣». فالإنصاف ما أفاده الماتن (قدّس سرّه) من أنّه لا تجوز مطالبة الكفيل منه، و لا تأمين المدعى به أو الرهن في مقابله.

(١) رياض المسائل: ٩٤ / ١٣.

(٢) التنقيح الرائع: ٢٥٣ ٢٥٢ / ٤.

(٣) في ص ١٢٤ ١٢٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٧١

[مسألة ١٨: لو تبين فسق الشاهدين أو أحدهما حال الشهادة انتقض الحكم]

مسألة ١٨: لو تبين فسق الشاهدين أو أحدهما حال الشهادة انتقض الحكم، و إن كان طارئاً بعد الحكم لم ينتقض، و كذا لو تبين فسقهما بعد الشهادة و قبل الحكم على الأشبه (١).

(١) لا- شبهة في اعتبار العدالة في الشاهدين، و هل العدالة المعتمدة إنّما هي بنحو الشرط العلمي نحو العدالة في إمام الجماعة، أو الواقعي كما في الشاهدين في باب الطلاق؟ يظهر من صاحب الجواهر: أنّه لو لا اتفاق كلمة الأصحاب ظاهراً، و أصله الواقعيّة في الشرائط، و لو كانت مستفادة من قوله تعالى و أشهدوا ذوى عدلٍ منكم «١» لأمكن أن يدعى أنّ الشرط علمي؛ لإطلاق ما دلّ على نفوذ الحكم و عدم جواز ردّه، إذا كان على نحو قضائهم (عليهم السلام)، و على حسب الموازين التي نصبوها لذلك، و لا دليل على اشتراط أزيد من ذلك حتّى قوله تعالى المذكور؛ لأنّ المراد منه ذوى عدل عندكم، لا أقل من الشكّ، فيبقى ما دلّ على نفوذ الحكم بحاله، إلّا أن يقال بالفرق بين ما هنا و بين الجماعة، بأنّ المدار هناك على الصلاة خلف من تثقّ بعدالته، كما في النص، بخلاف

المقام المعبر كونه عدلاً «٢».

و كيف كان فبناءً على اعتبار العدالة الواقعية يكون في المسألة صور ثلاث:

الأولى: ما إذا تبين فسق الشاهدين أو أحدهما حال الشهادة، وفي هذه الصورة لا شك في انتقاض الحكم بنفسه و صيرورته كالعدم؛ لأن الحكم كان مستنداً إلى شهادتهما، و المفروض تبين الفسق للحاكم الراجع للخصومة، فكأنه لم يصدر منه.

(١) سورة الطلاق: ٢/٦٥.

(٢) جواهر الكلام: ١١٣/٤٠، ١١٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٧٢

.....

حكم أصلاً الثانية: تبين ذلك بعد الحكم الصادر من الحاكم بمعنى عروض الفسق بعده، و في هذه الصورة لا مجال للانتقاض بوجه بعد إمكان زوال العدالة و عروض الفسق، و كون العدالة المعبرة إنما هي بالإضافة إلى الحكم الثابت قبله، و احتمال عروض الفسق نظير الكفر بعد الإيمان، بل الحالات الخمسة الواقعية المحكية بقوله تعالى إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ أزدادوا كُفْرًا «١».

و بالجملة: لا شبهة في عدم الانتقاض في هذه الصورة بعد جامعية الحكم لجميع الشرائط، كما لا يخفى.

الثالثة: ما إذا تبين الفسق بعد الإقامة و قبل حكم الحاكم، و بعبارة أخرى عرض الفسق في الزمان الفاصل بين الأمرين، و قد وقع الخلاف في الانتقاض و عدمه بمعنى جواز الحكم و عدمه، قال المحقق (قدس سرّه) في كتاب الشهادات من الشرائع: لو شهدا ثم فسقا قبل الحكم حكم بهما؛ لأن المعبر بالعدالة عند الإقامة «٢»، وفاقاً للمحكي عن الحلّي «٣» و أحد قولي الشيخ «٤» و الفاضل «٥»، و خلافاً للمحكي عن الشيخ أيضاً في القول الآخر «٦»

(١) سورة النساء: ٤/١٣٧.

(٢) شرائع الإسلام: ٤/١٤٢.

(٣) السرائر: ٢/١٧٩،

(٤) الخلاف: ٦/٣٢٠ مسألة ٧٣، المبسوط: ٨/٢٤٤.

(٥) قواعد الأحكام: ٣/٥١٥، إرشاد الأذهان: ٢/١٦٨.

(٦) المبسوط: ٨/٢٣٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٧٣

.....

و الفاضل في المختلف «١» و الشهيد «٢» و جماعة «٣».

هذا، و يظهر الميل إليه من صاحب الجواهر «٤»، و ما قيل في ترجيح هذا القول عبارة عن أنه لم ينقل الخلاف من أحد في أنه لو طرأ فسق شاهد الأصل قبل الحكم بشهادة الفرع لم يحكم؛ لأن الحكم مستند إلى شهادة الأصل، و لا فرق بين المقامين، بل ما نحن فيه أولى، و صدق الحكم بشهادة الفاسق، و كونه كما لو رجع عن الشهادة قبل الحكم، و كما لو كان وارثاً، و مات المشهود له قبل

الحكم، فإن المحكى عن المسالك اتفاق الجميع على عدم جواز الحكم حينئذٍ، وأن طرؤ الفسق يضعف ظن العدالة السابقة؛ لبعده طرؤه دفعة واحدة «٥». وإن أجاب عما عدا الأول صاحب الجواهر بالنقض بجريان مثل ذلك في الجنون ونحوه «٦». هذا، مع أن صدق الحكم بشهادة الفاسق مع فرض كونهما عادلين حال إقامة الشهادة ممنوع، اللهم إلا أن يستفاد من الأدلة والنصوص المستفيضة الدالة على رد شهادة الفاسق ولو بالإطلاق لزوم رد شهادته مطلقاً، ولو كان حال الإقامة عادلاً واقعاً، والظاهر عدم ثبوت الإطلاق لها من هذه الجهة، بل مفادها رد شهادة الفاسق حال الإقامة، سواء كان حال الحكم باقياً على العدالة أم لا.

(١) مختلف الشيعة: ٨ / ٥٤٦ مسألة ١٠٦، وكذا في تحرير الأحكام: ٥ / ٢٨٢.

(٢) الدروس الشرعية: ٢ / ١٣٣، مسالك الأفهام: ١٤ / ٢٩٥،

(٣) الجامع للشرائع: ٥٤٦، شرائع الإسلام: ٤ / ٩٢٤، مفاتيح الشرائع: ٣ / ٢٩٦.

(٤) جواهر الكلام: ٤١ / ٢١٨ - ٢١٩.

(٥) مسالك الأفهام: ١٤ / ٢٨١ - ٢٨٢، ٢٩٥.

(٦) جواهر الكلام: ٤١ / ٢٠٧ - ٢٠٦ و ٢١٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٧٤

.....

و عليه فلا- يكون فرق بين أن يكون زمان التبين قبل الحكم، فيجوز مع طرؤ الفسق في هذا الزمان و لو بالكفر مثلاً، أو يكون زمان التبين بعد الحكم، فلا- يتحقق الانتقاض حينئذٍ، كما هو المفروض في المتن بلحاظ التعبير بعدم الانتقاض، الظاهر في أن زمان التبين إنما هو بعد الحكم.

و كيف كان فالمسألة مع أنها خلافتية مشكلة جداً من مساعدة الاعتبار و تناسب الحكم و الموضوع، و لعل ظهور الأدلة على أن الملاك و الاعتبار بالعدالة حال الإقامة و الأداء، و أن طرؤ الفسق بعدها لا دخالة له في ذلك أصلاً، و ممّا ذكره في الجواهر مؤيداً بالأصل.

هذا بالإضافة إلى حق الناس، و أما بالنسبة إلى حق الله تعالى فقد ذكر المحقق عقيب عبارته المتقدمة: «و لو كان حقاً لله تعالى كحدّ الزناء لم يحكم؛ لأنه مبني على التخفيف، و لأنه نوع شبهة، و في الحكم بحدّ القذف و القصاص تردد أشبهه الحكم لتعلق حقّ آدمي به»، و يمكن الفرق بين حدّ القذف و القصاص بأن الأول مشمول لقوله (عليه السلام): «ادروا الحدود بالشبهات» «١» بخلاف الثاني؛ لأنه ليس بحدّ، كما أنه في مثل السرقة يتحقق الفرق بين القطع الذي هو مرتبط بالله تعالى، و بين ردّ المال المسروق إلى المسروق منه؛ لكون الثاني حقاً آدمياً محضاً، كما لا يخفى.

(١) الفقيه: ٤ / ٥٣ ح ٩٠، المقنع: ٤٣٧، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٨ / ٤٧، كتاب الحدود، أبواب مقدمات الحدود ب ٢٤ ح ٤ و ص ١٣٠، أبواب حدّ الزنا ب ٢٧ ح ١١، و تأتي في ص ٢٧٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٧٥

[مسألة ١٩: الظاهر كفاية الإطلاق في الجرح والتعديل]

مسألة ١٩: الظاهر كفاية الإطلاق في الجرح والتعديل، و لا- يعتبر ذكر السبب فيهما مع العلم بالأسباب، و موافقة مذهبه لمذهب

الحاكم، بل لا يبعد الكفاية إلا مع العلم باختلاف مذهبهما، و يكفي فيهما كل لفظ دال على الشهادة بهما، ولا يشترط ضم مثل أنه مقبول الشهادة أو مقبولها لى و على و نحو ذلك فى التعديل، و لا مقابلاته فى الجرح (١).

(١) المشهور هى كفاية الإطلاق فى العدالة و لزوم التفسير فى الجرح (١)، و عن ابن الجنيد (٢) لزوم التفسير فيهما، و اختار الماتن (قدس سره) كفاية الإطلاق فى الجرح و التعديل، و هو الذى يظهر من صاحب الجواهر (قدس سره) (٣)، و استدلل المشهور لعدم كفاية الإطلاق فى الجرح بعدم العسر بذكره، و بأنه ربما لا يكون جرحاً عند الحاكم المشهود عنده بخلاف تفصيل العدالة المحتاج إلى ذكر جميع الكبائر و غيره مما يتعدّر أو يتعسر إحصاؤه. و ربما أشكل ذلك بأن الاختلاف فى أسباب الفسق يقتضى الاختلاف فى أسباب العدالة، فإن الاختلاف مثلاً فى عدد الكبائر كما يوجب فى بعضها ترتب الفسق على فعله، يوجب فى بعض آخر عدم قدحه فى العدالة بدون الإصرار عليه، فيزكى المزكى مع علمه بفعل ما لا يقدر عنده فيها، و هو قادح عند الحاكم. و كيف كان ففى المسألة صور ثلاث:

إحداها: ما لو علم باتفاق المذهبين فى تفسير العدالة، و الأسباب الموجبة لها

- (١) المبسوط: ١٠٩ / ٨، الخلاف: ٢٢٠ / ٦، السرائر: ١٧٤ / ٢، الوسيلى: ٢١١، شرائع الإسلام: ٧٧ / ٤، تحرير الأحكام: ١٣٢ / ٥، مسالك الأفهام: ٤٠٦ / ١٣، مستند الشيعة: ٢١٣ / ١٨.
- (٢) حكى عنه فى مختلف الشيعة: ٨ / ٤٤١ مسألة ٤٢.
- (٣) جواهر الكلام: ١١٦ / ٤٠.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلى - القضاء و الشهادات، ص: ١٧٦

.....

أو للفسق، و فى هذه الصورة لا وجه للزوم التفسير بوجه بالإضافة إلى العدالة و الجرح كما لا يخفى. ثانياً: ما لو لم يعلم الاتفاق و الخلاف بين بينة المزكى أو الجرح و بين مذهب الحاكم، و يظهر من المتن نفى البعد عن كفاية الإطلاق فى هذه الصورة أيضاً، و وجهه على ما يظهر من الجواهر ما هو المعلوم من طريقة الشرع من حمل عبارة الشاهد على الواقع، و إن اختلف الاجتهاد فى تشخيصه قال: و من هنا لا يجب سؤاله عن سبب التملك مع الشهادة به، و كذا التطهير و التنجيس و غيرها، و إن كانت هى أيضاً مختلفة فى الاجتهاد، بل يحمل قول الشاهد على الواقع، كما يحمل فعله على الصحيح فى نفس الأمر لا فى حق الفاعل خاصية، و ما العدالة 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 (١).

هذا، و يظهر من المحقق العراقى (قدس سره) فى رسالته فى القضاء التفصيل بين ما إذا كانت المخالفة المحتملة فيما يرتبط بالشبهات الحكمية؛ للاختلاف فى مدخلية ترك المروة فى حقيقة العدالة، و بين ما إذا كانت فيما يرتبط بالشبهات الموضوعية، ففى الأولى يلزم الاستفسار دون الثانية، و هذا التفصيل يجرى فى جميع الموارد المشابهة كالملكية و الزوجية و أمثالهما. قال: و لكن الذى يسهل الخطب فى هذه الأمور غير مسألة الجرح لكون حسن الظاهر أمانة دعوى بعض قيام السيرة على سماع الشهادة مطلقاً فيها، بلا احتياج

(١) جواهر الكلام: ١١٧ / ٤٠.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلى - القضاء و الشهادات، ص: ١٧٧

.....

إلى الاستفسار عن سببها، فإن تم ذلك فهو، وإلا فلننظر فيه بإطلاقه مجال، إذ مقتضى القاعدة هو الذي بيناه «١»، انتهى.

و أنت خبير بأنه لو بنى على محض القاعدة لكان الالتزام بعدم تحقق العدالة و الصحة لازماً مطلقاً؛ لاقتضاء الاستصحاب العدم.

أقول: هنا إشكال في أصل المسألة، وهو أنه لم جعل الملاك في المسألة مذهب بينة المزكى أو الجرح و ملاحظته مع مذهب الحاكم، مع أنه من الممكن اختلاف مذهب بينة المدعى مع نظر الحاكم و مذهبه؟ فإنه يمكن أن لا ترى بينة المدعى اجتهاداً أو تقليداً بعض الأسباب موجبا للجرح، بحيث لو كان عنده كذلك لكان يجتنب عنه بخلاف الحاكم؛ و في هذه الصورة إن قلنا بعدم ترتيب الحاكم الأثر على بينة المدعى يلزم عدم الأخذ بها مع ثبوت العدالة لهما بحسب مذهبهما، و إن لم نقل بذلك بل بلزوم ترتيب الأثر عليها يلزم الحكم على طبق البينة غير العادلة بنظره.

ثالثها: صورة العلم بالاختلاف، و في هذه الصورة لا يكفي الإطلاق لا بالإضافة إلى التعديل و لا بالنسبة إلى الجرح، بل اللزوم التفسير ليلاحظ ثبوت العدالة بنظر الحاكم و عدمه، و وجهه واضح.

بقي في المسألة أمور لا بد من التنبيه عليها:

الأول: أنه يكفي في الشهادة بالعدالة أو الفسق كل لفظ دال عليها، و لا يجب أن يكون مشتملاً على عنوان الشهادة مثل قوله: أشهد، و إن أوهمته عبارة

(١) كتاب القضاء للمحقق العراقي: ٦١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٧٨

.....

العلامة في القواعد «١»، لكن الظاهر أن مراده ما ذكرنا و لو في باب التزكية، لكن اللزوم أن يكون في مقام الشهادة و لو بدلالة قرائن الأحوال، فإن الشهادة و إن كانت من مقولة الإخبار لا الإنشاء، إلا أنها نوع خاص و مقام مخصوص، و لا ينطبق عنوان الشاهد إلا على من كان في هذا المقام، و عليه فلا يكفي مجرد الإخبار بالعدالة، بل يجب الشهادة عليها بخلاف التفسير، فتدبر.

الثاني: هل يجب ضم أنه مقبول الشهادة إلى قوله عدل أم لا؟ قال في محكي القواعد: لا بد فيها أيضاً من ضم مقبول الشهادة إلى قوله عدل، إذ رب عدل لا تقبل شهادته؛ لغلبة الغفلة عليه «٢»، و يرد عليه مضافاً إلى أن الكلام في ثبوت وصف العدالة و عدمه لا في جهات اخرى، و إلا يلزم ذكر جميع الخصوصيات المعبرة في الشاهد أنه لا دليل على هذه اللابدية بعد تحقق الشهادة بالعدالة، كما لا يخفى.

الثالث: عن المختصر الأحمدي «٣» لا بد أن يقول: عدل مقبول الشهادة على ولي «٤»، و عن التحرير يجب على المزكى أن يقول: أشهد أنه عدل مقبول أو هو عدل لي و على «٥»، بمعنى الاكتفاء بأحدهما؛ لأنه لا تعلق الصلتان بالعدل إلا بتضمين معنى الشهادة، فيتحد حينئذ مؤداهما و يكفي أحدهما، و نسبه في المسالك إلى أكثر المتأخرين «٦».

(١) قواعد الأحكام: ٣ / ٤٣١.

(٢) قواعد الأحكام: ٣ / ٤٣١.

(٣) هو لابن الجنيدي كما في مسالك الأفهام: ١٣ / ٤٠٨.

(٤) حكاة عن ابن الجنيد في مختلف الشيعة: ٨ / ٤٤١ مسألة ٤٢.

(٥) تحرير الأحكام: ١٣٢ / ٥.

(٦) مسالك الأفهام: ١٣ / ٤٠٨ / ٤٠٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٧٩

.....

و يرد على هذا القول: أنه لا يعلم المراد من قوله: «لى و على» فإن كان الغرض منه أن يبين أنه ليس بولد بناءً على أن شهادة الولد على والده غير مقبولة، فيرد عليه ما أورده في الجواهر (١) مما يرجع إلى أنه على تقدير تسليم عدم قبول الشهادة المذكورة، لا يدل قوله: «عدل لى و على» على أنه ليس بولد؛ لأن العدل عدل على أبيه و له، غاية الأمر عدم قبول شهادته عليه، و على تقدير أن يراد به نفى البتة فالمعتبر عدمها، لا- التعرض إلى نفيه لفظاً، مع أنه يحصل بقوله: «على» و لا حاجة إلى إضافة قوله: «لى»، و إن كان المراد تأكيد ثبوت العدالة و وصفها كما ربما يتراءى فى النظر، فيرد عليه عدم الدليل على لزوم هذا التأكيد و وجوبه. و كيف كان فالتحقيق ما أفاده فى المتن.

(١) جواهر الكلام: ١١٨ / ٤٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٨٠

[مسألة ٢٠: لو تعارضت بينة الجرح و التعديل]

مسألة ٢٠: لو تعارضت بينة الجرح و التعديل بأن قالت إحداهما: «أنه عادل»، و قالت الأخرى: «أنه فاسق»، أو قالت إحداهما: «كان يوم كذا يشرب الخمر فى مكان كذا»، و قالت الأخرى: «إنه كان فى يوم كذا فى غير هذا المكان» سقطتا، فعلى المنكر اليمين، نعم لو كان له حالة سابقة من العدالة أو الفسق يؤخذ بها، فإن كانت عدالة حكم على طبق الشهادة، و إن كانت فسقاً تطرح، و على المنكر اليمين (١).

(١) التعارض بين البينتين بينة الجرح و التعديل، قد يكون بنحو التخالف بحيث يمكن اجتماعهما؛ لعدم التضاد المانع عن صدقهما. و قد يكون بنحو التعارض الحقيقى المانع عن ذلك، فالأول مثل ما إذا قالت بينة التعديل: إنه يكون ذا ملكة، و لا أعلم بصدور معصية كبيرة منه، و قالت بينة الجرح: إنه صدر منه معصية كبيرة، و لم تتحقق التوبة عنها، أو قالت بينة التعديل: إنه قد صدر منه التوبة عن المعصية الكبيرة التى ارتكبها يوم فلان، و قالت بينة الجرح: قد صدرت منه المعصية فى ذلك اليوم. و الثانى مثل المثالين المذكورين فى المتن، و يجرى فى هذه الصورة احتمالات:

الأولى: سقوط كليهما كما هو الأصل المقرر فى محلّه فى تعارض الأمارتين، غاية الأمر ثبوت الأخبار العلاجية مثل: مقبولة عمر بن حنظلة المعروفة و غيرها بالإضافة إلى الخبرين المتعارضين (١)، فيبقى غيرهما على وفق القاعدة الأصلية من السقوط عند التعارض.

(١) وسائل الشيعة: ٢٧ / ١٠٦ - ١٢٤، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضى ب ٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٨١

.....

الثانية: الرجوع إلى القرعة التي هي لكل أمر مشكل أو مشتبه «١» خصوصاً مع كون الموردین حقوق الناس، و هي القدر المتیقن من موارد القرعة.

الثالثة: ما حكى عن الشيخ في الخلاف «٢» من أن الحاكم وقف عن الحكم، بناءً على أن يكون المراد هو الوقف عن الحكم رأساً، و أما بناءً على أن يكون المراد هو الوقف عن الحكم على طبق بينة التعديل، و إن كان لا ينافي الرجوع إلى اليمين بعد ذلك، كما هو لازم الاحتمال الأول و هو سقوط كلتا البيئتين، فلا يكون هذا القول في مقابل الاحتمال الأول.

الرابعة: ترجيح بينة الجراح لاعتضادها بأصالة عدم حصول سبب الحكم، و الغالب في التعديل الاعتماد على عدم صدور معصية كبيرة منه.

و التحقيق يقتضى الاحتمال الأول؛ لأنه بعد كون المفروض هو ثبوت التعارض الحقيقي، و بعد كون مقتضى القاعدة في تعارض الأمارتين مطلقاً هو السقوط، و بعد أن الحاكم إنما يكون موضوعاً لرفع الخصومة، و لا معنى للتوقف عن الحكم رأساً، بمعنى أنه لم يمكن له فصل الخصومة. يظهر أن أقوى الاحتمالات هو الاحتمال الأول، فبعد السقوط يصير المدعى بلا بينة موجبة لثبوت ادعائه، فتصل النوبة إلى الاستحلاف و يمين المنكر، مثل ما إذا لم يكن هناك بينة أصلاً.

هذا كله فيما إذا لم يكن هناك حالة سابقة من العدالة أو الفسق و إلا فيؤخذ بها؛ لما عرفت «٣» من أنه يجوز للحاكم الاعتماد على الاستصحاب، فإن كانت الحالة السابقة هي العدالة يأخذ بينة التعديل و يحكم على طبق الشهادة، و إن كانت

(١) انظر السرائر: ٢ / ١٧٠ و ١٧٣ و ج ٣ / ٤١٧.

(٢) الخلاف: ٦ / ٢١٩ ٢٢٠ مسألة ١٢.

(٣) في ص ١٢٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٨٢

.....

الحالة السابقة هي الفسق تطرح الشهادة و يرجع إلى يمين المنكر، كما لا يخفى.

نعم لا- ملزم أن تكون الحالة السابقة متيقنة باليقين الوجداني، بل لو قامت بينة على أنه كان في سابق الزمان عادلاً، بحيث كان المشهود به هو العلم بعدالته كذلك، أو ما هو بمنزلة له العلم من الاطمئنان الذي يعامل معه بين العقلاء معاملة العلم يجوز للحاكم أن يجري الاستصحاب، و إن لا- تكون الحالة السابقة متيقنة له بوجه، كما قد حقق في محله «١» من كفاية هذا المقدار في جريان الاستصحاب، فتدبر جيداً.

ثم إن صاحب الجواهر (قدس سره) ألحق صورة الإطلاق في الجرح و التعديل بصورة عدم التعارض بين البيئتين و إمكان الجمع بينهما؛ نظراً إلى انصراف التعديل بحكم الغلبة إلى حسن ظاهره مع عدم علمه بصدور الفسق منه، و انصراف الجرح إلى رؤيته صدوره عنه «٢».

و أنت خير بطلان دعوى الانصراف المذكور بعد كون الملاك فيه هو غلبة الاستعمال لا غلبة الوجود الخارجي، كما لا يخفى. و منه يظهر بطلان ما أفاده الشيخ في رسالة القضاء من كون التعارض بين البيئتين في الصورة المذكورة من التعارض بين النص و الظاهر؛ لأجل الوجه المذكور، و أن النص و هي بينة الجراح مقدم على الظاهر و هي بينة التعديل «٣»؛ لبطلان الوجه المذكور.

(١) سيري كامل در اصول فقه: ١٤ / ٣٩٥ - ٤١٩.

(٢) جواهر الكلام: ٤٠ / ١٢٠ ١٢١.

(٣) القضاء والشهادات (تراث الشيخ الأعظم): ١٣٧ ١٣٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٨٣

[مسألة ٢١: يعتبر في الشهادة بالعدالة العلم بها]

مسألة ٢١: يعتبر في الشهادة بالعدالة العلم بها إما بالشياع أو بمعاشرة باطنه متقادمة، ولا يكفي في الشهادة حسن الظاهر ولو أفاد الظن، ولا الاعتماد على البيّنة أو الاستصحاب، وكذا في الشهادة بالجرح لا بدّ من العلم بفسقه، ولا يجوز الشهادة اعتماداً على البيّنة أو الاستصحاب، نعم يكفي الثبوت التعيّد كالثبوت بالبيّنة أو الاستصحاب أو حسن الظاهر لترتيب الآثار، فيجوز للحاكم الحكم اعتماداً على شهادة من ثبتت عدالته بالاستصحاب، أو حسن الظاهر الكاشف تعبداً أو البيّنة (١).

(١) في الشهادة بالعدالة ومثلها يعتبر العلم أو الاطمئنان المتأخّر للعلم. إما من ناحية الشياع المفيد لذلك، أو من ناحية معاشرته باطنية متقادمة، وفي هذه الصورة تصحّ الشهادة بالعدالة وإن كانت أمراً غير محسوس؛ لأنها الملكة النفسانية الباعثة على رعاية الوظائف الوجوبية والتحريمية، مضافة إلى ما يكون محسوساً من الإتيان بالواجبات وترك المحرّمات، لكنّها قريبة إلى الحسّ كالشجاعة والسخاوة ونحوهما، ولا يكفي للشهادة بالعدالة الاعتماد على البيّنة أو الاستصحاب أو حسن الظاهر، الذي جعله الشارع كاشفاً عن العدالة وأماره عليها تعبداً، على ما في الصحيحة الواردة في تعريف العدالة وبيان الأمانة عليها (١).

وكذا لا بدّ في الشهادة بالجرح من العلم بفسق المجروح كروية صدور معصية

(١) الفقيه: ٣ / ٢٤ ح ٦٥، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٤١ ح ٥٩٦، الاستبصار: ٣ / ١٢ ح ٣٣، وعن وسائل الشريعة:

٢٧ / ٣٩٢ ٣٩١، كتاب الشهادات ب ١ ح ١ و ٢، ويراجع نفس وسائل الشريعة ص ٣٩٦ ح ١٥ و ١٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٨٤

.....

كبيرة منه، مع العلم بأنّها صدرت بعنوان المعصية، من دون أن يكون هناك عذر كالاضرار مثلاً، ولا يجوز للشاهد بالجرح الاعتماد أيضاً على البيّنة أو الاستصحاب. نعم يكفي للحاكم الاعتماد في ثبوت عدالة إحدى البيّنتين الاعتماد على الاستصحاب أو حسن الظاهر أو البيّنة لكفاية الثبوت التعيّد؛ ولأجله كان له الاعتماد في ثبوت عدالة شاهد الأصل على الأمور المذكورة لأجل ما ذكرنا، ومنه يظهر أنّه لو شهد الشاهدان بحسن ظاهره، فالظاهر جواز الحكم بشهادته بعد ما عرفت من كون حسن الظاهر كاشفاً تعبداً عن العدالة. كما أنّ الشاهدين لو شهدا بعدالة بيّنة المدّعى في السابق يجوز للحاكم الاعتماد بعد إحراز الحالة السابقة وجرّان الاستصحاب؛ لعدم لزوم كون الحالة السابقة محرزة باليقين الوجداني، كما قرّر في محلّه من الأصول (١).

(١) سيري كامل در اصول فقه: ١٤ / ٣٩٥ - ٤١٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٨٥

[مسألة ٢٢: لو شهد الشاهدان بحسن ظاهره]

مسألة ٢٢: لو شهد الشاهدان بحسن ظاهره، فالظاهر جواز الحكم بشهادته بعد كون حسن الظاهر كاشفاً تعبداً عن العدالة (١).

[مسألة ٢٣: لا يجوز الشهادة بالجرح بمجرد مشاهدة ارتكاب كبيرة]

مسألة ٢٣: لا يجوز الشهادة بالجرح بمجرد مشاهدة ارتكاب كبيرة ما لم يعلم أنه على وجه المعصية ولا يكون له عذر، فلو احتمل أن ارتكابه لعذر لا يجوز جرحه، ولو حصل له ظن بذلك بقرائن مفيدة له (٢).

(١) ظهر الحكم في هاتين المسألتين مما ذكرنا في المسألة السابقة، ولا حاجة إلى الإعادة بوجه، فراجع.

(٢) ظهر الحكم في هاتين المسألتين مما ذكرنا في المسألة السابقة، ولا حاجة إلى الإعادة بوجه، فراجع.

نعم ينبغي أن يعلم أن مطلق الإكراه على المعصية لا يجوز مطلق المعصية، فإذا أكره أحد بالزنا بذات البعل، هل يمكن أن يقال: بصيرورته جائزاً ولو كان الضرر المتوقع به ضرراً مالياً يتضرر المكروه بالفتح بسببه، نظراً إلى قوله (صلى الله عليه وآله) في مثل حديث الرفع: «رفع ما أكرهوا عليه» (١)، بل لا بد من ملاحظة الضرر المتوقع به مع المحرم الذى أكره عليه، وأنه أيهما يكون أهم من الأخرى عند الشارع، فإذا أكره على شرب الخمر مثلاً وتوعد بالقتل، فحيث يكون القتل أهم من شرب الخمر يصير جائزاً بمجرد الإكراه، وعلى هذا القياس. فتدبر جيداً.

(١) وسائل الشريعة: ٢٩٣/٧، كتاب الصلاة، أبواب قواطع الصلاة ب ٣٧ ح ٢، و ج ٨/ ٢٤٩، أبواب الخلل ب ٣٠ ح ٢، و ج ١٥/ ٣٦٩-٣٧٠، كتاب الجهاد، أبواب جهاد النفس ب ٥٦ ح ١-٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٨٦

[مسألة ٢٤: لو رضى المدعى عليه بشهادة الفاسقين أو عدل واحد]

مسألة ٢٤: لو رضى المدعى عليه بشهادة الفاسقين أو عدل واحد لا يجوز للحاكم الحكم، ولو حكم لا يترتب عليه الأثر (١).

[مسألة ٢٥: لا يجوز للحاكم أن يحكم بشهادة شاهدين لم يحرز عدالتهما عنده]

مسألة ٢٥: لا يجوز للحاكم أن يحكم بشهادة شاهدين لم يحرز عدالتهما عنده، ولو اعترف المدعى عليه بعدالتهما، لكن أخطأهما في الشهادة (٢).

(١) فإنه مخالف للحصر المستفاد من قول الرسول (صلى الله عليه وآله): إنما أفضى بينكم بالبينات والايمان على ما فى رواية أو روايات صحيحة، وإن كان الحصر إضافياً كما تقدم (١)، فإنه يعتبر فى البيئنة التعدد والعدالة، ورضا المدعى عليه لا يوجب تغيير الحكم، والمفروض فى هذه المسائل إنكاره لادعاء المدعى.

(٢) من الواضح أن الحكم وفصل الخصومة فعل الحاكم، وللأزم أن تكون عدالة الشاهدين محرزة عنده، وبعبارة اخرى اللأزم أن يكون الشاهدان منطبقاً عليهما عنوان البيئنة، ولا يكون كذلك إلا بإحراز عدالتهما. غاية الأمر أنك عرفت أن الثبوت التعبدى بالبيئنة أو

الاستصحاب أو حسن الظاهر كافٍ في ذلك.

(١) تقدّم في ص ١٣٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٨٧

[مسألة ٢٦: لو تعارض الجرح والمعدّل سقطا]

مسألة ٢٦: لو تعارض الجرح والمعدّل سقطا، وإن كان شهود أحدهما اثنين والآخر أربعة، من غير فرق بين أن يشهد اثنان بالجرح و أربعة بالتعديل معاً أو اثنان بالتعديل، ثم بعد ذلك شهد اثنان آخران به، ومن غير فرق بين زيادة شهود الجرح أو التعديل (١).

(١) قد عرفت «١» أنّ مقتضى التحقيق التساقط عند تعارض الجرح والمعدّل، فليعلم أنّه لا فرق في ذلك بين زيادة شهود الجرح على التعديل أو العكس وبين عدم الزيادة؛ لعدم كون الأكثرية مرجحة في باب تعارض الأمارتين بوجه، كما أنّه لا فرق في باب الخبرين المتعارضين الموضوع للاخبار العلاجيّة من هذه الجهة. نعم إذا بلغ الأمر إلى حدّ الشهرة الفتوائية يكون ذلك أول المرجحات، كما قرّرناه في محله، كما أنّه لا ينبغي أن يتوهم أنّه إذا شهد اثنان بالجرح وشهد اثنان آخران بالعدالة، ثم بعد مدّة مثلاً شهد اثنان بالعدالة يقع التساقط بين الأولين ويبقى المعدّل الأخير بلا معارض، فإنّه لا فرق في التعارض وحصول التساقط بين صورتين أصلاً، فتدبر جيداً.

ومن يعلم أنّه لا فرق في التساقط بين تقدّم بينة الجرح أو العكس أو الشهادة معاً.

(١) سیری کامل در اصول فقه ١٦ / ٥٣٢ - ٥٥٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٨٨

[مسألة ٢٧: لا يشترط في قبول شهادة الشاهدين علم الحاكم باسمهما ونسبهما بعد إحراز مقبوليّة شهادتهما]

مسألة ٢٧: لا يشترط في قبول شهادة الشاهدين علم الحاكم باسمهما ونسبهما بعد إحراز مقبوليّة شهادتهما، كما أنّه لو شهد جماعة يعلم الحاكم أنّ فيهم عدلين كفي في الحكم، ولا يعتبر تشخيصهما بعينهما (١).

(١) وجه عدم الاشتراط بالإضافة إلى الاسم والنسب أنّ المعتمد هو إحراز مقبوليّة شهادتهما واقعاً أو تعديداً لمثل البينة المعدلة أو الشاهدة بحسن الظاهر أو الاستصحاب كما عرفت. وأمّا العلم بالاسم والنسب فلا دخالة له فيه بعد الإحراز المذكور، كما أنّه لا فائدة فيه بعد عدم الإحراز. وأمّا وجه الكفاية في صورة العلم الإجمالي فهو ثبوت الملاك مع العلم المذكور، وإن كان تشخيصهما بعينهما غير معلوم، كما لا يخفى.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٨٩

[مسألة ٢٨: لا يشترط في الحكم بالبينة ضمّ يمين المدعى]

مسألة ٢٨: لا يشترط في الحكم بالبيّنة ضمّ يمين المدعى، نعم يستثنى منه الدعوى على الميت، فيعتبر قيام البيّنة الشرعيّة مع اليمين الاستظهارى، فإن أقام البيّنة و لم يحلف سقط حقه. و الأقوى عدم إلحاق الطفل و المجنون و الغائب و أشباههم ممّن له نحو شباهة بالميت في عدم إمكان الدفاع لهم به، فتثبت الدعوى عليهم بالبيّنة من دون ضمّ يمين، و هل ضمّ اليمين بالبيّنة منحصر بالدين أو يشمل غيره كالعين و المنفعة و الحقّ؟ و جهان لا يخلو ثانيهما عن قرب، نعم لا إشكال في لحوق العين المضمونة على الميت إذا تلت مضمونة عليه (١).

(١) في هذه المسألة جهات من الكلام:

الجهة الأولى: في أنّه لا يشترط في الحكم بالبيّنة ضمّ يمين المدعى، فإن مقتضى قوله (عليه السلام): «البيّنة على المدعى و اليمين على المدعى عليه»، كما عرفت في جملة من الروايات المتقدّمة «١» هو ثبوت البيّنة فقط على المدعى و اليمين كذلك على المدعى عليه، فكما أنّه لا تثبت البيّنة على المدعى عليه، كذلك لا تثبت اليمين على المدعى، و يدلّ على الحكم أيضاً الروايات الآتية الدالّة على خصوصيّة للدعوى على الميت من هذه الجهة، و أنّ اعتبار ضمّ اليمين لأجل هذه الخصوصيّة، فإنّ ظاهر مقتضاها بل صريحه عدم جريان الحكم بالانضمام في الدعوى على الحيّ، و إن وقع الاحتمال في مثل الطفل و المجنون، و يدلّ عليه أيضاً صحيحة محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الرجل يقيم البيّنة على حقه، هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا «٢».

(١) في ص ٨٤-٨٥ و ١٣٦.

(٢) التهذيب: ٢٣٠ / ٦ و ٢٣١ ح ٥٥٨ و ٥٥٩ و ٥٦٤، الكافي: ١٧ / ٧ ح ١، الوسائل: ٢٧ / ٢٤٣، أبواب كيفية الحكم ب ح ٨ ا.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٩٠

.....

و رواية أبي العباس، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: إذا أقام الرجل البيّنة على حقه فليس عليه يمين، فإن لم يقم البيّنة، فردّ عليه الذي ادعى عليه اليمين، فإن أبي أن يحلف فلا حقّ له «١».

نعم في حديث سلمة بن كهيل، عن عليّ (عليه السلام) في آداب القضاء: و ردّ اليمين على المدعى مع بيّنته، فإنّ ذلك أجلى للعمى و أثبت في القضاء «٢». لكن قال في الوسائل بعد نقله أقول: هذا يمكن حمله على الاستحباب مع قبول المدعى اليمين؛ لتصريح الحديث الأوّل يعنى رواية محمد بن مسلم و غيره بنفى الوجوب، و يمكن حمله على الدعوى على الميت لما مرّ، و يحتمل الحمل على التقيّة؛ لأنّه قول جماعة من العامّة، و يؤيد الاستحباب أنّ أكثر ما اشتمل عليه الحديث المذكور مستحب فعلاً أو تركاً، مع ما يفهم من التعليل و أفعال التفضيل. انتهى.

أقول: مع أنّ سلمة بن كهيل ضعيف كما صرح به المحقّق في الشرائع في كتاب الديات «٣»، فلا ينبغي الإشكال في عدم لزوم الانضمام مطلقاً.

نعم قد عرفت البحث سابقاً في أنّ الدعوى على الغائب هل تحتاج البيّنة إلى ضمّ اليمين أم لا؟ و أنّه قد جعل الماتن (قدّس سرّه) الاحتياط الوجوبى في ضمّ اليمين أيضاً، فراجع «٤».

الجهة الثانية: في الدعوى على الميت بحيث لا يكون في جانب المدعى عليه غير

(١) تقدّمت في ص ١٤٨.

(٢) الكافي: ١٢/٧ ح ١، الفقيه ٨/٣ ح ١٠، تهذيب الأحكام: ٢٢٥/٦ ح ٥٤١، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧/٢١١، كتاب القضاء، أبواب آداب القاضي ب ١ ح ١ و ص ٢٤٤، أبواب كيفية الحكم ب ٨ ح ٢.

(٣) شرائع الإسلام: ٢٨٨/٤.

(٤) تقدّم في المسألة ٥ من شروط سماع الدعوى.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٩١

.....

الميت أصلاً، و أفاد في المتن أنّه يعتبر مع قيام البيّنة اليمين الاستظهارى، و في الجواهر بلا خلاف أجده فيه بين من تعرّض له، كما اعترف به غير واحد، بل في الزوضه هو موضع وفاق «١»، و في المسالك تارة نسبه إلى الشهرة من غير ظهور مخالف، و أخرى إلى الاتفاق «٢» إلى أن قال: نعم قد خلت عنه كثير من كتب القدماء «٣».

أقول: عمدة الدليل على ذلك روايتان:

إحدهما: رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله، التي رواها المشايخ الثلاثة و إن كان في طريقها محمد بن عيسى بن عبيد اليقطيني، عن ياسين الضرير، عنه عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قلت للشيخ (عليه السلام) و في رواية الصدوق تفسير الشيخ بموسى بن جعفر (عليهما السلام) خبرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحقّ، فلم تكن له بيّنة بما له، قال: فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلا حقّ له، [و إن ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حقّ له «٤»]، (و إن لم يحلف فعليه) «٥».

و إن كان المطلوب بالحقّ قد مات فأقيمت عليه البيّنة، فعلى المدعى اليمين بالله الّذى لا إله إلا هو لقد مات فلان، و أنّ حقه لعليه، فإن حلف و إلا فلا حقّ له، لأننا لا ندرى لعله قد أوفاه بيّنة لا نعلم موضعها، أو غير بيّنة قبل الموت، فمن ثمّ صارت عليه اليمين مع البيّنة، فإن ادعى بلا بيّنة فلا حقّ له؛ لأنّ المدعى عليه ليس

(١) الروضة البهية: ٣/١٠٤.

(٢) مسالك الأفهام: ١٣/٤٦٠ ٤٦٢.

(٣) جواهر الكلام: ٤٠/١٩٤.

(٤) من الفقيه.

(٥) ليس في الفقيه.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٩٢

.....

بحي، و لو كان حيّاً لألزم اليمين، أو الحقّ، أو يرّد اليمين عليه، فمن ثمّ لم يثبت الحقّ «١».

ثانيتها: صحيحه محمد بن الحسن الصفار، التي رواها المشايخ الثلاثة أيضاً عن محمد بن يحيى، قال: كتب محمد بن الحسن الصفار إلى أبي محمد (عليه السلام): هل تقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع (عليه السلام): «إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين». و كتب: أ يجوز للوصي أن يشهد لوارث الميت صغيراً أو كبيراً (بحقّ له على الميت أو على غيره، و هو القابض للوارث الصغير) «٢» و ليس للكبير بقابض؟ فوقع (عليه السلام): «نعم، و ينبغي للوصي أن يشهد بالحقّ و لا- يكتنم

الشهادة». و كتب أو تقبل شهادة الوصي على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقَّع (عليه السلام): «نعم من بعد يمين» (٣).
وقد ناقش في الأولى المحقق الأردبيلي في كتابه مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان للعلامة الحلِّي، تارةً بضعف السند من جهة اشتماله على محمد بن عيسى بن عبيد اليقطيني، وعلى ياسين الضرير المهمل في الكتب الرجالية، وأخرى بعدم معلومية كون المراد من الشيخ هو موسى بن جعفر (عليهما السلام)، وثالثةً بعدم وضوح الدلالة «٤»؛ لعدم وضوح كون المراد بالبينتة هما الشاهدان العادلان، مضافاً إلى ظهورها في وجوب اليمين المغلظة بالكيفية المذكورة في الرواية، ولا قائل به،

(١): تقدمت في ص ١٥٢.

(٢) في الوسائل بدل ما بين القوسين هكذا: وهو القابض للصغير.

(٣) الكافي: ٣٩٤/٧ ح ٣، الفقيه: ٤٣/٣ ح ١٤٧، تهذيب الأحكام: ٦/٢٤٧ ح ٦٢٦، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧/٣٧١، كتاب الشهادات ب ٢٨ ح ١.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: ١٢/١٥٨ - ١٦٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٩٣

.....

فيحمل على الاستحباب. و عليه فلا دلالة على كون أصل اليمين واجبه، مع أنه من الواضح أن المراد بالبينتة في الرواية هي البينتة التي قال النبي (صلى الله عليه وآله) في الروايات الصحيحة: إنما أفضى بينكم بالبينات والايان (١)، لا شيئاً آخر. كما أنه قد صرح في رواية الصدوق بأن المراد بالشيخ هو موسى بن جعفر (عليهما السلام)، والتعبير عنه به كان لأجل شدة التقية، كالعبد الصالح ونحوه. والظاهر عدم دلالة الرواية على وجوب اليمين المغلظة؛ لأن توصيف الله تبارك وتعالى كان مرتبطاً بالإمام (عليه السلام)، لا أنه يعتبر أن تكون اليمين مشتملة عليه. والرواية منجبرة بفتوى المشهور على طبقها بالشهرة المحققة التي لم ينقل الخلاف عن شخص خاص «٢»، ولئن كانت المناقشة راجعة إلى قوله (عليه السلام) في الدليل: «فإن ادعى بلا بينة فلا حق له» لكان أولى؛ لأن مقصود ذيل الرواية بيان الاحتياج إلى ضم اليمين، لا لزوم البينتة على المدعى الذي لعله كان من الواضحات، ولا فرق في هذه الجهة بين أن يكون المدعى عليه حياً أو ميتاً إلا من جهة إمكان الاستحلاف، وما يترتب عليه في الصورة الأولى، كما لا يخفى دون الصورة الثانية. وفي الثانية بأنها مضافاً إلى كونها مكاتبة في صورة خاصية ومخالفة للقاعدة معارضة لصحيحته الأخرى، قال: كتبت إلى أبي محمد (عليه السلام): رجل أوصى إلى ولده وفيهم كبار قد أدركوا وفيهم صغار، أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن صح على الميت بشهود عدول قبل أن يدركوا

(١): تقدمت في ص ١٣٥.

(٢) مسالك الأفهام: ١٣/٤٦١ ٤٦٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٩٤

.....

الأوصياء الصغار؟ فوقَّع (عليه السلام): «نعم على الأكبر من الولد أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك» (١)، «٢». أقول: لا بد من البحث في مفاد الصحيحة الأولى، فنقول:

هي مشتملة على فقرات ثلاث:

الأولى: مشتملة على السؤال من أن شهادة الوصي للميت بدین له على رجل هل تكون مقبولة أم لا؟ و منشأ السؤال كون الشاهد وصياً للميت و يجزّ بالشهادة نفعاً له غالباً مع حفظ شرط الشهادة و هي العدالة، و الجواب مشتمل على أنه إن شهد معه شاهد آخر عدل فعلى المدعى اليمين. و الظاهر أن مرجع الضمير في «معه» هو الوصي، و أن المدعى غيره كوارث الميت أو وصيه الآخر مثلاً، و هذه الجملة مشتملة على حكم مخالف للقاعدة من جهة أن الدعوى للميت لا عليه لا تحتاج إلى ضم اليمين.

الثانية: مشتملة على السؤال عن أنه هل يجوز للوصي أن يشهد بنفع وارث الميت المركب من الصغير و الكبير مع كونه قيماً على الصغار آخذاً للمال عنهم؟ و محصل الجواب أنه لا مانع من ذلك مع كونه واقعياً بنظره يمكن الشهادة به، و هذه الجملة أيضاً مخالفة للقاعدة من جهة أن الشهادة تجزّ نفعاً إلى الوصي.

الثالثة: متعرضة للمسألة التي هي مورد بحثنا، و يدلّ الجواب على اعتبار ضم اليمين إلى الشاهدين بنفع المدعى على الميت. و الجواب عن المعارضة بالصحيحة الثانية:

(١) تهذيب الأحكام: ١٨٥ / ٩ ح ٧٤٤، الفقيه: ١٥٥ / ٤ ح ٥٣٩، الكافي: ٧ / ٤٦ ح ٢، و عنها وسائل الشيعة: ٣٧٥ / ١٩، كتاب الوصايا ب ٥٠ ح ١.

(٢) مجمع الفائدة و البرهان: ١٢ / ١٦٠ ١٦٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٩٥

.....

أولاً: أنه لا تكون في مقام البيان حتى يتمسك بالإطلاق.

و ثانياً: أنه على فرض ثبوت الإطلاق قابل للتقييد، كما أنه لا بدّ من الالتزام به بالإضافة إلى الأدلة المطلقة الدالة على اكتفاء البيّنة للمدعى، فإن إطلاقها يقيّد بالمقام.

ثم إن هنا رواية أخرى مؤيدة لأصل المطلب، و هي مكاتبة سليمان بن حفص المروزي، أنه كتب إلى أبي الحسن (عليه السلام) في رجل مات و له ورثة، فجاء رجل فادّعى عليه مالاً و أن عنده رهناً، فكتب (عليه السلام): إن كان له على الميت مال و لا بيّنة له فليأخذ ماله بما في يده، و ليردّ الباقي على ورثته، و متى أقرّ بما عنده أخذ به و طولب بالبيّنة على دعواه و أوفى حقه بعد اليمين. و متى لم يقيم البيّنة و الورثة ينكرون فله عليهم يمين علم، يحلفون بالله ما يعلمون أن له على ميتهم حقاً «١».

فانقذ بملاحظة الروايات أنه لا ينبغي الإشكال في أصل الحكم، و هو لزوم ضم اليمين إلى البيّنة في الدعوى على الميت في الجملة، و لكنّه ينبغي أن يعلم أن محلّ الكلام ما إذا شهدت البيّنة على أصل اشتغال ذمّة الميت بدین مثلاً في زمان حياته. و أمّا إذا شهدت ببقاء الاشتغال إلى زمان الموت، و أنه مات مديوناً للمدعى فلا حاجة إلى ضم اليمين، كما يدلّ عليه التعليل في رواية عبد الرحمن المتقدمه: «بأننا لا ندري لعله قد أوفاه بيّنة لا يعلم موضعها ..» فإن مفاده أنه لو شهدت البيّنة بعدم الاشتغال، و بأنه أوفاه دينه مع البيّنة أو بدونها كفى ذلك.

(١) تهذيب الأحكام: ١٧٨ / ٧ قطعة من ح ٧٨٤، الفقيه: ١٩٨ / ٣ قطعة من ح ٩٠١، و عنهما وسائل الشيعة: ٤٠٦ / ١٨، كتاب الرهن ب ٢٠ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٩٦

.....

فالموجب للانضمام هو الشك في أنه أوفاه أم لا مع عدم حجة شرعية على أنه أوفاه، فإذا شهدت البيئة ببقاء الاشتغال إلى زمان الموت يقع التعارض بين البيئتين: بينة الإثبات و بينة النفي، مع أن ظاهر الرواية عدم التعارض، وهو لا يكاد يمكن أن يتحقق إلا بالنحو الذي ذكرنا، كما لا يخفى.

و عليه يكون مفاد البيئة أصل ثبوت الحق والاشتغال، و مفاد اليمين بقاؤه إلى حين الموت من دون تحقق الوفاء، و مثله. فالبيئة التي أقيمت على الحق المطلوب من الميت كما هو المفروض في عنوان المسألة في كلام الإمام (عليه السلام) تغاير البيئة المحتملة الواقعة في تعليل الحكم، فإن الأولى بينة على أصل الاشتغال، و الثانية بينة على الإبقاء و الخروج عن الاشتغال، فافهم و اغتنم. الجهة الثالثة: في أن الدعوى على الميت التي يجب فيها ضم اليمين إلى البيئة، هل يكون موردها خصوص الدين أو الأعم منه و من العين، بل و المنفعة و الحق كحق الرهانة و حق الخيار مثلاً؟ فيه وجهان بل قولان: نفي في المتن خلوة الثاني عن قرب.

أقول: رواية عبد الرحمن المتقدمه و إن كان موردها الدين بلحاظ كلمات «الحق» و «عليه» و «أوفاه» و أمثال ذلك، إلا أن ذيل الصحيحة المتقدمه أيضاً خال عن الاشتغال على الدين و ما يشابهه، و إن كان مورد صدرها الدين، و لا يكون في كلام صاحب الوسائل الذي روى الرواية عن المشايخ الثلاثة إشعار بوجود الاختلاف بينهم في ذلك، و إن حكى عن بعض النسخ الاشتغال على لفظ الدين «١»

(١) كذا في الفقيه: ٣/ ١٤٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ١٩٧

.....

كالصدر، لكنه ليس بحجة خصوصاً مع رعاية نهاية المراقبة في الطبع الأخير. و هذا الإطلاق يكفي في مقام الاستدلال؛ لعدم المنافاة بين الروايتين كما لا يخفى. و لا مجال لأن يقال: بأن اشتغال الصدر على هذه الكلمة قرينه على أن مورد الذيل أيضاً ذلك، خصوصاً مع احتمال كون المكاتبات الثلاث متعدده لا في نوبة واحدة.

ثم لو فرض عدم الإطلاق، فهل يلحق العين بالدين في هذه الخصوصية أم لا؟ قال السيد في الملحقات: إن لي في كون دعوى العين دعوى على الميت إشكالاً؛ و ذلك لأن المدعى أن يوجه الدعوى على من بيده العين و هو الوارث إذا كانت في يده، فيكون الدعوى على الحي و هو الوارث دون الميت، و كون يده مترتبة على يد الميت لا يوجب كون الدعوى عليه، فهو نظير ما إذا غضب شخص عيناً و باعها من شخص آخر، فإن للمالك أن يدعى على من بيده العين و هو المشتري، و لا يقال حينئذ: إن الدعوى على الغاصب لكون يد المشتري مترتبة على يده، نعم يجوز له أن يوجه الدعوى على الغاصب أيضاً ففي المقام أيضاً كذلك، فإن وجه الدعوى على الميت احتاج إلى ضم اليمين، و أمياً إن وجه على الوارث فلا. و كيف كان فالمسألة مشكلة، و الأحوط ضم اليمين لكن برضا المدعى «١».

أقول: حاصل ما أفاده احتمال عدم كون الدعوى في العين دعوى على الميت؛ لاحتمال كونها متوجهة إلى الحي، مع أن المفروض في المقام هو لحوق العين بالدين فيما إذا كانت الدعوى على الميت، فإمكان توجيهها إلى غير الميت غير المقام.

و التحقيق بملاحظة جميع ما ذكرنا، خصوصاً فيما يتعلق بمحل النزاع و مورد البحث أن يقال: حيث إن بين الدين و العين فرقاً، و هو

عدم ثبوت ذى اليد

(١) ملحقات العروة الوثقى: ٣ / ٨٠ ٨١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٩٨

.....

بالإضافة إلى الدين ووجودها بالنسبة إلى العين، فإنها بعد الحياة تكون في يد الوارث غالباً.

وقد قلنا: إن محلّ البحث في الدين من جهة لزوم انضمام اليمين إلى البيّنة إنّما هو فيما إذا شهدت البيّنة على أصل الحقّ و الاشتغال. و أما إذا شهدت ببقائه إلى حين الموت فلا حاجة إلى ضمّ اليمين، أنّه إذا شهدت البيّنة بعد الموت بأنّ العين الباقية التي هي في يد الوارث مثلاً ملكك للمدعى، و لم يخرج عن ملكه أصلاً، فلا إشكال في لزوم الأخذ بها، كما هو الحال بالإضافة إلى الدين على ما ذكرنا.

و أما إذا شهدت بأنّ الميت إنّما أخذها من المدعى في حال الحياة أمانة أو سرقة فهنا أمور ثلاثة: شهادة البيّنة بكيفيته اليد، و تحقّق اليد التي هي أمانة شرعية و عقلائية على الملكية و استصحاب بقاء الكيفية، و عدم تحقّق أمر جديد من البيع أو المصالحة أو الهبة أو نحوها ممّا يوجب حصول الملكية الشرعية للميت مع احتمال التحقّق بحسب الواقع، و القدر المسلم هو تقدّم البيّنة على اليد مع تعارضهما لا فيما هو المفروض.

و أما ما أفاده السيّد الطباطبائي من أنّ الاستصحاب في هذه الصورة مقدّم على اليد الفعلية على الأقوى؛ لكونه موضوعياً، فيكون حال العين في هذه الصورة حال الدين في الحاجة إلى اليمين؛ لدفع احتمال تجدد اليد و النقل الجديد «١»، فمدفوع بعدم التقدم لحجية مثبتات الأمانة، مضافاً إلى لزوم عدم جواز التمسك باليد في موارد كثيرة كما لا يخفى، و منه يظهر أنّه لا يجوز للقاضي القضاء بنفع المدعى حينئذٍ، لا باستناد البيّنة، لأنّها قائمة على كفيته اليد، و لا باستناد الاستصحاب في مقابل يد المدعى عليه كما لا يخفى.

(١) ملحقات العروة الوثقى: ٣ / ٨٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ١٩٩

.....

ثمّ إنّ نفي الإشكال في المتن عن حقوق العين بالدين فيما إذا تلفت قبل موته مضمونة عليه على فرض صدق المدعى في دعواه. و الظاهر أنّ منشأه هو الانتقال إلى القيمة في هذه الحالة لفرض التلف، مع أنّه يرد عليه: أولاً: ما حقّق في محله من أنّ ظاهر دليل ضمان اليد و هو قوله (صلّى الله عليه و آله): على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي «١» هو كون ما على اليد نفس العين المأخوذة حتى بعد التلف؛ و لذا يكون أحد الأقوال في ذلك الباب، بل لعله يكون قولاً قوياً هو ثبوت قيمة يوم الدفع و الأداء، لا يوم التلف و لا يوم الغصب و لا أعلى القيم، و التحقيق في موضعه.

و ثانياً: أنّ العين يمكن أن لا تكون قيمية بل مثلية، و في هذه الصورة لا يتحقّق الانتقال إلى القيمة بوجه.

و ثالثاً: أنّ حديث حقوق العين بالدين و عدم لحوقها به لا يكون له ارتباط بمسألة الانتقال إلى القيمة و عدمه؛ و لذا يكون الفرد الظاهر المفروض فيه صورة بقاء العين في يد الوارث مثلاً، فمع ثبوت الاختلاف في اللقوق و عدمه لا وجه لنفي الإشكال عن اللقوق في الصورة المفروضة. هذا ما إذا تلفت قبل موته.

و أما إذا تحققت التلف بعد الموت في يد الوارث، فتارة يبحث فيه من جهة أن له الدعوى على الحي الوارث أو على الميت أيضاً، أو على كل واحدٍ منهما بنحو التخيير، كما يظهر من السيد في الملحقات «٢»، وأخرى من جهة لزوم ضمّ اليمين

(١) عوالي اللآلي: ١/ ٢٢٤ ح ١٠٦، و عنهما مستدرك الوسائل: ١٧/ ٨٨، كتاب الغصب ب ١ ح ٢٠٨١٩، وقد ذكرنا مصادره في هامش القواعد الفقهية: ١/ ٢٨ مفضلاً، من أرادها فليراجع هناك.

(٢) ملحقات العروة الوثقى: ٣/ ٨١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٠٠

.....

إلى البيئنة أم لا، ففي الجواهر: أما إذا فرض تلفها بعد موته و كانت مضمونة عليه، فقد يقوى عدم اليمين عليه لقصور الخبرين عن تناول ذلك، بل ظاهرهما غيره، فيبقى هو حينئذٍ على حجّية البيئنة، والتعليل قد عرفت أنه فيما قبل الموت و نحوها، فتدبر جيداً «١».

و أورد عليه السيد بقوله قلت: قصور الخبرين عن الشمول ممنوع، فحاله حال التلف قبل الموت «٢».

الجهة الرابعة: هل يلحق بالميت الذي هو الموضوع للمسألة السابقة من هو مثله في عدم اللسان كالطفل و المجنون و الغائب و أشباهه؟ قولان: عن الأكثر «٣» بل المشهور «٤» الأول. و جماعة على الثاني «٥»، بل هو المنسوب إلى أكثر متأخري المتأخرين «٦». و فرض الدين على الطفل الذي لا يمكن له حالة سابقة إلا الطفولية هو مثل ما إذا أتلّف مال الغير بناءً على عدم اختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين و شمولها بالإضافة إلى غيرهم.

و الدليل على اللحق التعليل المذكور في رواية عبد الرحمن المتقدمه، و إن كان موردها صورة الموت؛ لقوله (عليه السلام): «و إن كان المطلوب بالحقّ قد مات» و هو

(١) جواهر الكلام: ٤٠/ ٢٠١.

(٢) ملحقات العروة الوثقى: ٣/ ٨١.

(٣) مسالك الأفهام: ١٣/ ٤٦٢، كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٢/ ٦٩٤.

(٤) المبسوط: ٨/ ١٢٩، إرشاد الأذهان: ١٤٥، قواعد الأحكام: ٣/ ٤٤١، اللمعة الدمشقية: ٥٢، غايه المرام في شرح شرائع الإسلام: ٤: ٢٣٣.

(٥) كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٢/ ٦٩٥، شرائع الإسلام ٤: ٨٥.

(٦) مسالك الأفهام: ١٣/ ٤٦٢ ٤٦٣، الروضة البهية: ٣/ ١٠٤ ١٠٥، رياض المسائل: ١٣/ ١١٤، مستند الشيعة: ١٧/ ٢٥٣، جواهر الكلام: ٤٠/ ٢٠١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٠١

.....

قوله: «لأننا لا ندرى لعله قد أوفاه..»، نظراً إلى أنه لا خصوصية لاحتمال الوفاء و الإبقاء، بل احتمال عدم ثبوت الدين و لو بالإبراء مثلاً، فالبيئنة كافية لإثبات أصل الاشتغال، و اليمين لازمة لإثبات البقاء، و عدم تخلّل السقوط بعد الاشتغال. و لا فرق بين الميت و بين الأفراد المعدودين في عدم اللسان و عدم القدرة على الدفاع.

و الدليل على عدم اللّحوق كما قيل: كون الحكم على خلاف القاعدة فلا بدّ من الاقتصار على القدر المعلوم، و أنت خبير بأنّ البيّنة إنّما تكون شاهدة على أصل الاشتغال، و اليمين متعلّقة ببقاء الحقّ إلى أن مات، و أنّه لو فرض كون البيّنة شاهدة على الاشتغال إلى حين الموت، لا يحتاج إلى اليمين في الميّت أيضاً، فلا يكون الحكم على خلاف القاعدة و كون المشابهة في عدم اللسان ممنوعاً؛ لأنّ الميّت لا يكون له لسان مطلقاً، حيث إنّّه لا أمد له يرتقب بخلاف الصغير الذي ينقلب كبيراً لا محالة نوعاً، و المجنون الذي يمكن ارتفاع جنونه و تبدّله إلى العاقل، و الغائب الذي تزول غيبته إلى الحضور كذلك، مع أنّ طرف الدعوى في الصبي و المجنون إنّما هو الولي. و قد وردت في الغائب روايات كثيرة مشتملة على أنّه يقضى عليه، و أنّه على حجّته إذا قدم. و قد مرّ البحث فيه سابقاً فراجع «١»، فالأقوى هو عدم اللّحوق كما في المتن، فتدبّر جيّداً.

(١) في ص ١٠٤-١٠٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٠٢

[فروع]

إشارة

فروع

[الأوّل: لو كان المدّعى على الميّت وارث صاحب الحقّ]

الأوّل: لو كان المدّعى على الميّت وارث صاحب الحقّ، فالظاهر أنّ ثبوت الحقّ محتاج إلى ضمّ اليمين إلى البيّنة، و مع عدم الحلف يسقط الحقّ. و إن كان الوارث متعدّداً لا- بدّ من حلف كلّ واحد منهم على مقدار حقّه، و لو حلف بعض و نكل بعض ثبت حقّ الحالف و سقط حقّ الناكل (١).

(١) المهم في هذا الفرع ملاحظة أنّ الخبرين المتقدّمين الواردين في أصل المسألة و هي الدعوى على الميّت، هل لهما إطلاق لفظي يشمل ما لو كان المدّعى على الميّت وارث صاحب الحقّ أم لا، الظاهر نعم فإنّه لا إشعار في شيء منهما بالاختصاص، فإنّ قوله (عليه السلام) في رواية عبد الرحمن المتقدّمة: «و إن كان المطلوب بالحقّ قد مات، فأقيمت عليه البيّنة ..» لا- يختصّ لفظاً بما إذا كان المدّعى صاحب الحقّ الأوّل، و إن كان هو الفرد الظاهر منه، إلّا أنّه غير خفي أنّ التمسك بالإطلاقات إنّما هو بالإضافة إلى الأفراد غير الواضحة، و ثبوت القدر المتيقّن في عدم جواز التمسك بالإطلاق على تقديره إنّما هو القدر المتيقّن في مقام التخاطب، لا مطلق القدر المتيقّن، و إلّا فكلّ مطلق له الأفراد الظاهرة الواضحة التي هي القدر المتيقّن منها، كما لا يخفى.

و كذا السؤال في صحيحة الصّفار المتقدّمة: «أو تقبل شهادة الوصي على الميّت» فإنّ إطلاقه يشمل المقام.

ثمّ لو فرض عدم ثبوت الإطلاق فالفهم العرفي يساعد على إلغاء الخصوصيّة، و أنّ الملاك في لزوم ضمّ اليمين إلى البيّنة عدم العلم بسقوط الدين، نظراً إلى أنّ البيّنة

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٠٣

.....

التي أقيمت على الحق لا دلالة لها إلّا على أصل الاشتغال، و هو لا ينافي السقوط بعده، فلا بدّ من ضم اليمين على بقائه إلى أن مات، لتفيد اليمين مع البيّنة الاشتغال و بقاءه. و هذه الجهة موجودة في المقام خصوصاً بملاحظة التعليل المذكور فيها، و إن كان قد عرفت عدم الاختصاص بوفاء الدين، بل الغرض هو المسقط سواء كان وفاءً أو إبراءً أو مصالحةً و نحوها «١»، و اليمين على عدم السقوط مشكلة بالإضافة إلى الوارث؛ لعدم كفاية اليمين على نفى العلم، إلّا أنّ ذلك لا يمنع عن إلغاء الخصوصية مع إقامة البيّنة و اليمين على أنّه مات و الحقّ عليه، و لم يتحقّق المسقط له مع العلم بذلك. و قد تحقّق ممّا ذكرنا أمران:

أحدهما: أنّ اليمين اللازم في هذا الفرع إنّما هي اليمين على الميت لا على نفى العلم؛ لدلالة الروايات على الأوّل. ثانيهما: بطلان ما احتمله في الجواهر من الاعتماد في اليمين على مقتضى الاستصحاب «٢»؛ لأنّه لو كان الاستصحاب كافياً لم يحتج إلى يمين أصلاً.

بقي الكلام في هذا الفرع فيما لو كان الوارث متعدّداً، و قد أفاد في المتن أنّه لا بدّ من حلف كلّ واحد منهم على مقدار حقّه، و أنّه لو حلف بعض و نكل بعض يثبت حقّ الحالف و يسقط حقّ الناكل، و عن الجواهر: عدم وجوب اليمين على كلّ واحد من الورثة، بل يكفي يمين واحد من أحدهم؛ لأنّ مقتضى إطلاق النصّ اعتبار يمين واحدة في تمامية حجّة البيّنة، التي قد عرفت ثبوت الموضوع بها لسائر الشركاء، و إن أقامها أحدهم «٣».

(١) في ص ١٧٣ ١٧٤.

(٢) جواهر الكلام: ١٩٧/٤٠.

(٣) جواهر الكلام: ١٩٧/٤٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٠٤

[الثاني: لو شهدت البيّنة بإقراره قبل موته بمدّة لا يمكن فيها الاستيفاء عادةً]

الثاني: لو شهدت البيّنة بإقراره قبل موته بمدّة لا يمكن فيها الاستيفاء عادةً، فهل يجب ضمّ اليمين أو لا؟ وجهان: أوجهما وجوبه. و كذا كلّ مورد يعلم أنّه على فرض ثبوت الدّين سابقاً لم يحصل الوفاء من الميت (١).

و أنت خبير بأنّ كلّ واحد من الوراث لصاحب الحقّ يكون في صورة الادعاء مدّعياً مستقلاً على الميت، مشمولاً لإطلاق النصّ أو محكوماً بحكم إلغاء الخصوصية.

لكن دعواه إنّما هي بالإضافة إلى مقدار حقّه لا أزيد، ضرورة أنّها بالنسبة إلى الزائد لا يكون واجداً لشرائط سماع الدعوى مع عدم الوكالة و الولاية، و البيّنة التي أقيمت إن كانت قائمة على مجموع الحقّ، فمعناه أنّ الباقيين يمكن لهم أن يستفيدوا من هذه البيّنة بضميمة يمين كلّ واحد منهم، مضافاً إلى أنّه يمكن تحقّق الاستيفاء أو الإبراء بالإضافة إلى بعضهم، فلا يجدي مجرد البيّنة بدون ضمّ اليمين، كما لا يخفى.

(١) في هذا الفرع قولان:

قول بعدم وجوب ضمّ اليمين إلى البيّنة كما عن جماعة «١»، و اختاره السيّد في الملحقات «٢» و هو الأقوى. □

و قول بالوجوب كما اختاره في محكي المستند، و حكى أنّه قواه بعض الفضلاء من المعاصرين مع قطع النظر عن الأخبار الواردة في إقرار المريض، و في الوصيّة بالدّين «٣».

(١) مسالك الأفهام: ١٣/٤٦٣، كفاية الفقه، المشتهر بـ «كفاية الأحكام»: ٢/٦٩٥.

(٢) ملحقات العروة الوثقى: ٣/٨٤.

(٣) مستند الشيعة: ١٧/٢٥٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٠٥

.....

أقول: ولتحقيق الحال يقتضى تقديم مقال، وهو أنه قد اشتهر، بل يكون من الأمور المسلمة أن العلة المنصوصة قد تقتضى توسعة دائرة الحكم و ثبوته في جميع موارد العلة، وقد تقتضى التضييق و اختصاص الحكم بمورد ثبوتها، وقد تقتضى كليهما معاً، فقوله: لا تأكل الرمان لأنه حامض. كما أنه يوجب عموم دائرة الحكم و شمولها لكل حامض و إن لم يكن رماناً، كذلك يقتضى تقييد دائرة الحكم و تخصيصها بخصوص الحامض من الرمان، و عدم شمولها للرمان غير الحامض بل الحلو. و قد سولك هذا المنهج في موارد متعدّدة متكرّرة، منها باب الاستصحاب في علم الأصول، حيث إنّ الدليل على جريانه في جميع موارد الشكّ و اليقين ما ورد من صحاح زرارة في باب الوضوء و طهارة اللباس و الشكّ في عدد ركعات الصلاة مشتملة على التعليل، بأنّه «ليس ينبغي لك أن تنقض اليقين بالشكّ أبداً» (١)، فإنّه قد استفيد منها حكم كلّي في باب الاستصحاب.

و ينبغي أن يعلم أنّ العلل المنصوصة قد تكون كما هو الغالب أموراً واقعيةً تكوينية معلومة عند المخاطب، و قد تكون أموراً تعبدية لا يعرفها المخاطب بوجه. فقوله: «لا- تشرب الخمر لأنها مسكرة» إنّما يكون من قبيل الأول، و ما ورد في الاستصحاب من قوله (عليه السلام): «ليس ينبغي لك أن تنقض اليقين بالشكّ أبداً» من قبيل الثاني؛ لعدم كون الاستصحاب أمانة عقلية و لا أصلاً كذلك.

و ممّا ذكرنا يظهر الفرق بين مقام التعليل و مقام الاستشهاد بالكتاب أو بقول

(١) تهذيب الأحكام: ٨/١ ح ٨ و ص ٤٢١ ح ١٣٣٥ و ج ٢/١٨٦ ح ٧٤٠، الاستبصار: ١/١٨٣ ح ٦٤١ و ص ٣٧٣ ح ١٤١٦، الكافي:

٣/٣٥١ ح ٣، و عنها وسائل الشيعة: ١/٢٤٥، كتاب الطهارة، أبواب نواقض الوضوء ب ١ ح ١. و ج ٣/٤٦٦، أبواب النجاسات ب ٣٧

ح ١ و ص ٤٧٧ ب ٤١ ح ١ و ص ٤٨٢ ب ٤٤ ح ١. و ج ٨/٢١٧، كتاب الصلاة، أبواب الخلل الواقع في الصلاة ب ١٠ ح ٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٠٦

.....

الرسول مثلاً، فإنّه لا- بدّ في الثاني من أن يكون الكلام ظاهراً فيه عند العرف مع قطع النظر عن الاستشهاد، و لا يلزم في الأوّل ذلك على ما عرفت.

إذا عرفت ما ذكرنا فاعلم أنّ قوله (عليه السلام) في مقام لزوم ضمّ اليمين إلى البيّنة في رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله المتقدّمة «١»: «لأنّنا لا ندرى لعلّه قد أوفاه بيّنة لا نعلم موضعها، أو غير بيّنة قبل الموت هل يكون بمنزلة التعليل الموجب للتوسعة و التضييق، كما في قوله: لا تأكل الرمان لأنه حامض على ما مرّ، أو أنّه علّمة و لا يكون الحكم دائراً مدارها؟ كما في المحكّي عن مستند النراقي، نظراً إلى أنّ العلل الشرعيّة معرّفات لا ينتفى المعلول بانتفائها، فإنّه قد يكون وجود العلة في بعض الأفراد علّمة للحكم في الجميع، مع أنّ التعليل كما قيل «٢» يمكن أن يكون من باب إبداء النكتة و التمثيل، فإنّ احتمال الإبراء أيضاً قائم، و كذا احتمال نسيان المقرّ للايفاء و تذكّره لو كان حين الدعوى، و لذا قوى بعض فضلائنا المعاصرين «٣» الضمّ لإطلاق النصّ، و هو حسن، إلّا أنّ فيه: أنّ النصّ معارض بأخبار أخر واردة في إقرار المريض، و في الوصية بالدين كصحيحه منصور، عن رجل أوصى لبعض ورثته أنّ له عليه ديناً؟

فقال: إن كان الميت مريضاً فأعطه الذي أوصى له «٤».

و صحیحة أبي ولاد، عن رجل مريض أقر عند الموت لوارث بدين له عليه؟

(١) تقدّمت في ص ١٥٢.

(٢) غنائم الأيام: ٦٨٧.

(٣) غنائم الأيام: ٦٨٧.

(٤) الكافي: ٧/ ٤١ ح ٢، تهذيب الأحكام: ٩/ ١٥٩ ح ٦٥٦، الاستبصار: ٤/ ١١١ ح ٤٢٦، الفقيه: ٤/ ١٧٠ ح ٥٩٤، و عنها وسائل الشيعة:

١٩/ ٢٩١، كتاب الوصايا ب ١٦ ح ١. و ج ٢٣/ ١٨٣، كتاب الإقرار ب ١ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٠٧

.....

قال: جائز «١».

و رواية السكوني: في رجل أقر عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندي ألف درهم، ثم مات على تلك الحال، فقال: أيهما أقم البيّنة فله المال، و إن لم يقم واحد منهما البيّنة فالمال بينهما نصفان «٢».

و مكاتبه الصهباني: امرأه أوصت إلى رجل و أقرت له بدين ثمانية آلاف درهم إلى أن قال: فكتب (عليه السلام) بخطه: إن كان الدين صحيحاً معروفاً مفهوماً، فيخرج الدين من رأس المال «٣» إلى غير ذلك من الروايات الواردة في هذا المجال المذكورة في كتاب الإقرار و كتاب الوصايا من الوسائل فإنّ هذه الأخبار شاملة لصوره عدم حلف المقرّ له أيضاً، فيتعارض مع ما مرّ بالعموم من وجه، و إذ لا ترجيح فيرجع إلى القاعدة المتقدّمة المكتفية للمدعى بالبيّنة، و هو الأصحّ «٤»، انتهى.

و يرد عليه:

أولاً: وضوح أنّ التعليل يقتضى التوسعة و التضييق، و لم يقم دليل على أنّ العلل الشرعية معرّفات، لا يكاد ينتفى المعلول بانتفائها، و إلّا لا يكون لذكر التعليل فائدة كما لا يخفى.

(١) الكافي: ٧/ ٤٢ ح ٥، تهذيب الأحكام: ٩/ ١٦٠ ح ٦٦٠، الاستبصار: ٤/ ١١٢ ح ٤٣٠، و عنها وسائل الشيعة: ١٩/ ٣٢٣، كتاب

الوصايا ب ١٦ ح ٤

(٢) الكافي: ٧/ ٥٨ ح ٥، الفقيه: ٤/ ١٧٤ ح ٦١٠، تهذيب الأحكام: ٩/ ١٦٢ ح ٦٦٦، و عنها وسائل الشيعة: ١٩/ ٣٢٣، كتاب الوصايا ب

٢٥ ح ١. و ج ٢٣/ ١٨٤، كتاب الإقرار ب ٢ ح ١.

(٣) تهذيب الأحكام: ٩/ ١٦١ ح ٦٦٤، الاستبصار: ٤/ ١١٣ ح ٤٣٣، و عنها وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٩٤، كتاب الوصايا ب ١٦ ح ١٠.

(٤) مستند الشيعة: ١٧/ ٢٥٦ - ٢٥٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٠٨

.....

و ثانياً: أنّ المذكور في رواية عبد الرحمن المتقدّمة هو التعليل بلحاظ الاشتمال على كلمة لام التعليل، و احتمال الإبراء و إن كان يقوم مقام احتمال الإيفاء، إلّا أنّ مرجع ذلك إلى التوسعة في دائرة العلة بلحاظ المتفاهم العرفي، و أنّ العلة لا تكون خصوص احتمال

الإيفاء، بل الأعم منها و من الإبراء و كل مسقط للدين، و لا منافاة بين سعة دائرة العلة و بين المعممة و المخصصة، كما هو ظاهر. و ثالثاً: أن ما أفاده من التعارض بين روايات المقام و بين الروايات الواردة في باب إقرار المريض أو وصيته غير صحيح. فإن مورد روايات المقام صورة وجود المدعى، و مورد تلك الروايات صورة الإقرار أو الوصية من دون أن يكون هناك مدع أصلاً. و محط النظر فيها هو أن المريض المشرف على الموت هل يصح منه الإقرار بدين عليه أو الوصية بذلك أم لا؟ و أين هذا من المقام. و رابعاً: أنه على فرض التعارض لم يعلم وجه كون التعارض بالعموم و الخصوص من وجه، فإن التعارض مع هذه النسبة إنما هو فيما إذا كان بين العنوانين تعارض كذلك، مع قطع النظر عن الحكم المتعلق بهما؛ كالتعارض بين عنواني العلماء و الفساق في قوله: أكرم العلماء و لا- تكرم الفساق؛ لاجتماع العنوانين في العالم الفاسق. و أمياً في مثل المقام فلو فرض التعارض البدوي، فإنما يكون هو التعارض بالإطلاق و التقييد، و اللّازم تقييد إطلاقات تلك الروايات بسبب روايات المقام. و التحقيق بمقتضى ما ذكرنا عدم لزوم ضمّ اليمين في مفروض هذا الفرع؛ لأنه بعد شهادة البيئنة بالإقرار قبل الموت، و الفرض عدم كون الزمان الباقي إلى الموت ظرفاً للاستيفاء عادة، و اللّازم فرض العلم بعدم تحقق مثل الإبراء، فلا يكون التعليل المذكور في الرواية مقتضياً للزوم ضمّ اليمين هنا؛ للعلم عادة بعدم تحقق الموجب لسقوط الدين من الإيفاء و مثله. تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٠٩

[الثالث: لو تعددت ورثة الميت، فادعى شخص عليه و أقام البيئنة، تكفى يمين واحدة]

الثالث: لو تعددت ورثة الميت، فادعى شخص عليه و أقام البيئنة، تكفى يمين واحدة، بخلاف تعدد ورثة المدعى كما مرّ (١).

[الرابع: اليمين للاستظهار لا بدّ و أن تكون عند الحاكم]

الرابع: اليمين للاستظهار لا بدّ و أن تكون عند الحاكم، فإذا قامت البيئنة عنده و أحلفه ثبت حقه، و لا أثر لحلفه بنفسه أو عند الوارث (٢).

و ممياً ذكرنا يظهر عدم لزوم الضمّ في كل مورد يعلم بالبقاء على فرض الثبوت. نعم فيما إذا قامت البيئنة على بقاء الدين إلى حين الموت، يكون الخروج و عدم لزوم الضمّ لا للتعليل المذكور فيها، بل لما استفدنا منها من أن البيئنة التي أُقيمت على المطلوب بالحقّ هي البيئنة على أصل الاشتغال، كما عرفت (١).

(١) قد ظهر ممياً ذكرنا أن الملاك في تعدد اليمين هو تعدد ورثة المدعى، لا تعدد ورثة المدعى عليه؛ لأنّ المطلوب بالحقّ هو الميت، و كل واحد من ورثة المدعى يقوم مقامه مستقلاً بالإضافة إلى مقدار حقه، و يشمل قوله (عليه السلام): و إن كان المطلوب بالحقّ قد مات (٢)، فيلزم الحلف مضافاً إلى البيئنة. و قد عرفت (٣) أن إقامة البيئنة على مجموع الدين من واحد من الورثة كاف، بخلاف اليمين فإنه لا بدّ لكل واحد منهم ضمّها بمقدار حقه. و أما تعدد ورثة الميت فلا دخل له في ذلك، إذ ليس البحث في يمين المدعى عليه أصلاً، كما لا يخفى.

(٢) الظاهر لزوم كون اليمين للاستظهار عند الحاكم الذي تقام البيئنة عنده، فكما

(١) في ص ١٩٥.

(٢) تقدمت الرواية بتمامها في ص ١٥٢.

(٣) في ص ٢٠٢-٢٠٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢١٠

[الخامس: اليمين للاستظهار غير قابلة للإسقاط]

الخامس: اليمين للاستظهار غير قابلة للإسقاط، فلو أسقطها وارث الميت لم تسقط، و لم يثبت حق المدعى بالبينه بلا ضم الحلف (١).

أنه لا- تجوز إقامة البينة عند غير الحاكم، كذلك لا- يجوز الحلف بنفسه أو عند الوارث أو عند حاكم آخر؛ لأنه دخيل في حكم الحاكم و فصل خصومته كيمين المدعى عليه في موارد، و يؤيده التعبير بالمعينة و الانضمام إلى البينة في الروايات المتقدمة «١»، و عدم التصريح بهذه الجهة فيها لعله لكونها في مقام بيان أصل الحاجة إلى اليمين تقييداً لقول الرسول (صلى الله عليه و آله): البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه «٢»، مع أن مقتضى الأصل عدم التأثير عند غير الحاكم، فتدبر جيداً.

(١) لم يتم دليل على أن اليمين المنصمة إلى البينة في أصل المسألة من الحقوق المرتبطة بوارث الميت، و تكون قابلة للإسقاط، بل مقتضى الدليل توقف ثبوت حق المدعى على ضم اليمين مطلقاً، فكما أنه لا يثبت حقه بدون إقامة البينة، كذلك لا يثبت من دون ضم اليمين، سواء أسقط الوارث أم لا كما في الشاهد الواحد و اليمين، كما لا يخفى.

نعم إذا رضی المدعى بإسقاط بعض حقه و أخذ الباقي بدون الحلف، جاز مع موافقة الورثة، لكن هذا يرجع إلى المصلحة و لا يرتبط بالقضاء.

(١) في ص ١٩١-١٩٢.

(٢) الفقيه: ٣/ ٢٠ ح ٥٢، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧/ ٢٣٤، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٣ ح ٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢١١

[القول في الشاهد و اليمين]

إشارة

القول في الشاهد و اليمين

[مسألة ١: لا إشكال في جواز القضاء في الديون بالشاهد الواحد و يمين المدعى]

مسألة ١: لا إشكال في جواز القضاء في الديون بالشاهد الواحد و يمين المدعى، كما لا إشكال في عدم الحكم و القضاء بهما في حقوق الله تعالى، كنبوت الهلال و حدود الله، و هل يجوز القضاء بهما في حقوق الناس كلها حتى مثل النسب و الولاية و الوكالة، أو يجوز في الأموال و ما يقصد به الأموال كالغصب و القرض و الوديعة، و كذا البيع و الصلح و الإجارة و نحوها؟ وجوه: أشبهها الاختصاص بالديون، و يجوز القضاء في الديون بشهادة امرأتين مع يمين المدعى (١).

(١) أقول: في هذه المسألة أمور:

الأمر الأول: أنه لا إشكال في أصل جواز القضاء في الديون بالشاهد الواحد و يمين المدعى، استناداً إلى المقطوع به من قضاء رسول الله (صلى الله عليه و آله) و قضاء علي (عليه السلام) بعده على ما رواه العامة و الخاصة في كتبهم الروائية، مثل سنن البيهقي «١»

(١) صحيح مسلم: ٣/ ١٠٧٨ ح ١٧١٢، سنن ابن ماجه ٣/ ١٣١-١٣٢ ح ٢٣٦٨-٢٣٧١، سنن أبي داود: ٤/.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢١٢

.....

و الوسائل «١»، و وافقنا عليه أكثر العامية خلافاً لأبي حنيفة و أتباعه «٢»، و قد قال للصادق (عليه السلام): كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد؟ فقال الصادق (عليه السلام): قضى به رسول الله (صلى الله عليه و آله) و قضى به علي (عليه السلام) عندكم. فضحك أبو حنيفة، فقال له الصادق (عليه السلام): أنتم تقضون بشهادة واحد شهادة مائة، فقال: ما نفعل، فقال: بلى تشهد مائة فترسلون واحداً يسأل عنهم، ثم تجيزون شهادتهم بقوله «٣».

و في صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج قال: دخل الحكم بن عتيبة و سلمة 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 علي (عليه السلام) عندكم بالكوفة، فقالا: هذا خلاف القرآن، فقال: و أين وجدتموه خلاف القرآن؟ قالوا: إن الله يقول و أشهدوا ذوى عَدْلٍ مِنْكُمْ «٤» فقال لهما أبو جعفر (عليه السلام): قول الله و أشهدوا ذوى عَدْلٍ مِنْكُمْ هو أن لا تقبلوا شهادة واحد و يميناً، ثم قال: إن علياً (عليه السلام) كان قاعداً في مسجد الكوفة، فمر به عبد الله بن قفل التميمي و معه درع طلحة، فقال له علي (عليه السلام): هذه درع طلحة أخذت غلواً «٥» يوم البصرة، فقال له عبد الله بن قفل: أجل بيني و بينك قاضيك الذي رضيته للمسلمين، فجعل بينه و بينه شريحاً.

٢٤- ٣٦٠٨٢٥- ٣٦١٢، سنن الترمذى: ٣/ ٦٢٧- ٦٢٨ ح ١٣٤٧- ١٣٤٩، سنن الدار قطنى: ٤/ ١٣٥- ١٣٦ ح ٤٤٣٩- ٤٤٤٣ و ص ١٣٧

ح ٤٤٤٧ و ٤٤٤٨، السنن الكبرى للبيهقى: ١٥/ ٢٠٢- ٢١٤ ح ٢١٢٢٧- ٢١٢٦٩.

(١) وسائل الشيعة: ٢٧/ ٢٦٤- ٢٧٠، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٤.

(٢) الخلاف: ٦/ ٢٧٤- ٢٧٩ مسألة ٢٣.

(٣) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٩٦ ح ٨٢٦، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧/ ٢٦٨، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٤ ح ١٣.

(٤) سورة الطلاق: ٦٥/ ٢.

(٥) الغلولة: السرقة قبل تقسيم الغنيمه، المؤلف.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢١٣

.....

فقال علي (عليه السلام): هذه درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة، فقال له شريح: هات علي ما تقول بينه، فأتاه بالحسن (عليه السلام) فشهد أنها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة، فقال شريح: هذا شاهد واحد و لا أفضى بشهادة شاهد حتى يكون معه آخر، فدعا قنبر فشهد أنها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة. فقال شريح: هذا مملوك و لا أفضى بشهادة مملوك.

قال: فغضب علي (عليه السلام) و قال: خذها فإن هذا قضى بجور ثلاث مرات. قال: فتحول شريح و قال: لا أفضى بين اثنين حتى تخبرني من أين قضيت بجور ثلاث مرات؟ فقال له: ويلك أو ويحك إنى لما أخبرتك أنها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة فقلت: 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 واحدة.

ثم أتيتك بالحسن (عليه السلام) فشهد، فقلت: هذا واحد ولا أقضى بشهادة واحد حتى يكون معه آخر، وقد قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بشهادة واحد ويمين، فهذه ثنتان. ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة، فقلت: هذا مملوك ولا أقضى بشهادة مملوك، وما بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً. ثم قال: ويلك أو ويحك إن إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا «١».

قال صاحب الجواهر (قدس سره): وكان اقتصاره (عليه السلام) على خطئه ثلاثاً في هذه القضية على فهم شريح القاضى، وإلا فهو مخطئ من وجوه أخر أيضاً قد أشار (عليه السلام) إلى بعضها، وبذلك ظهر لك حال قاضيهم و حال الفقيهيهم لهم الحكم و سلمته، و حال إمامهم

(١) الكافي: ٣٨٥ / ٧ ح ٥، الفقيه: ٦٣ / ٣ ح ٣١٣، التهذيب: ٢٧٣ / ٦ ح ٧٤٧، الاستبصار: ٣٤ / ٣ ح ١١٧، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٦٥، كتاب القضاء، أبواب كفيته الحكم ب ١٤ ح ٦.
تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢١٤

.....

الأعظم أبى حنيفة و سوء أدبه «١».

و بالجملة قد ظهر لك في هذا الأمر أنه لا شبهة في جواز القضاء بالشاهد و اليمين في الجملة.

□
الأمر الثاني: في أنه هل يختص جواز القضاء بالشاهد و اليمين بالدين الذي يأتي معناه في المسألة الثانية إن شاء الله تعالى، و هو الحق الكلى المالى المتعلق بالذمة مثلثا كان أو قيمياً، كما عليه الماتن (قدس سره) تبعاً للنهائية و الاستبصار «٢» و الغنية «٣» و المراسم «٤» و الإصباح «٥» و الكافي «٦»، بل في الغنية الإجماع عليه، أو يعم مطلق الحقوق المائتة أعم مما إذا كان بنفسه مالاً و ما إذا كان المقصود منه المال، كما عليه المشهور من الأصحاب «٧»، أو يعم مطلق حقوق الناس أعم من أن يكون مالاً أو غيره حتى القصاص و الوصاية و النسب و الولاية، فلا يشمل فقط مثل الشهادة على الهلال، الذى لا وجه للحلف عليه من حيث أنه كذلك من أحد، و كذا كل ما لم تشرع اليمين فيه مثل حقوق الله تعالى، التى هى أيضاً لا- دعوى لأحد بالخصوص فيها، كما لعله يظهر من صاحب الجواهر (قدس سره) خصوصاً بعد جعل الضابط أن كل ما تشرع فيه رد يمين الإنكار على المدعى يشرع فيه الشاهد و اليمين؛

(١) جواهر الكلام: ٢٧٠ / ٤٠.

(٢) النهاية: ٣٣٤، الاستبصار: ٣٣ / ٣٥.

(٣) غنية النزوع: ٤٣٩.

(٤) المراسم: ٢٣٤.

(٥) إصباح الشيعة: ٥٢٨.

(٦) الكافي في الفقه: ٤٣٨.

(٧) مفتاح الكرامة: ١٣٧ / ١٠، رياض المسائل: ١٣٨ / ١٣، كشف اللثام: ١٣٧ / ١٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢١٥

.....

لأن الظاهر كون هذه اليمين يمين المنكر صارت للمدعى الذى له شاهد «١».

هذا، وقد قال المحقق فى الشرائع فى هذا المجال: ويثبت الحكم بذلك فى الأموال: كالدين والقرض والغصب، وفى المعاوضات: كالبيع والصرف والصلح والإجارة والقراض والهبة والوصية له، والجناية الموجبة للدية: كالخطأ وعمد الخطأ وقتل الوالد ولده، والحز العبد، وكسر العظام والجائفة والمأمومة. وضابطه ما كان مالا أو المقصود منه المال، وفى النكاح تردّد، أما الخلع والطلاق والرجعة والعق والتدبير والكتابة والنسب والوكالة والوصية إليه وعيوب النساء فلا، وفى الوقف إشكال منشؤه النظر إلى من ينتقل إليه، والأشبه القبول، لانتقاله إلى الموقوف عليهم «٢»، انتهى.

أقول: فى هذا المجال طوائف ثلاث من الروايات:

الطائفة الأولى: ما تدلّ على القضاء بهما فى مطلق حقوق الناس مثل:

صحيحه محمد بن مسلم، عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد، إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله عزّ وجلّ أو رؤيته الهلال فلا «٣».

وهذه الرواية مضافاً إلى كونها صحيحة من حيث السند ظاهرة الدلالة على التعميم، وأنّه يجزى الشاهد واليمين فى جميع حقوق الناس لاقتضاء التعبير بالعموم والمقابلة ذلك ودونها فى الظهور.

(١) جواهر الكلام: ٢٧٤/٤٠.

(٢) شرائع الإسلام: ٩٢/٤ - ٩٣.

(٣) تهذيب الأحكام: ٢٧٣/٦ ح ٧٤٦، الاستبصار: ٣٣/٣ ح ١١٦، الفقيه: ٣/٣٣٠ ح ١٠٤، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧/٢٦٨، كتاب القضاء، أبواب كفيته الحكم ب ١٤ ح ١٢.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢١٦

.....

ورواية اخرى لمحمد بن مسلم، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: كان رسول الله (صلى الله عليه وآله) يجيز فى الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين، ولم يجز فى الهلال إلّا شاهدى عدل «١».

فإن مقتضى المقابلة كون الدين شاملاً لجميع حقوق الناس المائتة وغيرها.

الطائفة الثانية: الروايات المطلقة الحاكية لفعل الرسول (صلى الله عليه وآله) وعلى (عليه السلام)، والحاكى لفعلهما وإن كان هو الإمام (عليه السلام) فى مقام بيان الحكم الشرعى، وفى هذه الصورة يجوز التمسك بإطلاق كلام الحاكى، إلّا أنّه فيما إذا كانت شرائط التمسك بالإطلاق ومقدمات الحكمة التى يكون أتمها كون المولى المتكلم فى مقام البيان لا الإهمال والإجمال موجودة، وفى هذه الروايات لا يكون كذلك؛ لأن الغرض العمدة كما يظهر من الروايات ومن مخالفة أبى حنيفة وأتباعه إثبات جواز القضاء بالشاهد واليمين فى الجملة لا إطلاق هذا الأمر، وهذه الروايات مثل:

رواية منصور بن حازم، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: كان رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق «٢».

ورواية أبى مريم، عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: أجاز رسول الله (صلى الله عليه وآله) شهادة شاهد مع يمين طالب الحق، إذا حلف أنّه الحق «٣».

(١) الكافي: ٣٨٦ / ٧ ح ٨، تهذيب الأحكام: ٢٧٢ / ٦ ح ٧٤٠، الاستبصار: ٣٢ / ٣ ح ١٠٨، و عنها وسائل الشيعة:

٢٧ / ٢٦٤، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٤ ح ١.

(٢) الكافي ٣٨٥ / ٧ ح ٤، تهذيب الأحكام: ٢٧٢ / ٦ ح ٧٤١، الاستبصار: ٣٢ / ٣ ح ١٠٨، و عنها وسائل الشيعة:

٢٧ / ٢٦٤، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٤ ح ٢.

(٣) تهذيب الأحكام: ٢٧٣ / ٦ ح ٧٤٤، الاستبصار: ٣٣ / ٣ ح ١١٥، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٦٧، كتاب القضاء، أبواب كيفية

الحكم ب ١٤ ح ٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢١٧

.....

□ □
و رواية عباد بن صهيب، عن جعفر بن محمد، عن أبيه (عليهما السلام)، عن جابر بن عبد الله قال: جاء جبرئيل إلى النبي (صلى الله عليه وآله)، فأمره أن يأخذ باليمين مع الشاهد «١».

و غير ذلك من الروايات الحاكية لفعله (صلى الله عليه وآله) أو فعل علي (عليه السلام).

□ □
الطائفة الثالثة: ما ورد في خصوص القضاء بهما في الأموال، و هي الرواية الوحيدة المرسله عن ابن عباس: أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: استشرت جبرئيل (عليه السلام) في القضاء باليمين مع الشاهد، فأشار علي بذلك في الأموال لا تعدو ذلك «٢».

و قال صاحب الجواهر بعد نقله: و لكن ليس هو من طرفنا، و لا معروف النقل في كتب فروعنا، و إنما رواه في المسالك «٣»، بل لعل مضمونه لا يوافق أصول الشيعة، و يمكن أن يكون من محرفات العامة؛ لأنك قد سمعت ما نزل به جبرئيل عليه (صلى الله عليه وآله) «٤». انتهى.

الطائفة الرابعة: ما ورد في درع طلحة من الصحيحة المفصلة المتقدمة، و مثل هذه الصحيحة لا يرتبط بهذا الأمر من المقام، لا لما حكى عن الشيخ في الاستبصار: من أن إنكار أمير المؤمنين (عليه السلام) إنما هو على إطلاق قول شريح: لا أفضى بشهادة واحد «٥»، و لا لما أفاده في الجواهر من ضرورة عدم كون خصوص المقام مما يكفي فيه الشاهد و اليمين من الوالي «٦»، بل لأنه قد حكى فيها علي (عليه السلام) عن الرسول (صلى الله عليه وآله) من

(١) أمالي الصدوق: ٤٤٥ ح ٥٩٤، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٦٩، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٤ ح ١٦.

(٢) تلخيص الحبير: ٤٩٣ / ٤ ح ٢١٣٤.

(٣) مسالك الأفهام: ١٣ / ٥١٠.

(٤) جواهر الكلام: ٤٠ / ٢٧٥.

(٥) الاستبصار: ٣ / ٣٥.

(٦) جواهر الكلام: ٤٠ / ٢٧٣.

لنكراني، محمد فاضل موحدى، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، در يك جلد، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٠ هـ ق

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات؛ ص: ٢١٨

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢١٨

.....

أنه «حيث ما وجد غلول أخذ بغير بينة»، كما لا يخفى.

و منه يظهر أن ما أفاده السيد (قدس سره) في الملحقات في آخر كلامه من أنه: لا يبعد إلحاق دعوى العين بالدين في الثبوت بالشاهد واليمين لا غير «١»، نظراً إلى رواية الدرع في غير محلّه، فتدبر.

الطائفة الخامسة: الروايات الدالة على الاختصاص بالدين، وهي روايات كثيرة، مثل رواية محمد بن مسلم المتقدمة، ورواية حماد بن عثمان، التي نقلها صاحب الوسائل وجعلها روايتين متعدّتين، والظاهر أنّهما رواية واحدة، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: كان عليّ (عليه السلام) يجيز في الدين شهادة رجل ويمين المدعى «٢».

ورواية أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون له عند الرجل الحقّ و له شاهد واحد؟ قال: فقال: كان رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقضى بشاهد واحد و يمين صاحب الحقّ، و ذلك في الدين «٣».

ورواية القاسم بن سليمان قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بشهادة رجل مع يمين الطالب في الدين وحده «٤». و غير ذلك من الروايات الدالة على ذلك.

(١) ملحقات العروة الوثقى: ٣ / ٩١.

(٢) الكافي: ٧ / ٣٨٥ ح ١، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٧٣ ح ٧٤٥، الاستبصار: ٣ / ٣٢ ح ١١٠، و عنها وسائل الشيعة:

٢٧ / ٢٦٥ و ٢٦٨، كتاب القضاء، أبواب كفيّة الحكم ب ١٤ ح ٣ و ١١.

(٣) الكافي: ٧ / ٣٨٥ ح ٣، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٧٢ ح ٧٤٢، الاستبصار: ٣ / ٣٢ ح ١٠٩، و عنها وسائل الشيعة:

٢٧ / ٢٦٥، كتاب القضاء، أبواب كفيّة الحكم ب ١٤ ح ٥.

(٤) تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٧٣ ح ٧٤٥، الاستبصار: ٣ / ٣٢ ح ١١٠، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٦٨، كتاب القضاء، أبواب كفيّة الحكم ب ١٤ ح ١٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢١٩

.....

و قد ظهر ممّا ذكرنا أنّ اللازم في هذا الأمر ملاحظة طائفتين من الطوائف الخمس المتقدمة:

الطائفة الظاهرة في جواز القضاء بشاهد و يمين في مطلق حقوق الناس.

و الطائفة الظاهرة في الاختصاص بالدين.

فاعلم أنّ المحكى عن الشيخ (قدس سره) في الاستبصار حمل إطلاق الأولى على التقييد في الثانية «١». و ذكر صاحب الجواهر: أنّ حمل المطلق على المقيّد إنّما يصحّ بعد فرض التقييد، و عدم قوّة المطلق من حيث كونه مطلقاً، و هما معاً ممنوعان؛ لإمكان عدم إرادة التقييد في النصوص السابقة، ضرورة أنّ القضاء بهما في الدين أو جوازه لا يقتضى عدم القضاء و لا عدم جوازه بغيره، هذا بعد الإغضاء عن قصور السند و لا جابر له؛ لما عرفت من أنّ المشهور التعديّة، بل قد سمعت دعوى الإجماع عليه من الشيخ و الحلّي «٢»، «٣».

أقول: فرض عدم التقييد لأنّ إثبات الشيء لا ينفي ما عداه ينافي لسان جملة من الروايات الواردة في الدين الظاهرة في الاختصاص

بلحاظ قوله (عليه السلام): «وذلك في الدين» أو أنه (صلى الله عليه وآله) قضى في الدين وحده، نعم قوة المطلق بحالها، نظراً إلى المقابلة بينه وبين حقوق الله والهلال، كما في صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة.

وهنا إشكال آخر وهو: أن مستند المشهور في جعل الضابط المال أو المقصود منه المال ما ذا؟ ومن المستبعد جداً أن يكون مستندهم المرسل المتقدمة عن ابن عباس، ولا مجال لأن يقال هنا: بأن استناد المشهور يكون جابراً لضعفها بعد

(١) الاستبصار: ٣/ ٣٣.

(٢) الخلاف: ٦/ ٢٧٥ مسألة ٢٣، السرائر: ٢/ ١٤٠.

(٣) جواهر الكلام: ٤٠/ ٢٧٣ - ٢٧٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٢٠

.....

كون مفادها مغايراً لعقائدنا، وكونها غير مذكورة في كتب فروعنا، فهل لعنوان الدين المذكور في الروايات معنى وسيع يشمل جميع الحقوق المائتة، بحيث كان مرجع فعلهم إلى شبه ما عمله في الاستبصار، من تقييد حقوق الناس في الصحيحة بالحقوق المائتة، فيلزم حينئذٍ عدم التعرض فيها لمثل حق القصاص ونحوه مما لا يكون مالاً، ولا ما يقصد به الأموال، ويؤيد سعة معنى الدين جعله مقابلاً للهلال في روايته الأخرى عن أبي عبد الله (عليه السلام) المتقدمة أيضاً، لكن إطلاق لفظ الدين على مثل حق القصاص مشكل.

و كيف كان، فالتحقيق أنه لا محيص عن الفتوى على طبق الرواية الصحيحة، والحكم بجريان الشاهد واليمين في جميع حقوق الناس المالية وغيرها، وإن كان الاحتياط يقتضى الاقتصار على خصوص الأولى، فتدبر جيداً.

الأمر الثالث: في قيام شهادة امرأتين مقام رجل واحد في مسألة الشاهد واليمين، كما عن الأكثر «١» خلافاً لابن إدريس، حيث منع عن ذلك على مبناه من عدم حجية خبر الواحد «٢»، وللعلامة في موضع من محكى التحرير، حيث جزم بالعدم فيه «٣»، وإن كان قد جزم في موضع آخر منه بالقبول «٤».

ويدل على المشهور صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) أجاز

(١) الوسيلة: ٢٢٢، الجامع للشرائع: ٥٤٢، مسالك الأفهام: ١٣/ ٥١١ ٥١٢، رياض المسائل: ١٣/ ١٤١، جواهر الكلام: ٤٠/ ٢٧٥.

(٢) السرائر: ٢/ ١١٦.

(٣) تحرير الأحكام: ٥/ ١٧٩، الرقم ٦٥٢٦.

(٤) تحرير الأحكام: ٥/ ٢٦٨، الرقم ٦٦٦٤..

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٢١

.....

شهادة النساء مع يمين الطالب في الدين، يحلف بالله أن حقه لحق «١».

ومرسلة منصور بن حازم قال: حدثني الثقة، عن أبي الحسن (عليه السلام) قال: إذا شهد لصاحب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز «٢».

(١) الكافي: ٧/ ٣٨٦ ح ٧، تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٧٢ ح ٧٣٩، الاستبصار: ٣/ ٣٢ ح ١٠٧، الفقيه: ٣/ ٣٣ ح ١٠٦، وغيرها وسائل الشيعة:

٢٧ / ٢٧١، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٥ ح ٣.

(٢) الكافي: ٣٨٦ / ٧ ح ٦، الفقيه ٣ / ٣٣ ح ١٠٥، تهذيب الأحكام: ٢٧٢ / ٦ ح ٧٣٨، الاستبصار: ٣ / ٣١ ح ١٠٦، و عنها وسائل الشيعة:

٢٧ / ٢٧١، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٥ ح ١ و ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٢٢

[مسألة ٢: المراد بالدين كل حق مالي في الذمة]

مسألة ٢: المراد بالدين كل حق مالي في الذمة بأي سبب كان، فيشمل ما استقرضه، و ثمن المبيع، و مال الإجارة، و دية الجنائيات، و مهر الزوجة إذا تعلق بالعهد، و نفقتها، و الضمان بالإتلاف و التلف إلى غير ذلك، فإذا تعلق الدعوى بها أو بأسبابها لأجل إثبات الدين و استتباعها ذلك فهي من الدين، و إن تعلقت بذات الأسباب و كان الغرض نفسها لا تكون دعوى الدين (١).

(١) الغرض من هذه المسألة تعميم دائرة الدين و الحكم بعدم اختصاصه بما استقرضه و مثله، بل يعتم الموارد المذكورة في المتن. و هذا البحث إنما يجري بناءً على اختصاص الحكم في المسألة الأولى بخصوص الدين، و أمراً بناءً على الحكم بالتعميم في جميع الحقوق المرهونة بالناس أعم من المالية و غيرها فلا مجال لهذا البحث، كما أنه بناءً على القول الآخر الذي عرفت أنه المشهور يمكن أن يقال بعدم التفاوت، و يمكن أن يقال بالفرق بالإضافة إلى المعاوضة و مثلها من حيث هي، كما لا يخفى.

و هو الظاهر من المسألة الأولى حيث جعل القول بالاختصاص بالديون مغايراً للقول بجريانه في مطلق الأموال و ما يقصد به الأموال، الذي هو المشهور على ما عرفت، مع أنه لو كان المراد ممتاً يقصد به الأموال هو ما يقصد به الأموال نوعاً و غالباً لا يبقى فرق بين القولين؛ لأن جميع المعاوضات حينئذٍ داخل فيهما.

نعم لو كان المراد هو القصد الشخصي يتحقق الفرق، و لعل الأول هو الوجه لما يظهر من الجواهر من أن أحداً من الأصحاب لم يشر إلى أن أصل المسألة

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٢٣

.....

خلافية «١»، و القول بالتعميم إلى جميع الحقوق المالية و غيرها يظهر الميل إليه من المحكى عن المحقق السبزواري في الكفاية، مع التعليق على عدم ثبوت الإجماع على خلافه «٢».

و كيف كان فالتحقيق في المسألة ما عرفت.

(١) جواهر الكلام: ٢٧٤ / ٤٠.

(٢) كفاية الفقه المشتهر ب «كفاية الأحكام» ٢ / ٧٠٩ / ٧١٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٢٤

[مسألة ٣: الأحوط تقديم الشاهد و إثبات عدالته ثم اليمين]

مسألة ٣: الأحوط تقديم الشاهد و إثبات عدالته ثم اليمين، فإن قدم اليمين ثم أقام الشاهد فالأحوط عدم إثباته، و إن كان عدم اشتراط

التقديم لا يخلو من قوة (١).

(١) قال المحقق في الشرائع: ويشترط شهادة الشاهد أولاً، و ثبوت عدالته ثم اليمين، فلو بدأ باليمين وقعت لاغية، و افتقر إلى إعادتها بعد الإقامة «١». و قال في الجواهر عقيب الجملة الأولى: بلا خلاف أجده فيه، بل في كشف اللثام نسبته إلى قطع الأصحاب «٢». هذا، و لكن جملة من متأخري المتأخرين كصاحب الكفاية و المفاتيح و المستند خالفوه، حيث تردّدوا في المسألة أو قالوا بالعدم «٣»، و عمدة ما استدللّ به على الاعتبار أصالة عدم ثبوت الحقّ بدون ذلك بعد الشكّ في إرادة غيره من الإطلاق، خصوصاً بعد الترتيب الذكري في أكثر الروايات.

و يرد عليه: أنّه مع ثبوت الإطلاق لا مجال للأصل كما في سائر الموارد، لكنّ الكلام في أصل ثبوت الإطلاق بعد كونها في مقام بيان أصل اعتبار الشاهد و اليمين في الجملة، و الترتيب الذكري لا يعاب به. و قد حكى عن المسالك التعليل بأنّ المدعى وظيفته البيّنة لا اليمين بالأصالة، فإذا أقام شاهداً صارت البيّنة التي هي وظيفته ناقصة و يتممها اليمين بالنّص، بخلاف ما لو قدّم اليمين، فإنّه ابتدأ بما ليس له وظيفه «٤».

(١) شرائع الإسلام: ٩٢ / ٤.

(٢) كشف اللثام: ١٣٩ / ١٠، جواهر الكلام: ٢٧٠ / ٤٠.

(٣) كفاية الفقه المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٧٠٩ / ٢، مفاتيح الشرائع: ٢٦٤ / ٣، مستند الشيعة: ٢٧٥ / ١٧.

(٤) مسالك الأفهام: ٥٠٩ - ٥١٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٢٥

.....

و عن كشف اللثام أنّه استدللّ له بأنّ جانبه حينئذٍ يقوى، و إنّما يحلف من يقوى جانبه، كما أنّه يحلف إذا نكل المدعى عليه؛ لأنّ النكول قوّى جانبه «١»، و ربّما احتمل ضعيفاً أن يكون الشاهد بشرط اليمين كيمين الاستظهار مع بيّنة المدعى في الدعوى على الميت. و ضعف الكلّ ظاهر، و الإنصاف كما في الجواهر «٢» أنّه لا دليل واضح على المسألة، فمقتضى الاحتياط الاستجابي خروجاً عن مخالفة المشهور «٣» هو الاعتبار المذكور كما أفاده الماتن (قدّس سرّه)، بل بملاحظة الأصل المذكور بعد عدم ثبوت الإطلاق الاحتياط الوجوبي في اعتبار التقديم، و قد عرفت في عبارة المحقق التصريح بأنّه لو بدأ باليمين وقعت لاغية و افتقر إلى الإعادة بعد الإقامة أي إقامة الشاهد الواحد، فراجع.

(١) كشف اللثام: ١٣٩ / ١٠.

(٢) جواهر الكلام: ٢٧٠ / ٤٠.

(٣) السرائر: ١٤١ / ٢، المختصر النافع: ٢٨٣، تحرير الأحكام: ١٧٤ / ٥، الرقم ٦٥١٩، قواعد الأحكام: ٤٤٩ / ٢، الدروس الشرعية: ٩٨ / ٢.

اللمعة دمشقيّة: ٥٢، الروضة البهيّة: ١٠٢ / ٣، ملحقات العروة الوثقى: ٩٢ / ٣، مسألة ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٢٦

[مسألة ٤: إذا كان المال المدعى به مشتركاً بين جماعة بسبب واحد كالإرث و نحوه]

مسألة ٤: إذا كان المال المدعى به مشتركاً بين جماعة بسبب واحد كالإرث و نحوه، فأقام بعضهم شاهداً على الدعوى و حلف، لا يثبت به إلا حصته. و ثبوت سائر الحصص موقوف على حلف صاحب الحق، فكل من حلف ثبت حقه مع الشاهد الواحد (١).

(١) لأن ظاهر الأدلة افتقار ثبوت حق كل مدع إلى ضم اليمين بعد إقامة الشاهد، و لا يثبت حق مدع بدون الحلف، كما أنه لا يتوقف ثبوت حق البعض على حلف الجميع، كما ادعى نفى وجدان الخلاف فيه في الطرفين «١». ثم إنه لو تصرف المدعى الحالف في خصوص حقه المحكوم له بنحو الإشاعة من دون أن يكون هناك في الخارج شيء و لا قبض و إقباض، كما لو نقل النصف المشاع المحكوم له إلى الغير بالعوض أو مجاناً، فلا إشكال في عدم الشركة بلحاظ الشريك الأول المدعى غير الحالف.

و أما إذا فرض القبض من المدعى عليه، فإن كانت الدعوى عيناً شاركه فيها غيره؛ لإقراره بالشركة بسبب واحد كالإرث، فلا يجوز التصرف فيه إلا برضا الكل، و لا يلزم شيء من الأمرين المتقدمين توقف ثبوت الحق على حلف الغير، أو ثبوت حقه بدون حلفه، و إن كان يظهر من إطلاق مثل عبارة المحقق في الشرائع عدم ثبوت الشركة هنا أيضاً، حيث قال: و لو حلف بعض أخذ و لم يكن للممتنع معه شركة «٢»، إلا أن الظاهر لزوم الحمل على غير العين. و أما إذا كانت الدعوى ديناً ففيه احتمالان:

(١) جواهر الكلام: ٢٨٠ / ٤٠.

(٢) شرائع الإسلام: ٩٣ / ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٢٧

.....

أحدهما: ما هو الحق و قد اختاره السيد في الملحقات «١»، و هو عدم الشركة فيما قبضه من دون فرق بين صورة إجازة الشريك و عدمه؛ لأن الدافع دفعه إليه بعنوان حصته، و القابض إنما قبضه كذلك، و المناط في تعيين الدين قصد الدافع، و ربما لا يجب عليه دفع حصته الغير، أو لا يريد دفعها، أو يريد الدفع بعداً، كما في سائر موارد الاشتراك المحرز في الدين مثلثاً كان أو قيمياً. و دعوى عدم جواز أخذ الدين المشترك إلا بإذن الجميع مدفوعة بالمنع بعد انحلال الدعوى إلى دعاوى، و انحلال الدين إلى ديون متعدده، بل عدم ثبوت الارتباط بين أجزاء الدين الواحد، كما إذا أراد تأديته البعض دون الجميع. ثانيهما: ما في الجواهر من الاشتراك إذا أجاز الشريك القبض، و إذا لم يجز يبقى على ملك الدافع «٢»، إذ ليس له تعيين حصته الشركاء من الحق المشترك، بل الأمر بيدهم، و هو مستلزم للضرر على الحالف و غيره من أصحاب الحق في كثير من المقامات؛ لعدم إمكان أخذ حقه بدون إذن الشريك.

هذه هي ما تقتضيه القاعدة في باب الشركة، و إلا فهناك روايات لا بد من ملاحظتها، و التحقيق في كتاب الشركة إن شاء الله تعالى

«٣».

(١) ملحقات العروة الوثقى: ٩٤ / ٣.

(٢) جواهر الكلام: ٥٨ / ٢٥ و ج ٢٨٦ / ٤٠.

(٣) تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب الشركة: ١٣٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٢٨

[مسألة ٥: ثبوت الحقّ بشاهد ويمين إنّما هو فيما لا يمكن إثباته بالبيّنة]

مسألة ٥: ثبوت الحقّ بشاهد ويمين إنّما هو فيما لا يمكن إثباته بالبيّنة، و مع إمكانه بها لا يثبت بهما على الأحوط (١).

[مسألة ٦: إذا شهد الشاهد و حلف المدّعى و حكم الحاكم بهما، ثمّ رجع الشاهد]

مسألة ٦: إذا شهد الشاهد و حلف المدّعى و حكم الحاكم بهما، ثمّ رجع الشاهد ضمن نصف المال (١).

(١) لأنّ القدر المتيقّن من أدلّة الاكتفاء بالشاهد و اليمين بعد عدم ثبوت الإطلاق لها صورة عدم إمكان إقامة البيّنة و لو لعسرها، و يؤيّده مرسله يونس عمّن رواه قال: استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدّعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدّعى عليه، فإن لم يحلف و ردّ اليمين على المدّعى، فهي واجبة عليه أن يحلف و يأخذ حقه، فإن أبي أن يحلف فلا شيء له «١». فالأحوط اللزومى لو لم يكن الأقوى هو ما فى المتن.

(٢) لأنّ الظاهر أنّ مستند القاضى فى الحكم بنفع المدّعى كان مركّباً من أمرين: هما الشاهد و اليمين، فاذا رجع الشاهد عن شهادته يكون ذلك كرجوع أحد الشاهدين فيما إذا أقام البيّنة، فكما أنّه هناك يكون ضامناً لنصف المال يكون فى المقام أيضاً كذلك. و دعوى أنّ اليمين بمنزلة الشرط و الشاهد بمنزلة المشروط، أو أنّ اليمين حيث تكون جزءاً أخيراً من العلّة يكون هو المؤثر التام، فلا وجه لضمان الشاهد، مدفوعاً بظهور الأدلّة فى أنّ المستند مركّب من الشاهد و اليمين، مع أنّ استلزام الأمرين لغير ضمان النصف ممنوع.

(١) تقدّمت فى ص ١٤٨.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٢٩

[القول فى السكوت]

إشارة

القول فى السكوت أو الجواب بقوله «لا أدرى» أو «ليس لى» أو غير ذلك.

[مسألة ١: إن سكت المدّعى عليه بعد طلب الجواب عنه]

مسألة ١: إن سكت المدّعى عليه بعد طلب الجواب عنه، فإن كان لعذر كصمم أو خرس أو عدم فهم اللّغة أو لدهشة و وحشة، أزاله الحاكم بما يناسب ذلك، و إن كان السكوت لا لعذر، بل سكت تعتّباً و لجأً أمره الحاكم بالجواب باللفظ و الرفق، ثمّ بالغلظة و الشدّة، فإن أصرّ عليه فالأحوط أن يقول الحاكم له: أجب و إلّا جعلتك ناكلًا، و الأولى التكرار ثلاثاً، فإن أصرّ ردّ الحاكم اليمين على المدّعى، فإن حلف ثبت حقه (١).

(١) إذا سكت المدعى عليه بعد طلب الجواب عنه، فإن كان لعذرٍ كصمم أو خرس أو عدم فهم اللغة و أمثاله، أزاله الحاكم بما يناسب ذلك، وإن كان السكوت لا لعذر، بل لجأً وتعتاً، ففيه أقوال مختلفة: أحدها: ما هو المحكى عن المفيد «١» و الشيخ في كتابي النهاية «٢» و الخلاف «٣»

(١) المقنعة: ٧٢٥.

(٢) النهاية: ٣٤٢.

(٣) الخلاف: ٢٣٨ / ٦ مسألة ٣٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٣٠

.....

و ابن حمزة «١»، بل هو المنسوب إلى كافة المتأخرين «٢» من أنه يحبس حتى يجيب.

ثانيها: أنه يجبر على الجواب بالضرب و الإهانة، و لم يعرف قائله «٣».

ثالثها: ما عن المبسوط «٤» و السرائر «٥» و بعض المتأخرين «٦»، و تبعهم الماتن (قدس سره) احتياطاً من أن الحاكم يقول له ثلاثاً: إن أجبت و إلّا جعلتك ناكلاً، و رددت اليمين على المدعى، فإن أصرّ ردّ اليمين على المدعى، و عن المبسوط: أنه الذي يقتضيه مذهبنا و عن السرائر: أنه الصحيح من مذهبنا و أقوال أصحابنا، و عن القاضي: أنه ظاهر مذهبنا «٧».

رابعها: ما عن بعضهم من التخيير بين الحبس و الردّ «٨».

و استدللّ للقول الأوّل بأنه مروى، لكن عن جماعة عدم العثور على هذه الرواية «٩»، و احتمال أن يكون المراد منها ما تقدّم من رواية «لّي الواجد بالدين يحلّ عرضه و عقوبته» «١٠»، مع أن الظاهر أن المراد بالواجد هو المديون المسلم،

(١) الوسيلة: ٢١٧.

(٢) مختلف الشيعة: ٣٨٠ / ٨، إيضاح الفوائد: ٣٣٢ - ٣٣٣، اللمعة الدمشقية: ٥١، مسالك الأفهام: ٤٦٦ / ١٣، كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٦٩٦ / ٢.

(٣) حكاة في كشف اللثام: ١٠٢ / ١٠.

(٤) المبسوط: ١٦٠ / ٨.

(٥) السرائر: ١٦٣ / ٢.

(٦) مجمع الفائدة و البرهان: ١٧٠ / ١٢، ١٧١، و ليراجع قواعد الأحكام: ٤٥٣ / ٣.

(٧) المبسوط و السرائر تقدّمًا آنفًا، المهذب: ٥٨٦ / ٢.

(٨) لم نجده عاجلاً، نعم، نقله بعينه السيّد الخوانساري في جامع المدارك: ٣٨ / ٦.

(٩) كالشيخ في الخلاف و الشهيد الثاني في المسالك و الأردبيلي في مجمع الفائدة و البرهان و السبزواري في كفاية الفقه المشتهر ب «كفاية الأحكام».

(١٠) تقدّمت ص ١٢٣ - ١٢٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٣١

.....

الواجد لأداء المتمكن منه لا المتمكن من الجواب، مع أن إطلاق العقوبة لا ينحصر بالحبس. ومنه يظهر أن سائر ما تقدم من الروايات الدالة على أن علياً (عليه السلام) كان يحبس في الدين «١» إنما يكون مورده المديون الذي أحرز كونه مديوناً، لا من ادعى عليه الدين و المديون المشكوك. وربما استدلل على هذا القول بأن الجواب واجب على المدعى عليه، والضرب والإهانة خلاف الأصل، ولا دليل على إجراء حكم النكول هنا فيتعين الحبس، وفيه ما لا يخفى، مع أن الحبس ربما يوجب الضرر على المدعى كما هو الظاهر. واستدل للقول الثاني بأدلة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على حسب مراتبهما، حتى تنتهي إلى الضرب والإيذاء. وفيه: أن الدليل لا يقتضي تعيين الضرب والإهانة، ويمكن أن يكون الحبس في بعض الموارد مؤثراً ولعله أهون. وأمّا القول الثالث الذي قواه المرحوم السيد في الملحقات، فقد استدلل له بأن الإصرار على عدم الجواب نكول أو أولى منه؛ لأنه امتناع عن أصل الجواب فضلاً عن اليمين بعده. وأورد عليه بعدم ورود لفظ النكول في شيء من الأخبار حتى يدور الحكم مداره، أو ما هو أولى منه «٢». والتحقيق أن يقال:

(١) في ص ١٢٤.

(٢) ملحقات العروة الوثقى: ٣/ ١٠٢ ١٠٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٣٢

.....

أولاً: أنه لم يرد في شيء من الأخبار الصحيحة المتقدمة «١» بعضها الواردة في مورد البينة واليمين، إلا أن البينة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه، لا أن اليمين على من أنكر حتى يقال: بعدم دلالة على ثبوت اليمين في المقام؛ لأنه لا يصدق عليه عنوان المنكر بعد إصراره على عدم الجواب رأساً، ومن المحتمل أن لا يكون على فرض الجواب منكرًا بل مقراً، أو قائلاً بمثل لا أدري. ومن الواضح أن عنوان المدعى عليه يصدق على الساكت المصّر، وإن كان مصراً على السكوت وعدم الجواب. وثانياً: أن رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله المفصلة المتقدمة «٢»، التي رواها المشايخ الثلاثة، ربما يستفاد منها صدراً و ذيلًا ثبوت الحق بمجرد عدم حلف المدعى عليه، وعدم الحاجة إلى رد الحاكم أيضاً. أمّا الصدر فقوله (عليه السلام) بناءً على نقل غير الصدوق: «و إن لم يحلف فعليه» يعني أنه إن لم يتحقق الحلف من المدعى عليه فالحق يثبت عليه، وهو ظاهر في عدم الرد على المدعى لا من المدعى عليه ولا من الحاكم مطلقاً. أمّا الذيل فقوله (عليه السلام): «و لو كان حياً لألزم باليمين، أو الحق، أو يرد اليمين عليه» فإن ظاهره أن المدعى عليه يكون الثابت عليه أحد أمور ثلاثة: من اليمين، أو الحق، أو رد اليمين على المدعى، فإذا لم يتحقق الأول والثالث يتعين الثاني، و ظاهره عدم الحاجة إلى رد الحاكم أيضاً.

و دعوى ابتناء ذلك على كون قوله: «يرد» بصيغة المبني للفاعل، مع أنه يحتمل

(١) في ص ١٣٦.

(٢) في ص ١٩١-١٩٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٣٣

.....

أن يكون بصيغته المبني للمفعول، فيدل على ردّ الحاكم، مدفوعةً بكونها خلاف الظاهر أولاً، مع أنه على هذا التقدير لا بدّ وأن يكون بصورة التأنيث، كما في صحيحة هشام، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «تردّ اليمين على المدعى» (١).
وقد انقدهم مما ذكرنا تعين هذا القول، وأن الاحتياط المذكور في المتن هو الاحتياط الاستحبابي، وإن كان ظاهر العبارة خلافه، كما أنه ظهر بطلان سائر الأقوال حتى القول الزايع الذي لا دليل عليه بالخصوص.

(١) تقدّمت في ص ١٤٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٣٤

[مسألة ٢: لو سكت لعذرٍ من صمم أو خرس أو جهل باللسان توصل إلى معرفة جوابه بالإشارة المفهومة أو المترجم]

مسألة ٢: لو سكت لعذرٍ من صمم أو خرس أو جهل باللسان توصل إلى معرفة جوابه بالإشارة المفهومة أو المترجم، ولا بدّ من كونه اثنين عدلين، ولا يكفي العدل الواحد (١).

(١) قال المحقق في الشرائع: و لو استغلقت إشارته بحيث يحتاج إلى المترجم لم يكف الواحد، و افتقر في الشهادة بإشارته إلى مترجمين عدلين «١». و من كلامه ظهر وجه الاحتياج إلى العدلين، و أنه من باب الشهادة التي يعتبر فيها التعدد و العدالة، و لكن ذكر في الجواهر: أنه قد يحتمل في أصل الترجمة للفظ أنها من قرائن الظنّ بالمراد به، فلا تعتبر العدالة حينئذٍ فضلاً عن التعدد، قال: فتأمل و الأمر سهل «٢».

و أنت خبير بأن أصالة الظهور التي يبتنى عليها كشف المراد تكون حجةً مطلقاً و لو لم يقد الظنّ الشخصي، بل إذا كان الظنّ كذلك على خلافه، بل حجيتها مطلقة، غاية الأمر أنه لا بدّ من تشخيص الظهور و لو بمعونه القرينة، فقله: رأيت أسداً يرمى ظاهر في الرجل الشجاع و لو بسبب قرينة يرمى، لكن المقام يرتبط بالشهادة، و لا يرتبط بكبرى أصالة الظهور و لا بصغرها.
هذا، مع أنه قد حقق في محله «٣» عدم الاكتفاء بخبر العادل الواحد في الموضوعات الخارجية، و إلّا يصير اعتبار البيّنة لغواً كما قد قرّر في محله «٤»، و لعله لذا أمر بالتأمل في ذيل كلامه، فتدبّر جيداً.

(١) شرائع الإسلام: ٨٦ / ٤.

(٢) جواهر الكلام: ٢١١ / ٤٠.

(٣) القواعد الفقهية للمؤلف دام ظله: ١ / ٤٩٤ - ٤٩٧.

(٤) القواعد الفقهية للمؤلف دام ظله: ١ / ٤٩٤ - ٤٩٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٣٥

[مسألة ٣: إذا ادعى العذر و استمهل في التأخير]

مسألة ٣: إذا ادعى العذر و استمهل في التأخير، أمهله الحاكم بما يراه مصلحة (١).

[مسألة ٤: لو أجاب المدعى عليه بقوله: «لا أدري»]

مسألة ٤: لو أجاب المدعى عليه بقوله: «لا أدري» فإن صدقه المدعى فهل تسقط دعواه مع عدم البيّنة عليها، أو يكلف المدعى عليه بردّ الحلف على المدعى، أو يردّ الحاكم الحلف على المدعى، فإن حلف ثبت حقه، وإن نكل سقط، أو توقفت الدعوى و المدعى على ادعائه إلى أن يقيم البيّنة، أو أنكر دعوى (الدعوى ظ) المدعى عليه؟ وجوه؛ أوجهها الأخير، وإن لم يصدقه المدعى في الفرض، و ادعى أنه عالم بأنّي ذو حقّ فله عليه الحلف، فإن حلف سقطت دعواه بأنه عالم، و إن ردّ على المدعى فحلف ثبت حقه (٢).

(١) إذا استمهل المدعى عليه المدعى للعذر، جاز أن يمهل الحاكم بما يراه مصلحة؛ لعدم الدليل على لزوم فورية الجواب بعد دعوى المدعى، فيمكن عروض النسيان للمدعى عليه أو بعض الجهات الأخرى، فيتمنى الزوال أو التحقيق من سائر الجهات. فاللازم في مثل ذلك جواز الإمهال بما يراه مصلحة موجبة لعدم التضرر بالمدعى على تقدير كونه صاحب الحق، و عدم فرار المدعى عليه، و أمثال ذلك من الأمور.

(٢) لو أجاب المدعى عليه بقوله: «لا أدري» أو مثله ففيه صورتان:

الصورة الأولى: ما إذا صدقه المدعى في ادعائه عدم العلم، و قد احتمل فيه وجوهاً أربعة:

أحدها: سقوط دعوى المدعى مع عدم إقامة البيّنة على دعواه، و لازمه توقّف الإثبات على إقامة البيّنة فقط.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٣٦

.....

ثانيها: تكليف الحاكم المدعى عليه بردّ الحلف على المدعى.

ثالثها: ردّ الحاكم بنفسه الحلف على المدعى، فإن حلف ثبت حقه و إن نكل سقط.

رابعها: توقّف الدعوى و كون المدعى على ادعائه إلى أن يقيم البيّنة، أو يصير المدعى عليه منكراً، فيجوز عليه حكم سائر الموارد. و قد اختار السيد في الملحقات أنه لا حقّ للمدعى في هذه الصورة؛ لأنّ المفروض تصديقه في عدم علمه، و معه ليس مكلفاً بالأداء في مرحلة الظاهر لأنّ الأصل براءة ذمته، و المدعى أيضاً معترف بذلك، فلا يجوز له مطالبته. ثمّ دفع دعوى أنه يصدق عليه المدعى، و كلّ دعوى مسموعة يكون الفصل فيها بالبيّنة أو اليمين، و كونه مصدقاً له في براءته بحسب التكليف الظاهري لا. ينافى صدق المنازعة، و معه لا بدّ من فاصل، بمنع كون دعواه مسموعة مع فرض عدم البيّنة، و عدم إمكان الحلف على الواقع لعدم العلم به، و لا على الظاهر لتصديقه له من هذه الجهة، و كذا دفع ما يمكن أن يقال: من أنّ مقتضى قوله (عليه السلام) في ذيل رواية عبد الرحمن المتقدمة في بحث الدعوى على الميت (١): «و لو كان حياً لألزم اليمين أو الحقّ أو يردّ اليمين» بأنه مختصّ بصورة سماع الدعوى و صحّتها، و بأنّ الظاهر اختصاصه بالحيّ العالم (٢).

و أنت خبير بأنّه إن كان المراد أنّ من شرائط سماع الدعوى التي تقدّم البحث فيها سابقاً (٣) أن لا- يجب المدعى عليه بقوله: «لا أدري» في صورة عدم إقامة

(١) في ص ١٩١-١٩٢.

(٢) ملحقات العروة الوثقى: ١٠٤/٣.

(٣) تقدّم في «القول في شروط سماع الدعوى».

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٣٧

.....

المدعى البينة، فمضافاً إلى أنه لم يتقدّم شرطية هذا الأمر في ضمن الشرائط المتعدّدة المتكرّرة؛ أنه لا مجال لأن يقال: بأنه في صورة إقامة المدعى البينة تكون دعواه واجدة لشرائط السماع، وفي صورة العدم لا تكون كذلك، خصوصاً بعد ملاحظة أن البينة و الحلف متفرعان على سماع الدعوى و متأخران عنه، كما لا يخفى.

و بعد ملاحظة أنه لا يمكن أن يقال: بوصول الحاكم إلى صورة لا تكون قابلة للفصل، مع أنه المعدّ لفصل الخصومة و رفع النزاع بين الناس، و دعوى اختصاص ذيل الرواية بصورة الحي العالم ممنوعه جداً، لإطلاقه في مقابل ما إذا كانت الدعوى على الميت. و قد عرفت «١» أن قوله: «يردّ اليمين» بصيغته المبني للفاعل، و كان مرجع الضمير المدعى عليه الحي، و إلما كان اللازم أن يقول: و تردّ اليمين بصيغته المبني للمفعول، و على التقدير الثاني أيضاً دليل على لزوم ردّ اليمين إلى المدعى، و إن كان لا دلالة له على لزوم ردّ المدعى عليه، فتدبر جيداً.

ثمّ إنه قد استدل السيد (قدس سرّه) لعدم اعتبار دعوى المدعى مع عدم إقامة البينة بالأخبار المتعدّدة الواردة في صورة تزويج الرجل المرأة، ثمّ ادعاء رجل آخر أنها تكون زوجته له من دون أن يكون له بينة على ذلك، من أنه لا يعاب بقوله في هذه الصورة «٢». و أنا أقول: هذه الأخبار و إن كانت متعدّدة و فيها الموثقة و الحسنه، لكن موردها صورة عدم الترافع و التخاصم المنجرّ إلى الرجوع إلى القاضى لفصل الخصومة، بخلاف المقام.

(١) في ص ١٢٣٢-٢٣٣.

(٢) ملحقات العروة الوثقى: ٣/ ١٠٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٣٨

.....

و يؤيّد التفصيل في بعضها بين ما إذا كان المخبر بذلك ثقة أم لا، مع أنه لا يعتد بقول الثقة الواحد بل العدل الواحد في مقام القضاء أصلاً، فاستفادة حكم المقام من تلك الأخبار غير تامه جداً، فافهم و تأمل.

الصورة الثانية: ما إذا لم يصدّقه المدعى في قوله: «لا أدري» و مثله، بل ادعى بأنه عالم بأنه ذو حقّ و قوله مخالف للواقع، و في هذه الصورة له عليه الحلف على عدم الدراية، فإن حلف سقطت دعوى المدعى بأنه عالم، و لكن تبقى الدعوى على أصل الحقّ بحالها، كما سيصرّح به في المسألة الآتية.

و بعبارة أخرى يثبت بحلف المدعى عليه عدم الدراية، و مرجعه إلى عدم اشتغال ذمته بالحقّ ظاهراً، و أمّا عدم اشتغالها به واقعاً فلا مجال لثبوتها بهذا الحلف، بل يكون على فرضه على حاله، فيجوز له إقامة البينة عليه بعد ذلك، كما أنه تجوز المقاصه من ماله على ما يأتي إن شاء الله تعالى «١»، و إن ردّ الحلف على المدعى فحلف على أنه عالم بكونه ذا حقّ يثبت بذلك أصل الحقّ الواقعي؛ لأنّ ثبوت العلم بالحقّ لا- يجتمع إلما مع ثبوت الحقّ، و إلما فيلزم أن يكون العلم جهلاً مركّباً، و المفروض أنه قد حلف على ثبوت علمه بالحقّ، كما لا يخفى.

(١) في ص ٣٨٩-٣٩٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٣٩

[مسألة ٥: حلف المدعى عليه بأنه لا يدري يسقط دعوى الدراية]

مسألة ٥: حلف المدعى عليه بأنه لا يدري يسقط دعوى الدراية، فلا تسمع دعوى المدعى ولا البيئته منه عليها، وأما حقه الواقعي فلا يسقط به، ولو أراد إقامة البيئته عليه تقبل منه، بل له المقاصة بمقدار حقه، نعم لو كانت الدعوى متعلقة بعين في يده منتقلة إليه من ذى يد، وقلنا: يجوز له الحلف استناداً إلى اليد على الواقع، فحلف عليه سقطت الدعوى وذهب الحلف بحقه، ولا تسمع بيئته منه، ولا يجوز له المقاصة (١).

(١) قد عرفت في ذيل المسألة السابقة أن حلف المدعى عليه على قوله: «لا أدري» مع تكذيب المدعى إياه في ذلك إنما يوجب سقوط دعوى الدراية من المدعى، فلا تسمع دعواه إياها بعد ذلك في هذه الواقعة، ولا البيئته على هذه الدعوى، وأما حقه الواقعي الثابت على عهده واقعاً على تقديره فلا يسقط بهذا الحلف، بل يجوز له إقامة البيئته على ذلك بعداً، كما أنه تجوز له المقاصة بمقدار دينه وحقه.

نعم لو كانت الدعوى متعلقة بعين في يد المدعى عليه، فتارة تكون منتقلة إليه من ذى يد آخر بالشراء أو الإرث أو الاتهاب أو نحوها، وأخرى لا يعلم الانتقال إليه كذلك، بل تكون في يده من غير العلم بكونه ملكاً له أو لغيره.

وفي الفرض الأول: تارة يقال بجواز حلف ذى اليد على ما في يده استناداً إلى اليد على الواقع، كما يدل عليه صريحاً بعض ما ورد في مسألة اليد من خبر حفص ابن غياث، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال له رجل: إذا رأيت شيئاً في يد رجل هل يجوز لي أن أشهد أنه له؟ قال: نعم، قال الرجل: أشهد أنه في يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): أفيحل الشراء منه؟ قال: نعم، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): فلعله

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٤٠

.....

لغيره، فمن أين جاز ذلك أن تشتريه بصير ملكاً لك؟ ثم تقول بعد الملك: هو لى وتحلف عليه، ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد الله (عليه السلام): لو لم يجر هذا لم يبق للمسلمين سوق «١».

فيجوز في المقام أن يحلف المدعى عليه على الملكية الواقعية استناداً إلى اليد، ويوجب سقوط دعوى المدعى بالمرّة وذهاب الحلف بحقه على تقديره، فلا تسمع بيئته منه بعد ذلك، ولا يجوز له المقاصة، وإن كان معتقداً بثبوت الحق
وأخرى يقال بعدم جواز الحلف على ما في يده، فيرجع إلى مسألة الدين. وسيأتى التحقيق إن شاء الله تعالى «٢».

وفي الفرض الثاني: ربّما يقال كما عن مستند النراقى (قدس سرّه): بأنه يقرع بينه وبين المدعى؛ لأنه يشترط في دلالة اليد على الملكية عدم اعتراف ذيها بعدم علمه بأنه له أولاً «٣»، وسيأتى التحقيق أيضاً إن شاء الله تعالى «٤».

(١) الكافي: ٣٨٧/٧ ح ١، ٣١/٣ ح ٩٢، تهذيب الأحكام: ٦/٢٤١ ح ٦٩٥، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧/٢٩٢، كتاب القضاء، أبواب

كيفية الحكم ب ٢٥ ح ٢.

(٢) في ص ٤٠٢-٤٠٣.

(٣) مستند الشيعة: ١٧ / ٢٩١، عوائد الأيام: ٧٤٢.

(٤) في ص ٣٠٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٤١

[مسألة ٦: لو أجاب المدعى عليه بقوله: «ليس لي و هو لغيرك»]

مسألة ٦: لو أجاب المدعى عليه بقوله: «ليس لي و هو لغيرك» فإن أقر لحاضر و صدقه الحاضر كان هو المدعى عليه، فحينئذ له إقامة الدعوى على المقر له، فإن تمت و صار ماله إليه فهو، و إلا له الدعوى على المقر بأنه صار سبباً للغرامة، و له البدأ بالدعوى على المقر، فإن ثبت حقه أخذ الغرامة منه، و له حينئذ الدعوى على المقر له لأخذ عين ماله، فإن ثبت دعواه عليه رد غرامة المقر، و إن أقر لغائب يلحقه حكم الدعوى على الغائب.

و إن قال: «إنه مجهول المالك و أمره إلى الحاكم» فإن قلنا: إن دعوى مدعى الملكية تقبل إذ لا معارض له يرد إليه، و إلا فعليه البيئته، و مع عدمها لا يبعد إرجاع الحاكم الحلف عليه. و إن قال: «إنه ليس لك بل وقف» فإن ادعى التولية ترتفع الخصومة بالنسبة إلى نفسه، و توجه إليه لكونه مدعى التولية، فإن توجه الحلف إليه و قلنا بجواز حلف المتولى فحلف سقطت الدعوى، و إن نفى عن نفسه التولية فأمره إلى الحاكم، و كذا لو قال المدعى عليه: «إنه لصبي أو مجنون» و نفى الولاية عن نفسه (١).

(١) قد تعرض في هذه المسألة لأربعة أجوبة أخرى متصورة بالنسبة إلى المدعى عليه:

أحدها: ما إذا أجاب المدعى عليه بقوله: «ليس لي و هو لغيرك» و أقر بالعين المدعى بها لشخص ثالث، و فيه فرضان: الفرض الأول: ما إذا أقر بها لشخص حاضر و صدقه الحاضر في ذلك الإقرار و ملكية المدعى بها. و في هذا الفرض يكون الحاضر المقر له هو المدعى عليه. و الوجه فيه

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٤٢

.....

ليس مجرد الإقرار له، خصوصاً بعد ما تقدم «١» في الجواب بالإقرار من أن الإقرار لا يؤثر إلا في الجهة السلبية، و هي عدم كون المقر مالكا، و أما ثبوت الملكية للمقر له فلا يتحقق بمجرد الإقرار، خصوصاً مع احتمال التبانى بينهما.

فالوجه في صيرورته مدعى عليه هو: تصديق المقر له للمقر في أنه المالك دون المدعى كما هو غير خفي. فحينئذ له إقامة الدعوى عليه أي على المقر له، فإن تمت دعواه و صار ماله إليه، فلا يستحق شيئاً آخر؛ لأنه بعد وصول ماله إليه بعينه و خصوصيته لا مجال لتوهم استحقاق شيء آخر كالغرامة و نحوها.

هذا و إن لم يصل ماله إليه لأجل عدم تامة دعواه، فله الدعوى على المقر بأنه صار سبباً للغرامة بإقراره مال المدعى بادعائه للغير و اعترافه بأنه المالك دون المدعى.

و في المتن أنه يجوز له البدأ بالدعوى على المقر فان ثبت حقه أخذ الغرامة منه، و ظاهره الجواز مطلقاً و لو مع تمكنه من المرافعة مع المقر له، و احتمال إمكان إثبات حقه؛ مع أنه يجري في هذه الصورة وجوه ثلاثة:

أحداها: الجواز، كما هو ظاهر المتن و هو الأقوى، نظراً إلى أنه حال بينه و بين ماله، فله إثبات ذلك و تغريمه.

ثانيها: عدم الجواز، لعدم معلومية أن المقر فوت مال المدعى.

ثالثها: التفصيل بين الصورة المشقة في المراجعة مع المقر له، أو ظن عدم إمكان إثبات حقه عليه، أو ظنه عدم إمكان المرافعة مع

المقرّر له لو قدّم المرافعة معه، و بين غير هذه الصور، فيجوز في الأولى دون الثانية، و لكن الأقوى هو الأول كما

(١) في ص ١١٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٤٣

.....

عرفت. فان ثبت حقه أخذ الغرامة منه، و لكن لا- ينتفى معه جواز الرجوع إلى المقرّر له إذا تعلق غرض المدعى بالخصوصية و عينه الشخصية، فإن ثبت دعواه عليه يأخذ ماله، و لا بدّ حينئذ من ردّ الغرامة إلى المقرّر؛ لعدم إمكان الجمع بين المبدل و البدل، كما قد حَقّق ذلك في بدل الحيلولة في مكاسب الشيخ الأعظم (قدّس سرّه) «١» و غيره.

الفرض الثاني: ما إذا أقرّ به المدعى عليه لشخص غائب، و قد حكم فيه في المتن بأنّه يلحقه حكم الدّعوى على الغائب، فحينئذٍ له إقامة البيّنة على إثبات حقه، فإن أقامها يدفع إليه ماله بلا كفيل أو معه على القولين، و الغائب على حجّته إذا قدم.

ثانيها: ما إذا أجاب المدعى عليه بأنّ العين التي في يده و يدّعيها المدعى ليست له، بل هي مجهول المالك و أمره إلى الحاكم، فإن قلنا: إنّ دعوى مدعى الملكية في صورة عدم التعارض مقبولة؛ لأنّها الدّعوى بلا معارض، فهي مقبولة و تردّ العين إليه فهي، و إلّا فعليه البيّنة، و مع عدمها يستحلف المدعى عليه إن ادّعى العلم بعدم كون المدعى مالكا، و أنّ مالكة الواقعي الذي هو غير المدعى مجهول. و في غير هذه الصورة نفى البعد في المتن عن إرجاع الحاكم الحلف عليه، و منشؤه أنّ أمر مجهول المالك بيد الحاكم.

ثالثها: ما إذا قال المدعى عليه للمدعى: إنّهُ ليس لك، بل وقف للعلماء مثلاً أو الفقراء، أو مشهد من المشاهد المشرفّة. فتارة لا يدعى التولية على العين الموقوفة بقوله لنفسه، و أخرى يدّعيها كذلك.

ففي الصورة الاولى مع عدم إقامة البيّنة كما هو المفروض يرجع أمر هذه العين إلى الحاكم؛ لإقرار ذى اليد بكونها موقوفة، و لا يدعى التولية لنفسه،

(١) المكاسب (تراث الشيخ الأعظم) ٣/ ٢٥٧ ٢٧٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٤٤

.....

فيكون أمرها راجعاً إلى الحاكم.

و في الصورة الثانية يكون المدعى عليه مدّعياً للتولية، و الدعوى تتوجّه إليه من هذه الحيثية، لكن إذا توجّه الحلف إليه و قلنا بجواز حلف المتولّى، و حلف في هذه الصّورة، سقطت دعوى المدعى على أصل الملكية؛ لأنّ ثبوت التولية يستلزم ثبوت الوقف، و معناه عدم كون المدعى مالكا له بالملك الشخصي.

رابعها: ما إذا قال المدعى عليه: إنّهُ لصبيّ أو مجنون. و في هذه الصورة إن ادّعى الولاية لنفسه فالحكم فيه حكم صورة ادعائه التولية في الصورة السّابقة، و إن نفى الولاية عن نفسه فالحكم فيه أيضاً حكم الصورة السّابقة فيما إذا لم يدّع التولية بوجه.

و ينبغي أن يعلم أنّ ما تقدّم من شرائط سماع الدعوى المتعدّدة المتكرّرة إنّما يلاحظ بالإضافة إلى المدعى، و أمّا بالنسبة إلى المدعى عليه فلا يلزم وجود الشرائط المتقدّمة؛ و لذا تقبل المخاصمة و الترافع في أمثال المقام، و قد تقدّم أنّ من أقسام الجواب هو الجواب بالإقرار، مع أنّه في صورة الإقرار لا يتوجّه نفع إلى المدعى عليه، خصوصاً بعد حكمهم بأنّه إذا كان المقرّر به عيناً خارجية تؤخذ من يد

المدعى عليه المقرّ و تردّ إلى المدعى المقرّ له، و إن ناقشنا في ذلك «١» بأنّ الإقرار لا يقتضى أكثر من تحقّق الجهة السلبية، و هي عدم كون المقرّ به مالاً للمقرّ، و أمّا ثبوت الملكية للمدعى فيحتاج إلى أمر آخر زائد على الإقرار، مثل البيّنة و نحوها، فتدبّر.

(١) في ص ١١٧-١١٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٤٥

[مسألة ٧: لو أجاب المدعى عليه بأنّ المدعى أبرأ ذمتي]

مسألة ٧: لو أجاب المدعى عليه بأنّ المدعى أبرأ ذمتي، أو أخذ المدعى به مني، أو وهبني أو باعني أو صالحني و نحو ذلك، انقلبت الدعوى و صار المدعى عليه مدّعياً و المدعى منكرًا، و الكلام في هذه الدعوى على ما تقدّم (١).

(١) هذا هو قسم من جواب المدعى عليه، و هو يرجع إلى الإقرار بأنّه كان ملكاً له سابقاً، غاية الأمر تحقّق الإبراء أو الأخذ بالإضافة إلى الدين أو الهبة أو البيع أو الصلح بالإضافة إلى العين، و من المعلوم أنّ هذه أمور حادثه يحتاج إثباتها إلى الادعاء، و المدعى في هذه الجهة يكون هو المدعى عليه، ففرق بين أن يقول المدعى عليه في مقام جواب المدعى بأنّ له ديناً عليه: بأنّ ذمتي ليست مشغولة بك، أو أن يقول: بأنّك أبرأتني منه، ففي الأول يكون المدعى، عليه الإثبات، و في الثاني يكون على المدعى عليه الإثبات. و الفرض أنّ القاضى لا يكون عالماً بالحال بوجه.

و قد تقدّم «١» أنّ في بعض الروايات قال النبي (صلى الله عليه و آله) بعد حصر القضاء بالبيّنات و الايمان: «و بعضكم ألحن بحجّته من بعض، فأئماً رجل قطع له من مال أخيه شيئاً، فإنّما قطعت له به قطعة من النار» «٢»، و من هنا يعلم أنّه إذا لم يتمكّن المدعى عليه من إثبات الإبراء و نحوه يجوز له أن يقول: بأنّ ذمتي لا تكون مشغولة لك و أمثال ذلك. و هذا كما أنّه إن أراد الرجل الاستمتاع من المرأة في وقت معيّن، فإن كان بصورة

(١) في ص ١١٧-١١٨.

(٢) الكافي: ٧/ ٤١٤ ح ١، تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٢٩ ح ٥٥٢، معاني الأخبار: ٢٧٩، و عنها وسائل الشريعة: ٢٧/ ٢٣٢، كتاب القضاء، أبواب كفيّة الحكم ب ٢ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٤٦

.....

الزنا فهو غير جائز بل معصية كبيرة، و إن كان بصورة العقد المؤجل و النكاح المنقطع فهو جائز بل مستحب، و إن كان واقع الأمر واحداً كما لا يخفى، و كذا في المعاملات الصحيحة و الفاسدة فتدبّر.

ثمّ إنّ بعد صيرورة المدعى عليه مدّعياً و بالعكس أنّ جواب المدعى عليه و هو المدعى في الدعوى الاولى: إمّا أن يكون إقراراً أو إنكاراً أو سكوتاً أو لا- أدرى، و الحكم في جميع هذه الأقسام ما تقدّم. لكنّ المحكى عن المستند الفرق في جواب لا- أدرى بين المقامين «١»؛ نظراً إلى موافقة قوله في هذا المقام مع الأصل فيعمل بمقتضاه، و لم يعلم وجه الفرق بعد كون قوله: «لا أدرى» في ذلك المقام موافقاً مع الأصل أيضاً، كما لا يخفى.

(١) مستند الشيعة: ١٧ / ٢٨٥ - ٣٠٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٤٧

[القول في أحكام الحلف]**إشارة**

القول في أحكام الحلف

[مسألة ١: لا يصح الحلف ولا يترتب عليه أثر من إسقاط حق أو إثباته]

مسألة ١: لا يصح الحلف ولا يترتب عليه أثر من إسقاط حق أو إثباته إلا أن يكون بالله تعالى أو بأسمائه الخاصة به تعالى كالرحمن والقديم والأول الذي ليس قبله شيء، وكذا الأوصاف المشتركة المنصرفه إليه تعالى، كالرازق والخالق، بل الأوصاف غير المنصرفه إذا ضم إليها ما يجعلها مختصة به، والأحوط عدم الاكتفاء بالأخير، وأحوط منه عدم الاكتفاء بغير الجلالة، ولا يصح بغيره تعالى كالأنبياء والأوصياء والكتب المنزلة والأماكن المقدسة، كالكعبة وغيرها (١).

(١) البحث فعلاً إنَّما هو في اليمين القاطعة للدعوى نفيًا لها أو إثباتًا، كما أن البحث منحصر بالحكم الوضعي المترتب عليه. وأما من جهة الحكم التكليفي المترتب عليه جوازاً أو منعاً أو كراهة أو التفصيل، فالبحث فيه موكول إلى كتاب الأيمان، كما أن الإيجاب للكفارة أيضاً موكول إلى ذلك الكتاب.

فنقول: لا إشكال من جهة النفي والإثبات في أمرين:

أحدهما: الاكتفاء في الحلف بالجلالة؛ لأنه القدر المسلم من الحلف بالله الوارد في

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٤٨

.....

بعض روايات الحلف، وقد عرفت «١» الرواية المشتملة على خطاب الله تعالى إلى بعض الأنبياء بقوله تعالى: «وَأَصْفِهِمْ إِلَى اسْمِي» فَإِنَّ الحلف بالجلالة مصداق كامل لذلك، كما أنه قد فرغ عليه فيها فحلفهم به.

ثانيهما: عدم صحته الحلف بغير الله تعالى من الأنبياء والأوصياء والكتب المنزلة والأماكن المقدسة، كالكعبة والمشاهد المشرفة وغيرها؛ لخروجه عن عنوان الحلف بالله تعالى، ويمكن استفادة عدم الجواز من مثل:

صحيحه محمد بن مسلم قال: قلت لأبي جعفر (عليه السلام): قول الله عزَّ وجلَّ وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ ﴿٢﴾ وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ ﴿٣﴾ وما أشبه ذلك. فقال: إنَّ لله عزَّ وجلَّ أن يقسم من خلقه بما شاء، وليس لخلقه أن يقسموا إلا به «٤».

إنَّما الإشكال بل الخلاف في غيرهما من الصور:

الاولى: ما إذا حلف بأسمائه الخاصة به كالأمثلة المذكورة في المتن، والظاهر صحته وشمول الحلف بالله له، وإن كان بغير لفظ الجلالة.

الثانية: ما إذا حلف بالأوصاف المشتركة بينه وبين غيره، ولكن الانصراف العرفي يخصها إليه تعالى كالرازق والخالق، والظاهر صحته وشمول الحلف بالله له؛ للانصراف المذكور على ما هو المفروض.

(١) الكافي: ٧ / ٤١٤ ح ٤٢، التهذيب: ٦ / ٣٢٨ ح ٥٥٠ و ٥٥١، الوسائل: ٢٧ / ٢٢٩ ح ٢٣٠، أبواب كيفية الحكم ب ١ ح ٣١.

(٢) سورة الليل ٩٢: ١.

(٣) سورة النجم ٥٣: ١.

(٤) الكافي: ٧ / ٤٤٩ ح ١، تهذيب الأحكام: ٨ / ٢٢٧ ح ١٠٠٩، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٢ / ٣٤٣، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب

الإيلاء ب ٣ ح ١، و ج ٢٣ / ٢٥٩، كتاب الأيمان ب ٣٠ ح ٣، و ج ٢٧ / ٣٠٣، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٣٤ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٤٩

.....

الثالثة: ما إذا حلف بالأوصاف المشتركة، لكن مع عدم الانصراف العرفي إليه تعالى، بل مع الضميمة الموجبة للاختصاص، كالعالم بكل شيء والقادر على كل شيء، و عنوان واجب الوجود، فإن الإضافة توجب الاختصاص به تعالى، و الظاهر أيضاً صحته و شمول الحلف بالله له؛ لأنه بعد الانضمام بنحو التوصيف أو الإضافة أو مثلهما لا ينطبق إلما عليه تعالى. و ممّا ذكرنا بان أنّ المثال الأخير المذكور في المتن للصورة الأولى، و هو «الأول الذي ليس قبله شيء» من مصاديق هذه الصورة لا من أمثلة الصورة الأولى، ثم إن ممّا ذكرنا ظهر أنّ رعاية كمال الاحتياط تقتضى عدم الحلف بغير لفظ الجلالة كما في المتن.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٥٠

مسألة ٢: لا فرق في لزوم الحلف بالله بين أن يكون الحالف والمستحلف مسلمين أو كافرين أو مختلفين

مسألة ٢: لا فرق في لزوم الحلف بالله بين أن يكون الحالف والمستحلف مسلمين أو كافرين أو مختلفين، بل و لا بين كون الكافر ممن يعتقد بالله أو يجحده، و لا يجب في إحلاف المجوس ضمّ قوله: «خالق النور و الظلمة» إلى «الله»، و لو رأى الحاكم أنّ إحلاف الذمى بما يقتضيه دينه أردع، هل يجوز الإكتفاء به كالأحلاف بالتوراة التي أنزلت على موسى (عليه السلام)؟ قيل: نعم، و الأشبه عدم الصحّة، و لا بأس بضمّ ما ذكر إلى اسم الله إذا لم يكن أمراً باطلاً (١).

(١) يقع الكلام في هذه المسألة في مقامات:

المقام الأول: في إحلاف اليهودي و النصراني و مثلهما ممن يعتقد بالله و نبوة غير نبينا محمد (صلى الله عليه و آله)، و قد وردت فيه طائفتان من الروايات:

الطائفة الأولى: و هي أكثرها ما دلّ على عدم جواز حلفهما بغير الله أمّا بنحو العموم و الإطلاق، كصحيحه محمد بن مسلم المتقدم الدالة على أنّه ليس لخلقه أن يقسموا إلّا به، أو بنحو الخصوص لعنوانهما في موضوع الحكم، مثل:

رواية سليمان بن خالد، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: لا يحلف اليهودي و لا النصراني و لا المجوسي بغير الله (١). الحديث.

و رواية جراح المدائني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: لا يحلف بغير الله. و قال: اليهودي و النصراني و المجوسي لا تحلفوهم إلّا بالله عزّ و جلّ (٢).

(١) الكافي: ٧ / ٤٥١ ح ٤، تهذيب الأحكام: ٨ / ٢٧٨ ح ١٠١٣، الاستبصار: ٤ / ٣٩ ح ١٣١، و عنها وسائل الشيعة: ٢٣ / ٢٦٦، كتاب

الأيمان ب ٣٢ ح ١.

(٢) الكافي: ٧ / ٤٥١ ح ٥، تهذيب الأحكام: ٨ / ٢٧٨ ح ١٠١٤، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٣ / ٢٦٦، كتاب الأيمان ب ٣٢ ح ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٥١

.....

و رواية سماعه، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته هل يصلح لأحد أن يحلف أحداً من اليهود والنصارى بآلهتهم؟ قال: لا يصلح لأحد أن يحلف أحداً إلا بالله عز وجل «١».

و رواية الحلبي قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن أهل الملل يستحلفون؟ فقال: لا تحلفوهم إلا بالله عز وجل «٢».

الطائفة الثانية: ما يدل على جواز حلفهما بغير الله، مثل:

رواية السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام): أن أمير المؤمنين (عليه السلام) استحلف يهودياً بالتوراة التي أنزلت على موسى (عليه السلام) «٣».

و رواية محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام) قال: سألته عن الأحكام؟ فقال: في كل دين ما يستحلفون به «٤».

و رواية محمد بن قيس قال: سمعت أبا جعفر (عليه السلام) يقول: قضى علي (عليه السلام) فيمن استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلف بكتابه و ملته «٥». و غير ذلك من الروايات المتقدمة.

(١) الكافي: ٧ / ٤٥١ ح ٢، تهذيب الأحكام: ٨ / ٢٧٩ ح ١٠١٥، الاستبصار: ٤ / ٣٩ ح ١٣٣، و عنها وسائل الشيعة: ٢٣ / ٢٦٧، كتاب الأيمان ب ٣٢ ح ٥.

(٢) الكافي: ٧ / ٤٥٠ ح ١، و عنه وسائل الشيعة: ٢٣ / ٢٦٦، كتاب الأيمان ب ٣٢ ح ٣.

(٣) الكافي: ٧ / ٤٥١ ح ٣، تهذيب الأحكام: ٨ / ٢٧٩ ح ١٠١٩، الاستبصار: ٤ / ٤٠ ح ١٣٥، و عنها وسائل الشيعة: ٢٣ / ٢٦٦، كتاب الأيمان ب ٣٢ ح ٤.

(٤) تهذيب الأحكام: ٨ / ٢٧٩ ح ١٠١٧، الاستبصار: ٤ / ٤٠ ح ١٣٦، و عنها وسائل الشيعة: ٢٣ / ٢٦٧، كتاب الأيمان ب ٣٢ ح ٧.

(٥) تهذيب الأحكام: ٨ / ٢٧٩ ح ١٠١٧، الاستبصار: ٤ / ٤٠ ح ١٣٧، و عنها وسائل الشيعة: ٢٣ / ٢٦٧، كتاب الأيمان ب ٣٢ ح ٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٥٢

.....

و الإنصاف أن الجمع بين الطائفتين بنحو يخرجهما عن موضوع التعارض غير ممكن، مثل ما حكاه في الوسائل عن الشيخ بعد نقل رواية السيكوني: من أنه حملة الشيخ على أنه مخصوص بالإمام إذا رأى ذلك أردع لهم. قال: وإنما لا يجوز لنا؛ لأننا لا نعرف ذلك، و إذا عرفنا جاز أيضاً لنا. انتهى.

ثم قال: و حملة بعض أصحابنا على من يرى الحلف بذلك، و لا يعتقد الحنث في الحلف بالله، و مثل غيرهما من وجوه الجمع.

فالظاهر ثبوت التعارض و الرجوع إلى الشهرة الفتوائية التي هي أول المرجحات، على ما استفدناه «١» من مقبوله ابن حنظلة المعروفة «٢»، و لعله لأجل ذلك جعل الأشبه في المتن عدم الاكتفاء بغير الله، و إن كان ضمّه إلى الله لا يضر ما لم يكن أمراً باطلاً كالأبوة لعيسى (عليه السلام).

المقام الثاني: في حلف المجوس، و قد عرفت عطفه على اليهود و النصارى في بعض الروايات المتقدمة في أنه لا بد من تحليفه بالله، و لا يلزم ضمّ مثل قوله: «خالق النور و الظلمة»، لاحتمال كون العقيدة على طبق الوثنيين من المجوس القائلين بثبوت خالق للنور

خالق آخر للظلمة، خلافاً لمثل الشيخ في المبسوط، حيث إن المحكى عنه أنه قال: إن كان مجوسياً حلف و الله الذي خلقني و رزقني؛ لئلا يتناول بالله وحده النور، فإنه يعتقد النور إلهاً، فإذا قال: خلقني و رزقني زال الإبهام «٣».

و يرد عليه مع أنه مخالف لمقتضى إطلاق الروايات التي تقدم بعضها، يكون لفظ

(١) أي في سيري كامل در اصول فقه: ١٦ / ٥٣٢ - ٥٥٥.

(٢) الكافي: ١ / ٦٧ - ٦٨ ذ ١٠، تهذيب الأحكام: ٦ / ٣٠٢ - ٣٠٣ ذ ح ٨٤٥، الفقيه ٣ / ٥ ح ٢، الاحتجاج: ٢ / ٢٦١ - ٢٦٣ ذ الرقم ٢٣٢، و عنها وسائل الشريعة: ٢٧ / ١٠٦، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي ب ٩ ح ١.

(٣) المبسوط: ٨ / ٢٠٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٥٣

.....

الجلالة عندهم علماً لخالق النور و الظلمة، و لا يطلق على غيره، و إن كان لفظ الإله أعم.

المقام الثالث: في حلف من لا يعتقد بالله بل يجحده و ينكره، و قد صرح في المتن بأنه لا بد من تحليفه أيضاً بالله، و يشكل فيما إذا كان الجحد لا باللسان فقط بل بالقلب أيضاً؛ نظراً إلى أنه لا يرى وجوداً للمقسوم به فضلاً عن عظمته و علو شأنه، فأى أثر يترتب على حلفه و الحال هذه. و حكى عن الشيخ في المبسوط أن ثمرة يمينه زيادة الإثم و استيجاب العقوبة «١»، مع أنه لا يكون له أى ارتباط بباب القضاء و فصل الخصومة الموضوع لاسترداد صاحب الحق حقه، و عدم جواز الأخذ من غير من عليه الحق، و إن كان ربما لا يتحقق هذا الغرض كما عرفت «٢» في الرواية النبوية: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان إلخ».

و كيف كان فهذه العلة لا تلائم باب القضاء بوجه، و يحتمل قوياً سقوط الحلف في هذه الصورة، و رد الحاكم الحلف إلى المدعى لو كان معتقداً بالله، كما لا يخفى، و لا ينافيه قوله (صلى الله عليه و آله): «اليمين على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه» «٣» بعد الانصراف إلى المعتقد بالحلف، كما لا يخفى.

(١) المبسوط: ٨ / ٢٠٥.

(٢) في ص ١٣٥ و ٢٤٥.

(٣) تقدم في ص ٨٤ - ٨٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٥٤

مسألة ٣: لا يترتب أثر على الحلف بغير الله تعالى

مسألة ٣: لا يترتب أثر على الحلف بغير الله تعالى و إن رضى الخصمان الحلف بغيره، كما أنه لا أثر لضم غير اسم الله تعالى إليه، فإذا حلف بالله كفى، ضم إليه سائر الصفات أولاً، كما يكفي الواحد من الأسماء الخاصة، ضم إليه شيء آخر أو لا (١).

(١) قد ظهر حكم هذه المسألة من المسألتين السابقتين، و أنه لا بد في مقام القضاء و فصل الخصومة من ترتيب الأثر على الحلف بالله تعالى أو بما ذكر فيهما، و لا حاجة إلى ضم سائر الصفات إليه، و الغرض هنا بيان أن رضا الخصمين بالحلف بغيره تعالى لا يوجب ترتيب الأثر على الحلف بغيره؛ لأن الموضوع في الأدلة هو الحلف بالله، كما أن رضا المنكر بإقامة المدعى شاهداً واحداً و عادلاً فardاً

لا يكفي في الحكم و مقام فصل الخصومة، و إن كان ربّما يوجب ارتفاع موضوع التنازع رأساً، كما لا يخفى.
و في الجواهر بعد الحكم بعدم الجواز مع التراضي: و إن أدرجاه في عقد شرعي كالصلح و نحوه على معنى صلح المدعى عن حلف المنكر مثلاً بالقسم بغير الله بإسقاط الدعوى «١». و مراده تحقّق فصل الخصومة بذلك كما ذكرنا.

(١) جواهر الكلام: ٢٢٧ / ٤٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٥٥

[مسألة ٤: لا إشكال في عدم ترتّب أثر على الحلف بغير الله تعالى]

مسألة ٤: لا إشكال في عدم ترتّب أثر على الحلف بغير الله تعالى، فهل الحلف بغيره محرّم تكليفاً في إثبات أمر أو إبطاله مثلاً كما هو المتعارف بين الناس؟ الأقوى عدم الحرمة، نعم هو مكروه سيّما إذا صار ذلك سبباً لترك الحلف بالله تعالى، و أمّا مثل قوله: سألتك بالقرآن أو بالنبي (صلى الله عليه و آله) أن تفعل كذا فلا إشكال في عدم حرمة (١).

(١) الغرض من هذه المسألة بيان الحكم التكليفي للحلف بغيره تعالى، و لو لم يكن في حال التخاصم و التنازع الذي يجري فيه فصل الخصومة، كما إذا كان في مقام إثبات أمر أو إبطاله مثلاً كما هو المتعارف بين الناس من الحرمة و عدمها، و فيه وجهان بل قولان: القول بالحرمة التي يترتب على مخالفتها الإثم، كما أسنده النراقي في محكي المستند إلى الأشهر بين الطائفة، قال: بل قيل: إنّه مقتضى الإجماعات المنقولة «١». و صرح به جماعة منهم المحقّق الأردبيلي «٢» و صاحب المفاتيح «٣» و شارحه «٤» و بعض مشايخنا المعاصرين «٥»، «٦».

و القول بعدم الحرمة الذي اختاره صاحب الجواهر (قدّس سرّه) «٧»، و تبعه مثل الماتن.

(١) الغنية: ٣٩١، التنقيح الرائع: ٣ / ٥٠٣، نهاية المرام: ٢ / ٣٢٦، كفاية الفقه المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٢ / ٤٨٠.

(٢) مجمع الفائدة و البرهان: ١٢ / ١٧٥ ١٧٨.

(٣) مفاتيح الشرائع: ٢ / ٣٩ - ٣٨ مفتاح ٤٨١، و ج ٣ / ٢٦٤ مفتاح ١١٦٥.

(٤) لم نعثر عليه عاجلاً.

(٥) رياض المسائل: ١١ / ٤٤٩ - ٤٥٠، و ج ٣ / ١١٨ - ١٢٠.

(٦) مستند الشيعة: ١٧ / ٤٧٢.

(٧) جواهر الكلام: ٢٢٨ / ٤٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٥٦

.....

و قال المحقّق في الشرائع بعد الحكم بأنّه لا يُستحلف أحد يعنى في مقام القضاء إلّا بالله و لو كان كافراً، و حكاية القول بأنّه لا يقتصر في المجوس على لفظ الجلالة بل يضمّ إلى هذه اللفظة الشريفه ما يزيل الاحتمال: و لا يجوز الإحلاف بغير أسماء الله سبحانه، كالكتب المنزلة و الرسل المعظمة و الأماكن المشرفة «١»، و استظهر صاحب الجواهر من هذه العبارة ترتّب الإثم بذلك زائداً على عدم انقطاع الدعوى «٢».

و استظهر صاحب المسالك أن المراد بعدم الجواز هنا بالنظر إلى الاعتداد به في إثبات الحق «٣»، أي في مقام الدعوى، و هو الظاهر من العبارة خصوصاً من التعبير بالإحلاف لا بالحلف، كما لا يخفى.

و كيف كان ففي المسألة طائفتان من الأخبار:

إحداهما: الطائفة الظاهرة في المنع، مثل: صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة الدالة على أن لله عزّ و جلّ أن يقسم من خلقه بما شاء، و ليس لخلقه أن يقسموا إلّا به «٤» و صحيحة الحلبي، عن الصادق (عليه السلام): لا أرى أن يحلف الرجل إلّا بالله، الحديث «٥». و مقتضى إطلاقهما عدم جواز الحلف و لو في غير صورة التخاصم و المدعى

(١) شرائع الإسلام: ٨٧ / ٤.

(٢) جواهر الكلام: ٢٢٧ / ٤٠.

(٣) مسالك الأفهام: ٤٧٣ / ١٣.

(٤) تقدّمت في ص ٢٥٠.

(٥) الكافي: ٧ / ٤٤٩ ح ٢، تهذيب الأحكام: ٨ / ٢٧٨ ح ١٠١٠، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٢ / ٣٤٣، كتاب الإيلاء باب ٣ ح ٢. و ج ٢٣ / ٢٦٠، كتاب الأيمان ب ٣٠ ح ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٥٧

.....

و المنكر، بل في رواية نبوية: من حلف بغير الله فقد أشرك «١»، و في رواية عامية عنه (صلى الله عليه و آله): فقد كفر أو أشرك «٢»، و في ذيل رواية الحلبي: لو حلف الرجل بهذا و أشباهه لترك الحلف بالله.

الطائفة الثانية: الأخبار الدالة على الجواز. و ذكر في الجواهر أنه يخطر في بالي وجود القسم في النصوص بغير الله تعالى شأنه «٣». أقول: بل يوجد فيها ما يظهر منه أن الإمام (عليه السلام) قد حلف بغيره تعالى، مثل قرابته لرسول الله (صلى الله عليه و آله) فضلاً عن القسم بغيره عنده (عليه السلام)، و يؤيد هذه الطائفة ما اعتمد عليه صاحب الجواهر (قدس سرّه) من سيرة المتشعبة المستمرة في جميع الأعصار و الأمصار بين الخواص و العوام على الحلف بغير الله، مضافاً إلى قوله تعالى في سورة المائدة جهّد أيمانهم «٤» حيث إنه يشعر بوجود أيمان بغيره تعالى «٥»، و لو أغمض عن السيرة يكون مقتضى الجمع هو حمل الطائفة الأولى على الكراهة كما في سائر المقامات، و يدلّ على هذا الجمع التعليل المتقدم في رواية الحلبي، بأنه يوجب ترك الحلف بالله تعالى، و كذا التعبير في النبويين، بأنه شرك أو كفر، مع ملاحظة عدم ثبوت الشرك أو الكفر الحقيقي بعد ملاحظة أن القسم بغير الله لا يستلزم جعل الغير في

(١) المسند لابن حنبل: ٢ / ٢٧٤ ح ٤٩٠٤ و ص ٣٩١ ح ٥٥٩٧ و ص ٤٧٦ ذ ح ٦٠٨٠، مشكل الآثار: ١ / ٢٤٥ ح ٨٤٤ و ٨٤٥

المستدرک على الصحيحين: ١ / ٦٥ ح ٤٥، عوالي اللآلي: ٣ / ٤٤٤ ح ٨، و عنه مستدرک الوسائل: ١٦ / ٦٥، كتاب الأيمان ب ٢٤ ح ٣.

(٢) المسند لابن حنبل: ٢ / ٤٧٥ ح ٦٠٧٩ المستدرک على الصحيحين: ٤ / ٣٣١ ح ٧٨١٤، شرح السنّة ١٠ / ٧، السنن الكبرى للبيهقي:

١٤ / ٤٥٢ كتاب الأيمان باب أسماء الله عزّ و جلّ ثناؤه ح ٢٠٣٩٤.

(٣) جواهر الكلام: ٤٠ / ٢٢٨، و ليراجع وسائل الشيعة: ٢٣ / ٢٦١، كتاب الأيمان ب ٣٠ ح ٦ و ٧.

(٤) سورة المائدة: ٥: ٥٣.

(٥) جواهر الكلام: ٤٠ / ٢٢٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٥٨

.....

عرض الله، الذي ليس كمثلته شيء، فإن القسم بالرسول (صلى الله عليه وآله) مثلاً كيف يكون كذلك، فلا بد من الحمل على الكراهة.

بقي الكلام في هذه المسألة في أمرين:

أحدهما: لو كان الحلف بغير الله بمثل العتاق والطلاق والبراءة، فالمحكي عن الشهيد في الدروس والروضة أنه حرام قطعاً «١»، و في محكي التحرير الذي هو قبل الشهيدين: لا يجوز الإحلاف بشيء من ذلك؛ لأنه بدعة، وكذا لا يجوز الحلف بالقرآن، ولا بالبراءة من الله تعالى، ولا من رسوله (صلى الله عليه وآله)، ولا من أحد من الأئمة (عليهم السلام) ولا من الكتب المنزلة، ولا يجوز الحلف بالكفر ولا بالعتق ولا بالطلاق «٢». والوجه فيه إن كان هو البدعة فالمحرم عنوانها، ولا يكاد يسرى الحكم من متعلقه إلى مصاديقه، أو ما هو متحد مع المتعلق في الخارج، كما هو المحقق في محله، وإن كان شيئاً آخر فهو غير معلوم، كما لا يخفى. ثانيهما: أنه ذكر في المتن إن مثل قوله: سألتك بالقرآن أو بالنبى (صلى الله عليه وآله) وأمثالهما لا إشكال في عدم حرمة، والوجه فيه كما أفاده السيد (قدس سره) في الملحقات: أنه لا يكون حلفاً بل استشفاعاً وتوسيطاً «٣»، ومن الواضح أنه لا يكون حراماً فضلاً عن أن يكون شركاً، كما توهمته الفرقة الضالة المنحرفة الجاهلة الوهابية، حيث ينسبون الشرك الخفى إلى الشيعة الاثني عشرية، مع أن تجليلهم لأنتمهم (عليهم السلام) إنما هو لكونهم عباد الله المخلصين

(١) الدروس الشرعية: ٩٦ / ٢، الروضة البهية: ٩٤ / ٣.

(٢) تحرير الأحكام: ١٦٤ / ٥.

(٣) ملحقات العروة الوثقى: ٢٠١ / ٣ ذ مسألة ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٥٩

.....

الصالحين، وهم محبوبون للرب لأجل ذلك، كما تصرح بذلك ذيل الزيارة الجامعة الكبيرة المشتملة على قوله: «اللهم إني لو وجدت شفعاء أقرب إليك من محمد وأهل بيته الأخيار الأئمة الأبرار لجعلتهم شفعاي» «١»، وغير ذلك من الموارد، فكيف يجوز الوهابي الجاهل أن ينسب إلى الشيعة ما هم برآء منه، بل يعارضوه أشد المعارضة. ولعمري إن التعصب الموجب للانحراف صار مانعاً عن الوصول إلى حقيقة هذا المذهب، أو أن الجهالة تمنع عن ذلك، أو أن السياسة الخبيثة صارت سبباً لعدم اتّضح الحق، كما أنها صارت سبباً لحدوث مذهب الوهابية البعيد عن أصل الإسلام بمراحل جدّاً، وهذا أقرب إلى الصواب كما لا يخفى.

(١) عيون أخبار الرضا (عليه السلام): ٢٧٧ / ٢ قطعاً من ح ١، و عنه بحار الأنوار: ١٠٢ / ١٣٣ قطعاً من ح ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٦٠

[مسألة ٥: حلف الأخرس بالإشارة المفهومة]

مسألة ٥: حلف الأخرس بالإشارة المفهومة، ولا بأس بأن تكتب اليمين في لوح و يغسل و يؤمر بشربه بعد إعلامه، فإن شرب كان حالفاً، وإلا ألزم بالحق، ولعل بعد الاعلام كان ذلك نحو إشارة، والأحوط الجمع بينهما (١).

(١) وقع الإشكال في حلف الأخرس من جهة أن المشهور «١» كما في سائر الموارد قيام إشارته مقام اللفظ، مثل التكبير والتلبية وغيرهما، ومن جهة ورود رواية صحيحة في هذا المقام، وهي رواية محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الأخرس، كيف يحلف إذا ادعى عليه دين و أنكره، و لم يكن للمدعى بينة؟ فقال: إن أمير المؤمنين (عليه السلام) أتى بأخرس فادعى عليه دين، و لم يكن للمدعى بينة. فقال أمير المؤمنين (عليه السلام): الحمد لله الذي لم يخرجني من الدنيا حتى بينت للأمة جميع ما تحتاج إليه، ثم قال: ائتوني بمصحف، فأتى به، فقال للأخرس: ما هذا؟ فرفع رأسه إلى السماء و أشار أنه كتاب الله عز و جل، ثم قال: ائتوني بولتيه، فأتى بأخ له فأقعده إلى جنبه.

ثم قال: يا قنبر علي بدواة و صحيفة، فأتاه بهما، ثم قال لأخي الأخرس: قل لأخيك هذا بينك و بينه أنه علي، فتقدم إليه بذلك، ثم كتب أمير المؤمنين (عليه السلام): و الله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب و الشهادة، الرحمن الرحيم، الطالب الغالب، الضار النافع، المهلك المدرك، الذي يعلم السر و العلانية، إن فلان بن فلان المدعى ليس له قبل فلان بن فلان، أعني الأخرس حق و لا طلبة بوجه من الوجوه، و لا بسبب

(١) مسالك الأفهام: ١٣ / ٤٨٠، كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٧٠١ / ٢، ١٢٣ / ١٣، مستند الشيعة: ١٧ / ٤٨٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٤١

.....

من الأسباب، ثم غسله و أمر الأخرس أن يشربه، فامتنع، فألزمه الدين «١».

هذا، و لم يناقش أحد في سند الرواية في نفسها، و أما دلالتها، فالمحكي عن التحرير أنها قضية في واقعة «٢»؛ أي لا يجوز التعدي عن نفس تلك الواقعة و تسريه الحكم إلى الموارد المشابهة.

و يرد عليه مضافاً إلى ما ذكرناه مراراً من أن الحاكي هو الإمام (عليه السلام)، و كان الغرض من الحكاية بيان الحكم، خصوصاً مع وقوعها جواباً عن سؤال محمد بن مسلم عن الحكم و كيفية حلف الأخرس، و مع قوله (عليه السلام): «حتى بينت للأمة جميع ما تحتاج إليه»، و احتمال كون الاكتفاء بذلك من جهة أنه من طرق الإشارة المفهومة، و المقصود كفاية مطلق الإشارة، مدفوع بظهور الرواية في خصوصية ما فعله (عليه السلام)، نعم قد تقدم «٣» البحث عن ذيل الرواية الظاهر في أن مجرّد امتناع المنكر عن الحلف أو ما يقوم مقامه يكفي في ثبوت حق المدعى، و الإلزام بالدين المدعى به، من دون أن يرد الحلف على المدعى.

و كيف كان فلا ينبغي الارتياح في أن الشهرة على خلاف الرواية؛ و لذا ذكر المحقق في الشرائع بعد أن جعل حلف الأخرس بالإشارة قولاً: بأن حلفه وضع يده على اسم الله في المصحف، أو يكتب اسمه سبحانه و توضع يده عليه، و قولاً: بما تفيده الرواية المذكورة «٤».

(١) تهذيب الأحكام: ٣١٩ / ٦، ٨٧٩، الفقيه: ٣ / ٦٥ ح ٢١٨، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٠٢، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب

٣٣ ح ١.

(٢) تحرير الأحكام: ٢ / ١٩١.

(٣) في ص ١٥١.

(٤) شرائع الإسلام: ٨٧٧ / ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٦٢

.....

و ذكر صاحب الجواهر في الشرح: أتى لم أعرف القولين لأحد من أصحابنا، وإن نسب الأول إلى نهاية الشيخ «١»، والثاني إلى ابن حمزة في الوسيلة «٢»، لكن لا دلالة لشيء من العبارتين على ما هو المنسوب إليهما «٣»، وعليه يتحقق فوق الشهرة على خلاف الرواية، ومخالفة المشهور قاذحة في الحجية والاعتبار، وإن بلغت الرواية أعلى مراتب الصحة، لكن مقتضى الاحتياط الاستحبابي الجمع بين الإشارة المفهومة وبين مفاد الرواية، وعدم الاقتصار على خصوص أحدهما.

(١) النهاية: ٣٤٧ ٣٤٨.

(٢) الوسيلة: ٢٢٨.

(٣) جواهر الكلام: ٢٣٨ / ٤٠ - ٢٣٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٦٣

[مسألة ٦: لا يشترط في الحلف العربيّة]

مسألة ٦: لا يشترط في الحلف العربيّة، بل يكفي بأيّ لغة إذا كان باسم الله أو صفاته المختصة به (١).

[مسألة ٧: لا إشكال في تحقق الحلف إن اقتصر على اسم الله]

مسألة ٧: لا إشكال في تحقق الحلف إن اقتصر على اسم الله كقوله: «و الله ليس لفلان على كذا»، ولا يجب التخليط بالقول مثل أن يقول: «و الله الغالب القاهر المهلك» ولا بالزمان كيوم الجمعة والعيد، ولا بالمكان كالأمكنة المشرفة، ولا بالأفعال كالقيام مستقبل القبلة آخذاً المصحف الشريف بيده، والمعروف أن التخليط مستحب للحاكم، وله وجه (٢).

(١) الدليل على ما في المتن عدم الدليل على اعتبار العربيّة، بل يكفي بأيّ لغة كان ولو من غير العربيّة، بل يمكن أن يقال بعدم الاكتفاء بالعربيّة إذا لم يعرف معناها، خصوصاً إذا لم يعرف ولو إجمالاً، بل الأقوى عدم الاكتفاء حينئذ.

(٢) الغرض من المسألة أمران:

أحدهما: أنه لا يجب التخليط في نفسه على الحالف، بل يجوز له الاقتصار على اسم الله تعالى، كقول الحالف المنكر: و الله ليس لفلان على كذا، أو الحالف المدعى: و الله لي عليه كذا، فالتخليط بالقول أو الفعل أو الزمان أو المكان لا يكون واجباً عليه؛ لأنّ وظيفته في صورة إرادة الحلف ليس إلّا الحلف بالله تعالى، كما مرّ في المسألة الأولى المتقدمة ثانيهما: أن استحباب التخليط للحاكم له وجه؛ و وجهه مضافاً إلى الشهرة «١».

(١) مسالك الافهام: ١٣ / ٤٧٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٦٤

.....

بل عدم الخلاف فيه «١» بل الإجماع عليه «٢»، بل قطع الأصحاب كما في محكى كشف اللثام من النسبة إلى قطع الأصحاب «٣» ثبوته في الرواية الصحيحة المتقدمة «٤» الواردة في الأخرس، و في يمين الاستظهار الواردة في الروايتان المتقدمتان في الدعوى على الميت «٥»، و خبر الحسين بن علوان المروى في قرب الإسناد، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام): أن علياً (عليه السلام) كان يستحلف اليهود و النصارى في بيعهم و كنائسهم، و المجوس في بيوت نيرانهم، و يقول: شددوا عليهم احتياطاً للمسلمين «٦».

(١) رياض المسائل: ١٣ / ١٢١.

(٢) الخلاف: ٦ / ٢٨٥ - ٢٨٧ مسألة ٣١ و ٣٢.

(٣) كشف اللثام: ١٠ / ١١٣ - ١١٤.

(٤) في ص ٢٦٠ - ٢٦١.

(٥) تقدّمنا في ص ١٩١ - ١٩٢.

(٦) قرب الإسناد: ٨٦ ح ٢٨٤، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٩٨، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٢٩ ح ٢ و بحار الأنوار: ١٠٤ / ٢٨٧ ح ١٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٦٥

[مسألة ٨: لا يجب على الحالف قبول التغليظ]

مسألة ٨: لا- يجب على الحالف قبول التغليظ، و لا- يجوز إجباره عليه، و لو امتنع عنه لم يكن ناكلاً، بل لا يبعد أن يكون الأرجح له ترك التغليظ، و إن استحب للحاكم التغليظ احتياطاً على أموال الناس، و يستحب التغليظ في جميع الحقوق إلّا الأموال، فإنّه لا يغلظ فيها بما دون نصاب القطع (١).

(١) الغرض من هذه المسألة أيضاً أمران:

أحدهما: أنّه لا- يجب على الحالف قبول التغليظ، و لا يجوز إجباره عليه، و لو امتنع عنه لم يكن ناكلاً، بل في المتن نفى البعد عن أن يكون الأرجح له ترك التغليظ.

□
أمّا عدم وجوب القبول و عدم جواز الإجبار فلعدم الدليل على ذلك؛ لأنّ غاية ما عليه إذا أراد الحلف هو الحلف بالله بالنحو الذي ذكرنا لا الزائد عليه، و منه يعلم أنّه في صورة الامتناع عن قبول التغليظ، لا يصير ناكلاً مترتباً عليه أحكام النكول و آثاره المتقدمة. و أمّا نفى البعد عن أن يكون الأرجح له ترك التغليظ، فلعلّ وجهه ما يستفاد من كلام السيّد في الملحقات من استلزام كون أصل الحلف مرجوحاً لمرجوحية التغليظ فيه على فرض إقدامه عليه «١»، و لكنّه أورد عليه بمنع الاستلزام و الاقتضاء.

و فيه إشكال آخر، و هو: أنّه كيف يجتمع مرجوحية التغليظ بالإضافة إلى الحالف، مع استحباب التغليظ بالنظر إلى الحاكم؟ كما يأتي في الأمر الثاني إن شاء الله تعالى، و إن كان يمكن الجمع بأنّ استحباب التغليظ بالنظر المذكور لعلّه لأجل

(١) ملحقات العروة الوثقى: ٣ / ٢٠٣ ذ مسألة ٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٦٦

.....

أنه أقرب إلى انصراف الحالف عن الحلف لو كان كاذباً، وله موارد مشابهة في الفقه؛ كاستحباب أن يكون المضيف يسعى في الضيافة و يصرف غاية إمكاناته، و يستحب للضيف أن لا يصير موجباً لرحمة المضيف و مشقته.

ثانيهما: أنه يستحب للحاكم التغليظ احتياطاً على أموال الناس، و هذا و إن لم يرد فيه روايه مطلقه إلا أنه يستفاد مما تقدم في المسألة المتقدمة، و كذا من مرسله محمد بن مسلم و زرارة عنهما (عليهما السلام) جميعاً قالاً: لا يحلف أحد عند قبر النبي (صلى الله عليه و آله) على أقل مما يجب فيه القطع (١).

و الاستدلال بها مبنى على أن يقرب: لا- يحلف بالتشديد بمعنى الإحلاف، و يكون المراد منه التغليظ في الحلف، و على إلغاء الخصوصية من قبر النبي (صلى الله عليه و آله) و كل منها محل إشكال و مناقشة، و لكن قد عرفت التسالم على استحباب التغليظ بالإضافة إلى الحاكم، إلا في أقل مما يجب فيه القطع، و يساعده الاعتبار كما لا يخفى.

(١) تهذيب الأحكام: ٣١٠ / ٦ ح ٨٥٥، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٩٨، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٢٩ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٦٧

[مسألة ٩: لا يجوز التوكيل في الحلف و لا النيابة فيه]

مسألة ٩: لا- يجوز التوكيل في الحلف و لا- النيابة فيه، فلو و كّل غيره و حلف عنه بوكالته أو نيابته لم يترتب عليه أثر، و لا يفصل به خصومه (١).

[مسألة ١٠: لا بدّ و أن يكون الحلف في مجلس القضاء]

مسألة ١٠: لا- بدّ و أن يكون الحلف في مجلس القضاء، و ليس للحاكم الاستتابة فيه إلا لعذر كمرض أو حيض، و المجلس في المسجد، أو كون المرأة مخدّرة حضورها في المجلس نقص عليها أو غير ذلك، فيجوز الاستتابة، بل الظاهر عدم جواز الاستتابة في مجلس القضاء و بحضور الحاكم، فما يترتب عليه الأثر في غير مورد العذر أن يكون الحلف بأمر الحاكم و استحلّاه (٢).

(١) الدليل على عدم جواز التوكيل في الحلف الذي معناه طلب نيابة الغير عنه، أو النيابة الشاملة للنيابة و لو بدون استتابة هو ما حقّقناه في محلّه من بحث الحجّ النيابي «١»: أنّ النيابة على خلاف القاعدة، لا يكاد يصرار إليها مع عدم قيام الدليل عليها، و قد قام الدليل في الحجّ، و العبادات الاستيعارية، و قضاء الولي عن الميت و أمثال ذلك، و أمّا في مثل المقام فلم يقدّم دليل عليها؛ لأنّ اليمين وظيفته المدعى عليه، فلا يترتب على الحلف النيابي أثر، و لا يتحقّق به فصل الخصومة أصلاً.

(٢) قد تعرّض في هذه المسألة لأمرين:

أحدهما: أنه لا- بدّ و أن يكون الحلف في مجلس القضاء و بحضور الحاكم، و لا- تجوز الاستتابة في هذا الحال للحاكم؛ لأنّ الاستحلاف و الإحلاف وظيفته. و قد عرفت أنّ النيابة مطلقاً على خلاف القاعدة، و لا يكاد يصرار إليها مع عدم قيام

(١) تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب الحجج: ١٣/٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٦٨

.....

الدليل عليها، فكما أن أصل فصل الخصومة الذي هو وظيفة الحاكم، لا يجوز له الاستتابة فيه كذلك الاستحلاف والإحلاف. وقد مر «١» أن تصدى القضاء في زماننا هذا في المملكة الإسلامية الإيرانية التي يكون الحاكم عليها هو الإسلام، والنظام المتبع فيها هو النظام الإسلامي الشيعي ليس لأجل الإذن من المجتهد و ثبوت النصب العام من قبله، بل لأجل عدم اعتبار الاجتهاد في مثل هذه القضايا، الذين يراعون قوانين القضاء على نحو واحد و بروية واحدة، فراجع.

ثانيهما: أنه لا يجوز للحاكم الاستتابة في الحلف إلا لعذر، كمرض أو حيض و المجلس في المسجد، أو كانت المرأة مخدرة يكون حضورها في المجلس نقصاً عليها، أو غير ذلك من الأعذار. و الدليل على عدم جواز الاستتابة في غير صورة العذر مضافاً إلى ما عرفت من أن الاستحلاف وظيفته، و ظاهره المباشرة، و يؤيده قوله تعالى خطاباً إلى نبي من الأنبياء (عليهم السلام)، الذي يشتكى إليه في أمر القضاء: «و أضفهم إلى اسمي» «٢»، الظاهر في تحقق الإضافة من النبي الشك في عدم ترتب الأثر على الحلف الكذائي، هذا بالإضافة إلى غير مورد العذر، و أما بالنسبة إليه فلا ن فصل الخصومة لا يكاد يتحقق بدون الاستتابة، من دون فرق بين أن يكون العذر شرعياً أو عرفياً.

و ذكر السيد في الملحقات: أنه لا دليل لهم على شيء من الأمرين إلا دعوى أن

(١) في ص ٥٠-٥٢.

(٢) تقدم في ص ١٣٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٦٩

.....

الأصل عدم ترتب آثار الحلف عليه، و هو مقطوع بالإطلاقات، أو دعوى أن المتبادر إلى الفهم من الاستحلاف ذلك و هي ممنوعة، أو دعوى أن الظاهر مما في الأخبار «و أضفهم إلى اسمي» المباشرة، و هي أيضاً ممنوعة «١». و يرد عليه مضافاً إلى أنه لا يجوز التمسك بالإطلاقات بعد عدم كونها في مقام البيان من هذه الجهة، ما عرفت من كون النيابة مطلقاً على خلاف القاعدة، لا- يكاد يصار إليها مع عدم قيام الدليل عليها، فاللزام نهوض الدليل و مع عدمه الحكم بعدم الجواز كما لا يخفى. كما أن أصالة عدم ترتب الأثر على الحلف عند غير الحاكم مع عدم العذر جارية بلا إشكال.

(١) ملحقات العروة الوثقى: ٣/٢٠٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٧٠

[مسألة ١١: يجب أن يكون الحلف على البت]

مسألة ١١: يجب أن يكون الحلف على البت، سواء كان في فعل نفسه أو فعل غيره، و سواء كان في نفي أو إثبات، فمع علمه بالواقعة يجوز الحلف، و مع عدم علمه لا يجوز إلا على عدم العلم (١).

(١) ذكروا أنه يجب أن يكون الحلف على البتّ، سواء كان في فعل نفسه مطلقاً أو في فعل غيره إثباتاً، و أما بالإضافة إلى فعل الغير نفيّاً فلا- يلزم أن يكون الحلف على البتّ، والوجه فيه ظاهراً عدم اطلاع الإنسان على نفي فعل الغير نوعاً بخلاف إثباته، الذي يكفي في العلم به مجرد الاطلاع على حصول الطبيعة منه في الخارج، و لكن أفاد في المتن أنه مع العلم بالواقعة يجوز الحلف بل يجب بتاً و إن كان في نفي فعل الغير، و مع عدم علمه بها لا يجوز إلّا على عدم العلم.

نعم لو كان المدعى يدعى علم المنكر مثلاً بالواقعة و المنكر ينكر العلم، يجوز له الحلف على عدم العلم، و لكن الحلف حينئذٍ إنّما يكون على البتّ، فإنّ حلفه على عدم العلم مع عدم علمه يكون بتياً. و قد تقدّم في بعض المسائل السابقة أنّ المدعى عليه قد يكون جوابه بلا أدري و لا أعلم، و في هذه الصورة قد يكون المدعى مصدّقاً له في دعوى عدم العلم و قد يكون مكذباً له، و مرّ الحكم في الصورتين فراجع «١».

(١) مرّ في ص ٢٣٥-٢٣٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٧١

[مسألة ١٢: لا يجوز الحلف على مال الغير أو حقه إثباتاً أو إسقاطاً إذا كان أجنبياً عن الدعوى]

مسألة ١٢: لا- يجوز الحلف على مال الغير أو حقه إثباتاً أو إسقاطاً إذا كان أجنبياً عن الدعوى، كما لو حلف زيد على براءة عمرو، و في مثل الولي الإجماعي أو القيم على الصغير أو المتولي للوقف تردّد. و الأشبه عدم الجواز (١).

(١) لا إشكال في أنّ الحلف على مال الغير أو حقه إثباتاً أو إسقاطاً إذا كان الحالف أجنبياً عن الدعوى غير جائز، أي لا يترتب عليه الأثر؛ لأنّ اليمين وظيفته المنكر و المدعى عليه، و المفروض كونه أجنبياً عن الدعوى، و أنّه في حلفه لا يكون حتى و كيلاً عن الغير أو نائباً عنه، فالحلف الاستقلالي لا أثر له أصلاً، و أصل هذا المطلب ممّا لا يحتاج إلى إقامته دليل عليه، بل هو من الواضح بمكان. إنّما الكلام و الإشكال في الموارد المستثناة، مثل ما ذكر في المتن، كالولي و القيم و متولي الوقف، فقد تردّد فيه في المتن ثمّ جعل الأشبه عدم الجواز، و لكن ذكر السيّد (قدّس سرّه) في الملحقات: أنّ طرف الدعوى إذا كان هو الولي أو المتولي يصدق عليه أنّه منكر، فيكون عليه الحلف. و ظهور الروايات في اعتبار كون الحلف على مال نفسه ممنوع، ثمّ حكى عن النراقي في المستند أنّه استدلل على المنع مضافاً إلى دعوى الإجماع و الأصل و ظهور الروايات بأنّ الحلف إنّما يكون فيما إذا نكل من الحلف أو أقرّ بالحقّ يثبت، و لا يتحقّق شيء منهما في حقّ الغير «١». و أورد عليه بمنع الاختصاص بذلك «٢»، و يؤيّد أنّ الولي و القيم و المتولي لا يكون أجنبياً محضاً، و إن لم يكن له فائدة و ضرر في ثبوت الدعوى و سقوطها، ففرق بينهم و بين الأجنبي المحض الذي لا يترتب أثر على حلفه، كما لا يخفى، فتدبّر جيّداً.

(١) مستند الشيعة: ١٧/ ٤٩٠-٤٩١، ملحقات العروة الوثقى: ٣/ ٢٠٤ مسألة ١٤.

(٢) مستند الشيعة: ١٧/ ٤٩٠-٤٩١، ملحقات العروة الوثقى: ٣/ ٢٠٤ مسألة ١٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٧٢

[مسألة ١٣: تثبت اليمين في الدعاوى الماليّة و غيرها]

مسألة ١٣: تثبت اليمين في الدعاوى الماليّة وغيرها، كالنكاح والطلاق والقتل، ولا تثبت في الحدود، فإنّها لا تثبت إلّا بالإقرار أو البيّنة بالشرائط المقرّرة في محلّها، ولا فرق في عدم ثبوت الحلف بين أن يكون المورد من حقّ الله محضاً كالزنا، أو مشتركاً بينه وبين حقّ الناس كالقذف، فإذا ادّعى عليه أنّه قذفه بالزنا فأنكر لم يتوجّه عليه يمين، ولو حلف المدّعى لم يثبت حدّ القذف، نعم لو كانت الدعوى مركبة من حقّ الله وحقّ الناس كالسرقة، فبالنسبة إلى حقّ الناس تثبت اليمين، دون القطع الذي هو حقّ الله تعالى (١).

(١) لا إشكال في جريان اليمين في الدعاوى الماليّة وسائر حقوق الناس، كالنكاح والطلاق والرجعة والقتل وغيرها، وفي عدم جريانها في الحدود فإنّها لا تثبت إلّا بالإقرار والبيّنة بالشرائط المقرّرة في محلّها. وقد ورد في روايات كثيرة ما يرجع إلى أنّه لا يمين في حدّ «١». ففي مرسله الصدوق المعتمدة: ادروا الحدود بالشبهات، ولا شفاعه، ولا كفاله، ولا يمين في حدّ «٢». هذا، مضافاً إلى أنّ من شرائط سماع الدعوى أن تكون مرتبطة بالمدّعى، وله فيها نفع يتوجه إليه كما مرّ سابقاً «٣»، والحدود إنّما هي من حقوق الله المحضة، وليس

(١) وسائل الشيعة: ٤٦/٢٨، كتاب الحدود والتعزيرات ب ٢٤، ج ١٣٦/٢٩، كتاب القصاص، أبواب القصاص في النفس ب ٧٠ ح ١ و ص ١٨٦، أبواب قصاص الطرف ب ٢٤ ح ٢.

(٢) الفقيه: ٥٣/٤ ح ٩٠، وعنه وسائل الشيعة: ٤٦/٢٨، كتاب الحدود والتعزيرات، أبواب مقدمات الحدود ب ٢٤ ح ٤، و تقدم صدرها في ص ١٧٤.

(٣) في ص ٨٨-٨٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٧٣

.....

لها أي ارتباط بالمدّعى، ولا يكون المدّعى مأذوناً من قبل صاحب الحقّ، بل هو الذي حكم بدرء الحدود بالشبهات كما عرفت في المرسله، ويؤيّده خصوصية البيّنة في مثل الزنا واللواط، و مرجع البيّنة فيها إلى موتها من دون ارتباط بالمدّعى، بل ولو لم يكن هناك مدّع أصلاً.

و في رواية عامية عن النبيّ (صلّى الله عليه وآله)، أنّه قد قال لمن حمل رجلاً على الإقرار عنده بالزنا: لو كنت سترته بثوبك كان خيراً لك «١».

و الظاهر أنّه لا خلاف في ذلك «٢»، بل ادّعى بعضهم الإجماع عليه «٣» إذا كان من حقّ الله المحض. بقي في المقام أمران آخران: أحدهما: ما إذا كان مشتركاً بين حقّ الله وحقّ الناس كالقذف، فالأكثر كما في المتن تغليب حقّ الله فلا تثبت فيه اليمين، و عن المبسوط «٤» و الدروس «٥» تغليب حقّ الناس فتجرى فيه اليمين.

و فرغ عليه في المتن ما إذا كان المدّعى يدّعى أنّه قذفه بالزنا وأنكر، و أنّه لا يتوجّه عليه يمين، و لو حلف المدّعى لم يثبت حدّ القذف.

(١) المسند لابن حنبل: ٢٠٦-٢٠٨ ح ٢١٩٤٩-٢١٩٥٤، السنن الكبرى للبيهقي: ١٢/٤٥٢، كتاب الحدود، باب المعترف بالزنا يرجع عن إقراره ح ١٧٤٧٤ ج ١٣/١٥٤، كتاب الأشربة باب ما جاء في الستر على أهل الحدود ح ١٨٠٩٧.

(٢) كفاية الفقه المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٢/٧٠٧.

(٣) مفتاح الكرامة: ١٠ / ١٠٧.

(٤) المبسوط: ٨ / ٢١٥ ٢١٦.

(٥) الدروس الشرعية: ٢ / ٩٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٧٤

.....

ولكن هنا فرع آخر لعله أنسب وأقرب إلى كلامهما، وكلام المحقق في الشرائع حكاية عن المبسوط، وهو ما إذا قال له: يا زاني، ثم لما أريد قيام حد القذف عليه ادعى الزنا على المقذوف، ولكن لا بينه له على ذلك، فيجوز على قولهما أن يحلف المقذوف على عدم الزنا؛ ليثبت الحد على القاذف، وإذا لم يحلف المقذوف بل رد اليمين على القاذف فحلف، لم يثبت حد الزنا في حقه. هذا، ولكن الأقوى ما عليه الأكثر؛ لأنه مضافاً إلى أن المستفاد من مذاق الشرع في باب الحدود تغليب حق الله، كما يستفاد من مثل قوله (صلى الله عليه وآله): «ادرءوا الحدود بالشبهات» إلخ يكون مقتضى قوله (عليه السلام): «لا يمين في حد» «١» الوارد في روايات كثيرة الشمول للمقام، وعدم الاختصاص بحد الله المحض، فالأقوى ما في المتن تبعاً للأكثر. ثانيهما: ما إذا كان مركباً من حق الله وحق الناس، كالسرقة التي يجتمع فيها الحد الذي هو القطع مع شرائط مخصوصة، وغرامة المال عيناً أو مثلاً أو قيمة التي هي حق الناس. فبالنسبة إلى الأول لا يجزى فيه اليمين بخلاف الثاني، ولا مانع من التبعض كما لا يخفى.

(١) شرائع الإسلام: ٩١ / ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٧٥

[مسألة ١٤: يستحب للقاضي وعظ الحالف قبله، و ترغيبه في ترك اليمين إجلالاً لله تعالى و لو كان صادقاً]

مسألة ١٤: يستحب للقاضي وعظ الحالف قبله، و ترغيبه في ترك اليمين إجلالاً لله تعالى و لو كان صادقاً، و أخافه من عذاب الله تعالى إن حلف كاذباً، و قد روى أنه: «من حلف بالله كاذباً كفر»، و في بعض الروايات: «من حلف على يمين و هو يعلم أنه كاذب فقد بارز الله»، و «أن اليمين الكاذبة تدع الديار بلاقع من أهلها» (١).

(١) الأصل في ذلك قوله تعالى و لا تجعلوا لله عُرْضَةً لِيَمَانِكُمْ «١» و قد وقع الاستشهاد به لترك اليمين و إن كان صادقاً، ففي رواية أبي أيوب الخزاز قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: لا تحلفوا بالله صادقين و لا كاذبين، فإنه عزّ و جلّ يقول و لا تجعلوا لله عُرْضَةً لِيَمَانِكُمْ «٢»، و النهي محمول على الكراهة في الحلف الصادق، و منشؤه إجلال الله تبارك و تعالى، و عدم جعله وسيلة للحطام الدنيوي و المتاع القليل الذي هو متاع الدنيا.

و في رواية السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): من أجلّ الله أن يحلف به أعطاه الله خيراً ممّا ذهب منه «٣».

و في رواية عن أبي جعفر (عليه السلام): إن علي بن الحسين (عليهما السلام) لما طلق بعض أزواجه و قد أعطاها المهر قبلاً، و استعدت إلى أمير المدينة. فقال له الأمير: يا عليّ إمّا أن تحلف

(١) سورة البقرة: ٢ / ٢٢٤.

(٢) الكافي: ٧ / ٤٣٤ ح ١، تهذيب الأحكام: ٨ / ٢٨٢ ح ١٠٣٣، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٣ / ١٩٨، كتاب الأيمان ب ١ ح ٥.

(٣) الكافي: ٧ / ٤٣٤ ح ٢، الفقيه: ٣ / ٢٣٣ ح ١٠٩٦، تهذيب الأحكام: ٨ / ٢٨٢ ح ١٠٣٤، و عنها وسائل الشيعة:

٢٣ / ١٩٨، كتاب الأيمان ب ١ ح ٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٧٦

.....

و إِمْرًا أَنْ تَعْطِيَهَا. فَقَالَ لِي: يَا بَنِي قَمِ فَأَعْطَهَا أَرْبَعَمِائَةَ دِينَارٍ. فَقُلْتُ لَهُ: يَا أَبَتِ جَعَلْتُ فِدَاكَ أَلَسْتُ مُحَقَّقًا؟! قَالَ: بَلَى يَا بَنِي وَ لَكِنِّي أَجَلَلْتُ اللَّهَ أَنْ أَحْلِفَ بِهِ يَمِينِ صَبْرٍ «١».

و أما الحلف كاذباً فقد ورد في بعض الروايات أَنَّهُ كَفَرَ، فَفِي رِوَايَةٍ أَبِي سَلَامٍ الْمَتَعَبِدِ، أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) يَقُولُ لِسَدِيرٍ: يَا سَدِيرُ مَنْ حَلَفَ بِاللَّهِ كَاذِبًا كَفَرَ، وَ مَنْ حَلَفَ بِاللَّهِ صَادِقًا أَثِمَ، إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ يَقُولُ وَ لَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ «٢». وَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ أَنَّهُ قَدْ بَارَزَ اللَّهَ، فَفِي رِوَايَةِ يَعْقُوبِ الْأَحْمَرِ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ وَ هُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ كَاذِبٌ فَقَدْ بَارَزَ اللَّهَ «٣».

وَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ أَنَّ الْيَمِينَ الْكَاذِبَةَ تَذَرُ الدِّيَارَ بِلَاقِعٍ مِنْ أَهْلِهَا «٤»، فَفِي رِوَايَةِ أَبِي عَيْبِدَةَ الْحِذَاءِ، عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) قَالَ: إِنَّ فِي كِتَابِ عَلِيِّ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): إِنَّ الْيَمِينَ الْكَاذِبَةَ وَ قَطِيعَةَ الرَّحْمِ تَذَرَانِ الدِّيَارَ بِلَاقِعٍ مِنْ أَهْلِهَا، وَ تَنْقُلُ «٥» الرَّحْمَ، يَعْنِي انْقِطَاعَ النَّسْلِ «٦».

(١) الكافي: ٧ / ٤٣٥ ح ١، تهذيب الأحكام: ٨ / ٢٨٣ ح ١٠٣٦، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٣ / ٢٠٠، كتاب الأيمان ب ٢ ح ١.

(٢) الكافي: ٧ / ٤٣٤ ح ٤، الفقيه: ٣ / ٢٣٤ ح ١١٠٨، تهذيب الأحكام: ٨ / ٢٨٢ ح ١٠٣٥، و عنها وسائل الشيعة:

٢٣ / ١٩٩، كتاب الأيمان ب ١ ح ٦.

(٣) الكافي: ٧ / ٤٣٥ ح ١، عقاب الأعمال: ٢٦٩ ح ١، المحاسن: ١ / ٢١١ ح ٣٧٨، و عنها وسائل الشيعة: ٢٣ / ٢٠٣، كتاب الأيمان ب ٤ ح ٤.

(٤) الكافي: ٧ / ٤٣٥ ح ٣، عقاب الأعمال: ٢٦٩ ح ٣، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٣ / ٢٠٤، كتاب الأيمان ب ٤ ح ٦.

(٥) في الكافي: تغل بدل «ثقل»، و نغل الجرح: فسد (القاموس المحيط).

(٦) الكافي: ٧ / ٤٣٦ ح ٩، عقاب الأعمال: ٢٧٠ ح ٨، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٣ / ٢٠٢، كتاب الأيمان ب ٤ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٧٧

.....

و المراد من البلاقع التي هي جمع بلقع هو الخلو من الأهل، كأرض قفر لا شيء فيها. و وجهه بعض محشئ الوسائل بأن عمران البلاد بتعاون الناس في حوائجهم و ضرورياتهم و تعاضدهم في معاشهم، و هذا غير ممكن بين أناس خونة لا يعتمد أحد منهم على الآخر، و الحلف الكاذب يمنع الاعتماد و التعاون، و في ذلك هلاك العمران «١».

و يحتمل أن يكون أثراً وضعياً للحلف الكاذب، كما رأيناه بالوجدان من محو بعض الرساتيق لعلَّه تحوّل الأرض بحيث لا يكون منها أثر أصلاً. و يجري الوجهان من مقتضى القاعدة و من الفعل الإلهي الخارج عن العادة فيما بينه الله تعالى بعد الأمر بانكاح الأيامي و الصالحين من العباد و الإماء بقوله إِنَّ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْغِبُهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ هُوَ وَسَّعَ عَلَيْنَا «٢»، و الوجهان ظاهران، فتدبر جيداً.

(١) وسائل الشيعة مع تعليقات تحقيقية لسماحة الحجة الحاج الشيخ أبي الحسن الشعراني: ١٤٤ / ١٦.

(٢) سورة النور ٢٤: ٣٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٧٩

[القول في أحكام اليد]

إشارة

القول في أحكام اليد

[مسألة ١: كل ما كان تحت استيلاء شخص و في يده بنحو من الأنحاء فهو محكوم بملكته و أنه له]

مسألة ١: كل ما كان تحت استيلاء شخص و في يده بنحو من الأنحاء فهو محكوم بملكته و أنه له، سواء كان من الأعيان أو المنافع أو الحقوق أو غيرها، فلو كان في يده مزرعة موقوفة و يدعى أنه المتولّي يحكم بكونه كذلك، و لا يشترط في دلالة اليد على الملكية و نحوها التصرفات الموقوفة على الملك فلو كان شيء في يده يحكم بأنه ملكه، و لو لم يتصرف فيه فعلاً و لا دعوى ذى اليد الملكية، و لو كان في يده شيء فمات و لم يعلم أنه له و لم يسمع منه دعوى الملكية يحكم بأنه له و هو لوارثه، نعم يشترط عدم اعترافه بعدمها، بل الظاهر الحكم بملكته ما في يده و لو لم يعلم أنه له، فإن اعترف بأنّي لا أعلم أنّ ما في يدي لى أم لا، يحكم بكونه له بالنسبة إلى نفسه و غيره (١).

(١) يقع الكلام في هذه المسألة في أمور:

الأمر الأول: في المراد من اليد التي هي عبارة عن الجارحة المخصوصة في مقابل الرجل، و المراد منها معناه الكنائى، و هو الاستيلاء الواقعى و السلطة الخارجيّة

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٨٠

.....

المختلف بحسب الأشياء و الأشخاص، فالاستيلاء على الخاتم إنّما هو بكونه في إصبعه أو في يده أو في جيبه أو في صندوقه، و على الثوب بنحو آخر، و على الدار بنحو ثالث، و على الدكان و الأراضى بنحو رابع، و على المملكة بنحو خامس و هكذا، ففي الحقيقة أنّ نفس الاستيلاء و إن كان أمراً اعتبارياً، لأنّ الواقع في الخارج إنّما هو التصرف الفعلى، إلّا أنّ مبدأه و منشأه يكون من الواقعيات غير الاعتبارية، كالفوقية حيث أنّها و إن كانت أمراً اعتبارياً؛ لأنّ الواقع في الخارج إنّما هو السقف مثلاً، إلّا أنّ الفوقية لا تتصوّر بدون مثل السقف الذى هو أمر تكويني.

و دعوى أنّ اليد بهذا المعنى تارة تكون مسببة عن الملكية، كما في موارد البيع و الصلح و نحوهما، و أخرى تكون سبباً لحصولها، كما في باب الحيازة.

مدفوعة بأنه إن كان المقصود أنّ اليد عبارة أخرى عن الملكية التي هي أمر اعتباري، فيردّه أنّ المراد باليد ليس هي الملكية، و إن كان المراد انحصار دائرة اليد بموارد ثبوت الملكية فمن الواضح خلافه؛ لأنّه ربّما يتحقّق غضباً.

فالحق أنه لا مجال للمناقشة في أن المراد باليد نفس الاستيلاء الخارجي بالنحو الذي ذكرنا، ففي الحقيقة يكون المراد به والاستيلاء المتحقق في باب الغصب واحداً، غاية الأمر أن الغصب هو الاستيلاء على مال الغير عدواناً، و هنا تكون اليد الموضوعه في قاعدة اليد، و أمارتها هو الاستيلاء على أمر يكون مشكوك الملكية و مثلها، فإن اعتبار الإمارة إنما هو بالإضافة إلى موارد الشك، كما لا يخفى. الأمر الثاني: في مدرك هذه القاعدة و مستندها و هو ثلاثة أمور:

الأول: بناء العقلاء من جميع الملل و الأمم من غير فرق بين المتدينين منهم و غيرهم على اعتبار اليد، و كونها أماره عندهم لملكية صاحبها، و لا ارياب في ثبوت هذا البناء و تحقق هذه السيرة، و الظاهر أن الوجه في ثبوت الأمارية عندهم تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٨١

.....

ليس استحالة أن يكون للعقلاء تعبد في أمورهم حتى تمنع الاستحالة؛ لاحتمال أن يكون ذلك عندهم بنحو الأصل، لأجل تحقق اختلال النظام و عدم انتظام السوق بدونه؛ و لذا ذكر المحقق الخراساني في الكفاية: أنه يحتمل أن تكون أصالة الحقيقة مجعولة تعبدًا لا- من باب أصالة الظهور، التي هي أماره على المراد عند العقلاء «١»، بل الوجه في اعتبار اليد كونه أماره عندهم على الملكية، و مرجع الأمارية إلى عدم ترتيب الأثر على احتمال الخلاف؛ لكونه ملغى عندهم و لا يعتنون به، كما أن مرجع الأصل إلى ترتيب آثار الملكية مع ثبوت احتمال الخلاف، و عدم كونه ملغى لديهم.

هذا، و لو فرض افتقار حجيه السيرة العقلانية في الشريعة إلى إمضاء الشارع و تأييده، و لم نقل بكفاية عدم ثبوت الردع نقول: إن الروايات المتكثرة الآتية إن شاء الله تعالى كافية في مقام الإمضاء، و إن كانت بنفسها دليلاً مستقلاً لدلائلها على اعتبار اليد، و إن لم تثبت السيرة العقلانية على وفقه بل ثبتت على خلافه، كما لا يخفى.

الثاني: الإجماع المحقق و الاتفاق المسلم على اعتبار اليد قولاً و فعلاً «٢»، و هذا الإجماع و إن كان مما لا مناقشة فيه إلا أنه لا يصلح أن يكون حجة برأسه، و دليلاً مستقلاً في مقابل سائر الأدلة؛ لأنه يحتمل قوياً استناد المجمعين إلى سائر الوجوه، خصوصاً الروايات، فلا أصالة للإجماع بوجه، كما لا يخفى.

الثالث: الروايات الكثيرة الدالة على اعتبار اليد، و هي على ثلاث طوائف: الطائفة الأولى: ما هي ظاهرة في الاعتبار بنحو الأمارية، مثل:

(١) كفاية الأصول: ٣٢٣-٣٢٤.

(٢) رياض المسائل: ١٣/١٨٦، عوائد الأيام: ٧٣٧ عائدة ٦٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٨٢

.....

موثقة يونس بن يعقوب، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في امرأة تموت قبل الرجل، أو رجل قبل المرأة، قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأة، و ما كان من متاع الرجال و النساء فهو بينهما، و من استولى على شيء منه فهو له «١».

و المناقشة في سندها بعد كونها موثقة غير واردة، كما أن دلالتها على اعتبار الاستيلاء و اليد و كونها طريقاً إلى ثبوت الملك واضحة، فإن الحكم باختصاص متاع النساء بهن إنما هو لأجل كون ذلك أماره على يدها، فهو أماره على الإمارة، كما أن اشتراكهما فيما كان مشتركاً بينهما إنما هو لأجل كشف ذلك عن ثبوت اليد لهما، و أصرح من الجميع قوله (عليه السلام) في الذيل: «و من استولى على

شيء منه فهو له»، حيث إنه يدل بأعلى ظهور على أن الاستيلاء دليل على الملكية، وليس المراد أن الاستيلاء موجب لتحقق الملكية كما أن الحيازة مثلًا موجبة لتحقق الملكية حتى يورد عليه بتحقق الاستيلاء في باب الغصب، بل ليس حقيقته إلا الاستيلاء على مال الغير عدواناً، وربما لا يتحقق التصرف من الغاصب أصلاً، كما أنه ربما يكون التصرف المحرم غصباً، ولذا ذكر سيدنا المحقق الأستاذ البروجردي قدس سره الشريف في مجلس درسه مكرراً: أن اتحاد الصلاة مع الأمر المحرم في مثال اجتماع الأمر والنهي إنما هو اتحاد الصلاة مع التصرف المحرم، وإلا فالصلاة لا تتحد مع عنوان الغصب و حقيقته بوجه، و على هذا يكون الغاصب المتصرف مرتكباً لمحرّمين، بخلاف الغاصب فقط أو المتصرف كذلك.

(١) تهذيب الأحكام: ٣٠٢ / ٩ ح ١٠٧٩، و عنه وسائل الشيعه: ٢٦ / ٢١٦، كتاب الفرائض و الموارث، أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ح ٣. تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٨٣

.....

و في الرواية إشكالان آخران:

أحدهما: عدم تعرّض الرواية لما كان متاع الرجال فقط، كالميزان على ما في بعض الروايات الأخر التي ستجىء إن شاء الله تعالى. و يدفعه أنه يمكن أن يكون ذلك لأجل كون التعرّض للقسمين الآخرين كافياً و مغنياً خصوصاً بعد بيان الملاك و الضابطة في الدليل بقوله: «و من استولى على شيء» إلخ.

ثانيهما: ما أفاده بعض الأعلام قدس سره الشريف: من أن غاية مفادها ترتيب آثار الملكية لما تحت يد شخص من دون تعرّض إلى أن اليد طريق إلى الملكية أم لا، فقوله (عليه السلام): «من استولى على شيء منه فهو له» لا يدلّ إلا على ترتيب آثار الملكية على ما استولى عليه، و هذا المعنى أعمّ من الأمارية و الأصلية، و يجتمع مع كلّ واحد منهما، فلا يمكن إثبات خصوص أحدهما بها، حتى إن جواز الحلف و الشهادة اللذين أخذ العلم في موضوعهما على نحو الطريقة مستنداً إليها لا ينافي أصليتها، لأنّ الأصول التنزيلية أيضاً مثل الأمارات تقوم مقام العلم الذي أخذ في الموضوع على نحو الطريقة، فمن هذه الجهة أيضاً لا فرق بينهما «١».

و أجبنا عن هذه المناقشة في كتابنا في القواعد الفقهية المشتمل على عشرين قاعدة؛ بما يرجع إلى أن تشخيص المراد من الروايات موكول إلى العرف، فإنّه الحاكم في هذا الباب، و من الواضح أنه لو كان شيء عند العقلاء يعامل معه معاملة الطريقة، فإذا ورد في كلام الشارع ترتيب الأثر عليه، فلا محالة يفهم من ذلك الكلام أن الشارع اعتبره على النحو الذي يعتبره العقلاء، فحينئذ كان الاستيلاء

(١) القواعد الفقهية للسيد البجنوردي: ١ / ١٤٠ و ١٤١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٨٤

.....

على شيء موضوعاً عند العقلاء للحكم بالملكية، و ترتيب آثارها عليه بنحو الأمارية و الطريقة، فإذا وقع في كلام الشارع الملقى إلى العرف لا يجرى فيه احتمال كون الحكم بترتيب آثار الملكية عند الشارع بنحو الأصلية، و يؤيده جواز الحلف و الشهادة مستنداً إلى اليد، فإنّ الاكتفاء فيه بالأصول التنزيلية على حسب اصطلاحه محل كلام و اختلاف، كما بين في محله، مع أنه لم يختلف أحد في جواز الحلف و الشهادة في المقام، و هذا يكشف عن عدم كونه من تلك الأصول، بل من الأمارات «١»، فتدبر جيداً.

و منها: رواية عبد الرحمن بن الحجاج، التي رواها الكليني بطريقين و الشيخ بأسانيد متعدّدة عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألتني هل يقضى ابن أبي ليلى بالقضاء ثم يرجع عنه؟ فقلت له: بلغني أنه قضى في متاع الرجل و المرأة إذا مات أحدهما، فأدعاه ورثة الحي و ورثة الميت، أو طلقها فادعاه الرجل و ادعته المرأة بأربع قضايا. فقال: و ما ذاك؟ قلت: أما أولهنّ: فقضى فيه بقول إبراهيم النخعي، كان يجعل متاع المرأة الذي لا يصلح للرجل للمرأة، و متاع الرجل الذي لا يكون للمرأة للرجل، و ما كان للرجال و النساء بينهما نصفان، ثم بلغني أنه قال: إنهما مدعيان جميعاً، فالذي بأيديهما جميعاً [يدعيان جميعاً «٢»] بينهما نصفان.

ثم قال: الرجل صاحب البيت و المرأة الداخلة عليه و هي المدعية؛ فالمتاع كلّ للرجل إلّا متاع النساء، الذي لا يكون للرجال فهو للمرأة، ثم قضى بقضاء بعد ذلك

(١) القواعد الفقهية: ١ / ٣٨٥.

(٢) من وسائل الشيعة، و في تهذيب الأحكام ج ٩؛ ممّا يدعيان جميعاً، و في الاستبصار: ممّا يتركان.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٨٥

.....

لو لا أنّي شهدته لم أروه عنه «١»، ماتت امرأة منّا و لها زوج، و تركت متاعاً فرغته إليه، فقال: اكتبوا المتاع، فلما قرأه قال للزوج: هذا يكون للرجال و المرأة فقد جعلناه للمرأة إلّا الميزان، فإنّه من متاع الرجل فهو لك.

فقال (عليه السلام) لى: فعلى أىّ شيء هو اليوم؟ فقلت: رجع إلى أن قال بقول إبراهيم النخعي أن جعل البيت للرجل، ثم سألته (عليه السلام) عن ذلك، فقلت: ما تقول أنت فيه؟ قال: القول الذي أخبرتنى: أنّك شهدته و إن كان قد رجع عنه. فقلت: يكون المتاع للمرأة؟ فقال: أ رأيت إن أقامت بينه إلى كم كانت تحتاج؟ فقلت: شاهدين.

فقال: لو سألت من بين لابتها يعني الجبلين و نحن يومئذ بمكة لأخبروك أنّ الجهاز و المتاع يهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت زوجها، فهي التي جاءت به، و هذا المدعى فإن زعم أنّه أحدث فيه شيئاً فليأت عليه البيئ «٢».

لا مجال للإشكال في الرواية من جهة السند، كما أنّ متنها يؤيد كونها من الإمام (عليه السلام)، كما أنّ دلالتها ظاهرة واضحة لدلالاتها على اختصاص متاع البيت بالمرأة، و أنّ الرجل هو المدعى إن زعم أنّه أحدث فيه شيئاً فليأت عليه البيئ، معللاً بوضوح «أنّ الجهاز و المتاع يهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت زوجها، فهي التي جاءت به» فمفادها أنّ المرأة مستولية على متاع البيت؛ و الاستيلاء كاشف عن كونها مالكة، فيجب على الزوج إقامة البيئ، و المرأة مع عدمها لا يجب عليها إلّا اليمين، فدلالة الرواية واضحة.

لنكراني، محمد فاضل موحدي، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، در يك جلد، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٠ ه ق

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات؛ ص: ٢٨٥

(١) في الكافي: لم أرده عليه.

(٢) الكافي: ٧ / ١٣٠ ح ١، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٩٧ - ٢٩٨ ح ٨٢٩ - ٨٣١ و ج ٩ / ٣٠١ ح ١٠٧٨، الاستبصار: ٣ / ٤٤ ٤٦ ح ١٤٩ ١٥١، و عنها وسائل الشيعة: ٢٦ / ٢١٤، كتاب الفرائض و الموارث، أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٨٦

.....

و من هذه الطائفة رواية محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: سألته عن الدار يوجد فيها الورق؟ فقال: إن كانت معمورة فيها أهلها فهي لهم، وإن كانت خربة قد جلا عنها أهلها، فالذي وجد المال أحق به «١».

و رواية جميل بن صالح قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): رجل وجد في منزله ديناراً. قال: يدخل منزله غيره؟ قلت: نعم كثير. قال: هذا لقطه. قلت: فرجل وجد في صندوقه ديناراً. قال: يدخل أحد يده في صندوقه غيره أو يضع فيه شيئاً؟ قلت: لا. قال: فهو له «٢».

و رواية دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، أنه سئل عن الورق توجد في الدار؟ فقال: إن كانت عامرة فهي لأهلها، وإن كانت خراباً فسيبيلها سبيل اللقطه «٣».

الطائفة الثانية: من الروايات ما يدل على حجية اليد و اعتبارها من غير دلالة على كونها أمانة، مثل:

رواية محمد بن الحسين قال: كتبت إلى أبي محمد (عليه السلام): رجل كانت له رحي على نهر قرية و القرية لرجل، فأراد صاحب القرية أن يسوق إلى قريته الماء في غير هذا النهر، و يعطل هذه الرحي، إله ذلك؟ فوقع (عليه السلام): يتقى الله، و يعمل في ذلك بالمعروف،

(١) الكافي: ١٣٨ / ٥ ح ١، تهذيب الأحكام: ٣٩٠ / ٦ ح ١١٦٩، و عنهما وسائل الشيعة: ٤٤٧ / ٢٥، كتاب اللقطه ب ٥ ح ١.

(٢) الكافي: ١٣٧ / ٥ ح ٣، تهذيب الأحكام: ٣٩٠ / ٦ ح ١١٦٨، الفقيه: ١٨٧ / ٣ ح ٨٤١، و عنها وسائل الشيعة:

٤٤٦ / ٢٥، كتاب اللقطه ب ٣ ح ١.

(٣) دعائم الإسلام: ٤٩٧ / ٢ ح ١٧٧٤، و عنه مستدرک الوسائل: ١٢٨ / ١٧، كتاب اللقطه ب ٤ ح ٢٠٩٥٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٨٧

.....

و لا يضر أخاه المؤمن «١».

و ربما يقال: بعدم دلالة هذه الرواية على اعتبار اليد بوجه، و لا ينبغي أن تعدد الرواية في رديف الأدلة على اعتبار اليد، مع أنه من الواضح أن السؤال ليس بلحاظ كون الرجل الأول مالكا للرحي، بل بلحاظ كونه مستولياً عليها في مدة من الزمان، مع احتمال عدم الملكية، كما في سائر موارد ثبوت اليد، فثبوتها له إنما هو باعتبار اليد ضرورة أنه لم يكن مجالاً للسؤال مع الملكية الثابتة من غير طريق اليد.

و رواية العيص بن القاسم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن مملوك ادعى أنه حرّ، و لم يأت بينه على ذلك، أشتريه؟ قال: نعم «٢».

و مثلها رواية حمزة بن حمران، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): أدخل السوق و أريد اشتري جارية، فتقول: إني حرّة. فقال: اشتريها إلا أن يكون لها بينه «٣».

و ما رواه علي بن إبراهيم في تفسيره، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن عثمان بن عيسى و حماد بن عثمان جميعاً، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث فدك إن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال لأبي بكر: أتحكم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين؟ قال: لا.

قال: فإن كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادّعت أنا فيه من تسأل البينة؟ قال:

(١) الكافي: ٢٣٩ / ٥ ح ٥، تهذيب الأحكام: ١٤٦ / ٧ ح ٦٤٧، الفقيه: ١٥٠ / ٣ ح ٦٥٩، و عنها وسائل الشيعة: ٢٥ / ٢٣١، كتاب إحياء الموات ب ١٥ ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام: ٧٤ / ٧ ح ٣١٧، الفقيه: ١٤٠ / ٣ ح ٦١٤، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٥٠ / ١٨، كتاب التجارة، أبواب بيع الحيوان ب ٥٠ ح ١ و ج ٢٣ / ٥٥، كتاب العتق ب ٢٩ ح ٤.

(٣) تهذيب الأحكام: ٧٤ / ٧ ح ٣١٨، الفقيه: ١٤٠ / ٣ ح ٦١٣، الكافي: ٢١١ / ٥ ح ١٣، و عنها وسائل الشيعة: ٢٥٠ / ١٨، كتاب التجارة، أبواب بيع الحيوان ب ٥ ح ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٨٨

.....

إِيَّاكَ كُنْتُ أَسْأَلُ الْبَيِّنَةَ عَلَى مَا تَدَّعِيهِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ. قَالَ: فَإِذَا كَانَ فِي يَدِي شَيْءٌ فَادَّعَى فِيهِ الْمُسْلِمُونَ، تَسَأَلُنِي الْبَيِّنَةَ عَلَى مَا فِي يَدِي؟ وَقَدْ مَلَكَتْهُ فِي حَيَاةِ رَسُولِ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) وَبَعْدَهُ، وَ لَمْ تَسْأَلِ الْمُؤْمِنِينَ الْبَيِّنَةَ عَلَى مَا ادَّعَوْا عَلَيَّ، كَمَا سَأَلْتَنِي الْبَيِّنَةَ عَلَى مَا ادَّعَيْتَ عَلَيْهِمْ إِلَى أَنْ قَالَ: وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ): الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ. وَ رَوَاهُ الطَّبْرَسِيُّ فِي الْاِحْتِجَاجِ مَرْسَلًا، وَ الصَّدُوقُ فِي الْعُلَلِ عَنْ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ، عَمَّنْ ذَكَرَهُ، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) «١». وَ يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ بِإِشْعَارِ هَذِهِ الرَّوَايَةِ، بَلْ دَلَّلتْهَا عَلَى أَمَارِيَّةِ الْيَدِ وَ كَاشِفِيَّتِهَا؛ نَظْرًا إِلَى قَوْلِهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): «فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْمُسْلِمِينَ شَيْءٌ يَمْلِكُونَهُ؟»، فَإِنَّ تَوْصِيْفَهُمْ بِكَوْنِهِمْ مَالِكِينَ لَيْسَ إِلَّا مِنْ جِهَةِ الْيَدِ الْكَاشِفَةِ عَنِ الْمَلِكِيَّةِ، لَا أَنَّهُ كَانَ هُنَاكَ طَرِيقَ آخَرَ عَلَيْهَا. نَعَمْ قَوْلُهُ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) بَعْدَهُ: «وَقَدْ مَلَكَتْهُ فِي حَيَاةِ رَسُولِ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) وَبَعْدَهُ» رَبَّمَا يَنَافِي ذَلِكَ، فَتَدَبَّرْ.

الطائفة الثالثة: الروايات الدالة على اعتبار اليد أيضاً، لكن ربما توهم دلالتها على كون اليد أصلاً، مثل:

رواية حفص بن غياث، التي رواها المشايخ الثلاثة عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال له رجل: إذا رأيت شيئاً في يدي رجل يجوز لي أن أشهد أنه له؟ قال: نعم، قال الرجل: أشهد أنه في يده و لا أشهد أنه له فلعله لغيره؟ فقال أبو عبد الله (عليه السلام): أ فيحلّ الشراء منه؟ فقال: نعم.

(١) تفسير القمّي: ١٥٥ - ١٥٧، الاحتجاج: ٢٣٧ - ٢٣٨، علل الشرائع: ١٩٠ - ١٩١ ح ١، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٩٣، كتاب القضاء، أبواب كفيّة الحكم ب ٢٥ ح ٣، و قد تقدّم ذيله في ص ١٢٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٨٩

.....

فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): فَلَعَلَّهُ لغيره، فَمَنْ أَيْنَ جَازَ لَكَ أَنْ تُشْتَرِيَهُ وَ تُصِيرَ مَلِكًا لَكَ؟ ثُمَّ تَقُولُ بَعْدَ الْمَلِكِ: هُوَ لِي وَ تَحْلِفُ عَلَيْهِ، وَ لَا يَجُوزُ أَنْ تُنْسِبَهُ إِلَى مَنْ صَارَ مَلِكُهُ مِنْ قَبْلِهِ إِلَيْكَ؟ ثُمَّ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): لَوْ لَمْ يَجْزِ هَذَا لَمْ يَقُمْ لِلْمُسْلِمِينَ سَوْقٌ «١».

وَ هَذِهِ الرَّوَايَةُ وَ إِنْ كَانَتْ ضَعِيفَةً مِنْ حَيْثُ السَّنَدِ بِقَاسِمِ بْنِ يَحْيَى إِلَّا أَنَّهَا مُجْمَعٌ عَلَى الْعَمَلِ بِهَا، وَ وَجْهُ تَوْهَمِ دَلَّلتْهَا عَلَى كَوْنِ الْيَدِ أَصْلًا لَا أَمَارَةً قَوْلُهُ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) فِي الذَّلِيلِ: «لَوْ لَمْ يَجْزِ هَذَا لَمْ يَقُمْ لِلْمُسْلِمِينَ سَوْقٌ» لِأَنَّهُ يَسْتَفَادُ مِنْهُ أَنَّ جَعْلَ الْيَدِ حِجَّةً وَ اعْتِبَارَهَا إِنَّمَا هُوَ لِأَجْلِ اخْتِلَالِ سَوْقِ الْمُسْلِمِينَ بِدُونِهِ، لَا لِأَجْلِ كَوْنِهَا أَمَارَةً وَ كَاشِفَةً.

و لكن يرد عليه مضافاً إلى أن قوله (عليه السلام): «فمن أين جاز لك أن تشتريه و يصير ملكاً لك؟» ظاهر في أن صيرورته ملكاً له إنما هو لأجل كونه تحت استيلاء البائع، و يده الكاشفة عن ملكه ثم انتقاله إليه بالبيع، و لو لم تكن اليد أمانة على ثبوتها لما جاز الحلف على الملكية المترتبة على الشراء بعد عدم ثبوتها للبائع أن التعليل في الذيل لا يدل على الأصلية؛ لاحتمال أن يكون ذلك حكماً لعدم ردع الشارع عن اعتبارها لا لأصل اعتبارها.

و بعبارة أخرى [□] حيث إن الأمارات العقلانية المعتمدة عند العقلاء يحتاج اعتبارها إلى عدم ردع الشارع عنها، و إلا فلا أثر لها بنظر الشارع كقول الثقة الواحد في الموضوعات الخارجية حسب المختار من عدم حجيتها فيها و من المعلوم أن الردع و عدمه لا يكون إلا لأجل وجود المصلحة و عدمها؛ ضرورة أنه لا يكون

(١) الكافي: ٣٨٧/٧ ح ١، الفقيه: ٣/٣١ ح ٩٢، تهذيب الأحكام: ٦/٢٦١ ح ٦٩٥، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧/٢٩٢، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٢٥ ح ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٩٠

.....

جزافياً و من غير جهة، فلا بد أن يكون عدم ردع الشارع مسبباً عن أمر، و قد بين في الرواية ذلك الأمر و هو: اختلال سوق المسلمين بدونه.

[□] و رواية مسعدة بن صدقة، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سمعته يقول: كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، و ذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته و هو سرقة، أو المملوك عندك و لعله حرّ قد باع نفسه، أو خدع فبيع قهراً، أو امرأة تحتك و هي أختك أو رضيعتك، و الأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك، أو تقوم به البيّنة «١». و هذه الرواية التي وصفها الشيخ الأعظم الأنصاري (قدس سرّه) في رسائله بكونها موثقة «٢» هي العمدة في التوهم المذكور، و وجه استفادة اعتبار اليد عند الشارع بعنوان الأصل لا الأمانة قوله (عليه السلام): «كل شيء لك حلال..» فإنه ظاهر في أن الحكم بالحلية مترتب على الشيء الذي شك في حليته و حرمة، كما يدل عليه الغاية؛ و لذا استدلل به لأصالة الحلية في مورد الشك فيها و في الحرمة، فموضوع الحكم الشيء المشكوك بوصف كونه مشكوكاً، و من المعلوم أن هذا شأن الأحكام الظاهرية و الأصول العملية؛ لأنها قواعد مجعولة للشاك بما هو شاك يحتمل كلا الطرفين.

و أما الأمانة فمرجع اعتبارها إلى إلغاء احتمال الخلاف و جعله كالعدم، و حينئذ نقول: إنه بعد بيان هذه القاعدة الكلية المعبر عنها بأصالة الحلية قد بين في الرواية بعض مصاديقها كالثوب المشتري الذي يحتمل أن يكون سرقة، و العبد المبتاع

(١) الكافي: ٥/٣١٣ ح ٤٠، تهذيب الأحكام: ٧/٢٢٦ ح ٩٨٩، و عنهما وسائل الشيعة: ١٧/٨٩، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به ب ٤ ح ٤.

(٢) فرائد الأصول: (تراث الشيخ الأعظم) ٢/٣٥١ و ٣٨٩ - ٣٩٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٩١

.....

الذي يحتمل أن يكون خدع فبيع، و من الواضح أن انطباق تلك القاعدة على هذا القبيل من الأمثلة لا يكاد يتم إلا مع اعتبار اليد

بعنوان الأصل لا الأمانة، كما لا يخفى.

و يرد عليه أنه لا بد أن تحمل الأمثلة المذكورة في الرواية على أنها إنما أتت بها بعنوان التنظير و التمثيل، لا بعنوان بيان بعض المصاديق، و إلا فلو كانت تلك الأمثلة من مصاديق أصالة الحلية التي يدل عليها الصدر كما عرفت؛ لأمكن المناقشة في الكلّ بعدم كون شيء منها مجرى أصالة الحلية، لوجود أصل حاكم عليها موافق أو مخالف، كاستصحاب عدم تحقق الملكية بالنسبة إلى الثوب و المملوك في المثالين المتقدمين، لأصالة الفساد في المعاملة في الشبهة الموضوعية، و استصحاب عدم تحقق الرضاع في الزوجة، التي يحتمل أن تكون محرماً لأجل الرضاع و استصحاب عدم تحقق الأختية بناءً على مبنى المحقق الخراساني من جريان استصحاب عدم القرشية «١»، و عدم تحقق الزوجية، بناءً على ما هو الحق من عدم جريان الاستصحاب المزبور، و هكذا.

و بالجملة لا محيص عن الالتزام بعدم كون المورد من موارد التطبيق، بل في مقام التنظير و التمثيل، و إن كان الالتزام بذلك في نفسه مشكلاً.

ثم إن في الرواية دلالة على أمر آخر و إن كان غير مربوط بالمقام و هي الدلالة على ثبوت اصطلاح خاص للشارع في عنوان البيئته، لعطفها على الاستبانة الدال على المغايرة، فتدبر جيداً.

و قد تحصل من جميع الطوائف من الروايات الواردة في اليد: أنه لا بد من الأخذ

(١) كفاية الأصول: ٢١٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٩٢

.....

بمقتضى الطائفة الأولى الظاهرة في الاعتبار و الحجية بنحو الكاشفة و الأمانية، لأنه لا معارض لتلك الطائفة؛ لعدم كون الطائفة الثانية دالة على الأمانية و الأصلية فلا تنافي الطائفة الأولى، و عدم دلالة الطائفة الثالثة على الأصلية كما عرفت، فاللازم الأخذ بالطائفة الأولى المتعرضة لجهتين: الحجية و كونها أمانة، كما هو الأمر كذلك عند العقلاء على ما تقدم.

و يؤيد أمانية اليد أنها لو كانت أصلاً شرعياً معتبراً لم يكن وجه لتقدمها على الاستصحاب المخالف الجاري في أكثر موارد؛ لأن كليهما حينئذ من الأصول التنزيلية، كما عرفت من المحقق البجنوردى (قدس سره) «١»، و لو كانت أمانة معتبرة، لا مجال للمناقشة في تقدمها على الاستصحاب؛ لأن الأمانة حاكمة على الأصل الموافق أو المخالف، كما قرّر في محله «٢».

الأمر الثالث: في مقدار حجية القاعدة و موارد جريانها، فإنه قد وقع الاختلاف في جملة من الموارد، و هي كثيرة:

منها: المنافع، فإنه قد وقع الإشكال في جريان قاعدة اليد فيها، و لكن الظاهر هو الجريان؛ لإطلاق قوله (عليه السلام) في موثقة يونس المتقدمة: «من استولى على شيء منه فهو له» فإنّ الضمير في منه و إن كان يرجع إلى المتاع المراد بين الزوج و الزوجة، إلا أن الاستفادة منه أن الموجب للحكم بالملكية هو الاستيلاء الكاشف عنها، فالضابطة الكلية تجرى بالإضافة إلى جميع الأشياء.

(١) في ص ٢٨٣.

(٢) سيري كامل در اصول فقه: ١٥ / ٥٤٠ - ٥٧١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٩٣

.....

و من الواضح أنّ المنافع من جملة الأشياء، فإذا استولى على سكونته دار يكشف ذلك عن كونه مالكا لمنفعة الدار، أما مع ملك العين أو بدونه.

هذا، مضافاً إلى ظاهر الرواية المتقدمة الواردة في الرحي، الذي كانت لرجل على نهر قرية و القرية لرجل، فأراد صاحب القرية أن يسوق إلى قرية الماء في غير هذا النهر المستلزم ذلك لتعطيل الرحي؛ لتقومها بماء هذا النهر، حيث إنّه حكم (عليه السلام) بوجوب اتقاء الله و العمل بالمعروف و عدم إضرار أخيه المؤمن، فالمنافع إنّما تكون كالأعيان من هذه الجهة.

هذا، و قد صرح المحقق النراقي (قدس سرّه) في العوائد بعدم الشمول للمنافع، بل مقتضى ذيل كلامه عدم تحقق اليد و الاستيلاء موضوعاً بالنسبة إلى المنافع، فإنّه بعد الاستدلال لعدم الشمول بالأصل، و عدم ثبوت الإجماع في غير الأعيان، و اختصاص الأخبار بها على اختلافها من حيث ظهورها في خصوص الأعيان أو إجمالها، أو عدم دلالتها على ما هو المطلوب من الأمارية، و بعد دعوى اختصاص صدق اليد حقيقة بالأعيان؛ لأنها المتبادر عرفاً من لفظ اليد و الاستيلاء، قال: بل هنا كلام آخر و هو: أنّ اليد و الاستيلاء إنّما هو في الأشياء الموجودة في الخارج القارة. و أما الأمور التدريجية الوجود غير القارة كالمنافع، فلو سلم صدق اليد و الاستيلاء عليها فإنّما هو فيما تحقق و مضى، لا في المنافع المستقبلية التي هي المراد هنا «١».

و أجبنا عنه في «القواعد الفقهية» بما يرجع تارة إلى النقض بأصل الملكية؛ فإنّه

(١) عوائد الأيام: ٧٤٥، الموضوع السادس.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٩٤

.....

لو لم تكن المنفعة التي وجودها تدريجي قابلة لأن يتعلّق بها الاستيلاء، و تقع مورداً للسلطة و اليد باعتبار كون وجودها غير قارٍ، لم تكن قابلة لأن تقع مملوكة أيضاً؛ لعدم الفرق بين الملكية و الاستيلاء من هذه الجهة أصلاً، مع أنّ تعلّق الملك بها مضافاً إلى بدايته لا يلتزم القائل باستحالته كما هو ظاهر. و نزيد هنا أنّ لازم ذلك عدم إمكان تحقّق غضب المنافع الخالي عن غضب الأعيان؛ لما عرفت «١» من أنّ حقيقة الغضب هو الاستيلاء على مال الغير عدواناً، مع أنّ تعلّق الغضب بخصوص المنافع ممكن.

و أخرى إلى الحل، و هو: أنّ المراد بالاستيلاء المساوق لليد ليس هو الاستيلاء الحقيقي حتى يمنع تعلّقه بالأمر غير الموجود، بل الاستيلاء الاعتباري الذي يعتبره العقلاء في موارد و يستتبعه الاختصاص، و هذا لا مانع من أن يتعلّق بالأمر الذي لا يكون موجوداً بالفعل، كما أنّ الملكية المتعلقة به أمر اعتباري، و نسبة معتبرة عند العقلاء بين المالك و المملوك، فالظاهر إمكان تحقّق الاستيلاء و اليد بالإضافة إلى المنافع، كما في الملكية..

و أما ما قيل: من أنّ المراد باليد هي السيطرة و الاستيلاء الخارجي، سواء كان هناك معتبر في العالم أم لا؛ إذ اليد بالمعنى المذكور من الأمور التكوينية الخارجية، و ليست من الأمور الاعتبارية، و لذلك تتحقّق اليد من الغاصب، مع أنّه لا اعتبار لا من طرف الشارع و لا من طرف العقلاء، و القول بأنّه باعتبار نفسه شطط من الكلام يدفعه أنّ الاعتبار المفقود في الغاصب هو اعتبار الملكية لا اعتبار كونه في يده و هو مستول عليه.

(١) في ص ٢٨٠ و ٢٨٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٩٥

.....

كيف وقد حكم الشارع بضمانه بقوله (صلى الله عليه وآله): «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١) فإنه مع عدم اعتبار كونه مأخوذاً لليد وهي أخذته لا- معنى للحكم بضمانه، والإنصاف كما عرفت في الأمر الأول أنها ليست من الأمور التكوينية المتحققه مع قطع النظر عن الاعتبار، بل أمر متحقق به، كما تقدم نظير الفوقية والتحتية.

نعم يبقى الإشكال في أن الاستيلاء المتعلق بالمنافع هل هو استيلاء مستقل في قبال الاستيلاء المتعلق بالأعيان، بحيث يكون لمالك العين والمنفعة استيلاء ان يكشف كل منهما في عرض واحد عن ملكية المستولى بالنسبة إلى المستولى عليه، الذي هو العين في أحدهما والمنفعة في الآخر، أو أن يد صاحب المنافع عليها تبعية في طول الاستيلاء المتعلق بالأعيان، أو أنه لا يكون هنا إلا استيلاء واحد متعلق بالأعيان، غاية الأمر أنه يكشف عن ملكية العين والمنفعة جميعاً، أو أنه لا يكشف إلا عن ملكية العين، غاية الأمر أن ملكية العين تكشف عن ملكية المنافع، فهي مكشوفة لا بأصل الاستيلاء المتعلق بالعين، بل بالملكية المتعلقة بالعين المنكشفة بسبب الاستيلاء المتعلق بها؟ وجوه واحتمالات متصورة بحسب التصور الابتدائي والنظر البدوي.

ولكن الظاهر هو الاحتمال الثاني؛ لابتناء الأخيرين على عدم تعلق الاستيلاء بالمنافع، وقد عرفت وقوعه فضلاً عن إمكانه، وأما الاحتمال الأول فهو أيضاً خلاف ما هو المعتمد عند العقلاء، فإنهم لا يعتبرون الاستيلاء بالنسبة إلى المنافع إلا تبعاً للاستيلاء المتعلق بالأعيان (٢).

(١) تقدم في ص ١٩٩.

(٢) القواعد الفقهية: ١/ ٣٨٧ - ٣٨٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٩٦

.....

هذا، ويمكن دعوى استقلال الاستيلاءين فيما إذا كان للعين مالك و للمنفعة مالك آخر، كالعين المستأجرة، فإذا كانت العين الكذائية تحت استيلاء زيد مثلاً ومنفعتيها تحت يد عمرو، كذلك يكون هناك استيلاءان، ويكشف كل استيلاء عن ملكية صاحبه، بخلاف ما إذا كان هناك مالك واحد، فإنه ليس هناك إلا استيلاء واحد والآخر تبع.

هذا، وقد فصل المحقق البجنوردى في كتابه القواعد الفقهية المشتمل على سبعة مجلدات في المنافع بما يرجع إلى أنه تارة يكون المدعى هو المالك باعتراف ذى اليد، بأن يقول مثلاً: يا زيد المدعى هذه الدار التي في يدي ملكك، ولكنها في إجازتي إلى سنة مثلاً، وأخرى يكون المدعى أجنبياً أى ليس بمالك، مثل أن يدعى شخص آخر ويقول: في إجازتي لا إجازتك، ففي الثاني تكون اليد حجة في مقابل الأجنبى دون الأول أى في مقابل المالك، نظراً إلى أن المدعى لو كان هو المالك فحيث إن ذا اليد معترف بأن يده أمانيه ومن قبل المالك ففي الحقيقة يده يد المالك، فلا مجال للمخاصمة مع المالك؛ لأنه أسقطها عن الاعتبار بالنسبة إليه باعترافه أن يده أمانيه، وأما بالإضافة إلى الأجنبى فلا، من جهة أن اليد موجودة على الفرض، ولم يصدر من ذى اليد اعتراف يضر بأماريتها بالنسبة إلى الأجنبى.

نعم تبقى المطالبة بدليل على اعتبار هذه اليد التبعية، ثم اختار أنه لو كان المدرك هو الأخبار أو الإجماع فإثبات الاعتبار مشكل في الأول ومعلوم العدم في الثاني،

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٩٧

.....

و لو كان المدرك هو بناء العقلاء يتعين التفصيل المذكور «١».

أقول: الظاهر كما سيجيء إن شاء الله تعالى أن يد المستأجر إنما هي يد المؤجر، كما أنه قد مر «٢» أن اليد على المنافع والاستيلاء عليها إنما هي بتبع اليد على العين و في طولها، لكن المراد بالأول هو ما إذا كانت اليد ملحوظة بالنسبة إلى أصل ملكية العين، بمعنى أن يد المستأجر كاشفة عن ملكية المؤجر للعين المستأجرة، كما أن يد المؤجر كاشفة عنها، و أما بالنسبة إلى المنفعة التي هي ملك للمستأجر بسبب الإجارة، فلا مجال لتوهم كون يده يده كما هو ظاهر، كما أن المراد بالثاني ما إذا كانت العين تحت يد المالك، فإنه حينئذ يكون الاستيلاء على المنافع بتبع الاستيلاء على العين و في طولها.

و أما إذا كانت العين تحت يد المستأجر فلا تكون هذه التبعية بل تصير مثل أصل الملكية، فإن تبعية ملكية المنافع لملكية العين إنما هي في مورد مالك العين، و أما بالنسبة إلى المستأجر فالملكية متحققه من دون أن يكون هناك تبعية أصلاً، و على ما ذكرنا لا يبقى مجال للتفصيل المذكور، فإن اليد كاشفة عن ملكية المنافع سواء كانت المخاصمة مع المالك أو الأجنبي.

و أما الإشكال في شمول الأخبار لليد على المنافع فقد عرفت الجواب عنه، و أن بعض الروايات واردة في خصوص المنفعة، فلا فرق بين أن يكون المدرك الأخبار أو بناء العقلاء. نعم قد عرفت «٣» المناقشة في أصل اعتبار الإجماع في القاعدة، بأنه

(١) القواعد الفقهية للجنوردي: ١/ ١٥٠-١٥٢.

(٢) تقدم في ص ٢٩٢-٢٩٣.

(٣) في ص ٢٨١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٢٩٨

.....

لا أصالة له و لا يكشف عن موافقة المعصوم (عليه السلام).

و من جملة موارد الخلاف ما أفاده الماتن (قدس سره) بقوله: بل الظاهر الحكم بملكية ما في يده و لو لم يعلم أنه له إلخ. و الوجه في الاستظهار المزبور إطلاق قوله (عليه السلام) في موثقة يونس المتقدمة: «و من استولى على شيء منه فهو له»، و لكنه ربما يناقش «١» في الاستدلال بها بأن الظاهر من هذه الرواية أنه (عليه السلام) حكم في مقام مخاصمة الزوج مع زوجته، بأن كل واحد منهما إذا كان مستولياً على شيء من متاع البيت فهو له، فلا إطلاق لها يشمل صورة عدم التنازع و عدم وجود مدع في البين. و يدفع هذه المناقشة مضافاً إلى أن المفروض في الرواية موت أحد الزوجين، فلا معنى للمخاصمة بينهما أنه على تقدير التصحيح بأن المراد ورثة الميت لأحد الزوجين الحي، لم يفرض في الرواية التخاصم و التنازع بوجه، بل قد عرفت «٢» أن ذيل الرواية يدل على قاعدة كلية و ضابطة عامة، سواء كان مشتملاً على كلمة «منه» أم لا، و هي تشمل صاحب اليد أيضاً إذا لم يكن عالماً بالخلاف، كما لا يخفى.

نعم ربما يستدل على الخلاف بصحيفة جميل بن صالح المتقدمة «٣»؛ لأنه (عليه السلام) حكم فيها بالإضافة إلى ما وجده الرجل في داره من الدينار مع دخول الغير فيها بأنه لقطه، و مرجعه إلى عدم الاختصاص بالرجل صاحب البيت و الدار، و أيضاً علل (عليه السلام) كون ما وجده في الصندوق المختص له بما يفيد العلم بأنه ليس لغيره؛ لعدم

(١) المناقش هو السيد الجنوردي في القواعد الفقهية: ١/ ١٥٢.

(٢) في ص ٢٨٣.

(٣) في ص ٢٨٥ ٢٨٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٢٩٩

.....

إدخال أحد يده فيه غيره، و بموثقة إسحاق بن عمار قال: سألت أبا إبراهيم (عليه السلام) عن رجل نزل في بعض بيوت مكة، فوجد فيها نحواً من سبعين درهماً مدفوناً، فلم تزل معه و لم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع؟ قال: يسأل عنها أهل المنزل لعلمهم يعرفونها. قلت: فإن لم يعرفوها؟ قال: يتصدق بها «١».

نظراً إلى أنه لا- شك في أن الدراهم كانت في تصرف أهل المنزل و تحت أيديهم، و لو كانت يدهم حجة لكان اللازم مع عدم المعرفة الرد إليهم لا التصديق بالدراهم، كما هو الظاهر.

أقول: أما الصحيحة فالظاهر عدم دلالتها على مرام المستدل؛ لأن الظاهر أن سؤال الإمام (عليه السلام) عن أنه هل يدخل منزله غيره أم لا كان لأجل افتراق الصورتين في الحكم، ضرورة أنه لا مجال للاستفصال مع الاشتراك، و حينئذ يستفاد أن دخول الغير منزل الرجل له دخل في الحكم بكون الدينار الذي وجده الرجل لقطه و لو لم يكن كذلك لم يكن كذلك، بل هو لصاحب المنزل المستولى عليه، و من الظاهر أن الحكم باللقطة في الصورة الأولى إنما هو لأجل أنه مع دخول الغير، خصوصاً إذا كان الداخل كثيراً لا يكون للرجل استيلاء على المنزل، خصوصاً مع كون المتعارف في الدراهم و الدنانير أن لهما موضعاً مخصوصاً بعيداً عن أيدي الداخلين و أنظارهم، و هذا النحو من المنازل كثير كالدفاتر و المكاتب للمراجع مثلاً، كما أن التفصيل فيما لو وجد في صندوقه ديناراً بين ما يدخل أحد غيره يده فيه و بين غيره، ليس لأجل أنه مع عدم إدخال الغير يده فيه يحصل له العلم بكونه

(١) تهذيب الأحكام: ٦/ ٣٩١ ح ١١٧١، و عنه وسائل الشيعة: ٢٥/ ٤٤٨، كتاب اللقطة ب ٥ ح ٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٠٠

.....

ملكاً له، ضرورة أنه قد يحصل له الشك و إلا لم يكن مجال للسؤال، بل لأجل أنه مع انحصار التصرف في الصندوق به نفسه يكون هو المستولى فقط، و أما مع إدخال الغير يده فيه الذي يكون كناية عن استيلاء الغير أيضاً لا يكون الاستيلاء له فقط. و أما الموثقة فالظاهر أيضاً عدم تمامية الاستدلال بها؛ لأن بيوت مكة في الموسم تكون أكثرها منزلاً للحجاج كما في هذه الأزمنة، مع شدة و كثرة عددها، فكيف بالأزمنة السابقة؟ و من المعلوم أن في تلك الأيام لا يبقى لصاحب المنزل استيلاء على ما في منزله خصوصاً بالنسبة إلى الدراهم التي وجدها الرجل مدفوناً، فإن الظاهر أنه ليس المراد بالدفن إلا كونها مستورة تحت رماد و نحوه، مما هو من آثار من دخل في المنزل قبل هذا الرجل ممن هو مثله، لأن الرجل المسافر لا يكون من شأنه الإقدام على حفر منزل غيره. و بالجملة: فالحكم بالتصدق مع عدم معرفة أهل تلك البيوت ليس لأجل عدم اعتبار يد المستولى بالنسبة إلى نفسه، بل لأجل عدم تحقق الاستيلاء في مثله، فتدبر.

بقي في أصل المسألة أمور ينبغي التعرض لها:

أحدها: عدم اختصاص اعتبار اليد و حجيتها بالإضافة إلى الأعيان و المنافع، بل يشمل الحقوق أيضاً، من دون فرق بين ما تعلق منها بالأعيان المتمولة، كحق الرهانة و حق التولية المذكور في المتن و نحوهما من الحقوق، و بين ما تعلق منها بالأعيان غير المتمولة شرعاً،

كحق الاختصاص المتعلق بالخمير أو العذرة

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٠١

.....

أو الميتة، وقد عرفت في المنافع «١» أنه لا فرق بين ما كان في مقابل ذى اليد مالك العين أو الأجنبي. ودعوى أن أدلة اعتبار اليد لا تشمل الحقوق وإن كانت شاملة للمنافع؛ لأن الحقوق أمور اعتبارية صرفه معتبرة عند العقلاء والشارع، أو خصوص الشارع، بخلاف المنافع فإنها ليست اعتبارية، بل موجودة بتبع وجود العين، غاية الأمر أن وجود المنافع تدريجي بخلاف وجود العين.

مدفوعة بأن مقتضى إطلاق أكثر أدلة الاعتبار الشمول للحقوق، وقوله (عليه السلام) في موثقه يونس المتقدمة: «و من استولى على شيء منه فهو له» «٢» لا يدل على الاختصاص بالعين أو المنفعة؛ لعدم ثبوت الملكية التي يدل عليها اللام في غيرهما، وذلك مضافاً إلى ثبوت الملكية بالإضافة إلى الانتفاع في مثل العارية أيضاً، أن الظاهر كون اللام للاختصاص الذى هو أعم من الملكية؛ وذلك لأن تخصيص متاع المرأة بالمرأة مع أنه يمكن أن يكون عندها عارية لا ملكاً للمنفعة أو العين قرينة على المراد من اللام، بل يمكن أن يقال بورود الرواية الواردة في الرحي المتقدمة «٣» في الحقوق دون المنافع، لا- أقل من أن يكون ترك الاستفصال في الجواب دليلاً على العموم، فتدبر.

ثانيها: لا- يشترط في دلالة اليد على الملكية ونحوها اقتران الاستيلاء واجتماعها مع التصرف المتوقف على الملك مثلاً، فإنك قد عرفت «٤» أن حقيقة الغصب هو

(١) في ص ٢٩٦-٢٩٧.

(٢) تقدمت في ص ٢٨٢.

(٣) في ص ٢٨٦-٢٨٧.

(٤) في ص ٢٨٠-٢٨٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٠٢

.....

الاستيلاء على مال الغير عدواناً سواء كان مقروناً مع التصرف أم لا، وأن المتحد مع الصلاة في باب اجتماع الأمر والنهي هو التصرف في الدار المحرّم، ولو لم يكن التصرف مع الغصب و هنا قد عرفت «١» أن الاستفادة من الأدلة أن المعتبر والحجة هو الاستيلاء الذى هو أمر اعتبارى ولو بالإضافة إلى الغاصب بالنسبة إلى العين المغصوبة، فإن الاستيلاء متحقق والملكية غير معتبرة بوجه، فمجرد الاستيلاء في المقام دليل على الملكية ونحوها.

ثالثها: لا يعتبر في دلالة اليد على الملكية دعوى المالك إياها، بل قد عرفت أن اليد معتبرة بالإضافة إلى المالك، إذا كان شاكاً في الملكية، كالمال الذى يجده في الدار الاختصاصية.

نعم يعتبر عدم العلم بعدم الملكية؛ لأن غاية الأمر أن اليد أماره ولا مجال للأماره مع العلم بخلافها، كما أنه لا مجال لها مع العلم بوفائها. وفي باب قاعدة اليد مباحث اخرى مفصلة ذكرناها في القواعد الفقهية فراجع «٢» وإن كان الماتن (قدس سره) سيتعرض لبعضها.

(١) في ص ٢٩٤ ٢٩٥.

(٢) القواعد الفقهية: ١/ ٣٧٤ - ٤٣٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٠٣

[مسألة ٢: لو كان شيء تحت يد وكيله أو أمينه أو مستأجره فهو محكوم بملكته]

مسألة ٢: لو كان شيء تحت يد وكيله أو أمينه أو مستأجره فهو محكوم بملكته، فيدهم يده، و أما لو كان شيء بيد غاصب معترف بغصبيته من زيد، فهل هو محكوم بكونه تحت يد زيد أم لا؟ فلو ادعى أحد ملكيته و أكذب الغاصب في اعترافه يحكم بأنه لمن يعترف الغاصب أنه له، أم يحكم بعدم يده عليه، فتكون الدعوى من الموارد التي لا يد لأحدهما عليه؟ فيه إشكال و تأمل، و إن لا يخلو الأول من قوة، نعم الظاهر فيما إذا لم يعترف بالغصبي، أو لم تكن يده غصباً، و اعترف بأنه لزيد يصير بحكم ثبوت يده عليه (١).

(١) قد مرّ «١» أنه لو وقع التنازع و التخاصم بين المستولى على الدار الذي يدعى كونه مستأجراً للدار، و بين المؤجر المالك للعين المنكر للاستيجار يكون القول قول المستأجر، لاستيلائه على المنفعة، و هي أمانة على ملكيته لها، و إن كان الطرف مالك العين، و منها يكون المفروض تنازع من يراه مالكاً مع شخص ثالث في أصل ملكية العين مع ثبوت الاستيجار منه و الاستيلاء للمستأجر. فهنا أشخاص ثلاثة: أحدها المستولى على الدار المستأجر من قبل أحدهما. ثانيها من يراه المستولى مالكاً للعين و يدعى الاستيجار منه. و الثالث الأجنبي الذي لا يكون بمستولٍ و لا من استأجرها المستولى منه، ففي هذه الصورة و مثلها تكون يد المستأجر يد الأجير، و حاكية عن ملكيته للعين في قبال الثالث الأجنبي؛ لأن يد المستأجر يد الموجر. و يمكن أن يكون المراد صورة عدم التنازع أصلاً، و كان المراد أن يد الوكيل المحرز يد الموكل، و كذا الأيمن و المستأجر المحرزين، و إن كان تفرع صورة التنازع

(١) في ص ٢٩٥ ٢٩٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٠٤

.....

على ما إذا كانت اليد غصبيّة و كان الغاصب معترفاً بالغصبيّة من شخص خاص، يؤيد أن المراد من فرض المسألة ما يشمل صورة التنازع أيضاً كما لا يخفى، كما أن قوله في الذيل: «نعم الظاهر فيما لم يعترف بالغصبيّة» قرينة على العدم. هذا، و يمكن المناقشة في ذلك بأن يد المستأجر إنما تكون حجة بالإضافة إلى نفسه؛ لفرض استيلائه على العين المستأجرة، فهي أمانة على ملكيته و كاشفة عنها، و أمّا مع الاعتراف بأنه استأجرها من زيد مثلاً، فغاية الدليل على اعتبار إقراره هي قاعدة: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» و قد عرفت غير مرّة «١» أن هذه القاعدة إنما تفيد في خصوص الجهة السلبية، و هي عدم كون المال للمقر، و أمّا بالإضافة إلى الجهة الإيجابية، و هو كون زيد مثلاً مالكاً فلا تجدى القاعدة.

هذا بالإضافة إلى غير الغاصب، و أمّا بالنسبة إلى الغاصب، فإذا اعترف بأن العين المغصوبة إنما كانت مغصوبة من زيد و هو المالك، فإذا ادعى عمرو مثلاً ملكيته لها، و أكذب الغاصب في اعترافه بكونها مغصوبة من الأول، فهل يصير هذا الاعتراف بمنزلة كونها في يد المغصوب منه الذي اعترف به، أو أن المورد من الموارد التي لا تكون يد لأحد من المتداعيين عليه، فقد استشكل الماتن (قدس سرّه)

و تأمل في المسألة، و إن نفى بعده خلوّ الأول عن القوّة.

أقول: مقتضى ما وقع التسالم عليه من أنّ إقرار ذى اليد يقبل بالإضافة إلى أحد المتداعيين قبول إقرار الغاصب، و مجرد كونه غاصباً لا يقتضى نفى استيلائه، لما عرفت من أنّ الاعتبار المفقود في الغاصب هو اعتبار الملكية لا اعتبار الاستيلاء و كونه ذا اليد، و إن وقع الإشكال في وجه هذا التسالم، و أنّ العلة فيه هل هي قاعدة

(١) في ص ١١٧-١٤٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٠٥

.....

الإقرار أو قاعدة من ملك شيئاً ملك الإقرار به، أو ما أفاده المحقق العراقي قدّس سرّه الشريف فيما حكى عنه من أنّ اليد أماره على الملكية بالإضافة إلى ذى اليد بالدلالة المطابقية، و على نفى كونه للغير بالدلالة الالتزامية «١»؟ و هاتان الأمارتان تسقطان عن الحجية بسبب الإقرار للغير، و أمّا بالإضافة إلى ما عداهما فأماريتها باقية على حالها، فالنتيجة قيام الحجّة على نفى ملكيته عن ذى اليد و عن غيره ما عدا المقرّ له.

و معلوم أنّ المال لا يبقى بلا مالك، و قد ناقشنا في «القواعد الفقهية» في جميع الوجوه الثلاثة «٢»، إلّا أنّ يكون هناك إجماع على الأمر الذى وقع التسالم عليه، و معلوم أنّ الإجماع لو كان فإنّما هو فى غير الغاصب الذى يعترف بغصبيته؛ لأنّ القدر المتيقن من الإجماع غيره، و الإجماع من الأدلّة اللبئية التى لا إطلاق لها، و كذا لو فرض كون الوجه فى التسالم المزبور هو بناء العقلاء على الأخذ بإقرار ذى اليد إذا أقرّ أنّ ما فى يده لشخص خاصّ، فإنّ هذا البناء على فرض ثبوته و جريانه فى الشريعة لا إطلاق له يشمل إقرار الغاصب، كما لا يخفى، و إن استحسنته المحقق البجنوردى (قدّس سرّه) «٣».

فانقدح من جميع ما ذكرنا الخلل فيما أفاده فى المتن، فتدبّر جيّداً، و أنّ الظاهر كون المورد من الموارد التى لا يكون لأحد المتداعيين يد عليه، و سيجىء حكمه فى المسألة الرابعة إن شاء الله تعالى.

(١) حكاة عن المحقق العراقي (قدّس سرّه) السيّد البجنوردى فى القواعد الفقهية: ١/ ١٦٤.

(٢) القواعد الفقهية: ٤١٢-٤١٤.

(٣) القواعد الفقهية للبجنوردى: ١/ ١٦٥-١٦٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٠٦

[مسألة ٣: لو كان شيء تحت يد اثنين فيد كلّ منهما على نصفه، فهو محكوم بمملوكيته لهما]

مسألة ٣: لو كان شيء تحت يد اثنين فيد كلّ منهما على نصفه، فهو محكوم بمملوكيته لهما. و قيل: يمكن أن تكون يد كلّ منهما على تمامه، بل يمكن أن يكون شيء واحد لمالكين على نحو الاستقلال، و هو ضعيف (١).

(١) لو اشترك أزيد من واحد فى الاستيلاء على عين، فهل يكون استيلاء كلّ واحد على المجموع، أو على النصف المشاع أو الموارد مختلفه بنظر العرف؟ و على التقديرين الأولين، فهل تكون يد كلّ منهما مستقلة تامّة أو لا تكون إلّا ناقصة؟ و جوه و احتمالات بحسب بادئ النظر و فى التصرّح الابتدائي.

ذكر السيد في ملحقات العروة ما هذا لفظه: إنه لا مانع من اجتماع اليدين المستقلتين على مال واحد، بل الأقوى جواز اجتماع المالكين المستقلين لمال واحد، كما إذا كان ملكاً للنوع كالتزكاة والخمس والوقف على العلماء والفقراء على نحو بيان المصرف، فإن كل فرد من النوع مالك لذلك المال، بل لا مانع من اجتماع المالكين الشخصيين أيضاً، كما إذا وقف على زيد وعمرو، أو أوصى لهما على نحو بيان المصرف، فإنه يجوز صرفه على كل واحد منهما.

فدعوى عدم معقولية اجتماع المالكين على مال واحد لا- وجه له، مع أنه لا- إشكال عندهم في جواز كون حق واحد لكل من الشخصيين مستقلاً، كخيار الفسخ وكولاية الأب والجدة على مال الصغير. ومن المعلوم عدم الفرق بين الحق والملك، فكما أن لكل من الأب والجدة حق التصرف في مال المولى عليه، وأيهما سبق لا يبقى مجال لتصرف الآخر، وكذا لكل من الشخصيين حق الفسخ، وأيهما سبق بالفسخ لا يبقى محلّ لفسخ الآخر، فكذا في المالكين الكذائين.

ودعوى أن مقتضى الملكية المستقلة أن يكون للمالك منع الغير، وإذا لم يكن له منع الغير فلا يكون مستقلاً، مدفوعاً فإن هذا أيضاً نحو من الملكية المستقلة،

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٠٧

.....

و نظيره الوجوب الكفائي والتخييري في كونهما نحواً من الوجوب مع كونه جائز الترك «١». انتهى.

أقول: أما كون الاستيلاء على عين استيلاءً على المجموع أو على النصف المشاع، فمع التوجه إلى اعتبار الاستيلاء الذي عرفت «٢» أنه ليس المراد به الأمر الخارجي والسيطرة التكوينية، بل هو أمر اعتباري موجود حتى بالإضافة إلى الغاصب بالإضافة إلى اثنين تكون اليد الثابتة لكل واحد منهما مثلاً يداً على النصف المشاع، وإن كان بلحاظ السيطرة الخارجية ربما تكون يداً على المجموع، كما إذا وقع تقسيم البيت بلحاظ الأزمنة فقط، ففي كل زمان لا يكون المستولي إلّا واحداً، والاستيلاء إنّما هو بالإضافة إلى المجموع، ولكن مع الالتفات إلى ما ذكر لا يكون الاستيلاء الاعتباري إلّا بالإضافة إلى النصف المشاع، ولو في مثل المثال المزبور.

و أما ما أفاده السيد (قدّس سرّه) من جواز اجتماع المالكين المستقلين لمال واحد، فإن أريد بالجواز هو الإمكان العقلي فالبحث لا يكون فيه، ضرورة أن التضادّ وأشباهه إنّما يلاحظ بالإضافة إلى الأمور التكوينية، كالسواد والبياض؛ ولذا ذكرنا في الأصول في بحث اجتماع الأمر والنهي «٣» أن عمدة مقدمات امتناع الاجتماع هو تضادّ الأحكام الخمسة التكليفية، كما ذكره المحقق الخراساني (قدّس سرّه) في الكفاية «٤»، مع أن التضاد بين الأحكام ممنوع؛ لعدم كون الأحكام الخمسة من الأمور التكوينية

(١) ملحقات العروة الوثقى: ٣/ ١٢٣ مسألة ٤.

(٢) في ص ٢٧٩-٢٨٠.

(٣) سيري كامل در اصول فقه: ٧/ ٧٤ وما بعدها ١.

(٤) كفاية الأصول: ١٩٣ مقدمه ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٠٨

.....

الخارجية، ولذا يمكن في الموالى العرفية أن يقع شيء مورداً لأمر بعض الموالى و مورداً لنهي الآخر، ولا- يتصور ذلك في مثل السواد والبياض، وإن أريد الإمكان العرفي والعقلائي فالظاهر أنه ممنوع.

توضيحه: أن الملكية المستقلة عند العقلاء عبارة عن النسبة الخاصة الحاصلة بين المالك والمملوك، وهذا الاعتبار مستتبع للاختصاص الذي هو لازم أعم للملكية، ضرورة أنه قد يوجد بدونها، ولكنه لا يمكن تحققها بدونه. ومن الواضح أن الاختصاص مغاير للاشتراك تغاير الضدين اللذين لا ثالث لهما، وحينئذ نقول: إن فرض جواز اجتماع المالكين المستقلين على مال واحد مرجعه إلى فرض وجود الشيء و عدمه في زمان واحد، وهو مما لا يمكن ضرورة.

و أما الموارد التي استشهد بها على حصول اجتماع المالكين المستقلين على مال واحد، فالظاهر عدم كون شيء منها من هذا الباب. وتوضيحه: إن ما كان ملكاً للنوع لا يكون مالكة متعدداً؛ لأن المالك هو النوع وهو غير متعدد، والأفراد بما أنها أفراد متعددة ولها خصوصيات متكررة لا يكون مالكة أصلاً، ووجود الطبيعي وإن كان وجود أفرادها، إلا أن الفرد هو الطبيعي مع انضمام الخصوصيات الفردية؛ ولذا يكون زيد وعمرو إنسانين لا إنساناً واحداً، وعليه فملكية النوع لا تستلزم ملكية الفرد.

و دعوى أنه لا يعقل كون غير ذوى العقول مالكة معتبرة له النسبة التي هي الملك، مدفوعة بمنع عدم التعقل، بل هو واقع جداً، ضرورة أنه في مورد الوقف على المساجد لا يكون المالك للعين الموقوفة إلا المسجد، وكذلك في الوقف على الضرائح المقدسة والمشاهد المشرفة.

وعليه ففرق في المقام بين ما إذا ملك السيد الدار مثلاً بالبيع ونحوه وبين ملكه

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٠٩

.....

لسهم السادة، فإنه في الأول يكون المالك له هو الشخص الذي هو النوع بانضمام الخصوصية الفردية، وفي الثاني يكون المالك هو النوع مع قطع النظر عن الخصوصية الفردية، وهكذا في الزكاة وفي مثل الوقف على العلماء أو الفقهاء مثلاً. والفرق بين الحق والملك هو الاعتبار العقلائي، والشاهد عليه أنه لو قامت بينه على ملكية زيد للمال بتمامه، وبينه أخرى على ملكية عمرو له كذلك، لا تكون البيتان إلا متعارضتين متكادبتين، بخلاف ما إذا قامت بينه على ثبوت حق الفسخ للبائع، وبينه أخرى على ثبوت حق الفسخ للمشتري، فإنه لا مانع من الجمع بين البيتان و ثبوت الحقين للبائع والمشتري معاً.

و أما ثبوت الولاية على الصغير للأب والجد له، فمرجعه إلى ثبوت حق التصرف في ماله أو في نفسه، بمثل التزويج لكل منهما، وإذا سبق أحدهما بالتصرف لا يبقى مجال للآخر؛ لعدم الموضوع، فلا يرتبط بما نحن فيه.

و أمّا في مثل الوقف على زيد وعمرو بنحو بيان المصرف، فإما أن يكون الموقوف عليه هو عنوان أحد الشخصين، كالنوع على ما ذكرنا، وإما أن يكون بنحو الاشتراك والملكية غير المستقلة، ولا مجال للجمع بين المالكين المستقلين عرفاً.

فتلخص أن اليمين على مال واحد أمارتان على ملكية كل منهما للنصف المشاع.

وبعد ذلك يقع الكلام في حقيقة الكسر المشاع وإمكان الإشاعة و بيان حقيقتها.

فقول:

أولاً: أن الجهل بحقيقة الإشاعة على تقديره لا يمنع من الالتزام بوجودها بعد شيوعها بين العرف والعقلاء، ضرورة أن الملكية الاشتراكية المعبرة عند العقلاء

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣١٠

.....

فوق حد الإحصاء، والمسألة غير مبتنية على المسألة الاختلافية بين الفلاسفة والمتكلمين من بطلان الجزء الذي لا يتجزأ و عدم

بطلانه، ضرورة أن المتكلم القائل بعدم بطلان الجزء غير القابل للتجزئ، لا يأبى من الاشتراك في الملك بدهه. وثانياً: أن الظاهر أن الإشاعة أمر اعتباري عقلائي تتصف بها العين الخارجية في الخارج، وإن كان وعاء الاعتبار الذهن. توضيح ذلك: أن الكسر المشاع لا يعقل أن يكون أمراً عيبياً خارجياً، ضرورة أن الموجود في العين يستحيل أن يكون مبهماً لا معيناً؛ لأن الوجود مساوق للتعين الذي هو نقيض الإبهام، وتردد الشبح الجائي من بعيد بين زيد وعمرو مثلاً لا يستلزم الإبهام فيه بحسب الواقع؛ لأنه معين بحسبه، غاية الأمر أنه مجهول لنا، فالواقع المعين مردد بين كونه زيداً أو عمراً. فالكسر المشاع لا يعقل أن يكون أمراً خارجياً، كما أنه يستحيل أن يكون متزاعاً منه؛ لأن العين التي لا تشوبها شائبة الإبهام لا يعقل أن تكون منشأً لانتزاع اللامعنين، الخالي عن جميع شئون التعين.

فلا بد من أن يقال: إن الكسر المشاع هو أمر اعتباري يعتبره العقلاء في وعاء الاعتبار الذي هو الذهن، وإن كان ظرف الاتصاف به هو الخارج، فالموجود الخارجي متصف في الخارج بأنه له نصفان مثلاً، وهذا نظير ما قاله الحكماء: من أن اتصاف الماهية بالإمكان في الخارج وإن كان العروض في الذهن، وإلا يلزم التسلسل ونحوه، بل الأمر في جميع الأمور الاعتبارية التي لها مساس بالخارج يكون كذلك، كالمالكية والمملوكية والزوجية ونحوها، وقد فصيّلنا القول في حقيقة الإشاعة في كتابنا القواعد الفقهية «١»، من أراد التحقيق أزيد مما ذكر فليراجعها.

(١) القواعد الفقهية: ١/ ٤٢٤-٤٢٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣١١

مسألة ٤: لو تنازعا في عين مثلاً

مسألة ٤: لو تنازعا في عين مثلاً، فإن كانت تحت يد أحدهما فالقول قوله بيمينه، وعلى غير ذي اليد البينة، وإن كانت تحت يدهما فكل بالنسبة إلى النصف مدع ومنكر، حيث إن يد كل منهما على النصف، فإن ادعى كل منهما تمامها يطالب بالبينة بالنسبة إلى نصفها، والقول قوله بيمينه بالنسبة إلى النصف، وإن كانت بيد ثالث فإن صدق أحدهما المعين يصير بمنزلة ذي اليد، فيكون منكرًا والآخر مدعياً، ولو صدقهما ورجع تصديقه بأن تمام العين لكل منهما يلغى تصديقه، ويكون المورد ممّا لا يد لهما، وإن رجع إلى أنّها لهما بمعنى اشتراكهما فيها يكون بمنزلة ما تكون في يدهما، وإن صدق أحدهما لا بعينه لا تبعد القرعة، فمن خرجت له حلف، وإن كذّبهما وقال: هي لى تبقى في يده ولكل منهما عليه اليمين، ولو لم تكن في يدهما ولا يد غيرهما ولم تكن بينة فالأقرب الاقتراع بينهما (١).

(١) في هذه المسألة التي يكون المفروض فيها تنازع اثنين في عين مثلاً تُتصوّر فروض:

الفرض الأول: ما إذا كانت العين تحت يد أحدهما فقط، والحكم فيه أنه إذا كانت لغير ذي اليد البينة يحكم بها له، وإلا فالقول قول ذي اليد بيمينه، ويدل عليه مضافاً إلى أن المورد من موارد المدعى والمنكر بأي معنى أريد من العنوانين، سواء وقع التفسير بمن لو ترك ترك، أو من يكون قوله مخالفاً للأصل الشامل للأماره، أو كان المرجع في معناهما هو العرف كما اخترناه سابقاً «١»، فإن المدعى في جميع التفسير هو غير ذي اليد والمنكر هو ذو اليد خصوص ما حكاه

(١) في ص ٨٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣١٢

في الوسائل من تفسير علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن عثمان بن عيسى وحماد بن عثمان جميعاً، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث فدك: إن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال لأبي بكر: أتحكم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين؟ قال: لا، قال: فإن كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادّعت أنا فيه من تسأل البيّنة؟ قال: إياك كنت أسأل البيّنة على ما تدّعيه على المسلمين، قال: فإذا كان في يدي شيء فادّعي فيه المسلمون، تسألني البيّنة علي ما في يدي؟ وقد ملكته في حياة رسول الله (صلى الله عليه وآله) وبعده، ولم تسأل المؤمنين البيّنة على ما ادّعوا علي، كما سألتني البيّنة على ما ادّعت عليهم إلى أن قال: وقد قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر «١».

و المراد بقوله (عليه السلام): «شيء يملكونه» هو الملكية ادّعاءً، وإلا فمع العلم بذلك لا مجال للدعوى عليه، كما لا يخفى. وهذه الرواية المعتبرة هي الرواية الوحيدة ظاهراً، الحاكية لقول رسول الله: «من أنكر» بدل من ادّعى عليه، على ما في إحدى نسختي التفسير المزبور، كما أن التمسك بقول الرسول (صلى الله عليه وآله) يدل على أن المورد من موارد المدّعي والمنكر، وأن على الأول البيّنة وعلى الثاني اليمين. وكيف كان فالحكم في هذا الفرض واضح لا ريب فيه. الفرض الثاني: ما لو كانت العين المتنازع فيها تحت يد كل منهما، والظاهر وقوع الكلام فيه في مرحلتين: المرحلة الأولى: الحكم بالتنصيف بينهما وعدمه.

(١) تقدّم في ص ٢٨٧ - ٢٨٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣١٣

و المرحلة الثانية: الافتقار إلى الحلف بالإضافة إلى كل منهما وعدمه. قال المحقق في الشرائع: لو تنازعا عيناً في يدهما ولا بيّنة، قضى بها بينهما نصفين، وقيل: يحلف كل منهما لصاحبه «١». وفي الجواهر «٢» نفى وجدان الخلاف، بل ثبوت الإجماع بقسميه بالإضافة إلى المرحلة الأولى، مضافاً إلى المرسل العامي النبوي: أن رجلين تنازعا دابةً ليس لأحدهما بيّنة فجعلها النبي (صلى الله عليه وآله) بينهما نصفين «٣». وحكى في الجواهر القول الذي حكاه المحقق عن الأكثر بل المشهور على ما اعترف به في غاية المرام «٤»، بل ذكر أن في المسالك والكفاية لم ينقل الأكثر فيه خلافاً «٥». نعم استظهر نفسه عدم ثبوت الحلف عن المحقق ومحكى الخلاف والغنية والكافي والإصباح «٦»، «٧». وكيف كان، فالظاهر أنه لا مجال للإشكال في أن الحكم بالنسبة إلى المرحلة الأولى هو التنصيف بعد ادّعاء كل منهما ملكية تمام العين، وكونها في يد كل منهما من دون تفاوت، وعدم ثبوت البيّنة لأحدهما، فإنه مع ملاحظة هذه الأمور لا ترجيح لأحدهما على الآخر بوجه، والمفروض عدم ادّعاء ثالث بالإضافة إليها، فلا مجال إلا للتنصيف، ويؤيده النبوي المزبور المنجبر بالشهرة بل فوقها، كما عرفت في

(١) شرائع الإسلام: ١١٠ / ٤.

(٢) جواهر الكلام: ٤٠٢ / ٤٠.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي: ٣٩٨ / ١٥ ح ٢١٨١٩ باختلاف.

(٤) غاية المرام: ٢٥٧ / ٤.

(٥) مسالك الأفهام: ٧٨ / ١٤، كفاية الفقه المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٧٢٥ / ٢.

(٦) الخلاف: ٣٢٩ / ٦، غنية النزوع: ٤٤٤، الكافي في الفقه: ٤٤٠، إصباح الشيعة: ٥٣١.

(٧) جواهر الكلام: ٤٠٣ / ٤٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣١٤

.....

كلام الجواهر.

و أما بالإضافة إلى المرحلة الثانية، فالظاهر ابتناء المسألة على كون المورد في هذا الفرض من موارد المدعى و المنكر حتى يشمل قوله (صلى الله عليه و آله): «البينة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه» (١)، أو من مصاديق التداعى حتى لا تحتاج إلى الحلف، و يبتنى ذلك على ما تقدم في المسألة الثالثة المتقدمة: من أن ثبوت يد اثنين على شىء واحد مرجعه إلى ثبوت يد كل منهما على النصف المشاع، أو إلى ثبوت يد كل منهما على التمام، و قد اخترنا الأمر الأول تبعاً للماتن (قدس سرّه)، فعليه يكون المورد من موارد المدعى و المنكر؛ لثبوت يد كل منهما على النصف المشاع، فبالإضافة إلى النصف يكون ذا اليد، و بالإضافة إلى النصف الآخر يكون مدعياً؛ لخروجه عن تحت يده بنظر العقلاء على ما عرفت، و على الاحتمال الآخر الذى ضعّفناه و إن اختاره السيد فى ملحقات العروة، بل أجاز اجتماع مالكين مستقلين بالنسبة إلى شىء واحد، كما تقدم البحث عنه «٢» يكون المورد من موارد التداعى؛ لأن المال فى يدهما بأجمعه، و لا تكون هناك بيته، فيكون بينهما نصفين من دون حاجة إلى الحلف.

ثم إن السيد المزبور أفاد فى الملحقات أن التحقيق: التفصيل بين ما إذا كانت يد كل منهما على النصف و بين ما إذا كانت على الكل مستقلاً، إذ قد عرفت يعنى فى كلامه اختلاف الموارد فى ذلك. ففى الصورة الأولى تجرى قاعدة المدعى و المنكر، إذ يصدق على كل منهما أنه

(١) تقدم فى ص ٨٤ - ٨٥.

(٢) فى المسألة الثالثة هنا.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣١٥

.....

مدع فى النصف و منكر فى النصف الآخر، و لا ينفع كون كل جزء يفرض يد كل منهما عليه؛ لأنها ليست يداً مستقلة. و فى الصورة الثانية التنصيف؛ لما ذكر من كونه من التداعى لا المدعى و المنكر «١». انتهى موضع الحاجة.

و مراده بالتنصيف هو التنصيف من دون حلف؛ لما عرفت من أن أصل التنصيف مِمَّا لا ريب فيه و لا خلاف، و لم يعلم الفرق بين صورتين بعد كون المفروض فى مورد البحث هو ثبوت اليد على التمام بالإضافة إلى كليهما، و لا يقدح فى ذلك ثبوت التقسيم بلحاظ الزمان، بأن تكون العين بأجمعها فى برهه من الزمان كشهر مثلاً بيد واحد و فى برهه أخرى بيد آخر؛ لأن المفروض ثبوتها بيدهما جميعاً، و قد عرفت أن العقلاء يحكمون بالثبوت على النصف المشاع. نعم لو تحقّق التقسيم الواقعى كما إذا بدلت الدار نصفين خارجيين يصير كل نصف شيئاً مستقلاً يجرى عليه حكمه، كما لا يخفى.

ثم إنّه من العجيب ما أفاده صاحب الجواهر (قدس سرّه): من عدم تعقل كون اليد على النصف المشاع، إلّا بكونها على العين أجمع

في كل منهما، وحينئذٍ فلا مدعى ولا مدعى عليه منهما، ضرورة تساويهما في ذلك «٢»، فإنه إن أُريد أن استلزام كون اليد على النصف المشاع كون اليد على العين أجمع موجب لتحقيق التداعي وعدم ثبوت المدعى والمدعى عليه، فمن الواضح منعه، ضرورة أنه لا فرق في اتصاف ذي اليد بكونه كذلك بين كون ما تحت يده هو النصف المشاع أو غيره، فبعد تحقق كون اليد على النصف المشاع يتحقق المدعى

(١) ملحقات العروة الوثقى: ٣/ ١٢٥.

(٢) جواهر الكلام: ٤٠/ ٤٠٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣١٦

.....

و المدعى عليه لا التداعي، وإن أُريد منع ثبوت اليد على النصف المشاع، فقد عرفت بطلانه في ذيل المسألة الثالثة، فراجع.
 الفرض الثالث: ما لو كانت العين المتنازع فيها تحت يد ثالث، وفيه صور مذكورة في المتن:
 الصورة الأولى: ما إذا صدق ذو اليد أحدهما المعين وأقر بكونها له. وقد ذكرنا في كتابنا في القواعد الفقهية في هذا المجال ما ملخصه: أنه قد وقع التسالم بين الفقهاء على قبول إقرار ذي اليد لأحد المتنازعين فيما بيده بحيث يجعله المنكر كنفس ذي اليد، و يجعل الطرف الآخر مدعياً و عليه إقامة البينة، وإنما الإشكال في وجهه، و اختلفت الآراء في ذلك على أقوال:
 أحدها: أن الوجه في ذلك هي قاعدة: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»، نظراً إلى أن مقتضاها نفوذ الإقرار على النفس و بضرره، و حيث إن ذا اليد في المقام يقر لشخص آخر و يعترف أنه له، فهذا إقرار على النفس و اللازم الأخذ به و الحكم بنفذه و مضيه «١».
 و أوردنا عليه هناك بأن قاعدة الإقرار يكون مقتضاها الاقتصار على النفوذ، و المضى في خصوص المقدار الذي بضرره و الجهة التي تكون عليه. و أما الإقرار بنفع الغير فلا يستفاد من القاعدة المذكورة جوازه و نفوذه، و الإقرار المذكور له جهتان: جهة سلبية و هي عدم كونه له، و جهة إيجابية و هي كونه لأحد المتداعيين بالخصوص، و المستفاد من دليل القاعدة هو النفوذ بالإضافة إلى الجهة الأولى

(١) حكى هذا القول المحقق البجنوردى في القواعد الفقهية: ١/ ١٦٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣١٧

.....

دون الجهة الثانية، و هذا من دون فرق بين أن يكون الطرف متعلقاً بالإقرار، و بين أن يكون متعلقاً بجائز، كما لا يخفى.
 ثانيها: أن الوجه في ذلك هي قاعدة: «من ملك شيئاً ملك الإقرار به» نظراً إلى أن ذا اليد مالك لأن يملك غيره ببيع أو صلح أو هبة أو غيرها، فيملك الإقرار بأنه له «١».

و أوردنا عليه هناك بأن الذي يملكه هو تملك الغير المقر له فيملك الإقرار به، و المفروض في المقام أنه لم يقر به، بل أقر بكون المقر له مالكاً و أنه له، و المقر لا يكون مالكاً لهذه الجهة حتى يملك الإقرار به، ففي هذا الوجه خلط.

ثالثها: ما حكى عن المحقق العراقي من أن اليد أمانة على ملكية ذي اليد بالدلالة المطابقة، و على نفى كونه للغير بالدلالة الالتزامية، و هاتان الأمارتان تسقطان بسبب الإقرار للغير، و أما بالنسبة إلى ما عداها فأمارتيتها باقية على حالها، فالنتيجة قيام الحجية على نفى

الملكية عن ذى اليد و عن غيره ما عدا المقر له، و معلوم أن المال لا يبقى بلا مالك.

و بعبارة اخرى: أن هذا المال إما للمقر له أو لغيره يقيناً، فإذا ثبت بواسطة إقرار ذى اليد أنه ليس لغير المقر له فلا بدّ و أن يكون له، فيكون هو المنكر و طرفه المدعى؛ بناءً على ما هو التحقيق من أن المدعى من يكون قوله مخالفاً للحجة الفعلية، و المنكر من يكون قوله موافقاً للحجة الفعلية «٢».

و أوردنا عليه هناك مضافاً إلى ما عرفت «٣» من أن تشخيص عنوانى المدعى

(١) حكى هذا القول أيضا المحقق البجنوردى فى القواعد الفقهية: ١/ ١٦٤ عن بعض.

(٢) الحاكي هو المحقق البجنوردى فى القواعد الفقهية: ١/ ١٦٤-١٦٥ عن استاذة المحقق العراقى قدس سرهما.

(٣) أى فى ص ٤٠٢ من القواعد الفقهية، كما تقدم فى هذا الكتاب فى ص ٨٥.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣١٨

.....

و المنكر إنما هو موكول بنظر العرف، كسائر العناوين المأخوذة موضوعاً للأحكام أنه لا بدّ من ملاحظة أن بناء العقلاء على اعتبار الإقرار هل يختصّ بما إذا لم يكن فى مقابل المدعى مدّع آخر، أو يعمّ صورة وجود مدّع آخر أيضاً؟ فعلى الأول لا يبقى مجال لما أفاده، و على الثانى يكون المقر له كنفس المقر و يقوم مقامه.

هذا، و لا يبعد ترجيح الاحتمال الثانى «١»، فتدبر.

و كيف كان، فيمكن أن يقال باعتبار التسالم المذكور و إن لم يعرف وجهه، و عليه فمن صدقه ذو اليد من المتنازعين يكون بمنزلة ذى اليد منكراً و الآخر مدّعياً، كما فى المتن.

الصورة الثانية: ما لو صدق ذو اليد كلا المتنازعين، و قال: بأنه لهما، و قد فرض لها فى المتن فرضين:

أحدهما: ما إذا رجع تصديقه إلى أن تمام العين لكلّ منهما، و قد أفاد فى هذا الفرض أنه يلغى تصديقه، و يكون المورد ممّا لا يد لأحدهما، و الوجه فى اللغوية ما عرفت «٢» من عدم إمكان اجتماع مالكين بالإضافة إلى شىء واحد، خلافاً لما عرفت «٣» من السيد (قدس سرّه) فى الملحقات، فإنه بعد استحالة الاجتماع المزبور و عدم ترجيح لأحدهما على الآخر، يصير التصديق المزبور لغوياً لا يترتب عليه أثر؛ لعدم ثبوت اليد بالنسبة إلى أحدهما و لا ما هو بمنزلة اليد، فاللزام الحكم بكون المورد ممّا لا يد لأحدهما عليه.

ثانيهما: ما إذا رجع تصديقه إلى أنها لهما بمعنى اشتراكهما فيها، و فى هذا الفرض

(١) القواعد الفقهية: ١/ ٤١٢-٤١٤.

(٢) فى ص ٣٠٦ و ما بعدها.

(٣) فى ص ٣٠٦ و ما بعدها.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣١٩

.....

يكون بمنزلة ما تكون فى يدهما؛ بناءً على ما عرفت من التسالم المذكور فيما لو أقرّ ذو اليد بكون ما فى يده ملكاً لغيره المدعى.

الصورة الثالثة: ما لو صدق أحدهما لا بعينه، و نفى فى المتن البعد عن الرجوع إلى القرعة، و أن من خرجت له القرعة حلف.

أقول: أمّا الرجوع إلى القرعة؛ فلأنّها لكلّ أمر مشكل بالإضافة إلى حقوق الناس، كما حَقَّقناه في بحث القرعة «١»، و هنا لا طريق لتشخيص الأحد المقرّر له غير القرعة. و أمّا لزوم الحلف بالإضافة إلى من خرجت له القرعة؛ فلأنّ من خرجت له القرعة يصير مقرّاً له متعيّناً، وقد عرفت أنّ المقرّر له في هذه الصورة يصير منكراً حسب تسالم الأصحاب، والمنكر عليه اليمين. و في الحقيقة القرعة طريق للوصول إلى تشخيص المنكر لا المالك الواقعي، فاللزام الحلف على من خرجت له القرعة.

الصورة الرابعة: ما لو كذّب من تكون العين بيده كلا المتنازعين و قال: هي لي، و في هذه الصورة يكون ذو اليد بنفسه منكراً و كلا المتنازعين مدّعين، و لكلّ منهما عليه الحلف بمقتضى قاعدة المدّعي و المنكر التي عرفت «٢».

الفرض الرابع: ما لو لم تكن العين المتنازع فيها في يد المتنازعين و لا في يد غيرهما، كما إذا كانت العين في بَرٍّ مثلاً، و لم تكن هناك بينة لأحدهما و لا لغيرهما. استقرب في المتن الاقتراع بينهما أي من دون لزوم الحلف، و الوجه في الاقتراع ما عرفت من أنّه لا طريق لتشخيص المالك غير القرعة، و لا يكون في دليلها إشعار.

(١) القواعد الفقهية: ١ / ٤٣٥ - ٤٥٨.

(٢) في ص ٣١١ - ٣١٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٢٠

.....

إلى الحلف أصلاً نعم، ربّما يقال بأنّ الرجوع إلى القرعة إنّما هو فيما إذا امتنعا جميعاً عن الحلف، و إلّا فاللزام أوّلاً هو الحلف خصوصاً مع ملاحظة موثقة سليمان بن خالد، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: في كتاب عليّ (عليه السلام): إنّ نبياً من الأنبياء شكّا إلى ربّه فقال: يا ربّ كيف أفضى فيما لم أر و لم أشهد؟ قال: فأوحى الله إليه: احكم بينهم بكتابي و أضفهم إلى اسمي، فحلّفهم به. و قال: هذا لمن لم تقم له بينة «١».

و لكن الظاهر عدم كون الرواية ناظرة إلى عدم إمكان تحقّق القضاء بغير البينة و اليمين، خصوصاً مع احتمال كون الاقتراع مذكوراً في كتابه تعالى في ذلك الزمان، فتأمّل.

و أمّا احتمال التنصيف نظراً إلى ما ورد في درهم الودعي «٢»، فردّ عليه أنّه لا دليل على إلغاء الخصوصية عن مورد الوديعه، فالأقرب كما في المتن هو الاقتراع.

(١) الكافي: ٧ / ٤١٥ ح ٤، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٢٨ ح ٥٥٠، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٢٩، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١ ح ١.

(٢) تقدم في ص ١٠٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٢١

[مسألة ٥: إذا ادّعى شخص عيناً في يد آخر، و أقام بينة و انتزعها منه بحكم الحاكم]

مسألة ٥: إذا ادّعى شخص عيناً في يد آخر، و أقام بينة و انتزعها منه بحكم الحاكم، ثمّ أقام المدّعي عليه بينة على أنّها له، فإن ادّعى أنّها فعلاً له و أقام البينة عليه تنتزع العين و تردّ إلى المدّعي الثاني، و إن ادّعى أنّها له حين الدعوى و أقام البينة على ذلك، فهل ينتقض الحكم و تردّ العين إليه أو لا؟ قولان، و لا يبعد عدم النقض (١).

(١) أما انتزاع العين من زيد و الردّ إلى المدعى الثاني و هو عمرو؛ فلأجل أنّ الدعوى الثانية دعوى آخر، و لا تعارض بين البيّنتين في هذه الصورة بعد ادعاء المدعى الثاني ثبوت الملكية له بالفعل؛ لإمكان انتقالها إليه بعد ما لم تكن ملكاً له، كما هو غير خفى. و أمّا الاختلاف في الفرض الثاني؛ فلتعارض البيّتين و عدم إمكان اجتماعهما، و اللازم تقديم إحداهما على الأخرى، فعن الشيخ الطوسي (قدس سرّه): أنّه ينقض الحكم الأول «١»؛ نظراً إلى أنّ المدعى الثاني تعارض بيّنته مع بيّنة أخرى، و حيث أنّه تكون بيّنته بيّنة الداخل، تكون متقدّمة على بيّنة الخارج و هي بيّنة زيد؛ لأنّ المفروض أنّ المال كان في يد عمرو. و عن المحقّق في الشرائع «٢» بعد النقل عن الشيخ الانتقاض، بناءً على القضاء لصاحب اليد، أنّ الأولى أنّه لا ينقض أى الحكم الأول، و تبقى العين في يد زيد الذي انتزعتها من يد عمرو بحكم الحاكم، و الوجه في عدم النقص إمّا تقديم بيّنة الخارج

(١) المبسوط: ٨ / ٣٠١ - ٣٠٢.

(٢) شرائع الإسلام: ١١٦ / ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٢٢

.....

و إمّا ما أفاده صاحب الجواهر (قدس سرّه) «١» من أنّ بناء الحكم على الدوام للأصل المؤيد بالحكمة و ظاهر الأدلّة، و إمّا أنّه لو سمعت بيّنته يلزم إمكان الحيلة بعدم إقامة البيّنة إلى ما بعد الحكم حتى يصير خارجاً، و تقدّم بيّنته بناءً على تقديم بيّنة الخارج، و إمّا أنّ بيّنة عمرو و بيّنة الداخل؛ لأنّه يدعى أنّ الانتزاع منه كان ظلماً فكانت العين بعد في يده، فتقديم بيّنته إنّما هي لأجل كونها بيّنة الداخل.

و في محكّي المسالك «٢» بناء المسألة على تقديم الداخل أو الخارج، و أنّ المدار في الدخول و الخروج على حال الملك أو حال التعارض، و اختار نفسه النقص بناءً منه على تقديم بيّنة الخارج، و أنّ المدار على حال التعارض و كون عمرو خارجاً حاله؛ لأنّ المفروض أنّ العين في يد زيد.

و استقرّب السيّد في الملحقات بناء المسألة على تقديم بيّنة الداخل أو الخارج، و أنّ المدار في الدخول و الخروج على حال الملك لا حال المعارضه، قال: و هي و إن كانت حادثه متأخّرة عن بيّنة المدعى إلّا أنّها متعلّقة بالسابق، و في السابق كان المدعى خارجاً؛ لكون العين في يد المدعى عليه «٣».

و التحقيق: أنّ يقال: إنّ لا مجال للإشكال في حجّية بيّنة زيد في الدعوى الأولى، التي يكون هو مدّعياً فيها؛ لأنّ البيّنة على المدعى و اليمين على من أنكر، فإنّ الاستفادة منه تقديم بيّنة المدعى على يمين المنكر فضلاً عمّا إذا لم يحلف أصلاً، و بسبب حكم الحاكم فصلت الخصومة و ارتفع النزاع، و لا تكون حجّية بيّنة المدعى مشروطة بما إذا لم يأت المدعى عليه بيّنة و لو في الأزمنة اللاحقة، و إلّا لا يجوز

(١) جواهر الكلام: ٤٠ / ٤٨٠.

(٢) مسالك الأفهام: ١١٩ - ١٢١.

(٣) ملحقات العروة الوثقى: ٣ / ١٢٨ مسألة ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٢٣

.....

للحاكم الحكم؛ لعدم إحراز الشرط، نعم فيما إذا أقام المدعى عليه بينة في مقابل المدعى في نفس الدعوى الاولى، وقع الكلام في تقديم بينة الداخل أو الخارج، ومقتضى ما ذكرنا هو تقديم بينة المدعى، وسيجيء «١» هذا البحث.

لكن المقام لا يكون من مصاديق ذلك البحث، ومع تمامية الحكم وانتزاع الحاكم العين من المدعى عليه إلى المدعى لا يبقى مجال للعود إلى الدعوى الاولى، ولا يكون المقام مثل ما إذا ادعى المدعى عليه بعد الحكم عليه فسق الشهود، أو مثل حجته الغائب بعد الحكم عليه حيث إنه على حجته كما تقدم «٢»، ضرورة أنه ادعى في الصورة الأولى بطلان الحكم نظراً إلى ادعائه فسق الشهود، وفي الصورة الثانية وهي الحكم على الغائب كان الحكم مترلزاً من أول الأمر لعدم حضور الغائب.

و أما في المقام فالحكم الأول تام لا إشكال فيه أصلاً، وقد عرفت أن حجته بينة زيد لا تكون مشروطة بعدم وجود البينة على خلافها و لو للتالي، فالأقوى ما أفاده في المتن من نفي البعد عن عدم النقص.

(١) في ص ٣٣٨-٣٦١.

(٢) في ص ١٠٤-١٠٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٢٤

[مسألة ٦: لو تنازع الزوجان في متاع البيت]

مسألة ٦: لو تنازع الزوجان في متاع البيت سواء حال زوجيتهما أو بعدها ففيه أقوال؛ أرجحها أن ما يكون من المتاع للرجال فهو للرجل كالسيف والسلاح وألبسة الرجال، وما يكون للنساء فللمرأة كألبسة النساء ومكينه الخياطة التي تستعملها النساء ونحو ذلك، وما يكون للرجال والنساء فهو بينهما. فإن ادعى الرجل ما يكون للنساء كانت المرأة مدعى عليها، وعليها الحلف لو لم يكن للرجل بينة. وإن ادعت المرأة ما للرجال فهي مدعية، عليها البينة وعلى الرجل الحلف، وما بينهما فمع عدم البينة وحلفهما يقسم بينهما. هذا إذا لم يتبين كون الأمتعة تحت يد أحدهما، وإلا فلو فرض أن المتاع الخاص بالنساء كان في صندوق الرجل وتحت يده أو العكس يحكم بملكية ذي اليد، وعلى غيره البينة، ولا- يعتبر في ما للرجال أو ما للنساء العلم بأن كلياً منهما استعمل ماله أو انتفع به، ولا إحراز أن يكون لكل منهما يد مختصة بالنسبة إلى مختصات الطائفتين. وهل يجري الحكم بالنسبة إلى شريكين في دار أحدهما من أهل العلم والفقه، والثاني من أهل التجارة والكسب، فيحكم بأن ما للعلماء للعالم وما للتجار للتاجر، فيستكشف المدعى من المدعى عليه وجهان، لا يبعد الإلحاق (١).

(١) في هذه المسألة مقامان:

المقام الأول: في تنازع الزوجين في متاع البيت من دون فرق بين بقاء الزوجية حال المنازعة أو عدمها وارتفاعها حالها، فنقول: إن في المسألة أقوالاً مختلفة:

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٢٥

.....

الأول: ما جعله في المتن أرجحها، ولعله المشهور «١»، بل عن بعض الكتب الإجماع عليه «٢»، و حكاها في الشرائع عن خلاف الشيخ

«٣»، وقال صاحب الجواهر (قدس سرّه): وقد سبقه إلى ذلك الإسكافي «٤»، ولحقه ابنا حمزة «٥» و إدريس «٦» و جمع كثير «٧»
«٨»، غاية الأمر التخصيص في كلام بعضهم بحال الطلاق «٩»، ويدل عليه روايات متعددة:
منها: صحيحة رفاعه النخاس، عن الصادق (عليه السلام) قال: إذا طلق الرجل امرأته و في بيتها متاع، فلها ما يكون للنساء، و ما يكون للرجال و النساء قسّم بينهما، قال: و إذا طلق الرجل المرأة فادّعت أنّ المتاع لها، و ادّعى الرجل أنّ المتاع له، كان له ما للرجال و لها ما يكون للنساء، و ما يكون للرجال و النساء قسّم بينهما «١٠».
و الرواية و إن كانت واردة في مورد الطلاق، إلّا أنّ المقصود منه مطلق المفارقة

(١) غاية المراد: ٨٢ / ٤.

(٢) كالشيخ في الخلاف و ابن إدريس في السرائر.

(٣) الخلاف: ١ / ٣٥٢ - ٣٥٤ مسألة ٢٧.

(٤) حكى عنه الشهيد الأول في غاية المراد: ٨٢ / ٤، و ابن فهد الحلّي في المقتصر: ٣٨٢ - ٣٨٣، و الشهيد الثاني في المسالك: ١٤ / ١٣٦.

(٥) الوسيلة: ٢٢٧.

(٦) السرائر: ٢ / ١٩٢ ١٩٤.

(٧) شرائع الإسلام: ٤ / ١١٩، المختصر النافع: ٤١١، تحرير الأحكام: ٢ / ٢٠٧ - ٢٠٨، الرقم ٦٥٦٨، إصباح الشيعة: ٥٣٥، الدروس: ٢ / ١١٠ ١١١، رياض المسائل: ١٣ / ١٩٥.

(٨) جواهر الكلام: ٤٠ / ٤٩٤.

(٩) المهذب: ٥٧٩.

(١٠) تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٩٤ ح ٨١٨، الاستبصار: ٣ / ٤٦ ح ١٥٣، الفقيه: ٣ / ٦٥ ح ٢١٥، و عنها وسائل الشيعة:

٢٦ / ٢١٦، كتاب الفرائض و المواريث، أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ح ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٢٦

.....

و لو بالموت، بل الظاهر عدم اختصاص الحكم بصورة المفارقة، بل المراد ذلك و إن كانت الزوجية باقية بعد، كما أنّ عدم التعرّض في صدر الرواية لحكم ما يكون من متاع الرجال فقط لا يقدح بعد ظهور الرواية في ذلك، خصوصاً بعد التعرّض في الذيل له، كما هو واضح.

و منها: موثقة يونس بن يعقوب، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في امرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة، قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأة، و ما كان من متاع الرجال و النساء فهو بينهما، و من استولى على شيء منه فهو له «١».

و عدم التعرّض أيضاً لحكم ما يكون من متاع الرجال فقط لا يقدح بعد وضوح استفادة حكمه من الرواية، خصوصاً بملاحظة قوله (عليه السلام) في الذيل: «و من استولى على شيء منه فهو له» الذي هو بمنزلة التعليل للحكم المذكور فيها، و مرجعه إلى أنّ ذا اليد في الأمتعة المختصة من الرجل أو المرأة واضح، فيختصّ به، و في الأمتعة المشتركة هو لكلاهما.

هذا، و يحتمل قوياً أن يكون الضمير في قوله (عليه السلام): «منه» في التعليل راجعاً إلى متاع الرجال و النساء، لا أن يكون المراد إفادة ضابطة كلية بالإضافة إلى مطلق الاستيلاء، و المراد منه حينئذٍ أنّ ما يكون تحت استيلاء خاصّ منهما فهو للمتولى، فيرجع إلى

الاستدراك الذي أفاده في المتن من أنه إذا كان المتاع في مثل الصندوق الخاص بأحدهما يكون صاحب الصندوق ذا اليد، وإن لم يكن المتاع من مختصاته.

و منها: مضمرة زرع، عن سماعه قال: سألته عن رجل يموت ما له من متاع

(١) تقدمت في ص ٢٨٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٢٧

.....

البيت؟ قال: السيف والسلاح والرحل و ثياب جلده «١».

قال في الجواهر: وقصور الدلالة عن إفادة تمام المدعى صريحاً كما ذكره جماعة غير ضائر بعد اعترافهم بالظهور «٢».

الثاني: ما أفتى به الشيخ أيضاً في المحكى عن استبصاره «٣»، وهو أن متاع البيت للمرأة؛ نظراً إلى أنها تأتي بالمتاع من أهلها، ويدل عليه رواية عبد الرحمن بن الحجاج المروية بعدة طرق فيها الصحيح والموثق، وهي أنه قال: سألتني أبو عبد الله (عليه السلام) هل يقضى ابن أبي ليلى بالقضاء ثم يرجع عنه؟ فقلت له: بلغني أنه قضى في متاع الرجل والمرأة إذا مات أحدهما فادعاه ورثة الحي و ورثة الميت، أو طلقها فادعاه الرجل و ادعته المرأة بأربع قضايا، فقال: وما ذاك؟ قلت: أما أولهنّ: فقضى فيه بقول إبراهيم النخعي، كان يجعل متاع المرأة الذي لا يصلح للرجل للمرأة، و متاع الرجل الذي لا يكون للمرأة للرجل، و ما كان للرجال و النساء بينهما نصفان، ثم بلغني أنه قال: إنهما مدعيان جميعاً، فالذي بأيديهما جميعاً [يدعيان جميعاً «٤»] بينهما نصفان.

ثم قال: الرجل صاحب البيت والمرأة الداخلة عليه و هي المدعية، فالمتاع كله للرجل إلا متاع النساء الذي لا يكون للرجال فهو للمرأة، ثم قضى بقضاء بعد

(١) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٩٨ ح ٨٣٢، و عنه وسائل الشيعة: ٢٦/ ٢١٥، كتاب الفرائض و المواريث، أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ح ٢.

(٢) جواهر الكلام: ٤٠/ ٤٩٥.

(٣). الاستبصار: ٣/ ٤٤-٤٧، و الحاكي هو الشهيد في المسالك: ١٤/ ١٣٧ و غيره.

(٤) من الوسائل، و في تهذيب الأحكام ج ٩: مما يدعيان جميعاً، و في الاستبصار: مما يتركان.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٢٨

.....

ذلك لو لا أنني شهدته لم أروه عنه «١»: ماتت امرأة منا و لها زوج و تركت متاعاً، فرفعته إليه، فقال: اكتبوا المتاع، فلما قرأه قال للزوج: هذا يكون للرجال و المرأة فقد جعلناه للمرأة إلماً الميزان، فإنه من متاع الرجل فهو لك، فقال (عليه السلام) لى: فعلى أى شىء هو اليوم؟ فقلت: رجع إلى أن قال بقول إبراهيم النخعي: أن جعل البيت للرجل.

ثم سألته (عليه السلام) عن ذلك فقلت: ما تقول أنت فيه؟ فقال: القول الذي أخبرتنى: أنك شهدته و إن كان قد رجع عنه، فقلت: يكون المتاع للمرأة؟ فقال: أ رأيت إن أقامت بينة إلى كم كانت تحتاج؟ فقلت: شاهدين، فقال: لو سألت من بين لابتيها يعنى الجبلين و نحن يومئذ بمكة لأخبروك أن الجهاز و المتاع يهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت زوجها، فهي التي جاءت به و هذا المدعى، فإن زعم أنه أحدث فيه شيئاً فليأت عليه البينة «٢».

ثم الظاهر عدم تعدد رواية عبد الرحمن بن الحجاج، وإن كانت الطرق متعددة و العبارات مختلفة، خلافاً لما يظهر من صاحب الجواهر (قدس سره) من التعدد «٣»، كما لا يخفى، و خلافاً لما صرح به السيد في الملحقات من أن له صحاحاً ثلاثة، و أن استثناء الميزان إنما وقع في بعضها، و المراد منه مطلق مختصات الرجل خصوصاً مع ملاحظة التعليل «٤»، كما لا يخفى. و قد وقع في رواية الصدوق التي رواها في الوسائل في هذا الباب قوله:

(١) في الكافي: لم أرده عليه.

(٢) تقدمت في ص ٢٨٤ - ٢٨٥.

(٣) جواهر الكلام: ٤٠ / ٤٩٥ - ٤٩٦.

(٤) ملحقات العروة الوثقى: ٣ / ١٤١ - ١٤٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٢٩

.....

و قد روى أن المرأة أحق بالمتاع؛ لأن من بين لابتها يعلم أن المرأة تنقل من بيتها المتاع «١». و الظاهر أن مراده هي هذه الرواية، و لكن الصدوق حملها على متاع النساء و ما يصلح للرجال و النساء.

و مما ذكرنا ظهر أن هذه الرواية لا تنطبق على المدعى مع الاشتمال على الميزان، الذي أريد به مختصات الرجال مطلقاً، فتدبر جيداً. الثالث: ما أفتى به الشيخ في محكي المبسوط «٢»، و تبعه العلامة في محكي القواعد «٣» و ولده في شرحها «٤»، من أنه إن لم تكن هناك بينة فيد كل واحد منهما على نصفه، و يحلف كل واحد منهما لصاحبه كغير المتاع مما يتدعى فيه اثنان مثلاً و كان في أيديهما، سواء كان مما يختص بالرجال كالعمائم و الطيالس و الدرع و السلاح، أو يختص بالنساء كالحلي و المقانع، أو ما يصلح لهما كالفرش و الأواني، و سواء كان الدار لهما أو لأحدهما أو لغيرهما، و سواء كانت الزوجية باقية أو زائلة، و سواء كانت يدهما عليه من حيث المشاهدة كعمامة أو خلخال، أو من حيث الحكم و هو الكون في بيت يسكنانه، و سواء جرت العادة بجهاز مثلها بقدره أم لا،

(١) الفقيه: ٣ / ٦٥ ح ٢١٦ و فيه: تنقل إلى بيت زوجها، و عنه وسائل الشريعة: ٢٦ / ٢١٦، كتاب الفرائض و الموارد، أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ح ٥.

(٢) المبسوط: ٨ / ٣١٠.

(٣) قواعد الأحكام: ٣ / ٤٧٠.

(٤) إيضاح الفوائد: ٤ / ٣٨٠ - ٣٨١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٣٠

.....

كل ذلك للعمومات الدالمة على أن البينة لمن ادعى و اليمين لمن ادعى عليه «١»، من دون فرق في ذلك بين ما إذا كان المتنازعان الزوجين أو الوارثين أو أحدهما مع الآخر، و في الحقيقة لا تكون خصوصية للمقام، بل يجري حكم غيره مما إذا وقع النزاع بالإضافة إلى ما في أيديهما معاً.

و الظاهر أنه لا مجال لهذا القول المبني على القاعدة العامة، و هي: ثبوت البينة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه؛ لوجود

روايات خاصة في المسألة، وإن كانت متعارضة ولا بد من علاجها، كما سيجيء إن شاء الله تعالى.

الرابع: ما جعله الشهيد في المسالك قولاً رابعاً واختاره «٢» ناسباً له إلى المختلف وإلى الشهيد في الشرح «٣» وجماعة من المتأخرين «٤»، قال «٥»: والمعتمد أن نقول: إنه إن كان هناك قضاء عرفي يرجع إليه وحكم به بعد اليمين، وإلا كان الحكم فيه كما في غيره من الدعاوى. لنا: إن عادة الشرع في باب الدعاوى بعد الاعتبار والنظر راجعه إلى ما ذكرناه، ولهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناءً على الأصل، وبأنّ المتشبهت أولى من الخارج؛ لقضاء العادة بملكيته ما في يد الإنسان غالباً، فحكم بإيجاب البيّنة على من يدعى خلاف الظاهر والرجوع إلى من يدعى الظاهر، وأما مع انتفاء العرف؛ فلتصادم الدعويين مع عدم الترجيح لأحدهما فتساويا

(١) تقدّمت في ص ١٣٦ وغيرها.

(٢) مسالك الأفهام: ١٤ / ١٣٨.

(٣) غاية المراد: ٨٤ / ٤.

(٤) كابن فهد في المهذب البارع: ٤ / ٤٩١ والصيمري في غاية المرام: ٤ / ٢٦٨.

(٥) أي العلامة في مختلف الشيعة: ٨ / ٤٠٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٣١

.....

فيها. انتهى موضع الحاجة.

□
و الظاهر أيضاً أنه لا مجال لهذا القول مع وجود روايات صحيحة في المسألة وإن كانت في بادئ النظر متعارضة، ويجيء إن شاء الله تعالى علاجها.

و التحقيق أن يقال: إنه لا محيص عن الالتزام بما عليه المشهور من جعل المتاع المختصّ بأحدهما له، وجعل المتاع المشترك بينهما لهما بنحو المناصفة مع الحلف أو بدونه كما إذا نكلا جميعاً؛ وذلك لوجود روايات صحيحة في المسألة وإن كانت متعارضة؛ لدلالة صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج على أنّ المتاع المشترك للمرأة؛ لأنّ الجهاز والمتاع يهدى علانية من بيت المرأة إلى زوجها، وهذا المعنى فوق البيّنة التي قوامها بشاهدين عادلين، وإن كان ربّما يستفاد من بعض طرق نقلها المشتمل على استثناء الميزان معللاً بأنه من متاع الرجال عدم اختصاص الحكم بالميزان، بل يجري في سائر مختصات الرجال كالعمامة والسيف، كما أنّه ربّما يمكن أن يقال: بأنّ في مختصات النساء يكون الحكم غير ما هو المذكور في الرواية، لإشعار التعليل بذلك و دلالة روايات متعدّدة فيها الصحيحة و الموثقة على ما عرفت، على أنّ المتاع المشترك بينهما نصفان، وقد حقّقنا في محله «١» أنّ أوّل المرجّحات على ما يستفاد من مقبولة ابن حنظلة المعروفة هي الشهرة في الفتوى، فلا بدّ من الأخذ بهذه الروايات الأخيرة؛ لموافقته لفتوى المشهور.

نعم فيما إذا كانت هناك يد اختصاصية زائدة على اليد المشتركة البيّنة يكون المتاع لصاحب اليد؛ نظراً إلى تقدّمها على تلك اليد، مضافاً إلى دلالة قوله (عليه السلام): «و من

(١) سيري كامل در اصول فقه: ١٦ / ٥٣٢ - ٥٥٥، و تقدّم في ص ٢٥٢ هنا.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٣٢

.....

استولى على شيء منه فهو له» (١) بناءً على الاحتمال الذي قوّيناه «٢» في معنى هذه الجملة من أن الضمير يرجع إلى المتاع المشترك. والمراد أن من استولى من الزوجين على المتاع المشترك باستيلاء خاصّ زائد على اليد البيئية المشتركة فهو له. ثم إنه لا- يبعد أن يقال: بأنه وإن لم يقع التعرض في الروايات للزوم الحلف بالإضافة إلى من يقدم قوله من الزوجين، أو إليهما في صورة التساوي والحكم بثبوت التنصيف، إلا أن الظاهر عدم كونها متعرضة لهذه الجهة، بل الظاهر التعرض للمدعى والمنكر الذي من بين افتقار المدعى إلى البيئته والمنكر إلى اليمين، نعم في صورة التساوي ونكولهما جميعاً عن الحلف لا محيص عن الحكم بالتنصيف، كما لا يخفى.

و يحتمل أن يكون المتن ناظرًا إلى ذلك، حيث يقول: فمع عدم البيئته وحلفهما يقسم بينهما، بأن يكون الحلف عطفًا على البيئته المعدومة لا للعدم.

ثم إن ما أفاده تبعاً للمشهور من اختصاص كل من الزوجين بما يختص به كالعمامة والطيلسة للرجال، والمقانع والحلى للنساء، لا يتوقف على أن يكون لكل منهما يد مختصة زائدة على اليد البيئية المشتركة، ولا اليد الاستعمالية الانتفاعية زائدة على ما ذكر، بل يكفي في ذلك اليد المشتركة لدلالة الروايات عليه، فمجرد ذلك مع الاختصاص في نفسه يكفي في ذلك، كما أفاده في المتن. المقام الثاني: في جريان حكم الزوجين في غيرهما من الشخصين الشريكين في

(١) تقدّم في ص ٢٨٢.

(٢) في ص ٢٨٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٣٣

.....

دارٍ مثلاً، كما مثّل به الماتن (قدّس سرّه)، أو الطالبين الشريكين في حجرة مثلاً وغيرهما من الموارد الكثيرة، وقد نفى البعد في المتن عن الإلحاق بعد أن ذكر أنّ فيه وجهين. والوجهان هما عبارة عن عدم الإلحاق؛ لأن الروايات واردة في مورد الزوجين، ولا دليل على إلحاق غيرهما بهما، والإلحاق إنّما هو لدلالته على اعتبار اليد المشتركة المقتضية للتساوي، واليد الاختصاصية الموجبة للاختصاص، من دون أن يكون هناك إشعار بالاختصاص بالزوجين، وهذا من دون فرق بين أن يكون لغير الزوجين قرابة كالأخ أو الأب، أو لا يكون كذلك كما في مثال الطالبين الذي ذكرناه، فإنّه إذا وقع التنازع بينهما في أمتعة الحجرة المشتركة من الثياب وغيرها، وكان أحدهما سيّداً مثلاً والآخر غير سيّد، تكون العمامة السوداء للسيّد والعمامة البيضاء لغير السيّد، واللباس الذي يصلح لأحدهما فقط للصالح وهكذا، والظاهر أنّ المتفاهم العرفي من الروايات ذلك، إذ لا يرى للزوجين خصوصية من هذه الجهة، فتدبر جيّداً. تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٣٤

[مسألة ٧: لو تعارضت اليد الحالية مع اليد السابقة أو الملكية السابقة تُقدّم اليد الحالية]

مسألة ٧: لو تعارضت اليد الحالية مع اليد السابقة أو الملكية السابقة تُقدّم اليد الحالية. فلو كان شيء في يد زيد فعلاً، وكان هذا الشيء تحت يد عمرو سابقاً، أو كان ملكاً له يحكم بأنه لزيد، وعلى عمرو إقامة البيئته، ومع عدمها فله الحلف على زيد، نعم لو أقرّ زيد بأن ما في يده كان لعمرو وانتقل إليه بناقل، انقلبت الدعوى وصار زيد مدعياً، والقول قول عمرو بيمينه، وكذا لو أقرّ بأنه كان لعمرو أو في يده وسكت عن الانتقال إليه، فإنّ لازم ذلك دعوى الانتقال، وفي مثله يشكل جعله منكرًا لأجل يده، وأمّا لو قامت البيئته على أنّه كان لعمرو سابقاً أو علم الحاكم بذلك فاليد محكّمة، ويكون ذو اليد منكرًا والقول قوله، نعم لو قامت البيئته بأن يد زيد على هذا

الشيء كان غضباً من عمرو أو عارية أو أمانة أو نحوها، فالظاهر سقوط يده، والقول قول ذى البيئته (١).

(١) في هذه المسألة فروض:

الفرض الأول: ما لو كان الشيء بالفعل تحت يد زيد مثلاً، وكان هذا الشيء سابقاً تحت يد عمرو أو ملكاً له من دون أن يكون هناك شيء زائد على ذلك، وفي هذا الفرض تقدم اليد الفعلية التي هي أمانة على الملكية الفعلية؛ لأنه لا منافاة بينها وبين اليد السابقة التي هي أمانة على الملكية السابقة وكذا بين الملكية السابقة، فالعلة في التقدم هي عدم المنافاة وإمكان الجمع بين الأمانتين، وكذا بين الأمانة اللاحقة والملكية السابقة، وعليه فالمنكر هو ذو اليد الفعلية، ويتوجه عليه اليمين مع عدم البيئته للآخر، هذا ما عليه الأكثر (١).

(١) الخلاف: ٣٤٢ / ٦ مسألة ١٥، مستند الشيعة: ١٧ / ٤٣١، ملحقات العروة: ٣ / ١٤٥ مسألة ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٣٥

.....

وعن المحقق في الشرائع اختيار تقدم اليد أو الملكية السابقتين (١) وعن الإرشاد الميل إليه (٢)، وعن التحرير احتمال التساوي (٣)، وعن الدروس الاقتصار على نقل القولين (٤).

وما يمكن أن يقال: من أنه إذا ثبتت الملكية السابق للسابق ولو بسبب اليد، فلا بد لذي اليد الحالية من إثبات الانتقال إليه والأصل عدمه، مدفوع بأن اليد الفعلية أمانة على الملكية الفعلية، والأمانة لا يعارضها الأصل بوجه، مع أن العلم حاصل بأن أكثر ما في أيدي الناس يكون مسبقاً بيد الغير أو ملكيته، ولا مدخلة للعلم التفصيلي بصاحب اليد السابقة، بل يحرز ذلك مع العلم الإجمالي أيضاً كما لا يخفى، فالأقوى ما عليه المتن تبعاً للأكثر، وخلافاً للمحقق ومن عرفت.

الفرض الثاني: هو الفرض الأول بضميمة إقرار صاحب اليد الفعلية بأن ما في يده كان لعمرو، وانتقل إليه بناقل شرعي اختياري أو قهري كالإرث مثلاً، وفي هذه الصورة تنقلب الدعوى، ويصير زيد مدعياً وعمرو منكرًا، ويكون القول قول عمرو مع عدم ثبوت البيئته لزيد.

و الوجه فيه أن مرجع النزاع إلى ثبوت الناقل وعدمه، بعد الاتفاق على ثبوت اليد السابقة أو الملكية السابقة، وعليه فذو اليد يكون مدعياً للنقل الشرعي، وغيره يكون منكرًا يقدم قوله مع عدم إقامة البيئته. وعن الكفاية أنه قال: وفي

(١) شرائع الإسلام: ١١٢-١١٣.

(٢) إرشاد الأذهان: ٢ / ١٥٠.

(٣) تحرير الاحكام: ٥ / ١٨٨، الرقم ٦٥٤٤.

(٤) الدروس الشرعية: ٢ / ١٠٢ ١٠١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٣٦

.....

كلامهم القطع بأن صاحب اليد لو أقر أمس بأن الملك له أي للمدعى، أو شهدت البيئته بإقراره له أمس، أو أقر بأن هذا له أمس قضى به له، قال: وفي إطلاق الحكم بذلك إشكال (١).

و من الواضح أنّ هذا الفرض أولى لادّعائه صريحاً الانتقال الذي يكون مقتضى الأصل عدمه، فمدعى الانتقال هو المدعى و عليه إقامة البينة على الانتقال، و مع عدمها يكون القول قول الآخر مع يمينه.

الفرض الثالث: هو الفرض الثاني مع مجرّد الإقرار بأنّه كان في يد عمرو أو ملكاً له سابقاً مع السكوت عن الانتقال إليه، و في المتن مساواة حكمه مع الفرض الثاني أولاً؛ نظراً إلى أنّ لازم الإقرار الكذائي دعوى الانتقال؛ لعدم انفكاكه عنه، و الإشكال في جعله منكرّاً لأجل يده مع حكمه بالانقلاب في الفرض الثاني بصورة الجزم، و لعلّ الوجه فيه عدم الادّعاء صريحاً الانتقال الذي هو خلاف الأصل و يوجب مدّعيه مدّعياً، بل ادّعى الملكية الفعلية غير المنافية للإقرار باليد السابقة أو الملكية كذلك.

و من الواضح شمول عبارة الكفاية المتقدّمة لهذا الفرض، و إن استشكل في إطلاقه. و كيف كان فجعله منكرّاً لأجل اليد الفعلية الكاشفة عن الملكية الفعلية مع وجود الإقرار بسابقه مشكل، كما في المتن، من جهة وجود الدلالة الالتزامية، و من جهة أنّ المناط مصبّ الدعوى.

الفرض الرابع: ما لو قامت البينة على أنّه كان لعمرو سابقاً أو علم الحاكم بذلك، و قد أفاد في المتن أنّ ذا اليد يده محكّمه، و يكون القول قوله لعدم المنافاة؛ لأنّ

(١) كفاية الفقه المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٢ / ٧٣٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٣٧

.....

هذا الفرض شبيه الفرض الأوّل، بل المفروض في كلام المحقق إقامة البينة على أنّه كان في يد زيد سابقاً «١».

و من الواضح أنّه لا فرق بين الأمرين، كما أنّه لا فرق بين صورة قيام البينة و بين صورة علم الحاكم بذلك، كما لا يخفى. و ليعلم أنّ هذا الفرض لا يكون فرضاً مستقلاً في مقابل الفرض الأوّل، بل هو جزء منه، فإنّ الملكية السابقة المفروضة في الفرض الأوّل لا بدّ و أن تكون محرزة، و الإحراز قد يكون بقيام البينة، و قد تكون بسبب علم الحاكم بناءً على جواز قضائه بعلمه كما قدّمناه سابقاً «٢»، فهذا الفرض بعض منه، لا أنّه مغاير له كما يفيد ظاهر العبارة.

الفرض الخامس: قيام البينة على أنّ يد زيد غصبيه أو عاريه أو أمانة أو نحوها من الأيدي غير الملكية، و لا ينبغي الإشكال في تقدّم البينة على اليد؛ لأنّهما و إن كانتا أمارتين إلّا أنّ البينة مقدّمة على اليد، كما يظهر من قول النبي (صلى الله عليه و آله): البينة على من ادّعى و اليمين على من أنكر «٣». مضافاً إلى أنّ حجّية اليد منحصرة بما إذا لم تكن في مقابلها بينة، و إلّا لا يجوز الأخذ من السارق و الغاصب في صورة عدم العلم، بل قيام البينة كما لا يخفى.

(١) شرائع الإسلام: ١١٢ / ٤ - ١١٣.

(٢) في ص ٦٥.

(٣) تقدم في ص ١٢٩ و ٢٨٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٣٨

[مسألة ٨: لو تعارضت البيّنات في شيء]

مسألة ٨: لو تعارضت البيّنات في شيء، فإن كان في يد أحد الطرفين، فمقتضى القاعدة تقديم بيّنته الخارج و رفض بيّنته الداخل، و إن

كانت أكثر أو أعدل و أرجح، و إن كان في يدهما فيحكم بالتنصيف بمقتضى بيئته الخارج و عدم اعتبار الداخل، و إن كان في يد ثالث أو لا يد لأحد عليه، فالظاهر سقوط البيئتين و الرجوع إلى الحلف أو إلى التنصيف أو القرعة، لكن المسألة بشقوقها في غاية الإشكال من حيث الأخبار و الأقوال، و ترجيح أحد الأقوال مشكل، و إن لا يبعد في الصورة الأولى ما ذكرناه (١).

(١) هذه المسألة من عويصات المسائل الفقهية و غوامضها، و قد اضطرت فيها الأقوال و اختلفت الروايات، بل قال السيد (قدس سره) في الملحقات: قد يختلف فتوى واحد منهم، فيفتى في مقام و يفتى بخلافه في مقام آخر، و ربّما يدعى الإجماع في مورد و يدعى على خلافه الإجماع في مورد آخر، و قد يحكم بضعف خبر و يعمل به في مورد آخر، و قد يحملون الخبر على محمل بلا شاهد و يفتون به، و يفرقون بين الصور بقيود لا تستفاد من الأخبار من ذكر الشاهد السبب و عدمه، أو كون الشيء ممّا يتكرّر كالبيع و الشراء و الصياغة و نحوها، أو ممّا لا يتكرّر كالتاج و النساجة و الخياطة و نحوها، و ليس الغرض الإضرار عليهم، بل بيان الحال مقدّمة لتوضيح الحقّ من الأقوال، فإنّ المسألة في غاية الإشكال و ليست محرّرة «١»، و اللازم الدقّة و إمعان النظر فيها إن شاء الله تعالى. فنقول: قد فرض في المتن لها صوراً ثلاثة؛ لأنّ الشيء مورد التنازع تارة يكون في يد أحد الطرفين، و أخرى يكون في يدهما، و ثالثة يكون في يد ثالث، أو لا يد

(١) ملحقات العروة الوثقى: ١٤٨/٣ مسألة ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٣٩

.....

لأحد عليه. و قبل الخوض في المقصود لا بدّ من تقديم أمرين:

أحدهما: أنّ معنى تعارض البيئتين ثبوت التضادّ بين مفادهما بحيث لم يمكن الجمع و التوفيق بينهما. قال المحقّق (قدس سره) في الشرائع: يتحقّق التعارض في الشهادة مع تحقّق التضادّ، مثل أن يشهد شاهدان بحقّ لزيد، و يشهد آخرون أنّ ذلك الحقّ بعينه لعمرو، أو يشهدان بأنّه باع ثوباً مخصوصاً لعمرو غدوة، و يشهد آخرون ببيعه بعينه لخالد في ذلك الوقت، و مهما أمكن التوفيق بين الشهادتين وفقّ «١».

ثانيهما: أنّ مقتضى القاعدة فيما إذا كان المال في يد أحدهما و أقاما البيئته، هو تقديم بيئته الخارج و هو غير ذي اليد؛ لأنّ مقتضى قوله (صلّى الله عليه و آله): البيئته على من ادّعى و اليمين على من ادّعى عليه أو على من أنكر «٢» أنّه في الدرجة الأولى تلاحظ بيئته المدّعى الذي هو الخارج، و تقدّم على طرفه من دون فرق بين ما إذا كانت له بيئته و ما إذا لم تكن له، و قد حكى عن الرياض ادّعاء الإجماع عليه، حيث قال: إنّ وظيفة ذي اليد اليمين دون البيئته، فوجودها في حقّه كعدمها بلا شبهة، و لذا لو أقامها بدلاً عن يمينه لم تقبل منه إجماعاً إن لم يقمها المدّعى «٣»، و إنّ أورد عليه السيد (قدس سره) في الملحقات مضافاً إلى منع الإجماع، و عموم ما دلّ على حجّية البيئته، و إلى عموم مثل قوله (صلّى الله عليه و آله): إنّما أقضى بينكم بالبيئات و الايمان «٤» بخصوص أخبار المقام، فإنّ في جملة منها تقديم بيئته ذي اليد، كخبر إسحاق و خبر

(١) شرائع الإسلام: ١١٠/٤.

(٢) تقدم في ص ٨٥، ١٢٩ و ٢٨٨.

(٣) رياض المسائل: ٢٠٧/١٣.

(٤) تقدم في ص ١٣٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٤٠

.....

غياث و خبر جابر «١»، و هو مقتضى إطلاق جملة أخرى منها، و أيضاً خصوص خبر حفص بن غياث حيث قال: إذا رأيت شيئاً في يدي رجل يجوز لي أن أشهد أنه له؟ قال: نعم «٢».

و خصوص صحيحة حماد الحاكية لأمر عيسى بن موسى في المسعى إذ رأى أبا الحسن موسى (عليه السلام) مقبلاً من المروءة على بغلة، فأمر ابن هياج رجلاً من همدان منقطعاً إليه أن يتعلّق بلجامه و يدعى البغلة، فأتاه فتعلّق باللجام و ادعى البغلة، فثنى أبو الحسن (عليه السلام) رجله و نزل عنها و قال لغلمانه: خذوا سرجها و ادفعوها إليه. فقال: و السرج أيضاً لي. فقال: كذبت عندنا البيئة بأنه سرج محمد بن علي (عليه السلام)؛ و أما البغلة فإننا اشتريناها منذ قريب و أنت أعلم و ما قلت «٣»، إلى آخر ما أفاده «٤».

و إن كان يمكن الجواب عن جميع إيراداته؛ بأن منع دعوى الإجماع مع تعبير صاحب الرياض أن وجود البيئة كعدمها بلا شبهة غير تام، و عموم ما دلّ على حجّية البيئة قابل للتخصيص، و قوله (صلى الله عليه وآله): «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» لا يراد منه إلّا الحصر الإضافي في مقابل القضاء بالعلم الواقعي الثابت للرسول (صلى الله عليه وآله)، و لا دلالة له على أن اعتبار البيئة بالإضافة إلى من و اليمين بالنسبة إلى من، و إلّا لكان مفاده حجّية يمين المدّعى ابتداءً، كما لا يخفى.

(١) تأتي أخبارهم في ص ٣٤٣-٣٤٤.

(٢) الكافي: ٣٨٧/٧ ح ١، الفقيه: ٣/٣١ ح ٩٢، تهذيب الأحكام: ٦/٢٦١ ح ٦٩٥، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧/٢٩١، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٢٥ ح ٢.

(٣) الكافي: ٨٦/٨ ح ٤٨، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧/٢٩١، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٢٤ ح ١.

(٤) ملحقات العروة الوثقى: ٣/١٥٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٤١

.....

و أما أخبار المقام خصوصاً أو إطلاقاً فسيأتي البحث فيها.

و أما خبر حفص بن غياث، فمفاده جواز الشهادة بتملك ذي اليد؛ نظراً إلى أن اليد كما عرفت أمانة عقلائية و شرعية على الملكية، و السائل إنما يسأل عن جواز الشهادة بالملك، التي يترتب عليها آثار كثيرة: مثل صحّة الاتباع من ذي اليد و أمثاله، و لا إشعار في الرواية بفرض وجود المعارضة و أنه معها تتقدّم بيّنة ذي اليد، و بعبارة أخرى محطّ نظر السائل أنه يجوز المغايرة في الشهادة تحملاً أداءً أم لا يجوز أصلاً، كما لا يخفى.

و أمّا صحيحة حماد الحاكية لما عرفت من قصّة موسى بن جعفر (عليهما السلام) فالظاهر أن قول الإمام (عليه السلام) إنما هو في مقابل خصمه الذي لم يكن يعتقد بإمامته، و إلّا لا يتنازع مع الإمام المعصوم الصادق في كلّ ما يقول، مع أنه لم يكن هناك قاض و لا حاكم، و من الممكن عدم اقتناعه باليمين التي هي وظيفته؛ فلذا تمسك الإمام (عليه السلام) بوجود البيئة بالنسبة إلى السرج، و أنه لا يكون لمن يدّعيه، بخلاف أصل البغلة التي كان اشتراها عن قريب و لم يكن له بيّنة عليه، و إلّا فبالإضافة إلى كلّ منهما كان ذا اليد. و بالجملة: فمقتضى قوله (صلى الله عليه وآله): «البيئة على من ادّعى و اليمين على من ادّعى عليه» بلحاظ أن التفصيل قاطع للشركة

تعيّن البيّنة على المدّعى، و تعيّن اليمين على من ادّعى عليه، لا أن الوظيفة اللزومية الابتدائية كذلك، و ثبوت اليمين على المدّعى في بعض الموارد بضميمة البيّنة أو بدونها كما في اليمين المردودة أو اليمين الاستظهارية لا دلالة له على كون مفاد قوله (صلى الله عليه وآله) غير ما ذكرنا.

فالإنصاف تامة ما أفاده صاحب الرياضين

و يؤيده خبر منصور قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): رجل في يده شاة فجاء رجل

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٤٢

.....

فادعاهما، فأقام البيّنة العدول أنّها ولدت عنده، لم يهب و لم يبع، و جاء الذي في يده بالبيّنة مثلهم عدول أنّها ولدت عنده، لم يبع و لم يهب، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): حقّها للمدّعى، و لا أقبل من الذي في يده بيّنة؛ لأنّ الله عزّ و جلّ إنّما أمر أن تطلب البيّنة من المدّعى، فإن كانت له بيّنة، و إلّا فيمين الذي هو في يده، هكذا أمر الله عزّ و جلّ «١».

و المرسل عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أنّه قضى في البيّتين تختلفان في الشيء الواحد يدّعيه الرجلان، أنّه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بيّنة كلّ واحد منهما و ليس في أيديهما، فأما إن كان في أيديهما فهو فيما بينهما نصفان، و إن كان في يد أحدهما، فإنّما البيّنة فيه على المدّعى و اليمين على المدّعى عليه «٢».

ثمّ لو فرض سماع بيّنة المدّعى عليه، و جواز وقوعها بدلاً عن الحلف و اليمين، فإنّما هو مع عدم وجود البيّنة للمدّعى، و إلّا فهي مقدّمة على بيّنة المدّعى عليه كتقدّمها على يمينه، و هذا هو الذي يعبر عنه بتقدّم بيّنة الخارج على الدّاخل. هذا مع قطع النظر عن الأخبار الواردة في تعارض البيّنات التي سيّجىء نقل كثير منها و الجمع بينها إن شاء الله تعالى.

كما أنّه قد تقدّم أنّ ثبوت اليد لكلّ منهما مرجعه إلى ثبوتها على النصف، فكلّ بالإضافة إلى النصف ذو اليد، و بالإضافة إلى النصف الآخر يكون خارجاً و غير ذي اليد. و قد «٣» عرفت حكم هذه الصورة، و كذا حكم ما إذا كان في يد ثالث،

(١) تهذيب الأحكام: ٢٤٠ / ٦ ح ٥٩٤، الاستبصار: ٤٣ / ٣ ح ١٤٣، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٥٥، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ١٤.

(٢) دعائم الإسلام: ٥٢٢ / ٢ ح ١٨٦٣، و عنه مستدرك الوسائل: ١٧ / ٣٧٢. أبواب كيفية الحكم ب ١٠ ح ١.

(٣) في ص ٣١٢ - ٣٢٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٤٣

.....

أو ما إذا لم يكن لأحدهما يد عليه و لا لثالث فيما مضى مع عدم البيّنة، فاللازم في المقام ملاحظة أنّ الأخبار الواردة هل تدلّ على خلاف القاعدة أم لا؟ فنقول: هي كثيرة: □

منها: صحيحة أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يأتي القوم فيدّعي داراً في أيديهم و يقيم البيّنة، و يقيم الذي في يده الدار البيّنة أنّه ورثها عن أبيه، و لا يدري كيف كان أمرها؟ قال: أكثرهم بيّنة يستحلف و تدفع إليه. و ذكر أنّ عليّاً (عليه السلام) أتاه قوم يختصمون في بغلة، فقامت البيّنة لهؤلاء أنّهم أنتجوها على مذودهم «١» و لم يبيعوا و لم يهبوا، (و قامت البيّنة لهؤلاء بمثل ذلك) «٢»، ففضى (عليه السلام) بها لأكثرهم بيّنة و استحلفهم.

قال: فسألته حينئذٍ فقلت: أ رأيت إن كان الذي ادعى الدار قال: إن أبا هذا الذي هو فيها أخذها بغير ثمن، و لم يقيم الذي هو فيها بيئته، إلّا أنه ورثها عن أبيه؟ قال: إذا كان الأمر هكذا فهي للذي ادعاها، و أقام البيئته عليها «٣».

و رواية إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله (عليه السلام): أن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) في دابة في أيديهما، و أقام كل واحد منهما البيئته أنها نتجت عنده، فأحلفهما على (عليه السلام)، فحلف أحدهما و أبي الآخر أن يحلف، ففضى بها للحالف، فقيل له: فلو لم تكن في يد واحد منهما و أقاما البيئته؟ فقال: أحلفهما فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين. قيل: فإن كانت في يد

(١) المذود: معتلف الدابة، القاموس المحيط «ذود».

(٢) في الكافي بدل ما بين القوسين هكذا: و أقام هؤلاء البيئته أنهم أنتجوها على مذودهم لم يبيعوا و لم يهبوا.

(٣) الكافي: ١٧ / ٤١٨ ح ١، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٣٤ ح ٥٧٥ و ج ٧ / ٢٣٥ ح ١٠٢٤، الاستبصار: ٣ / ٤٠ ح ١٣٥، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٤٩، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٤٤

.....

أحدهما و أقاما جميعاً البيئته؟ قال: أفضى بها للحالف الذي هي في يده «١».

و رواية غياث بن إبراهيم، عن أبي عبد الله (عليه السلام): أن أمير المؤمنين (عليه السلام) اختصم إليه رجلان في دابة، و كلاهما أقام البيئته أنه أنتجها، ففضى بها للذي في يده، و قال: لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين «٢».

و الظاهر عدم كونها رواية أخرى، و إن جعلها في الوسائل كذلك؛ لعدم كون الاختصام إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) في قصته الداية متعدداً، و رواية جابر بن عبد الله (عليه السلام) أن رجلين اختصما إلى رسول الله (صلى الله عليه و آله) في دابة أو بعير، فأقام كل واحد منهما البيئته أنه أنتجها، ففضى بها رسول الله (صلى الله عليه و آله) لمن هي في يده «٣»، و كذا رواية تميم بن طرفة: أن رجلين عرفا (ادعيا) بعيراً، فأقام كل واحد منهما بيئته، فجعله أمير المؤمنين (عليه السلام) بينهما «٤»، فإن الظاهر أنه أيضاً متعرض لنفس تلك القضية، و لا تكون قصة جديدة.

و رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: كان عليّ (عليه السلام) إذا أتاه رجلان بشهود عدلهم سواء و عددهم، أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين، و كان

(١) الكافي: ٧ / ٤١٩ ح ٢، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٣٣ ح ٥٧٠، الاستبصار: ٣ / ٣٨ ح ١٣٠، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٥٠، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ٢.

(٢) الكافي: ٧ / ٤١٩ ح ٦، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٣٤ ح ٥٧٣ و ج ٧ / ٧٦ ح ٣٢٤، الاستبصار: ٣ / ٣٩ ح ١٣٣، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٥٠، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ٣.

(٣) عوالي اللآلي: ٣ / ٥٢٦ ح ٣١، و عنه مستدرک الوسائل: ١٧ / ٣٧٣، أبواب كيفية الحكم ب ١٠ ح ٥، و رواه الدارقطني في سننه: ٤ / ١٣٤ ح ٤٤٣١، و البيهقي في السنن الكبرى: ١٥ / ٤٠٢ ح ٢١٨٢٩ و ٢١٨٣٠، و ابن حجر في تلخيص الحبير: ٤ / ٤٩٩ ح ٢١٤١.

(٤) الكافي: ٧ / ٤١٩ ح ٥، الفقيه: ٣ / ٢٣ ح ٦١، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٣٤ ح ٥٧٤، الاستبصار: ٣ / ٣٩ ح ١٣٤، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٥١، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٤٥

.....

يقول: «اللهم رب السماوات السبع»، أيهم كان له الحق فأداه إليه، ثم يجعل الحق للذي يصير عليه اليمين إذا حلف «١». ورواية داود بن سرحان، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في شاهدين شهدا على أمر واحد، وجاء آخران فشهدا على غير الذي شهدا عليه و اختلفوا، قال: يقرع بينهم، فأيتهم قرع عليه اليمين و هو أولى بالقضاء «٢». ورواية زرارة، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: قلت له: رجل شهد له رجلان بأن له عند رجل خمسين درهماً، وجاء آخران فشهدا بأن له عنده مائة درهم، كلهم شهدوا في موقف، قال: أقرع بينهم ثم استحلف الذين أصابهم القرع بالله أنهم يحلفون بالحق «٣». ومرسلة داود بن أبي يزيد العطار، عن بعض رجاله، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل كانت له امرأة، فجاء رجل بشهود أن هذه المرأة امرأة فلان، وجاء آخران فشهدا أنها امرأة فلان، فاعتدل الشهود و عدلوا، فقال: يقرع بينهم، فمن خرج سهمه فهو المحق و هو أولى بها «٤».

و رواية حمران بن أعين، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن جارية لم تدرك بنت سبع

- (١) الكافي: ١٩٩/٧ ح ٣، تهذيب الأحكام: ٢٣٣/٦ ح ٥٧١، الاستبصار: ٣/٣٩ ح ١٣١، الفقيه: ٣/٥٣ ح ١٨١، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧/٢٥١، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ٥.
- (٢) الكافي: ١٩٩/٧ ح ٤، الفقيه: ٣/٥٢ ح ١٧٨، تهذيب الأحكام: ٢٣٣/٦ ح ٥٧٢، الاستبصار: ٣/٣٩ ح ١٣٢، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧/٢٥١، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ٦.
- (٣) الكافي: ١٩٩/٧ ح ١، تهذيب الأحكام: ٢٣٥/٦ ح ٥٧٨، الاستبصار: ٣/٤١ ح ١٣٨، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧/٢٥٢، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ٧.
- (٤) الكافي: ١٩٩/٧ ح ٢، تهذيب الأحكام: ٢٣٥/٦ ح ٥٧٩، الاستبصار: ٣/٤١ ح ١٣٩، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧/٢٥٢، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٤٦

.....

سنتين مع رجل و امرأة، ادعى الرجل أنها مملوكة له و ادعت المرأة أنها ابنتها، فقال: قد قضى في هذا على (عليه السلام)، قلت: و ما قضى في هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالرق و هو مدرك، و من أقام بينة على من ادعى من عبد أو أمة فإنه يدفع إليه و يكون له رقاً. قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسأل الذي ادعى أنها مملوكة له بينة على ما ادعى، فإن أحضر شهوداً يشهدون أنها مملوكة لا يعلمونه باع و لا وهب، دفعت الجارية إليه حتى تقيم المرأة من يشهد لها أن الجارية ابنتها حرّة مثلها، فلتدفع إليها و تخرج من يد الرجل.

قلت: فإن لم يقيم الرجل شهوداً أنها مملوكة له؟ قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأة البينة على أنها ابنتها دفعت إليها، فإن لم يقيم الرجل البينة على ما ادعى، و لم تقيم المرأة البينة على ما ادعت خلّى سبيل الجارية تذهب حيث شاءت «١». ورواية السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجلين ادعيا بغلة، فأقام أحدهما شاهدين و الآخر خمسة، فقضى لصاحب الشهود الخمسة خمسة أسهم، و لصاحب الشاهدين سهمين «٢».

و رواية الحلبي قال: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن رجلين شهدا على أمر، وجاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا، قال: يقرع بينهم فأيتهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالحق «٣».

(١) الكافي: ٧ / ٤٢٠ ح ١، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٣٥ ح ٥٨٠، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٥٢، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ٩.

(٢) الكافي: ٧ / ٤٣٣ ح ٢٣، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٣٧ ح ٥٨٣، الاستبصار: ٣ / ٤٢ ح ١٤٢، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٥٣، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ١٠.

(٣) تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٣٥ ح ٥٧٧، الاستبصار: ٣ / ٤٠ ح ١٣٧، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٥٤، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ١١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٤٧

.....

و رواية سماعة قال: إن رجلين اختصما إلى علي (عليه السلام) في داية، فزعم كل واحد منهما أنها نتجت على مذوده، وأقام كل واحد منهما بينة سواء في العدد، فأقرع بينهما سهمين، فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامته، ثم قال: «اللهم رب السماوات السبع، و رب الأرضين السبع، و رب العرش العظيم، عالم الغيب و الشهادة الرحمن الرحيم، أيهما كان صاحب الداية و هو أولى بها، فأسألك أن يقرع و يخرج سهمه»، فخرج سهم أحدهما فقضى له بها «١».

و رواية عبد الوهاب بن عبد الحميد الثقفى، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سمعته يقول في رجل ادعى على امرأة أنه تزوجها بولي و شهود و أنكرت المرأة ذلك، فأقامت أخت هذه المرأة على رجل آخر «٢» (هذا الرجل ظ) البينة أنه تزوجها بولي و شهود و لم يوقتا وقتاً: أن البينة بينة الزوج و لا تقبل بينة المرأة؛ لأن الزوج قد استحق بضع هذه المرأة و تريد أختها فساد النكاح، فلا تصدق و لا تقبل بينتها إلا بوقت قبل وقت أو دخول بها «٣».

و رواية منصور المشار إليها في كلام السيد (قدس سره)، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): رجل في يده شاة، فجاء رجل فادعاه، فأقام البينة العِدول أنها ولدت عنده و لم يهب و لم يبع، و جاء الذى فى يده بالبينة مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع و لم يهب، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): حقها للمدعى، و لا أقبل من الذى فى يده بينة؛

(١) تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٣٤ ح ٥٧٦، الاستبصار: ٣ / ٤٠ ح ١٣٦، الفقيه: ٣ / ٥٢ ح ١٧٧، و عنها وسائل الشيعة:

٢٧ / ٢٥٤، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ١٢.

(٢) فى تهذيب الأحكام: هذا الرجل، و فى الاستبصار: على الآخر بدل «رجل آخر».

(٣) تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٣٦ ح ٥٨١، الاستبصار: ٣ / ٤١ ح ١٤٠، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٥٤، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ١٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٤٨

.....

□ لأن الله عز و جل إنما أمر أن تطلب البينة من المدعى، فإن كانت له بينة و إلا فيمين الذى هو فى يده، هكذا أمر الله عز و جل «١».

و رواية عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: إنَّ رجلين اختصما في دابَّةٍ إلى عليّ (عليه السلام)، فزعم كلُّ واحد منهما أنَّها نتجت عنده على مذوده، و أقام كلُّ واحد منهما البيئَةَ سواء في العدد، فأقرع بينهما سهمين فعلم السهمين كلُّ واحد منهما بعلامة، ثم قال: «اللهم ربَّ السماوات السبع و ربَّ الأرضين السبع و ربَّ العرش العظيم، عالم الغيب و الشهادة الرحمن الرحيم، أيُّهما كان صاحب الدابَّة و هو أولى بها، فأسألك أن تقرع و يخرج اسمه»، فخرج اسم أحدهما فقضى له بها، و كان أيضاً إذا اختصم إليه الخصمان في جارية، فزعم أحدهما أنه اشتراها و زعم الآخر أنه أنتجها، فكانا إذا أقاما البيئَةَ جميعاً قضى بها للذي أنتجت عنده. (٢).

هذه هي أكثر الروايات الواردة في المقام بضميمة أخبار القرعة الواردة في كلِّ أمر مشكل أو مشتبه، و قد حقَّقنا في محلِّه أنَّ مورد أخبار القرعة الأمور الماليَّة و حقوق الناس، لا مطلق الأمر المشتبه و لو كان حكماً من الأحكام الإلهية مثلاً (٣).
ثمَّ إنَّ صاحب الوسائل (قدَّس سرِّه) حكى عن الشيخ بعد نقل الروايات المتقدمة أنَّه قال: الذي اعتمده في الجمع بين هذه الأخبار هو أنَّ البيئتين إذا تقابلتا فلا- تخلو أن تكون مع إحداهما يد متصرِّفة أو لم تكن، فإن لم تكن يد متصرِّفة و كانتا خارجتين فينبغي أن يحكم لأعدلهما شهوداً و يبطل الآخر، فإن تساويا في العدالة حلف

(١) تقدَّمت في ص ٣٤١ - ٣٤٢.

(٢) تهذيب الأحكام: ٢٣٦/٦ ح ٥٨٢، الاستبصار: ٤١/٣ ح ١٤١، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/٢٥٥، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ١٥.

(٣) القواعد الفقهيَّة: ١/٤٣٥ ٤٤٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٤٩

.....

أكثرهما شهوداً و هو الذي تضمنه خبر أبي بصير.

و ما رواه السكوني من القسمة على عدد الشهود، فإنَّما هو على وجه المصالحة و الوساطة بينهما دون مرِّ الحكم، و إن تساوى عدد الشهود أقرع بينهم، فمن خرج اسمه حلف بأنَّ الحقَّ حقُّه، و إن كان مع إحدى البيئتين يد متصرِّفة، فإن كانت البيئَةُ إنّما تشهد له بالملك فقط دون سببه انتزع من يده و أعطى اليد الخارجة، و إن كانت بيئته بسبب الملك إمَّا بشرائه و إمَّا نتاج الدابَّة إن كانت دابَّةً أو غير ذلك، و كانت البيئَةُ الأخرى مثلها، كانت البيئَةُ التي مع اليد المتصرِّفة أولى.

فأمَّا خبر إسحاق بن عمَّار أنَّ من حلف كان الحقُّ له، و إن حلفا كان الحقُّ بينهما نصفين، فمحمول على أنه إذا اصطالحا على ذلك، لأنَّنا بيَّنا الترجيح بكثرة الشهود أو القرعة، و يمكن أن يكون الإمام مخيراً بين الإحلاف و القرعة، و هذه الطريقة تأتي على جميع الاخبار من غير اطراح شيء منها و تسلّم بأجمعها، و أنت إذا فكرت فيها رأيتها على ما ذكرت لك إن شاء الله تعالى (١).

إذا عرفت ذلك فالكلام يقع في صور:

الصورة الأولى: ما إذا كان الشيء في يد أحدهما فقط، و أقام كلُّ منهما البيئَةَ على ملكيته. و قد عرفت أن مقتضى القاعدة تقدّم بيئَةُ الخارج (٢)، و هو المدعى غير ذي اليد. و لكن الروايات الواردة في هذا المجال مختلفة، فيستفاد من بعضها ذلك، كخبر منصور و المرسل عن عليّ (عليه السلام) (٣) كما عرفت، و من البعض الآخر خلاف ذلك مثل

(١) تهذيب الأحكام: ٢٣٧/٦ - ٢٣٨ ذ ح ٥٨٣، الاستبصار: ٤٢/٣ - ٤٣ ذ ح ١٤٢، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/٢٥٦، كتاب القضاء،

أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ذ ح ١٥.

(٢) في ص ٣٣٩.

(٣) تقدماً في ص ٣٤١ - ٣٤٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٥٠

.....

رواية إسحاق بن عمار المتقدم المشتمل ذيلها على قوله (عليه السلام): «قيل: فإن كانت في يد أحدهما و أقاماً جميعاً البيئته؟ قال: أقضى بها للحالف الذي هي في يده»، فإن ظاهرها سقوط البيئتين بالتعارض و الرجوع إلى حلف المنكر الذي هي في يده. و مثل رواية غياث بن إبراهيم المتقدم أيضاً الدالة على أن أمير المؤمنين (عليه السلام) قضى بها للذي في يده، و بعض الأخبار الأخرى. و لكنك عرفت أنه لا تعدد في الروايات الواردة في قصة الاختصاص إلى أمير المؤمنين (عليه السلام)، لعدم تعدد تلك القصة بل الظاهر وحدتها.

و كيف كان، فالمشهور شهرة عظيمة كما في الجواهر: تقديم الخارج إذا شهدتا لهما بالملك المطلق مع التساوي في العدد و العدالة و عدمه «١»، بل عن الغنية «٢» و السرائر «٣» و ظاهر المبسوط «٤» الإجماع عليه، و هذا المقدار يكفي في جبر سند الخبرين و إن كانا في نفسهما ضعيفان و ترجيحهما على الروايات المعارضة؛ لأن الشهرة من حيث الفتوى هي أول المرجحات في الأخبار المتعارضة على ما استفدناه من مقبوله عمر بن حنظلة «٥»، كما حققناه في محله من الأصول «٦»، و لعله لما ذكرنا نفي البعد في المتن عما أفاده في هذه الصورة من تقديم بيئته الخارج، و إن كان في مقابل المشهور أقوال مختلفة أنهاها النراقي في المستند مع القول المشهور إلى

(١) جواهر الكلام: ٤٠ / ٤١٦.

(٢) غنية النزوع: ٤٤٣ - ٤٤٤، و قال في رياض المسائل: ١٣ / ٤٠٥: وفاقاً لجمهور أصحابنا - إلى أن قال: - و نسبه في الخلاف: [٣ / ١٣٠

مسألة ٢١٧] إلينا.

(٣) السرائر: ٢ / ١٦٨ - ١٦٩.

(٤) المبسوط: ٨ / ٢٥٨.

(٥) تقدمت في ص ١٨٠.

(٦) سيري كامل در اصول فقه: ١٦ / ٥٣٢ - ٥٥٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٥١

.....

تسعة أو أزيد «١» من تقديم بيئته الداخل مطلقاً كما عن الشيخ في كتاب الدعوى من الخلاف «٢».

و عن جماعة ترجيح الخارج إلّا مع انفراد بيئته الداخل بذكر السبب «٣»، و عن المهذب نسبة خلافه إلى الندره «٤».

و ذهب بعضهم إلى تقديم بيئته الداخل مطلقاً إلّا مع انفراد الخارج بذكر السبب «٥».

و عن بعضهم تقديم الأكثر شهوداً مع تساويهما في العدالة مع اليمين «٦».

و عن ابن حمزة الفرق بين السبب المتكسر كالشراء و الاتهاب و الصباغة، و غير المتكسر كالنتاج و النساجه «٧».

و عن جماعة تقديم بيئته الخارج مطلقاً من غير رجوع إلى المرجحات، و من غير فرق بين ذكر السبب في البيئتين أو في إحداهما أو

عدم ذكره «٨»، و عن الغنية

- (١) مستند الشيعة: ٥٨٧ / ٢ / ٥٨٩.
- (٢) الخلاف: ٣٢٩ / ٦ / ٣٣٢ مسألة ٢.
- (٣) كالشيخ في النهاية: ٣٤٤ و التهذيبيين و المبسوط: ٢٩٤ / ٨ / ٢٩٥ و ابن البراج في المهذب: ٥٧٨ / ٢ / ٨، و العلامة في مختلف الشيعة: ٣٩٣ و المحقق في شرائع الإسلام: ١١١ / ٤ / ٧٣-٧٤، و الشهيد الأول في غاية المراد: ٧٣-٧٤، و الشهيد الثاني في الروضة البهية: ١٠٨ / ٣ / ١٠٩.
- (٤) المهذب البارع: ٤٩٩ / ٤، و نسبة إليه في المسالك: ٨٦ / ١٤.
- (٥) المؤتلف من المختلف ٦٣ / ٢، مسألة ٢، قواعد الاحكام: ٤٨٧ / ٣، مسالك الافهام: ٨٤-٨٥.
- (٦) المقنعة: ٧٣٠-٧٣١، المقنع: ٣٩٩-٤٠٠، الفقيه: ٣ / ٣٩ ذ ح ١٣٠.
- (٧) الوسيلة: ٢١٩.
- (٨) الخلاف: ١٣٠ / ٣ / ٢١٧، المقنع: ٣٩٩-٤٠٠، و الفقيه: ٣ / ٣٩ نقلا عن رسالة أبيه، المراسم العلوية: ٢٣٦، إصباح الشيعة: ٥٣١، السرائر: ١٦٨ / ٢ - ١٦٩.
- تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٥٢
-

الإجماع عليه «١»، و هذا لا ينافي ما ذكرناه من الانجبار فتدبر.

لنكراني، محمد فاضل موحدي، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، در يك جلد، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٠ هـ ق

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات؛ ص: ٣٥٢

فإن ظاهر الجواهر و المستند أن المشهور هو تقديم الخارج إذا شهدتا بالملك المطلق مع تساوي في العدد و العدالة و عدمه، و الظاهر أن المشهور هو التقديم مطلقاً من دون فرق بين ما إذا شهدتا بالملك المطلق و عدمه، و يؤيده دعوى الغنية الإجماع على كلاهما. فالظاهر أن المشهور هو الأمر الأخير و هو التقديم مطلقاً، و عليه فلا يبقى ارتياب في الانجبار، كما لا يخفى.

و خلاصة الكلام في هذه الصورة أنه مع اقتضاء القاعدة ما ذكرنا من تقديم بينة الخارج، لا بد في رفع اليد عن مقتضى القاعدة من نهوض دليل قوئى عليه، و مع عدمه فضلاً عن وجود بعض ما يطابق القاعدة الموافق للمشهور لا وجه لرفع اليد عنه، كما لا يخفى.

الصورة الثانية: ما إذا كانت العين في يدهما معاً. مقتضى القاعدة فيها التنصيف بلحاظ الأمرين اللذين ذكرناهما سابقاً، و هما أن ثبوت يد اثنين على تمام مال واحد مرجعه إلى ثبوت يد كل منهما على النصف المشاع، فيكون كل منهما داخلاً و خارجاً معاً، و أيضاً مقتضى تقديم بينة الخارج أو بينة الداخل، فبينه كل واحد منهما مسموعة بالإضافة إلى النصف الخارج، و غير مسموعة بالنسبة إلى النصف الداخل، فلا محالة يحكم بينهما بالتنصيف على طبق القاعدة، كما أفاده في المتن، و في الشرائع الحكم بها بينهما نصفين «٢»، و أضاف إليه في الجواهر قوله: من دون إقراع و لا ملاحظة ترجيح بأعدائيه أو أكثرية، بلا خلاف أجده بين من تأخر عن

(١) غنية النزوع: ٤٤٣، و هذا هو الوجه الأول الذي ادعى صاحب الجواهر الشهرة فيه.

(٢) شرائع الإسلام: ١١١ / ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٥٣

.....

القديمين الحسن و أبي علي، بل صرح غير واحد منهم بعدم الالتفات إلى المرجحات الآتية في غير هذه الصورة «١». «٢» و قد استدل المحقق لما أفاده من التنصيف بما يرجع إلى ما ذكرنا من لزوم تقديم بينة الخارج على بينة الداخل بعد كون يد كل واحد منهما على النصف، لكن في المسالك احتمال أحد أمرين آخرين في سبب التنصيف، حيث إنه قال في محكيه: لا إشكال في الحكم بها بينهما نصفين، لكن اختلف في سببه، فقيل: لتساقت البيئتين بسبب التساوي، و بقي الحكم كما لو لم تكن بينة. و قيل: لأن مع كل منهما مرجحاً باليد على نصفها فقدمت بيئته على ما في يده، و أضاف إليه قوله:

و تظهر الفائدة حينئذ في اليمين على من قضى له، فعلى الأول أي سقوط البيئتين بسبب التعارض يلزم كلاً منهما اليمين لصاحبه. و على الآخرين القول بثبوت الترجيح باليد و القول بتقديم بينة الخارج لا يمين لترجيح كل من البيئتين باليد على أحدهما فتعمل بالراجح؛ و لأن البيئته ناهضة بإثبات الحق على الثاني فلا يمين معها «٣».

و لكن حكى عن التحرير، أنه مع التصريح بكون السبب تقديم بينة الخارج، قال: و هل يحلف كل واحد على النصف المحكوم له به، أو يكون له من غير يمين.

الأقوى عندى الأول مع احتمال الثاني «٤».

و الظاهر أنه مع ملاحظة القاعدة لا مجال لأقوائه الحلف؛ لأنه مع تقديم بينة

(١) رياض المسائل: ١٣ / ٢١٦.

(٢) جواهر الكلام: ٤٠ / ٤١٠.

(٣) مسالك الأفهام: ١٤ / ٨١.

(٤) تحرير الأحكام: ٥ / ١٨٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٥٤

.....

الخارج التي هي بينة المدعى لا حاجة إلى ضم الحلف، بعد كون البيئته للمدعى في الدرجة الأولى، و اليمين على من ادعى عليه في الدرجة الثانية، كما عرفت «١».

و أما مع ملاحظة الروايات، ففي رواية إسحاق بن عمار المتقدم «٢»: أن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) في دابته في أيديهما، و أقام كل واحد منهما البيئته أنها نتجت عنده، فأحلفهما على (عليه السلام)، فحلف أحدهما و أبي الآخر أن يحلف، فقضى بها للحالف إلخ. و الظاهر خصوصاً بملاحظة الذيل أنه مع حلفهما عقيب الإحلاف يتحقق التنصيف بينهما، كما لا يخفى. كما أن الظاهر بملاحظة ذيلها المشتمل على حلف ذي اليد، فيما إذا كانت الدابته في يد أحدهما، فأقاما جميعاً البيئته سقوط البيئتين بالتعارض و الرجوع إلى حلف ذي اليد؛ لعدم خصوصية للتعارض و التساوت لهذه الصورة، بل يمكن دعوى الأولوية، كما لا يخفى و هو أحد الأمور الثلاثة المتقدمة في سبب التنصيف، و قد عرفت «٣» عدم تعدد الروايات الواردة في الاختصاص إلى أمير المؤمنين (عليه السلام)، و الإحلاف إنما هو المذكور في هذا الخبر الذي يكون سنده غير تام، كما في الجواهر، حيث قال: و في سنده ما فيه «٤»، لكن بعض

الأعلام (قدس سره) عبّر عن الرواية بالمعتبرة «٥»، التي يراد بها الموثقة.
و منشأ الإشكال في سند الرواية وجود الحسن بن موسى الخشاب فيها.

(١) في ص ١٣٥ ١٣٨.

(٢) في ص ٣٤٣ ٣٤٤.

(٣) في ص ٣٤٣ ٣٤٤.

(٤) جواهر الكلام: ٤٠ / ٤١٢.

(٥) مباني تكملة المنهاج: ١ / ٤٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٥٥

.....

و المحكى عن النجاشي في حقه أنه من وجوه أصحابنا، مشهور «١»، و يمكن أن يستفاد من هذا التعبير الوثاقه بل ما فوقها و إن لم يصرح بالوثاقه؛ و لذا عدّ من الذين وصل المدح فيهم و لم يصرح بوثاقهم، و هل يجوز الاستناد في الحكم المخالف للقاعدة إلى مثل هذه الرواية؟ الظاهر العدم.

و عليه فلا محيص إلّا الأخذ بمقتضى القاعدة و هو عدم لزوم الحلف. ثم إن المخالف لأصل التصنيف في المسألة هما القديمان على ما عرفت في كلام صاحب الجواهر، فإنّ ظاهر ابن أبي عقيل هو اعتبار القرعة، التي هي لكل أمر مشكل في خصوص ما نحن فيه؛ لأنّ التصنيف تكذيب للبينتين، و ظاهر ابن الجنيد أنه مع تساوى البينتين تعرض اليمين على المدّعين، فإن حلف أحدهما استحقّ الجميع، و إن حلفا جميعاً كانت بينهما نصفين، و مع اختلافهما يقرع، فمن أخرجته القرعة حلف و أخذ العين «٢».

و يردّهما مضافاً إلى أنه لا إشكال و لا شبهة هنا بعد اقتضاء القاعدة ما عرفت من تقديم بينة الخارج بالنسبة إلى كلاهما الموجب للتصنيف، و ليس مبتنياً على سقوط البينتين بالتعارض حتى يقال: إنّ المتعارضين و إن لم يكونا حجّتين في خصوص مدلولهما المطابق، إلّا أنّهما حجّتان بالإضافة إلى نفي الثالث، الذي هو مدلولهما الالتزامي: و هو التصنيف في المقام. و مضافاً إلى الروايات الواردة في الودعي «٣» الدالة على التصنيف ففي مرسله ابن المغيرة في رجلين كان معهما درهما

(١) رجال النجاشي: ٤٢ رقم ٨٥.

(٢) مختلف الشيعة: ٨ / ٣٨٧ - ٣٨٨.

(٣) تقدّمت في ص ١٠٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٥٦

.....

إلخ يقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين «١». و في رواية السكوني في رجل استودع رجلاً دينارين، فاستودعه آخر ديناراً، لصاحب الدينارين دينار، و يقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين «٢». أمّا بإلغاء الخصوصية، و إمّا بالإطلاق الشامل لصورة إقامة البينة و غير صورة إقامة البينة قيام الشهرة العظيمة «٣» على التصنيف الجابرة لسند الرواية الدالة عليه، كما لا يخفى. فالقاعدة و النصّ و الشهرة متطابقت، فتدبر.

ثم إن صاحب الجواهر (قدس سره) بعد أن حكى عن الرياض أنه نسب التنصيف إلى الأشهر، بل عامّة من تأخر إلّا نادراً. حكى عنه أنه قال: خلافاً للمهذب، وبه قال جماعة من الفقهاء، فخصوا ذلك بما إذا تساوى في الأمور المتقدمة كلها و مراده بالأمر المتقدم تساوى البيتين عدداً و عدالةً إطلاقاً و تقييداً و اختلافهما في ذلك و حكموا مع الاختلاف فيها لأرجحها، و اختلفوا في بيان المرجح لها، فعن المفيد اعتبار الأعدلية خاصة هنا، و إن اعتبر الأكثرية في غيرها «٤»، و عن الإسكافي اعتبار الأكثرية خاصة «٥»، و في المهذب اعتبارهما مرتباً بينهما الأعدلية

(١) تهذيب الأحكام: ٢٠٨ / ٦ ح ٤٨١ و ص ٢٩٢ ح ٨٠٩، الفقيه: ٢٢ / ٣ ح ٥٩، و عنها وسائل الشيعة: ١٨ / ٤٥٠، كتاب الصلح ب ٩ ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام: ٢٠٨ / ٦ ح ٤٨٣ و ج ١٨١ / ٧ ح ٧٩٧، الفقيه: ٢٣ / ٣ ح ٦٣، المقنع: ٣٩٨، و عنها وسائل الشيعة: ١٨ / ٤٥٢، كتاب الصلح ب ١٢ ح ١.

(٣) لم أجد عاجلاً ادعاء الشهرة العظيمة من أحد، نعم ادعى جماعة الأشهر؛ كصاحب المسالك: ٨١ / ١٤ و الرياض: ١٣ / ٢١٦. و مستند الشيعة: ١٧ / ٣٩٩، و ملحقات العروة: ٣ / ١٥٥.

و قال السبزواري في كفاية الفقه المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٢ / ٧٢٦: أنه المعروف بينهم. (٤) المقنعة: ٧٣٠.

(٥) حكى عنه في مختلف الشيعة: ٨ / ٣٨٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٥٧

.....

فالأكثرية «١»، و عن ابن حمزة اعتباره التقييد أيضاً مردداً بين الثلاثة غير مرتب بينها «٢»، و عن الديلمي اعتبار المرجح مطلقاً غير مبين له أصلاً «٣»، «٤».

ثم ذكر صاحب الجواهر: و لم أعرف نقل هذه الأقوال على الوجه المزبور فيما نحن فيه لغيره، ثم حكى ما عثر عليه في المقنعة، و ما عثر عليه في النهاية، و ما ذكره ابن حمزة، ثم قال: و على كلّ حال لا أعرف دليلاً يعتد به على شيء منها على وجه يصلح لمعارضته ما عرفت «٥».

أقول: التحقيق في المسألة ما ذكرنا من تطابق القاعدة و النص و الشهرة على التنصيف، و أنه لا دليل يعتد به على الإحلاف. الصورة الثالثة: ما إذا لم تكن العين المتنازع فيها في يد أحد أصلاً، أو كانت في يد ثالث، و المراد ما إذا لم يدع الثالث لنفسه و لم يقتر لأحدهما بالخصوص، و في هذا الفرض قال المحقق في الشرائع: و لو كانت في يد ثالث قضى بأرجح البيتين عدالةً، فإن تساوى قضى لأكثرهما شهوداً، و مع التساوى عدداً و عدالةً يقرع بينهما، فمن خرج اسمه أحلف و قضى له، و لو امتنع أحلف الآخر و قضى له، و إن نكلا قضى به بينهما بالسوية «٦».

و في محكي الرياض نسبه إلى الأشهر بل عامّة متأخرى أصحابنا «٧»، بل في

(١) المهذب البارع: ٤ / ٤٩٤

(٢) الوسيلة: ٢١٨.

(٣) المراسم: ٢٣٤.

- (٤) رياض المسائل: ٩/ ٤١٣.
- (٥) جواهر الكلام: ٤٠/ ٤١٤ - ٤١٥.
- (٦) شرائع الإسلام: ٤/ ١١١.
- (٧) إرشاد الأذهان: ٢/ ١٥٠، المقتصر: ٣٨٤، الروضة البهية: ٣/ ١٠٦، رياض المسائل: ١٣/ ٢٢٠.
- تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٥٨
-

المسالك وغيرها نسبته إلى الشهرة «١» بل عن محكي الغنية الإجماع عليه «٢»، لكن صاحب الجواهر (قدس سره) بعد نقل أقوال متعدده متكررة قال: و على كل حال فلا ريب في عدم الوثوق بالإجماع المزبور بعد ما عرفت «٣».

و كيف كان فالكلام يقع في مقامين:

المقام الأول: فيما تقتضيه القاعدة مع قطع النظر عن الروايات الواردة، فنقول:

مقتضى القاعدة في هذه الصورة تساقط البيئتين من دون فرق بين فرض تساويهما عدداً و عدالةً، أو اختلافهما في هذه الجهة؛ لما عرفت «٤» من أن البيئته تكون حجة من باب الأمارية و الطريقية، و أن تعارض البيئتين موجب لسقوطهما مطلقاً من دون فرق بين فرض وجود المريح و عدمه بعد عمومية دليل حجية البيئته، و عدم قيام دليل خاص على اختصاص إحدى البيئتين بالحجية، كما في صورة وجود اليد لخصوص أحدهما على ما عرفت «٥» من أن مقتضى قوله (صلى الله عليه و آله): «البيئته على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه» تقدم بيئته المدعى على غيرها.

و مع حصول التساقط بسبب التعارض مطلقاً تصل النوبة إلى أدلة القرعة الدالة على أنها لكل أمر مشكل أو مشتبه «٦»، بعد ثبوت الإشكال و الاشتباه هنا بلحاظ عدم الدليل على تقدم إحداها على الأخرى، بخلاف الصورتين الأوليين، حيث

(١) مسالك الأفهام: ٨٧، كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٧٣٠، مستند الشيعة: ١٧/ ٤٠٤، رياض المسائل: ١٣/ ٢٢٤، و قد نسب هذا القول صاحب الرياض و غيره إلى جماعة كثيرة من المتقدمين.

(٢) غنية النزوع: ٤٤٣ - ٤٤٤.

(٣) جواهر الكلام: ٤٠/ ٤٢٥.

(٤) في ص ٣٣٨ - ٣٤٠ و ٣٤٩.

(٥) في ص ٣٣٨ - ٣٤٠ و ٣٤٩.

(٦) تقدمت في ص ٣٤٥ - ٣٤٨ و انظر القواعد الفقهية للمؤلف دام: ١/ ٤٣٥ - ٤٤٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٥٩

.....

إنه قام الدليل فيهما على تقدم بيئته المدعى كما عرفت، و اللازم بعد أصابه القرعة إلى واحد منهما جعله صاحب المال من دون افتقار إلى يمين، كما هو الحال في سائر موارد القرعة، كما لا يخفى.

المقام الثاني: في الروايات «١» التي يمكن أن يستفاد منها حكم هذه الصورة، و هي مختلفة، فمن بعضها يستفاد الترجيح بالأكثرية عدداً مثل صحيحة أبي بصير المتقدمة الدالة على قول الصادق (عليه السلام): «أكثرهم بيئته يستحلف و تدفع إليه». و الحاكية لعمل

أمير المؤمنين (عليه السلام) من أنه «قضى بها لأكثرهم بينة و استحلّفهم».

و رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن أبي عبد الله (عليه السلام) المشتعلة على قوله: «كان عليّ (عليه السلام) إذا أتاه رجلان بشهود عدلهم سواء و عددهم أقرع بينهم» إلخ.

فإن تعليق الإقراع على التساوي في العدالة و العدد في كلام الإمام (عليه السلام) يشعر بأرجحية العدد و العدالة، بخلاف ما إذا كان التساوي مفروضاً في غير كلام الإمام (عليه السلام)، لكنّه لا يتجاوز عن حدّ الإشعار و لا يبلغ مرتبة الدلالة، كما لا يخفى، خصوصاً مع التعبير به كان الدالّ على الاستمرار.

و مرسله داود بن يزيد العطار المتقدّمة أيضاً، المشتعلة على قوله (عليه السلام): «فاعتدل الشهود و عدلوا» بناءً على أن يكون المراد بالاعتدال هو التساوي في العدد، و على أن يكون المراد بقوله: «عدلوا» هو التساوي في مرتبة العدالة.

و رواية سماعه المتقدّمة أيضاً المشتعلة على توصيف البيّنة بأنها سواء في العدد

(١) تقدّمت في ص ٣٤٣ - ٣٤٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٦٠

.....

و الكميّة. و من بعضها الترجيح بالأعدلية كبعض الروايات المتقدّمة، لكنّه لا يكون فيها ما فيه الدلالة على ذلك، بل غايته الإشعار كما عرفت.

و هنا مشكلات اخرى، و هي أنّه ما الدليل على تقدّم الترجيح بالأعدلية على الأكثرية، مع أنّ مقتضى إطلاق ما دلّ على الترجيح بالأكثرية الشمول لما إذا كانت هناك أعدلية؟ و ما الوجه في أنّه بعد التساوي يجب الرجوع إلى القرعة، مع أنّ رواية إسحاق بن عمار المتقدّمة «١» دالّة على لزوم الإحلاف فيما إذا لم يكن المال في يد أحدهما، و أنّه مع حلفهما يجعل المال نصفين «١»، و قد عرفت أنّ مقتضى القاعدة الرجوع إلى القرعة مطلقاً؟ و ما الوجه في أنّه بعد أصابه القرعة و عدم الحلف في اعتبار حلف الآخر، مع أنّه لم يصب إليه القرعة إلّا أن يستند إلى الأولوية؟ و هكذا إشكالات أخرى مثل أنّ القرعة هل هي لاستخراج صاحب الحقّ كما يدلّ عليه بعض النصوص المشتمل على دعاء أمير المؤمنين (عليه السلام)، أو لاستخراج من يصير عليه اليمين كما في خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله المتقدّم؟

و الإنصاف أنّ المسألة خصوصاً بهذا الشق في غاية الإشكال و الصعوبة؛ لاضطراب الأقوال و اختلاف الروايات، مضافاً إلى ما في الجواهر من أنّه لا-ريب في أنّ الترجيح للأعدلية؛ لإجماع ابن زهرة يعني في الغنية «٢» المعتضد بالشهرة المحقّقة بين الأصحاب، و وجود ذلك في رسالة عليّ بن بابويه «٣»، التي قيل فيها: كانوا إذا أعوزتهم النصوص رجعوا إليها، و في النهاية «٤» التي هي متون الأخبار

(١) في ص ٣٤٣ - ٣٤٤.

(٢) غنية النزوع: ٤٤٣ - ٤٤٤.

(٣) حكى عنه الصدوق في المقنع: ٣٩٩ - ٤٠٠ و الفقيه: ٣ / ٣٩ ب ٢٧، و العلّامة في مختلف الشيعة ٨ / ٣٨٦.

(٤) النهاية: ٣٤٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٦١

.....

و غير ذلك «١».

أقول: و كان سيدنا العلامة الأستاذ البروجردى (قدس سرّه) يقول في شأن النهاية و الكتب الفقهية المؤلفة قبل مبسوط الشيخ (قدس سرّه): إنّه كان البناء على ذكر متون الروايات بعين الألفاظ الصادرة عنهم (عليهم السلام)، و صار ذلك سبباً للطعن على فقهاء الشيعة و فقههم بعدم اطلاعهم على التفريع و إخراج الفروع من الأصول الصادرة؛ و لذا أقدم الشيخ على تأليف المبسوط و بيان الفروع و أحكامها، كما أفاده في مقدّمة المبسوط.

و كيف كان، فالمسألة بهذا النحو المذكور في الشرائع ممّا لا يمكن إقامة الدليل عليها ممّا بأيدينا من النصوص و الروايات، و لا يمكن الاحتياط فيها، فاللّازم ردّ علمها إلى أهلها كما لا يخفى. و هناك بحوث أُخر فيما يرتبط بالتأمّل و الدقّة في الروايات لعلّها تظهر للمتأمّل، فتأمّل.

(١) جواهر الكلام: ٤٠ / ٤٢٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٦٣

[خاتمة فيها فصلان]

إشارة

خاتمة فيها فصلان:

[الفصل الأوّل: في كتاب قاض إلى قاض]

إشارة

الأوّل: في كتاب قاض إلى قاض

[مسألة ١: لا ينفذ الحكم و لا تفصل الخصومة إلّا بالإنشاء لفظاً]

مسألة ١: لا ينفذ الحكم و لا تفصل الخصومة إلّا بالإنشاء لفظاً، و لا عبرة بالإنشاء كتباً، فلو كتب قاض إلى قاض آخر بالحكم و أراد الإنشاء بالكتابة لا يجوز للثاني إنفاذه، و إن علم بأنّ الكتابة له و علم بقصده (١).

(١) قد مرّ في بعض المسائل السابقة أنّ الحكم و فصل الخصومة إنّما هو من مقولة الإنشاء دون الإخبار، فقول الحاكم: قضيت أو حكمت أو نحوهما، إذا كان في مقام الإنشاء دون الإخبار عن الحكم الماضي و فصل الخصومة في السابق يترتب عليه فصل الخصومة و رفع التنازع، كما في العقود و الإيقاعات، فقول: بعت إنّما يكون إيجاباً للبيع إذا كان في مقام الإنشاء لا الإخبار عن البيع في الزمان السابق. و المقصود في هذه المسألة أنّ الإنشاء الفاصل للخصومة لا بدّ و أن يكون بسبب اللفظ، و أنّه لا عبرة بالإنشاء كتباً، و المراد

ليس عدم الاكتفاء بالكتابة لأجل جمالها واحتمالها غير الفصل، بل لو كان المقصود هو الفصل و علم الحاكم الثاني بذلك و أنّ مقصوده الحكم على طبقه و فصل الخصومة به لا يجوز له إنفاذه.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٦٤

.....

و الرواية الوحيدة الواردة في هذا الباب ما رواه السكوني و كذا طلحة بن زيد، عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليهم السلام): أنّه كان لا يجيز كتاب قاضٍ إلى قاضٍ في حدّ و لا غيره حتى وليت بنو أمية، فأجازوا بالبينات «١». و الظاهر أنّها رواية واحدة كما في الوسائل، و إن عتبر عنها في الجواهر بالخبرين؛ لآتحاد المروي عنه و عدم الاختلاف في التعبيرات و لو في شيء يسير.

ثمّ الظاهر أنّ هنا أمرين لا يصحّ الاختلاط بينهما:

أحدهما: جواز إنشاء الحكم و فصل الخصومة بالكتابة، و بعبارة أخرى بغير اللفظ و عدمه.

ثانيهما: جواز إنهاء الحكم إلى حاكم آخر لأجل الإجراء و التنفيذ، من دون أن يكون نفس الحكم منشأً بالكتابة، و قد تعرّض لهذا الأمر في المسألة الثانية، كما أنّه قد تعرّض للأمر الأوّل في هذه المسألة، و كتابة قاضٍ إلى قاضٍ آخر إنّما تناسب الأمر الثاني لا الأمر الأوّل. و عليه فتفريعه في المتن على هذا الأمر كأنه في غير محلّه، خصوصاً مع كون المكتوب إليه قاضياً آخر، إلّا أن يقال بإمكان الاستفادة بالحكم، و هو عدم الجواز بالإضافة إلى هذا الأمر أيضاً، و لكنّه محلّ تأمل.

و كيف كان، فإن كان المراد اختصاص إنشاء الحكم و فصل الخصومة باللفظ، فلا يجوز بغيره مثل الفعل و الكتابة، بحيث كان المراد الفرق بين هذا المقام و هو إنشاء الحكم، و بين مثل البيع الذي هو من الأمور الإنشائية، و يجري فيه

(١) تهذيب الأحكام: ٣٠٠ / ٦ ح ٨٤٠ و ٨٤١، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٩٧، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٢٨ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٦٥

.....

المعاطاة و الفعل. فيرد عليه أنّه لا دليل على الاختصاص، فقد صرح السيّد (قدّس سرّه) في الملحقات بأنّه يكفي فيه الفعل الدالّ إذا قصد به إنشاء، كما إذا أخذ مال المحكوم عليه و دفعه إلى المحكوم له «١».

و إن كان المراد عدم كفاية الكتابة في مقام القضاء و مثله، كما عن ابن إدريس في نواذر القضاء التصريح بأنّه لا يجوز للمستفتى أن يرجع إلّا إلى قول المفتي دون ما يجده بخطّه إلى أن قال: بغير خلاف من محصل ضابط لأصول الفقه «٢». فالظاهر أنّه لا دليل عليه بنحو الإطلاق كما عن الأردبيلي أنّه مع العلم بقصد لا مانع من العمل بها قال: و لهذا جاز العمل بالمكاتبة في الرواية، و أخذ المسألة و العلم و الحديث من الكتاب الصحيح عند الشيخ المعتمد، و لأنّه قد يحصل منها ظنّ أقوى من الظنّ الحاصل من الشاهدين، بل يحصل منها الظنّ المتأخّم للعلم، بل العلم مع الأمن من التزوير، و أنّه كتب قاصداً للمدلول، و حينئذٍ يكون مثل الخبر المحفوف بالقرائن المفيدة للعلم، بأنّ القاضى الفلانى الذى حكمه مقبول حكم بكذا، فإنّه يجب إنفاذه و إجراؤه من غير توقّف، و يكون ذلك مقصود ابن الجنيد «٣»، و يمكن أن لا ينازعه فيه أحد بل يكون مقصودهم الصورة التى لم يأمن فيها التزوير، أو لم يعلم قصد الكاتب إرادة مدلول الرسم «٤».

و الدليل على ما ذكرنا من كفاية الكتابة في صورة الأمن من التزوير السيرة

(١) ملحقات العروة الوثقى: ٣ / ٥٠ مسألة ٣.

(٢) السرائر: ٢ / ١٨٧.

(٣) حكى عنه مختلف الشيعة: ٨ / ٤٤٥ مسألة ٤٥.

(٤) مجمع الفائدة و البرهان: ١٢ / ٢١٠ و ٢٠٩ مع تقديم و تأخير و نقل بالمعنى تبعاً للجواهر: ٤٠ / ٣٠٣ - ٣٠٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٦٦

.....

المستمرّة في جميع الأعصار و الأمصار على ذلك، بل قال في الجواهر: يمكن دعوى الضرورة على ذلك، خصوصاً مع ملاحظة عمل العلماء في نسبتهم الخلاف و الوفاق، و نقلهم الإجماع و غيره في كتبهم المعمول عليها بين العلماء «١».

أقول: و مع ملاحظة شدّة الاحتياج إلى الكتابة خصوصاً في الأزمنة السالفة التي لم تحدث فيها صنعة الطبع، و في هذا الزمان مع رواج هذه الصنعة كثيراً يكون الاحتياج إلى الكتابة باقياً بحاله كما نراه بالوجدان، و حينئذٍ فكيف يمكن دعوى عدم اعتبار الكتابة مطلقاً حتى في صورة الأمن من التزوير الحاصل بالاطلاع على خصوصيات الخطّ و بالمختومية و نحوهما. و في كلام المحقق في الشرائع تعليلاً لعدم اعتبار الكتابة بإمكان التشبيه «٢».

نعم في الجواهر: الفرق بين مثل الكتابة و اللفظ بما يرجع إلى أنّ اللفظ يحكم بمجرد صدوره من الالفاظ بما يقتضيه لفظه إلّا أن يعلم خلافه، بخلاف مثلها، فإنها من قسم الأفعال لا دلالة فيه كذلك «٣»، و أمّا عدم العبرة به حتى مع العلم فلا، فلعله حينئذٍ يصير النزاع لفظياً، كما أشار إليه المحقق الأردبيلي في كلامه المتقدّم.

(١) جواهر الكلام: ٤٠ / ٣٠٤.

(٢) شرائع الإسلام: ٩٥ / ٤.

(٣) جواهر الكلام: ٤٠ / ٣٠٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٦٧

[مسألة ٢: إنهاء حكم الحاكم بعد فرض الإنشاء لفظاً إلى حاكم آخر إمّا بالكتابة أو القول أو الشهادة]

مسألة ٢: إنهاء حكم الحاكم بعد فرض الإنشاء لفظاً إلى حاكم آخر إمّا بالكتابة أو القول أو الشهادة، فإن كان بالكتابة بأن يكتب إلى حاكم آخر بحكمه فلا عبرة بها حتى مع العلم بأنها له و أراد مفادها، و أمّا القول مشافهة فإن كان شهادة على إنشائه السابق فلا يقبل إلّا مع شهادة عادل آخر، و أولى بذلك ما إذا قال: ثبت عندي كذا، و إن كان الإنشاء بحضور الثاني بأن كان الثاني حاضراً في مجلس الحكم ففضى الأول، فهو خارج عن محطّ البحث لكن يجب إنفاذه، و أمّا شهادة البينة على حكمه فمقبولة يجب الإنفاذ على حاكم آخر، و كذا لو علم حكم الحاكم بالتواتر أو قرائن قطعية أو إقرار المتخاصمين (١).

(١) إنهاء حكم الحاكم بعد فرض الإنشاء الصحيح سواء كان باللفظ بناءً على الاختصاص به أو بغيره بناءً على جوازه، كما عرفت في ذيل المسألة الأولى بأحد أمور الثلاثة.

و ليعلم قبل التعرّض لهذه الأمور أنّ الغرض من الإنهاء كما أشار إليه المحقق في الشرائع أنّ الحاجة قد تمسّ إليه؛ لأن احتياج أرباب

الحقوق إلى إثباتها في البلاد المتباعدة غالب، و تكليف شهود الأصل بالانتقال إلى تلك البلاد متعذراً أو متعسراً، فلا بد من وسيلة إلى استيفائها مع تباعد الغرماء، و لا وسيلة إلا رفع الأحكام إلى الحكام، و لأنه لو لم يشرع إنهاء الاحكام بطلت الحجج مع تطاول المديد، و لأن المنع من ذلك يؤدي إلى استمرار الخصومة في الواقعة الواحدة، بأن يرافعه المحكوم عليه إلى آخر، فإن لم ينفذ الثاني ما حكم به الأول اتصلت المنازعة، و غير ذلك

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٦٨

.....

من الفوائد «١».

كما أنه ينبغي قبل التعرض لتلك الأمور الثلاثة بيان أصل أصله صاحب الرياض، و حكي في الجواهر أنه قد بنى عليه كثيراً من مسائل هذا الفصل، و لخصه في أن قضاء التنفيذ قسم آخر من القضاء، غير أصل القضاء بالواقعة بموازينها المقررة شرعاً، و هي: البيئنة و الايمان، بخلاف الحكم بحكم الأول الذي هو من القول بغير علم، بل لعله منافٍ لرأى 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 الإخبار أو البيئنة، إلا أنه خرج ما خرج بالإجماع و بقي غيره على الأصل «٢».

و أورد عليه في الجواهر بما يرجع إلى أنه يمكن استفادة قضاء التنفيذ من أدلة أصل القضاء، التي منها: «جعلته حاكماً و حجة كما أنا حجة» «٣»، و نحو ذلك مما يشمل القضاء التنفيذي أيضاً، و احتمال كون المراد من ذلك عدم نقضه لا إنشاء إزام يالزام الأول من حيث إزامه، يدفعه ما سمعته من الأدلة الدالة على مشروعيته، مضافاً إلى إطلاق كونه حاكماً و حجة المقتضى لتناول ذلك لو صدر منه، و قال في ذيله: فتأمل جيداً، فإن المسألة غامضة، و لم أجد من نقحها كما ذكرنا، بل ستمتع كلام بعض أن الإنفاذ ليس حكماً بل هو إقرار حكم، و التحقيق ما عرفت «٤».

(١) شرائع الإسلام: ٨٨٤ / ٤.

(٢) رياض المسائل: ١٣ / ١٤٩ - ١٥١.

(٣) وسائل الشيعة: ٢٧ / ١٣٦ و ١٣٨، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي ب ١١ ح ١ و ٩، هو نقل بالمعنى.

(٤) جواهر الكلام: ٣٠٩ / ٤٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٦٩

.....

أقول: إن البحث في القضاء التنفيذي قد يقع في حقيقته و ماهيته، و قد يقع في وجه الاحتياج و الافتقار إليه. أمّا البحث من الجهة الأولى و إن لم يكن منقحاً في كلمات الأصحاب كما عرفت من الجواهر فالظاهر أنه حكم مستقل لا إنفاذ الحكم الأول، غاية الأمر أنه لا يعتبر فيه البيئات و الايمان. و قد عرفت في مبحث علم القاضي «١» أن الحصر فيهما إضافي، و لا ينافي الحكم بالعلم، بل المعتبر فيه حكم الأول و ثبوته، و إن لم يكن مطابقاً لرأى الثاني و نظره. و أمّا سائر الخصوصيات المعبرة سيما ما يكون من صفات القاضي فهو معتبر في القاضي التنفيذي؛ و لذا سمي بالقضاء التنفيذي لا به تنفيذ القضاء، فتدبر.

و أمّا البحث من الجهة الثانية؛ فلأنه ربما تمس الحاجة إلى حكمه لأجل شدة اقتداره و قوته على إجراء حكمه دون القاضي الأول، أو لأجل أن المتخاصمين لهما أو لأحدهما مناقشة في الحكم الأول من جهة عدالة القاضي أو علمه مثلاً، مع ثبوت كلاهما عند القاضي

التنفيذى، أو لأجل ضعف القاضى الأول و عدم بناء الثانى إلّا على إجراء حكم نفسه، أو لغير ذلك من الجهات.

و بالجملة: الافتقار إلى القاضى التنفيذى يتحقق كثيراً.

الأول، الكتابة: بأن يكتب إلى حاكم آخر بحكمه، و قد عرفت أنّ التعبير بكتاب قاض إلى قاض، كما فى الكلمات تبعاً للرواية إنّما يناسب هذا الأمر، و فى المتن أنّه لا عبرة بها حتى مع العلم بأنّها له و أراد مفادها.

(١) أى فى المسألة الثامنة من صفات القاضى.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٧٠

.....

و الظاهر أنّ مستندها هو إطلاق الرواية المتقدمة «١» الحاكىة لعمل أمير المؤمنين (عليه السلام)، و أنّه كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض، بعد وضوح أنّ المراد عدم الإجازة الوضعية لا التكليفيه، فإنّ مقتضى إطلاقها عدم الإجازة و لو مع العلم بأنّها له و أراد مفادها، خصوصاً مع ملاحظة أنّ الحاكى لعمل المولى كان هو الإمام (عليه السلام)، و كان فى مقام بيان الحكم لا نقل القصّة، غاية الأمر بهذه الكيفية، و لو كان القيد دخيلاً فيه كان عليه بيانه، كما لا يخفى.

هذا، و لكنّ الظاهر انصراف الرواية عن هذه الصورة التى كانت الكتابة مقرونة بقرائن قطعية موجبة للعلم بذلك، أو الاطمئنان الذى يعامل معه عند العرف و العقلاء معاملة العلم.

ثمّ إنّ المحقّق فى الشرائع أورد على الرواية سنداً بأنّ طلحة بترى و هم فرقة من الزيدية و السكونى عامى «٢»، و أضاف إليه صاحب الجواهر أنّه لا- جابر لهما فى خصوص المفروض أى صورة ثبوت الحكم و إحرازه بل الوهن محقّق، و شهرة مضمونها فى غير المفروض لا يقتضى جبرها فيه «٣».

أقول: مضافاً إلى أنّه لا يعتبر فى حجيه خبر الواحد و اعتباره إلّا مجرد الوثاقه و هى متحقّقة بالإضافة إلى سند السكونى و قد حكى عن الشيخ فى العدة أنّه قال: و لأجل ما قلناه عملت الطائفة بما رواه حفص بن غياث .. و السكونى .. عن أئمتنا (عليهم السلام)، فيما لم ينكروه و لم يكن عندهم خلافه «٤»، أنّ ثبوت استناد المشهور إليه

(١) فى ص: ٣٤٣-٣٤٤.

(٢) شرائع الإسلام: ٩٧/٤.

(٣) جواهر الكلام: ٣١١/٤٠.

(٤) العدة فى أصول الفقه: ١/١٤٩ ١٥٠.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٧١

.....

كافٍ فى الحجيه، و إن لم يكن إطلاق الرواية مورداً لقبولهم.

نعم قد عرفت انصراف الإطلاق إلى صورة الاشتباه و عدم الأمن من التزوير، و لا يشمل صورة الأمن بوجه، مضافاً إلى ما أفاده المحقّق فى الشرائع، حيث قال: و مع تسليمها نقول بموجبها، فإنّا لا نعمل بالكتاب أصلاً و لو شهد به فكأنّ الكتاب ملغى «١».

و الظاهر أنّ قوله: «و لو شهد به» أنّ قيام البيئته على كونه كتاب القاضى لا يكفى، خلافاً لبنى أمية حيث أنّهم لمّا ولوا أجازوا بالبيئات.

و الظاهر أن المراد البيّنات على ثبوت الكتابة، لا البيّنات على الحكم الموافقة لما في الكتاب، فإنه لم يحك عن علي (عليه السلام) منعه، فلا تتحقّق الموافقة بين الصدر و الذيل كما لا يخفى.

و قد انقدح من جميع ما ذكرنا الخلل فيما أفاده في المتن من أنه لا عبرة بها؛ أي بالكتابة حتى مع العلم بأنّها له و أراد مفادها. الثاني، القول مشافهة: و قد فصل فيه في المتن بين ما إذا كان شهادة على إنشائه السابق، فلا يجدي إلّا ما إذا كان مع شهادة عادل آخر لتتحقّق البيّنة على ذلك. و أولى من ذلك ما إذا قال: ثبت عندي كذا، و بين ما إذا كان الإنشاء بحضور الثاني، إن كان الثاني حاضراً في مجلس الإنشاء الصّادر من الأوّل، و أفاد أنه خارج عن محطّ البحث لكن يجب إنفاذه. و يظهر من المحقّق في الشرائع التردّد في القبول حيث قال فيها: و أمّا القول مشافهة فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت، ففي

(١) شرائع الإسلام: ٩٦ / ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٧٢

.....

القضاء به تردّد. نصّ الشيخ في الخلاف «١» أنه لا يقبل «٢».

و من الواضح أن قول: حكمت أو أنفذت أو مثلهما إنّما هو إخبار عمّا وقع له من الإنشاء السابق لا الإنشاء، كما أن التعبير بقوله: ففي القضاء به .. إشارة إلى ما ذكرنا في القضاء التنفيذي من كونه حكماً ثانياً، غاية الأمر كونه كذلك لا مجرد تنفيذ حكم الحاكم الأوّل. و الظاهر أن منشأ التردد أنّ خبر العادل الواحد في الموضوعات التي منها حكم نفسه لا يكون حجّة كما حقّقناه في محلّه، و عليه فيحتاج إلى شهادة عادل آخر حتى تقوم البيّنة على ذلك، و أنّ الإنشاء أمر لا يكاد يعلم إلّا من قبله، خصوصاً مع أنّ الظاهر أنّه لا يعتبر فيه أن يكون بحضور المتخاصمين و في معرض استماعهما، و إن كان مشروطاً بالتماس المحكوم له. و حينئذٍ يكفي فيه الإخبار عن إنشاء الحكم إذا لم يكن بحضورهما، فإذا كان إخباره كافياً لهما مع كونه عادلاً و إن كان واحداً، فالظاهر كفايته بالإضافة إلى الحاكم الآخر، و خبر العادل الواحد و إن لم يكن حجّة في الموضوعات بنحو الكليّة إلّا أنّه حجّة في بعض الموارد، بل و إن لم يكن عادلاً، كإخبار البائع بوزن المبيع الموزون أو كيل المبيع المكيل، و إخبار ذي اليد بنجاسة ما في يده و نظائرهما. و قد حكم صاحب الجواهر (قدّس سرّه) بعد حكاية تردّد المحقّق بأنّ أقرببه القبول كما ستعرف «٣»، و لكنني لم أتحقّق وجهه في كلامه، و الظاهر أنّ وجهه ما ذكرنا.

الثالث، شهادة البيّنة على حكم الحاكم الأوّل: و قد عرفت أن المراد بقوله عليه السلام:

(١) الخلاف: ٢٤٥ / ٦ مسألة ٤٢.

(٢) شرائع الإسلام: ٩٦ / ٤.

(٣) جواهر الكلام: ٣٠٦ / ٤٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٧٣

.....

«فأجازوا بالبيّنات» في رواية السكوني هي البيّنة على الكتابة لا البيّنة في أصل الواقعة في مقابل اليمين، التي قال رسول الله (صلّى الله عليه و آله) في حقّهما: «إنّما أفضى بينكم بالبيّنات و الايمان» «١».

ومن الواضح عدم كون الولي مخالفاً للنبي صلى الله عليهما وآلهما. وستعرف في بعض المسائل الآتية إن حجية البيئة على إنشاء القاضي لا يعتبر فيها حضور مجلس الإنشاء ولا إشهاد القاضي إيها، بل هي حجة مطلقاً سواء كانا حاضرين مجلس الإنشاء أم لا، و سواء أشهدهما القاضي أم لا. وسيأتي أيضاً في بعض المسائل الآتية إن شاء الله تعالى الفرق بين حقوق الناس و حقوق الله فانتظر. وهكذا في وجوب الإنفاذ بالمعنى الذي ذكرناه؛ ما لو علم القاضي الثاني بحكم القاضي الأول بالتواتر أو قرائن قطعية أو إقرار المتخاصمين. والمراد صورة إفادة إقرارهما العلم بذلك، وإلّا فربما لا. يكون الإقرار الكذائي مفيداً للعلم، كما إذا لم يكن المتخاصمان مدّعياً و منكرًا، بل متداعيين و احتمال التباين بينهما، كما لا يخفى.

(١) تقدّمت في ص ١٣٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٧٤

[مسألة ٣: الظاهر أن إنفاذ حكم الحاكم أجنبي عن حكم الحاكم الثاني في الواقعة]

مسألة ٣: الظاهر أن إنفاذ حكم الحاكم أجنبي عن حكم الحاكم الثاني في الواقعة؛ لأنّ قطع الخصومة حصل بحكم الأول، و إنّما أنفذه و أمضاه الحاكم الآخر ليجريه الولاية و الأمراء، و لا أثر له بحسب الواقعة، فإنّ إنفاذه و عدم إنفاذه بعد تمامية موازين القضاء في الأول سواء، و ليس له الحكم في الواقعة؛ لعدم علمه و عدم تحقّق موازين القضاء عنده (١).

(١) قد عرفت في ذيل المسألة الثانية المتقدّمة أنّ القضاء التنفيذي نوع من القضاء و قسم منه، و قد عرفت أنّ المحقّق في الشرائع عبّر بالقضاء به أي بالقول مشافهه، كما أنّك عرفت وجه الاحتياج و الافتقار إليه، و موضوعه القضاء الأول بعد تمامية موازين القضاء عند القاضي الأول الحاكم في نفس الواقعة بخصوصياتها، و عليه فالتعبير بمغايرة الإنفاذ عن حكم الحاكم الثاني لا يكون في محله، و عدم كونه حكماً لأجل عدم العلم بالواقعة، و عدم تحقّق موازين القضاء عند الحاكم الثاني لا يلائم إلّا مع عدم كونه حكماً في الواقعة مستقيماً، و أمّا عدم كونه حكماً و إنشاءً مطابقاً لإنشاء الأول فلا، و عليه فالمغايرة إنّما هي باعتبار كونه حكماً في الواقعة لا باعتبار أصل الحكم و إنشائه.

و بالجملة: فالدقّة في العبارة تعطى أنّ الماتن (قدّس سرّه) إنّما هو في مقام بيان أنّ الحكم الثاني لا يكون حكماً في الواقعة بحيث يترتب عليه فصل الخصومة، و أمّا أصل كونه حكماً إنشائياً فلا يكون المتن بصدد نفيه، و إن كان ربّما يوهمه في بادئ النظر، كما لا يخفى.

و الإنصاف أنّ القول بعدم كونه حكماً ناشئاً عن عدم الدقّة و التدبّر في كلمات القوم و عباراتهم، و عن تخيل كون فصل الخصومة و رفع النزاع قد حصل بحكم

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٧٥

.....

الأول، فلا مجال لحكم الثاني، فلا بدّ أن يكون حكمه إنفاذاً لحكم الأول غفلةً عن أنّه نوع من القضاء لا يعتبر فيه العلم بالواقعة، و تحقّق موازين القضاء عنده بل موضوعه حكم الأول مع الخصوصيات المتحقّقة.

و قد عرفت أنّ الحصر في قوله (صلى الله عليه و آله): «إنّما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» حصر إضافي «١»؛ و لذا يجوز للقاضي

القضاء بعلمه، لو لم نقل بالانصراف إلى القضاء الأصلي في نفس الواقعة. و عليه فالدليل عليه هو الدليل على أصل مسألة القضاء مما يدل على كون القاضى حكماً و حجة، كما مرّ في كلام صاحب الجواهر، مضافاً إلى أن الأمر الثالث المتحقق في المقام بعد عدم كون عمل القاضى الثانى قضاءً في نفس الواقعة لعدم تحقق موازين القضاء عنده، و عدم كونه إجراءً محضاً هو الإنشاء على طبق حكم الأول و الحكم عليه، لا مجرد القبول و الرضا. فالحق ما عرفت، و إن كان ربّما يستبعده الذهن خصوصاً بعد ارتباطه نوعاً بالقضاء الأصلي، فتدبر جيداً.

(١) في ص ١٨٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٧٦

مسألة ٤: لا فرق فيما ذكرناه بين حقوق الله تعالى و حقوق الناس إلّا في الثبوت بالبينّة

مسألة ٤: لا فرق فيما ذكرناه بين حقوق الله تعالى و حقوق الناس إلّا في الثبوت بالبينّة، فإنّ الإنفاذ بها فيها محلّ إشكال و الأشبه عدمه (١).

(١) الظاهر وقوع السيهو و الاشتباه في تقديم حقوق الله تعالى في الذكر على حقوق الناس، فإنّ ما هو محلّ الإشكال في الثبوت بالبينّة إنّما هي حقوق الله.

قال المحقق في الشرائع: العمل بذلك أى بالقضاء التنفيذى مقصور على حقوق الناس دون الحدود و غيرها من حقوق الله «١»، و أضاف إليه فى الجواهر قوله: بلا- خلاف أجده فيه، بل حكى الإجماع عليه غير واحد «٢»، بل قد يشهد له التبع، و هو حجة لا ما ذكره من درء الحدود بالشبهات «٣» التى لا محلّ لها بعد قيام بينات.

ثم قال: اللهم إلّا إنّ يقال: إنّ الشبهة حاصلة للحاكم الآخر حتى لو سمع إنشاء حكمه فضلاً عن الشهادة به، فلا يشرع قضاء التنفيذى فى الحد «٤» ..

أقول: و يمكن أن يكون الوجه فيه بناء على كون الإجماع فقط مدركاً للقضاء التنفيذى إنّ الإجماع حيث يكون دليلاً لثبوت، و الأدلة اللبئية يقتصر فيها على القدر المتيقن، فالقدر المتيقن هو حقوق الناس دون حقوق الله مثل الحدّ و غيره، فإنّها محلّ إشكال لو لم نقل بقيام الإجماع فيها على عدم، فتدبر جيداً.

(١) شرائع الإسلام: ٩٧ / ٤.

(٢) السرائر: ١٧٦ / ٢، تحرير الأحكام: ١٥٠ / ٥، الرقم ٦٤٧٨، مختلف الشيعة ٨ / ٤٤٥، قواعد الاحكام: ٣ / ٢١٦ - ٤٥٦ - ٤٥٨، كشف اللثام: ١٠ / ١٥٦، رياض المسائل: ١٣ / ١٤٧.

(٣) تقدّمت الرواية الدالة عليه فى ص ١٧٤ - ٢٧٢

(٤) جواهر الكلام: ٣١٢ / ٤٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٧٧

مسألة ٥: لا يعتبر فى جواز شهادة البينّة و لا فى قبولها هنا غير ما يعتبر فيهما فى سائر المقامات

مسألة ٥: لا يعتبر في جواز شهادة البيّنة ولا في قبولها هنا غير ما يعتبر فيهما في سائر المقامات، فلا يعتبر إشهدهما على حكمه وقضائه في التّحمّل، وكذا لا يعتبر في قبول شهادتهما إشهدهما على الحكم، ولا حضورهما في مجلس الخصومة وسماعهما شهادة الشهود، بل المعتبر شهودهما أنّ الحاكم حكم بذلك، بل يكفي علمهما بذلك (١).

(١) قد عرفت أنّ طرق الإنهاء ثلاثة:

منها: قيام البيّنة عند الحاكم الثاني على ثبوت حكم الحاكم الأوّل وإنشائه لرفع الخصومة والنزاع، فاعلم أنّه لا يعتبر في اعتبار هذه البيّنة شيء زائد على البيّنة المعتبرة في سائر المقامات، فلا يعتبر حضورهما في مجلس المرافعة ولا سماعهما شهادة الشهود، بل ولا سماع إنشاء الحاكم الأوّل، بل الظاهر كفاية علمهما بذلك، كما يأتي إن شاء الله تعالى في كتاب الشهادات «١». نعم، القدر المتيقّن صورة حضور الشاهدين سماع الحكم وإشهدهما الحاكم الأوّل، وهو الذي عبر عنه المحقّق في الشرائع بأنّه أتم احتياطاً «٢»، لكن لا دليل على اعتبار شيء من الأمرين بعد عدم الدليل عليه في مقابل عموم أدلّة حجّية البيّنة، واعتبارها في الموضوعات التي منها إنشاء الحكم من الحاكم الأوّل.

(١) يأتي في «القول في الشهادة على الشهادة».

(٢) شرائع الإسلام: ٩٦ / ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٧٨

[مسألة ٦: قيل: إن لم يحضر الشاهدان الخصومة فحكى الحاكم لهما الواقعة و صورة الحكم]

مسألة ٦: قيل: إن لم يحضر الشاهدان الخصومة فحكى الحاكم لهما الواقعة و صورة الحكم، و سمى المتحاكمين بأسمائهما و آبائهما و صفاتهما، و أشهدهما على الحكم فالأولى القبول؛ لأنّ إخباره كحكمه ماضٍ، و الأشبه عدم القبول إلّا بضمّ عادل آخر، بل لو أنشأ الحكم بعد الإنشاء في مجلس الخصومة فجواز الشهادة بالحكم بنحو الإطلاق مشكل بل ممنوع، و الشهادة بنحو التقييد بأنّه لم يكن إنشاء مجلس الخصومة و لا إنشاء الرافع لها جائز، لكن إنفاذه للحاكم الآخر مشكل بل ممنوع (١).

(١) القائل هو المحقّق في الشرائع، حيث إنّ بعد التردد في المسألة قال: و القبول أولى، مستدلّاً بأنّ حكمه كما كان ماضياً كان إخباره ماضياً «١». و حكى الخلاف عن الشيخ في الخلاف «٢»، بل قيل: إنّ ظاهره دعوى الإجماع عليه، إلّا أنّه ذكر صاحب الجواهر (قدّس سرّه): أنّه لم يجد من وافقه عليه سوى بعض متأخري المتأخّرين «٣». «٤» و كيف كان، فمنشأ التردد ما استدللّ به المحقّق من أنّه كما يكون إنشاؤه ماضياً يكون إخباره أيضاً ماضياً؛ لأنّ مستند حجّية الإنشاء كونه حجّية و كون الرادّ عليه كالرادّ عليهم (عليهم السّلام)، و انطباق هذا العنوان عليه يوجب كونه مصدّقاً لحقّ الغير، و إن لم يقبل الإقرار عليه خصوصاً مع أنّ إنشاء القضاء فيما هو المفروض شيء

(١) شرائع الإسلام: ٩٨ / ٤.

(٢) الخلاف: ٢٤٥ / ٦ مسألة ٤٢.

(٣) مجمع الفائدة و البرهان: ١٢ / ٢٠٩ ٢١٠.

(٤) جواهر الكلام: ٣١٤ / ٤٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٧٩

.....

لا يعلم إلّا من قبله، و من أنّ إخبار عادل واحد لا يكفي في الموضوعات الخارجيّة، و لا يقبل إلّا بضمّ عادل آخر. فأخبار القاضي بإنشائه السابق من هذا القبيل، و لا ملازمة بين حجّية إنشائه و حجّية إخباره و إن كان المخبر به إنشائه.

و منه يظهر أنّ دعوى أولوية الفرض ممّا قام على إنشائه شاهدان عادلان ممنوعه؛ لأنّ إخباره بإنشائه في السابق إخبار عادل واحد بخلاف صورة قيام البيّنة عليه، فالأولوية ممنوعة جدّاً. و استفادة حجّية إخباره بذلك من دليل حجّية إنشائه موجبة للالتزام بحجّية إخباره في سائر الموضوعات الخارجيّة، مع أنّنا لا نقول به.

و يظهر من المحكي عن المسالك: أنّ وجه التردّد غير ذلك، حيث قال: قد ظهر من الأدلّة المجوّزة لقبول إنفاذ الحكم أنّ موردها الضرورة إلى ذلك في البلاد البعيدة عن الحاكم الأوّل، فذهب بعض الأصحاب إلى اختصاص الحكم بما إذا كان بين الحاكمين وساطة، و هم الشهود على حكم الأوّل. فلو كان الحاكمان مجتمعين و أشهد أحدهما الآخر على حكمه لم يصحّ إنفاذه؛ لأنّ هذا ليس من محلّ الضرورة المسوّغة للإنفاذ المخالف للأصل «١».

و أورد عليه في الجواهر: بأنّ ذلك ليس قولاً لأحد من أصحابنا، و لم نعرف أحداً حكاه غيره، و الضرورة المذكورة في الدليل إنّما هي حكمه أصل المشروعية للإنفاذ لا أنّها علته، على أنّها قد تتحقّق فيه لقطع الخصومة مع عدم

(١) مسالك الأفهام: ١٧ / ١٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٨٠

.....

التباعد «١» ..

فالحقّ حينئذٍ ما اختاره في المتن من عدم القبول، و أنّه أشبه بالأصول و القواعد كما لا يخفى.

بل ذكر في المتن أنّه لو أنشأ الحكم بعد الإنشاء في مجلس الخصومة، و أشهد الشاهدين على هذا الحكم الثاني، فجاوز الشهادة بالحكم بنحو الإطلاق مشكل بل ممنوع، و الشهادة بنحو التقييد غير مفيد، و عليه فالإنشاء الثاني لغو لا يترتب عليه أثر. فتدبر جيّداً. أمّا الممنوعيّة في صورة الإطلاق؛ فلانصراف إلى الحكم المنشأ أوّلًا الفاصل للخصومة و الراجع للتنازع، و مع هذا الانصراف لا تجوز الشهادة على نحو الإطلاق.

و أمّا عدم كونه مفيداً في صورة التقييد بأن يشهد بأنّ الحكم المشهود به ليس هو الحكم الأوّل الفاصل للخصومة، فلأنّ أدلّة الإنفاذ سيّما الإجماع مقصورة على إنفاذ الحكم المنشأ أوّلًا، الصادر على طبق موازين القضاء، و لا يشمل الحكم الثاني من الحاكم الأوّل مع عدم إحراز الحكم الأوّل.

(١) جواهر الكلام: ٣١٦ / ٤٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٨١

[مسألة ٧: لا فرق في جميع ما مرّ بين أن يكون حكم الحاكم بين المتخاصمين مع حضورهما، وبين حكمه على الغائب بعد إقامة المدعى البيّنة]

مسألة ٧: لا- فرق في جميع ما مرّ بين أن يكون حكم الحاكم بين المتخاصمين مع حضورهما، وبين حكمه على الغائب بعد إقامة المدعى البيّنة، فالتحمل فيهما والشهادة و شرائط القبول واحد، ولا بدّ للشاهدين من حفظ جميع خصوصيات المدعى و المدعى عليه ممّا يخرجهما عن الإبهام، و حفظ المدعى به بخصوصياته المخرجة عن الإبهام، و حفظ الشاهدين و خصوصياتهما كذلك فيما يحتاج إليه، كالحكم على الغائب و أنّه على حجّته (١).

(١) لا- فرق فيما مرّ من القضاء التنفيذي بين أن يكون حكم الحاكم الأوّل بين المتخاصمين مع حضورهما، و بين حكمه على الغائب بعد إقامة المدعى البيّنة، و قد مرّ البحث في جواز الحكم على الغائب «١»، و حينئذٍ فتجوز شهادة البيّنة على صدور الحكم على الغائب عند الحاكم الثاني، غاية الأمر أنّه لا بدّ للشاهدين من حفظ جميع خصوصيات المدعى و المدعى عليه و المدعى به بما يخرج كلّ واحد من هذه الأمور عن الإبهام و الإجمال.

و ظاهر العبارة خصوصاً بملاحظة اللابديّة الآتية فيها أنّ هذه اللابديّة إنّما هي في خصوص صورة الحكم على الغائب، مع أنّ الظاهر تحقّقها في كلتا صورتين، فإنّه في صورة حضور المتخاصمين لا بدّ من حفظ خصوصياتهما و خصوصيات المدعى به في الحكم التنفيذي.

نعم لا يعتبر في غير الحكم على الغائب حفظ الشاهدين و خصوصياتهما، بل تكفي الشهادة على حكم الأوّل و إن لم يُعرف الشاهدان أصلاً. و أمّا في الحكم على الغائب فيعتبر ذلك نظراً إلى أنّ الغائب على حجّته، و يمكن له قرح الشاهدين

(١) تقدّم في «القول في شروط سماع الدعوى» مسألة ٥ و ٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٨٢

.....

أو أحدهما، كما قد تقدّم في الحكم على الغائب.

ثمّ إنه قد ظهر ممّا ذكر في هذا الفصل أنّ جعل عنوانه «كتابة قاض إلى قاض» لا ينبغي، و إن جعل عنوانه «القضاء التنفيذي» لكان أولى، و السرّ فيه أنّه جعل القضاء بالكتابة غير مشروع، و كتابة قاض إلى قاض غير مؤثّرة، و لو في صورة العلم بأنّه الكاتب و أنّه أراد المفاد، فتدبرّ جيداً.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٨٣

[مسألة ٨: لو اشتبه الأمر على الحاكم الثاني]

مسألة ٨: لو اشتبه الأمر على الحاكم الثاني؛ لعدم ضبط الشهود له ما يرفع به الإبهام أوقف الحكم حتى يتّضح الأمر بتدكّرهما أو بشهادة غيرهما (١).

[مسألة ٩: لو تغيّرت حال الحاكم الأوّل بعد حكمه بموت أو جنون، لم يقدح ذلك في العمل بحكمه]

مسألة ٩: لو تغيّرت حال الحاكم الأوّل بعد حكمه بموت أو جنون، لم يقدح ذلك في العمل بحكمه، و في لزوم إنفاذه على حاكم آخر لو توقّف استيفاء الحقّ عليه، و لو تغيّرت بفسق فقد يقال: لم يعمل بحكمه أو يفصّل بين ظهور الفسق قبل إنفاذه فلم يعمل أو بعده فيعمل، و الأشبه العمل مطلقاً كسائر العوارض، و جواز إنفاذه أو وجوبه (٢).

(١) من الواضح أنّه لو اشتبه الأمر على الحاكم الثاني؛ لعدم ضبط الشهود ما يرفع به الإبهام عن أحد الأمور التي تقدّم أنّه لا بدّ أن يكون خالياً عن الإبهام و الإجمال لا يجوز له الإنفاذ حتى يتّضح الأمر بتدكّرهما أو بشهادة غيرهما، كما لا يخفى.

(٢) لو تغيّرت حال الحاكم الأوّل بعد إنشائه الحكم و رفع التنازع و فصل الخصومة، فتارةً يكون التغير بموت أو جنون، و أخرى بزوال العدالة و عروض الفسق، فإن كان بالأوّل فالظاهر عدم قدح ذلك في العمل بحكمه، و في لزوم إنفاذه على حاكم آخر إذا توقّف استيفاء الحقّ عليه؛ لأنّ اعتبار الحياة و عدم الجنون إنّما يلاحظ بالإضافة إلى حال الإنشاء و حال صدور الحكم، و أمّا عروضهما أو أحدهما بعد الإنشاء فلا دخل له في اعتبار الإنشاء المصحّح للحكم بالإنفاذ من الحاكم الثاني، كما لا يخفى.

و إن كان بالثاني، فمقتضى القاعدة هو الحكم في الصورة الاولى من أنّ الملاك

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٨٤

.....

حال الإنشاء من جهة اعتبار صفات القاضى التي منها العدالة، لكن المحقّق في الشرائع و جماعة أخرى ذكروا أنّه إن تغيّر بفسق لم يعمل بحكمه «١»، و في محكّي المسالك أنّهم فرقوا بينه و بين الموت، بأنّ ظهور الفسق يشعر بالخبث و قيام الفسق يوم يرفع الحكم «٢».

هذا، و لكنّ الظاهر مضافاً إلى عدم تمامية الإشعار المذكور، بل مقتضى الاستصحاب بقاء العدالة إلى ظهور الفسق أنّ المفروض وجود العدالة المعترية في القاضى حال إنشائه و صدور حكمه، و لا يكون ظهور الفسق كاشفاً عن عدم العدالة حال الحكم، لأنّ الفسق و العدالة ليسا بأولى من الإيمان و الكفر، و قد قال الله تعالى إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ أَرَادُوا كُفْرًا «٣»، و ظاهره تحقّق هذه الأوصاف حقيقة لا مجازاً. و عليه فالعادل الواقعي يمكن أن يصير فاسقاً، لا أنّ فسقه يكشف عن عدم عدالته سابقاً.

و منه يظهر بطلان التفصيل بين ما إذا كان ظهور الفسق قبل إنفاذه أو بعده، فإنّ الظهور قبل الإنفاذ لا يقدح في جوازه أو لزومه بعد تحقّق الخصوصيات المعترية حال الإنشاء، فالأشبه كما في المتن العمل به، أي صحّة إنفاذه مطلقاً من دون فرق بين الظهور قبله أو بعده.

(١) شرائع الإسلام: ٩٩ / ٤، قواعد الأحكام: ٤٥٧ / ٣، إرشاد الأذهان: ١٤٨ / ٢، الدروس الشرعية: ٩٢ / ٢، مجمع الفائدة و البرهان: ١٢ / ٢١٦.

(٢) مسالك الأفهام: ٢٠ / ١٤.

(٣) سورة النساء: ٤: ١٣٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٨٥

.....

ثم الظاهر أن مراده أي المحقق عدم إنفاذ حكمه فيما إذا تغير بفسق لا- أصل العمل بحكمه، وإلا يلزم أولاً ما ذكره في الجواهر من اقتضائه بطلان ما وقع من العمل بفتاواه الذي هو أولى بذلك من الحكم، وهو معلوم البطلان «١».

و ثانياً عدم لزوم العمل بحكم حاكم أصلاً؛ لاحتمال عروض الفسق له بعد الحكم، وهو ينافي حكمه مشروعياً القضاء، التي هي فصل الخصومة و رفع التنازع، كما لا يخفى.

(١) جواهر الكلام: ٣١٨ / ٤٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٨٦

[مسألة ١٠: لو أقر المدعى عليه عند الحاكم الثاني بأنه المحكوم عليه و هو المشهود عليه ألزمه الحاكم]

مسألة ١٠: لو أقر المدعى عليه عند الحاكم الثاني بأنه المحكوم عليه و هو المشهود عليه ألزمه الحاكم، و لو أنكر فإن كانت شهادة الشهود على عينه لم يسمع منه و الزم، و كذا لو كانت على وصف لا ينطبق إلا عليه، و كذا فيما ينطبق عليه إلا نادراً، بحيث لا يعتنى باحتماله العقلاء و كان الانطباق عليه ممّا يطمأن به، و إن كان الوصف على وجه قابل للانطباق على غيره و عليه فالقول قوله بيمينه، و على المدعى إقامة البيّنة بأنه هو، و يحتمل في هذه الصورة عدم صحّة الحكم؛ لكونه من قبيل القضاء بالمبهم، و فيه تأمل (١).

(١) لو أقر المدعى عليه عند الحاكم الثاني بأنه المحكوم عليه في حكم الأول و أنّه المشهود عليه عند الثاني، فلا إشكال و لا ارتياب في أنّه يلزمه الحاكم الثاني؛ لقاعدة «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» «١»، لثبوت الحكم عند الثاني بالبيّنة و إقراره بأنه المحكوم عليه و المشهود به. و لو أنكر المحكوم عليه عند الحاكم الثاني أنّه المشهود عليه ففيه صور و فروض:

لأنّه تارة يشهد الشهود على عينه و شخصه، و في هذه الصورة لا يسمع إنكاره لتعلّق الشهادة بعينه و أنّه المحكوم عليه.

و أخرى يشهد الشهود بأوصاف أو بوصف لا- تنطبق إلا عليه و لا يوصف بها أو به إلا هو، و في هذه الصورة أيضاً لا يسمع إنكاره لانحصار المشهود عليه به، غايه الأمر من طريق الوصف.

(١) انظر القواعد الفقهيّة للمؤلف دام ظلّه: ١ / ٦٥-٨٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٨٧

.....

و ثالثه يشهد على وصف ربما ينطبق على غيره نادراً، لكنّ الندرة بلغت إلى حدّ لا يكاد يعتنى باحتماله العقلاء، بل الانطباق عليه ممّا يُطمأن به. و من الواضح أنّه يعامل العرف و العقلاء معه معاملة العلم، و إن لم يكن علماً عقلاً، و في هذه الصورة أيضاً لا يسمع إنكاره لما ذكرنا.

و رابعة يشهد على وصف قابل للانطباق عليه و على غيره، و لا يكون الانطباق على الغير نادراً، بل احتمال الانطباق على الغير احتمال عقلائي كالانطباق على المشهود عليه، و قد احتّم في هذه الصورة أمران مع التأمل في الثاني:

أحدهما: أنّه لو كانت للمدعى بيّنة على أنّ المشهود عليه هو، و إلا فيمين المنكر، مثل أصل الدعوى في أنّه إذا لم يكن للمدعى بيّنة

تصل النوبة إلى يمين المنكر، بمقتضى ما ورد من أن «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» (١)، وإن شئت قلت: إن مقتضى إطلاقه الشمول لما ذكرنا، ولا يختص بأصل الدعوى.

ثانيهما: أنه حيث يكون القضاء التنفيذي على خلاف القاعدة يقتصر فيه على ما لا يكون مبهماً بوجه، ففي مثل أصل الفرض مما لا يكون المشهود عليه مبيناً؛ لأن المفروض أن الشهود الذين يكونون واسطة في انتقال حكم الحاكم الأول إلى الحاكم الثاني قد شهدوا على وصف قابل للانطباق على المحكوم عليه الواقعي وغيره، فمع هذا الإبهام لا مجال لإنفاذ الحكم وإمضائه، ولكنه قدس سره تأمل فيه

(١) وسائل الشريعة: ٢٧ / ٢٣٣ - ٢٣٥، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٣، وقد تقدم في ص ٨٥ و ١٣٦ وغيرهما.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٨٨

.....

خصوصاً مع استلزامه تضييع الحقوق و عدم استيفاء الحق بدون الإنفاذ. فالظاهر هو الاحتمال الأول، كما أفاده المحقق في الشرائع حيث قال: ولو أنكروا كانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق غالباً، فالقول قوله مع يمينه ما لم يُقم المدعى البينة (١)

(١) شرائع الإسلام: ٩٩ / ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٨٩

[الفصل الثاني: في المقاصة]

إشارة

الفصل الثاني: في المقاصة

[مسألة ١: لا إشكال في عدم جواز المقاصة مع عدم جحود الطرف و لا مماطلته و أدائه عند مطالبته]

مسألة ١: لا إشكال في عدم جواز المقاصة مع عدم جحود الطرف و لا مماطلته و أدائه عند مطالبته، كما لا إشكال في جوازها إذا كان له حق على غيره من عين أو دين أو منفعة أو حق، و كان جاحداً أو مماطلاً، و أما إذا كان منكرًا لاعتقاد المحققة أو كان لا يدرى محققة المدعى ففي جواز المقاصة إشكال، بل الأشبه عدم الجواز، و لو كان غاصباً و أنكر لسيانته فالظاهر جواز المقاصة (١).

(١) يدل على أصل مشروعيتها المقاصة في الجملة الكتاب و السنية مع أن مقتضى القاعدة عدم الجواز؛ لأنها تصرف في مال الغير بغير إذنه، فمن الكتاب قوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ (١) و قوله تعالى فَعَاثِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوَيْبْتُمْ بِهِ (٢)، و قوله تعالى:-

(١) سورة البقرة ٢: ١٩٤.

(٢) سورة النحل ١٦: ١٢٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٩٠

.....

وَ الْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ «١».

و من السنة روايات كثيرة:

منها: ما تقدم في بحث الحبس على الدين من قوله (صلى الله عليه وآله): لى الواجد بالدين يحل عرضه و عقوبته «٢» بناءً على شمول العقوبة للتقاص، و على أنه إذا كان اللى محلاً لذلك، فالجحد و الإنكار كان محلاً له بطريق أولى، أو دلالة عنوان «لى» على ذلك بالمطابقة بناءً على عدم اختصاصه بالمماثلة و المسامحة و الشمول للجحد.

و إن شئت قلت: إن اللى بمعنى المماثلة، غاية الأمر أنها قد يكون منشأها الجحد و قد يكون غيره.

و منها: رواية جميل بن دراج قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل يكون له على الرجل الدين فيجده فيظفر من ماله بقدر الذى جده يأخذه و إن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال: نعم «٣».

و منها: صحيحة داود بن رزين قال: قلت لأبى الحسن موسى (عليه السلام): إنى أخالط السلطان فتكون عندى الجارية فأخذونها، و الدابة الفارئة فيبعثون فأخذونها، ثم يقع لهم عندى المال فى أن أخذه؟ قال: خذ مثل ذلك و لا ترد عليه «٤».

(١) سورة البقرة ٢: ١٩٤.

(٢) فى ص ١٢٤.

(٣) تهذيب الأحكام: ٦/ ٣٤٩ ح ٩٨٦، الاستبصار: ٣/ ٥١ ح ١٦٧، و عنهما وسائل الشيعة: ١٧/ ٢٧٥، كتاب التجارة أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ١٠.

(٤) التهذيب: ٦/ ٣٣٨ ح ٩٣٩، و عنه وسائل الشيعة: ١٧/ ٢٧٢، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٩١

.....

و منها: صحيحة أبى بكر قال: قلت له: رجل لى عليه دراهم فجحدنى و حلف عليها، أيجوز 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 آخذة ظلماً و لا خيانة، و إنما أخذته مكان مالى الذى أخذ منى لم أزد عليه شيئاً «١»، و قد جعل فى الوسائل روايات أبى بكر ثلاثاً، مع أن الظاهر أن له رواية واحدة و إن اختلفت الروايات فى التعبير، كما تبيننا عليه مراراً.

و منها: صحيحة أبى العباس البقباق أن شهاباً ماراه فى رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس: فقلت له: خذها مكان الألف التى أخذ منك، فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبى عبد الله (عليه السلام) فذكر له ذلك، فقال: أمّا أنا فأحب أن تأخذ و تحلف «٢». و الظاهر أن ما رآه بمعنى نازعه و خالفه، لكن فى التهذيب: ما رآه (سأله خ ل) «٣».

و منها: غير ذلك من الروايات التى سياتى نقل بعضها فى بعض المباحث الآتية «٤» إن شاء الله تعالى، و لكن هذه الروايات معارضة

ظاهراً بمثل موثقة سليمان بن خالد قال: سألت

(١) تهذيب الأحكام: ٣٤٨ / ٦ ح ٩٨٢، الاستبصار: ٥٢ / ٣ ح ١٦٨، الفقيه: ١١٤ / ٣ ح ٤٨٥، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧٣ / ١٧، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ٣٤٧ / ٦ ح ٩٧٩، الاستبصار: ٥٣ / ٣ ح ١٧٤، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧٢ / ١٧، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٢.

(٣) تهذيب الأحكام: ١٥٠ / ٢، الطبعة الحجرية، مؤسسه فراهاني، طهران الطبعة الأولى، ١٣٦٣ ش.

(٤) يأتي في ص ٣٦٤ ٣٦٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٩٢

.....

□
أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل وقع لي عنده مال فكابرني عليه و حلف، ثم وقع له عندي مال آخذه لمكان مالي الذي أخذه و أجدده، و أحلف عليه كما صنع؟ قال: إن خانك فلا تخنه و لا تدخل فيما عبته عليه «١»، و حملها صاحب الجواهر على أن مراد الإمام (عليه السلام) بيان نوع مرجوحية بسبب كونها صورة الخيانة التي قد تأكد النهي عنها «٢»، «٣». و مرجعه إلى حمل النهي فيها على الكراهة؛ لأنها ظاهرة في الحرمة، و النصوص المتقدمة صريحة في الجواز، فهي قرينة على إرادة خلاف الظاهر.

و من الواضح أنه مع وجود الجمع الدلالي يخرج المورد عن موضوع المتعارضين، الذي هو الموضوع لأخبار الترجيح. و من الواضح أيضاً اختصاص الجمع الدلالي بما إذا كان عقلائياً و إن لم يكن عقلياً، و يجمع بين العام و الخاص، حيث إنه جمع عقلائي في مقام التقنين، و إن كان بنظر العقل تعارضاً لمناقضة السلب الكلي مع الإيجاب الجزئي و بالعكس، و قد حققنا ذلك في محله «٤».

و حملها بعض آخر «٥» على صورة التمكّن من القضايا و أخذ المال من طريقه، و لكن لو سلم التعارض فالشبهة المحققة موافقة للطائفة الدالة على جواز المقاصد،

(١) تهذيب الأحكام: ٣٤٨ / ٦ ح ٩٨٠، الاستبصار: ٥٢ / ٣ ح ١٧١، الفقيه: ١١٣ / ٣ ح ٤٨٢، الكافي: ٩٨ / ٥ ح ١، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧٤ / ١٧، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٧.

(٢) وسائل الشيعة: ٧٦ / ١٩ - ٧٨، كتاب الوديعه ب ٣.

(٣) جواهر الكلام: ٣٩٢ / ٤٠.

(٤) سيرى كامل در اصول فقه ٢٩١ - ٢٩٦.

(٥) راجع رياض المسائل: ١٧١ / ١٣ - ١٧٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٩٣

.....

و هي أوّل المرجّحات على ما ذكرنا في محله «١».

و يمكن أن يقال بملاحظة التعبير به «عبته عليه»: إنَّ النهي إنّما هو للإرشاد؛ لا شراكه معه فيما عابه عليه بحسب الصورة و إن لم يكن واقعاً كذلك.

ثمَّ إنَّ الظاهر أنَّ القدر المسلّم من مورد المقاصّة ما إذا كان الجحود أو المماطلة بغير حقّ؛ بمعنى أنّ الجاحد أو المماطل لا يرى نفسه محقّقاً في ذلك، و أمّا إذا كان إنكاره لاعتقاد محقّية نفسه، أو لأنّه لا يدري محقّية المدعى بوجه، فقد استشكل فيه في المتن في جواز المقاصّة، بل قال: الأشبه عدم الجواز.

و الوجه فيه ما عرفت من كون المقاصّة على خلاف القاعدة «٢»، لا يكاد يصار إليها بدون الدليل. و شمول أدلّة المقاصّة له غير معلوم بل الظاهر العدم. نعم في المغصوب إذا كان إنكاره مستنداً إلى نسيانه استظهر جواز المقاصّة، و الوجه فيه أنّ عدم الجواز مستلزم لضياح الحقّ، و إن شئت قلت: إطلاق بعض الروايات المتقدّمة كصحيحة داود يشملها، كما لا يخفى.

و يؤيّد إطلاق رواية عليّ بن سليمان، قال: كتبت إليه: رجل غضب مألأ أو جاريه، ثمّ وقع عنده مال بسبب وديعه أو قرض مثل خيانة أو غضب مثل ما خانه أو غضبه «٣» أ يحلّ له حبسه عليه أم لا؟ فكتب: نعم يحلّ له ذلك إن كان بقدر حقّه، و إن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه، و يسلم الباقي إليه إن شاء الله «٤».

(١) سيري كامل در اصول فقه ١٦ / ٥٣٢ - ٥٥٥.

(٢) في ص ٢٨٩.

(٣) في الاستبصار: مثل ما خانه أو غضبه.

(٤) تهذيب الأحكام: ٦ / ٣٤٩ ح ٩٨٥، الاستبصار: ٣ / ٥٣ ح ١٧٣، و عنهما وسائل الشيعة: ١٧ / ٢٧٥، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٩٤

[مسألة ٢: إذا كان له عين عند غيره]

مسألة ٢: إذا كان له عين عند غيره، فإن كان يمكن أخذها بلا مشقّة و لا ارتكاب محذور فلا يجوز المقاصّة من ماله، و إن لم يمكن أخذها منه أصلاً جاز المقاصّة من ماله الآخر، فإن كان من جنس ماله جاز الأخذ بمقداره، و إن لم يكن جاز الأخذ بمقدار قيمته، و إن لم يمكن إلّا ببيعه جاز بيعه و أخذ مقدار قيمة ماله و ردّ الزائد (١).

(١) قال المحقّق في الشرائع: من كانت دعواه عيناً في يد فله انتزاعها و لو قهراً ما لم يثر فتنه، و لا يقف ذلك على إذن الحاكم «١». أقول: إذا كان له عين عند غيره، فإن كان يمكن أخذها بلا مشقّة و لا ارتكاب محذور و لو بإقامة البينة على أنّها ماله في صورة إنكار الغير، فلا يجوز المقاصّة له من مال الغير؛ لإمكان التوصل إلى حقّه من دون مشقّة و لا ارتكاب محذور، و صرف جحوده و إنكاره لا يسوّغ المقاصّة مع إمكان إقامة البينة الموجبة للحكم له من دون عسر على ما هو المفروض كما هو ظاهر، مضافاً إلى أنّ الحكم بالجواز في هذه الصورة يستلزم تعطيل القضاء كثيراً و إثارة الفتنه كذلك، فالأقوى عدم الجواز في هذه الصورة.

و أمّا إذا لم يمكن أخذها منه مع أنّه لا يجوز له التأخير و المماطلة فضلاً عن أصل العين و تملكها فيجوز له المقاصّة من ماله الآخر، فإن كان من جنس ماله جاز الأخذ بمقداره و ردّ الزائد إن كان، و إن لم يكن من جنس ماله جاز له الأخذ منه بمقدار قيمة ماله الذي جحده مثلاً، و إن لم يمكن إلّا ببيعه جاز بيعه و أخذ مقدار قيمة ماله و ردّ الزائد؛ لأنّه لا يتحقّق الاستيفاء بدونه.

(١) شرائع الإسلام: ١٠٨ / ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٩٥

.....

ثم إنه أفاد المحقق العراقي (قدس سره) في رسالة القضاء ما محصله: إن التقاص في صورة بقاء العين موجب لانتقالها إلى الجاحد، أو تبقى العين على ملكية المقاص، وإن لم يكن له ضمان على المقاص منه وجهان مبنيان على أن باب التقاص من قبيل المعاوضة أم من قبيل الوفاء بمرتبة من مراتب المال، مع بقاء خصوصية العين في ملكية المالك الأول بلا ضمان في المالية. ثم جعل الأقوى هو الثاني؛ لأنه المرتكز في الذهن، لا أنه معاملة مستقلة، ولا أقل من الشك، فيبقى استصحاب بقاء ملكية شخص العين بحاله «١».

أقول: والظاهر أيضاً ما أفاده، وإلا يلزم أن يقال بأن المقاص أيضاً من المعاملات.

ثم إنه ذكر صاحب الجواهر عقيب قول المصنف: «ما لم يثر فتنه» قوله: بل وإن ثارت ما لم تصل إلى حد وجوب الكف عن الحق له؛ لترتب تلف الأنفس والأموال وغيره من الفساد الذي يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك، وإن كان مباحاً في نفسه أو مستحباً أو واجباً، وإن لم يكن الترتيب ترتيب سببية أو عليه «٢».

أقول: أما في صورة عدم وصول إثارة الفتنه إلى الحد المزبور فواضح، وأما في صورة الوصول إليه فالظاهر أن المورد من مصاديق اجتماع الأمر والنهي ومثلهما فإنه هنا عنوانين: أحدهما: أخذ العين التي تكون لنفسه وملكاً لها.

(١) كتاب القضاء، شرح تبصرة المتعلمين: ١٦٥-١٦٦.

(٢) جواهر الكلام: ٣٨٧ / ٤٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٣٩٦

.....

والآخر إثارة الفتنه. ولا مانع من بقاء كل منهما على حكمه من دون أن تتحقق السراية، وحرمة الثاني لا يستلزم حرمة الأول بوجه. وما ورد في بيع الوقف من أنه ربّما حصل من الاختلاف تلف الأنفس والأموال «١» فإنما هو حكمه لأصل الحكم، وهو الجواز في الصورة المذكورة، فهو غير المقام.

ثم إن جواز بيع مال الغير لأخذ الحق في صورة عدم إمكان أخذ عينه منه إنما هو لأجل انحصار طريق الاستيفاء به، فمقتضى القاعدة وإن كان هو أنه «لا- بيع إلما في ملكك» إلما أن الالتزام بالبتلان منافع لوصوله إلى حقه، فالبيع في هذا المورد نظير بيع الحاكم مال المديون في صورة إبائه عن أداء الدين مع كونه واجداً، وبيع غير المالك في سائر الموارد الجائزة.

ثم إنه لو أمكن له الوصول إلى عينه لكن بعسر ومشقة، كدخول دار الغير الذي تكون العين عنده، أو كسر قفل حانوته أو نحو ذلك، فمع عدم إثارة الفتنه الظاهر جواز الأمرين، خصوصاً فيما لو كان الغير عالماً بأنها ماله ومع ذلك جرده وأنكره، أما جواز مثل دخول الدار فلانحصار طريق الوصول إلى العين به كما هو المفروض، وأما جواز المقاصه فلعدم وجود ما فيه العسر والخرج.

ودعوى أن التقاص حيث إنه على خلاف الأصل يقتصر فيه على المورد المتيقن، وهو ما إذا لم يمكنه أصلاً التوصل إلى أخذ حقه بالترافع عند الحاكم،

(١) تهذيب الأحكام: ١٣٠ / ٩ ح ٥٥٧، الاستبصار: ٩٨ / ٤ ح ٣٨١، و عنهما وسائل الشيعة: ١٨٨ / ١٩، كتاب الوقف، و الصدقات ب ٦ ح ٦، و فيه: «فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال و النفوس».

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٩٧

.....

مدفوعة: بأن مقتضى إطلاق أدلة مشروعية التقاص الجواز مطلقاً، كما ذهب إليه بعض الأعلام قدس سره «١»، فلا مجال للاقتصار على المورد المتيقن، و إن كان يبعده كون جلّ القضاء منصوبين من قبل سلاطين الجور و كون قاضي العدل قليلاً، كما لا يخفى. نعم فيما إذا أمكن ذلك بدون العسر و الحرج فالظاهر هو عدم جواز المقاصة؛ لأنّ مورد تلك الأدلة على ما هو المتفاهم عند العرف صورة انحصار طريق التوصل إلى الحقّ في المقاصة.

نعم في صورة العسر و الحرج الظاهر جواز كلا الأمرين، و عدم التّعين في طريق الترافع منع فرض ثبوت العسر و الحرج، كما لا يخفى. ثمّ إنّه لا يلاحظ هنا ضرر الغير؛ لعدم جريان قاعدة نفى الضرر بالإضافة إلى الأحكام الفرعية، و قد تبّهنا على الاختلاف في مجرى قاعدة لا ضرر و في مفادها في موارد عديدة «٢»، فراجع.

(١) مباني تكملة المنهاج: ١ / ٤٦ - ٤٧.

(٢) منها: تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب الإجارة: ٣٤٠ - ٣٤٣ و ٥٠٠ - ٥٠١، و قد تقدّمت الإشارة هنا في ص ١٦ و ٩٩. تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٩٨

[مسألة ٣: لو كان المطلوب مثلياً و أمكن له المقاصة من ماله المثلي و غيره]

مسألة ٣: لو كان المطلوب مثلياً و أمكن له المقاصة من ماله المثلي و غيره، فهل يجوز له أخذ غير المثلي تقاصاً بقدر قيمة ماله، أو يجب الأخذ من المثلي، و كذا لو أمكن الأخذ من جنس ماله و من مثلي آخر بمقدار قيمته، مثلاً لو كان المطلوب حنطة و أمكنه أخذ حنطة منه بمقدار حنطته و أخذ مقدار من العدس بقدر قيمتها، فهل يجب الاقتصار على الحنطة أو جاز الأخذ من العدس؟ لا يبعد جواز التقاص مطلقاً فيما إذا لم يلزم منه بيع مال الغاصب و أخذ القيمة، و مع لزومه و إمكان التقاص بشيء لم يلزم منه ذلك، فالأحوط بل الأقوى الاقتصار على ذلك، بل الأحوط الاقتصار على أخذ جنسه مع الإمكان بلا مشقّة و لا محذور (١).

(١) قد عرفت أنّ مقتضى القاعدة عدم جواز المقاصة من مال الغير؛ لعدم حليّة التصرف في مال الغير بغير إذنه «١»، و لكنّ الأدلة المتقدّمة يستفاد منها المشروعية و الجواز، و اللّازم فيما إذا لم يكن هناك إطلاق الأخذ بالقدر المتيقن، و عليه فما نفى عنه البعد في المتن من جواز التقاص مطلقاً فيما إذا لم يلزم منه بيع مال الغير في غاية البعد؛ لأنّ المفروض إمكان التقاص له من الحنطة التي هي مطلوبة، فلا مجال له لأخذ العدس مكانها بمقدار القيمة فضلاً عن قيمى يماثل الحنطة في مقدار القيمة. و لا إطلاق في شيء من روايات مشروعية المقاصة، بل موردها القيمى أو مثل

(١) في ص ٣٨٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٣٩٩

.....

الدراهم، كما يظهر بالمراجعة إليها «١»، ولكن يؤيد أنه لو فرض كون المطلوب مثلياً و وقع عنده قيمي يعادله من حيث المالية، فهل لا- يجوز له التقاص إلماً بعد بيع القيمي أو يجوز له التقاص به؟ الظاهر هو الثاني كما لا- يخفى. اللهم إلماً أن يقال: إن الكلام في خصوص صورة الإمكان.

نعم في صورة المشقة و العسر و الحرج يجوز له الأخذ من العس، و لا يتعين في أخذ الحنطة، كما ذكرنا نظيره بالنسبة إلى الترافع عند الحاكم و التقاص من دون الترافع، من أنه مع العسر و الحرج يتخير بين الأمرين: الترافع و التقاص، و سيأتي في المسألة الخامسة إن شاء الله تعالى أنه لو أمكن أخذ ماله يعني عينه الشخصية بمشقة فالظاهر جواز التقاص.

و مما ذكرنا ظهر وجه الأقوائية في صورة استلزام البيع، فإن الحكم بصحة البيع في هذه الصورة مع عدم انحصار التوصل إلى الحق به في غاية الضعف، خصوصاً مع أنه «لا بيع إلماً في ملك»، و مع أن خصوصيات الأجناس ربما تكون مقصورة لمالكها، كما لا يخفى.

(١) وسائل الشيعة: ١٧ / ٢٧٢ - ٢٧٦، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به ب ٨٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٠٠

[مسألة ٤: لو أمكن أخذ ماله بمشقة]

مسألة ٤: لو أمكن أخذ ماله بمشقة فالظاهر جواز التقاص، و لو أمكن ذلك مع محذور كالدخول في داره بلا إذنه أو كسر قفله و نحو ذلك ففي جواز المقاصة إشكال، هذا إذا جاز ارتكاب المحذور و أخذ ماله و لو أضّر ذلك بالغاصب، و أمّا مع عدم جوازه كما لو كان المطلوب منه غير غاصب و أنكر المال بعدر، فالظاهر جواز التقاص من ماله إن قلنا بجواز المقاصة في صورة الإنكار لعذر (١).

(١) أمياً جواز التقاص فيما لو أمكن أخذ ماله بمشقة فلما عرفت «١» في بعض المسائل السابقة من جواز المقاصة في صورة العسر و الحرج، و إن كان يمكن له الترافع إلى غير حكام الجور مع عدم سهولته، خصوصاً مع أن تعلق الغرض بخصوصيات العين غير قليل. و أمّا في صورة إمكان الأخذ مع محذور فالظاهر أن المراد من المحذور الشرعي هي الحرمة التكليفية أو الوضعية كالضمان، مع أنه ليس هناك محذور بالإضافة إلى الغاصب لأخذ العين المغصوبة منه.

و عليه فكما أنه يجوز الدخول في داره أو كسر قفله لأخذ عينه، كذلك تجوز المقاصة كما عرفت سابقاً «٢»، لا لما ورد في الكتب الفقهية من أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال؛ لأنه لا مستند له على ما ذكره الشيخ الأعظم الأنصاري (قدس سره) «٣»، بل لأن جحد الغاصب يكون نوعاً مع عدم النسيان و رؤية نفسه غير محقة، كما لا يخفى.

ثم إن الجمع بين جعل الموضوع الإمكان مع محذور، و بين تقسيم المحذور إلى صورة الجواز و عدمه مما لا يستقيم، فإنه إن كان المراد بالمحذور الشرعي فلا معنى

(١) في ٣٩٦ - ٣٩٧.

(٢) في ٣٩٦ - ٣٩٧.

(٣) المكاسب (تراث الشيخ الأعظم): ٣ / ٢٧١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٠١

.....

لفرض جوازه، و إن كان المحذور العرفي الذي هو عبارة أخرى عن المشقة والعسر، فلا يلزم مع المقابلة مع الفرض الأول، كما لا يخفى.

اللهم إنا أن يقال: إن المراد بالمحذور ما كان بعنوانه الأولي كذلك، و بالجواز ما كان جائزاً بعنوانه الثانوي، كما إذا توقّف حفظ نفس محترمة على دخول دار الغير بغير إذنه، حيث إن دخول دار الغير بغير إذنه حرام بعنوانه الأولي، و واجب بعنوان المقدمه المنحصرة لحفظ النفس، و هكذا المقام، فإن مثل دخول دار الغير بغير إذنه حرام بعنوان الأولي و جائز بعنوان توقّف التوصل إلى الحق عليه.

و يرد على هذا القول: إنه خلاف ظاهر العبارة، خصوصاً مع أن مبناه جواز اجتماع الأمر والنهي، و كفاية تعدد العنوانين في صحته اجتماع الحكمين، كما قرره في الأصول (١).

و أما لو كان المطلوب منه غير غاصب و أنكر المال لعذر، فقد عرفت في المسألة الاولى أن الأشبه عدم جواز المقاصه فيما إذا كان معتقداً بأحقية نفسه، أو كان لا يدري محقّية المدعى، و عللناه بأن المقاصه حيث تكون على خلاف القاعدة يقتصر فيها على القدر المتيقن، خصوصاً مع ملاحظة مورد كثير من الروايات السابقة (٢)، حيث إنه صورة الجحد و الإنكار من غير من يعتقد أحقية نفسه، أو كان لا يدري محقّية المدعى، و عليه فالحكم بالجواز و استظهاره في هذه المسألة يغاير ما تقدم منه في المسألة الاولى من أن الأشبه عدم الجواز، و إن كان استظهاره معلقاً على القول بالجواز في هذه الصورة، فتدبر.

(١) مطروح الأنظار: ٤١٧-٤٩٣.

(٢) في ص ٣٩٠ ٣٩١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٠٢

[مسألة ٥: لو كان الحق ديناً و كان المديون جاحداً أو مماطلاً، جازت المقاصه من ماله]

مسألة ٥: لو كان الحق ديناً و كان المديون جاحداً أو مماطلاً، جازت المقاصه من ماله و إن أمكن الأخذ منه بالرجوع إلى الحاكم (١).

(١) أما عدم الفرق في جواز المقاصيه بين العين و الدين، فلدلالة الروايات المتقدمه (١) الدالة على مشروعية المقاصه، كصاحح أبي بكر الحضرمي و أبي العباس البقباق و غيرهما على ذلك، و عليه فلا يكون فرق بينهما من هذه الجهة.

و أما جواز المقاصيه في صورة إمكان الأخذ و لو بالرجوع إلى الحاكم، فقد عرفت (٢) أن الإمكان إن كان بسهولة كوجود الحاكم العادل و القاضى غير الجور و سهولة إقامة البيئه الشاهده عنده فالظاهر عدم جواز المقاصه، و إن كان مقروناً بالعسر و المشقة فقد عرفت (٣) ثبوت التخيير في هذه الصورة بين الأمرين: المقاصه و الترافع.

قال المحقق في الشرائع: و لو كان المدين جاحداً و للغيرم بيئه تثبت عند الحاكم و الوصول إليه ممكن، ففي جواز الأخذ تردّد أشبهه الجواز، و هو الذي ذكره الشيخ في الخلاف و المبسوط (٤)، و عليه دلّ عموم الإذن في الاقتصاص (٥). انتهى.

و ذكر صاحب الجواهر (قدس سرّه) بعد قوله: «أشبهه»: وفاقاً للأكثر كما في كشف اللثام (٦).

(١) في ص ٣٩٠ - ٣٩١.

(٢) في ص ٣٩٤.

(٣) في ص ٣٩٩.

(٤) الخلاف: ٦ / ٣٥٥ مسألة ٢٨، المبسوط: ٨ / ٣١١.

(٥) شرائع الإسلام: ١٠ / ١٠٩.

(٦) كشف اللثام: ١٠ / ١٣٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٠٣

[مسألة ٦: لو توقف أخذ حقه على التصرف في الأزيد جاز]

مسألة ٦: لو توقف أخذ حقه على التصرف في الأزيد جاز، و الزائد يردّ إلى المقتص منه، و لو تلف الزائد في يده من غير إفراط و لا تفريط و لا تأخير في رده لم يضمن (١).

و غيره «١».

و ذكر في ذيل كلامه أنه لم نر للقائل بالمنع من شيء يعتدّ به «٢».

أقول: المتفاهم عند العرف من أخبار المقاصد «٣» مع إطلاقها ظاهراً عدم الجواز مع إمكان أخذ الحق بسهولة من طريق الترافع و القضاء؛ لأنّ لازم الجواز انحصار موارد القضاء بصورة عدم الإمكان أو تعسره، و هو بعيد كما لا يخفى.

(١) لو فرض توقف أخذ حقه على التصرف في الأزيد، كما لو كان عنده فرش زائد قيمته على الدين أو قيمة العين، فالظاهر جواز التصرف في الأزيد، لكن لا بدّ أن يردّ الزائد إلى المقتص منه؛ لأنه يعتبر في جواز المقاصد التساوي في القيمة، و قد عرفت التصريح بذلك في جملة من الروايات المتقدمة «٤»، و في الدعاء الوارد في بعضها، حيث يصرّح بأنّي لم أزد عليه شيئاً «٥»، و لا يترتب على تلف الزائد مع عدم التعدي و التفريط ضمان؛ لأنه أمانة شرعية، و الترخيص إنّما وقع من الشارع. نعم في صورة التعدي و التفريط يكون ضامناً لضمان الأمين معهما، و لو كانت أمانة مالكية، فتدبر.

(١) مسالك الافهام: ١٤ / ٧١٧٠.

(٢) جواهر الكلام: ٤٠ / ٣٨٨ - ٣٩٠.

(٣) وسائل الشريعة: ١٧ / ٢٧٢ - ٢٧٦، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به ب ٨٣.

(٤) وسائل الشريعة: ١٧ / ٢٧٢، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ١ و ص ٢٧٥ ح ٩ و ص ٢٧٦ ح ١٣.

(٥) تقدّم في ص ٣٩١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٠٤

[مسألة ٧: لو توقف أخذ حقه على بيع مال المقتص منه جاز بيعه و صح]

مسألة ٧: لو توقف أخذ حقه على بيع مال المقتص منه جاز بيعه و صح، و يجب رد الزائد من حقه، و أما لو لم يتوقف على البيع بأن كان قيمة المال بمقدار حقه فلا إشكال في جواز أخذه مقاصه، و أما في جواز بيعه و أخذ قيمته مقاصه، أو جواز بيعه و اشتراء شيء من جنس ماله ثم أخذه مقاصه إشكال، و الأشبه عدم الجواز (١).

(١) في هذه المسألة مقامان:

المقام الأول: فيما لو توقف أخذ حقه على بيع مال المقتص منه، سواء كان بقدر حقه أو أزيد، و في هذا المقام ذكر أنه يجوز بيعه و يصح، و يدل عليه أنه قد أقامه الشارع مقام من عليه الحق في الاستيفاء، فلا يلزم بالمقاصه من غير الجنس، كما ربما يتوهم في بادئ النظر من النصوص. نعم حيث كان هو الولي في ذلك و جب عليه الجمع بينه و بين حق المالك.

قال في محكي المبسوط: «و من الذي يبيع؟ قال بعضهم: الحاكم؛ لأن له الولاية عليه. و قال آخرون: يحضر عند الحاكم و معه رجل و اطأه على الاعتراف بالدين و الامتناع من أدائه، ثم قال: و الأقوى عندنا أن له البيع بنفسه؛ لأنه قد يتعدر عليه إثباته عند الحاكم، و الذي قاله كذب يتنزه عنه» (١).

و يظهر من عبارته أن جواز البيع بنفسه قول علمائنا الإمامية في مقابل العامة القائلين بأحد القولين الأولين، و عليه فهذا المورد كما أشرنا إليه سابقاً من الموارد التي يجوز فيها بيع غير

(١) المبسوط: ٣١١ / ٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٠٥

.....

المالك، كما لا يخفى.

ثم إنه ظهر أنه لو كان بيع مال المقتص منه بأزيد من مقدار حقه و جب عليه رد الزائد إليه، و قد عرفت حكم ضمانها في صورة التلف. المقام الثاني: فيما لو لم يتوقف أخذ مقدار حقه على البيع، بأن كانت قيمة المال بمقدار حقه، فلا إشكال حينئذ في جواز أخذه مقاصه لفرض التساوي، و أما جواز البيع و أخذ القيمة مقاصه أو اشتراء شيء من جنس ماله ثم أخذه مقاصه، فقد استشكل فيه في المتن، ثم جعل الأشبه عدم الجواز، أي لا- يجوز البيع في هذه الصورة مطلقاً؛ لأن الجمع بين كون المقاصه على خلاف القاعدة، و بين عدم توقف أخذ مقدار الحق على البيع كما هو المفروض العدم، خصوصاً مع أنه لم يرد في شيء من الروايات جواز البيع، كما لا يخفى. و مع أن الغرض الأصلي من المقاصه الوصول إلى مقدار المايه الذي هو المقصود بالأصاله نوعاً، و المفروض أن قيمة المال الذي عنده بمقدار حقه.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٠٦

[مسألة ٨: لا إشكال في أن ما إذا كان حقه ديناً على عهده المماطل فاقص منه بمقداره برأت ذمته]

مسألة ٨: لا إشكال في أن ما إذا كان حقه ديناً على عهده المماطل فاقص منه بمقداره برأت ذمته، سيما إذا كان المأخوذ مثل ما على عهده، كما إذا كان عليه مقدار من الحنطة فأخذ بمقدارها تقاصاً، و كذا في ضمان القيميات إذا اقتص القيمة بمقدارها، و أما إذا كان عيناً فإن كانت مثلية و اقتص مثلها فلا يبعد حصول المعاوضة قهراً على تأمل.

و أما إذا كانت من القيمات كفرس مثلاً و اقتص بمقدار قيمتها، فهل كان الحكم كما ذكر من المعاوضة القهرية، أو كان الاقتصاص بمنزلة بدل الحيلولة، فإذا تمكّن من العين جاز أخذها بل وجب، و يجب عليه ردّ ما أخذ، و كذا يجب على الغاصب ردّها بعد الاقتصاص و أخذ ماله؟ فيه إشكال و تردّد، و إن لا يبعد جريان حكم بدل الحيلولة فيه (١).

(١) في المسألة أيضاً مقامان:

المقام الأول: فيما إذا كان حقّه ديناً على عهدته المماطل بالمعنى الأعمّ من الجاحد، و قد وقع الاقتصاص من ماله بمقداره، و في هذا المقام نفى الإشكال عن براءة ذمّته سواء كان المأخوذ مثل ما على عهدته، كما إذا كان الدين مقداراً من الحنطة فأخذ بمقدارها تقاضاً، أو كان المأخوذ من غير جنس ما على عهدته، كما في المثال المفروض إذا كان المأخوذ شعيراً مثلاً و انحصرت المقاضة به أو جازت؛ لأنّ الغرض من الاقتصاص ليس مجرّد وصول الدائن إلى ماله، بل حصول البراءة من الدين للمديون أيضاً، على أنّه لا يكاد يجتمع بين ملكية المال المأخوذ بعد الاقتصاص و بقاء الدين على عهدته، و هكذا في ضمان القيمات إذا اقتصّ القيمة بمقدارها.

ثمّ إنّ قوله في المتن: «و كذا في ضمان القيمات ..» يشعر بل يدلّ على أنّ العين

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٠٧

.....

المغصوبة التالفه في يد الغاصب تكون مضمونة بقيمتها إذا كانت قيمية، مع أنّا قد حقّقنا في كتابنا في القواعد الفقهية في بحث ضمان اليد أنّه يمكن أن يقال بأنّها مضمونة بنفسها، و أنّ المستفاد من قاعدة «على اليد ما أخذت» نفس كون المأخوذ على العهد «١» و الثمرة تظهر في لزوم أداء قيمة يوم الأداء لا التلف و لا الغصب و لا غيرهما فراجع.

المقام الثاني: فيما إذا كان عيناً باقية في حال الاقتصاص تحت يد المماطل بالمعنى المذكور، و قد فصلّ في المتن بين ما إذا كانت مثلية و اقتص مثلها، فنفي البعد عن حصول المعاوضة القهرية على تأمل، و بين ما إذا كانت قيمية و اقتص بمقدار قيمتها، ففيه إشكال من جهة المعاوضة القهرية، أو كان الاقتصاص بمنزلة بدل الحيلولة، و نفى البعد عن الثاني. و قد مرّ كلام في هذا المجال من المحقّق العراقي في الرسالة «٢»، و عرفت أنّ الظاهر عدم كون الاقتصاص معاوضة قهرية ثابتة بالكتاب و السنّة «٣»، فراجع.

و إن كان يظهر من صاحب الجواهر الأول، حيث قال فيها: و ينبغي أن يلزمه انتقال مقابله إلى ملك الغاصب؛ لقاعدة عدم الجمع بين العوض و المعوّض عنه، بل قد يشكل استحقاق الردّ عليه لو بذله له بعد ذلك، بل لعلّه كذلك لو كان البذل من المالك استصحاباً لملك العوض، و احتمال كون الملك مترزلاً نحو ما ذكره في القيمة التي يدفعها الغاصب للحيلولة مناف لقاعدة اللزوم بعد ظهور

(١) القواعد الفقهية: ١/ ٩٢-٩٧.

(٢) في ص ٣٩٥ ٣٩٧.

(٣) في ص ٣٩٥ ٣٩٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٠٨

.....

النصوص في ذلك، بل يمكن دعواه أيضاً هناك، و يجعل ما هنا دليلاً عليه، فتأمل جيّداً «١».

و يدفعه المنع من الجمع بين العوض و المعوّض بعد عدم تحقّق تسلّطه في زمان واحد إلّا على واحد منهما، و مجرّد الجمع في الملكية

من دون أن يدل دليل هناك على ثبوت المعاوضة ليتحقق عنوان العوض و المعوض ممنوع، و يؤيد عدم ثبوت المعاوضة أنه ربما تكون خصوصيات العين أو بعضها مطلوبة للمالك، فإذا قلنا: بثبوت المعاوضة يلزم ارتفاع يده عنها، بخلاف ما إذا كان على نحو بدل الحيلولة التي لا تكون الخصوصيات مرتفعة يده عنها بمجرد تحقق الحيلولة، فالاعتبار يساعد على عدم التعارض؛ لأن غرض المالك يتحقق معه دون المعاوضة القهرية.

ثم إنه يترتب على المعاوضة القهرية و بدل الحيلولة أنه لو تمكن المقاص من العين جاز أخذها، و يجب عليه رد ما أخذ بدلها، و كذا لا يجوز للغاصب التصرف فيها بعد الاقتصاص، بل يجب عليه الرد إلى المغصوب منه بناءً على بدل الحيلولة بخلاف المعاوضة القهرية، إلا أن يلزم بانفساخ المعاوضة حينئذ قهراً و هو كما ترى، كما لا يخفى.

(١) جواهر الكلام: ٣٩٦ / ٤٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٠٩

[مسألة ٩: الأقوى جواز المقاصة من المال الذي جعل عنده وديعةً على كراهية]

مسألة ٩: الأقوى جواز المقاصة من المال الذي جعل عنده وديعةً على كراهية، و الأحوط عدمه (١).

(١) قال المحقق في الشرائع: لو كان المال وديعة عنده ففي جواز الاقتصاص تردّد أشبهه الكراهة (١)، و أضاف إليه في الجواهر (٢) قوله: وفاقاً لأكثر المتأخرين (٣).

و قد وردت فيه طائفتان من الأخبار:

الطائفة الأولى: ما تدلّ على الجواز، مثل: صحيحة أبي العباس البقباق المتقدمة (٤) في ذيل المسألة الأولى، و كذا رواية على بن سليمان المتقدمة (٥)، و مثل بعض الروايات الأخر الشاملة بإطلاقها للوديعة كصحيحتي داود و أبي بكر المتقدمتين (٦).

الطائفة الثانية: ما تدلّ على المنع مثل:

رواية ابن أخي الفضيل بن يسار قال: كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) و دخلت امرأة، و كنت أقرب القوم إليها، فقالت لي: أسأله، فقلت: عمّا ذا؟ فقالت: إنّ ابني مات و ترك مالا كان في يد أخي فأتلّفه، ثم أفاد مالا فأودعنيه، فلي أن آخذ منه بقدر

(١) شرائع الإسلام: ١٠٩ / ٤.

(٢) جواهر الكلام: ٣٩١ / ٤٠.

(٣) إرشاد الأذهان: ١٤٣ / ٢، مختلف الشيعة: ١٦٦ - ١٦٧ مسألة ٤، قواعد الأحكام: ٤٤٨ / ٣، إيضاح الفوائد: ٣٤٧ / ٤، غاية المراد: ١٤ / ٢٤ - ٢٥، التنقيح الرائع: ٢٦٩ - ٢٧٠، غاية المرام: ٢٥٤ - ٢٥٥، مسالك الأفهام: ٧١ / ١٤، كفاية الفقه المشتهر ب «كفاية الأحكام»:

٧٢٣ - ٧٢٤، رياض المسائل: ١٦٩ / ١٣.

(٤) في ص ٣٩١.

(٥) في ص ٣٩٣.

(٦) في ص ٣٩٠ - ٣٩١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤١٠

.....

ما أتلف من شيء؟ فأخبرته بذلك، فقال: لا، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك (١).

و موثقة سليمان بن خالد المتقدمة (٢) المشتملة على قوله: إن خانك فلا تخنه ولا تدخل فيما عبته عليه. وصحيحه معاوية بن عمار، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قلت له: الرجل يكون لي عليه حق فيجحدني، ثم يستودعني مالاً، ألي أن آخذ مالي عنده؟ قال: لا، هذه الخيانة (٣).

هذا مضافاً إلى الإطلاقات الواردة الدالة على وجوب رد الأمانة وأدائها إلى صاحبها، ولو إلى قاتل الحسين (عليه السلام) أو ضارب علي (عليه السلام) بالسيف (٤)، ويؤيدها إطلاق الكتاب وعمومه، مثل قوله تعالى إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا (٥). أقول: الظاهر في أمثال هذا المورد حمل الأخبار الناهية على الكراهة لظهورها في الحرمة، وصرحة أخبار الجواز في الجواز، والجمع العرفي بين النص والظاهر يقتضى حمل الظاهر على النص، فلا تصل النوبة إلى المرجحات المذكورة في الأخبار العلاجية بعد كون موضوعها المتعارضين، والنص والظاهر ليسا كذلك، فما

(١) تهذيب الأحكام: ٣٤٨ / ٦ ح ٩٨١، الاستبصار: ١٧٢ / ٣، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧٣ / ١٧، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٣.

(٢) في ص ٢٩١ - ٢٩٢.

(٣) الفقيه: ١١٤ / ٣ ح ٤٨٣، الكافي: ٩٨ / ٥ ح ٢، تهذيب الأحكام: ١٩٧ / ٦ ح ٣٤٨، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧٥ / ١٧، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ١١.

(٤) وسائل الشيعة: ١٩ / ٧٢ - ٧٦، كتاب الوديعه ب ٢ ح ٢، ٤، ٨، ١٢، ١٣.

(٥) سورة النساء: ٤: ٥٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤١١

.....

عن النهاية (١) والغنية (٢) والكيدري (٣) والقاضي (٤) من القول بعدم الجواز، بل عن الغنية الإجماع عليه واضح الضعف، وإن توقف فيه في ظاهر المحكي عن الدروس (٥) والروضه (٦)، بل مال إليه الأردبيلي (٧).

وما يمكن أن يقال وجهاً للمنع: من أن الأدلة بعد تعارض الخاصة منها و تساقطها، فالعمومات بينهما تعارض العموم والخصوص من وجه ولا ترجيح، والأصل حرمة التصرف في مال الغير، وعدم تعيين الكلي في ذمة المديون بتعيين غيره، يدفعه ما ذكرنا من عدم التعارض بين الأدلة الخاصة بعد حمل الظاهر على النص، فلا تصل النوبة إلى العمومات أصلاً.

ودعوى أن روايات المنع صريحة في الحرمة وتأبي الحمل على الكراهة، مدفوعة بأن الصراحة إما من ناحية الهيئة وإما من ناحية المادة أي المتعلق للنهي، أما الصيغة وهي النهي فلا إشكال في ظهورها في الحرمة لا صراحتها فيها.

(١) النهاية: ٣٠٧.

(٢) غنية النزوع: ٢٤٠.

(٣) إصباح الشيعة: ٢٨٤.

(٤) لم أجد في المهذب، نعم نقل عن ابن البراج العلامة في المختلف: ١٦٦ / ٨ مسألة ٤، و الصيمري في غاية المرام: ٢٥٤ / ٤، فقله نقل عن كامله.

(٥) الدروس: ٨٥ / ٢ - ٨٦.

(٦) الروضة البهية: ٢٤٢ / ٣.

(٧) مجمع الفائدة و البرهان: ١٢٦ / ٩ ج ١٢ / ١٠٧ - ١١١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤١٢

.....

و أما المتعلق أو التعليل في بعضها و هي الخيانة فقد عرفت «١» أن التعبير بها أو بالظلم «٢» إنما هو للمشابهة، لا أن المقاصه خيانه واقعاً و ظلم كذلك، بل هو مثل الاعتداء في الآية الشريفة «٣»، ضرورة عدم كونه اعتداءً حقيقه. فأخبار المنع ظاهرة في الحرمة قابلة للحمل على الكراهة.

اللهم إلا أن يقال: إن الكراهية الثابتة بعد حمل أخبار النهي على الحرمة لا تجتمع مع ما في صحيحة البقباق من قوله: «أما أنا فأحب أن تأخذ و تحلف» «٤» بعد ظهور قوله: «أحب» في الاستحباب، و وضوح عدم دخالة الحلف في ذلك، فهي ظاهرة في الاستحباب الذي لا يجتمع مع الكراهة، فالمعارضه متحققه.

أقول: هذه المعارضه مضافاً إلى أنها لا تنتج الحرمة لخروجها عن الطرفين اللذين هما الاستحباب و الكراهة لزمها الحكم بالكراهة؛ لأنه لم يقل أحد بالاستحباب، فالشهرة بل الإجماع على خلافه «٥»، فاللزام ثبوت الكراهة، فتدبر جيداً. بل قال صاحب الجواهر (قدس سره): لو لا شهرة الكراهة لأمكن المناقشة فيها بظهور قوله (عليه السلام): «أما أنا فأحب أن تأخذ و تحلف» في عدمها، مع احتمال حمل ما دل على النهي عن خيانه من خان على ما لو استحلفه، فإنه لا يجوز حينئذ المقاصه، كما

(١) في ص ٤٣٢.

(٢) يأتي التعبير به في رواية عبد الله بن وضاح في ص ٤٣٢.

(٣) سورة البقرة ٢: ١٩٤.

(٤) تقدم في ص ٣٩١.

(٥) مستند الشيعة: ١٧ / ٤٥٦ - ٤٥٨، رياض المسائل: ١٣ / ١٦٨ - ١٧٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤١٣

.....

□
أوماً إليه في خبر عبد الله بن وضاح مع اليهودي الذي حلفه، ثم وقع له عنده أرباح تجارة دراهم كثيرة، 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» «١»، و هو دليل آخر أيضاً على جواز المقاصه، كما هو واضح «٢».

هذا، و لكن مع ذلك يكون مقتضى الاحتياط الاستحبابي العدم، خروجاً من خلاف المانع المتقدمين، و دعوى الإجماع من الغنية على ما عرفت.

(١) تقدم في ص ١٤٢.

(٢) جواهر الكلام: ٣٩٣/٤٠ - ٣٩٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤١٤

[مسألة ١٠: جواز المقاصّة في صورة عدم علمه بالحقّ مشكل]

مسألة ١٠: جواز المقاصّة في صورة عدم علمه بالحقّ مشكل، فلو كان عليه دين و احتمل أداءه يشكل المقاصّة، فالأحوط رفعه إلى الحاكم، كما أنّه مع جهل المديون مشكل و لو علم الدائن، بل ممنوع كما مرّ، فلا بدّ من الرفع إلى الحاكم (١).

(١) أمّا الإشكال في صورة عدم العلم بالحقّ، ففيما إذا كان غير عالم بأصل الحقّ أصلاً بمعنى عدم العلم بأنّه صار مديوناً له أم لا فواضح؛ لأنّ عنوان المقاصّة فرع كونه مديوناً له، فالمقاصّة في صورة الشك كالتقصّاص ممّن يحتمل كونه قاتلاً عمداً مع عدم ثبوته. و أمّا إذا كان عالماً بأصل الحقّ سابقاً، و احتمل تحقّق الأداء من المديون، فيمكن أن يقال: بأنّه يكفي في إحراز عدم الأداء الاستصحاب، إلّا أن يقال: بأنّ ظاهر روايات التقاص «١» عدم كفاية مطلق الإحراز، بل لا بدّ و أن يكون بالعلم الوجداني أو الاطمئنان الذي يعامل معه معاملة العلم عند العرف و العقلاء، فإذا قامت بينة غير مفيدة للاطمئنان على ثبوت الدين فضلاً عن الأصل، لا يكفي في جواز التقاص بل لا بدّ من العلم أو الاطمئنان، و عليه فلا تسوغ المقاصّة مع استصحاب بقاء الدين على عهدة المديون و عدم أدائه، و عليه فيكون العلم أو الاطمئنان له دخل موضوعي في الحكم بالجواز، فتدبّر فإنّه لا غرو في ذلك بعد كون المقاصّة على خلاف القاعدة، كما عرفت «٢» مراراً.

(١) وسائل الشيعة: ١٧ / ٢٧٢ - ٢٧٦، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به ب ٨٣.

(٢) مثل ص ٣٨٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤١٥

.....

و أمّا جعل الأحوط الرفع الوجوبي إلى الحاكم، فهو يغير ما تقدّم منه في شروط سماع الدعوى من أنّه من جملة الشروط الجزم بالدّعوى «١»، فكيف يمكن له إقامة الدّعوى مع عدم الجزم بثبوتها، أو ما يقوم مقام الجزم على ما عرفت في السابق «٢»، خصوصاً في الصورة الأولى؟

و أمّا الإشكال في صورة جهل المديون و لو مع علم الدائن بل ممنوعيته فلما عرفت في شرح المسألة الأولى من أنّ مورد المقاصّة صورة جحد المديون أو مماثلته، كما وقع التعبير بالجحد في مورد جملة من الزوايات المتقدّمة «٣»، خصوصاً مع أنّ المقاصّة أمر على خلاف القاعدة، كما أشرنا إليه مراراً.

و من فرض المسألة يعلم أنّ الرفع إلى الحاكم في صورة علم الدائن هنا ممكن؛ لأنّ المدّعى إنّما يدعيه بصورة الجزم، و قد عرفت «٤» صور جواب المدّعى عليه و إنّ من جملتها الجواب بقوله: لا أدري، و مسائل هذا الجواب فراجع.

(١) أى فى الشرط الثامن و شرحه.

(٢) أى فى الشرط الثامن و شرحه.

(٣) فى ص ٣٩٠ - ٣٩١.

(٤) فى المسألة ٤ من مسائل «القول فى السكوت ..».

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤١٦

[مسألة ١١: لا يجوز التقاص من المال المشترك بين المديون و غيره إلا بإذن شريكه]

مسألة ١١: لا يجوز التقاص من المال المشترك بين المديون و غيره إلا بإذن شريكه، لكن لو أخذ وقع التقاص و إن أتم، فإذا اقتص من المال المشاع صار شريكاً لذلك الشريك إن كان المال بقدر حقه أو أنقص منه، و إلا صار شريكاً مع المديون و شريكه، فهل يجوز له أخذ حقه و إفرازه بغير إذن المديون؟
الظاهر جوازه مع رضا الشريك (١).

(١) إذا كان المال مشتركاً بين المديون و غيره فلا يجوز التقاص منه إلا بإذن الشريك؛ لاستلزامه التصرف فى المال المشترك، و هو لا يجوز بدون إذن الشريك، و هو حرام قبل تحقق القسمة؛ لأن التقاص متقوم بالأخذ بقصده و لا يتحقق بمجرد القصد. لكن لو ارتكب المحرم و أخذ المال المشترك بدون إذن الشريك و بقصد التقاص يترتب عليه مجرد الإثم، و لا يكون تصرفاً فى مال الغير المحرم، بل تصرفاً فى المال المشترك بدون إذن الشريك، و هو ليس كالأول فى الحرمة؛ لوضوح وجود الفرق بين التصرف فى مال الغير و بين التصرف فى مال نفسه المشترك بينه و بين غيره.
و مما ذكرنا ظهر أن جواز التقاص من المال المشترك لا يكون مقيداً بإذن الشريك، فإن جواز المقاصة مطلق، و إنما المتوقف على إذن الشريك جواز التصرف فى المال المشترك.

ثم إنه ذكر أنه إذا اقتص من المال المشترك أى بإذن الشريك بناءً على ما هو ظاهر عبارته، فإن كان المال المشترك بقدر حقه أو أنقص منه صار شريكاً لذلك الشريك، و يترتب عليه أحكام المال المشترك، و إن كان أزيد من حقه تتحقق الشركة بين أشخاص ثلاثة منهم المقتص منه، فهل يجوز للمقتص أخذ حقه و إفرازه بغير إذن المديون الشريك أيضاً؟ استظهر

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤١٧

.....

الجواز مع رضا الشريك الآخر، و الوجه فيه أن التقاص إنما هو للوصول إلى مائته ماله؛ لفرض جحود المديون أو مماطلته، فإذا فرض أن جواز التصرف فى ماله متوقف على إذن المديون، يلزم نقض الغرض خصوصاً فى صورة الجحود؛ لأنه لا يكاد يجتمع الجحود مع الإذن فى المال المشترك كما لا يخفى، فما استظهره الماتن (قدس سره) من الجواز أى جواز الإفراز مع رضا شريك المديون فقط فى محله، فتدبر.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤١٨

[مسألة ١٢: لو كان له حق و منعه الحياء أو الخوف أو غيرهما من المطالبة فلا يجوز له التقاص]

مسألة ١٢: لو كان له حقّ و منعه الحياء أو الخوف أو غيرهما من المطالبة فلا يجوز له التقاص، و كذا لو شك في أنّ الغريم جاحد أو مماطل لا يجوز التقاص (١).

[مسألة ١٣: لا يجوز التقاص من مال تعلق به حقّ الغير]

مسألة ١٣: لا يجوز التقاص من مال تعلق به حقّ الغير كحقّ الرهانة و حقّ الغرماء في مال المحجور عليه، و في مال الميّت الذي لا تفي تركته بديونه (٢).

(١) لا يجوز التقاص مع ثبوت الحقّ، غاية الأمر منع الحياء أو الخوف أو غيرهما من المطالبة؛ لأنّ مورد الروايات المتقدّمة «١» الدالّة على مشروعية المقاصّة مع كونها على خلاف القاعدة على ما عرفت «٢» هي صورة الجحد و الإنكار أو المماطلة و المسامحة، فالمانع عن الأداء إنكار أصل الدين أو الأمر الموجب للتأخير، و أمّا لو كان المانع هو الحياء أو الخوف أو غيرهما فهو خارج عن مورد أدلّة جواز التقاص، خصوصاً مع الاطمئنان بالأداء على تقدير المطالبة، و هكذا لو شك في أنّ الغريم جاحد أو مماطل، و احتمال الأداء على فرض المطالبة، فإنّه أيضاً خارج عن مورد الأدلّة الدالّة على المشروعية.

(٢) غير خفي أنّ التقاص إنّما يكون مورده ما إذا كان المال للمقتص منه، من دون أن يكون متعلّقاً لحقّ الغير، فإنّ التقاص من مثله يوجب تضييع حقّ الغير كحقّ الرهانة مثلاً، فإنّ العين المرهونة لا بدّ و أن تكون عند المرتهن وثيقة للدين، بحيث إذا لم يؤدّ المديون دينه لكان استفادة الدين منها للمرتهن ممكنة، و هذا لا يكاد يجتمع مع المقاصّة منها.

(١) في ص ٣٨٩ - ٣٩١.

(٢) في ص ٣٨٩ - ٣٩١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤١٩

.....

و كذا المثالان الأخيران، كثبوت حقّ الغرماء في مال المحجور عليه و ثبوت حقّهم في مال الميّت الذي لا تفي تركته بديونه، فإنّ المقاصّة من مال المحجور عليه أو الميّت تنافي حقّ الغرماء، إلّا أن يقال: إنّ حيشد يكون كأحد من الغرماء لغرض العلم بأنّه دائن و الغريم مديون، و إن كان بينه و بينهم فرق من جهة أنّ الغرماء عبارة عمّن ثبت عند الحاكم كونه دائناً، و إلّا لا يحكم بكونه محجوراً، أو أنّه لا تفي تركة الميّت بديونه، و لا يعتبر في المقاصّة ذلك، بل لا تحتاج إلى إذن الحاكم مطلقاً أو في بعض فروعها قطعاً، كما إذا كان للغريم على الغارم أيضاً دين، فأراد الغارم الاحتساب عمّا عليه مقاصّة كما لا يخفى، و سيأتي «١» إن شاء الله تعالى.

(١) أي في المسألة ١٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٢٠

[مسألة ١٤: لا يجوز لغير ذي الحقّ التقاص إلّا إذا كان ولياً أو وكيلًا عن ذي الحقّ]

مسألة ١٤: لا يجوز لغير ذي الحقّ التقاص إلا إذا كان ولياً أو وكيلاً عن ذي الحقّ، فلأب التقاص لولده الصغير أو المجنون أو السفيه في مورد له الولاية، وللحاكم أيضاً ذلك في مورد ولايته (١).

(١) من الواضح أن من لا يكون له حقّ على المقتص منه لا يجوز له التقاص، بل لا يتحقّق عنوان المقاصّة أصلاً؛ لأنه كعنوان القصاص ممّن لا يكون قاتلاً أصلاً؛ لأنّ عنوان التقاص و القصاص و القصة كلّها من مادّة واحدة يعتبر فيها وقوع عمل شبه العمل الواقع أو حكاية عمل قد وقع. و من الواضح أنّه مع عدم ثبوت الحقّ بوجه لا يكاد يصدق هذا العنوان. نعم إذا كان ولياً شرعياً فيجوز له التقاص بالإضافة إلى المولى عليه، فإذا كان للصغير حقّ على غيره و هو يجحد أو يماطل فلا يبيّه أو جدّه من قبله التقاص للصغير من مال الغريم، وهكذا بالنسبة إلى الوكيل إذا كانت دائرة توكيله شاملة لمثل التقاص، و كذا الحاكم في مورد ثبوت الولاية له كالمجنون غير المتصل جنونه بصغره، خصوصاً مع أنّ الغرض الأصلي من المقاصّة وصول الحقّ إلى ذيه و لو بمالته، كما مرّ مراراً.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٢١

[مسألة ١٥: إذا كان للغريم الجاحد أو المماطل عليه دين، جاز احتسابه]

مسألة ١٥: إذا كان للغريم الجاحد أو المماطل عليه دين، جاز احتسابه عوضاً عمّا عليه مقاصّة إذا كان بقدره أو أقلّ و إلاّ فبقدره، و تبرأ ذمّته بمقداره (١).

(١) إذا كان للغريم الجاحد أو المماطل على المقتصّ دين، ففي المتن أنّه يجوز احتسابه عوضاً عمّا عليه مقاصّة إذا كان بقدره أو أقلّ و إلاّ فبقدره.

و يمكن أن يقال بوقوع التهاتر قهراً من دون افتقار إلى الاحتساب أصلاً، فإذا كان الدين الثابت على المقتص ألف درهم مثلاً، و للمقتص على المقتص منه ألف درهم يتحقّق التهاتر القهري و إن لم يحتسب المقتصّ، إلّا أن يقال: إنّه قد لا يكون المقتصّ بصدد التقاص؛ لأجل عدم اقتضاء شأنه ذلك أو لغيره من الجهات. و قد عرفت «١» أنّ التقاص متقوم بالقصد كالتقاص، فإنّه تارة يقتل القاتل لأجل كونه قاتلاً و تارة يقتل لغير ذلك. و عليه فاللأزم القول بجواز الاحتساب من دون تحقق التهاتر قهراً، و على أيّ حال أيّ سواء وقع التهاتر كذلك أو احتسب مقاصّة تبرأ ذمّة المقتص منه بمقداره، كما لا يخفى.

(١) في ص ٤١٦.

لنكراني، محمد فاضل موحدى، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، در يك جلد، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٠ هـ ق

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات؛ ص: ٤٢٢

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٢٢

[مسألة ١٦: ليس للفقراء و السادة المقاصّة من مال من عليه الزكاة أو الخمس]

مسألة ١٦: ليس للفقراء و السادة المقاصّة من مال من عليه الزكاة أو الخمس أو في ماله إلاّ بإذن الحاكم الشرعي، و للحاكم التقاصّ ممن عليه أو في ماله نحو ذلك و جحد أو ماطل، و كذا لو كان شيء وقفاً على الجهات العامّة أو العناوين الكليّة و ليس لها متولّ لا يجوز التقاص لغير الحاكم، و أمّا الحاكم فلا- إشكال في جواز مقاصّته منافع الوقف. و هل يجوز المقاصّة بمقدار عينه إذا كان الغاصب جاحداً أو مماتلاً لا يمكن أخذها منه، و جعل المأخوذ وقفاً على تلك العناوين؟ وجهان، و على الجواز لو رجع عن الجحود أو المماطله فهل ترجع العين وقفاً و تردّ ما جعله وقفاً إلى صاحبه أو بقي ذلك على الوقفية و صار الوقف ملكاً للغاصب؟ الأقوى هو الأوّل، و الظاهر أنّ الوقف من منقطع الآخر، فيصحّ إلى زمان الرجوع (١).

(١) يقع الكلام في هذه المسألة في مقامين:

المقام الأول: في جواز مقاصّة الفقراء من مال من عليه الزكاة أو في ماله، و السادة من مال من عليه الخمس أو في ماله أي سهم السادة أو مستحقّي سهم الإمام (عليه السّلام) من مال من عليه السهم أو في ماله، فإنّ المقتص منه لو كان جاحداً أو مماتلاً يجوز ذلك لهم بإذن الحاكم الشرعي، كما أنّه مع عدم الجحود أو المماطله كان جواز الأخذ متوقفاً على إذن الحاكم خصوصاً في سهم الإمام (عليه السّلام). و كذا للحاكم نفسه المقاصّة من المذكورين الجاحدين أو المماطلين.

و السرّ في ذلك أنّ جواز أخذ المذكورات للمذكورين يحتاج إلى إذن الحاكم الشرعي على الأقوى أو على الاحتياط الوجوبي، كما ذكرنا الأخير في التعليقه

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٢٣

.....

على العروة الوثقى بالإضافة إلى سهم السّادة «١»، و إن كان ظاهر الآية الشريفة «٢» بالإضافة إلى الزكاة و الخمس ثبوتها بنحو الشركة، كما هو أحد الأقوال و الاحتمالات فيهما؛ للتعبير باللّام الظاهرة في الملكيّة التي لا تكاد تنطبق فيهما إلاّ على الكسر المشاع، إلاّ أنّه حيث تكون العناوين المأخوذة في آيتي الزكاة و الخمس ثابتة بنحو المصرف، بحيث يكفي الصرف في أحدها و لا يلزم الصرف في الجميع.

و من ناحية أخرى بما أنّه يكون تعداد مصاديقها كثيراً و غير قابل للإحصاء ظاهراً لا بدّ و أن يكون الحاكم أو إذنه معتبراً و لو احتياطاً. و ممّا ذكرنا ظهر الجواز لنفس الحاكم مع رعاية شرائط المقاصّة التي تكون عمدتها الجحود أو المماطله، كما لا يخفى.

المقام الثاني: في جواز المقاصّة بالإضافة إلى العين الموقوفة على الجهات العامّة و العناوين الكليّة كالفقراء و العلماء مثلاً، فإن لم يكن له متولّ خاصّ و كان أمره إلى الحاكم، فإن أمكن له أخذ العين و ردّها إلى ما قبل و جعل المأخوذ وقفاً على تلك العناوين فاللّازم ذلك، و إن لم يمكن مع فرض جحود الغاصب أو مماتلته، فإن أمكن له التقاص من منافع العين الموقوفة و صرفه في تلك العناوين فاللّازم ذلك.

و هل تجوز المقاصّة بمقدار العين إذا كان الغاصب جاحداً أو مماتلاً؟ قد احتمل فيه وجهين ناشئين من أنّ الحاكم هنا بمنزلة المقتصّ صاحب العين أو الدين في سائر الموارد، فلم لا تجوز المقاصّة من الحاكم؟ و من أنّ جعل الحاكم المأخوذ

(١) الحواشي على العروة الوثقى: ١٩٥.

(٢) سورة الأنفال ٨: ٤١، سورة التوبة ٩: ٦٠ و ١٠٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٢٤

.....

وقفاً على تلك العناوين مع عدم كونه مالكاً أو شبهه على خلاف القاعدة جداً، خصوصاً في مثل المقام مما لم يكن المال المأخوذ ملكاً لواحد منهم، بل الغرض وصول منافعه إليهم. وقد فرض جواز التقاص من منافع العين الموقوفة بخلاف التقاص في سائر الموارد، حيث يكون جواز التصرف للمقتص مطلقاً متوقفاً على الملكية، ولذا التزم صاحب الجواهر (قدس سره) في كلامه المتقدم بالمعوضة القهرية وإن ناقشنا فيه «١» فراجع لا يبعد اختيار الاحتمال الثاني لما ذكرنا.

ثم إن قوله: «و جعل المأخوذ وقفاً» إنما يكون عطفاً على قوله: «المقاصية» لا أنه عطف على المنفى، والشاهد عليه مضافاً إلى أنه لا يحتاج إلى الوقف ثانياً قوله: «و ترد ما جعله وقفاً إلى صاحبه» الظاهر في أنه وقف ثانوي صادر من الحاكم، فتدبر. ثم إنه على تقدير الجواز لو رجع المقتص منه عن الجحود أو المماطلة، فهل ترجع العين وقفاً و ترد ما جعله وقفاً إلى صاحبه أو بقي ذلك على الوقفية و صار الوقف ملكاً للغاصب؟ فيه وجهان، جعل في المتن الأقوى الأول، و الوجه فيه أن العين الموقوفة المغصوبة لا تخرج عن الوقفية و لو بالغصب، و الجحود أو المماطلة لا دخل لهما في الخروج عن ذلك سيما المماطلة، كما أنه لا دخل لهما في زوال ملكية المالك، و إلا لا يبقى مجال للمقاصه أصلاً، كما لا يخفى، و لا مجال لدعوى بقاء العين على الوقفية و صيرورتها مع ذلك ملكاً للغاصب.

ثم إن الماتن (قدس سره) استظهر بعد ذلك أن الوقف الصادر من الحاكم من منقطع الآخر الصحيح في مقابل منقطع الأول أو الوسط الباطلين، فيصح إلى زمان الرجوع أي الرجوع عن الجحود، و الوجه فيه واضح لا يخفى.

(١) ٤٠٧-٤٠٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٢٥

[مسألة ١٧: لا تتحقق المقاصه بمجرد النية بدون الأخذ و التسلط على مال الغريم]

مسألة ١٧: لا تتحقق المقاصه بمجرد النية بدون الأخذ و التسلط على مال الغريم، نعم يجوز احتساب الدين تقاصاً كما مر، فلو كان مال الغريم في يده أو يد غيره فنوى الغارم تملكه تقاصاً لا يصير ملكاً له، و كذا لا يجوز بيع ما في يد الغير منه بعنوان التقاص من الغريم (١).

[مسألة ١٨: الظاهر أن التقاص لا يتوقف على إذن الحاكم]

مسألة ١٨: الظاهر أن التقاص لا يتوقف على إذن الحاكم، و كذا لو توقف على بيعه أو إفرازه يجوز كل ذلك بلا إذن الحاكم (٢).

(١) قد عرفت أن المقاصه متقومة بالأخذ و القصد «١»، فلا تتحقق بمجرد النية، لأنها عبارة عن مثل فعله كالقصاص الذي هو عبارة عن قتل القاتل عمداً، فلو كان مال الغريم في يد نفسه أو في يد غيره الأجنبي، فنوى الغارم تملكه تقاصاً لا يصير ملكاً له، و كذا لا يجوز

بيع ما في يد الغير منه أو من غيره بهذا العنوان، فاللزام الأخذ وقصد المقاصّة، ولا يكفي مجرد الأخذ أيضاً؛ لأنه ربّما لا يكون الغارم بصدد التقاص؛ لأنه ليس من شأنه ذلك؛ لأجل كونه خيانة ظاهراً وإن لا يكون كذلك واقعاً أو لغير هذه الجهة. نعم يجوز احتساب الدين تقاصاً، بل كما ذكرنا سابقاً يقع التهاثر القهري احتمالاً من دون الاحتساب الذي لا يقع إلا بالتيه. (٢) وجه الظهور إطلاق أدلة المشروعية الدالة على أن الشارع أذن في ذلك

(١) في ص ٤١٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٢٦

.....

مطلقاً من غير اعتبار المراجعة إلى الحاكم والاستئذان منه. نعم قد عرفت «١» أنه مع سهولة المرافعة إلى الحاكم وإقامة البيّنة على حقه لا تجوز المقاصّة، بل يتعيّن الترافع حينئذٍ وأخذ الحقّ من طريق القضاء. وإن شئت قلت: في صورة جواز المقاصّة قد أذن الشارع في ذلك، ولا حاجة إلى إذن الحاكم خصوصاً مع أن التقاص كما عرفت مراراً يكون على خلاف القاعدة المقتضية لعدم جواز التصرف في مال الغير بغير إذنه، وخصوصاً مع أنه بعد الرجوع إلى الحاكم والاستئذان منه إما أن يكون ملتزماً بالاذن بالإضافة إلى الجميع، فيلزم لغوية لزوم الاستئذان، وأما أن لا يكون، فيلزم التبعيض من غير وجه مضافاً إلى أن الجهة الموجبة لعدم الاذن كإثارة الفتنة ونحوها لا ربط لها بالتقاص كما مرّ «٢». هذا فيما إذا لم يتوقّف على البيع أو الإفراز، وأما لو توقّف على شيء من ذلك فالظاهر أيضاً عدم التوقّف على الإذن؛ لعدم الدليل عليه خصوصاً مع أن البيع أو الإفراز غير مصرّح بجوازه في شيء من الروايات المتقدمة «٣»، فتدبر جيّداً. ثم إنك عرفت «٤» مراراً أن قاعدة نفى الضرر أجنبيّه عن مثل المقام، فلا يجوز التمسك بها كما لا يخفى.

(١) في ص ٣٩٤.

(٢) في ص ٣٩٤ - ٣٩٦.

(٣) في ص ٣٨٩ - ٣٩١ وغيرها.

(٤) في ص ٣٩٧ وغيرها.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٢٧

[مسألة ١٩: لو تبين بعد المقاصّة خطوة في دعواه يجب عليه ردّ ما أخذه أو ردّ عوضه مثلاً أو قيمته لو تلف]

مسألة ١٩: لو تبين بعد المقاصّة خطوة في دعواه يجب عليه ردّ ما أخذه أو ردّ عوضه مثلاً أو قيمته لو تلف، وعليه غرامة ما أضّره من غير فرق بين الخطأ في الحكم أو الموضوع، ولو تبين أن ما أخذه كان ملكاً لغير الغريم يجب ردّه أو ردّ عوضه لو تلف (١).

(١) في هذه المسألة صورتان:

الاولى: ما إذا تبين بعد المقاصّة خطأ المقتص النادم فيما يعتقد و يدّعيه من ثبوت حقّ له على الغريم، وأنه لم يكن له حقّ عليه عند المقاصّة، ويجب عليه حينئذٍ ردّ ما أخذه إن كان موجوداً ولم يتحقّق نقله إلى الغير، و ردّ عوضه مثلاً أو قيمته لو تلف أو نقل إلى

الغير بالنقل اللازم من دون فرق بين أن يكون الخطأ في الحكم أو الموضوع، و الوجه فيه واضح.
الثانية: ما إذا تبين له بعد المقاصة أن المأخوذ لم يكن ملكاً للغريم بل لغيره، و كان يعتقد أنه ملك للغريم. و من المعلوم أنه لم تتحقق المقاصة حينئذ؛ لأنه لا معنى لها بالإضافة إلى مال الغير، و إن كان من حواشيه كأبيه أو ابنه مثلاً فيجب عليه رده أو ردّ عوضه مثلاً أو قيمته لو تلف أو مثله.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٢٨

[مسألة ٢٠: تجوز المقاصة من العين أو المنفعة أو الحق في مقابل حقه من أي نوع كان]

مسألة ٢٠: تجوز المقاصة من العين أو المنفعة أو الحق في مقابل حقه من أي نوع كان، فلو كان المطلوب عيناً يجوز التقاص من المنفعة إذا عثر عليها أو الحق كذلك و بالعكس (١).

(١) لا تعتبر في المقاصة إلّا المماثلة في المايه، و لا تعتبر المماثلة من جهة العين أو المنفعة أو الحق، فلو كان المطلوب عيناً يجوز التقاص من المنفعة إذا عثر عليها أو الحق كذلك و بالعكس، بل لا تعقل المماثلة من جميع الجهات في بعض صور المقاصة، فإذا كان المطلوب عيناً لا تتحقق المماثلة معها في الجميع خصوصاً بعد كون خصوصيات العين مقصورة، فالمعتبر في المقاصة المماثلة في المايه.

نعم قد عرفت «١» أنه مع إمكان المقاصة من المثل في المثلى الكلى، يشكل التقاص من جنس آخر، كالتقاص من الشعير فيما لو كان عليه حنطة مع إمكان التقاص من الحنطة التي هي من جنسها، كما لا يخفى.

ثم إنه ربّما يقال بقصور أدلته المقاصة عن الدلالة على جوازها من غير جنس حقه؛ نظراً إلى صحیحه أبي بكر الحضرمي المتقدمة الواردة في الدراهم من الطرفين، و صحیحه داود بن رزين المتقدمة المشتملة على قوله: «خذ مثل ذلك» «٢»، مضافاً إلى آية الاعتداء «٣» و المعاقبة «٤» المشتملتين على التعبير بالمماثلة، و لا تصدق المماثلة فيما إذا كان المطلوب عيناً و أريد التقاص من الحق، و لكن ضعف

(١) في ص ٣٥٥.

(٢) تقدّمتا في ص ٣٩٨ - ٣٩١.

(٣) سورة البقرة ٢: ١٩٤.

(٤) سورة النحل ١٦: ١٢٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٢٩

.....

هذا القول ظاهر بعد وضوح أن المراد بالمماثلة هي المماثلة في المقدار، بمعنى عدم الزيادة على المطلوب، و إلّا يلزم عدم استفادة مشروعية التقاص فيما إذا لم يتمكّن من الجنس من أمثال هذه الأدلّة، مع أنه من الواضح خلافه، بل يلزم عدم مشروعية المقاصة في مقدار أقل من الحق.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٣٠

[مسألة ٢١: إنما يجوز التقاض إذا لم يرفعه إلى الحاكم فحلفه]

مسألة ٢١: إنما يجوز التقاض إذا لم يرفعه إلى الحاكم فحلفه، وإلا فلا يجوز بعد الحلف، ولو اقتضى منه بعده لم يملكه (١).

(١) غير خفى أنه إذا رفع الأمر إلى الحاكم ولم يكن بينه للمدعى، ووصلت النوبة إلى حلف المدعى عليه فحلفه الحاكم وحلف، وحكم الحاكم على طبق حلفه بعدم كونه غاصباً أو مديوناً، لا يجوز للدائن وإن كان يرى نفسه فيما بينه وبين الله دائماً المقاصه من مال المديون؛ لاقتضاء فصل الخصومة الحاصل بحكم الحاكم ذلك، وإن كان لا يصير الغاصب مالكا للعين واقعاً، والمديون بريئاً من الدين كذلك، وقد ورد في بعض الروايات النبوية الصحيحة المشتملة على قوله (صلى الله عليه وآله): إنما أفضى بينكم بالبيئات والايمان (١) ما هو مفاده أنه لو قضيت لكم بخلاف الواقع لا يصير المحكوم له مالكا واقعاً، بل إنما قطع له قطعة من النار. ومع اقتضاء القاعدة ذلك فقد وردت في المسألة أيضاً روايات:

منها: رواية خضر النخعي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يكون له على الرجل المال فيجحد، قال: إن استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً، وإن تركه ولم يستحلفه فهو علي حقه (٢).
ومنها: رواية ابن أبي يعفور، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: إذا رضى صاحب الحق يمين المنكر لحقه فاستحلفه، فحلف أن لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى، فلا دعوى له.

(١) تقدّم في ص ١٣٥ - ٢٤٥.

(٢) تقدّم في ص ١٤٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٣١

.....

قلت له: وإن كانت عليه بينة عادلة؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه ما كان له، وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعه قبله مما قد استحلفه عليه (١).

ولا يخفى أن المراد بذهاب اليمين بحق المدعى، كما يظهر من تفريع قوله: «فلا دعوى له» هو الذهاب من جهة إقامة الدعوى أو التقاض أو مثلهما لا ذهابها به واقعاً.

كما أنه لا خصوصية لنفى الدعوى في التفريع، بل كل ما يترتب على دعواه فلا يجوز بيعه أيضاً، كما أن المراد من إقامة البيّنة هي الإقامة قبل حلف المنكر، وإلا فلا تصل النوبة إلى الحلف، كما تقدّم (٢).

لكن في صحيحة أبي بكر الحضرمي المتقدمة الدالة على مشروعية المقاصه قال: قلت له: رجل لى عليه دراهم فجددني وحلف عليها إلیخ (٣)، و ظاهرها أن «حلف» بصيغة المبني للفاعل. وقد حملها السيد في الملحقات على حلف الغريم من عنده، أو باستحلاف المدعى وحلفه دون تحليف الحاكم (٤).

إن قلت: إن السؤال فيها مطلق، وترك الاستفصال في الجواب دليل الإطلاق.

قلت: لو سلّم ذلك ولم نقل بانصرافه عن الحلف عقيب استحلاف الحاكم لا بدّ من حمل الإطلاق بقرينة الروايتين على ما إذا لم يكن هناك استحلاف من الغارم بتوسط الحاكم، كما لا يخفى.

(١) تقدّمت في ص ١٣٧.

(٢) أي في المسألة الحادية عشرة من مسائل «القول في الجواب بالإنكار».

(٣) في ص ٣٩١.

(٤) ملحقات العروة الوثقى: ٣/ ٢١٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٣٢

.....

وهنا رواية ظاهرة في أنّه لو رضی المدّعی بحلف المدّعی عليه يكفي ذلك في عدم جواز المقاضّة، وإن لم يكن في البين ترافع إلى الحاكم، وهي رواية عبد الله بن وضّاح قال: كانت بيني وبين رجل من اليهود معاملة، فخانني بألف درهم، فقدمته إلى الوالي فأحلفته فحلف، وقد علمت أنّه حلف يميناً فاجرة، فوقع له بعد ذلك عندي أرباح و دراهم كثيرة، فأردت أن أقتص الألف درهم التي كانت لي عنده وأحلف عليها، فكتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام) فأخبرته أنّي قد أحلفته فحلف، وقد وقع له عندي مال فإن أمرتني أن آخذ منه الألف درهم التي حلف عليها ففعلت. فكتب: لا تأخذ منه شيئاً إن كان ظلمك فلا تظلمه، ولو لا أنّك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، ولكنك رضيت بيمينه وقد ذهب اليمين بما فيها، فلم آخذ منه شيئاً، وانتهيت إلى كتاب أبي الحسن (عليه السلام) «١».

ولكن لو قطعنا النظر عن هذه الرواية من جهة السند لكان الحكم فيما لو كان الحلف بإذن الحاكم ما ذكرنا.

(١) تقدّمت في ص ١٤٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٣٣

[مسألة ٢٢: يستحب أن يقول عند التقاض: «اللهم إني آخذ هذا المال مكان مالي الذي أخذه مني»]

مسألة ٢٢: يستحب أن يقول عند التقاض: «اللهم إني آخذ هذا المال مكان مالي الذي أخذه مني، وإني لم آخذ الذي أخذته خيانه ولا ظلماً». وقيل: يجب، وهو أحوط (١).

(١) قد عرفت «١» اشتمال صحيحة أبي بكر الحضرمي الدالّة على مشروعية المقاضّة، المشتملة على قوله: «و لكن لهذا كلام» على الدّعاء المزبور، و ظاهرها وإن كان هو الوجوب إلّا أنّها محمولة على الاستحباب، ويؤيّد مضافاً إلى أنّ الغرض من المقاضّة التوصل إلى الحقّ، وهو لا يتوقف على الدّعاء المزبور، بل تتقوّم بالأخذ مع القصد بينه وبين الله تعالى، وإلى اختلاف الدّعاء في روايتي أبي بكر، ففي إحداهما ما هو المذكور في المتن «٢»، وفي الأخرى كما تقدّم «٣»: «اللهم إني لا آخذ» «لم آخذ» «لن آخذ» «ظلماً ولا خيانه»، وأنما أخذته مكان مالي الذي أخذ مني لم أزد عليه شيئاً، وإن كان يدفعه أنّ الاختلاف إنّما يدلّ على الاستحباب فيما إذا كانت الروايات متعدّدة.

وقد عرفت «٤» أنّ الروايتين أو الروايات لأبي بكر الحضرمي لا تكون متعدّدة، وإن جعلها في الوسائل وبتبعها الكتب الفقهيّة كذلك و عليه فلا دلالة للاختلاف على الاستحباب.

لخلو أكثر أدلة مشروعية التقاص عن هذا الدعاء، ولا مجال لدعوى كون

(١) في ص ٣٩١.

(٢) تهذيب الأحكام: ١٩٧/٦ ح ٤٣٩، الاستبصار: ٥٢/٣ ح ١٦٩، الكافي ٩٨/٥ ح ٣، الفقيه: ١١٤/٣ ح ٤٨٦، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧٤/١٧، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٥.

(٣) في ص ٣٩١.

(٤) في ص ٣٩١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٣٤

.....

أكثرها ضعيفاً سنداً؛ لوجود روايات صحيحة فيها، مضافاً إلى آيتي الاعتداء «١» و المعاقبة «٢».

و يؤيده ذهب المشهور إلى الاستحباب «٣»، مع أنه يحتمل عدم دلالة رواية أبي بكر على الوجوب، وقوله (عليه السلام): «و لكن لهذا كلام» لا دلالة له عليه، بل هو إرشاد و بيان لطريق المقاصبة، و أنه في التية لا بد و أن تكون كذلك، خصوصاً مع قصد عدم الازدياد.

و قد عرفت أنه يعتبر في المقاصبة مضافاً إلى الأخذ القصد «٤»؛ لأن الأخذ ربماً لا يكون له قصد المقاصبة؛ لعدم اقتضاء شأنه ذلك أو لغيره من الجهات، و عليه يمكن أن يكون ذلك منشأ لفتوى المشهور لا و قوفهم على قرينه خاصة على عدم الوجوب.

و يؤيد عدم الوجوب أنه إن كان المراد التلّفظ بهذا الدعاء باللغة العربية فربما لا يكون المقتص عارفاً بهذه اللغة، و استحباب مجرد التلّفظ بها فضلاً عن الوجوب مستبعد جداً. و إن كان المراد التلّفظ بمفادها من أية لغة كانت فهو يناسب الاستحباب، دفعا لتوهم أنه تصرف في مال الغير بغير إذنه مطلقاً، أو خصّ لنفسه ما زاد عن مقدار حقّه أيضاً، كما لا يخفى.

ثم إنه لم يعلم أن القائل بالوجوب هل أراد الوجوب الشرطي الراجع إلى مدخلية الدعاء المزبور في صحة المقاصبة، أو أراد الوجوب النفسي عند

(١) سورة البقرة ٢: ١٩٤.

(٢) سورة النحل ١٦: ١٢٦.

(٣) ملحقات العروة الوثقى: ٢١٦/٣.

(٤) في ص ٤١٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٣٥

.....

إرادتها؟ و الأول في غاية البعد كما لا يخفى.

و يؤيد عدم الوجوب أنّ الصدوق بعد روايته خبر أبي بكر الحضرمي قال: و زاد في خبر آخر ما هو مفاده: أنه إن استحلفه المديون على عدم أخذه ماله بعنوان المقاصبة جاز له الحلف إن قال هذا الدعاء «١»، فإنّ مرجعه إلى أنّ التكلم بهذا الدعاء فائدته ذلك، و أن لا يكون واجباً شرطاً أو نفساً، فتدبر جيداً.

و لكنه مع ذلك يكون مقتضى الاحتياط الاستحبابي رعاية الدعاء المزبور، كما في المتن.

(١) الفقيه: ٣/ ١١٤ ح ٤٨٧، و عنه وسائل الشيعة: ١٧/ ٢٧٤، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٣٦

[مسألة ٢٣: لو غصب عيناً مشتركة بين شريكين فلكل منهما التقاص منه بمقدار حصته]

مسألة ٢٣: لو غصب عيناً مشتركة بين شريكين فلكل منهما التقاص منه بمقدار حصته، وكذا إذا كان ديناً مشتركاً بينهما، من غير فرق بين التقاص من جنسه أو بغير جنسه، فإذا كان عليه ألفان من زيد فمات و ورثه ابنان، فإن جحد حق أحدهما دون الآخر فلا إشكال في أن له التقاص بمقدار حقه، وإن جحد حقه فظاهر أنه كذلك، فلكل منهما التقاص بمقدار حقه، ومع الأخذ لا يكون الآخر شريكاً، بل لا يجوز لكل المقاصه لحق شريكه (١).

(١) في هذه المسألة فرضان:

الفرض الأول: ما لو كان الغاصب قد غصب عيناً مشتركة بين الشريكين، فلا مجال لدعوى عدم ثبوت المقاصه في المقام؛ نظراً إلى أن موردها ما إذا كان المغصوب منه شخصاً واحداً وإنساناً فريداً، بل الظاهر ثبوت حق المقاصه بالإضافة إلى كل واحد من الشريكين بمقدار حقه و حصته في العين المغصوبة، فإذا كانت قيمة حصته لا تتجاوز عن الألف لا يجوز له التقاص أزيد من تلك القيمة، ولا يجوز له التقاص بمقدار حصه الشريك أيضاً إلا أن يكون وكيلاً عنه في ذلك بالخصوص أو العموم على ما عرفت «١».

الفرض الثاني: ما إذا كان هناك دين مشترك بين شريكين، كما إذا اشترى منهما عيناً مشتركة بينهما بثمان مؤجل، ثم جحد ذلك و أنكر كدار مثلاً أو غيرها، فإنه لا يجوز لكل من الباعين المقاصه بالإضافة إلى سهم الآخر أيضاً، من غير فرق بين التقاص من جنسه أو بغير جنسه.

و في المثال المذكور في المتن إذا كان عليه ألفان من ناحية زيد الدائن فمات زيد

(١) في ص ٤١٦-٤١٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٣٧

.....

و ورثه اثنان، فإن جحد حق أحدهما دون الآخر بأن اعترف بأن لأحد الوارثين عليه ألفاً لا من ناحية الوراثه دون الآخر، فالظاهر أنه لا إشكال في أن للمجحد حق التقاص لجحده، و المفروض اعترافه للآخر. و إن جحد حقه معاً يجوز لكل منهما المقاصه بالإضافة إلى حقه دون حق الآخر إلا في صورة الوكالة على ما مرّ، و لا- يكون الآخر شريكاً في المأخوذ؛ لفرض كون الحق هو الدين، و لا مجال لتوهم الشركة في حق كل واحد منهما إلا أن يكون المأخوذ بعنوان الشركة، فتدبر.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٣٨

[مسألة ٢٤: لا فرق في جواز التقاص بين أقسام الحقوق المالية]

مسألة ٢٤: لا فرق في جواز التقاص بين أقسام الحقوق المائيّة، فلو كان عنده وثيقة لدينه فغصبها جاز له أخذ عين له وثيقة لدينه وبيعها لأخذ حقه في مورده، وكذا لا فرق بين الديون الحاصلة من الاقتراض أو الضمانات أو الدّيات، فيجوز المقاصّة في كلّها (١).

(١) في هذه المسألة أيضاً أمران:

أحدهما: أنّه كما يجرى التقاص بالإضافة إلى الأموال سواء كانت عيناً أو منفعةً كذلك يجرى في الحقوق المائيّة، فلو كان عنده العين المرهونة وثيقة لدينه فغصبها غاصب يجوز له أخذ عين من الغاصب وثيقة لدينه، و جاز بيعها لأخذ حقه في مورده؛ لإطلاق أدلّة التقاص و عدم الاختصاص بالأموال، فكما أنّه يجرى التقاص بالإضافة إلى المنفعة، بأن سكن في داره سنةً مثلاً من دون إذنه و لم يؤدّ أجره المثل، كذلك يجرى في الحقوق المائيّة كما في المثال المتقدّم.

ثانيهما: أنّ الملاك في التقاص في باب الديون ثبوت أصل الدين بنظر الغارم، سواء كان منشؤه الاقتراض أو الضمانات أو الدّيات، و سواء قلنا في باب ضمان اليد: بأنّ الثابت على العهدة نفس العين أو قيمتها لو لم نقل بألوية الأول، كما لا يخفى.

و أما خصوص الوديعة فقد عرفت جواز التقاص منها على كراهية «١»؛ لورود طائفتين من الأخبار فيها، كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام فيما يتعلق بشرح كتاب القضاء من تحرير الوسيلة للإمام الراحل الخميني قدس سرّه الشريف المسّمى ب «تفصيل الشريعة».

و كان ينبغي له (قدس سرّه) أن يجعل الخاتمة في فصول ثلاثة؛ ثالثها مسائل القسمة

(١) في ص ٤٠٩ - ٤١٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٣٩

.....

و أحكامها لشدة الابتلاء بها، مضافاً إلى التعرّض لها في كثير من الكتب الفقهيّة في ذيل مباحث القضاء كالشرائع و مثلها «١»، كما أنّه كان ينبغي له البحث في أصل كتاب القضاء في مباحث قاضي التحكيم في مقابل القاضي المنصوب ابتداءً، و أنّه هل هو مشروع أم لا؟ و على تقدير المشروع هل يعتبر فيه الاجتهاد أم لا؟

(١) شرائع الإسلام: ١٠٠ - ١٠٥، تحرير الأحكام: ٥ / ٢١٥ - ٢٢٩، قواعد الأحكام: ٣ / ٤٦٠ - ٤٦٨، الدروس الشرعيّة: ٢ / ١١٧ - ١٢٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٤٠

.....

و أنا العبد المفتاق إلى رحمة ربّه الغني محمد الفاضل اللنكراني عفا الله عنه و عن والده بحق المواليد الكريمة في هذا الشهر المعظم، سيّما خاتم الأوصياء رُوحى و أرواح العالمين لتراب مقدمه الفداء، صلوات الله عليه و على آبائه عليهم آلاف الثناء و التحية، شعبان ١٤١٩، و الحمد لله أولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٤١

إشارة

كتاب الشهادات

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٤٣

[القول في صفات الشهود]

إشارة

القول في صفات الشهود و هي أمور:

[الأول: البلوغ]

الأول: البلوغ، فلا اعتبار بشهادة الصبي غير المميز مطلقاً ولا بشهادة المميز في غير القتل والجرح، ولا بشهادته فيهما إذا لم يبلغ العشر، وأما لو بلغ عشراً وشهد بالجراح والقتل ففيه تردد، نعم لا إشكال في عدم اعتبار شهادة الصبي مطلقاً (١).

(١) لا إشكال في أنه لا اعتبار بشهادة الصبي غير المميز مطلقاً، ولا بشهادة الصبي مطلقاً مميزة كانت أو غير مميزة، إنما الإشكال في قبول شهادة المميز تارة في غير القتل والجرح وأخرى فيهما، ولعلم قبل الشروع في البحث أنه لا ارتباط لهذه المسألة بمسألة شرعية عبادات الصبي وعدمها، وقد تكلمنا في مسألة شرعية عباداته في كتابنا «القواعد الفقهية» (١)، واخترنا هناك الثبوت وإن كانت التكاليف الالتزامية منتفية عنه، فيمكن في المقام الجمع بين عدم وجوب أداء الشهادة وإقامتها على الصغير وبين قبول شهادته.

(١) القواعد الفقهية: ١/ ٣٥٥ - ٣٧٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٤٤

.....

نعم على القول بأن الصبي مسلوب العبارة لا مجال لتوهم قبول شهادته، وكيف كان فالروايات الواردة في هذا المجال على ثلاث طوائف تقريباً:

الطائفة الأولى: الروايات الدالة على عدم قبول شهادة الصبي ما لم يدرك، مثل:

صحيحه محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام) قال في الصبي يشهد على الشهادة فقال: إن عقله حين يدرك أنه حق جازت شهادته (١).

□

ورواية السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): إن شهادة الصبيان إذا أشهدوهم وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها (٢).

ونقل في الوسائل (٣) رواية عن إسماعيل بن أبي زياد الذي هو السكوني غير هذه الرواية، مع أن الظاهر الاتحاد وعدم التعدد، و يظهر من الجواهر (٤) عدم اعتبار رواية السكوني مع أنه ثقة كما عن المحقق في المسائل العزيمية (٥)، وعن الشيخ (قدس سره) في العدة: أن روايات السكوني فيما إذا لم يكن على خلافه الرواية يكون معمولاً بها عند الطائفة (٦)، وكيف كان فالظاهر اعتبار الرواية.

وصحيحه محمد بن حمران قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شهادة الصبي؟ قال:

- (١) الكافي: ٣٨٩ / ٧ ح ٤، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٥١ ح ٦٤٧، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٤٢، كتاب الشهادات ب ٢١ ح ١.
- (٢) الكافي: ٣٨٩ / ٧ ح ٥، تهذيب الأحكام: ٦ / ٦٤٨، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٤٢، كتاب الشهادات ب ٢١ ح ٢.
- (٣) تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٥٠ ح ٦٤٣، الاستبصار: ٣ / ١٨ ح ٥١، الفقيه: ٣ / ٢٨ ح ٨٠، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٤٣، كتاب الشهادات ب ٢١ ح ٤.
- (٤) جواهر الكلام: ٤١ / ١٢.
- (٥) المسائل العزيمية الأولى، المطبوع ضمن الرسائل التسع: ٦٤.
- (٦) عده الأصول: ١ / ١٤٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٤٥

.....

فقال: لا، إلا في القتل، يؤخذ بأول كلامه ولا يؤخذ بالثاني «١». و صحیحته جميل، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): تجوز شهادة الصبيان؟ قال: نعم، في القتل يؤخذ بأول كلامه ولا يؤخذ بالثاني منه «٢».

الطائفة الثانية: الروايات الدالة بظاها على الجواز مثل:

صحیحته أبي أيوب الخزاز قال: سألت إسماعيل بن جعفر: متى تجوز شهادة الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنين، قلت: ويجوز أمره؟ قال: فقال: إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) دخل بعائشة وهي بنت عشر سنين، وليس يدخل بالجارية حتى تكون امرأة، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره، و جازت شهادته «٣».

و الرواية مضافاً إلى عدم حجيتها لعدم كون قول ابن الإمام (عليه السلام) حجة بعد عدم كونه إماماً، ولا يروى ذلك عن أبيه (عليه السلام) مضطربة؛ لعدم الارتباط بين السؤال عن أنه متى تجوز شهادة الغلام، وبين الجواب بأن رسول الله (صلى الله عليه وآله) دخل بعائشة وهي بنت عشر سنين، بعد كون المرأة في هذه الحالة بالغة خارجة عن حد الصغر، ولا ملازمة بين جواز الدخول بها في هذا السن وبين جواز أمر الصبي، و جواز شهادته في هذه السن، ولعل هذا الأمر يدل على عدم الصدور من الإمام (عليه السلام)،

- (١) الكافي: ٣٨٩ / ٧ ح ٤، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٥١ ح ٦٤٦، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٤٣، كتاب الشهادات ب ٢٢ ح ٢.
- (٢) الكافي: ٣٨٩ / ٧ ح ٢ و ٦، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٥١ ح ٦٤٥ و ص ٢٥٢، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٤٢، كتاب الشهادات ب ٢٢ ح ١.

و رواه صاحب الوسائل في نفس الباب مرتين، غاية الأمر أن سند أحدهما صحيح و الآخر غير صحيح؛ لوجود «سهل بن زياد» فيه. (المؤلف دام ظله).

- (٣) الكافي: ٣٨٨ / ٧ ح ١، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٥١ ح ٦٤٤، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٤٤، كتاب الشهادات ب ٢٢ ح ٣.
- تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٤٦

.....

كما لا يخفى.

و موثقة عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شهادة الصبي و المملوك؟ فقال: على قدرها يوم أشهد تجوز في

الأمر الدون، ولا تجوز في الأمر الكبير «١».

و يرد عليها أنها مضافاً إلى التفصيل في شهادة المملوك بين الأمر الدون و الأمر الكبير، مع أنه لا يجرى فيها بل التفصيل الواقع فيها هو كون الشهادة على المولى أو على غيره كما بين في محله «٢»- لم يقع فيها التحديد بالإضافة إلى الدون و الكبير، مع أنهما من الأمور المتضايقة، فكلّ دون كبيرٌ بالإضافة إلى ما تحته و دونٌ بالإضافة إلى ما فوقه، و لذا ذكر بعضهم في تقسيم المعاصى إلى الكبيرة و الصغيرة أنّ كلّ معصية صغيرة بالإضافة إلى ما فوقها، و كبيرة بالإضافة إلى ما تحتها «٣»، و هذا الأمر و إن كان يمكن الجواب عنه بالكتاب و السنة الدالة على تعدد المعاصى الكبيرة إلّا أنّه لا يمكن الجواب عنه في المقام، و التحقيق في محله «٤».

و موثقة طلحة بن زيد، عن الصادق جعفر بن محمد، عن أبيه، عن آبائه، عن علي (عليهم السلام) قال: شهادة الصبيان جائزة بينهم ما لم يتفرقوا أو يرجعوا إلى أهلهم «٥».

و أورد عليها بأنّ غاية مفادها هو جواز شهادة الصبيان بينهم ما لم يتفرقوا أو

(١) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٥٢ ح ٦٥٠، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٤٤، كتاب الشهادات ب ٢٢ ح ٥.

(٢) راجع ص ٤٨١ - ٤٨٥.

(٣) السرائر: ٢/ ١١٨.

(٤) تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، الاجتهاد و التقليد: ٣٣١ - ٣٤٨.

(٥) الفقيه: ٣/ ٢٧ ح ٧٩، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٤٥، كتاب الشهادات ب ٢٢ ح ٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٤٧

.....

يرجعوا إلى أهلهم، و لا- دلالة لها على جواز شهادتهم على غيرهم «١»، على أنّها لو كانت مطلقة يلزم تقييدها بموارد الشهادة على القتل، على ما سنبينه إن شاء الله تعالى.

الطائفة الثالثة: الروايات الواردة في القتل، كصحيحته محمد بن حمران و جميل المتقدمين الدالتين على جواز شهادة الصبيان في القتل.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ المستند للتفصيل بين العشر و من دونه ليس إلّا صحيحة أبي أيوب الخزاز المتقدمة التي عرفت أنّه لا يجوز الالتزام بمضمونها؛ لعدم ورودها عن الإمام (عليه السلام)، و عدم إمكان الالتزام بمضمونها، و بطلان المقايضة الواقعة فيها، و في محكي المسالك أنّه نقل عن جماعة «٢»، منهم: الشيخ فخر الدين «٣» الاتفاق على عدم قبول شهادة من دون العشر حتى في الدم، و أنّما الخلاف في من زاد عن ذلك «٤».

و قال صاحب الجواهر: و إن كنّا لم نتحققه، بل في الكفاية: أنّ الموجود في الإيضاح أنّ من لم يبلغ العشر لا تقبل شهادته في غير القصاص و القتل و الجراح إجماعاً «٥»، و ظاهره عدم الإجماع على ذلك في القتل و الجراح، و ربما كان ظاهر جملة من العبارات التي جعل فيها العنوان الصبي، كما عن الخلاف «٦» و الإسكافي «٧» «٨».

(١) كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٢/ ٧٤١.

(٢) كشف الرموز: ٢/ ٥١٤، المهذب البارع: ٤/ ٥٠٧.

(٣) إيضاح الفوائد: ٤/ ٤١٧، لكنّه نقل الإجماع على عدم قبول شهادته في غير القصاص و القتل و الجراح.

(٤) مسالك الأفهام: ١٤ / ١٥٤.

(٥) كفاية الفقه، المشتهر بـ «كفاية الأحكام»: ٢ / ٧٤٠.

(٦) الخلاف: ٦ / ٢٧٠ مسألة ٢٠.

(٧) حكي عنه في إيضاح الفوائد: ٤ / ٤١٧، و المهذب البارع: ٤ / ٥٠٧.

(٨) جواهر الكلام: ٤١ / ١٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٤٨

.....

و أما ما يدل على جواز شهادة الصبي مطلقاً كموثقة طلحة بن زيد المتقدمة فلا بد من الحمل على القتل بقريته الصحيحتين الواردتين في القتل، و السر في التفصيل بين القتل وغيره هو وقوع القتل بمرأى و منظر من الصبيان غالباً دون غيرهم، فلا يتوهم أنه إذا جازت شهادة الصبيان في القتل ففي غير القتل بطريق أولى، و هنا بعض الروايات الدالة على جواز شهادة الصبيان في القتل في الجملة، مثل: رواية محمد بن سنان، عن الرضا (عليه السلام) فيما كتب إليه من العلل: و عله ترك شهادة النساء في الطلاق و الهلال، لضعفهن عن الرؤية، و محابتهن النساء في الطلاق، فلذلك لا تجوز شهادتهن إلا في موضع ضرورة، مثل شهادة القابلة، و ما لا يجوز للرجال أن ينظروا إليه، كضرورة تجويز شهادة أهل الكتاب إذا لم يوجد غيرهم، و في كتاب الله عز و جل اثنان ذوقا عدل منكم مسلمين أو آخران من غيركم (١) كافرين، و مثل شهادة الصبيان على القتل إذا لم يوجد غيرهم (٢).

و رواية السكوني، عن الصادق (عليه السلام) أنه رفع إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) ستة غلمان كانوا في الفرات، فغرق واحد منهم فشهد ثلاثة منهم على اثنين أنهما غرقاه، و شهد اثنان على الثلاثة أنهم غرقوه، فقضى بالدية ثلاثة أخماس على الاثنين، و خمسين على الثلاثة (٣).

(١) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

(٢) علل الشرائع ٥٠٨ ح ١، عيون أخبار الرضا عليه السلام: ٢ / ٥٠٨ ح ١، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٦٥، كتاب لشهادات ب ٢٤ ح ٥٠.

(٣) الكافي: ٧ / ٢٨٤ ح ٦، تهذيب الأحكام: ١٠ / ٢٣٩ - ٢٤٠ ح ٩٥٣ و ٩٥٤، الفقيه: ٤ / ٨٦ ح ٢٧٧، الإرشاد للمفيد: ١ / ٢٢٠، المقنعة: ٧٥٠، و عنها وسائل الشيعة: ٢٩ / ٢٣٥، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان ب ٢ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٤٩

.....

و هل قبول شهادة الصبيان على القتل مقيد بما إذا لم يوجد غيرهم، أو بما إذا كان فيما بينهم، أو بما إذا لم يتفرقوا، أو يرجعوا إلى أهلهم، أو إذا كان أول الكلام دون الثاني، أو مطلقاً؟ الظاهر هو ما قبل الأخير؛ لدلالة الصحيحتين المتقدمتين عليه و عدم حجيه رواية محمد بن سنان، و لا دلالة لرواية السكوني على عدم حجيه شهادة الصبيان بالإضافة إلى غيرهم، و التقييد بـ «ما إذا لم يتفرقوا أو يرجعوا إلى أهلهم» إنما يناسب خصوص الشهادة على ما بينهم دون غيرهم.

ثم إنه ربما يشترط في قبول شهادة الصبيان أن لا يكون اجتماعهم على أمر مباح دون المحرم، كالشيخ في محكي الخلاف (١)، و تبعه جملة من المتأخرين عنه (٢). و يرد عليه مضافاً إلى أن الصبي قد رفع عنه قلم التكليف الإلزامي مطلقاً (٣) أنه لا دليل على اعتبار

هذا الشرط، كما عرفت.

ثم إن ما يدل على قبول شهادة الصبي أنما ورد في القتل، كما عرفت التصريح به في الصحيحين المتقدمين، فالتعدى إلى الجرح لا بدّ و أن يكون بملاك الأولوية، وقد عرفت منعها وإلا فاللازم التعدى إلى غير الجرح أيضاً أو لأجل الإجماع، والظاهر عدم ثبوته و ذكر بعض الأعلام (قدّس سرّه): أنه من الغريب ذهاب المحقق «٤» إلى اختصاص قبول

(١) الخلاف: ٢٧٠ / ٦ مسألة ٢٠.

(٢) كالعلامة في قواعد الأحكام: ٣ / ٤٩٦، و الشهيدان في اللمعة: ٥٤، و الدروس الشرعية: ٢ / ١٢٣، و الروضة البهية: ٣ / ١٢٥.

(٣) وسائل الشيعة: ١ / ٤٥، أبواب مقدّمة العبادات ب ٤ ح ١١، و ج ٢٨ / ٢٢، كتاب الحدود و التعزيرات، أبواب مقدمات الحدود ب ٨ ح ١.

(٤) شرائع الإسلام: ٤ / ١٢٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٥٠.

[الثاني: العقل]

الثاني: العقل، فلا تقبل شهادة المجنون حتى الأدوارى منه حال جنونه و أمّا حال عقله و سلامته فتقبل منه إذا علم الحاكم بالابتلاء و الامتحان حضور ذهنه

شهادة الصبي بالجراح، و ما عن الدروس «١» و الشهيد الثاني في الروضة «٢» من اشتراط قبول شهادة الصبي بما إذا لم يبلغ الجرح النفس، فإنّ النصوص خاصّة بالقتل، فكيف يمكن دعوى اختصاص قبول شهادة الصبيان بغير ذلك «٣».

ثمّ أنّه ذكر صاحب الجواهر (قدّس سرّه): أنّ ظاهر النصوص و الفتاوى اختصاص الحكم بشهادة الصبيان دون الصبيّة الباقية على مقتضى الأصول و العمومات الدالّة على عدم قبول شهادتها «٤». و يظهر من المتن ذلك أيضاً، و الوجه فيه أنّه يعتبر في الشاهد، كما يأتي إن شاء الله تعالى العدالة المفقودة في الصغير قطعاً بل الايمان، فقبول شهادة الصبي مطلقاً مخالف للقاعدة، إلاّ أنّه قام الدليل في الصبي في الجملة على خلافها كما تقدّم، و لم يقدّم الدليل بالإضافة إلى الصبيّة كما لا يخفى.

هذا، مضافاً إلى أنّ جمع الصبي صبيان و جمع الصبيّة صبايا، و الرواية الدالّة على الجواز واردة في الصبيان.

و مما ذكرنا يظهر النظر فيما في المتن من التفصيل بين العشر و غيره من التريديد في القبول في القتل، و من التشريك بين القتل و الجرح، فتدبرّ جيداً.

(١) الدروس الشرعية: ٢ / ١٢٣.

(٢) الروضة البهية: ٣ / ١٢٥.

(٣) مباني تكملة المنهاج: ١ / ٧٩ ٨٠.

(٤) جواهر الكلام: ٤١ / ١٥١٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٥١

و كمال فطنته، و إلاّ لم تقبل. و يلحق به في عدم القبول من غلب عليه السهو أو النسيان أو الغفلة أو كان به البله. و في مثل ذلك يجب الاستظهار على الحاكم حتى يستثبت ما يشهدون به، فاللازم الإعراض عن شهادتهم إلاّ في الأمور الجلية التي يعلم بعدم سهوهم

و نسيانهم و غلطهم في التحمل و النقل (١).

(١) عدم اعتبار شهادة المجنون المطبق إجماعاً بل ضروري من المذهب أو الدين على وجهه، بحيث كما أفاد صاحب الجواهر (قدّس سرّه) لا يحسن من الفقيه ذكر ما دلّ على ذلك من الكتاب و السنّة «١». و أمّا المجنون الأدواري ففي دور الجنون كذلك، و أمّا في حال الإفاقة و السّلامه فمقتضى القاعدة القبول مقيداً بما إذا علم الحاكم بالابتلاء و الامتحان حضور ذهنه و كمال فطنته و إلّا لم تقبل، و الوجه فيه مضافاً إلى أنّه لا خلاف فيه و لا إشكال كما يظهر من كشف اللثام «٢» و يتبعه صاحب الجواهر (قدّس سرّه) «٣» أنّه مع عدم العلم لا يجري فيه أصالة عدم الخطأ و الاشتباه، فلا بدّ من حصول العلم بحضور الذهن و كمال الفطنة، ثمّ إجراء أصالة عدم الخطأ و الاشتباه، كما لا يخفى.

ثمّ إنّ في المتن الحق بالمجنون الأدواري في عدم القبول إلّا مع الاستظهار على الحاكم حتى يستثبت ما يشهدون به من غلب عليه السهو و النسيان، و كذا المغفل الذي في جبلته البله، بحيث ربما استغلط لعدم تفتنه لمزايا الأمور و خصوصيات الوقائع و الحوادث، و الوجه فيه ما ذكرنا من عدم جريان أصالة عدم الخطأ و الاشتباه بالإضافة إلى مثل هذه الأشخاص، فلا بدّ للحاكم الاستظهار للاستثبات،

(١) جواهر الكلام: ١٥ / ٤١.

(٢) كشف اللثام: ٢٧٢ / ١٠.

(٣) جواهر الكلام: ١٥ / ٤١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٥٢

[الثالث: الايمان]

الثالث: الايمان، فلا تقبل شهادة غير المؤمن فضلاً عن غير المسلم مطلقاً على مؤمن أو غيره أو لهما. نعم تقبل شهادة الذمي العدل في دينه في الوصية بالمال إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها، و لا يعتبر كون الموصى في غربة، فلو كان في وطنه و لم يوجد عدول المسلمين تقبل شهادة الذمي فيها، و لا يلحق بالذمي الفاسق من أهل الإيمان، و هل يلحق به المسلم غير المؤمن إذا كان عدلاً في مذهبه؟ لا- يبعد ذلك. و تقبل شهادة المؤمن الجامع للشرائط على جميع الناس من جميع الملل، و لا تقبل شهادة الحربى مطلقاً. و هل تقبل شهادة كل ملّة على ملّتهم؟ به روايته، و عمل بها الشيخ (قدّس سرّه) (١).

و مع ذلك فقد فرّع عليه أنّ اللازم الاعراض عن شهادتهم إلّا في الأمور الجلية التي لا تخفى على مثلهم أيضاً، فالترجيح المذكور لا بدّ و أن يكون لأجل صعوبة الاستظهار المذكور، و إلّا فلا- وجه مع الاقتصار في قبول الشهادة على الأمور الجلية المذكورة للزوم الاستظهار، و لذا اعتبر المحقّق في الشرائع بأنّ الأولى الاعراض عن شهادته ما لم يكن الأمر الجليّ، إلى آخر كلامه «١».

فالإنصاف عدم ملائمة ما أفاده قبل الترجيح مع ما فرّعه عليه، و ما في الشرائع أولى.

(١) لا- خلاف في اعتبار الإيمان الذي هو أخصّ من الإسلام، بل ادّعى عليه الإجماع في كلمات غير واحد «٢»، بل في الجواهر: أنّ ذلك لعلّه من ضروري

(١) شرائع الإسلام: ١٢٦ / ٤.

(٢) كالفاضل المقداد في التنقيح الرائع: ٢٨٧ / ٤، و ابن فهد في المهذب البارع: ٥١٠ - ٥١١، و الصيمري في غايه المرام: ٢٧٥ / ٤، و

الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ١٤ / ١٦٠، و الأردبيلي في مجمع الفائدة و البرهان ١٢ / ٢٩٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٥٣

.....

المذهب «١»، و لكنّه أورد عليه بعض الأعلام (قدّس سرّه) بأنّه إن تم الإجماع فهو و إلّا ففي إطلاق الحكم إشكال، فإنّ غير المؤمن إذا كان مقصراً فيما اختاره من المذهب فلا إشكال في أنّه فاسق أشدّ الفسق، و تارك لأهمّ الواجبات الإلهية بغير عذر، فلا يكون خيراً و مرضياً و عادلاً كي تقبل شهادته، بل هو مخزى في دينه، ففي معتبرة السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: إن أمير المؤمنين (عليه السلام) كان لا يقبل شهادة فحاش و لا ذي مخزية في الدين «٢». و قريب منها روايته الثانية «٣».

و أمّا إذا كان قاصراً كما إذا كان مستضعفاً فمقتضى إطلاق عدّة روايات قبول شهادته.

منها: صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهادة الرجل إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس «٤».

و منها: صحيحة الأخرى قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الذمّي و العبد يشهدان على شهادة، ثمّ يسلم الذمّي و يعتق العبد أ تجوز شهادتهما على ما كانا أشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما «٥» «٦». و يرد عليه أنّ الظاهر يكون المراد من الصحيحة الأولى الردّ على العامة غير

(١) جواهر الكلام: ١٦ / ٤١.

(٢) الكافي: ٧ / ٣٩٦ ح ٧، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٤٣ ح ٦٠٣، الفقيه: ٣ / ٢٧ ح ٧٣، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٧٧، ٣٧٨، كتاب الشهادات ب ٣٢ ح ١ و ٥.

(٣) الكافي: ٧ / ٣٩٦ ح ٧، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٤٣ ح ٦٠٣، الفقيه: ٣ / ٢٧ ح ٧٣، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٧٧، ٣٧٨، كتاب الشهادات ب ٣٢ ح ١ و ٥.

(٤) الفقيه: ٣ / ٣٣ ح ١٠٤، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٩٤، كتاب الشهادات ب ٤١ ح ٨.

(٥) الفقيه: ٣ / ٤١ ح ١٣٩، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٨٧، كتاب الشهادات ب ٣٩ ح ١.

(٦) مباني تكملة المنهاج: ١ / ٨٠ ٨١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٥٤

.....

القائلين بقبول شهادة الشيعة و إن كانوا في أعلى مراتب العدالة، و إلّا فشهادة غير المؤمن مقبولة عندهم، و كان الغرض أنّه لم لا تقبل شهادة الشيعة إذا علم منهم خير، و لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهادتهم. و يمكن أن يكون المراد الاكتفاء بشاهد و يمين في مطلق حقوق الناس، و عليه فالمراد بالرجل هو الرجل الواحد، و على هذا فلا دلالة لها على ما يعتبر في الشاهد، و ظاهر الصحيحة الثانية عدم قبول شهادة العبد المملوك قبل إعتاقه، مع أنّك عرفت «١» في بحث اعتبار البلوغ عدم كون المملوكية مانعة عن قبول الشهادة، و ظاهراً أنّ العبد لا يتّصف بالعدالة ما دام كونه عبداً، مع أنّ العبودية لا تمنع عن العدالة بوجه.

فالإنصاف أنّه لا فرق بين الطائفتين المذكورتين في عدم قبول شهادتهم على المؤمن أو له، و يؤيدّه بل يدلّ عليه عدم ثبوت العدالة الحقيقية إلّا للمؤمن و لا توجد في غيره، قال الله تعالى في سورة الطلاق و أشهدوا ذوّى عدلٍ منكم «٢»، غاية الأمر و جوب الإشهاد في

باب الطلاق و عدم وجوبه في غيره، و أمّا من جهة صفات الشهود فلا فرق بين المقامين، لكنّ الذي يشكل الأمر أنّه لو كان اعتبار العدالة التي هي وصف رابع من صفات الشهود كافياً عن اعتبار البلوغ و العقل و الإيمان لكان اللازم الاقتصار عليه لا ذكرها بعنوان وصف غيرها، بل بعنوان وصف رابع، فتدبر جيداً.

ثمّ إنّ هنا بعض الروايات التي يتوهم منها قبول شهادة الناصب فضلاً عن غيره

(١) في ص ٤٤٦.

(٢) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٥٥

.....

من المخالفين، مثل صحيحة عبد الله بن المغيرة قال: قلت لأبي الحسن الرضا (عليه السلام): رجل طلق امرأته و أشهد شاهدين ناصبين، قال: كلّ من ولد على الفطرة و عرف بالصّلاح في نفسه جازت شهادته «١». و مثلها صحيحة أحمد بن محمد بن أبي نصر في باب الطلاق «٢».

و يرد عليهما مضافاً إلى مخالفتها لظاهر الكتاب في باب الطلاق أنّ العدول عن الجواب بنعم أو لا و الجواب بما ذكر جمع بين التقيّة و بيان الواقع، خصوصاً أنّ المسلم المولود على فطرة الإسلام لا- يكون ناصبياً؛ لأنّ الناصب كافر و إن انتحل الإسلام، بل الإسلام الواقعي هو الإسلام المبين في مدرسه أهل البيت عليهم الصلاة و السلام.

و كيف كان فقد ذكر صاحب الجواهر (قدس سرّه): أنّه لا يمكن إحصاء وجوه الدلالة في النصوص على عدم قبول شهادتهم، منها: إطلاق الكفر، و منها: الفسق، و منها: الظلم، و منها: كونهم غير رشدة، و منها: ردّ شهادة الفحاش و ذى المخزية في الدين، و منها: ممن ترضون دينه و أمانته، و منها: اعتبار العدالة التي قد ذكر في النصوص «٣» ما هو كالصريح في عدم تحقّقها في مخالفي العقيدة، إلى غير ذلك من النصوص «٤».

(١) الفقيه: ٢٨ / ٣ ح ٨٣ تهذيب الأحكام: ٢٨٣ / ٦ ح ٧٧٨، الاستبصار: ١٤ / ٣ ح ٣٧، و عنها وسائل الشيعة:

٣٩٣ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٤١ ح ٥.

(٢) الكافي: ٦٧ / ٦ ح ٦، تهذيب الأحكام: ٤٩ / ٨ ح ١٥٢، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٦ / ٢٢، كتاب الطلاق، أبواب مقدّمات الطلاق ب

١٠ ح ٤.

(٣) وسائل الشيعة: ٣٩٣ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٤١.

(٤) جواهر الكلام: ١٧ / ٤١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٥٦

.....

و بعد ملاحظة ما ذكرنا لا ينبغي الارتياح في عدم قبول شهادة غير المؤمن على المؤمن أو له في الجملة، الذي هو الأساس في اعتبار هذا الأمر، خصوصاً مع أنّ التعليل في مثل مقبولة ابن حنظلة «١» من الروايات الواردة في علاج المتعارضين المشتملة على الترجيح بمخالفتهم بأنّ الرشد في خلافهم يظهر منه أنّ جنس الرشد و طبيعته في خلافهم، فلا يجوز للحاكم الاعتماد على شهادتهم للوصول

إلى الواقع. و دعوى أنّ الشاهد لا دخل له في الرشد واضحة البطلان، فكون الرشد في خلافهم لا يجتمع مع قبول شهادتهم بوجه. بقي في هذا الشرط الثالث أمران:

الأمر الأول: أنه تقبل شهادة الذمى العدل في دينه في خصوص الوصية بالمال إذا لم يوجد عدول المسلمين لأن يشهدوا؛ والأصل في هذا الأمر قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذُو عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مَصِيبَةٌ مِمَّنْ بَيْنَهُ الْمَوْتِ تَحْسَبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْآثِمِينَ ﴿٢﴾﴾ و الروايات الواردة في هذا المجال كثيرة:

منها: صحيحة عبيد الله بن علي الحلبي قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) هل تجوز شهادة أهل الذمة على غير أهل ملتهم؟ قال: نعم إن لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق أحد «٣».

(١) وسائل الشيعة: ٢٧/ ١٠٦، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي ب ٩ ح ١، و تقدمت في ص ٢٥٢.

(٢) سورة المائدة: ٥: ١٠٦.

(٣) الفقيه: ٣/ ٢٩ ح ٨٤ و عنه وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٨٩، كتاب الشهادات ب ٤٠ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٥٧

.....

و منها: مضمرة أحمد بن عمر الصحيحه قال: سألته عن قول الله عزّ و جلّ ذُو عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ قَالَ: اللذان منكم مسلمان و اللذان من غيركم من أهل الكتاب، فإن لم يجد من أهل الكتاب فمن المجوس؛ لأنّ رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: سنوا بهم سنّة أهل الكتاب، و ذلك إذا مات الرجل بأرض غربه فلم يجد مسلمين يشهدهما فرجلان من أهل الكتاب «١».

و منها: صحيحة هشام بن الحكم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في قول الله عزّ و جلّ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ فقال: إذا كان الرجل في أرض غربه لا يوجد فيها مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم في الوصية «٢».

و منها: موقفة سماعة قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شهادة أهل الملة؟ قال: لا تجوز إلّا على أهل ملتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية؛ لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد «٣».

إذا عرفت ما ذكرنا فلا ينبغي الإشكال بملاحظة الكتاب و السنّة في أصل المسألة، و هو قبول شهادة الذمى في الوصية بالمال، و حيث يكون الحكم على خلاف القاعدة فاللازم الاقتصار على القدر المتيقن، و هو كون الوصية بالمال و كون الشاهدين ذميين و كونهما مرضيين في دينهما، و فرض عدم وجدان الشاهدين من المسلمين أى المؤمنين، و أمّا اعتبار كون الوصية في أرض الغربه

(١) الفقيه: ٣/ ٢٩ ح ٨٥ و عنه وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٩٠، كتاب الشهادات ب ٤٠ ح ٢.

(٢) الكافي: ٧/ ٣٩٨ ح ٦، تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٥٢ ح ٦٥٣، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٩٠، كتاب الشهادات ب ٤٠ ح ٣.

(٣) الكافي: ٧/ ٣٩٨ ح ٢، تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٥٢ ح ٦٥٢، و عنهما وسائل الشيعة: ١٩/ ٣١١، كتاب الوصايا، ب ٢٠ ح ٥ و ج ٢٧/ ٣٩٠، كتاب الشهادات ب ٤٠ ح ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٥٨

.....

فقد نفاه في المتن، و ذكر المحقق في الشرائع: أن باشرطه رواية مطرحة «١»، و الظاهر أنها هي رواية حمزة بن حرمان، عن الصادق (عليه السلام) قال: سألت عن قول الله عز و جل ذُوۡا۟ اِلۡحَادٍ مِّنۡكُمۡ اَوْ اٰخَرَانِ مِّنۡ غَیۡرِكُمۡ قال: فقال: اللذان منكم مسلمان و اللذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إذا مات الرجل المسلم بأرض غربه فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين فليشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما «٢».

هذا، مع كون الرواية مطرحة عند مشهور الأصحاب، و لا مجال للالتزام بها كما حقق في محله «٣»، فالظاهر أن القيد غالبى لا مجال للالتزام به، و إن كان يشعر به ظاهر الآية الشريفة بلحاظ قوله تعالى إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِى الْأَرْضِ، كما أن ظاهره عدم الترتيب، مع أنك عرفت أن قوله أَوْ اٰخَرَانِ مِّنۡ غَیۡرِكُمۡ إنما هو فى صورة عدم وجدان الشاهدين من المؤمنين.

ثم إنه لا يلحق بالذمى الفاسق من أهل الإيمان؛ لظهور الأدلة من الكتاب و السنة فى أن العدل للشاهدين المؤمنين هو آخران من غير المؤمنين، و الفاسق و إن كان من أهل الإيمان و الكفر أعظم من الفسق، إلا أن الدليل قد دل على ما ذكر خصوصاً مع اشتراط كونهما مرضيين فى دينهما عادلين كذلك، لكن عن التذكرة لو وجد مسلمان فاسقان، فان كان فسقهما بغير الخيانة و الكذب فالأولى أنهما

(١) شرائع الإسلام: ١٢٦ / ٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ١٧٩ / ٩ ح ٧١٠٨ و ج ٢٥٣ / ٦ ح ٦٥٥، الكافي: ٣٩٩ / ٧ ح ٨، و عنهما وسائل الشيعة:

٣١٢ / ١٩، كتاب الوصايا ب ٢٠ ح ٧.

(٣) راجع سبرى كامل در اصول فقه: ٥٣٣ / ١٦ - ٥٦٧.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٥٩

.....

أولى من أهل الذمة، و إن كان فسقهما يتضمّن اعتماد الكذب و عدم التحرز عنه فأهل الذمة أولى «١».

و هل يلحق بالذمى المخالف العادل فى مذهبه؟ قد نفى البعد عنه فى المتن، و السرّ فيه أولوية المخالف عن الكافر فى هذه الجهة، مع وجود شرط العدالة فيه و إن كانت بحسب مذهبه، و الأخبار الدالة على أن قوله تعالى أَوْ اٰخَرَانِ مِّنۡ غَیۡرِكُمۡ يراد بها أو آخران من غير المؤمنين لا خصوص أهل الكتاب، كما لا يخفى، اللهم إلا أن يقال: إنه خلاف الظاهر، فنفى البعد ليس فى محله.

الأمر الثانى: فى أنه هل تقبل شهادة كلّ ملء على ملتهم؟ المشهور على عدم القبول «٢»، و عن الشيخ فى محكى الخلاف «٣» و النهاية «٤» القبول، استناداً إلى موثقة سماعة المتقدمة الدالة على أن شهادة أهل الملّة «٥» لا تجوز إلا على ملتهم، و مع ذلك قال المحقق فى الشرائع: و المنع أشبه «٦» أى بأصول المذهب و قواعده التى منها اشتراط الايمان و العدالة فى الشاهد، و من المعلوم انتفاؤهما فى الفرض، فان ثبت فى المسألة شهرة فاللازم أن يقال: بأن إعراض المشهور عنها قادح فى حجيتها، فالمتعين العمل على طبق القاعدة، و إن لم تثبت كما يظهر من نسبة العلامة فى محكى المختلف «٧» مفاد الرواية إلى الأصحاب، فاللازم للالتزام بها كما لا يخفى.

(١) تذكرة الفقهاء: ٥٢١ / ٢ - ٥٢٢.

(٢) مسالك الأفهام: ١٦٤ / ١٤، جواهر الكلام: ٢٤ / ٤١.

(٣) الخلاف: ٢٧٣ / ٦ مسألة ٢٢.

(٤) النهاية: ٣٣٤.

(٥) قال المؤلف دام ظلّه: و رواه فى وسائل الشيعة فى ب ١٢ من كتاب الوصايا ح ٥ مع التعبير ب «أهل الذمة».

(٦) شرائع الإسلام: ٩١١ / ٤.

(٧) مختلف الشيعة: ٨ / ٥٢٠ مسألة ٨٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٦٠

[الرابع: العدالة]

إشارة

□
الرابع: العدالة، وهي الملكة الرادعة عن معصية الله تعالى، فلا تقبل شهادة الفاسق، وهو المرتكب للكبيرة أو المصّر على الصغيرة، بل المرتكب للصغيرة على الأحوط إن لم يكن الأقوى، فلا تقبل شهادة مرتكب الصغيرة إلا مع التوبة و ظهور العدالة (١).

(١) الكلام في هذا الأمر يقع في مقامين:

المقام الأول: في اعتبار العدالة في الشاهد، وقد دلّ الكتاب على اعتبارها في موردين: أحدهما: الوصية في الآية المتقدمة آنفاً «١»، ثانيهما: الطلاق في قوله تعالى وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ «٢». غاية الأمر أنّ الإشهاد في باب الطلاق واجب دون غيره، و من المعلوم أنّه لا- فرق بين الوصية و الطلاق و بين غيرهما من جهة الصفات المعتبرة في الشهود و الخصوصيات اللازمة فيهما، و الأخبار التي يستفاد منها اعتبار العدالة في الشاهد مستفيضة أو متواترة كما في الجواهر «٣»، و يساعده الاعتبار كما أشار إليه المحقق في الشرائع بقوله: إذ لا- طمأنينة مع التظاهر بالفسق «٤»، و لا يرجع هذا المعنى إلى اعتبار حصول الطمأنينة الشخصية في حجية الشهادة لتكون النسبة بينها و بين المدعى عموماً و خصوصاً من وجه، بل المراد حصول الطمأنينة بحسب الغالب و إن لم يحصل اطمئنان شخصي. و يظهر من جملة من الروايات أنّ اعتبار اتّصاف الشاهد بالعدالة كان مفروغاً

(١) تقدّمت في ص ٤٥٦.

(٢) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

(٣) جواهر الكلام: ٢٥ / ٤١، و كذا في رياض المسائل: ٢٤٩ / ١٣.

(٤) شرائع الإسلام: ١٢٦ / ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٦١

.....

□
عنه عند الرواة و السائلين، بل السؤال أنّما كان عن حقيقة العدالة أو أمور ترتبط بها، مثل الامارة الشرعية، كصحيحة عبد الله بن أبي يعفور المعروفة المشتملة على قول الراوى: بِمَ تعرف عدالة الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم و عليهم؟ «١» و كيف كان فلا إشكال في هذا المقام في أصل الاعتبار بل الإجماع بقسميه عليه «٢»، و إن كان لا أصالة للإجماع بعد دلالة الكتاب و السنة عليه، كما عرفت.

هذا، و قد يستفاد من بعض الروايات عدم اعتبار العدالة في الشاهد، مثل:

صحيحة حريز، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا، فعدل منهم اثنان و لم يعدل الآخران، فقال: إذا كانوا أربعة من المسلمين ليس يعرفون بشهادة الزور أُجيزت شهادتهم جميعاً، و أُقيم الحدّ على الذي شهدوا عليه، أنّما عليهم أن

يشهدوا بما أبصروا و علموا، و على الوالى أن يجزئ شهادتهم إلا أن يكونوا معروفين بالفسق «٣».

و رواية العلاء بن سيناة قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شهادة من يلعب بالحمام، قال: لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق، الحديث «٤».

و لكن هاتان الروايتان مضافاً إلى كونهما معرضاً عنهما، و إلى مخالفتها لظاهر الكتاب و الروايات المستفيضة بل المتواترة المتقدمة،
يحتمل أن يكون المراد وجود

(١) وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٩١، كتاب الشهادات ب ٤١ ح ١ قد تقدمت بتمامها في تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، الاجتهاد و التقليد: ٣١٣-٣١٤.

(٢) جواهر الكلام: ٤١ / ٢٥.

(٣) تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٧٧ ح ٧٥٩ و ص ٢٨٦ ح ٧٩٣، الاستبصار: ٣ / ١٤ ح ٣٦، الكافي: ٧ / ٤٠٣ ح ٥، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٩٧، كتاب الشهادات ب ٤١ ح ١٨.

(٤) الفقيه: ٣ / ٣٠ ح ٨٨، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٨٤ ح ٧٨٤، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٩٤، كتاب الشهادات ب ٤١ ح ٦ و ص ٤٢١ ب ٥٤ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٦٢

.....

الأماره الشرعية للعدالة و هو حسن الظاهر، و كفايتها عن إحراز العدالة التي هي صفة نفسانية في ترتيب الأثر على الشهادة، كما أنه
يحتمل أن يكون المراد هو أحد الأقوال الخمسة المعروفة في حقيقة العدالة، و هو الإسلام و عدم ظهور الفسق، فتدبر جيداً.

المقام الثانى: في بيان حقيقة العدالة و ماهيتها عند الشارع و المتشرعة، و قد فصلنا الكلام بحمد الله في هذا المجال في شرح المسائل
الأخيرة من كتاب الاجتهاد و التقليد «١»، و إن كان في بعض ما ذكر هناك مناقشة اعتبار المروءة في العدالة، و لا نرى حاجة إلى
التطويل بالإعادة بعد قلّة المجال و ضيق الحال و عدم تمامية شرح الكتاب إلى الحال، فاللازم صرف الوقت إلى ذلك و إتمام الشرح
الذى هو منتهى الآمال إن شاء الله تبارك و تعالى.

(١) تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، الاجتهاد و التقليد: ٣٠٣-٣٢٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٦٣

[مسألة ١ لا تقبل شهادة كل مخالف في شيء من أصول العقائد]

مسألة ١ لا تقبل شهادة كل مخالف في شيء من أصول العقائد، بل لا تقبل شهادة من أنكر ضرورياً من الإسلام، كمن أنكر الصلاة أو
الحج أو نحوهما، و إن قلنا بعدم كفره إن كان لشبهة، و تقبل شهادة المخالف في الفروع و إن خالف الإجماع لشبهة (١).

(١) إمّا عدم قبول شهادة المخالف في شيء من أصول العقائد التي يكون المراد بها أصول مسائل التوحيد و العدل و النبوة و الإمامة و
المعاد، فلعدم الاتصاف بالإسلام أو الإيمان مع المخالفة، و قد عرفت اعتبار الايمان فضلاً عن الإسلام، و أمّا فروعها من المعانى و
الأحوال و غيرها من فروع علم الكلام فقد صرح في المسالك بأنه لا يقدح الخلاف فيها؛ لأنها مباحث ظنية و الاختلاف فيها بين

علماء الفرقة الواحدة كثير شهير «١»، و لكن أورد عليه في الجواهر بأن أكثرها قطعي بالتواتر وبالضرورة أو غيرهما، خصوصاً بالنظر إلى هذا الزمان، فإنه قد يصير النظرى قطعياً كعصمة الأئمة (عليهم السلام) عن السهو والسيان، وإن خالف في ذلك الصدوق (قدس سره) «٢» «٣».

و أما عدم قبول شهادة من أنكر ضرورياً من الإسلام كمن أنكر الصلاة أو الحج أو نحوهما، فإن قلنا بكفره فواضح لعدم قبول شهادة الكافر إلا في بعض الموارد على ما عرفت، وإن لم نقل بكفره كما إذا كان إنكاره لشبهه مثل عدم العلم بكونه ضرورياً، أو أن إنكار الضرورى يرجع إلى تكذيب النبي (صلى الله عليه وآله)، فالظاهر عدم قبول شهادته أيضاً؛ لأن عدم الكفر لا يستلزم الاتصاف بالعدالة المعترية في

(١) مسالك الأفهام: ١٤ / ١٧٢.

(٢) الفقيه: ١ / ٢٣٣ - ٢٣٥.

(٣) جواهر الكلام: ٣٦ / ٤١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٦٤

.....

الشاهد بوجه.

و أما قبول شهادة المخالف في الفروع فواضح أيضاً؛ لأن المخالفة فيها لا تكون مانعة عن الاتصاف بالصفات المعترية في الشاهد، خصوصاً مع اختلاف الاجتهاد في الفروع لعدم كونها قطعية، وإن كانت المخالفة في المسائل الإجماعية لكنها كانت مستندة إلى شبهة في حجية الإجماع، لعدم العلم بالدخول وإنكار كون قاعدة اللطف قاعدة مقبولة، وكذا إنكار الحدس القطعي، فإنه في مثل هذه الصورة لا يكون المجمع عليه قطعياً عنده، فلا تضر مخالفته.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٦٥

[مسألة ٢ لا تقبل شهادة القاذف مع عدم اللعان أو البينة أو إقرار المقدوف]

مسألة ٢ لا تقبل شهادة القاذف مع عدم اللعان أو البينة أو إقرار المقدوف إلا إذا تاب، و حدّ توبته أن يكذب نفسه عند من قذف عنده أو عند جمع من المسلمين أو عندهما، وإن كان صادقاً واقعاً يورى في تكذيب نفسه، فإذا كذب نفسه و تاب تقبل شهادته إذا صلح «١» «١».

(١) الأصل في عدم قبول شهادة القاذف إلا إذا تاب قوله تعالى: - وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْتَدُوا هُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ. إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ «٢».

و ظاهره العموم للأزواج وغيرهن، نعم فيما بعد هذه الآية قد وقع التعرض للعان فيما إذا رموا أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم، و لا تكون دليلاً على اختصاص الآية الأولى برمي غير الأزواج حتى يقال بعدم دلالة الكتاب على فسق رمى الأزواج و عدم قبول شهادتهم، فتدبر.

ثم إن الآية الأولى تدل على قبول شهادة الرامي بعد التوبة و الإصلاح، و الكلام يقع حينئذ في الأمرين:

الأول: في حدّ التوبة، و قد ذكر المحقق في الشرائع: و حدّ التوبة أن يكذب نفسه و إن كان صادقاً يورى باطناً، و قيل «٣»: يكذبها إن

كان كاذباً و يخطئها في الملا

(١) كذا في طبعة نشر دار التعارف في بيروت ١٤٠١، ولكن في بقية النسخ التي لاحظتها «صلح».
(٢) النور ٢٤: ٥٤.

(٣) قاله الشيخ في المبسوط: ١٧٩ / ٨، وابن إدريس في السرائر: ١١٦ / ٢، ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع: ٥٤٠، والعلامة في قواعد الأحكام: ٣ / ٤٩٤ و تحرير الأحكام: ٥ / ٢٤٩، الرقم ٦٦٢٥، وإرشاد الأذهان: ١٥٧ / ٢.
تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٦٦
.....

إن كان صادقاً، والأول مروى «١». ويظهر من الجواهر «٢» أنه لا يكون في المسألة أزيد من هذين القولين.
والروايات عبارة عن صحيحة عبد الله بن سنان قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المحدود إذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال: إذا تاب، وتوبته أن يرجع مما قال، ويكذب نفسه عند الإمام وعند المسلمين، فإذا فعل فإن على الإمام أن يقبل شهادته بعد ذلك «٣» فإن السؤال وإن كان عن مطلق المحدود إلا أن الجواب منطبق على القاذف المحدود؛ لأن تكذيب النفس لا يكون إلا فيه، ويمكن أن يقال بأن السؤال ناظر إلى الآية الشريفة الواردة في القذف، وعلى أي حال فدلالة الجواب على أن حد التوبة تكذيب النفس لا إشكال فيه.

□
و رواية أبي الصباح الكناني قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن القاذف بعد ما يقام عليه الحد ما توبته؟ قال: يكذب نفسه، قلت: رأيت ان أكذب نفسه و تاب أتقبل شهادته؟ قال: نعم «٤».
و رواية القاسم بن سليمان قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يقذف الرجل فيجلد حدًا، ثم يتوب و لا يعلم منه إلا خير أ تجوز شهادته؟ قال: نعم، ما يقال عندكم؟ قلت: يقولون: توبته فيما بينه وبين الله، و لا تقبل شهادته أبداً، فقال: بئس

(١) شرائع الإسلام: ١٢٧ / ٤ - ١٢٨.

(٢) جواهر الكلام: ٣٩ / ٤١.

(٣) الكافي: ٧ / ٣٩٧ ح ٦، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٤٥ ح ٦١٦، الاستبصار: ٣ / ٣٦ ح ١٢١، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٨٥، كتاب الشهادات ب ٣٧ ح ١.

(٤) الكافي: ٧ / ٣٩٧ ح ١، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٤٥ ح ٦١٥، الاستبصار: ٣ / ٣٦ ح ١٢٠، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٨٣، كتاب الشهادات ب ٣٦ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٦٧
.....

ما قالوا، كان أبي يقول: إذا تاب و لم يعلم منه إلا خير جازت شهادته «١».
و مرسله يونس، عن بعض أصحابه، عن أحدهما (عليهما السلام) قال: سألته عن الذي يقذف المحصنات تقبل شهادته بعد الحد إذا تاب؟ فقال: نعم، قلت: و ما توبته؟ قال: يجيء فيكذب نفسه عند الإمام و يقول: قد افترت على فلانة و يتوب مما قال «٢».
نعم في رواية السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليه السلام) قال: ليس أحد يصيب حدًا فيقام عليه ثم يتوب إلا جازت

شهادته إلا القاذف، فإنه لا تقبل شهادته، إن توبته فيما كان بينه وبين الله تعالى «٣». ولكن ذكر في الجواهر: أن الاستثناء المزبور قد اختص به بعض نسخ التهذيب، وقد خلا عنه البعض الآخر والكافي «٤» الذي هو أضبط من التهذيب «٥». أقول: وعلى تقدير وجوده لا بد من رفع اليد عنه لمخالفته لظاهر الآية الشريفة، و موافقته للتقية و الشهرة المحققة الفتوائية على خلافها «٦». ثم إن تكذيب النفس

(١) الكافي: ٣٩٧ / ٧ ح ٢، تهذيب الأحكام: ٢٤٦ / ٦ ح ٦٢٠، الاستبصار: ٣٧ / ٣ ح ١٢٥، و عنها وسائل الشيعة: ٣٨٣ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٣٦ ح ٢.

(٢) الكافي: ٣٩٧ / ٧ ح ٥، تهذيب الأحكام: ٢٤٥ / ٦ ح ٦١٧، الاستبصار: ٣٦ / ٣ ح ١٢٢، و عنها وسائل الشيعة: ٣٨٤ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٣٦ ح ٤.

(٣) تهذيب الأحكام: ٢٨٤ / ٦ ح ٧٨٢، الاستبصار: ٣٧ / ٣ ح ١٢٧، و عنها وسائل الشيعة: ٣٨٤ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٣٦ ح ٦.

(٤) الكافي: ٣٩٧ / ٧ ح ٤.

(٥) جواهر الكلام: ٣٧ / ٤١.

(٦) راجع تحرير الأحكام: ٢٤٩ / ٥، و التنقيح الرائع: ٢٩٣ / ٤، و كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٧٤٨ / ٢ و رياض المسائل: ١٣ / ٢٧٠، و جواهر الكلام: ٣٧ / ٤١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٦٨

.....

هل يلزم أن يكون عند الإمام الذي أقام الحدّ عليه، أو عند المقذوف، أو عند جماعة من المسلمين، أو عند الإمام و المسلمين؟ الظاهر كما في الجواهر إرادة الإجهار بذلك لا كونه شرطاً في التوبة «١»، و السرّ فيه أن هذا الأمر المحرّم يوجب وقوع عرض الناس في معرض التوهم بل أزيد، و مجرّد التوبة الحاصل بالندم و العزم على عدم العود و الاستغفار من الله تعالى لا يوجب الجبران، بل الجابر هو تكذيب النفس إجهاراً، و هذا بخلاف التوبة بالإضافة إلى سائر المحرمات.

الأمر الثاني: أن المذكور في الآية في ناحية المستثنى هي التوبة و الإصلاح، و هل الإصلاح أمر آخر زائد على التوبة أم لا؟ قال المحقق في الشرائع: و في اشتراط إصلاح العمل زيادة على التوبة تردّد، و الأقرب الاكتفاء بالاستمرار؛ لأنّ بقاءه على التوبة إصلاح و لو ساعة «٢».

و يشعر بالزيادة بعض الروايات المتقدّمة الدالّة على أنّه إذا تاب و لم يعلم منه إلّا خير فتقبل شهادته، و عن الخلاف «٣» و جامع المقاصد «٤» و متشابه القرآن لابن شهر آشوب «٥» أنّه لا بدّ مع التوبة التي هي الإكذاب من ظهور عمل صالح منه و إن قلّ. أقول: الظاهر أن عطف قوله «وَأَصْلَحُوا» على «تَابُوا» عطف تفسيري،

(١) جواهر الكلام: ٤١ / ٤٠.

(٢) شرائع الإسلام: ١٢٨ / ٤.

(٣) الخلاف: ٢٦٤ / ٦ مسألة ١٣.

(٤) الجامع للشرائع: ٥٤٠.

(٥) متشابه القرآن: ٢٢٤ / ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٦٩

.....

و لا يشترط إصلاح العمل زيادة على التوبة حتى يبحث أن الإصلاح بما ذا يتحقق، و السر في هذا العطف لعله إفادة أن التوبة في مقام القذف تغاير التوبة في سائر المقامات؛ لأنه بالقذف قد أفسد عرض المقدوف، فاللازم إصلاحه بإكذاب النفس إجهاراً على ما عرفت، فلا يكون الإصلاح زائداً على التوبة الخاصة الثابتة في القذف.

و إن أبيت إلما عن كون ظاهر العطف المغايرة بين المعطوف و المعطوف عليه فنقول: الدليل على عدم المغايرة في خصوص المقام الروايات التي فيها الصحيحة الدالة على أنه بمجرد تحقق التوبة تقبل شهادة القاذف من دون إضافة الإصلاح، كصحيحه عبد الله بن سنان، و أمياً قوله (عليه السلام) في بعض الروايات المشار إليها آنفاً «إذا تاب و لم يعلم منه إلّا خير» فهو لا دلالة فيها بل و لا إشعار على اعتبار أمر زائد على التوبة، بل المراد صلاحية القاذف للتائب للشهادة مع قطع النظر عن جريان قذفه بدءاً و ختماً، و هذا هو المراد من قوله: «أصلح» في المتن، و إلّا لكان اللازم عدم تأخير قيد الإصلاح عن قبول الشهادة و عطفه على التوبة، فتدبر جيداً، أو بتعيين هذا المعنى على تقدير كون المذكور مقيداً بصلاحه لا إصلاحه، كما لا يخفى، و إن كان هذا الاحتمال بعيداً في نفسه، لأن الظاهر كون القيد المذكور إنما هو بتبع الآية الشريفة و اقتباساً منها، و فيها قوله «وَأَصْلَحُوا» كما عرفت.

و قد انقذح من جميع ما ذكرنا أنه لا يعتبر في قبول شهادة القاذف إلّا التي تقدم حدها، و لو لا الروايات الواردة في بيانها لقلنا بأن التوبة في القذف إنما هي كالتوبة في سائر الموارد من دون فرق بينها، لكن الروايات قد بينت المغايرة في التوبة بين تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٧٠

.....

القذف و غيره و قد عرفت أن قوله «وَأَصْلَحُوا» عطف تفسيري لقوله «تَابُوا» لا أمر زائد عليه، فتدبر، كما أن ملاحظة عطف الإصلاح على مثل العفو و التوبة في كثير من موارد الكتاب يعطى ذلك، مثل قوله و جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا و أَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ (١) و قوله تعالى: فَبِأَن تَابَا و أَصْلَحَا فَأَعْرَضُوا عَنْهُمَا (٢) و غير ذلك من الموارد فراجع، فلا ينبغي الارتباب فيما ذكرنا من عدم كون الإصلاح أمراً زائداً على التوبة، كما لا يخفى.

(١) الشورى ٤٢: ٤٠.

(٢) النساء ٤: ١٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٧١

[مسألة ٣ اتخاذ الحمام للأنس و إنفاذ الكتب و الاستفراخ و التطبير و اللعب ليس بحرام]

مسألة ٣ اتخاذ الحمام للأنس و إنفاذ الكتب و الاستفراخ و التطبير و اللعب ليس بحرام، نعم اللعب بها مكروه، فتقبل شهادة المتخذ و اللاعب بها، و أمّا اللعب بالرهان فهو قمار حرام لا تقبل شهادة من فعل ذلك (١).

(١) ان في هذه المسألة عناوين ثلاثة: اتخاذ الحمام للأنس و نحوه، و اللعب بها، و اللعب بالرهان.

أمياً الأول: فلا دليل على حرمة و لا كراهته، و يمكن أن يستفاد من دليل عدم حرمة اللعب عدم حرمة الاتخاذ و لا عكس، كما لا

يخفى، و الدليل على عدم حرمة الاتخاذ و عدم كراهته مضافاً إلى الأصل أنه ربما يستفاد من بعض النصوص استحباب اتخاذها للأنس أو للصيانة من آفة الجنّ و مثلهما، ففي النبويّ أنّ رجلاً شكّا إليه (صلى الله عليه و آله) الوحده، فقال: اتخذ زوجاً من حمام (١).

و عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: ليس من بيت فيه حمام إلا لم يصب أهل ذلك البيت آفة من الجنّ، إنّ سفهاء الجنّ يعبثون في البيت فيعبثون بالحمام و يدعون الإنسان (٢).

و قال عبد الكريم بن صالح: دخلت على أبي عبد الله (عليه السلام) فرأيت على فراشه ثلاث حمامات خضر قد ذرقن على الفراش، فقلت: جعلت فداك هؤلاء الحمام يقذر الفراش، فقال: لا، إنّّه يستحب أن يمسن في البيت (٣).
أما الثاني: فبالإضافة إلى عدم الحرمة مضافاً إلى أنّه مقتضى الأصل يدلّ عليه رواية العلاء بن سيباه التي جعلها في الوسائل روايتين مع وضوح كونهما

(١) الكافي: ٥٤٦/٦ ح ٦، الفقيه: ٣/٢٢٠ ح ١٠٢٢، و عنهما وسائل الشيعة: ١١/٥١٧، كتاب الحج، أبواب أحكام الدواب ب ٣١ ح ١٥.

(٢) الكافي: ٥٤٦/٦ ح ٥، و عنه وسائل الشيعة: ١١/٥١٦، كتاب الحج، أبواب أحكام الدواب ب ٣١ ح ٨.

(٣) الكافي: ٥٤٨/٦ ح ١٥، و عنه وسائل الشيعة: ١١/٥٢٠، كتاب الحج، أبواب أحكام الدواب ب ٣٤ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٧٢

.....

رواية واحدة، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شهادة من يلعب بالحمام؟ قال: لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق، قلت: فإنّ من قبلنا يقولون: قال عمر: هو شيطان، فقال: سبحان الله أما علمت أنّ رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: إنّ الملائكة لتنفّر عند الرهان و تلعن صاحبه ما خلا الحافر و الخفّ و الريش و النصل، فإنّها تحضره الملائكة، و قد سابق رسول الله (صلى الله عليه و آله) أسامة بن زيد و أجرى الخيل (١).

و ذكر صاحب الوسائل إنّ عند أهل مكّة لعب الحمام هو لعب الخيل (٢)، و لعله يشهد له ما في ذيله.

و بالإضافة إلى الكراهة فقد استدلت لها في الجواهر بما فيه من العبث و اللعب و تضييع العمر فيما لا يجدي، بل قد يكون في بعض الأحوال أو الأزمنة أو الأمكنة من منافيات المروءة، خلافاً للمحكي عن ابن إدريس (٣)، فعّد اللعب به فسقاً مسقطاً للعدالة (٤).

و يرد عليه أنّه على تقدير تسليم كراهة تلك العناوين المذكورة نقول: إنّ الحكم لا يتعدى من متعلّقه و لا يسرى إلى غيره، و إن كان متّحداً معه في الوجود، فكراهتها أمر و كراهة اللعب بالحمام أمر آخر، و المدعى هو الثاني، و مراعاة المروءة لا تكون دخيلة في العدالة، و إلّا لكان اللازم الالتزام بالفسق فيما كان منافياً لها من الأزمنة و الأمكنة و الحالات.

فالإنصاف أنّه لا دليل على كراهة اللعب بالحمام بعنوانه، إلّا أن يقال: إنّ نفس

(١) تهذيب الأحكام: ٢٨٤٦ ح ٧٨٤، الفقيه: ٣/٣٠ ح ٨٨، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/٣٩٤، كتاب الشهادات ب ٤١ ح ٦ و ص ٤١٣ ب ٥٤ ح ١ و ٣.

(٢) تهذيب الأحكام: ٢٨٤٦ ح ٧٨٤، الفقيه: ٣/٣٠ ح ٨٨، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/٣٩٤، كتاب الشهادات ب ٤١ ح ٦ و ص ٤١٣ ب ٥٤ ح ١ و ٣.

(٣) السرائر: ٢/ ١٢٤.

(٤) جواهر الكلام: ٤١/ ٥٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٧٣

.....

السؤال في رواية العلاء المتقدمة دليل على مفروغية وجود حزازة و منقصة فيه، بناء على كون المراد باللعب بالحمام معناه الظاهر، و إن كان يخالفه ما في الذيل من الاستشهاد بمسابقة رسول الله (صلى الله عليه وآله)، و لكن يؤيده نفس السؤال؛ لأن إجراء الخيل و اللعب به كان أمراً مستحسنًا في الشرع، فلا وجه لاحتمال كون شهادة اللاعب بالحمام غير مقبولة، و يؤيده أيضاً ما حكاه السائل عمّن قبله من أن الثاني قال: «هو شيطان» كما لا يخفى، و كيف كان فالأمر سهل.

و أمّا الثالث: فهو اللعب بالرهان، ففي المتن أنه قمار حرام لا- تقبل شهادة من فعل ذلك، و تفرغ عدم قبول شهادته دليل على أن المراد هي الحرمة التكليفية القادح ارتكابها في ثبوت العدالة، و الوجه في التعرض لذلك في المقام أنما هي التبعية للرواية المتقدمة، و إلّا فلا يرى ارتباط بين اللعب بالحمام و بين حرمة اللعب بالرهان نظراً إلى أنه قمار حرام، و قد خالف صاحب الجواهر (قدس سرّه) «١» في الحرمة التكليفية في الرهن على اللعب بغير الآلات المعدّة للقمار، بل التزم بثبوت الحرمة الوضعية فقط، بمعنى الفساد و عدم ملك العوض في غير الموارد المنصوصة في السبق و الرماية.

و التحقيق ثبوت كلا- الحكمين التكليفي و الوضعي، نظراً إلى دلالة العرف و اللغة على أن القمار ما يكون فيه الرهان، سواء كان بالآلات المعدّة أو غيرها، و تفسيرها بخصوص الآلات المعدّة للقمار فيه دور واضح، و عليه فالحظّ و النصب ببطاقات اليانصيب المعبر عنه في الفارسية في الزمان السابق ب «بليط بخت آزمايي» كان محرّماً من هذه الجهة، و مثله في هذه الأزمنة التي تكون الحكومة حكومة إسلامية شيعية المسابقات المعمولة لأجل الاطلاع على الكتب المفيدة المؤثرة في ازدياد الاطلاع أو غيره، و لكن غرض المشتركين فيها الوصول إلى بعض الهدايا

(١) جواهر الكلام: ٢٢/ ١٠٩ - ١١٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٧٤

.....

المنظورة بمراتبها المختلفة، و تحصيل ثروة أو سفر زيارة من حج أو غيره في صورة إصابة القرعة إليهم، و مثل هذه المسابقات كثيرة في زماننا هذا، إلّا أن يقال بعدم صدق القمار عليها بوجه، إذ ليس الغرض الأصلي فيها المراهنة، و الهدايا أنما هي بصورة الجائزة الاختيارية، و لكن مع ذلك يكون الأمر مشكلاً.

ثم إن صاحب الجواهر (قدس سرّه) ذهب إلى الجواز التكليفي دون الوضعي، و ربما يستدل له بصحيفة محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل أكل و أصحاب له شاء، فقال: إن أكلتموها فهي لكم، و إن لم تأكلوها فعليكم كذا و كذا، فقضى فيه إن ذلك باطل لا شيء في المؤاكلة من الطعام ما قلّ منه و ما كثر، و منع غرامته منه (فيه خ ل) «١».

و الظاهر أن السؤال فيه و مورده هي صحّة المؤاكلة و بطلانها، و قوله: «أكل» ليس فعلاً ماضياً ثلاثياً و لا اسم فاعل على وزن الفاعل، بل هو فعل ماض من باب المفاعلة، و كيفية المؤاكلة ما هو المذكور في الرواية من أن صاحب الشاة يقول: إن أكلتموها فهي لكم و

إن لم تأكلوها فعليكم كذا و كذا، و الجواب ناظر إلى بطلان المؤاكله، و منع الغرامه فيه إنما هي بالإضافة إلى صورة أكل الجميع لتحقق الإباحه المالكيه، و أما بالإضافة إلى صورة أكل البعض مع عدم القدره على أكل الجميع فالغرامه فيها متحققه؛ لعدم صحه عقد المؤاكله و عدم تحقق الإباحه المالكيه.

نعم الغرامه المذكوره في عقد المؤاكله الباطل غير ثابتة لفرض البطلان، و لا ارتباط لهذا باللعب بالرهان المفروض في المقام، و التحقيق أزيد من هذا موكول إلى مباحث المكاسب المحرمه.

(١) الكافي: ٧ / ٥٢٨ ح ١١، تهذيب الأحكام: ٣ / ٢٩٠ ح ٨٠٣، و عنهما وسائل الشيعه: ٢٣ / ١٩٢، كتاب الجعالة ب ٥ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٧٥

[مسألة ٤ لا ترد شهادة أرباب الصنائع المكروهه]

مسألة ٤ لا ترد شهادة أرباب الصنائع المكروهه، كبيع الصرف و بيع الأكفان و صنع الحجامه و الحياكه و نحوها، و لا شهادة ذوى العاهات الخبيثه كالأجذم و الأبرص (١).

[الخامس: طيب المولد]

الخامس: طيب المولد، فلا تقبل شهادة ولد الزنا و إن أظهر الإسلام و كان عادلاً. و هل تقبل شهادته في الأشياء اليسيره؟ قيل: نعم و الأشبه لا، و أمّا لو جهلت حاله فان كان ملحقاً بفراش تقبل شهادته و إن أنالته الألسن، و إن جهلت مطلقاً و لم يعلم له فراش ففي قبولها إشكال (٢).

(١) لعدم ثبوت الفسق المانع عن قبول الشهاده في شيء من الموردين، و كون بعض تلك الصنائع خلاف المروءه بالإضافة إلى بعض الأشخاص أو في بعض الأحوال إنما يقتضى عدم ثبوت العدالة بناءً على اعتبار المروءه فيها على خلاف ما أشرنا إليه بالإضافة إلى ذلك البعض، أو في تلك الحال لا مطلقاً كما لا يخفى. و عدم ترتيب الأثر على فعل الأجذم و الأبرص في بعض المقامات لا يلزم المقام.

(٢) يدل على اعتبار هذا الأمر قبل الشهرة المحققة «١» بل الإجماع المدعى في كلمات جماعة «٢» و إن لم يكن محكوماً بالكفر بل كان متصفاً بالعدالة الروايات الكثيرة الواردة في هذا المجال، بل يظهر من بعضها أنه من خصائص فقه

(١) المهذب: ٢ / ٥٥٧، السرائر: ٢ / ١٢٢، شرائع الإسلام: ٤ / ١٣٢، قواعد الأحكام: ٣ / ٤٩٦، التنقيح الرائع: ٤ / ٣٠٣، مسالك الأفهام: ١٤ / ٢٢١.

(٢) منهم السيد المرتضى في الانتصار: ٥٠١ مسألة ٢٧٥، و الشيخ في الخلاف: ٦ / ٣٠٩ مسألة ٥٧، و ابن زهرة في غنية النزوع: ٤٤٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٧٦

.....

أهل البيت (عليهم السلام) الذي نزل عليهم جبرئيل، مثل:

رواية أبى بصير قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن ولد الزنا أ تجوز شهادته؟ فقال: لا، فقلت: إن الحكم بن عتيبة يزعم أنها تجوز،

فقال: اللهم لا تغفر ذنبي، ما قال الله للحكم وإنه لذكر لك ولقومك «١»، وفي رواية الكشي زيادة فليذهب الحكم يمينا وشمالا، فوالله لا يجد العلم إلا في أهل بيت نزل عليهم جبرئيل «٢».

و صحیحہٗ أبي أيوب الخزاز، عن محمد بن مسلم قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): لا تجوز شهادة ولد الزنا «٣».

و رواية عبيد بن زرارة، عن أبيه قال: سمعت أبا جعفر (عليه السلام) يقول: لو أن أربعة شهدوا عندى بالزنا على رجل وفيهم ولد زنا لحددتهم جميعاً؛ لأنه لا تجوز شهادته ولا يؤم الناس «٤».

و صحیحہٗ الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن شهادة ولد الزنا؟ فقال: لا، ولا عبد «٥».

و رواية عبيد الله الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: ينبغي لولد الزنا أن لا تجوز له

(١) سورة الزخرف ٤٣: ٤٤.

(٢) الكافي: ٧ / ٣٩٥ ح ٤، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٤٤ ح ٦١٠، بصائر الدرجات: ٩، الجزء الأول ب ٦ ح ٣، اختيار معرفة الرجال،

المعروف ب «رجال الكشي»: ٢٠٩، الرقم ٣٧٠، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٧٤، كتاب الشهادات ب ٣١ ح ١.

(٣) الكافي: ٧ / ٣٩٥ ح ٦، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٤٤ ح ٦١٣، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٧٥، كتاب الشهادات ب ٣١ ح ٣.

(٤) الكافي: ٧ / ٣٩٦ ح ٨، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٤٤ ح ٦١٤، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٧٥، كتاب الشهادات ب ٣١ ح ٣.

(٥) تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٤٤ ح ٦١٢، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٧٦، كتاب الشهادات ب ٣١ ح ٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٧٧

.....

شهادة، ولا يؤم الناس، لم يحمله نوح في السفينة، وقد حمل فيها الكلب والخنزير «١» وغير ذلك من الروايات الواردة في هذا الباب.

و عن المسالك المناقشة في سند الروايات إلا صحیحہٗ الحلبي، ثم قال: ولكن دلالة لا تخلو عن قصور، حكى عن ابن إدريس التعليل بالكفر «٢»، و عن المرتضى الاستدلال بما ورد من أن ولد الزنا لا ينجب «٣». و عن ابن الجنيد أنه شر الثلاثة «٤»، «٥».

أقول: المناقشة في أدلة الثلاثة واضحة، و الظاهر أن قصور دلالة الصحيحة باعتبار اشتغالها على قبول شهادة العبد مع أنها مقبولة مطلقاً أو في الجملة.

و في الجواهر: لا حاجة إلى صحة السند بعد الانجبار و الاعتضاد بما عرفت، مع أنه أظن بعض الأفاضل في فساد مناقشته في السيد «٦»، فإن كثيراً منها معتبر «٧».

(١) تفسير العياشي: ٢ / ١٤٨ ح ٢٨، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٧٧، كتاب الشهادات ب ٣١ ح ٩.

(٢) السرائر: ٢ / ١٢٢.

(٣) الموجود في الانتصار: ٥٠٢ مسألة ٢٧٥ هكذا: «أن طائفتنا مجمعة على أن ولد الزنا لا يكون نجيباً..» و لم نجد رواية بهذا اللفظ

في جوامع الحديث، و الظاهر أنه معقد إجماع ادعاه السيد المرتضى في الانتصار.

(٤) حكى عنه في مختلف الشيعة: ٨ / ٥٠٣ مسألة ٨٠.

(٥) مسالك الأفهام: ١٤ / ٢٢٢ - ٢٢٣.

(٦) رياض المسائل: ١٣ / ٣٠٧ - ٣٠٨.

(٧) جواهر الكلام: ١١٩ / ٤١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٧٨

.....

ثم إن في مقابل هذه الروايات روايتين آخريتين:

□ □
 إحداهما: الرواية الدالة على قبول شهادة ولد الزنا وهي رواية عبد الله بن الحسن، عن علي بن جعفر، عن أخيه قال: سألته عن ولد الزنا هل تجوز شهادته؟ قال: نعم تجوز شهادته ولا يؤم. وفي كتاب قرب الإسناد زيادة: وليس لك إلّا لها «١»، كما أنه روى في الوسائل عن كتاب علي بن جعفر، عن أخيه قال: لا تجوز شهادته ولا يؤم «٢».

و كيف كان فلا يعلم أنّ الرواية تنفي الجواز أو تثبته، وعلى التقدير الثاني فالشهرة الفتوائية التي هي أولّ المرجحات، مع ما يدلّ على المنع خصوصاً مع جريان احتمال التقيّة فيها، بلحاظ أنّ أكثر العامة قائلون بالجواز «٣»، ومع أنّ عبد الله ابن الحسن لم يرد فيه توثيق بل ولا مدح.

□ □
 ثانيتهما: الرواية المفصلة التي أفتى على طبقها الشيخ في النهاية «٤»، وهي رواية عيسى بن عبد الله قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شهادة ولد الزنا؟ فقال: لا تجوز إلّا في الشيء اليسير إذا رأيت منه صلاحاً «٥»، ويرد على الأخذ بها مضافاً إلى اشتراك عيسى بن عبد الله بين الثقة وغيرها

(١) كذا في جواهر الكلام: ١٢٠ / ٤١، ولكن جملة «و ليس لك إلّا لها» لم نجدها في قرب الإسناد ووسائل الشيعة. و أيضاً في نسخ قرب الإسناد هكذا: «لا تجوز شهادته ولا يؤم».

(٢) قرب الإسناد: ٢٩٨ ح ١١٧١، مسائل علي بن جعفر: ١٩١ ح ٣٩١، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٧٦ - ٣٧٧، كتاب الشهادات ب ٣١ ح ٧ و ٨.

(٣) راجع المغنى لابن قدامة: ٧٣ / ١٢، والخلاف: ٦ / ٣٠٩ مسألة ٥٧.

(٤) النهاية: ٣٢٦.

(٥) تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٤٤ ح ٦١١ و عنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٧٦، كتاب الشهادات ب ٣١ ح ٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٧٩

.....

□ □
 و إن كان يظهر من بعض الأعلام (قدّس سرّهم) «١» أنّ عيسى بن عبد الله في الرواية هو عيسى بن عبد الله القمي الأشعري الذي ورد فيه بسند صحيح مدح بليغ عن الصادق (عليه السلام) «٢»، و عليه فتكون الرواية معتبرة و إلى إعراض المشهور عنها، عدم دلالتها على ثبوت المعيار للشيء اليسير، فإنّ كلّ يسير غير يسير بالإضافة إلى ما دونه و يسير بالإضافة إلى ما فوقه؛ لأنه من الأمور الإضافية المختلفة بحسب الأشياء والأشخاص والأزمنة والأمكنة.

ثمّ إنّ ولد الزنا ان علم كونه كذلك فالحكم ما ذكرنا، و إن جهلت حاله فان كان ملحقاً بفراش و كان فيه شرائط للحقوق الشرعي بفرد فلا إشكال في قبول شهادته، و لا يقدح في ذلك انالته الألسن و حتى الشيوع غير المفيد للعلم و الاطمئنان، و إن لم يكن ملحقاً بفراش ففي المتن إنّ في قبول شهادته اشكالاً، و لكن ذكر بعض الأعلام (قدّس سرّه) أنّه يكفي في قبول شهادته العمومات و الإطلاقات، فإنّ المخصص عنوان وجودي فيثبت عدمه عند الشك فيه بالأصل «٣».

هذا، والظاهر عدم جريان مثل هذا الأصل على ما ذكرناه في استصحاب عدم قرشية المرأة من أن القضية المشكوكة سالبة بانتفاء المحمول، والقضية المتيقنة سالبة بانتفاء الموضوع ولا اتحاد بين القضيتين، والمقام من هذا القبيل، فإن ولد الزنا كذلك يكون مشكوكاً من حين انعقاد نطفته، ولم يمض عليه زمان علم بعدم كونه من زنا حتى يستصحب العدم.

(١) مباني تكملة المنهاج: ١ / ١١٠ مسألة ٩٤.

(٢) اختيار معرفة الرجال، المعروف بـ «رجال الكشي»: ٣٣٣، الرقم ٦١٠.

(٣) مباني تكملة المنهاج: ١ / ١١١ مسألة ٩٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٨٠

.....

والعجب من الأستاذ الماتن (قدس سرّه) أنه مع شدة إنكاره جريان الأصل في مثل استصحاب عدم القرشية كيف استشكل في قبول شهادة المجهول حاله، مع أن لازم إنكاره عدم القبول، ولا - وجه للتمسك بالعمومات؛ لأنه من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصادقية للمخصّص فتدبر، والتحقيق الأزيد في محله «١».

ويمكن أن يكون وجه الإشكال في المتن أحد أمرين آخرين:

أحدهما: أن اعتبار طيب المولد هل يكون بنحو الشرطية أو كون الشاهد ولد زنا بنحو المانع، فعلى الأول لا بدّ من الاحتراز دون الثاني، وفيه أن الفرق بين الشرط والمانع بهذا النحو غير صحيح، بل لا بدّ في المانع أيضاً من إحراز العدم ولو بالأصل.

ثانيهما: أنه يمكن أن يستظهر من الأدلة الواردة في المقام أنه لا تعتبر شهادة من أحرز كونه ولد الزنا لا ولد الزنا الواقعي، وفيه منع واضح.

وقد انقذ من جميع ذلك أن الظاهر بمقتضى الأدلة عدم قبول شهادة المشكوك كمشكوك العدالة مع عدم إحرازها وجوداً أو عدماً بالأصل.

(١) سيري كامل در اصول فقه ٨: ٢٣٦ - ٢٤٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٨١

[السادس: ارتفاع التهمة]

إشارة

السادس: ارتفاع التهمة، لا مطلقاً بل الحاصلة من أسباب خاصّة، وهي أمور:

منها: أن يجزّ بشهادته نفعاً له عيناً أو منفعةً أو حقاً كالشريك فيما هو شريك فيه، وأما في غيره فتقبل شهادته، وصاحب الدين إذا شهد للمحجور عليه بمال يتعلّق دينه به بخلاف غير المحجور عليه، وبخلاف مال لم يتعلّق حجره به، والوصي والوكيل إذا كان لهما زيادة أجر بزيادة المال، بل وكذا فيما كان لهما الولاية عليه و كانا مدّعين بحق ولايتهما، وأما عدم القبول مطلقاً منهما ففيه تأمل، وكشهادة الشريك لبيع الشقص الذي فيه له الشفعة، إلى غير ذلك من موارد جزّ النفع (١).

(١) و يدلّ عليه موثقة سماعة قال: سألته عمّا يردّ من الشهود؟ قال: المريب، و الخصم، و الشريك، و دافع مغرم، و الأجير، و العبد، و التابع، و المتهّم، كلّ هؤلاء تردّ شهادتهم «١».

و صحيحة عبيد الله بن علي الحلبي قال: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عمّا يردّ من الشهود؟ فقال: الظنين، و المتهّم، و الخصم، قال: قلت: فالفاسق و الخائن؟ فقال: هذا يدخل في الظنين «٢».

و صحيحة عبد الله بن سنان قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): ما يردّ من الشهود؟ قال: فقال: الظنين، و المتهّم، قال: قلت: فالفاسق و الخائن؟ قال: ذلك يدخل

(١) تهذيب الأحكام: ٢٤٢ / ٦ ح ٥٩٩، الاستبصار: ١٤ / ٣ ح ٣٨، و عنهما وسائل الشيعة: ٣٧٨ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٣٢ ح ٣.

(٢) الفقيه: ٢٥ / ٣ ح ٦٦، و عنه وسائل الشيعة: ٣٧٤ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٣٠ ح ٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٨٢

.....

في الظنين «١».

و هنا شيء و هو أنّ جعل العنوان في اعتبار هذا الأمر «ارتفاع التهمة» في الجملة لا ينطبق على هذه الروايات المذكور فيها عنوان المتهّم من دون قيد، و كأنّه تبع في ذلك المحقق في الشرائع، حيث جعل الشرط الخامس ارتفاع التهمة، ثمّ قال: و يتحقّق المقصود ببيان مسائل «٢» و أفاد صاحب الجواهر (قدّس سرّه) «٣» أنّ المقصود حصر التهمة المانعة بها لاستفاضه الأخبار بأنّ التهمة غير مانعة مطلقاً، كالصديق بالإضافة إلى صديقه، و الزوج بالنسبة إلى زوجته و بالعكس، و هكذا.

و من هنا استظهر بعض الأعلام (قدّس سرّه) أنّ المراد بالمتهّم في هذه الروايات من لم تثبت عدالته، و كانت شهادته في معرض شهادة الزور في قبال من كان عفيفاً صائناً ثابت العدالة، فإنّ ذلك هو المتفاهم العرفي من لفظ المتهّم، كما يستفاد ذلك من رواية يحيى بن خالد الصيرفي، عن أبي الحسن الماضي (عليه السلام) قال: كتبت إليه في رجل مات و له أمّ ولد، و قد جعل لها سيدها شيئاً في حياته ثمّ مات، فكتب (عليه السلام): لها ما أتابها به سيدها في حياته معروف لها ذلك، تقبل على ذلك شهادة الرجل و المرأة و الخدم غير المتهّمين «٤» «٥».

فإنّ الظاهر قبول شهادة هؤلاء مع إحراز عدالتهم دون المتهّمين الذين لم تثبت

(١) الكافي: ٣٩٥ / ٧ ح ١، تهذيب الأحكام: ٢٤٢ / ٦ ح ٦٠١، و عنهما وسائل الشيعة: ٣٧٣ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٣٠ ح ١.

(٢) شرائع الإسلام: ٩١٤ / ٤.

(٣) جواهر الكلام: ٦١ / ٤١.

(٤) الفقيه: ٣٢ / ٣ ح ٩٩، و وسائل الشيعة: ٣٦٤ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٤٧.

(٥) مباني تكملة المنهاج: ٩٢ - ٩٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٨٣

.....

عدالتهم، و عليه فيدخل في اعتبار العدالة في الشاهد على ما عرفت، و يؤيد هذا الاستظهار عطف المتهّم من دون قيد على مثل الخصم

و الظنين و غيرهما، مع أنّهما داخلان في الاتهام بقول مطلق، و عليه فاللازم ملاحظة الأسباب الخاصة.

ثمّ إنّ حكي في مجمع البحرين عن بعض ما خلاصته: أنّ كلمة الظنّ تقع لمعانٍ أربعة، منها: معنيان متضادان، أحدهما الشك و الآخر اليقين الذي لا شك فيه، و منها: معنيان غير متضادين، أحدهما الكذب و الآخر التهمة، و استشهد لكل واحدٍ من المعاني الأربعة ببعض الآيات و الاستعمالات «١»، و لا بدّ في المقام من ملاحظة معنى الظنين خصوصاً مع وقوعه في مقابل المتهّم في الصحيحتين، و خصوصاً مع دخول الفاسق القطعي و الخائن كذلك في معناه على ما دلّنا عليه، و من العجيب استدلال بعض للمقام بآية و ما هو على الغيب بضمين «٢» مع أنّ الظنين هناك يكون بالضاد أي بخيل لا - بالطاء أخت الطاء، و لا يرتبط بالمقام أصلاً، فالظاهر أنّ الظنين من يجري فيه ظنّ التهمة بالظن الذي يكون متاخماً للعلم، و لذا يدخل فيه الفاسق القطعي و الخائن كذلك، و المتهّم من يجري فيه شبهة الاتهام من الشكّ في العدالة أو مطلقاً، و عطف الخصم عليهما في صحيحة الحلبي المتقدمة إمّا باعتبار كون الخصومة موجبة لأداء الشهادة على غير ما هي عليه، و أمّا باعتبار كونه عطفاً تفسيرياً للمتهّم، و يؤيده عدم ذكره مع المتهّم في الروايتين الأخيرتين، هذا كلّه بالإضافة إلى أصل اعتبار هذا الأمر.

(١) مجمع البحرين: ١١٤٣/٢.

(٢) التكوير ٨١: ٢٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٨٤

.....

و أمّا بالإضافة إلى الشركة و شهادة الشريك فتدلّ على عدم قبول شهادة الشريك في شيء له فيه نصيب صحيحة أبان على نقل الصدوق و مرسلته على نقل الشيخ (قدّس سرّهما) قال: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه، قال: تجوز شهادته إلّا في شيء له فيه نصيب «١».

لكن في مقابلها صحيحة عبد الرحمن قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن ثلاثة شركاء ادّعى واحدٌ و شهد الاثنان، قال: يجوز «٢». لكن في رواية أخرى رواها أبان ابن عثمان، عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن ثلاثة شركاء شهد اثنان عن (على خ ل) واحد؟ قال: لا تجوز شهادتهما «٣».

و الظاهر عدم كونهما روايتين و إن عدّهما في الوسائل كذلك، و عليه فلم تثبت أنّ الصادر من الإمام (عليه السلام) هو النفي أو الإثبات، فاللازم الالتزام بعدم قبول شهادة الشريك في شيء له فيه نصيب لا في غيره، و إن كان الشاهد شريكاً.

و ممّا ذكرنا يظهر أنّ صاحب الدين إذا شهد للمحجور عليه بمال يتعلّق دينه به لا تكون شهادته مقبولة، بخلاف غير المحجور عليه و بخلاف مال لم يتعلّق حجره به، فإنّه لا مانع من قبول شهادته؛ لعدم الاتهام فيه أصلاً.

و أما الوصي و الوكيل فإذا كان لهما زيادة أجر بزيادة المال فلا تقبل شهادتهما

(١) الفقيه: ٢٧/٣ ح ٧٨، تهذيب الأحكام: ٢٤٦/٦ ح ٦٢٣، الاستبصار: ١٥/٣ ح ٤٠، و عنها وسائل الشيعة:

٣٧٠/٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٧ ح ٣.

(٢) تهذيب الأحكام: ٢٤٦/٦ ح ٦٢٢، الاستبصار: ١٥/٣ ح ٩٣، و عنها وسائل الشيعة: ٣٧٠/٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٧ ح ٤.

(٣) الكافي: ٣٩٤/٧ ح ١، و عنه وسائل الشيعة: ٣٦٩/٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٧ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٨٥

.....

أصلاً لجرهما النفع بذلك، وفي المتن «بل وكذا فيما كان لهما الولاية عليه و كانا مدّعين بحق ولايتهما»، والظاهر أن الوجه في ذلك ظهور لزوم كون الشهود غير المدّعي، كما هو المتفاهم عند العرف من قوله (صلى الله عليه وآله): البيّنة على من ادّعى، و اليمين على من ادّعى عليه «١»، لكن في مكاتبة الصّفّار إلى أبي محمد (عليه السّلام): هل تقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوّع: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدّعي يمين. و كتب: أ يجوز للوصي أن يشهد لوarith الميت صغيراً أو كبيراً، و هو القابض للصغير و ليس للكبير بقابض؟ فوّع (عليه السّلام): نعم، و ينبغى للوصي أن يشهد بالحقّ و لا يكتم الشهادة. و كتب أو تقبل شهادة الوصي على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوّع (عليه السّلام): نعم من بعد يمين «٢»، و عن كشف اللثام: ليس فيها إلّا أن عليه الشهادة و أمّا قبولها فلا «٣».

و لكنّه كما ترى خلاف لما هو المتفاهم عند العرف من الملازمة بين النهي عن كتمان الشهادة و بين قبولها، كما لا يخفى، و ما في الجواهر من إمكان حملها على قبول شهادة الوصي إذا كان المدّعي للميت أحد ورثته؛ لأنّ كلّ واحد منهم يقوم مقام الميت في ذلك، فليس الوصي حينئذٍ مدّعيّاً بل الوarith، و إن كان بعد الثبوت يتعلّق به حقّ الوصاية، و ربما يشهد

(١) تقدّم في ص ١٣٦

(٢) الكافي: ٣٩٤ / ٧ ح ٣، الفقيه: ٣ / ٣٣ ح ١٤٧، تهذيب الأحكام: ٢٤٧ / ٦ ح ٦٢٦، و عنها وسائل الشيعة: ٣٧١ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٨ ح ١.

(٣) كشف اللثام: ٣٠٤ / ١٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٨٦

و منها: ما إذا دفع بشهادته ضرراً عنه، كشهادة العاقلة بجرح شهود الجنائى خطأً، و شهادة الوكيل و الوصي بجرح الشهود على الموكل، و الوصي في مثل

لذلك قوله (عليه السّلام): «فعلى المدّعي يمين» الظاهر في كون المدّعي غيره، قال: و لعلّ اليمين المزبورة استجباباً للاستظهار «١». فهو ليس بحمل للرواية على خلاف معناها الظاهر منها، بل حمل لها على ظاهرها. و يؤيدّه قوله:

«فعلى المدّعي يمين» و إلّا لكان المناسب الاقتصار على الضمير كما في قوله: «إذا شهد معه» كما لا يخفى.

و مقتضى إطلاقها حينئذٍ أنّه لا فرق بين زيادة الأجرة بشهادته و بين عدمها، لكن ينبغى ترك القبول في صورة الزيادة. و عليه فالنسبة بينها و بين الرواية الواردة في الشريك، المتقدّمة المشتملة على استثناء شيء فيه نصيب بناءً على استفادة شبه التعليل منها هي العموم و الخصوص من وجه، و مادّة الاجتماع هو الوصي مع زيادة الأجرة، و الترجيح بعد التعارض مع هذه الرواية المطابقة للعموم لو لم نقل بأظهرية الآخر، فتدبر.

و كذا شهادة الشريك بالإضافة إلى بيع الشقص الذي له فيه الشفعة، و في الشرائع و كذا لا تقبل شهادة من يستدفع بشهادته ضرراً، كشهادة أحد العاقلة بجرح شهود الجنائى، و كذا شهادة الوكيل و الوصي بجرح شهود المدّعي على الوصي و الموكل «٢»؛ لأنّ المستفاد من الرواية الواردة في الشريك عدم كون الشهادة موجبة لجرّ النفع إلى الشاهد، و من الواضح أنّ استفاد الضرر جرّ نفع عند العقلاء، فلا تقبل الشهادة في مثل هذه الموارد.

(١) جواهر الكلام: ٤١ / ٦٨.

(٢) شرائع الإسلام: ٤ / ١٢٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٨٧
الموردن المتقدمين (١).

ومنها: أن يشهد ذو العداوة الدنيوية على عدوه، وتقبل شهادته له إذا لم يستلزم العداوة الفسق، وأما ذو العداوة الدينيّة فلا تردّ شهادته له أو عليه حتى إذا أبغضه لفسقه واختصمه لذلك (٢).

(١) قد عرفت عبارة الشرائع في ذلك في ذيل المسألة السابقة مع استدلال له منّا، ولكنه ذكر صاحب الجواهر (قدّس سرّه) في مقام الاستدلال قوله: ضرورة كون الجارح في الجميع هو المدعى عليه، فلا وجه لقبول شهادته في دفع الدعوى عنه كما هو واضح «١».

(٢) لا- خلاف في أنّ العداوة الدنيوية غير المستلزمة للفسق إذا كانت الشهادة على عدوه كذلك تكون مانعة عن القبول، كما إذا كانت مستلزمة للفسق بلا- إشكال، وذلك لما عرفت من احتمال بعض الروايات المتقدمة على عنوان الخصم في مقابل الظنين و المتّهم، بناء على عدم كونه عطفًا تفسيريًا و كونه عنوانًا آخر، كما أنّه قد فسره بعضهم بالعدوّ، والقدر المتيقن منه هي العداوة الدنيوية والعرفية، و لرواية إسماعيل بن مسلم «٢»، عن الصادق جعفر بن محمد، عن أبيه، عن آبائه (عليهم السّلام) قال: لا تقبل شهادة ذى شحناء، أو ذى مخزية في الدين «٣».

لنكراني، محمد فاضل موحدي، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، در يك جلد، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٠ هـ ق

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات؛ ص: ٤٨٧

(١) جواهر الكلام: ٤١ / ٦٩.

(٢) الفهرست للشيخ: ٥٠ الرقم ٣٨.

(٣) الفقيه: ٣ / ٢٧ ح ٧٣، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٧٨، كتاب الشهادات ب ٣٢ ح ٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٨٨

.....

و حينئذٍ يشكل الأمر من جهة احتمال وحدة هذه الرواية مع روايته السابقة «١»، المشتملة على «فحاش» مكان «الشحناء»؛ لاشتراكهما في عنوان ذى مخزية في الدين، و عليه فيحتمل أن يكون الصادر هو عنوان الفحاش لا الشحناء، كما لا يخفى.

و في رواية معانى الأخبار قال: قال النبي (صلى الله عليه و آله): لا تجوز شهادة خائن و لا خائنة، و لا ذى غمز على أخيه، و لا ظنين في ولاء، و لا قرابة، و لا القانع مع أهل البيت «٢» و قد تقرّر في محلّه «٣» أنّ هذا النحو من الإرسال الذى يسند مثل الصدوق مقول القول إلى النبي أو الإمام دون الرواية يكون معتبراً؛ لأنّه بمنزلة توثيق الوسائط بينه و بينه كما لا يخفى، بخلاف ما إذا كان مسنداً إلى الرواية مثل «روى عنه».

ثمّ حكى عن الصدوق (قدّس سرّه) أنّه قال: الغمز: الشحناء و العداوة، و الظنين: المتّهم في دينه، و الظنين في الولاء و القرابة: الذى

يَتَّهَمُ بالدعاء إلى غير أبيه، و المتولَّى غير موالیه، و القانع من أهل البيت: الرجل يكون مع قوم في حاشيتهم، كالخادم لهم و التابع و الأجير و نحوه.

ثمَّ إنَّه يظهر من مناسبة الحكم و الموضوع أنَّ شهادة الخصم إذا لم تكن على عدوِّه بل كان بنفع عدوِّه لا مانع عن قبولها بوجه، كما أنَّه ظهر ممَّا ذكرنا أنَّ العداوة الدينية لا تكون مانعة عن قبول الشهادة بوجه، كشهادة المسلم على الكافر أو له، و يؤيِّده أنَّ الشهود في باب موجبات الحدِّ الشرعي لا تكون خالية عن هذه

(١) تقدّمت في ص ٤٥٣.

(٢) معانى الأخبار: ٢٠٨ ح ٣، و عنه وسائل الشيعة: ٣٧٩ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٣٢ ح ٨.

(٣) القواعد الفقهيّة للمؤلّف «دام ظلّه»: ٢٢٠، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب الحجّ: ٢ / ٤٧ و الحدود: ٥٦٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٨٩

و منها: السُّؤال بكفّه، و المراد منه من يكون سائلاً في السوق و أبواب الدُّور و كان السُّؤال حرفاً و ديدناً له، و أمّا السُّؤال أحياناً عند الحاجة فلا يمنع من قبول شهادته (١).

العداوة، فتدبّر جيّداً.

ثمَّ إنَّ المحقّق في الشرائع بعد أن ذكر أنَّ العداوة الدنيوية تمنع، سواء تضمّنت فسقاً أو لم تتضمّن، قال: و تتحقّق العداوة بأن يعلم من حال أحدهما السرور بمساءة الآخر و المساءة بسروره، أو يقع بينهما تقاذف «١».

و يرد عليه مضافاً إلى أنَّ العداوة قد تكون من جانب واحد لا من الطرفين، ما أورده عليه جماعة من الفقهاء «٢» من استلزام الفرح بمساءة المؤمن و بالعكس المعصية، إلّا أن يقال بأنَّ الإصرار لا يتحقّق إلّا بالإكثار من الصغائر لا بالاستمرار على معصية واحدة، أو بعدم كونه معصية ما دام لم يقع التظاهر به، أو إذا لم يكن هو البادئ.

(١) العمدة في هذا الأمر وجود روايات كثيرة دالّة عليه:

منها: صحيحة عليّ بن جعفر، عن أخيه أبي الحسن (عليه السلام) قال: سألته عن السائل الذي يسأل بكفّه هل تقبل شهادته؟ فقال: كان أبي لا يقبل شهادته إذا سأل في كفّه «٣». و رواه عبد الله بن الحسن، عن علي بن جعفر (عليه السلام) «٤».

(١) شرائع الإسلام: ١٢٩ / ٤.

(٢) كالشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ١٤ / ١٩١ - ١٩٢، و الأردبيلي في مجمع الفائدة و البرهان: ١٢ / ٣٨٩، و الطباطبائي في رياض المسائل: ٩ / ٤٨٢.

(٣) الكافي: ٧ / ٣٩٧ ح ١٤، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٤٤ ح ٦٠٩، قرب الإسناد: ٢٨٩ ح ١١٧٢، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٨٢، ٣٨٣، كتاب الشهادات ب ٣٥ ح ١ و ٣.

(٤) الكافي: ٧ / ٣٩٧ ح ١٤، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٤٤ ح ٦٠٩، قرب الإسناد: ٢٨٩ ح ١١٧٢، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٨٢، ٣٨٣، كتاب الشهادات ب ٣٥ ح ١ و ٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٩٠

.....

و منها: صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: ردّ رسول الله (صلى الله عليه وآله) شهادة السائل الذي يسأل في كفه، قال أبو جعفر (عليه السلام): لأنه لا يؤمن على الشهادة، وذلك لأنه إن اعطى رضى وإن منع سخط «١».

و الظاهر أنّ عنوان السائل بكفه عنوان كئيب عمّن يكون سائلاً في أبواب الدور و الطرق و السوق، و أمّا ما عن المسالك من أنّه كناية عمّن يباشر السؤال و الأخذ بنفسه «٢»، ففيه أنّه خلاف ما هو المتفاهم منه عند العرف؛ لأنّ المنساق منه من يدور الأبواب و الناس بسؤال الشيء اليسير كالخبز و الدرهم مثلاً، و أمّا مجرد المباشرة في السؤال و الأخذ بنفسه فلا يصدق عليه السائل بالكف؛ لتداول ذلك بين الناس كثيراً، و من الواضح عدم صدق هذا العنوان عليهم.

و الظاهر كون السؤال حرفاً و ديدناً له لا أحياناً و لو مرّتين أو مرّات، و الجمع في الجواب في الصحيحة الاولى مع كون السؤال فيها عن السائل الذي يسأل بكفه، بين عدم قبول شهادته و بين ما إذا سأل في كفه، هل هو لأجل التأكيد و بيان أنّ هذا العنوان بنفسه مانع عن قبول الشهادة و إن كان شرائط الشهادة بأجمعها موجودة، أو لأجل أنّ هذا الحكم ما دامى، و إنّ عدم قبول شهادته ما دام كونه سائلاً بكفه، فإذا زال هذا العنوان يرتفع الحكم، و لو قلنا بأنّ المشتق حقيقة في الأعم من المقتضى عنه المبدأ، و يؤيد الأول خلوة رواية عبد الله بن الحسن، عن علي بن جعفر (عليه السلام) المروية في قرب الاسناد عن هذه الزيادة، فتدبر.

ثمّ إنّ التعليل في صحيحة محمد بن مسلم بقوله (عليه السلام): «لأنّه لا يؤمن على

(١) الكافي: ٧ / ٣٩٦ ح ١٣، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٤٣ ح ٦٠٨، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٨٢، كتاب الشهادات ب ٣٥ ح ٢.

(٢) مسالك الأفهام: ١٤ / ١٩٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٩١

و منها: التبرع بالشهادة في حقوق الناس، فإنه يمنع عن القبول في قول معروف، و فيه تردّد، و أمّا في حقوق الله كشرب الخمر و الزنا و للمصالح العامة فالأشبه القبول (١).

الشهادة» الى آخره، يعطى أنّه لو فرض في مورد تحقق الأمن بأن علم أنّ الإعطاء و المنع غير مؤثرين فيه في مقام الشهادة، فاللازم الأخذ بشهادته؛ لأنّ العلة منصوصة لا بدّ فيها من الاقتصار على موردها، كما لا يخفى.

ثمّ إنّ السؤال بالكف بالنحو المذكور هل يكون محرّماً مطلقاً، أو في خصوص المدّلس بإظهار الحاجة مع عدم كونه كذلك واقعاً، أو لا يكون له حرمة بعنوانه، كما يؤيده ذكره في مقابل الفاسق و فاقد العدالة، نعم التدليس المستلزم للكذب القولي أو العملي حرام، و في الجواهر: أنّ النصوص مستفيضة بالنهي عن سؤال الناس «١»، لكن كثيراً منها محمول على بعض مراتب الأولياء، و هو الغناء عن الناس و الالتجاء إلى الله تعالى، و آخر محمول على المدّلس بإظهار الحاجة و الفقر لتحصيل المال من الناس بهذا العنوان إلى أن قال: و أمّا حرمة السؤال من حيث كونه سؤالاً و لو بالكف فلا دليل مطمئنّ به على حرمة، و إن كان ذلك مغروساً في الذهن «٢».

(١) معنى التبرع بالشهادة هو إقامتها و أدائها قبل طلب الحاكم و سؤاله، و هو بالإضافة إلى حقوق الآدميين كالبينة الشاهدة للمدعى يمنع عن القبول، و نفى في الجواهر وجدان الخلاف فيه، بل حكى عن كشف اللثام أنّه ممّا قطع به الأصحاب،

(١) وسائل الشيعة: ٩ / ٤٣٦ - ٤٤٦، كتاب الزكاة، أبواب الصدقة ب ٣١ - ٣٤.

(٢) جواهر الكلام: ٤١ / ٨٢ ٨٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٩٢

سواء كان قبل دعوى المدعى أو بعدها «١»، «٢». وقد وقع في كلام كثير كالمحقق في الشرائع التعليل بالتهمة «٣»، وقد عرفت «٤» أنّ هذا العنوان بمعناه العام العرفي لا يكون مانعاً عن قبول الشهادة، مع أنّ ظاهر كلامهم ردّ المتبرّع بشهادته وإن انتفت التهمة عنه بقرائن الأحوال، ككون المشهود له عدواً له و المشهود عليه صديقاً له، أو يعلم منه أنّ ذلك كان منه جهلاً بالحكم الشرعي. اللهم إلا أن يقال: إنّ المراد من التهمة الواقعة في التعليل هي التهمة الشرعية الصادقة مع عدم التهمة العرفية أيضاً، والدليل على ثبوت التهمة الشرعية هو الإجماع المزبور المؤيد بالنبوي، المروي عن غير طرفنا الوارد في مقام الذمّ: ثمّ يجيء قوم يتسمّنون يحبّون السمن يعطون الشهادة قبل أن يسألوها «٥»، و آخر: ثمّ يفشو الكذب حتى يشهد الرجل و ما يُستشهد «٦» و مثل ذلك، إلا أن يقال: لو كان المستند هو الإجماع لما كان هناك حاجة إلى قيام الإجماع على ثبوت التهمة الشرعية ثمّ ردّ الشهادة لأجل ذلك، بل كان قيام الإجماع على الردّ مستقيماً كافياً في ذلك، لكن الشأن مع ذلك كلّ في أصل انعقاد الإجماع؛ ولذا تردّد فيه في المتن. هذا كلّه بالنسبة إلى حقوق الآدميين.

(١) جواهر الكلام: ١٠٤/٤١.

(٢) كشف اللثام: ٣١٢/١٠.

(٣) شرائع الإسلام: ١٣١/٤، وكذا العلامة في قواعد الأحكام: ٤٩٧/٣، والفاضل الآبي في كشف الرموز:

٢/٥٢٤، والشهيد الثاني في الروضة البهية: ٣/١٣٤.

(٤) في ص ٤٨١-٤٨٣ و ٤٨٨.

(٥) مسند أحمد: ٧/١٩٣ ح ١٩٨٤١.

(٦) سنن ابن ماجه: ٣/١٢٩ ح ٢٣٦٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٩٣

.....

و أما بالنسبة إلى حقوق الله تعالى و المصالح العالية كالأمتلة المذكورة في المتن، فالمشهور شهرة عظيمة القبول «١»، بل لم يعرف الخلاف فيه إلا من الشيخ في بعض كتبه «٢»، و إن وافق المشهور في البعض الآخر «٣» و علل بأنّه لا مدعى لها، مع أنّه لو كان التبرّع مانعاً فيها لتعلّقت الحدود، مع أنّ الناس خصوصاً في هذه الأزمنة لهم مشاغل كثيرة لا يمكن لهم نوعاً الانتظار و صرف الوقت و لو ساعة مثلاً.

و أما الحقوق المشتركة بين الله و بين الناس كالسرقة لوجود القطع فيها و الغرامة، فالظاهر و إن كان في بادئ النظر هو التبعض فيها، فيكون التبرّع بالشهادة مانعاً عن القبول في حق الناس دون حق الله، إلا أنّه في المقام خصوصية تقتضى القبول و لو بالإضافة إلى حق الناس، و هي أنّ الدليل على المنع في حق الناس على تقديره هو الإجماع، و حيث أنّه من الأدلّة اللبية فاللازم الاقتصار على القدر المتيقّن و هو حق الناس محضاً، فلا يشمل الحق المشترك، مع أنّ ثبوت الإجماع أيضاً كان محلّ ترديد و كلام.

(١) غاية المرام: ٢٨٤/٤، و رياض المسائل: ٣١٣/١٣، و جواهر الكلام: ١٠٦/٤١.

(٢) النهاية: ٣٣٠.

(٣) أي في المبسوط، على ما نقل عنه في كشف الرموز: ٢/٥٢٤ ٥٢٥، و التنقيح الرائع: ٣٠٥/٤ و لكن نعت عليه في المبسوط.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٩٤

[مسألة ٥ النسب لا يمنع عن قبول الشهادة، كالأب لولده و عليه]

مسألة ٥ النسب لا يمنع عن قبول الشهادة، كالأب لولده و عليه و الولد لوالده و الأخ لأخيه و عليه، و سائر الأقرباء بعضها لبعض و عليه، و هل تقبل شهادة الولد على والده؟ فيه تردد، و كذا تقبل شهادة الزوج لزوجته و عليها و شهادة الزوجة لزوجها و عليه، و لا يعتبر في شهادة الزوج الضميمة، و في اعتبارها في الزوجة وجه و الأوجه عدمه، و تظهر الفائدة فيما إذا شهدت لزوجها في الوصية، فعلى القول بالاعتبار لا تثبت، و على عدمه يثبت الرابع (١).

(١) النسب لا يمنع عن قبول الشهادة و إن كانت التهمة العرفية متحققه؛ لعدم الدليل على الكبرى كما عرفت، فتجوز شهادة الأب لولده أو عليه و الأخ كذلك و سائر الأقرباء كذلك، مضافاً إلى قيام الدليل على الجواز في كثير من الموارد، ففي صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن شهادة الوالد لولده، و الولد لوالده، و الأخ لأخيه؟ فقال: تجوز «١». و في مضمرة سماعة قال: سألته عن شهادة الوالد لولده، و الولد لوالده، و الأخ لأخيه؟ قال: نعم، الحديث «٢». ثم إنه حكى عن الشيخ «٣» أنه يعتبر في قبول شهادة القريب للقريب انضمام شاهد أجنبي، و قد استدلل له بموثقة السكوني، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام) أن شهادة الأخ لأخيه تجوز إذا كان مرضياً و معه شاهد آخر «٤». و أنت خير بعدم دلالتها على

(١) الكافي: ٣٩٣ / ٧ ح ١ و ٢، تهذيب الأحكام: ٢٤٨ / ٦ ح ٦٣٢، و عنهما وسائل الشيعة: ٣٦٨ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٦ ح ٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ٢٤٧ / ٦ ح ٦٢٩، و عنه وسائل الشيعة: ٣٦٨ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٦ ح ٤.

(٣) النهاية: ٣٣٠.

(٤) تهذيب الأحكام: ٢٨٦ / ٦ ح ٧٩٠، و عنه وسائل الشيعة: ٣٦٨ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٦ ح ٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٩٥

.....

كون الشاهد الآخر أجنبياً، كما لا يخفى.

أما الكلام في أمرين:

الأمر الأول: شهادة الولد على والده، فالمشهور شهرة عظيمة «١» بل عن جملة من الكتب الفقهية القديمة الإجماع عليه «٢» هو عدم القبول، خلافاً للمرتضى «٣» و المحكي عن الإسكافي القبول «٤»، و هو الذي قواه في محكي الدروس «٥»، و تردد فيه الفاضل في التحرير «٦» كما في المتن.

و نقول: إنه ربّما يقال: إن ظاهر قوله تعالى وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّيَا مَعْرُوفًا «٧» هو عدم القبول، فإنه ليس من المعروف الشهادة على الوالد و الرد لقوله و إظهار تكذيبه، بل هو من مصاديق العقوق، و لكن قوله تعالى كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ .. «٨» قرينه على أن الشهادة على الوالد لا تنافي المصاحبة بالمعروف، مع أن لازمه اشتراك الوالدة مع

(١) المقنع: ٣٩٧، المقنعة: ٧٢٦، النهاية: ٣٣٠، المهذب: ٥٥٧ / ٢، السرائر: ١٣٤ / ٢، الوسيلة: ٢٣١، شرائع الإسلام: ١٣٠ / ٤، قواعد

الأحكام: ٤٩٦ / ٣، مجمع الفائدة و البرهان: ٤٠٤ / ١٢ - ٤٠٥، رياض المسائل:

١٣ / ٢٨٥ و ٤٧٨، جواهر الكلام: ٧٤ / ٤١.

(٢) جوابات المسائل الموصليات (رسائل السيد المرتضى) المجموعة الأولى: ٢٤٦ مسألة ٦٢، الخلاف: ٢٩٧ / ٦ - ٢٩٨ مسألة ٤٥، السرائر: ١٣٤ / ٢.

(٣) الانتصار: ٤٩٦ مسألة ٢٧٣، لكن يستفاد مخالفته من ظاهر كلامه حيث نسب عدم القبول إلى بعض الأصحاب.

(٤) حكى عنه السيوري في كنز العرفان: ٥٣٥ / ٢.

(٥) الدروس الشرعية: ١٣٢ / ٢.

(٦) تحرير الأحكام: ٢٥٤ / ٥.

(٧) سورة لقمان ٣١: ١٥.

(٨) سورة النساء ٤: ١٣٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٩٦

.....

الوالد في هذه الجهة.

و دعوى أعمية وجوب الشهادة عن القبول واضحة المنع، و أما الروايات فلا يكون فيها ما يدل على المنع إلا مرسله الصدوق، حيث قال: و في خبر آخر أنه لا تقبل شهادة الولد على والده «١» و من الواضح أنها لا تكون من المرسلات المعتبرة، خصوصاً مع أن في مقابلها رواية داود بن الحصين الثقة، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: أقيموا الشهادة على الوالدين و الولد، و لا تقيموها على الأخ في الدين الضير، قلت: و ما الضير؟ قال: إذا تعدى فيه صاحب الحق الذي يدعيه قبله خلاف ما أمر الله به و رسوله، و مثل ذلك: أن يكون لآخر على آخر دين و هو معسر، و قد أمر الله بانظاره حتى ييسر، فقال تعالى فَظَرُّهُ إِلَى مَيْسَرَةٍ «٢» و يسألك أن تقيم الشهادة و أنت تعرفه بالعسر، فلا يحل لك أن تقيم الشهادة في حال العسر «٣».

و رواية على بن سويد السائي الثقة المروية بأسانيد مختلفة عنه عن أبي الحسن (عليه السلام) في حديث قال: كتب إلي في رسالته إلي: و سألت عن الشهادات لهم، فأقم الشهادة لله و لو على نفسك أو الوالدين و الأقربين فيما بينك و بينهم، فان خفت على أخيك ضيماً فلا «٤».

(١) الفقيه: ٢٦ / ٣ ح ٧١، و عنه وسائل الشيعة: ٣٦٩ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٦ ح ٦.

(٢) البقرة ٢: ٢٨٠.

(٣) تهذيب الأحكام: ٢٥٧ / ٦ ح ٦٧٥، الفقيه: ٣٠ / ٣ ح ٨٩، و عنهما وسائل الشيعة: ٣٤٠ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ١٩ ح ٣.

(٤) الكافي: ٣٨١ / ٧ ح ٣ و ج ١٢٥ / ٨ قطعة من ح ٩٥، تهذيب الأحكام: ٢٧٦ / ٦ ح ٧٥٧، و عنهما وسائل الشيعة: ٣٦٨ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٣ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٩٧

.....

هذا، و لكن صاحب الجواهر «١» تبعاً للمحقق في الشرائع «٢» جعل الأظهر في المسألة المنع، نظراً إلى أن الرواية الدالة عليه و إن كانت مرسله إلا أنها منجبرة بفتوى المشهور بل المجمع عليه، و أن المرتضى لم يقل بالجواز إلا بمقتضى إطلاق كلامه في الانتصار

«٣» لا صريحه، و أن الإسكافي قد اختلف النقل عنه، بل ربما يقال «٥» بأنه لم يتعرض للمسألة «٤»، فلا يبقى إلّا الشهيد في الدروس «٥» و جملة من المتأخرين عنه «٦»، و الأول قد اختار المنع في شرح الإرشاد «٧»، و الآية الظاهرة في الجواز غير صريحة في الشهادة بالمعنى المراد في المقام، و الروايتان الدالتان عليه لا جابر لهما بالإضافة إلى مفادهما.

و لكن يرد عليه مضافاً إلى أن الجواز لا- يحتاج إلى إقامة الدليل عليه، بل اللازم ملاحظة دليل المنع أن غاية ما يمكن أن يقال بالإضافة إلى الآية عدم اختصاصها بالشهادة بالمعنى الأخص لا عدم دخولها فيها قطعاً، كما أن الحمل على صورة الموت خلاف الظاهر جداً، و إن ادعى الإجماع على القبول في

(١) جواهر الكلام: ٧٨ / ٤١.

(٢) شرائع الإسلام: ١٣٠ / ٤.

(٣) الانتصار: ٤٩٦ مسألة ٢٧٣.

(٤) قاله العلامة في مختلف الشيعة: ٨ / ٥١٠ مسألة ٨٤، و كذا الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ١٤ / ١٩٥.

(٥) الدروس الشرعية: ١٣٢ / ٢.

(٦) كالفاضل المقداد في التقيح الرائع: ٤ / ٢٩٥-٢٩٦، و ابن فهد في المقتصر: ٣٨٩، و الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ١٤ / ١٩٥-

١٩٦، و الصيمري في غاية المرام: ٤ / ٢٨٠-٢٨١، و المقدس الأردبيلي في مجمع الفائدة و البرهان: ١٢ / ٤٠٥-٤٠٦.

(٧) غاية المراد في شرح نكت الإرشاد: ٤ / ١١٦-١١٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٤٩٨

.....

صورة الموت «١»، فالإنصاف أن في المسألة تردداً كما في المتن من وجود رواية دالة على المنع، و إن كانت مرسله غير معتبرة في حد ذاتها، لكنّها منجبرة بفتوى المشهور شهرة محقّقة على طبقها لو لا الإجماع، و مستند بعض المدّعين للإجماع و إن كان قابلاً للخذشة كالشيخ الذي يستند إلى قاعدة اللطف «٢» الممنوعة كما حقّق في محلّه «٣»، إلّا أن عدم حكاية الخلاف الصريح عمّن قبل الشهيد في الدروس يؤيد تحقّقه، و الروايتان الدالتان على الجواز لا تكونان منجبرتين؛ لعدم الدليل على عدم جواز الشهادة على المعسر و إن لا يكون إيساره ثابتاً عند المدّعى، أو يعمل بالإضافة إليه على خلاف أمر الهّا و رسوله، و كذا بالنسبة إلى الضيم الذي يكون معناه المظلوم، و من أن السيّد في الانتصار يجعل ممّا انفردت به الإمامية القول بجواز شهادة ذوى الأرحام بعضهم لبعض إذا كانوا عدولاً، و يستثنى ما يقول به بعض الأصحاب: من عدم جواز شهادة الولد على والده «٤». و حمل الآية على حال الموت أو على عدم كون المراد الشهادة الاصطلاحية أصلاً خلاف الظاهر، و إن كان يؤيده الشهادة على الأنفس غير المحقّقة في باب القضاء، كما لا يخفى.

الأمر الثاني: لا إشكال و لا خلاف في اعتبار شهادة الزوج لزوجته و بالعكس في الجملة، و أنّما الإشكال في اعتبار الضميمة و عدمه، قال المحقّق في الشرائع: و كذا

(١) غنية النزوع: ٤٤٠.

(٢) العدة في الأصول: ٢ / ٦٣١ و ٦٣٧.

(٣) سيري كامل در اصول فقه: ١٠ / ٣٠٦-٣١٠.

(٤) الانتصار: ٤٩٦ مسألة ٢٧٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٤٩٩

.....

تقبل شهادة الزوج لزوجته و الزوجة لزوجها مع غيرها من أهل العدالة، و منهم من شرط في الزوج الضميمة كالزوجة «١»، و لا وجه له «٢».

هذا، و لكن حكى صاحب الجواهر عن المتأخرين كأفة «٣» و ظاهر أكثر القدماء «٤» عدم اعتبار الضميمة في الزوجة أيضاً «٥»، و الروايات الواردة في هذا المجال لا تتجاوز عن ثلاث:

الأولى: صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال: تجوز شهادة الرجل لامرأته، و المرأة لزوجها إذا كان معها غيرها «٦»، و الظاهر أن ضميري التأيث في آخر الرواية ترجعان إلى الزوجة، فيكون الحكم مختصاً بها لا إلى الشهادة حتى يعم الحكم لكليهما، فالرواية ظاهرة أو صريحة في التفصيل بين الزوجين، و أن شهادة الزوج لا تحتاج إلى انضمام الغير بخلاف شهادة الزوجة.

الثانية: موثقة سماعة في حديث، قال: سألت عن شهادة الرجل لامرأته؟ قال: نعم، و المرأة لزوجها؟ قال: لا، إلا أن يكون معها غيرها «٧»، و حمل قوله (عليه السلام): «نعم»

(١) كالشيخ في النهاية: ٣٣٠، و القاضي في المهذب: ٥٥٧/٢، و ابن حمزة في الوسيلة: ٢٣١.

(٢) شرائع الإسلام: ١٣٠ / ٤.

(٣) منهم كالفاضل المقداد في التنقيح الرائع: ٢٩٧ / ٤، و الشهيد الثاني في المسالك: ١٩٧ / ١٤ - ١٩٨، و السبزواري في كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٧٥٨ - ٧٥٩.

(٤) المقنعة: ٧٢٦، المبسوط: ٢٢٠ / ٨، الخلاف: ٢٩٩ / ٦ مسألة ٤٩، و حكاها عن العماني في مختلف الشيعة:

٨ / ٥١١ مسألة ٨٥، ثم قال و هو المعتمد، الكافي في الفقه: ٤٣٦، السرائر: ١٣٤ / ٢، غاية المرام: ٢٨٢ / ٤، و قد نسبه إلى المشهور، رياض المسائل: ٢٨٩ / ١٣.

(٥) جواهر الكلام: ٧٩ / ٤١.

(٦) الكافي: ٣٩٢ / ٧ ح ١، تهذيب الأحكام: ٢٤٧ / ٦ ح ٦٢٧، و عنهما وسائل الشيعة: ٣٦٦ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٥ ح ١.

(٧) تهذيب الأحكام: ٢٤٧ / ٦ ح ٦٢٩، و عنه وسائل الشيعة: ٣٦٧ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٥ ح ٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٠٠

.....

على أنه مجرد خطاب، و مرجعه إلى تفهيم السائل أنه في مقام الاستماع كما هو متعارف الآن في المخاطبة، و الجواب عن كليهما هو قوله: «لا» إلى آخره خلاف الظاهر جداً، كما أن إرجاع ضميري التأيث إلى الشهادة يكون كذلك، فالإنصاف ظهور الرواية في التفصيل أيضاً، كالرواية السابقة.

□

الثالثة: رواية عمار بن مروان قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) أو قال: سأله بعض أصحابنا عن الرجل يشهد لامرأته؟ قال: إذا كان خيراً جازت شهادته لامرأته «١»، و هذه الرواية ظاهرة في عدم اعتبار الضميمة في شهادة الزوج من دون تعرض للعكس.

و أنت خبير أنه بملاحظة هذه الروايات لا بد و أن يقال بعدم اعتبار الضميمة في شهادة الزوج، و أمّا بالإضافة إلى شهادة الزوجة فقد

يقال كما في الجواهر بأنه يحتمل أن يكون ورود الشرط في الصحيحة و الموثقة الأوليين مورد الغالب «٢». و عليه فلا دلالة لهما على العدم في غيره، و لكن الظاهر أنه لا مجال لهذا الاحتمال خصوصاً في الموثقة المشتملة على النفي و الإثبات، فتدبر جيداً. فالإنصاف تامة دلالة الرواية على التفصيل كما اختاره المحقق في الشرائع على ما عرفت.

نعم اعتبار الضميمة في الزوجة إنما هو باعتبار كونها امرأة لا زوجة؛ لعدم اعتبار شهادة المرأة الواحدة حتى مع ضم اليمين، كما تقدم في كتاب القضاء «٣». نعم،

(١) وسائل الشريعة: ٣٦٦ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٥ ح ٢.

(٢) جواهر الكلام: ٧٩ / ٤١.

(٣) ص ١٨٩ مسألة ١ من «القول في الشاهد و اليمين».

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٠١

.....

مقتضى إطلاق ما دلّ على ثبوت الربع بشهادة المرأة الواحدة في باب الوصية ثبوت الربع في ذلك المقام مع شهادة الزوجة فقط، و ممّا ذكرنا يظهر أنّ جعل الفائدة و ظهورها في باب الوصية من جهة ثبوت الربع بشهادة الزوجة فقط مع عدم اعتبار الضميمة و عدم ثبوت الربع بها، بناء على اعتبار الضميمة كما في المتن ليس على ما ينبغي، و إن كان يظهر ذلك من صاحب الجواهر «١» أيضاً تبعاً للشرائع «٢»؛ لأنّ الظاهر أنّ إطلاق ما ورد «٣» في ثبوت الربع بشهادة المرأة في باب الوصية ثبوته بشهادتها، مع أنه لم يكن غيرها معها.

و أمّا إذا كانت الضميمة موجودة فلا مجال لدعوى ثبوت الربع فقط، و الظاهر أنّ المستند في ذلك كون الروايتين في شهادة الزوجة في المقام الدالّتين على اعتبار الضميمة أحصين مما ورد في ثبوت الربع بشهادة المرأة في باب الوصية فيخصّص بهما، مع أنّ الظاهر ما عرفت من أنّ اعتبار الضميمة في شهادة الزوجة إنما هو باعتبار كونها امرأة و لا خصوصية للزوجة في ذلك، و عليه فالظاهر أنّ إطلاق ما ورد في باب الوصية الشامل للزوجة محكّم على الروايتين الواردتين فيها، و حاكم عليهما، و دالّ على أنّ اعتبار الضميمة إنما هو في غير باب الوصية، و أمّا في ذلك الباب فشهادة الزوجة كافية و لو من دون انضمام، فتدبر في المقام فإنّه من مزالّ الأقدام.

(١) جواهر الكلام: ٨٠ / ٤١.

(٢) شرائع الإسلام: ١٣٠ / ٤.

(٣) تهذيب الأحكام: ٢٦٧ / ٦ - ٢٦٨ ح ٧١٧ و ٧١٨، و عنهما وسائل الشريعة: ٣٥٥ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ١٥ و ١٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٠٢

[مسألة ٦ تقبل شهادة الصديق على صديقه و كذا له]

مسألة ٦ تقبل شهادة الصديق على صديقه و كذا له، و إن كانت الصداقة بينهما أكيدة و الموائمة شديدة، و تقبل شهادة الضيف و إن كان له ميل إلى المشهود له. و هل تقبل شهادة الأجير لمن آجره؟ قولان: أقربهما المنع، و لو تحمّل حال الإجارة و أداها بعدها تقبل (١).

(١) في هذه المسألة فروع:

الأول: أنه تقبل شهادة الصديق لصديقه و كذا عليه، وإن كانت الصداقة كاملة و الموائدة كثيرة شديدة، و لا خلاف فيه بيننا بل الإجماع عليه «١»، مضافاً إلى أن القبول لا يحتاج إلى الدليل؛ لأنّ المانع هي التهمة العرفية، و قد عرفت «٢» أنه لا دليل على مانعيتها مطلقاً مع ثبوت العدالة المانعة عن التسامح في مقام الشهادة، خلافاً لمالك «٣» و بعض الشافعية «٤»، فردّها مع الملاطفة، و ضعفه ظاهر.

الثاني: أنه تقبل شهادة الضيف و إن كان له ميل إلى المشهود له، بلا خلاف فيه بيننا «٥»، و يدلّ عليه مع أن القبول لا يحتاج إلى الدليل كما عرفت موثقةً أبي بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: لا بأس بشهادة الضيف إذا كان عفيفاً صائناً. قال: و يكره شهادة الأجير لصاحبه، و لا بأس بشهادته لغيره، و لا بأس به له

(١) كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٧٦٠ / ٢، مستند الشيعة: ٢٥٧ / ١٨، جواهر الكلام: ٨٠ / ٤١.

(٢) ٤٨١ - ٤٨٣ و ٤٨٨.

(٣) المدونة الكبرى: ١٥٦ / ٥، المغنى لابن قدامة: ٧٠ / ١٢، الحاوي الكبير: ١٧٥ / ٢١، الخلاف: ٢٩٩ / ٦ مسألة ٤٨.

(٤) نسب إليهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ١٩٩ / ١٤، و لكن لم ينقل هذا الخلاف عن الشافعية في كتب العامة، راجع الحاوي

الكبير: ١٧٥ / ٢١، المغنى لابن قدامة: ٧٠ / ١٢، العزيز شرح الوجيز: ٣٠ / ١٣.

(٥) مسالك الأفهام: ٢٠٠ / ١٤، كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٧٦٠ / ٢، جواهر الكلام: ٨٢ / ٤١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٠٣

.....

بعد مفارقتة «١».

الثالث: قبول شهادة الأجير لمن آجره و عدمه، و فيه قولان، فالمشهور بين المتأخرين «٢» بل في محكي المسالك «٣» نسبتة إليهم «٤» هو القبول، و المحكى عن أكثر المتقدمين كالصدوقين «٥» و الشيخ في بعض كتبه «٦» و الحلبي «٧» و القاضي «٨» و بنى حمزة و زهرة «٩» عدم القبول، و استقر في المتن هذا القول.

و يدلّ على الأول مضافاً إلى أن الجواز لا يحتاج إلى إقامة الدليل عليه الموثقة المتقدمة في الفرع الثاني بناء على إرادة المعنى المصطلح من الكراهة المذكورة فيها.

و يدلّ على القول الثاني الروايات المستفيضة:

منها: موثقة سماعة قال: سألته عما يردّ من الشهود؟ قال: المريب، و الخصم، و الشريك، و دافع مغرم، و الأجير، و العبد، و التابع، و المتمم، كلّ هؤلاء تردّ شهاداتهم «١٠».

(١) الفقيه: ٢٧ / ٣ ح ٧٧، تهذيب الأحكام: ٢٥٨ / ٦ ح ٦٧٦، الاستبصار ٣ / ٢١ ح ٦٤، و عنهما وسائل الشيعة:

٣٧٢ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٩ ح ٣.

(٢) جواهر الكلام: ٨٣ / ٤١.

(٣) مسالك الأفهام: ٢٠٠ / ١٤، و كذا في كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٧٦٠ / ٢.

(٤) كالعلامة في تحرير الأحكام: ٢٥٥ - ٢٥٦، و الفاضل الآبي في كشف الرموز: ٥٢٠ / ٢، و السيوري في التنقيح الرائع: ٢٩٧ / ٤ -

.٢٩٨

(٥) المقنع: ٣٩٨، الهداية: ٢٨٦، و حكاة عن الصدوقين وغيرهما في مختلف الشيعة: ٨ / ٥٠١ مسألة ٧٨.

(٦) النهاية: ٣٢٥.

(٧) الكافي في الفقه: ٤٣٦.

(٨) المهذب: ٢ / ٥٥٨.

(٩) الوسيلة: ٢٣٠، غنية النزوع: ٤٤٠، وكذلك الكيدري في إصباح الشيعة: ٥٢٩.

(١٠) تقدّمت في ص ٤٨١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٠٤

.....

ومثلها مرسله الفقيه، وإن كانت مشتملة على عدم قبول شهادة شارب الخمر، و اللاعب بالشطرنج و النرد، و المقامر «١»، و رواية العلاء بن سيابة، عن أبي عبد الهب (عليه السلام) قال: كان أمير المؤمنين (عليه السلام) لا يجيز شهادة الأجير «٢».

ومنها: مرسله الصدوق في معاني الأخبار المعتبرة المتقدمة، المشتملة على عدم قبول شهادة جماعة، منهم: القانع مع أهل البيت، مع تفسير الصدوق بأن المراد به رجل يكون مع قوم في حاشيتهم، كالخادم لهم و التابع و الأجير «٣».

ومنها: صحيحة صفوان، عن أبي الحسن (عليه السلام) قال: سألته عن رجل أشهد أجيره على شهادة ثم فارقه، أ تجوز شهادته له بعد أن يفارقه؟ قال: نعم، و كذلك العبد إذا أعتق جازت شهادته «٤».

هذا، و مقتضى الجمع الدلالي العرفي بين هذه الروايات مع كثرتها و وجود الصحيحة و الموثقة أو كالصحيحة فيها مع موثقة أبي بصير المتقدمة المشتملة على لفظ الكراهة حمل الكراهة فيها على غير المعنى المصطلح و غير المنافية مع الحرمة، كما أنه ربما تستعمل الكراهة في هذا المعنى كثيراً، و بذلك يتحقق الخروج عن عنوان المتعارضين الذي هو الموضوع في الأخبار العلاجية.

(١) الفقيه: ٣ / ٢٥ ح ٦٧، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٧٩، كتاب الشهادات ب ٣٢ ح ٧.

(٢) الكافي: ٧ / ٣٩٤ ح ٤، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٤٦ ح ٦٢٤، الاستبصار ٣ / ٢١ ح ٦٢، و عنها وسائل الشيعة:

٢٧ / ٣٧٢، كتاب الشهادات ب ٢٩ ح ٢.

(٣) تقدّمت في ص ٤٨٨.

(٤) تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٥٧ ح ٦٧٤، الاستبصار ٣ / ٢١ ح ٦٣، الفقيه: ٣ / ٤١ ح ١٣٨، و عنها وسائل الشيعة:

٢٧ / ٣٧٢، كتاب الشهادات ب ٢٩ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٠٥

.....

و لا مجال لاحتمال العكس بأن تجعل الكراهة في الموثقة قرينة على عدم إرادة الحرمة من الروايات الدالة على المنع؛ لأنه مضافاً إلى عدم موافقة العرف مع ذلك و إلى أن الكراهة الاصطلاحية لا معنى لأن تستعمل في الحكم الوضعي الذي هو المقصود في المقام من نفوذ شهادة الأجير و عدمه، بل لا بد أن يكون متعلقها فعل المكلف من الإشهاد أو تحمّل الشهادة أو إقامتها كما لا يخفى، فلا بد أن يكون المراد بها هي الحرمة الوضعية الراجعة إلى عدم القبول تكون الأخبار الناهية مشتملة على من لا تقبل شهادته قطعاً.

و دعوى أنه لا مانع من الحمل على الكراهة بالمعنى الأعم من الحرمة والكراهة مدفوعة، بأنه وإن كان يمكن ذلك بالإضافة إلى صيغة النهي، إلا أن التعبير في كثيرها بما يرد من الشهود، و ذكر بعض من يرد مسلماً مانع عن ذلك، فالإنصاف يقتضى ما أفاده في المتن من القول بالمانع، كما لا يخفى.

ثم إنه ربما يستشكل في بعض الروايات المانعة كالموثقة والمرسلة، وكذا تفسير الصدوق بالإضافة إلى مرسله معانى الأخبار بالاشتغال على التابع قبل الأجير أو بعده، مع أنه لا قائل معتد به بأنه لا تقبل شهادة التابع، كما أفاده في الجواهر قال: وبذلك تضعف دلالة الخبرين المزبورين؛ لكون المراد بالردّ فيهما حينئذ الأعم من الردّ الواجب والمرجوح، بل قد يقوى بقريته خبر أبي بصير المنجبر بفتوى المتأخرين تعيين إرادة الردّ الكراهي بالمعنى الذي ذكرناه «(١)».

و يرد عليه مضافاً إلى ما عرفت من أن الكراهة الاصطلاحية لا معنى لها في الأحكام الوضعية المراددة بين الوجود والعدم أن عدم وجود القائل المعتد به

(١) جواهر الكلام: ٤١ / ٨٥ - ٨٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٠٦

.....

بعدم قبول شهادة التابع على فرض تحقق الشهرة و ثبوتها لا يوجب إلا الإعراض عن خصوص هذا الحكم، ولا يقتضى الإعراض عن الجميع، و الظاهر أن في تعارض الشهرتين القدماء و المتأخرين يكون الترجيح مع الأول، كما حقق في محله «(١)»، و إن كان يظهر من الجواهر الثاني.

ثم إن الظاهر أن المراد بالأجير بعد كونه عنواناً غير المستأجر هو الأجير الخاص الذي استؤجر بجميع منافعه في مدة معينة، و لا أقل بمنفعته الخاصة في تلك المدة، و أمّا الأجير لعمل مخصوص كالخياطة و القصاره فلا- منع فيه، و إلا يلزم المحذور في كثير من الموارد سيما إذا لم يعتبر فيه المباشرة، بل كان المستأجر عليه العمل الكلي في الذمة، مع أن التعبير بالمفارقة كما في بعض الروايات لا يناسب مطلق الأجير، و أن جعل الأجير من مصاديق القانع مع أهل البيت، و عطفه على التابع و الخادم في مرسله الصدوق المعتبرة المتقدمة يؤيد هذا المعنى، كما لا يخفى.

ثم إن الظاهر أيضاً أن المراد هو الأجير في حال أداء الشهادة و إقامتها، و أمّا الأجير حال التحمل المؤدى في حال عدم كونه أجيراً فالظاهر أنه لا منع فيه، و يدل عليه الصحيحة المتقدمة الدالة على الجواز بعد أن يفارقه، كما لا يخفى.

(١) راجع سیری در اصول فقه: ١٦ / ٥٥٦ - ٥٥٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٠٧

[مسألة ٧ من لا يجوز شهادته لصغر أو فسق أو كفر]

مسألة ٧ من لا يجوز شهادته لصغر أو فسق أو كفر إذا عرف شيئاً في تلك الحال ثم زال المانع و استكمل الشروط فأقام تلك الشهادة تقبل، و كذا لو أقامها في حال المانع فردت ثم أعادها بعد زواله، من غير فرق بين الفسق و الكفر الظاهرين و غيرهما (١).

(١) وقع التعرض في هذه المسألة لأمرين:

أحدهما: إن الصفات المعتبرة في الشاهد المتقدمة كالبلوغ والإيمان والعدالة إنما يعتبر فيه في حال إقامته الشهادة وأدائها، سواء كانت موجودة في حال التحمّل أيضاً أم لم تكن موجودة في تلك الحال، فلو تحمّل في حال وجود المانع زال المانع في حال الإقامة تكون شهادته مقبولة، وذلك لأن ظاهر أدلته اعتبار تلك الصفات اعتبارها عند الإقامة، ومقتضى إطلاقها أنه لا فرق بين الوجود حال التحمّل أيضاً وبين عدمه، مضافاً إلى خصوص ما ورد من ذلك في الصغير والكافر وغيرهما.

مثل صحيحة صفوان بن يحيى، أنه سأل أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل أشهد أجيره على شهادة ثم فارقه، أ تجوز شهادته بعد أن يفارقه؟ قال: نعم. قلت: فيهودي أشهد على شهادة ثم أسلم أ تجوز شهادته؟ قال: نعم «١»، وغيرها من الروايات التي ادّعت استفاضتها بل تواترها «٢»، نعم في صحيحة جميل قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن نصراني أشهد على شهادة ثم أسلم بعد أ تجوز شهادته؟ قال: لا «٣».

(١) الفقيه: ٣/ ٤١ ح ١٣٨، وعنه وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٨٧، كتاب الشهادات ب ٣٩ ح ٢.

(٢) رياض المسائل: ١٣/ ٣٠٤، جواهر الكلام: ٤١/ ٨٦.

(٣) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٥٤ ح ٦٦١، الاستبصار ٣/ ١٩ ح ٥٦، وعنهما وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٨٩، كتاب الشهادات ب ٣٩ ح ٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٠٨

.....

وقال صاحب الوسائل بعد نقلها: ذكر الشيخ أنه خبر شاذ، وحمله على التقيّة؛ لأنه مذهب بعض العامة «١» إلى أن قال: ويحتمل الحمل على ما لو شهد بها في حال كفره، فلا تقبل وإن أسلم بعد، وعلى عدم عدالته بعد الإسلام. ثانيهما: لو أقامها أحدهم في حال المنع فردت الشهادة لأجل ذلك ثم أعادها بعد زوال المانع قبلت أيضاً، ضرورة أن ردّها للمانع لا ينافي قبولها بعد زواله، إذ كلّ منهما قد كان لأدلته من غير فرق بين الفسق والكفر الظاهرين وغيرهما، نعم ذكر المحقق في الشرائع: أمّا الفاسق المستتر إذا أقام فردت أي بجرحه ممّن له خبرة بباطن أمره ثم تاب وأعادها، فهنا تهمة الحرص على دفع الشبهة عنه؛ لاهتمامه بإصلاح الظاهر «٢»، بل ربما حكى ذلك قولاً وإن كان لم يعرف قائله «٣».

(١) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٥٤، الاستبصار: ٣/ ١٩.

(٢) شرائع الإسلام: ٤/ ١٣١.

(٣) رياض المسائل: ١٣/ ٣٠٥، جواهر الكلام: ٤١/ ٨٧-٨٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٠٩

[مسألة ٨ إذا سمع الإقرار مثلاً صار شاهداً]

مسألة ٨ إذا سمع الإقرار مثلاً صار شاهداً وإن لم يستدعه المشهود له أو عليه، فلا يتوقف كونه شاهداً على الاشهاد والاستدعاء، فحينئذ إن لم يتوقف أخذ الحق على شهادته فهو بالخيار بين الشهادة والسكوت، وإن توقف وجبت عليه الشهادة بالحق، وكذا لو سمع اثنين يوقعان عقداً كالبيع ونحوه أو شاهد غصباً أو جنائياً، ولو قال له الغريمان أو أحدهما: لا تشهد علينا فسمع ما يوجب حكماً ففي جميع تلك الموارد يصير شاهداً (١).

(١) إذا سمع الشاهد الإقرار فقط يصير بالسِّماع شاهداً من غير فرق بين أن يستدعيه المشهود له أو عليه و بين ما إذا لم يستدعه، فلا يتوقف كونه شاهداً و متصفاً بهذا العنوان على الاستشهاد و الاستدعاء، فحينئذٍ ان لم يتوقف أخذ الحق على شهادته و أدائه للشهادة فلا دليل على وجوب إقامته الشهادة و أدائه لها؛ لأنَّ المفروض عدم الاشهاد، و عدم توقف أخذ الحق على شهادته و سماعه للإقرار لا يوجب عليه ذلك، فهو بالخيار بين الشهادة و الآباء عن إقامتها و اختيار السكوت. و إن توقف عليها ففي المتن أنه وجبت عليه الشهادة بالحق، و قد ورد في أصل المسألة روايات متعدّدة.

مثل صحيحه ابن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: إذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد و إن شاء سكت «١».

(١) الكافي: ٧ / ٣٨١ ح ٢ و ص ٣٨٢ ح ٥، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٨٥ ح ٦٧٨، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣١٧، ٣١٨، كتاب الشهادات ب ٥ ح ١ و ٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥١٠

.....

و صحيحه هشام بن سالم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: إذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد و إن شاء سكت. و قال: إذا أشهد لم يكن له إلا أن يشهد «١».

و قد روى في الوسائل عن محمد بن مسلم ما يتجاوز عن أربع روايات بهذا المضمون في باب واحد، و في بعضها استثناء ما «إذا علم من الظالم فيشهد» و زيادة «و لا يحلّ له إلا أن يشهد» «٢».

و لكنّ الظاهر أنّ الروايات الدالّة على الخيار بين الشهادة و السكوت محمولة على صورة عدم توقّف أخذ الحق على الشهادة، و إلاّ فمقتضى قوله تعالى و أَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ «٣» بناء على كون المراد وجوب إقامة الشهادة مطلقاً لا خصوص الشهادة عقيب الاشهاد مطلقاً أو خصوص الطلاق، كما ربما يؤيّد الأخير وقوعه عقيب قوله تعالى و أَشْهَدُوا ذَوِي عَيْدٍ مِّنْكُمْ «٤»، و الروايات الكثيرة الدالّة على وجوب الإقامة «٥» الوجوب مطلقاً، و أنّها بمنزلة الأمانة التي يجب على من عنده أدائها، و إن لم يستأمنه إيّاها صاحبها، نحو الثوب الذي أطارته الريح عند غير صاحبه، و يومى إليه استثناء صورة العلم بالظالم في جملة من الروايات التي منها ما عرفت، و ظاهر إطلاق كثير من الروايات المتقدّمة وجوب الشهادة عند

(١) الكافي: ٧ / ٣٨١ ح ١، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٨٥ ح ٦٧٩، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣١٨، كتاب الشهادات ب ٥ ح ٢.

(٢) الكافي: ٧ / ٣٨١ ح ٣، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣١٨، كتاب الشهادات ب ٥ ح ٤.

(٣) الطلاق ٦٥: ٢.

(٤) الطلاق ٦٥: ٢.

(٥) راجع وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٠٩ - ٣١٤، كتاب الشهادات ب ١ و ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥١١

.....

الإشهاد مطلقاً و لو لم يتوقف أخذ الحق عليها، و عليه ففي المسألة تفصيل بين صورة الإشهاد و عدمه، كما عليه جماعة من قدماء

الفقهاء «١»، بل لعله يظهر من صاحب الجواهر (قدّس سرّه) «٢».

هذا، و مثل الإقرار ما لو سمع الشاهد أنّهما يوقعان عقداً، أو شاهد غضباً أو جنائياً، أو قال له الغريمان أو أحدهما: لا تشهد علينا فسمع ما يوجب حكماً، ففي جميع تلك الموارد يصير شاهداً.

(١) كالشيخ في النهاية: ٣٣٠، و حكاة عن الإسكافي في مختلف الشيعة: ٨ / ٥٢١ - ٥٢٢، و القاضي في المهذب: ٢ / ٥٦١، و أبي الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٤٣٦، و ابن زهرة في غنية النزوع: ٤٤١ و ابن حمزة في الوسيلة: ٢٣٢.
(٢) جواهر الكلام: ١٠٢ / ٤١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥١٢

[مسألة ٩ المشهور بالفسق إن تاب لتقبل شهادته لا تقبل حتى يستبان منه الاستمرار على الصلاح و حصول الملكة الرادعة]

مسألة ٩ المشهور بالفسق إن تاب لتقبل شهادته لا تقبل حتى يستبان منه الاستمرار على الصلاح و حصول الملكة الرادعة. و كذا الحال في كلّ مرتكب للكبيرة بل الصغيرة، فميزان قبول الشهادة هو العدالة المحرزة بظهور الصّلاح، فإن تاب و ظهر منه الصّلاح يحكم بعدالته و تقبل شهادته (١).

(١) غير خفي أنّ المشهور بالفسق إن تاب لغرض قبول شهادته لأنّ شهادة الفاسق غير مقبولة لا تقبل شهادته بمجرد التوبة، بل لا بُدّ أن يتحقّق فيه الملكة الرادعة و الاستمرار على الصلاح بالاجتناب عن ترك الواجبات و الإتيان بالمحرمات، الذي يمنع عن تحقّق العدالة، و حكى المحقّق في الشرائع عن الشيخ أنّه قال: يجوز أن يقول أي الحاكم للفاسق: تب أقبل شهادتك «١»، «٢»، و لكن في الجواهر: إنّ التوبة لقبول الشهادة ليست توبة حقيقية، بل يمكن أن تكون هي فسقاً آخر باعتبار منافاة ذلك للإخلاص المعتبر فيها «٣». هذا، و لكنّ الظاهر أنّ المنافاة للإخلاص مانعة عن كونها هي التوبة المأمور بها، و لا تستلزم كونها فسقاً إلّا أن يقال: بأنّ لازم ذلك عدم الإتيان بالمأمور به على وجهه و هو يستلزم ذلك، فتدبر جيّداً.
و كيف كان فمثل هذه التوبة لا يوجب قبول الشهادة، و مقتضى الإطلاق عدم القبول و لو كانت الشهرة بالإضافة إلى فسق واحد و لو مرّة واحدة، و من الواضح

(١) شرائع الإسلام: ١٣١ / ٤.

(٢) المبسوط: ١٧٩ / ٨ و كذا قال به ابن سعيد في الجامع للشرائع: ٥٤١.

(٣) جواهر الكلام: ١١٠ / ٤١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥١٣

.....

عدم منافاة بعض صوره لبقاء الملكة الرادعة، إلّا أن يقال: بأنّ المراد بالمشهور بالفسق من لا يكون فيه الملكة الرادعة لارتكابه معاصي متعدّدة، أو المعصية الواحدة أزيد من مرّة، كما يؤيّده عطف المرتكب للكبيرة عليه مرّة واحدة، مع أنّ ارتكاب الكبيرة كذلك لا يوجب زوال الملكة على تقديرها، و تتحقّق العدالة بمجرد التوبة عنها حقيقة، و يمكن أن يقال في وجه كلام الشيخ (قدّس سرّه): إنّ العدالة عنده كما تقدّم «١» في البحث عن حقيقة العدالة لا تكون عبارة عن الملكة الراسخة المشهورة في معنى العدالة، بل أمر آخر

يتحقق بمجرد التوبة، ولا يكون كلامه مشعراً بأن الغاية الحقيقية للتوبة هي قبول الشهادة، خصوصاً مع أن قبول الشهادة مترتب على التوبة الواقعية، كالصلاة الاستيجارية التي يترتب استحقاق الأجرة على الإتيان بالعمل المستأجر عليه، وهي الصلاة مثلاً بعنوان العبادة و قصد القربة، وقد تكلمنا في كتابنا «القواعد الفقهية» (٢) في عدم المنافاة بين أخذ الأجرة والإتيان بالواجب، سواء كان الواجب هو الوفاء بعقد الإجارة أو عنوان العمل بنفسه.

و بالجملة: فقد ذكر في المتن: إن الميزان في قبول الشهادة هي العدالة المحرزة بظهور الصلاح، مع أنك عرفت (٣) أن الشارع جعل حسن الظاهر في باب العدالة أمانة شرعية، كما دلت عليه صحيحة ابن أبي يعفور (٤) المشهورة في باب العدالة،

(١) في ص ٤٦٢.

(٢) القواعد الفقهية: ١/ ٥٣٨ - ٥٤٤.

(٣) في ص ٤٦٢.

(٤) تقدمت في ص ٤٦١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥١٤

.....

و معنى كونها أمانة شرعية أنه مع ثبوتها لا معنى للرجوع إلى استصحاب الفسق؛ لأنه لا مجال للأصل مطلقاً مع وجود الأمانة، كما أنه لا تحتاج إلى حصول الظن الشخصي، بل هي حجة و لو مع الظن الشخصي بالخلاف. و حينئذٍ فمراد المتن إن كان لزوم إحراز العدالة الواقعية فيرد عليه أنه لا دليل عليه، و إن كان وجود ما يكشف عنها شرعاً فلا مانع منه، كما لا يخفى.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥١٥

[القول فيما به يصير الشاهد شاهداً]

إشارة

القول فيما به يصير الشاهد شاهداً

[مسألة ١ الضابط في ذلك العلم القطعي واليقين]

مسألة ١ الضابط في ذلك العلم القطعي واليقين، فهل يجب أن يكون العلم مستنداً إلى الحواس الظاهرة فيما يمكن بالبصر في المبصرات و السمع في المسموعات و الذوق في المذوقات و هكذا، فإذا حصل العلم القطعي بشيء من غير المبادئ الحسية حتى في المبصرات من السماع المفيد للعلم القطعي لم يجز الشهادة، أم يكفي العلم القطعي بأي سبب كالعلم الحاصل من التواتر و الاشتهار؟ وجهان، الأشبه الثاني، نعم يشكل جواز الشهادة فيما إذا حصل العلم من الأمور غير العادية، كالجفر و الرمل و إن كان حجة للعالم (١).

(١) قال المحقق في الشرائع: و الضابط العلم لقوله تعالى و لَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ «١»، و مستندها إما المشاهدة، أو السماع، أو

هما إلى آخره «٢».

(١) سورة الإسراء ١٧: ٣٦.

(٢) شرائع الإسلام: ١٣٢ / ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥١٦

.....

أقول: قبل ذكر الآيات و الكتاب في هذا المجال ينبغي التعرّض لأُمور مرتبطة بهذا المقال، وهي: □
 ١- أنّ اصطلاح الشهيد □ والشاهد اصطلاح قرآني، و إن كانت الروايتان المنقولتان عن النبي (صلى الله عليه و آله) مشتملتين على ذكر البيئته، مثل قوله (صلى الله عليه و آله): إنّما أفضى بينكم بالبينات و الايمان «١» و قوله (صلى الله عليه و آله): البيئته على من ادعى، و اليمين على من ادعى عليه «٢».

و أما القرآن فهو مشتمل على مثل قوله تعالى وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ «٣»، و غيره ممّا وردت فيه هذه العبارة.

٢- أنّ الشاهد مشتق من الشهود في مقابل الغيب، و الشاهد في مقابل الغائب، و الغيب المطلق هو البارئ تعالى، فالشاهد من يكون حاضراً و لا يكون حاجز بينه و بين الواقعة إلّا مثل الحواس الظاهرة بتفصيل يأتي إن شاء الله تعالى.

٣- قد عرفت «٤» أنّ الاتصاف بالشهادة لا يتوقّف على الاشهاد، بل يجتمع حتى مع النهي عن الشهادة.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّه ذكر في المتن: إنّ الضابط في ذلك العلم القطعي و اليقين للكتاب و السنّة.

أما الكتاب فمثل قوله تعالى وَ لا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ، و قد استدللّ به

(١) تقدم في ص ١٣٥.

(٢) تقدم في ص ١٣٦.

(٣) سورة البقرة ٢: ٢٨٢.

(٤) في ص ٥٠٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥١٧

.....

في الأصول «١» في باب أنّ الأصل في المظنة عدم الحجية و عدم الاعتبار، و ما خرج من هذا الأصل فإنّما خرج بدليل قطعي، و التحقيق الزائد موكول الى ذلك العلم.

و أما السنّة فروايات متعدّدة، مثل:

رواية الحسين بن سعيد المضمرة قال: كتب إليه جعفر بن عيسى: جعلت فداك جئنا لينا بكتاب زعموا أنّهم أشهدوني على ما فيه، و في الكتاب اسمي بخطي قد عرفته و لست أذكر الشهادة، و قد دعوني إليها، فأشهد لهم على معرفتي أنّ اسمي في الكتاب و لست أذكر الشهادة؟ أو لا تجب الشهادة عليّ حتى أذكرها كان اسمي في الكتاب أو لم يكن؟ فكتب: لا تشهد «٢».

و رواية عليّ بن غياث، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: لا تشهدنّ بشهادة حتى تعرفها كما تعرف كفك «٣».

و رواية السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): لا تشهد بشهادة لا تذكرها، فإنّه من شاء

كتب كتاباً و نقش خاتماً «٤».

وقوله (صلى الله عليه وآله) وقد سُئل عن الشهادة: هل ترى الشمس على مثلها فاشهد أو دع «٥».

(١) سيرى در اصول فقه: ٣٧٥ / ١٠ و ما بعدها.

(٢) الكافي: ٣٨٢ / ٧ ح ٢، تهذيب الأحكام: ٢٥٩ / ٦ ح ٦٨٤، الاستبصار ٣ / ٢٢ ح ٦٧، و عنها وسائل الشيعة:

٣٢٢ / ٢٧، كتاب الشهادات، ب ٨ ح ٢.

(٣) الكافي: ٣٨٣ / ٧ ح ٣، تهذيب الأحكام: ٢٥٩ / ٦ ح ٦٨٢، الاستبصار ٣ / ٢١ ح ٦٥، و عنها وسائل الشيعة:

٣٢٢ / ٢٧، كتاب الشهادات، ب ٨ ح ٣.

(٤) الكافي: ٣٨٣ / ٧ ح ٤، تهذيب الأحكام: ٢٥٩ / ٦ ح ٦٨٣، الاستبصار ٣ / ٢٢ ح ٦٦، و عنها وسائل الشيعة:

٣٢٣ / ٢٧، كتاب الشهادات، ب ٨ ح ٤.

(٥) عوالي اللئالي: ٥٢٨ / ٣ ح ١، و عنه مستدرک الوسائل: ٤٢٢ / ١٧، كتاب الشهادات ب ١٥ ح ٢١٧٣٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥١٨

.....

□

لكن في مقابلها صحيحة عمر بن يزيد المروية في الكتب الأربعة، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الرجل يشهدني على شهادة فأعرف خطي و خاتمي، و لا أذكر من الباقي قليلاً و لا كثيراً، قال: فقال لي: إذا كان صاحبك ثقة و معه رجل ثقة فاشهد له «١».

فإن كان المراد حصول العلم من هذه الثلاثة التي هي عبارة عن خطه و خاتمه و كون صاحبه ثقة و الرجل الآخر الذي معه ثقة، كما ربما يؤيده التعبير بكون الشاهد الآخر ثقة، نظراً إلى أنّ المراد من الوثاقة هي العدالة؛ لأنها الشرط الرابع المعتبر في الشاهد كما عرفت «٢». و عليه يصير قرينه على أنّ المراد بكون صاحب ثقة هي العدالة أيضاً، فاجتماع عدلين مع وجود خطه و خاتمه يفيد العلم غالباً، و

عليه فلا تعارض بين الطائفتين، بل الجمع الدلالي العقلاني المخرج عن موضوع المتعارضين موجود، فيخرج عن الاخبار العلاجية التي موضوعها المتعارضان عند العرف و العقلاء، كما لا يخفى.

و إن لم يكن المراد خصوص صورة العلم بل أعم منها و من صورة عدم العلم فتارة يقال: بأنّ الصحيحة معروض عنها نظراً إلى أنّ اعتبار كون المدعى أيضاً ثقة لم يقل به من الجماعة غير والد الصدوق رحمهما الله تعالى «٣»، فالعامل بها على هذا نادر كما أفاده في

الرياض «٤»،

(١) الكافي: ٣٨٢ / ٧ ح ١، الفقيه: ٤٣ / ٣ ح ١٤٥، تهذيب الأحكام: ٢٥٨ / ٦ ح ٦٨١، الاستبصار ٣ / ٢٢ ح ٦٨، و عنها وسائل الشيعة: ٣٢١ / ٢٧

٣٢١، كتاب الشهادات ب ٨ ح ١.

(٢) في ص ٤٦٠.

(٣) حكى عنه العلامة في مختلف الشيعة: ٨ / ٥٣٠ مسألة ٩٢.

(٤) رياض المسائل: ٣٨٠ / ١٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥١٩

.....

و أخرى لا- يقال بذلك، لا إشكال على الأول في لزوم طرح الصحيحة؛ لأن إعراض المشهور عن رواية و لو كانت في عليا درجة الصحة قادح في اعتبارها، كما ذكرنا مراراً.

و أمياً على الثانى يشكل الأمر نظراً إلى أن التعارض بينها و بين الروايات المتقدمة الدالّة على اعتبار العلم تعارض العموم من وجه؛ لاختصاص تلك الروايات بصورة العلم و اختصاص هذه الصحيحة بما إذا كان المدعى ثقة و يكون معه شاهد آخر كذلك، و مورد الاجتماع صورة وجود هذين الشرطين و عدم تحقق العلم، و لا- مجال لدعوى تقدم الروايات المتقدمة لأجل الكثرة، أو لأجل أن الشهرة بين المتأخرين أرجح من الشهرة بين القدماء كما فى الجواهر «١»، و ذلك لأن الكثرة لا تكون مرجحة، و أرجحية الشهرة المتأخرة عن الشهرة المتقدمة ممنوعة، فاللازم أن يقال بعد عدم ثبوت الشهرة بين القدماء أصلاً: بأن المرجح حينئذ موافقة الكتاب التى أشار إليها المحقق فى عبارته المتقدمة.

بقى فى هذه المسألة أمران:

أحدهما: ما أفاده فى المتن من أن المبصرات و المسموعات و المذوقات و مثلها إن أدركت بالحواس الظاهرة المرتبطة بها فلا إشكال فى الاكتفاء به فى مقام الشهادة؛ لأنها القدر المتيقن من صورة العلم و إن أدركت بالحواس الظاهرة غير المرتبطة، كما إذا سمع المبصر و هكذا، ففى الاكتفاء به و جهان، جعل فى المتن الأشبه الثانى.

(١) جواهر الكلام: ٤١/١٢٤، و كذا فى رياض المسائل: ١٣/٣٧٩.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٢٠

.....

و الوجه فيه أنه بعد تحقق العلم بالحواس الظاهرة لا- مجال للخدشة فى اعتباره و كفايته فى الشهادة، و إن كان بسبب غير الحاسة المرتبطة، و أمّا إذا حصل العلم من الأمور غير العادية كالجفر و الرمل فهو و إن كان حجة بالنسبة إلى العالم؛ لعدم الفرق فى حجة القطع الطريقي بين سبب و سبب، إلا أن كفايته فى مقام الشهادة مشكّلة بل ممنوعة؛ لانصراف الأدلة إلى اعتبار العلم الحاصل من الأمور العادية، كالاكتفاء بذلك فى مقام الإفتاء، كما لا يخفى.

ثانيهما: أنا و إن ذكرنا مراراً أن العرف و العقلاء يعاملون مع الظن المتأخّر للعلم أى الاطمئنان معاملة القطع و اليقين الذى هو حجة عقلية، إلا أن الظاهر عدم اعتباره فى مقام الشهادة لظهور الأدلة فى خلافه.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٢١

[مسألة ٢ التسامع و الاستفاضة إن أفادا العلم تجوز الشهادة بهما لا لمجرد الاستفاضة بل لحصول العلم]

مسألة ٢ التسامع و الاستفاضة إن أفادا العلم تجوز الشهادة بهما لا لمجرد الاستفاضة بل لحصول العلم. و حينئذ لا ينحصر فى أمور خاصة كالوقف و الزوجية و النسب و الولاء و الولاية و نحوها، بل تجوز فى المبصرات و المسموعات إذا حصل منهما العلم القطعى، و إن لم يفدا علماً و إنّما أفادا ظناً و لو متأخراً للعلم، و لا تجوز الشهادة بالمسبب، نعم تجوز الشهادة بالسبب بأن يقول: إن هذا مشهور مستفيض، أو إنى أظن ذلك أو من الاستفاضة (١).

(١) قال فى محكى الدروس: و الضابط فى تحمّل الشهادة العلم بالسبب أو الرؤية أو بهما، فيكفى الاستفاضة فى تسعة: النسب، و الملك المطلق، و الوقف، و النكاح، و الموت، و الولاية، و الولاء، و العتق، و الرق، و المراد بها اخبار جماعة يتأخّر قولهم العلم، و

قيل: يحصله. وقيل: يكفي شاهدان بناء على اعتبار الظن «١».

و حكى عن الإسكافي «٢» الاختصار فيه على النسب خاصة، و عن الإصباح «٣» ثلاثة: النسب، و الموت، و الملك المطلق، و فى النافع «٤» و التبصرة «٥» أربعة بحذف الموت و زيادة النكاح و الوقف، و فى محكى المبسوط «٦» و جمع من الكتب

(١) الدروس الشرعية: ١٣٤ / ٢.

(٢) حكى عنه فى مختلف الشيعة: ٥٥٠ مسألة ١٠٩.

(٣) إصباح الشيعة: ٥٣١.

(٤) المختصر النافع: ٤١٦.

(٥) تبصرة المتعلمين: ١٨٣.

(٦) المبسوط: ١٨٠ - ١٨٣.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٢٢

.....

الأخرى «١» سبعة بزيادة العتق و ولاية القاضى، و عن جامع للشرائع الولاء بدل الولاية «٢»، و عن التحرير «٣» ثمانية بزيادة الولاء، و عن غيره «٤» زيادة تاسع و هو الزق، و فى شرح الصيمرى عشرة بزيادة العدالة، بل قال: هذا هو المحقق من فتاوى الأصحاب «٥». بل قيل «٦»: بزيادة سبعة عشر إليها، و هى العزل، و الرضاع، و تضرر الزوجة، و التعديل، و الجرح، و الإسلام، و الكفر، و الرشد، و السفه، و الحمل، و الولادة، و الوصاية، و الحرية، و اللوث، و الغصب، و الدين، و الإعسار. و كيف كان فقد اتفق الجميع على ثبوت النسب به.

أقول: لا إشكال بمقتضى الروايات المتقدمة فى ذيل المسألة السابقة فى أنه مع حصول العلم منها تجوز الشهادة على طبقها، لا لأجل تحقق الاستفاضة بل لحصول العلم، و قد عرفت أنه لا فرق فى حصول العلم بين سبب و سبب إلا بالإضافة إلى الأمور غير العادية، كالجفر، و الرمل، و النوم و مثلها، و أما مع عدم حصول العلم بل إفادتها الظن و إن كان متاخماً للعلم ففى جواز الشهادة بها و لو فى خصوص الأمور التسعة المذكورة فى عبارة الدروس إشكال بل

(١) كالوسيلة: ٢٣٣، و قواعد الأحكام: ٥٠١ / ٣، و إرشاد الأذهان: ١٦٠ / ٢، و اللمعة الدمشقية: ٥٤، و كشف اللثام: ٣٤٤ / ١٠.

(٢) الجامع للشرائع: ٥٣٧، و كذا فى الوسيلة: ٢٣٣.

(٣) تحرير الأحكام: ٢٦٢ / ٥، الرقم ٦٦٥٤.

(٤) كما فى الدروس الشرعية على ما تقدم آنفاً.

(٥) غاية المرام: ٢٨٩ / ٤، و قال فى تلخيص الخلاف: ٣٧٤ / ٣: المشهور عند محققى أصحابنا أنه يثبت بالاستفاضة عشرة.

(٦) القائل هو الفاضل الهندى فى كشف اللثام: ٣٤٦ / ١٠.

تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٢٣

.....

منع؛ لعدم قيام الدليل عليه، و مجرد عدم إمكان حصول العلم اليقيني فى تلك الأمور نوعاً فإنه كيف يمكن العلم بتحقيق النسب مع أنه

فرع الزوجية و شرائط للحقوق متعددة، و كيف يمكن العلم بتحقيق الزوجية و هو فرع تحقق العقد الصحيح، و شرائط خاصة يحتمل عدم واحد منها أو أزيد لا يوجب عدم اعتبار العلم في مقام الشهادة و كفاية مجرد الاطمئنان بل الظن في ذلك، و قد عرفت في ذيل المسألة السابقة عدم اعتبار الاطمئنان هنا و إن كان معتبراً عند العقلاء، و يعامل معه معاملة العلم في كثير من الموارد. و كيف كان، فالظاهر أن ما ذكره في الدروس من كفاية الاستفاضة الظاهرة في الاستفاضة غير الموجبة للعلم، حيث جعلها في مقابل الضابط في مقام تحمّل الشهادة و هو العلم لا يساعده دليل. نعم تجوز له الشهادة بالسبب كالتعبيرات المذكورة في المتن للعلم به، و إن لم يكن له علم بالمسبب كما لا يخفى.

ثمّ الظاهر أنّ الشيعاء و التسامع و الاستفاضة كلّها بمعنى واحد، فعطف الاستفاضة على التسامع ثمّ إرجاع ضمير التثنية إليهما كما في المتن ممّا لا ينبغي، و إن اقتصر في مقام التعليل على ذكر الاستفاضة فقط.

ثمّ إنّنا قد تكلمنا في كتاب القضاء في حجّية الشيعاء و عدمها، و ذكرنا هناك «١» أنّ عمدة الدليل على الحجّية قصة إسماعيل بن الإمام الصادق (عليه السلام) و دفعه الدراهم لشارب الخمر، و ناقشنا في الاستدلال بها عليها «٢»، و نضيف هنا أنّه يوجد في الروايات مرسلّة أخرى لعلّه يمكن أن يستفاد منها الحجّية، و هي:

(١) في ص ٥٦-٥٧.

(٢) في ص ٥٦-٥٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٢٤

.....

مرسلّة يونس بن عبد الرحمن، عن بعض رجاله، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن البيّنة إذا أُقيمت على الحقّ، أي حلّ للقاضي أن يقضى بقول البيّنة؟ فقال: خمسة أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات، و المناكح، و الذبائح، و الشهادات، و الأنساب، فإذا كان ظاهراً مأموناً جازت شهادته، و لا يُسأل عن باطنه «١».

و يرد عليها أوّلاً: أنّها مرسلّة غير صالحه للحجّية، و ثانياً: أنّها تدلّ على أنّ ثبوت الأمانة الشرعية على العدالة المعترية في الشاهد كافية، و لا- يعتبر العلم بالعدالة، و كون ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً أمانة على ذلك، كما دلّت عليه صحيحه ابن أبي يعفور «٢» المعروفة الواردة في بيان ماهيّة العدالة، و الأمانة التي اعتبرها الشارع على العدالة، و قد مرّ بيان الأمرين فراجع «٣»، و فرق بين كفاية الأمانة الشرعية و بين أنّ الشهادة مفتقرة إلى العلم بالمشهود به، الذي هو محلّ البحث.

نعم هنا شيء و هو أنّه يظهر من صاحب الجواهر «٤» الاتفاق على كون الشيعاء حجة في باب النسب؛ لاشتراك جميع الأقوال المتقدّمة بل و مرسلّة يونس على ذلك، فإن كان المراد ثبوت حجّيته في ذلك الباب بسبب الإجماع فيها، و إلّا فلننظر فيه مجال، و يظهر من الشرائع خلاف ذلك، حيث قال: و ما يكفي فيه السماع فالنسب

(١) الفقيه ٣/ ٩ ح ٢٩، و عنه وسائل الشيعية: ٣٩٢/ ٢٧، كتاب الشهادات ب ٤١ ح ٣.

(٢) تقدمت في ص ٤١٦.

(٣) في ص ٤٦١-٤٦٢.

(٤) جواهر الكلام: ١٣٣/ ٤١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٢٥

.....

و الموت و الملك المطلق؛ لتعدّر الوقوف عليها مشاهدة في الأغلب، و يتحقّق كلّ واحد من هذه بتوالي الأخبار من جماعة لا بضمّهم قيد المواعده، أو يستفيض ذلك حتى يتاخم العلم. ثمّ قال: و في هذا عندي تردّد «١».

و الظاهر أنّ مراده من السماع التسامع و هو غير السماع الذي عطفه على المشاهدة، فإنّ السماع في مقابلها ما يفيد العلم من طريق السماع، كما أنّ المراد بالسماع هنا التسامع و الشيعاء، كما أنّه ظهر من استدلاله عدم ثبوت الإجماع و لو في باب النسب، و تعدّر الوقوف عليه مشاهدة مع أنّه تكفى الرؤية بالإضافة إلى النساء اللاتي تقبل شهادتهنّ في تلك الأمور أنّها هو بالنسبة إلى النسب الشرعيّ المعترى فيه شرائط اللّحوق من الدخول الحلال، و عدم مضى أقصى الحمل و مضى أقله، و أمّا بالنسبة إلى النسب العرفي الذي يكفى في ترتّب كثير من أحكام النسب إلّا مثل التوارث فلا تعدّر فيه أصلًا.

و كيف كان فلا دليل على حجّية الشيعاء و لو في باب النسب، كما هو ظاهر المتن.

(١) شرائع الإسلام: ١٣٣/٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٢٦

[مسألة ٣ هل تجوز الشهادة بمقتضى اليد و البيّنة و الاستصحاب و نحوها من الأمارات و الأصول الشرعية]

مسألة ٣ هل تجوز الشهادة بمقتضى اليد و البيّنة و الاستصحاب و نحوها من الأمارات و الأصول الشرعية، فكما يجوز شراء ما في يده أو ما قامت البيّنة على ملكه أو الاستصحاب، كذلك تجوز الشهادة على الملكية. و بالجملة يجوز الاتكال على ما هو حجّة شرعية على الملك ظاهراً، فيشهد بأنّه ملك مريداً به الملكية في ظاهر الشرع؟ وجهان، أو جههما عدم الجواز إلّا مع قيام قرائن قطعية توجب القطع. نعم، تجوز الشهادة بالملكية الظاهرية مع التصريح به بأن يقول: هو ملك له بمقتضى يده أو بمقتضى الاستصحاب لا بنحو الإطلاق، و وردت رواية بجواز الشهادة مستنداً إلى اليد و كذا الاستصحاب (١).

(١) في جواز الشهادة بمقتضى اليد و البيّنة و الاستصحاب أو نحوها من الأمارات الشرعية و كذا الأصول المعترية، كجواز الشراء مع وجود شيء من هذه الأدلّة وجهان. و محلّ البحث ما إذا أراد الشهادة على الملكية المطلقة، و أمّا بالملكية الظاهرية المستندة إلى حجّة شرعية فلا مانع لها؛ لوجود العلم بثبوت الحجّة الشرعية الظاهرية، و إن لم يكن له علم بالملكية الواقعية التي ينصرف إليها الملك المطلق.

قد ذكر في المتن: أنّ أوجه الوجهين عدم الجواز إلّا مع قيام قرائن قطعية توجب القطع، و لعلّ الوجه في الأوجهية ما عرفت «١» من أنّ الضابط فيما به يصير الشاهد شاهداً العلم لدلالة الكتاب و السّنة عليه، مضافاً إلى أنّ الشاهد بمعنى الحاضر، و قد تنزّلنا إلى كلّ من يعلم و لو من غير الحواسّ المرتبطة، و أمّا من لا- يكون له علم فلا- يصدق عليه الشاهد، و الأمور المذكورة من اليد و البيّنة و الاستصحاب

(١) في ص ٥١٦-٥٢٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٢٧

.....

و إن كانت معتبرة بعنوان الأمانة أو الأصل العملي إلا أنها لا تفيد العلم، بل لا يكون اعتبارها لأجل إفادة الظن الشخصي فضلاً عن العلم. أمّا الاستصحاب فواضح، و أمّا غيره من اليد و البيّنة فكذلك أيضاً؛ لأنّ اعتبارهما و إن كان بعنوان الأمانة إلا أنّه غير مقيد بإفادة حصول الظن الشخصي، كما قد حَقَّق في محلّه «١».

و عليه فالحجّية أمر و جواز الشهادة على طبقها و عدمه أمر آخر، و لا ملازمة بين المسألتين، كما أنّ حجّية اليد و البيّنة في نفسها أمر و تقدّم البيّنة على اليد باعتبار أنّ بيّنة المدعى مقدّمة على يمين المنكر أمر آخر.

نعم هنا رواية أشار إليها في المتن تدلّ على الخلاف، و هي رواية حفص بن غياث، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال له رجل: إذا رأيت شيئاً في يد رجل يجوز لي أن أشهد أنّه له؟ قال: نعم. قال الرجل: أشهد أنّه في يده و لا أشهد أنّه له فلعلّه لغيره؟ فقال أبو عبد الله (عليه السلام): أفيحلّ الشراء منه؟ قال: نعم، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): فلعلّه لغيره فمن أين جاز لك أن تشتريه و يصير ملكاً لك؟ ثمّ تقول بعد الملك: هو لي و تحلف عليه، و لا- يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثمّ قال أبو عبد الله (عليه السلام): لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق «٢».

و يظهر من الجواهر احتمالات لحمل الخبر على ما لا يخالف القاعدة، عمدتها ترجع إلى أنّ المراد من الشهادة ليست الشهادة عند الحاكم في مورد التخاصم التي يختلف الحكم بإطلاقها، بل المراد منها هي النسبة بأنّه له. قال: بل ظاهر قوله (عليه السلام) في الآخر: «لو لم يجز» إلى آخره أو صريحه كون العمل على ملك ذي اليد الذي

(١) القواعد الفقهية للمؤلف: ١/ ٣٧٥-٣٨٥ و ٥٠١-٥٠٣.

(٢) الكافي: ٧/ ٣٨٧ ح ١، الفقيه: ٣/ ٣١ ح ٩٢، تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٦١ ح ٦٩٥، و عنها وسائل الشيعة:

٢٧/ ٢٩٢، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٢٥ ح ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٢٨

.....

لا- منازع له، لا الشهادة التي ذكرناها، فإنّه لا مدخيلة لسوق المسلمين فيها، بل الشهادة بالواقع الذي يعلمه لا ينافي قيام السوق، و لا يتوقّف قيامه على الكذب و التدليس «١».

مع أنّه لو جازت الشهادة مستندة إلى اليد بالملك المطلق في صورة التنازع و التخاصم، لا تريد هذه الشهادة للحاكم أمراً زائداً على وجدان كون المال تحت يد المنكر، الذي يكون إنكاره نوعاً لأجل كونه ذا اليد، مع أنّ الغرض من البيّنة إفادة شيء زائد على التخاصم و التنازع، كما لا يخفى.

أقول: لا مجال للاتكال على رواية واحدة في مقابل القاعدة الكلية التي عرفت عدم تخصيصها بمثل الشيعاء على النسب، مع اتفاق الجلّ لو لا الكلّ عليه.

و إن شئت قلت: إنّ الأدلّة المتقدّمة «٢» الدالّة على اعتبار العلم بالمشهود به للشاهد قرينة على أنّ المراد بالشهادة في هذه الرواية غير الشهادة في باب القضاء المبحوث عنه في المقام، خصوصاً مع أنّ قياس جواز الشهادة بجواز الشراء باطل. فأبى ملازمة بين جواز الشراء المترتب على الحكم بالملكية ظاهراً و جواز الشهادة المترتب على العلم بالمشهود به، كما لا يخفى.

فانقدح أنّه لا مجال للاتكال على الرواية في جواز الشهادة على طبق اليد، هذا مع أنّه حكى عن الشيخ في العُدّة أنّه عملت الطائفة بما رواه حفص و .. فيما لم ينكروه و لم يكن عندهم خلافه «٣».

(١) جواهر الكلام: ١٤٤/٤١.

(٢) في ص ٥١٦-٥١٧.

(٣) عدّة الأصول: ١/١٤٩-١٥٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٢٩

.....

مع أنّه في السند على ما في التهذيب «١» القاسم بن محمّد، و في نقل الكليني «٢» القاسم بن يحيى، و لم يرد في شيء منهما توثيق، غاية الأمر وقوع الثاني في اسناد كتاب كامل الزيارات «٣»، فهو موثّق بالتوثيق العام، و لا يكفي هذا الأمر هنا للترديد. ثمّ إنّ هنا رواية ربما يتوهم دلالتها على جواز الشهادة مستنداً إلى الاستصحاب، و قد جعلها في الوسائل روايات ثلاثاً أوردها في باب واحد «٤»، و تبعه بعض الأعلام، غاية الأمر أنّه جعل واحدة منها شاهدة للجمع بين الآخرين «٥»، مع أنّها في الحقيقة رواية واحدة مع الاختلاف في السند، و في الاشتمال على جميع السؤالات و بعضها و في الجواب.

و هي أنّه قال معاوية بن وهب: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الرجل يكون في داره، ثمّ يغيب عنها ثلاثين سنة و يدع فيها عياله، ثمّ يأتيها هلاكه و نحن لا ندرى ما أحدث في داره، و لا ندرى ما أحدث (حدث خ ل) له من الولد، إلّا أنّنا لا نعلم أنّه أحدث في داره شيئاً و لا حدث له ولد، و لا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك في الدار حتى يشهد شاهداً عدل أنّ هذه الدار دار فلان بن فلان، مات و تركها ميراثاً بين فلان و فلان، أو نشهد على هذا؟ قال: نعم.

(١) تهذيب الأحكام: ٦/٢٦١ ح ٦٩٥، و كذا في طريق الصدوق إلى سليمان بن داود المنقري في مشيخة الفقيه.

(٢) الكافي: ٧/٣٨٧ ح ١.

(٣) كامل الزيارات: ٣٩، ١٦٧، ٢٨٩ و

(٤) وسائل الشيعة: ٢٧/٣٣٦، كتاب الشهادات ب ١٧.

(٥) مباني تكملة المنهاج: ١/١١٤ ١١٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٣٠

.....

قلت: الرجل يكون له العبد و الأمة فيقول: أبق غلامي أو أبق أمتي فيؤخذ (فيوجد خ ل) بالبلد فيكلّفه القاضي البيّنة أنّ هذا غلام فلان لم يبعه و لم يهبه، أفتشهد على هذا إذا كلّفناه، و نحن لم نعلم أنّه أحدث شيئاً؟ فقال: كلّمّا غاب من يد المرء المسلم غلامه أو أمته أو غاب عنك لم تشهد به «١».

و في بعضها في الجواب عن السؤال الأخير و جواز الشهادة على هذا إذا كلّفناه «قال: نعم» «٢»، و في بعضها «اشهد بما هو علمك»، و فيه: «إنّ ابن أبي ليلى يحلفنا الغموس، فقال: احلف إنّما هو على علمك» «٣».

و مع ملاحظة ما ذكرنا من اتحاد الروايات الثلاث لم يعلم أنّ جواب الإمام (عليه السلام) هو جواز الشهادة مطلقاً أو بالمقدار المعلوم، فلا يجوز الاتكال عليها في حكم مخالف للقاعدة، خصوصاً مع أنّ ما يدلّ على الجواز إنّما يدلّ عليه في صورة التكليف الظاهرة في صورة الاضطرار.

ثم إنه ظهر ممّا ذكرنا أنّ المراد من الرواية الواردة في المتن ليست رواية واحدة جامعة للحكم بجواز الشهادة مستنداً إلى اليد وإلى الاستصحاب، بل المراد من الرواية جنسها الصادق على أزيد من واحدة، فلا منافاة بين أن تكون الرواية التي توهمت دلالتها على الجواز في اليد غير الرواية التي توهمت دلالتها على الجواز في الاستصحاب.

- (١) الكافي: ٣٨٧/٧ ح ٤، تهذيب الأحكام: ٦/٢٦٢ ح ٦٩٨، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/٣٣٦، كتاب الشهادات ب ١٧ ح ٢.
 (٢) تهذيب الأحكام: ٧/٢٣٧ ح ١٠٣٥، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧/٣٣٧، كتاب الشهادات ب ١٧ ح ٣.
 (٣) الكافي: ٣٨٧/٧ ح ٢، تهذيب الأحكام: ٦/٢٦٢ ح ٦٩٦، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/٣٣٦، كتاب الشهادات ب ١٧ ح ١.
 تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٣١

[مسألة ٢ يجوز للأعمى والأصم تحمّل الشهادة وأداؤها إذا عرفا الواقعة، و تقبل منهما]

مسألة ٢ يجوز للأعمى والأصم تحمّل الشهادة وأداؤها إذا عرفا الواقعة، و تقبل منهما، فلو شاهد الأصم الأفعال جازت شهادته فيها، و في رواية: «يؤخذ بشهادته في القتل بأول قوله لا-الثاني» و هي مطروحة، و لو سمع الأعمى و عرف صاحب الصوت علماً جازت شهادته، و كذا يصح للأخرس تحمّل الشهادة وأداؤها، فان عرف الحاكم إشارته يحكم، و إن جهلها اعتمد فيها على مترجمين عدلين، و تكون شهادته أصلاً و يحكم بشهادته (١).

(١) يجوز للأعمى والأصم تحمّل الشهادة وأداؤها إذا عرفا الواقعة و تقبل منهما؛ لأنّ فقدان حسّ من الحواس الظاهرة لا يوجب إلّا الممنوعة عن الإدراك بسبب تلك الحاسة لا مطلقاً، و عليه فلو شاهد الأصم الأفعال مثل القتل جازت شهادته فيها لأنّه من الأفعال، و يكفي فيها المشاهدة القائمة بالبصر، كما أنّه لو سمع الأعمى كاملاً و عرف صاحب الصوت كذلك تجوز له الشهادة به لتقومه بالسمع، و الأعمى لا يكون فاقداً لهذه الحاسة.
 هذا، و في رواية جميل قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شهادة الأصم في القتل؟ فقال: يؤخذ بأول قوله و لا يؤخذ بالثاني «١»، و لكن هذا التفصيل مع أنّه لا يناسب الأصم بل لعلّه مناسب لغير البالغ كما تقدّم «٢» في رواية واردة لشهادة غير البالغ

- (١) تهذيب الأحكام: ٦/٢٥٤ ح ٦٦٢، الكافي: ٧/٤٠٠ ح ١ و ٢، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/٣٣٦، كتاب الشهادات ب ٤٢ ح ٣.
 (٢) في ص ٤٤٤-٤٤٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٣٢

.....

بالقتل غير معمول به، بل كما قال المحقق في الشرائع: و هي نادرة «١»، و لم يحك القول به إلّا من الشيخ في النهاية «٢» و تلميذه القاضي «٣» و ابن حمزة «٤».

و كذلك يصح للأخرس تحمّل الشهادة وأداؤها، أمّا التحمّل فواضح، و أمّا الأداء فإن عرف الحاكم إشارته من دون إجمال فيها لديه يحكم على طبقها بلا إشكال، و إن لم يعرف اعتمد فيها على مترجمين عدلين عارفين بإشارته عن علم، و قد مرّ نظيره سابقاً «٥»، و الظاهر أنّ المستند الأصلي لحكم الحاكم أنّما هي شهادة الأخرس، و يكون المترجمان واسطتين في ذلك، كما إذا كان الشاهد متكلماً باللغة الإنجليزية و الحاكم غير عارف بتلك اللغة، و مستنداً في فهم لغة الشاهد إلى المترجم، فإنّه لا يكون مدركاً لحكم

الحاكم بل المدرك هو أصل الشهادة و إن كان الحاكم غير عارف.
قال المحقق في الشرائع: ولا يكون المترجمان شاهدين على شهادته بل يثبت الحكم بشهادته أصلاً لا بشهادة المترجمين فرعاً «٦»، و علّله في الجواهر بأنّ شهادته عبارة عن إشارته التي أبدأها إلى أن قال: نعم لو لم تقع منه إشارة بمحضر الحاكم لم تصحّ شهادتهما، بناءً على عدم سماع شهادة الفرع مع حضور شاهد الأصل.

(١) شرائع الإسلام: ١٣٢ / ٤.

(٢) النهاية: ٣٢٧.

(٣) المهذب: ٥٥٦ / ٢.

(٤) الوسيلة: ٢٣٠.

(٥) في ص ٢٣٤.

(٦) شرائع الإسلام: ٩٢٠ / ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٣٣

.....

و قد حكى عن النافع والرياض ما حصله، أنّه لو أراد أن يشهد الإنسان على الأخرس بإقراره فليشهد بالإشارة التي رآها منه دالّة عليه، و لا يقيمها بالإقرار الذي فهمه منها لاحتمال خطأه في الفهم فيتحقّق الكذب «١».

و قد أورد على هذا الكلام أولًا: بأنّ إشارة الأخرس كاللفظ من غيره، فيكتفى بالظاهر منها، و ثانيًا: بأنّه لا ينبغي الإشكال في جواز الشهادة عليه بالإقرار بمعنى الالتزام مع القطع بالمراد من إشارته؛ لأنك عرفت أنّ مدار الشاهد على حصول العلم، و منه يظهر الحال في الترجمة أيضًا «٢».

(١) المختصر النافع: ٤١٧، رياض المسائل: ٣٧٠ / ١٣.

(٢) جواهر الكلام: ١٤٩ / ٤١ - ١٥٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٣٥

[القول في أقسام الحقوق]

إشارة

القول في أقسام الحقوق

[مسألة ١ الحقوق على كثرتها قسما]

مسألة ١ الحقوق على كثرتها قسما: حقوق الله تعالى و حقوق آدميين، أما حقوق الله تعالى فقد ذكرنا في كتاب الحدود: أنّ منها ما يثبت بأربعة رجال أو يثبت بثلاثة رجال و امرأتين، و منها برجلين و أربع نساء، و منها ما يثبت بشاهدين فليراجع إليه (١).

(١) الحقوق على كثرتها قسماً: حقوق الله تعالى و حقوق الآدميين، و ليس المراد من حقوق الله هو الحق في مقابل الحكم الذي وقع البحث في ثبوته و عدمه، و ربّما يقال بالأوّل و أنّ الحق ما يقبل الإسقاط دون الحكم، فإنّه غير قابل للإسقاط بوجه، بل المراد منها هو الأمور المنهية عنها التي عين الله لها حدّاً، كالزنا و اللواط و السحق و شرب الخمر و أمثال ذلك، و المذكور في كتاب الحدود أنّ منها ما لا يثبت إلّا بأربعة رجال أو ثلاثة رجال و امرأتين، و منها ما يثبت برجلين و أربع نساء.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٣٦

.....

و منها ما يثبت بشاهدين.

و التفصيل المذكور في كتاب الحدود، و قد بحثنا عنها فيما سبق «١»، و قد طبع بعنوان جزء من أجزاء كتاب تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، فليراجع إليه.

(١) تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب الحدود: ١١٥ - ١٢٠، ٢٨٨ - ٢٩٢، ٣٣٠ - ٣٣١، ٤٦٣ - ٤٦٤ و غيرها.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٣٧

[مسألة ٢ حق الآدمي على أقسام]

مسألة ٢ حق الآدمي على أقسام: منها ما يشترط في إثباته الذكورة فلا يثبت إلّا بشاهدين ذكرين كالطلاق، فلا يقبل فيه شهادة النساء لا منفردات و لا -منضّمات، و هل يعم الحكم أقسامه كالخلع و المبارأة؟ الأقرب نعم إذا كان الاختلاف في الطلاق، و أما الاختلاف في مقدار البذل فلا، و لا فرق في الخلع و المبارأة بين كون المرأة مدعية أو الرجل على إشكال في الثاني (١).

(١) حقّ الآدمي على أقسام، منها: ما يشترط في إثباته الذكورة فلا- تقبل فيها شهادة النساء لا منفردات و لا منضّمات كالطلاق، و الأصل فيه قوله تعالى و أشهدوا ذوى عدلٍ منكم «١» الدالّ على وجوب الإشهاد عند الطلاق ذكرين عادلين، و من الواضح أنّ وجوب إشهدهما مقدّمة لأدائهما الشهادة عند الاختلاف في وقوع الطلاق و عدمه، فيدلّ بالملازمة العرفية على قبول شهادتهما في محضر الحاكم و وجود المدعى و المنكر.

و دعوى أنّ وجوب إشهد ذكرين عادلين لا- دلالة له على ذلك، فمن الممكن وجوب الإشهد كذلك، و أوسع دائرة القبول أو أضيقيتها يدفعها المتفاهم العرفي، فالآية بحسب الفهم العرفي تدلّ على الاكتفاء بذكرين عادلين، و على عدم قبول شهادة النساء في هذا الباب لا منفردات و لا منضّمات.

هذا، و يدلّ على عدم القبول روايات متكرّرة، مثل:

صحيحه الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنّه سئل عن شهادة النساء في النكاح، فقال:

(١) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٣٨

.....

تجوز إذا كان معهنَّ رجل. و كان عليّ (عليه السلام) يقول: لا أجيزها في الطلاق، الحديث «١».

و رواية إبراهيم الحارقي (الحارثي أو الخارقي خ ل) قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: تجوز شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال أن ينظروا إليه و يشهدوا عليه، و تجوز شهادتهنَّ في النكاح و لا تجوز في الطلاق، الحديث «٢».

و صحيحة محمد بن مسلم قال: قال: لا تجوز شهادة النساء في الهلال، و لا في الطلاق. و قال: سألته عن النساء تجوز شهادتهنَّ؟ قال: نعم في العذرة و النفساء «٣».

و رواية زرارة التي في سندها سهل بن زياد قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن شهادة النساء تجوز في النكاح؟ قال: نعم، و لا تجوز في الطلاق «٤».

و رواية أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال عليّ (عليه السلام): شهادة النساء تجوز في النكاح، و لا تجوز في الطلاق، الحديث «٥».

و غير ذلك من الروايات المتعددة الأخرى التي تدلّ منطوقاً أو مفهوماً على عدم قبول شهادتهنَّ في الطلاق مطلقاً لا منفردات و لا منضّمات، كرواية محمد بن سنان المرويّة في العلل و عيون الأخبار بأسانيد المشتملة على

(١) الكافي: ٧ / ٣٩٠ صدر ح ٢، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٦٩ صدر ح ٧٢٣، الاستبصار: ٣ / ٢٩ صدر ح ٩٥، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٥١، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٢.

(٢) الكافي: ٧ / ٣٩٢ ح ١١، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٦٥ ح ٧٠٧، الاستبصار: ٣ / ٢٤ ح ٧٥، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٥٢، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٥.

(٣) الكافي: ٧ / ٣٩١ ح ٦، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٥٣، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٨.

(٤) الكافي: ٧ / ٣٩١ ح ٩، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٦٥ ح ٧٠٦، الاستبصار: ٣ / ٢٤ ح ٧٤، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٥٤، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ١١.

(٥) تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٦٧ ح ٧١٣، الاستبصار: ٣ / ٢٧ ح ٨٤، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٥٧، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٢٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٣٩

.....

العلّة عن الرضا (عليه السلام) فيما كتب إليه من العلل: و علّة ترك شهادة النساء في الطلاق و الهلال لضعفهنَّ عن الرؤية، و محاباتهنَّ النساء في الطلاق، فلذلك لا تجوز شهادتهنَّ إلّا في موضع ضرورة، مثل شهادة القابلة، و ما لا يجوز للرجال أن ينظروا إليه، الحديث «١».

و في محكيّ الدروس أنّه ضبط الأصحاب ذلك بكلّ ما كان من حقوق الآدميين ليس مالاً و لا المقصود به المال «٢»، و في محكيّ كشف اللثام هو ما يطلع عليه الرجال غالباً و ما لا يكون مالاً و لا المقصود منه المال «٣»، و لكن ذكر في الجواهر: لم أقف في النصوص على ما يفيد بل فيها ما ينافية «٤».

و كيف كان فلا شبهة في عدم اعتبار شهادتهنَّ في الطلاق، و إن حكى عن المبسوط «٥» أنّه قوّى ثبوته بشهادة النساء منضّمات، بل في محكيّ المسالك نسبته إلى جماعة «٦»، و المتحقّق ما عن أبي عليّ من أنّه لا بأس بشهادتهنَّ مع الرجال في الحدود و الأنساب و الطلاق «٧»، لكنّ الكتاب و السنّة على خلافه على ما عرفت، و أمّا الخلع و المباراة فقد استقرب في المتن أنّهما كالطلاق، و السرّ فيه ما

(١) علل الشرائع: ٥٠٨ ح ١، عيون أخبار الرضا عليه السلام: ٩٥ / ٢ ح ١، و عنهما وسائل الشيعة: ٣٦٥ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٥٠.

(٢) الدروس الشرعية: ١٣٧ / ٢.

(٣) كشف اللثام: ٣٢٦ / ١٠.

(٤) جواهر الكلام: ١٥٩ / ٤١، و الحاكي هو السبزواري في كفاية الفقه المشتبه ب «كفاية الأحكام»: ٧٦٩ / ٢.

(٥) المبسوط: ١٧٢ / ٨.

(٦) مسالك الأفهام: ٢٥١ / ١٤.

(٧) حكي عنه في مختلف الشيعة: ٤٧٥ / ٨، و كذا حكي فيه عن ابن أبي عقيل أنه قال: شهادة النساء مع الرجال جائزة في كل شيء إذا كنّ ثقات ... مختلف الشيعة: ٤٧٤ / ٨ مسألة ٧٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٤٠

.....

المذكور في كتابهما من أنهما قسمان من الطلاق و نوعان منه، خلافاً لما حكي عن الشيخ في بعض كتبه من أن الخلع فسخ لا طلاق «١» و إن كان يؤيده جعل الخلع و المبرأة كتاباً مستقلاً بعد كتاب الطلاق، لكنّ الاستفادة من جملة من الروايات «٢» و من الأكثر «٣» خلاف ذلك، و أن الخلع قسم من الطلاق.

نعم، ذلك إذا كان الاختلاف في أصل بينونة و حصول الخلع و عدمه، و أما إذا كان الاختلاف في مقدار البذل بعد الاتفاق على أصل الخلع فلا. نعم، في الصورة الأولى لا فرق بين أن تكون المرأة هي المدّعية أو كان الرجل مدّعياً، و إن استشكل في الثاني؛ لأنّ ادّعاء المرأة لا يكون مالاً و لا المقصود منه المال، و لا ملازمة بينه و بين المال أصلاً، ضرورة أنه مع ثبوت الخلع لا يصل إليها المال بل يثبت عليها البذل، و هذا بخلاف ما إذا كان المدّعي هو الرجل، فإنّ دعواه تلازم المال و إن لم يكن مقصوداً له بوجه.

(١) الخلاف: ٤٢٤ / ٤ مسألة ٣.

(٢) وسائل الشيعة: ٢٨٣ / ٢٢ - ٢٨٧ و ٢٨٩ - ٢٩٠، من كتاب الخلع و المبرأة ب ٣ و ٥.

(٣) المقنعة: ٥٢٨، مسائل الناصريات: ٣٥١ - ٣٥٢ مسألة ١٦٥، المراسم العلوية: ١٦٣، غنية النزوع:

٣٧٤ - ٣٧٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٤١

[مسألة ٣ قيل: ما يكون من حقوق الآدمي غير المالية و لم يقصد منه المال لا تقبل شهادة النساء فيها]

مسألة ٣ قيل: ما يكون من حقوق الآدمي غير المالية و لم يقصد منه المال لا تقبل شهادة النساء فيها لا منفردات و لا منضمات، و مثل لذلك بالإسلام و البلوغ و الولاء و الجرح و التعديل و العفو عن القصاص، و الوكالة و الوصايا و الرجعة و عيوب النساء و النسب و الهلال، و ألحق بعضهم الخمس و الزكاة و النذر و الكفارة، و الضابط المذكور لا يخلو من وجه و إن كان دخول بعض الأمثلة فيها محلّ تأمل، و تقبل شهادتهنّ على الرضاع على الأقرب (١).

(١) قد مر بيان الضابطة في محكيّ كلام الدّروس و في محكيّ كشف اللثام، لكنّ البحث في سند هذه الضابطة و الدليل عليها، و قد ذكر في الجواهر: أنّه لم يقف في النصوص على ما يفيد بل فيها ما ينافيه «١»، فاللازم ما يدلّ عليه الروايات. □
فنقول: أمّا ما يدلّ على عدم قبول شهادة النساء في الهلال لا منفردات و لا منضّمات، فمثل رواية حمّاد بن عثمان، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: لا تقبل شهادة النساء في رؤية الهلال، و لا يقبل في الهلال إلّا رجلان عدلان «٢». و صحيحة العلاء، عن أحدهما (عليهما السلام) قال: لا تجوز شهادة النساء في الهلال «٣». نعم في رواية داود بن الحصين، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث طويل قال:

(١) مر في ذيل المسألة السابقة.

(٢) تهذيب الأحكام: ٢٦٩ / ٦ ح ٧٢٤، الاستبصار: ٣ / ٣٠ ح ٩٦، و عنهما وسائل الشيعة: وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٥٥، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ١٧.

(٣) تهذيب الأحكام: ٢٦٩ / ٦ ح ٧٢٥، الاستبصار: ٣ / ٣٠ ح ٩٧، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٥٦، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ١٨. تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٤٢

.....

لا تجوز شهادة النساء في الفطر إلّا شهادة رجلين عدلين، و لا بأس في الصوم بشهادة النساء و لو امرأة واحدة «١»، و حكى صاحب الوسائل عن الشيخ أنّه قال: الوجه في ذلك هو أن يصوم الإنسان بشهادة النساء استظهاراً و احتياطاً دون أن يكون ذلك واجباً. و لكنّ الرواية معرض عنها باعتبار أنّه لم ينقل عن أحد الفتوى بمضمونها، فإنّ المحكيّ عن المبسوط «٢» أنّه أفتى بقبول الشاهد و الامرأتين في الهلال لا امرأة واحدة، و قد ادّعى في الغنية «٣» الإجماع على عدم القبول. و كيف كان فان كان اصطياد الضابطة من الموارد المتعدّدة التي دلّ الدليل على عدم قبول شهادتهنّ مطلقاً في كلّ واحد من الموارد، كالأموار المذكورة في المتن، فيرد عليه أنّه لم يقدّم دليل في المقام كذلك، بل قام الدليل بالإضافة إلى بعضها فقط، و إن كان المراد استفادة الضابطة من مثل الطلاق و الهلال و بعض الأمور التي دلّ الدليل على عدم اعتبار شهادتهنّ فيه، فيرد عليه منع جواز اصطياد القاعدة الكلية الجارية في جميع الأمور المذكورة في المتن من مثلها، خصوصاً مع أنّ الطلاق يعتبر فيه الإشهاد على ما عرفت «٤». و كون الهلال حقّ الآدمي محلّ تأمل، مضافاً إلى أنّه من الأمور المرتبطة بعموم

(١) تهذيب الأحكام: ٢٦٩ / ٦ ح ٧٢٦، الاستبصار: ٣ / ٣٠ ح ٩٨، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٦١، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٣٦.

(٢) المبسوط: ٨ / ١٧٢، و الحاكي هو صاحب جواهر الكلام: ٤١ / ١٦٢.

(٣) غنية النزوع: ٤٣٨.

(٤) في ص: ٥٣٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٤٣

.....

الناس، و كثير من الناس يتصدّون للرؤية خصوصاً في أوّلي رمضان و شؤال، مع أنّه يرد على المتن أنّ ذكر عيوب النساء في عداد الأمور المذكورة غير صحيح، فإنّ عيوب النساء خصوصاً الباطنة منها مثل العفل و البرص و الجذام ممّا لا يستطيع الرجال أن ينظروا

إليها، وقد دلّ الدليل على قبول شهادتهنّ بالإضافة إلى هذه الأمور.

ففي صحيحة عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: لا تجوز شهادة النساء في رؤية الهلال إلى أن قال: تجوز شهادة النساء وهدنّ بلا رجال في كلّ ما لا يجوز للرجال النظر إليه، الحديث «١».

و رواية عبد الله بن بكير، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: تجوز شهادة النساء في العذرة، وكلّ عيب لا يراه الرجل «٢».

و موثقة السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ (عليهم السلام) أنّه كان يقول: شهادة النساء لا تجوز في طلاق، ولا نكاح، ولا في حدود إلّا في الديون، وما لا يستطيع الرجال النظر إليه «٣».

و يحتمل قوياً أن تكون في الأصل «و عيوب النساء الظاهرة»، كما حكى عن أصل الوسيلة لآية الله المرحوم الأصبهاني ذلك «٤»، و يؤيّده تقييد العيوب بالباطنة في

(١) الكافي: ٧ / ٣٩١ ح ٨، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٦٤ ح ٧٠٢، الاستبصار: ٣ / ٢٣ ح ٧٠، و عنها وسائل الشيعة:

٣٥٣ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ١٠.

(٢) الكافي: ٧ / ٣٩١ ح ٧، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٧١ ح ٧٣٢، و عنهما، وسائل الشيعة: ٣٥٣ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٩.

(٣) تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٨١ ح ٧٧٣، الاستبصار: ٣ / ٢٥ ح ٨٠، و عنهما وسائل الشيعة: ٣٦٢ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٤٢.

(٤) لم نعثر عليه عاجلاً.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٤٤

.....

المسألة السادسة الآتية، التي حكم فيها بقبول شهادة النساء و الفرق بينها و بين الظاهرة، فانظر.

و من هذه الروايات يستفاد حكم شهادة النساء في الرضاع و أنّ شهادة النساء مقبولة فيه، كما استقره في المتن تبعاً للمحقّق في الشرائع «١»، خلافاً لما عن الأكثر «٢» من العدم، استناداً إلى مرسله، و هي أنّه لا تقبل شهادة النساء في الرضاع «٣»، و هي غير موجودة في الأصول، فلا ينبغي توهم الانجبار فيها، كما لا يخفى.

(١) شرائع الإسلام: ٤ / ١٣٧.

(٢) الخلاف: ٦ / ٢٥٧ - ٢٥٨ مسألة ٩، المبسوط: ٥ / ٣١١، السرائر: ٢ / ١٣٧، الجامع للشرائع: ٥٤٣، و في السرائر: ٢ / ١١٥ و تحرير

الأحكام: ٥ / ٢٦٨، و مسالك الأفهام: ١٤ / ٢٥٩ نسبه إلى الأكثر.

(٣) المبسوط: ٨ / ١٧٢ و ١٧٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٤٥

[مسألة ٢ من حقوق الأدمى ما يثبت بشاهدين، و بشاهد و امرأتين، و بشاهد و يمين المدعى، و بامرأتين و يمين المدعى]

مسألة ٢ من حقوق الأدمى ما يثبت بشاهدين، و بشاهد و امرأتين، و بشاهد و يمين المدعى، و بامرأتين و يمين المدعى، و هو كلّ ما كان مالاً أو المقصود منه المال كالديون بالمعنى الأعم، فيدخل فيها القرض و ثمن المبيع و السلف و غيرها ممّا في الذمّة، و كالغصب و عقود المعاوضات مطلقاً، و الوصية له و الجنائية التي توجب الديّة، كالخطأ و شبه العمد و قتل الأب و ولده و المسلم الذمى، و المأمومة و الجائفة و كسر العظام، و غير ذلك ممّا كان متعلّق الدعوى فيها مالاً أو مقصوداً منها المال، فجميع ذلك تثبت بما ذكر

حتى بشهادة المرأة «١» و اليمين على الأظهر، و تقبل شهادتهن في النكاح إذا كان معهن الرجل (٢).

(١) القسم الثاني من حقوق الآدمي ما يثبت بغير شاهدين عدلين ذكرين أيضاً، بل يثبت بشاهد و امرأتين و يمين المدعى، و بامرأتين و يمين المدعى، و هو كل ما كان مألواً أو المقصود منه المال، و لا فرق في الأول بين الدين و العين، و قد ورد في آية الدين قوله تعالى و استشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان الآية «٢»، كما أن الدين يشمل جميع الديون بالمعنى الأعم من القرض و ثمن المبيع و السلف و غيرها مميّا في الذمة، و العين تشمل الغصب و عقود المعاوضات مطلقاً و سائر الأمور المذكورة في المتن، كما هو المشهور «٣».

و لكن بعض الأعلام (قدس سره) استقرب عدم الثبوت في مثل الغصب و الوصية إليه

(١) كذا في طبعه نشر دار التعارف في بيروت ١٤٠١، و لكن في بقیة النسخ التي لاحظتها «المرأتين».

(٢) البقرة ٢: ٢٨٢.

(٣) المبسوط: ١٧٢ / ٨، الجامع للشرائع: ٥٤٢، شرائع الإسلام: ١٣٧ / ٤، قواعد الأحكام: ٣ / ٤٩٩، الدروس الشرعية: ١٣٧ / ٢ - ١٣٨، رياض المسائل: ٣٣٦ / ١٣، جواهر الكلام: ١٦٥ - ١٦٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٤٦

.....

و الأموال، نظراً إلى أنه لا دليل على قيام المرأتين مقام رجل واحد في الموارد المزبورة، و مقتضى الأصل العدم، و لا وجه للتعدّي عن مورد الآية مع عدم القرينة على إلغاء الخصوصية، و معتبرة داود بن الحصين تدلّ على اختصاص الآية بالدين، مضافاً إلى دلالة جملة من الروايات على عدم قبول شهادتهن مطلقاً إلا فيما دلّ الدليل على اعتبارها «١».

أقول: أمّا معتبرة داود بن الحصين، عن أبي عبد الله (عليه السلام) فهي مشتملة على سؤال الراوي بعد حكمه (عليه السلام) بالفرق بين النكاح و الطلاق، بأنه قال: فقلت: فأنى ذكر الله تعالى قوله فرجل و امرأتان؟ فقال: ذلك في الدين إذا لم يكن رجلاً فرجل و امرأتان، الحديث «٢».

و من الواضح أن الدين فيه في مقابل النكاح و الطلاق لا في مقابل الأموال الآخر، فلا دلالة لها على الاختصاص بالدين، و لو بنى على الاختصاص بالمورد لكان اللازم الالتزام بالاختصاص بما إذا وقع بينهما التداين و الدين إلى أجل مسمى، فيختص بالقرض المؤجل إليه، مع أن لازمه الاختصاص بما إذا استشهد رجلين، و لا يعم صورة عدم الاستشهاد، و لا يقول بذلك أحد ظاهراً، فإذا بنى على عدم الاختصاص بخصوص المورد فأى فرق بين الدين و العين على ما هو المتفاهم عرفاً، و عليه فالدليل على قبول شهادتهن في سائر الديون هو الدليل على القبول في سائر الموارد.

نعم، لا مجال للتعدّي إلى غير الأموال خصوصاً بعد ظهور مثل آية الطلاق في

(١) مباني تكملة المنهاج: ١٢٦ / ١ مسألة ١٠٠.

(٢) تهذيب الأحكام: ٢٨١ / ٦ ح ٧٧٤، الاستبصار: ٢٦ / ٣ ح ٨١، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٦٠، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٣٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٤٧

.....

لزوم كون الشاهدين ذكرين عادلين، قال الله تعالى وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ «١»، و يؤيد ما ذكرنا مرسله يونس، عمن رواه قال: استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، فان لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه، الحديث «٢».

ثم إننا هنا بعض الروايات الدالة على انحصار قبول شهادة النساء بالمنفوس و العذرة، و المراد بالأول الولد و بالثاني البكاره، ففي رواية عبد الله بن سنان قال: سألته عن امرأة حضرها الموت و ليس عندها إلا امرأة أ تجوز شهادتها؟ فقال: لا تجوز شهادتها إلا في المنفوس و العذرة «٣».

و الظاهر أن المراد شهادة المرأة وحدها و عدم انضمام الرجل و لا مثل اليمين إليها، و إلا تكون مخالفة للكتاب المصرح و لو في الدين بأنه فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان الآية، و لجملة من الروايات الأخر الدالة على قبول شهادتهن في الموارد الأخر، مثل: صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) المشتملة على قوله: قلت: تجوز شهادة النساء مع الرجل في الدين؟ قال: نعم «٤». و الروايات المتكثرة الأخر الدالة على قبول شهادتهن في النكاح، و في الرجم و في غيرهما، بل ظاهر بعض الروايات قبول شهادتهن وحدهن في القتل، ففي صحيحة جميل بن دراج و محمد بن حمران، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قلنا:

(١) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

(٢) تقدمت في ص ١٤٨.

(٣) تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٧٠ ح ٧٣١، الاستبصار: ٣ / ٣١ ح ١٠٥، و عنهما وسائل الشيعة: ١٩ / ٣١٨، كتاب الوصايا ٢٣ ح و ج ٢٧ / ٣٥٧، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٢٤.

(٤) وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٥١، كتاب الشهادات ب ٢٤ قطعة من ح ٢، و تقدمت صدرها في ص ٥٣٧ - ٥٣٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٤٨

.....

أ تجوز شهادة النساء في الحدود؟ فقال: في القتل وحده، إن علياً (عليه السلام) كان يقول: لا يبطل دم امرئ مسلم «١». و بالجملة: لا مجال لاحتمال اختصاص قبول شهادتهن بالمنفوس و العذرة.

فانقدح صحة ما هو المشهور و تبعه المتن و عدم تمامية ما استقر به بعض الأعلام (قدس سره) من عدم الثبوت في غير الدين. ثم إنه قد تقدم في كتاب القضاء في بحث «القول في الشاهد و اليمين» أنه لا إشكال في جواز القضاء في الديون بالشاهد الواحد و يمين المدعى، و عدم الحكم و القضاء بهما في حقوق الله تعالى، كثبوت الهلال و حدود الله، و أن الماتن (قدس سره) جعل الأشبه الاختصاص بالديون من بين حقوق الناس، و أنه لا يشمل مطلق الأموال أو ما يقصد بها كذلك، و ذكر أن المراد بالدين كل حق مالي في الذمة بأي سبب كان، فيشمل ما استقرضه و ثمن المبيع و مال الإجارة و مهر الزوجة إذا تعلق بالعهد، و جوز القضاء فيها بشهادة امرأتين مع اليمين «٢».

فالذي هاهنا يغير ما هناك في أمرين:

أحدهما: قبول الشهادة مع اليمين في جميع حقوق الناس من الأموال أو ما يقصد به المال، فإنك عرفت أنه هناك جعل الأشبه الاختصاص بالديون بالمعنى الأعم، و ظاهره هنا عدم الاختصاص.

ثانيهما: الاكتفاء بشهادة المرأة الواحدة مع اليمين و استظهاره الثبوت بها هنا، و إن كان في بعض نسخ التحرير ذكر المرأتين مكان

المرأة في الجملة الأخيرة

(١) الكافي: ٣٩٠ / ٧ ح ١، تهذيب الأحكام: ٢٦٦ / ٦ ح ٧١١، الاستبصار: ٢٦ / ٣ ح ٨٢، و عنها وسائل الشيعة:

٢٧ / ٣٥٠، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ١.

(٢) في ص ٢١١-٢١٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٤٩

.....

من هذه المسألة، و لكن سياق العبارة يناسب مع ما هنا. مع أنه لم يتقدم منه ذلك، بل ظاهره العدم كما لا يخفى.

أقول: أما بالإضافة إلى الأمر الأول فقد عرفت أن مورد آية الدين الدالة على قيام المرأتين مقام الرجل و إن كان هو القرض إلى أجل مسمى إلا أن الظاهر عدم اختصاص حكمها بالدين و لو بالمعنى الأعم؛ لأنه لو لم نقل بالتعدى و إلغاء الخصوصية لكان اللازم التخصيص بما ذكر من القرض إلى أجل مسمى، و لم يقل به أحد لا المشهور و لا غيره، و عليه فالحكم المذكور في آية الدين يشمل جميع الحقوق المالية من الدين و غيره.

و أما في مسألة الاكتفاء بالشهادة و اليمين فإنه و إن لم يمكن استفادة حكمها من الآية الشريفة؛ لدالتها على قيام المرأتين مقام الرجل في مطلق الحقوق المالية، و لم يقم دليل على اتحاد مورده مع مورد الشاهد و اليمين، إلا أنك عرفت في كتاب القضاء في باب الشاهد و اليمين أن مقتضى التحقيق بعد ملاحظة الطوائف المختلفة من الروايات الواردة في هذا المجال الحكم بجريان الشاهد و اليمين في جميع حقوق الناس المالية و غيرها، و إن كان الاحتياط يقتضى الاقتصاص على خصوص الأولى، كما أنه قد تقدم في ذلك الباب أنه يثبت الحق بشهادة امرأتين مع اليمين «١»؛ لدلالة صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام): أن رسول الله (صلى الله عليه و آله) أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب في الدين، يحلف بالله أن حقه لحق «٢». و مرسله منصور بن حازم قال: حدثنى الثقة، عن أبي الحسن (عليه السلام) قال: إذا شهد لصاحب الحق امرأتان و يمينه فهو جائز «٣».

و الظاهر أن المراد هو الحق المالي لقبوله المطالبة، و عليه فالمراد بالدين هو

(١) في ص ٢١٩-٢٢١.

لنكراني، محمد فاضل موحدى، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، در يك جلد، مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٠ ه ق

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات؛ ص: ٥٤٩

(٢) تقدمتا في ص ٢٢٠-٢٢١.

(٣) تقدمتا في ص ٢٢٠-٢٢١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٥٠

.....

الأعم من العين، كما في الآية الشريفة على ما عرفت.

ثم إنه ذكر بعض الأعلام (قدس سره) أن المراد بشهادة النساء في صحيحة الحلبي هي شهادة المرأتين، فإنها هي التي كانت جزء البيئة والجزء الآخر شهادة رجل واحد، وإذا لم يكن رجل واحد كانت يمين المدعى بمنزلته، وبها يقيد إطلاق صحيحة الأخرى عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) أجاز شهادة النساء في الدين وليس معهن رجل «١» بما إذا كانت معهن يمين الطالب «٢».

أقول: وإن كانت المرسله المتقدمه يؤيده في أن المراد بشهادة النساء هي شهادة المرأتين ولا تشمل شهادة الواحدة، إلا أن الالتزام بتعدد صحيحة الحلبي وأنهما روايتان في كمال الصعوبة والإشكال خصوصاً مع وحدة السند، فإنه في كليهما روى عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن حماد، عن الحلبي؛ وعليه يكون الحاكي عن الرسول (صلى الله عليه وآله) هو الإمام (عليه السلام)، وغرضه من الحكاية بيان الحكم بهذه الكيفية، ففي إحداها ذكر يمين المدعى وفي الأخرى قد وصفت شهادة النساء بأنه ليس معهن رجل، ويمكن أن يكون المراد شهادة أربع نسوة مكان شاهدين ذكرين، أو شاهد وامرأتين، أو شاهد ويمين، ولأجله يشكل الحكم بقبول شهادة المرأتين مع اليمين فضلاً عن المرأة الواحدة؛ لأنها فاقده للدليل المعبر.

أمّا الصحيحة فلائها مرددة، و أمّا المرسله فلائها غير معتبرة على ما أفاده بعض الأعلام (قدس سره) «٣»، أضف إلى ذلك ما دلّ بعمومه على عدم قبول شهادة النساء

(١) تهذيب الأحكام: ٢٦٣/٦ ح ٧٠١، و ص ٢٧١ ح ٧٣٤، الاستبصار: ٣/٢٢ ح ٦٩، الفقيه: ٣/٣٢ ح ١٠٠، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧/٣٥٦، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٢٠.

(٢) مباني تكملة المنهاج: ١/١٢٨ مسألة ١٠١

(٣) مباني تكملة المنهاج: ١/١٢٨ مسألة ١٠٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٥١

.....

مطلقاً إلا فيما ثبت بدليل.

هذا، ويمكن أن يقال: إن استناد المشهور إلى المرسله جابر لضعفها بالإرسال، إذ لا يوجد ظاهراً رواية دالة على اعتبار شهادة امرأتين بانضمام اليمين غير هذه الرواية، أو يقال: بأنه قد روى صاحب الوسائل الرواية في نفس الباب عن الصدوق بإسناده إلى منصور بن حازم «١»، فليراجع.

ثم إنه لو بنى على تعدد صحيحة الحلبي أمكن أن يقال بعد تقييد إطلاق كل منهما بقيد الآخر: بالدلالة على قبول شهادة المرأة الواحدة مع اليمين؛ لعدم تمامية ما أفاده بعض الأعلام (قدس سره) من كون المراد بشهادة النساء هي شهادة المرأتين، بل ظهورها في مطلق النساء ولو كانت واحدة، ولا يكون ذكر المرأتين في المرسله قرينة على كون المراد من الصحيحة أيضاً ذلك. أو يقال: بأنه يمكن الاستناد إليهما بالإضافة إلى القدر المتيقن منهما، وهي شهادة المرأتين في الدين بانضمام اليمين فيما إذا لا يكون رجل معهن، فتدبر و اغتتم ما ذكر في هذا المجال. هذا كله في غير النكاح.

و أمّا النكاح فالمذكور في المتن أنه تقبل شهادتهن إذا كان معهن رجل، و حكى ذلك عن الصدوقين «٢» و الإسكافي «٣» و العماني

«٤» و الحلبي «٥» و غيرهم «٦». بل نسب

- (١) الفقيه: ٣/ ٣٣ ح ١٠٥، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٧١، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ١٥ ح ١.
- (٢) المقنع: ٤٠٢، و حكي عنهما في مختلف الشيعة: ٨/ ٤٧٤ و ٤٨٠ مسألة ٧٤.
- (٣) حكي عنه في مختلف الشيعة: ٨/ ٤٨٠ مسألة ٧٤.
- (٤) حكي عنه في مختلف الشيعة: ٨/ ٤٧٤ مسألة ٧٤.
- (٥) الكافي في الفقه: ٤٣٩.
- (٦) كالشيخ في المبسوط: ٨/ ١٧٢ و تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٨٠ و الاستبصار: ٣/ ٢٥، و المحقق في شرائع تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٥٢
-

ذلك إلى أكثر المتأخرين «١»، بل حكي عن الغنية الإجماع عليه «٢»، لكن عن جماعة من القدماء «٣» بل المنسوب إلى المشهور عدم القبول «٤» في هذه الصورة أيضاً، و منشأ الخلاف اختلاف الروايات الواردة في هذا المجال؛ لأنها على طوائف مختلفة: الطائفة الأولى: ما دلّ على عدم قبول شهادة النساء في النكاح مطلقاً، كموثقة السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليهم السلام) أنه كان يقول: شهادة النساء لا تجوز في طلاق، و لا نكاح، و لا في حدود إلّا في الديون، و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه «٥». و يؤيدها ما دلّ على عدم قبول شهادتهنّ إلّا في المنفوس و العذرة «٦».

الطائفة الثانية: ما دلّ على قبول شهادتهنّ في النكاح مطلقاً، مثل رواية زرارة قال سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن شهادة النساء تجوز في النكاح؟ فقال:

- الإسلام: ٤/ ١٣٦، و العلامة في قواعد الأحكام: ٣/ ٤٩٩، و إرشاد الأذهان: ٢/ ١٥٩، و مختلف الشيعة: ٨/ ٤٨٠، و فخر المحققين في إيضاح الفوائد: ٤/ ٤٣٢، و الشهيد الأوّل في الدروس الشرعية: ٢/ ١٣٧.
- (١) مسالك الأفهام: ٢/ ٤١٣، الطبعة الحجرية، مكتبة بصيرتي، كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٢/ ٧٧٠، رياض المسائل: ١٣/ ٣٢٣، جواهر الكلام: ٤١/ ١٦٢-١٦٤ و غيرها.
- (٢) غنية النزوع: ٤٣٩.
- (٣) كالشيخ المفيد في المقنعة: ٧٢٧، و الشيخ الطوسي في الخلاف: ٦/ ٢٥٢ مسألة ٤، و سلار في المراسم: ٢٣٤، و ابن حمزة في الوسيلة: ٢٢٢، و ابن إدريس في السرائر: ٢/ ١١٥.
- (٤) غاية المرام: ٤/ ٢٩٥.
- (٥) تقدمت في ص ٥٤٣.
- (٦) راجع وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٥٧-٣٦٤، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٢، ٨- ١٠، ١٤، ١٨، ١٩، ٢١، ٢٤، ٣٨، ٤١، ٤٥، ٤٦، و ٤٩.
- تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٥٣
-

نعم، و لا تجوز في الطلاق، الحديث «١».

و لكن ذكر بعض الأعلام (قدّس سرّه): إنّ أخبار هذه الطائفة كلّها ضعاف «٢».

الطائفة الثالثة: ما دلّ على قبول شهادتهنّ في النكاح إذا كان معهنّ رجل مثل صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنّه سئل

عن شهادة النساء في النكاح، فقال: تجوز إذا كان معهنّ رجل. و كان عليّ (عليه السلام) يقول: لا أجزها في الطلاق، الحديث «٣». و رواية أبي بصير المشتملة على قوله: و تجوز شهادة النساء في النكاح إذا كان معهنّ رجل، و لا تجوز في الطلاق، الحديث «٤». و هذه الطائفة الثالثة أما شاهدة للجمع بين الأولين على تقدير اعتبار الطائفة الثانية و لو ببعضها، و أما مقيدة لإطلاق الأولى على تقدير عدم الاعتبار، و على أيّ فينتج ما أفاده في المتن من التفصيل.

ثم إن رواية داود بن الحصين المتقدمة الواردة في تفسير آية الدين، و الحكم باختصاصها به تدلّ على قبول شهادة المرأتين في النكاح بلا- رجل معهنّ، لكنّها شاذة مهجورة، و لم يعمل بها أحد من الأصحاب من هذه الجهة؛ لعدم قابليتها للجمع و لا للحمل المذكورين؛ لاختصاص السؤال فيها بما إذا لم يكن رجل معهنّ، و إن وجهنا حكمها باختصاص الآية بالدين كما عرفت «٥».

(١) الكافي: ٧ / ٣٩١ ح ٩، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٦٥ ح ٧٠٦، الاستبصار: ٣ / ٢٤ ح ٧٤، و عنها وسائل الشيعة:

٢٧ / ٣٥٤، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ١١.

(٢) مباني تكملة المنهاج: ١ / ١٢٥ مسألة ١٠٠.

(٣) تقدمت في ص ٥٣٧-٥٣٨.

(٤) الكافي: ٧ / ٣٩١ ح ٤، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٦٤ ح ٧٠٤، الاستبصار: ٣ / ٢٣ ح ٧٢، و عنها وسائل الشيعة:

٢٧ / ٣٥١، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٤.

(٥) تقدمت في ص ٥٤٥-٥٤٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٥٤

[مسألة ٥ في قبول شهادتهنّ في الوقف وجه لا يخلو عن إشكال]

مسألة ٥ في قبول شهادتهنّ في الوقف وجه لا- يخلو عن إشكال، و تقبل شهادتهنّ في حقوق الأموال، كالأجل و الخيار و الشفعة و فسخ العقد المتعلّق بالأموال، و نحو ذلك ممّا هي حقوق آدمي، و لا تقبل شهادتهنّ فيما يوجب القصاص (١).

(١) يقع الكلام في هذه المسألة في أمور:

الأمر الأول، في الوقف: فالمحكي عن جماعة «١» ثبوته بشهادة النساء، لكن استشكل الماتن و بعض الأعلام (قدّس سرّهما) «٢» في ذلك نظراً إلى أنّه لا دليل على اعتبار شهادة المرأتين منضمّة مع شهادة الرجل في المورد المذكور، و لا مجال لتوهم الاستفادة من آية الدين «٣» و إلغاء الخصوصية منها، و إن قلنا بعدم الاختصاص بالدين و قلنا بأنّ المراد هو الدين بالمعنى الأعم أو الشامل للعين أيضاً كما اخترناه «٤».

الأمر الثاني، في حقوق الأموال: كالأجل و الخيار و الشفعة و فسخ العقد المتعلّق بالأموال و نحو ذلك ممّا هي حقوق آدمي، و في المتن قبول شهادتهنّ فيها، و الوجه فيه أنّه ممّا يقصد به الأموال و إن لم يكن بنفسه مالاً، و قد عرفت في المسألة الرابعة القبول فيه.

الأمر الثالث، فيما يوجب القصاص: و في المتن عدم قبول شهادتهنّ فيه،

(١) كالشيخ في المبسوط: ٨ / ١٨٩ ١٩٠، و ابن البرّاج في المهذب: ٢ / ٥٦٢، و المحقق في شرائع الإسلام:

١٣٧ / ٤، و ابن إدريس في السرائر: ٢ / ١١٥، و العلّامة في قواعد الأحكام: ٣ / ٤٤٩ و ٤٩٩، و فخر المحققين في إيضاح الفوائد: ٤ /

٤٣٤-٤٣٥، و الشهيد الأوّل في الدروس الشرعية: ٢ / ١٣٨ مقيداً بما إذا كان الوقف خاصاً، و الشهيد الثاني في مسالك الافهام: ١٤ /

٢٥٧.

(٢) مباني تكملة المنهاج: ١/ ١٢٦ مسألة ١٠٠.

(٣) البقرة ٢: ٢٨٢.

(٤) في ص ٢: ٢١٤ - ٢٢٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٥٥

.....

و الدليل عليه موثقة غياث بن إبراهيم، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي (عليهم السلام) قال: لا تجوز شهادة النساء في الحدود، و لا في القود «١»، و بذلك يجمع بين ما يدل على عدم جواز شهادتهن في القتل، مثل صحيحة ربيعي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: لا تجوز شهادة النساء في القتل «٢»، و بين صحيحة جميل و محمد بن حمران المتقدمه «٣» الدالة على جواز قبول شهادة النساء بالقتل، معلماً له بأنه لا يبطل دم امرئ مسلم، بحمل الأولى على نفى القود و حمل الثانية على ثبوت الديه. و يمكن أن يقال بدلالة الثانية على ثبوت الديه في مورد قتل العمد الموجب للقصاص أيضاً، و إلّا يلزم البطلان، فتدبر.

و أما صحيحة عبد الرحمن المشتملة على قوله: تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجال «٤»، فالظاهر أنه شاذ لا عامل به منّا، و لا بد من ردّ علمه إلى أهله، على أن الاشتغال على هذا الذيل غير موجود في الرواية على بعض الطرق و الأسانيد «٥»، خصوصاً في نقل الكليني «٦» الذي هو أضببط.

(١) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٦٥ ح ٧٠٩، الاستبصار: ٣/ ٢٤ ح ٧٧، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٥٨، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٢٩.

(٢) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٧٦ ح ٧١٦، الاستبصار: ٣/ ٢٧ ح ٨٧، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٥٨، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٢٧.

(٣) في ص ٥٤٧ - ٥٤٨.

(٤) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٧٠ ح ٧٢٨، الاستبصار: ٣/ ٣٠ ح ١٠٠، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٥٦، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٢١.

(٥) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٧٠ ح ٧٣١، الاستبصار: ٣/ ٣١ ح ١٠٥، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٥٧، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٢٤.

(٦) الكافي: ٧/ ٣٩٢ ح ١٠، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٥٥، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ١٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٥٦

[مسألة ٦ من حقوق آدمي ما يثبت بالرجال و النساء منفردات و منضمات]

مسألة ٦ من حقوق آدمي ما يثبت بالرجال و النساء منفردات و منضمات، و ضابطه كلّ ما يعسر اطلاع الرجال عليه غالباً، كالولادة و العذرة و الحيض و عيوب النساء الباطنة، كالقرن و الرق و القرحة في الفرج، دون الظاهرة كالعرج و العمى (١).

(١) التفصيل بين العيوب الظاهرة للنساء و بين العيوب الباطنة لهنّ قرينة على أنّ المراد بعيوب النساء في المسألة الثالثة ليس إلّا خصوص الظاهرة، و الدليل على قبول شهادتهنّ فيها و في مثلها كالولادة و العذرة و الحيض مضافاً إلى ما مرّ من أنّه لا تقبل شهادة النساء إلّا في المنفوس و العذرة عدّة روايات بعضها واردة في العذرة و النفساء، و بعضها في عيوب النساء الباطنة.

أما الأول: فصحيحة العلاء، عن أحدهما (عليهما السلام) قال: لا تجوز شهادة النساء في الهلال، و سألته هل تجوز شهادتهنّ وحدهنّ؟ قال: نعم، في العذرة و النفساء «١».

و صحيحة محمد بن مسلم قال: سألته تجوز شهادة النساء وحدهن؟ قال: نعم في العذرة و النفساء «٢».

و أما الثاني: فصحيحة عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول:

لا تجوز شهادة النساء في رؤية الهلال إلا أن قال: تجوز شهادة النساء وحدهن بلا رجال في كل ما لا يجوز للرجال النظر إليه «٣».

و موثقة عبد الله بن بكير، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: تجوز شهادة النساء في

(١) تقدم في ص ٥٤١.

(٢) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٧٠ ح ٧٢٧، الاستبصار: ٣/ ٣٠ ح ٩٩، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٥٦، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ١٩.

(٣) تقدمت في ص ٥٤٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٥٧

.....

العذرة، و كل عيب لا يراه الرجل «١».

و موثقة السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليهم السلام) أنه كان يقول: شهادة النساء لا تجوز في طلاق و لا نكاح، و لا في

حدود إلا في الديون، و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه «٢».

و ليعلم أن مفاد هذه الروايات جواز شهادتهن وحدهن في هذه الأمور، و أما جواز شهادة الرجال فيها منفرداً أو منضماً فلا ينفيه هذه

الروايات، مع أن عدم جواز النظر للرجال لا- يجتمع مع اعتبار العدالة في الشهادة و اعتبار كون الشهادة مستندة إلى النظر، و بهذا

يستشكل في الشهادة على الزنا بنحو الميل في المكحلة، مع أنه لا يجتمع مع عدم جواز النظر كذلك للرجال، إلا أن يقال بتحقيق التوبة

الواقعية المعادة معها العدالة المعترية في الشاهد أو حصولها في مقام الأداء، أو تحقق النظر غير المحرم كالنظر الأولي، أو عدم حرمة

النظر لأجل إقامة الشهادة أو غير ذلك من الوجوه، فتدبر.

(١) تقدمت في ص ٥٤٣.

(٢) تقدمت في ص ٥٤٣ و ٥٥٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٥٨

مسألة ٧ كل موضع تقبل شهادة النساء منفردات لا يثبت بأقل من أربع]

إشارة

مسألة ٧ كل موضع تقبل شهادة النساء منفردات لا- يثبت بأقل من أربع، نعم تقبل شهادة المرأة الواحدة بلا- يمين في ربع ميراث

المستهل و ربع الوصية، و الاثنتين في النصف و الثلاث في ثلاثة أرباع، و الأربع في الجميع، و لا يلحق بها رجل واحد، و لا يثبت به

أصلاً (١).

(١) أما الضابطة الأولى فللاستفادة من آية الدين «١»، و أن المرأتين تقوم مقام رجل واحد، فبعد إفادة الدليل بقبول شهادتهن منفردات

عن الرجال و عن اليمين يبقى اعتبار الأربع لتتم البيئنة الشرعية على حاله. نعم، قد عرفت «٢» اعتبار المرأتين مع اليمين، بل المرأة

الواحدة كذلك على احتمال، و لكنّها مفروضة في صورة الانضمام مع اليمين كالرجل الواحد مع اليمين، و أمّا في صورة الانفراد فلا. و أمّا قبول شهادة المرأة الواحدة بلا يمين في ربع الوصية و ربع ميراث المستهل و الاثنتين في النصف و هكذا، فتدلّ عليه روايات متعدّدة، مثل:

□
صحيحه ربعي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في شهادة امرأة حضرت رجلًا يوصى ليس معها رجل، فقال: يجاز ربع ما أوصى بحساب شهادتها «٣».

□
و موثقة أبان، عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنّه قال في وصية لم يشهدا إلّا امرأة فأجاز شهادتها في الربع من الوصية بحساب شهادتها «٤».

(١) سورة البقرة ٢: ٢٨٢.

(٢) في المسألة الرابعة من هذا المبحث.

(٣) الكافي: ٤/٧ ح ٤، الفقيه: ٤/١٤٢ ح ٤٨٦، تهذيب الأحكام: ٩/١٨٠ ح ٧١٩، و عنها وسائل الشيعة:

١٩/٣١٦، كتاب الوصايا ب ٢٢ ح ١.

(٤) الكافي: ٤/٧ ح ٥، تهذيب الأحكام: ٩/١٨٠ ح ٧٢٢، و عنها وسائل الشيعة: ١٩/٣١٧، كتاب الوصايا ب ٢٢ ح ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٥٩

.....

و صحيحه محمد بن قيس، عن أبي جعفر، عن أمير المؤمنين (عليهما السلام) أنّه قضى في وصية لم يشهدا إلّا امرأة، فأجاز شهادة المرأة في ربع الوصية «١»، ثمّ إنّ صاحب الوسائل (قدّس سرّه) حكى رواية أخرى لمحمد بن قيس مشتملة على إضافة قوله: إذا كانت مسلمة غير مربية في دينها «٢»، و الظاهر اتحاد الروايتين، كما تبّهنا عليه في مثله مراراً.

هذا، و لكن في مقابلها مثل صحيحه عبد الرحمن قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المرأة يحضرها الموت و ليس عندها إلّا امرأة تجوز شهادتها؟ قال: تجوز شهادة النساء في العذرة و المنفوس. و قال: تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجل «٣». و صحيحه عبد الله بن سنان (سليمان خ ل) قال: سألت عن امرأة حضرها الموت و ليس عندها إلّا امرأة أ تجوز شهادتها؟ فقال: لا تجوز شهادتها إلّا في المنفوس و العذرة «٤».

و رواية إبراهيم بن محمد الهمداني قال: كتب أحمد بن هلال إلى أبي الحسن (عليه السلام): امرأة شهدت على وصية رجل لم يشهدا غيرها، و في الورثة من يصدقها، و منهم من يتّهما، فكتب: لا، إلّا أن يكون رجل و امرأتان، و ليس بواجب

(١) تهذيب الأحكام: ٩/١٨٠ ح ٧٢٠ و ج ٢٦٧/٦ ح ٧١٧، الاستبصار: ٣/٢٨ ح ٨٨، و عنها وسائل الشيعة:

١٩/٣١٧، كتاب الوصايا ب ٢٢ ح ٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ٩/١٨٠ ح ٧٢٣، و عنه وسائل الشيعة: ١٩/٣١٧، كتاب الوصايا ب ٢٢ ح ٣.

(٣) تهذيب الأحكام: ٦/٢٧٠ ح ٧٢٨، الاستبصار: ٣/٣٠ ح ١٠٠، و عنها وسائل الشيعة: ١٩/٣١٨، كتاب الوصايا ب ٢٢ ح ٦ و ج

٢٧/٣٥٦، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٢١.

(٤) تقدمت في ص ٥٤٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٦٠

.....

أن تنفذ شهادتهما «١»، وهذه الرواية ضعيفة بإبراهيم بن محمد؛ لعدم ثبوت وثاقته. و الجمع بين الطائفتين أمرًا ما يدل على اختصاص قبول شهادة النساء بالمنفوس و العذرة فقد عرفت الجواب عنه، و إن هنا روايات كثيرة تدل على القبول في غيرهما «٢».

و أما ما ظاهره عدم القبول في الوصية فإطلاقه و إن كان ذلك إلا أنه يقيد بالربع في خصوص الوصية التمليلية بلحاظ روايات الطائفة الأولى؛ لإطلاق الوصية الشامل للوصية التمليلية و غيرها كما لا يخفى، و على تقدير الاختصاص بالوصية التمليلية بلحاظ كلمة الربع يكون التقييد بنحو أوضح.

ثم إن الحلبي روى في الصحيح قال: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن امرأة ادعت أنه أوصى لها في بلد بالثلث و ليس لها بينة؟ قال: تصدق في ربع ما ادعت «٣». و من المعلوم أنها شاذة لا عامل بظاهرها منّا؛ لأنه لا يصدق المدعى بمجرد دعواه، و لا مجال لأن يكون شاهداً لنفسه، هذا كله بالإضافة إلى ربع الوصية كذلك.

و أما بالإضافة إلى ربع ميراث المستهل فظاهر عدّه من الروايات القبول، سواء كانت الشاهدة هي القابلة أو امرأة أخرى، مثل: صحيحة عمر بن يزيد قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل مات و ترك امرأته و هي حامل، فوضعت بعد موته غلاماً ثم مات الغلام بعد ما وقع إلى الأرض، فشهدت المرأة التي قبلتها أنه استهلّ و صاح حين وقع إلى الأرض ثم مات؟ قال:

(١) تهذيب الأحكام: ٢٤٨/٦ ح ٧١٩، الاستبصار: ٢٨/٣ ح ٩٠، و عنهما وسائل الشيعة: ٣١٩/١٩، كتاب الوصايا ب ٢٢ ح ٨ و ج ٢٧/٣٦٠، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٣٤.

(٢) تقدمت في ص ٥٣٧-٥٥٧.

(٣) تهذيب الأحكام: ١٨٠/٩ ح ٧٢١، و عنه وسائل الشيعة: ٣١٧/١٩، كتاب الوصايا ب ٢٢ ح ٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٦١

.....

على الإمام أن يجيز شهادتها في ربع ميراث الغلام «١».

و موثقة سماعه قال: قال: القابلة تجوز شهادتها في الولد على قدر شهادة امرأة واحدة «٢».

و يستفاد من بعض الروايات قبول شهادة القابلة في ثبوت تمام الإرث، مثل: صحيحة عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: لا تجوز شهادة النساء في رؤية الهلال إلى أن قال: و تجوز شهادة القابلة وحدها في المنفوس «٣».

و صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) المشتملة على قوله: قلت: تجوز شهادة النساء مع الرجل في الدين؟ قال: نعم، و سألته عن شهادة القابلة في الولادة؟ قال: تجوز شهادة الواحدة، و قال: تجوز شهادة النساء في المنفوس و العذرة، الحديث «٤».

و مقتضى هاتين الصحيحتين ثبوت تمام الإرث بشهادة القابلة، إلا أنه لا بدّ من رفع اليد عن إطلاقهما بالصحيحة و الموثقة المتقدمتين، هذا بالإضافة إلى القابلة. و أما بالنسبة إلى غيرها فتدلّ عليه روايات، مثل:

صحيحة محمد بن مسلم قال: سألته تجوز شهادة النساء وحدهنّ؟ قال: نعم، في العذرة و النفساء «٥».

- (١) الكافي: ٣٩٢ / ٧ ح ١٢، تهذيب الأحكام: ٢٤٨ / ٦ ح ٧٢٠، الاستبصار: ٢٩ / ٣ ح ٩٢، الفقيه: ٣٢ / ٣ ح ١٠١، و عنها وسائل الشيعة: ٣٥٢ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٦.
- (٢) تهذيب الأحكام: ٢٧٠ / ٦ ح ٧٣٠، الاستبصار: ٣١ / ٣ ح ١٠٣، و عنهما وسائل الشيعة: ٣٥٧ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٤ ح ٢٣.
- (٣) تقدمت قطعة منها في ص ٥٤٣.
- (٤) وسائل الشيعة: ٣٥٧ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٢٤ قطعة من ح ٢، و تقدمت صدرها في ص ٥٣٧ - ٥٣٨.
- (٥) تقدمت في ص ٥٥٦.
- تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٦٢
-

و صحيحة العلاء، عن أحدهما (عليهما السلام) قال: لا تجوز شهادة النساء في الهلال. و سألته هل تجوز شهادتهنّ و حدهنّ؟ قال: نعم، في العذرة و النفساء «١».

□

و صحيحة عبد الرحمن قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المرأة يحضرها الموت و ليس عندها إلّا امرأة تجوز شهادتها؟ قال: تجوز شهادة النساء في العذرة و المنفوس، الحديث «٢»، فإن مقتضى إطلاقها عدم الاختصاص بالقبالة بل تعمّ غيرها.

نعم يمكن أن يقال بعدم كون المراد بقوله (عليه السلام): «و حدهنّ» هي المرأة الواحدة، بل المراد عدم انضمام الرجال و اليمين معها، و عليه فقول السائل في الرواية الأخيرة: «و ليس عندها إلّا امرأة» ليس هي المرأة الواحدة، بل المراد هي الوحده من جهة الطبيعة و الماهية، و عليه فلا دليل يعتمد عليه على جواز قبول شهادة المرأة الواحدة غير القبالة، كما لا يخفى.

ثمّ إنّه لا يلحق بالمرأة الواحدة الرجل الواحد و إن كانت شهادته تعادل اثنتين بمقتضى الآية الشريفة «٣»، إلّا أنّه لا دليل على إطلاق المعادلة و لا على أولوية الرجل من المرأة من هذه الجهة، كما لا يخفى.

(١) تقدمت في ص ٥٥٦.

(٢) تقدم ذيلها في ص ٥٥٥.

(٣) سورة البقرة ٢: ٢٨٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٦٣

[فروع]

إشارة

فروع:

[الأول: الشهادة ليست شرطاً في شيء من العقود و الإيقاعات إلّا الطلاق و الظهار]

الأول: الشهادة ليست شرطاً في شيء من العقود و الإيقاعات إلّا الطلاق و الظهار (١).

(١) أما شرطية الشهادة في الطلاق فلدلالة قوله تعالى في آية الطلاق وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ «١» الظاهر في وجوب إظهار رجلين عادلين، وقد مرّ عدم جواز شهادة النساء في الطلاق لا منفردات ولا منضّمات «٢»، بخلاف النكاح الذي تجوز شهادتهنّ فيه إذا كان معهنّ رجل «٣»، وأما شرطيتها في الظهار فلما سيجيء في كتابه «٤» من الدليل على ذلك.

و أما عدم الشرطية في غيرها من العقود والإيقاعات فلعدم الدليل عليها حتى مثل قوله تعالى في آية الدين وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ «٥» الآية، لأنه محمول على الاستحباب؛ لعدم كون الاستشهاد شرطاً للقرض ومثله إجماعاً «٦»، بل هو كقوله تعالى وَ لِيُكْتَبَ بَيْنَكُمُ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ، ضرورة عدم وجوب الكتابة، نعم ذهب العامة إلى اعتبار الإظهار في صحة النكاح «٧»، وعن ابن أبي عقيل اختيار هذا القول

(١) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

(٢) مرّ في المسألة الثانية من هذا المبحث.

(٣) مرّ في المسألة الرابعة من هذا المبحث.

(٤) تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب الظهار، المطبوع مع كتاب الطلاق و المواريث: ٢٦٥.

(٥) سورة البقرة ٢: ٢٨٢.

(٦) راجع الخلاف: ٦/ ٢٤٩ مسألة ١، وكشف اللثام: ٢/ ٣٥٤، وجواهر الكلام: ٤١/ ١٧٨.

(٧) الأم: ٥/ ٢٣، مختصر المزني: ١٦٤، الحاوي الكبير: ١١/ ٨٤، بداية المجتهد: ٢/ ١٧، المغني لابن قدامة: ٧/ ٣٤٠، حلية العلماء: ٦/ ٣٦٥ و ٨: ٢٤٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٦٤

[الثاني: حكم الحاكم تبع للشهادة]

الثاني: حكم الحاكم تبع للشهادة، فإن كانت محققة نفذ الحكم ظاهراً و واقعاً، وإلا نفذ ظاهراً لا واقعاً، ولا يباح للمشهود له ما حكم الحاكم له مع علمه ببطان الشهادة، سواء كان الشاهدان عالمين ببطان شهادتهما أو معتقدين بصحتها (١).

في النكاح الدائم «١».

و الروايات الدالة على هذا القول بين ما هو ضعيفة سنداً أو غير تامة من حيث الدلالة «٢»، مضافاً إلى وجود الروايات المستفيضة الدالة على عدم اشتراط الاظهار في النكاح «٣»، مثل:

صححة زرارة بن أعين قال: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يتزوج المرأة بغير شهود؟ فقال: لا بأس بتزويج البتة فيما بينه وبين الله، أما جعل الشهود في تزويج البتة من أجل الولد لو لا ذلك لم يكن به بأس «٤».

(١) أما تبعية الحكم للشهادة فلقوله (صلى الله عليه و آله): «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» و أما عدم الإباحة للمشهود له في صورة العلم ببطان الشهادة فلقوله (صلى الله عليه و آله) بعد العبارة المذكورة: و بعضكم ألحن بحجته من بعض، فأباحت له في صورة العلم ببطان الشهادة فلقوله (صلى الله عليه و آله) و في رواية الحسين بن زيد، عن

(١) حكى عنه العلامة في مختلف الشيعة: ١١٨ / ٧ مسألة ٥٨.

(٢) مثل رواية المهلب الدلال عن أبي الحسن (عليه السلام)، وسائل الشيعة: ٣٤ / ٢١، كتاب النكاح، أبواب المتعة ب ١١ ح ١١. كما في المختلف: ١١٨ - ١١٩ / ٧، ومسالك الأفهام: ١٩ / ٧ و تهذيب الأحكام: ٢٥٥ / ٧ والاستبصار: ١٤٥ - ١٤٦.

(٣) وسائل الشيعة: ٩٧ / ٢٠ - ١٠٠، كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح ب ٤٣.

(٤) الكافي: ٣٨٧ / ٥ ح ١، تهذيب الأحكام: ٢٤٩ / ٧ ح ١٠٧٧، و عنهما وسائل الشيعة: كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح ب ٤٣ ح ٣.

(٥) تقدّمت في ص ٢٤٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٦٥

[الثالث: الأحوط وجوب تحمّل الشهادة إذا دعى إليه من له أهلية لذلك]

الثالث: الأحوط وجوب تحمّل الشهادة إذا دعى إليه من له أهلية لذلك، والوجوب على فرضه كفاي لا يتعيّن عليه إلّا مع عدم غيره ممّن يقوم بالتحمّل، ولا إشكال في وجوب أداء الشهادة إذا طلبت منه، والوجوب هاهنا أيضاً كفاي (١).

الصادق، عن آبائه (عليهم السلام)، عن النبي (صلّى الله عليه وآله) في حديث المناهي، أنّه نهى عن أكل مال بشهادة الزور (١)، و الروايات الأخر الواردة في هذا المجال، وهذا من دون فرق أن يكون الشاهدان عالين بطلان شهادتهما أو معتقدين بصحتها. (١) يقع الكلام في هذه المسألة في أمرين:

الأمر الأول: في وجوب تحمّل الشهادة إذا دعى إليه من له أهلية كذلك و عدمه، والمشهور شهرة عظيمة هو الوجوب (٢)؛ لدلالة روايات كثيرة عليه، مثل:

صحيحه هشام بن سالم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في قول الله عزّ وجلّ ولا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ (٣) قال: قبل الشهادة، وقوله وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آتَمٌ قَلْبُهُ (٤)، قال: بعد الشهادة (٥).
وموثقة سماعه، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في قول الله عزّ وجلّ ولا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذْ مَا دُعُوا، فقال: لا ينبغي لأحد إذا دعى إلى شهادة ليشهد عليها أن يقول:

(١) الفقيه: ٤ / ٤ ح ١، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٣٢، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم ب ٢ ح ٢.

(٢) المقنعة: ٧٢٨، النهاية: ٣٢٨، الكافي في الفقه: ٤٣٦، المراسم: ٢٣٥، غنية النزوع: ٤٤١، مختلف الشيعة: ٨ / ٥٢١ - ٥٢٤، اللعة دمشقية: ٥٤، مسالك الأفهام: ١٤ / ٢٦٦.

(٣) البقرة ٢: ٢٨٣

(٤) البقرة ٢: ٢٨٣

(٥) تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٧٥ ح ٧٠٥، الفقيه: ٣ / ٣٤ ح ١١٢، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٣٠٩، كتاب الشهادات ب ١ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٦٦

لا أشهد لكم «١».

و صحیحة الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في قوله تعالى وَ لَا يَأْتِ الشُّهَدَاءُ إِذْ مَا دُعُوا قال: لا ينبغي لأحد إذا دُعي إلى شهادة ليشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم عليها. وقال: فذلك قبل الكتاب «٢».

و رواية داود بن سرحان، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: لا يأب الشاهد أن يجيب حين يدعى قبل الكتاب «٣».

و ما رواه الصدوق بإسناده عن محمد بن الفضيل قال: قال العبد الصالح (عليه السلام): لا ينبغي للذي يدعى إلى الشهادة أن يتعاس عنها «٤»، إلى غير ذلك من الروايات الواردة في هذا المجال.

هذا، و يمكن أن يقال: بأن التعبير «لا ينبغي» خصوصاً مع وقوعه في مقام تفسير الآية غير ظاهرة في الوجوب، لأنه مثل قوله تعالى وَ لَا يَأْتِ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ «٥» مع عدم وجوب الكتابة عليه ظاهراً، لا دلالة له على الوجوب، و إن كانت الآية في نفسها ظاهرة في النهي التحريمي عن الإباء عن التحمل، و لكن مع ذلك كله فالأحوط الوجوب، كما في المتن.

ثم إنه ربما يقيد الوجوب بصورة عدم الضرر، فان كان المنشأ فيه حديث

(١) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٧٥ ح ٧٥٣، الكافي: ٧/ ٣٧٨ ح ١، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣١٠، كتاب الشهادات ب ١ ح ٥.

(٢) الكافي: ٧/ ٣٨٠ ح ٢، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣١٠، كتاب الشهادات ب ١ ح ٤.

(٣) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٧٦ ح ٧٥٥، الكافي: ٧/ ٣٨٠ ح ٦، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣١٠، كتاب الشهادات ب ١ ح ٦.

(٤) الفقيه: ٣/ ٣٤ ح ١١١، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣١١، كتاب الشهادات ب ١ ح ٩.

(٥) سورة البقرة ٢: ٢٨٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٦٧

.....

«لا ضرر» «١» المعروف فقد ذكرنا «٢» عدم ارتباطه بالأحكام الأولية و بالعنوان الثانوي، كما تبيننا عليه مكرراً، و إن كان المنشأ هو دعوى انصراف دليل وجوب التحمل إذا دعي عن صورة الضرر، فلا يبعد الالتزام به كما لا يخفى.

ثم إنه ذكر في المتن: إن الوجوب على فرضه كفائي لا يتعين عليه إلا مع عدم غيره ممن يقوم بالتحمل.

و يرد عليه أن ظاهر الآية الشريف و الروايات الواردة في تفسيرها أن الوجوب عيني مع الدعوة إلى الشهادة، و لا مانع من الالتزام به لو لم يكن إجماع على خلافه، خصوصاً مع ملاحظة أمرين: أحدهما: عدم شهود الواقعة نوعاً إلا لعدد معدود و جماعة مخصوصة، و ثانيهما: الافتقار إلى إقامة الشهادة بعد التحمل، و يمكن أن لا يبقى المتحملون بأجمعهم إلى زمان الأداء لفرض الموت للبعض أو عدم إمكان الإقامة لهم، و عليه فلا ملازمة بين التحمل و الأداء، و قد ذكر في علم الأصول «٣» أنه مع التردد بين العيني و الكفائي يتعين الحمل على العيني، و إن كان الوجه المذكور في الكفاية «٤» لذلك مخدوشاً جداً.

الأمر الثاني: في وجوب أداء الشهادة إذا طلبت منه ذلك.

فنقول: الدليل على الوجوب قبل كل شيء هو قوله تعالى وَ مَنْ يَكُفِّرْهَا

(١) وسائل الشيعة: ٢٥/ ٤٢٧-٤٢٩، كتاب إحياء الموات ب ١٢ ح ١ و ٣ و ٥.

(٢) في ص ١٦، ٩٩ و ٣٩٧.

(٣) سيري كامل در اصول فقه ٤/ ٣٠-٤٨.

(٤) كفاية الأصول: ٩٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٦٨

.....

فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ «١»، خصوصاً مع ملاحظة قول الإمام (عليه السلام) في صحيحة هشام بن سالم المتقدمة في الأمر الأول في قوله تعالى وَ مَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ من أنه بعد الشهادة أي بعد تحمّلها، وهو مقام الإقامة والأداء، وأما كون الوجوب هنا كفايياً أيضاً فهو وإن كان أظهر من سابقه لكنّه لا دليل عليه. والمذكور في كلام بعض الأعلام (قدّس سرّه) من أنّ الوجوب الكفايى وإن كان قد ذهب إليه الأكثر «٢» لكنّه لم يظهر وجهه «٣».

أقول: لا بدّ من فرض البحث فيما إذا لم يثبت الحقّ بعد، ضرورة أنّه مع ثبوته لا حاجة إلى الشاهد الآخر أصلاً، وحينئذٍ نقول: إن من الممكن جرح الحاكم بعض الشهود، فإذا اقتصر على المقدار اللازم يلزم عدم صدور الحكم من الحاكم أصلاً، بخلاف ما إذا تصدّى للأداء جميع المحتمّلين، فالإنصاف أنّه لا دليل على كون الوجوب في هذه الصورة كفايياً أيضاً.

(١) سورة البقرة ٢: ٢٨٣.

(٢) المبسوط: ٨ / ١٨٦ / ١٨٧، إصباح الشيعة: ٥٣٠، شرائع الإسلام: ٤ / ١٣٨، قواعد الأحكام: ٣ / ٥٠٣، اللعة الدمشقية: ٥٤، مسالك الأفهام: ١٤ / ٢٦٤، جواهر الكلام: ٤١ / ١٨٤.

(٣) مباني تكملة المنهاج: ١ / ١٣٩ مسألة ١٠٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٦٩

[القول في الشهادة على الشهادة]

إشارة

القول في الشهادة على الشهادة

[مسألة ١ تقبل الشهادة على الشهادة في حقوق الناس عقوبة كانت كالقصاص أو غيرها كالطلاق والنسب]

مسألة ١ تقبل الشهادة على الشهادة في حقوق الناس عقوبة كانت كالقصاص أو غيرها كالطلاق والنسب، وكذا في الأموال كالدين والقرض والغصب و عقود المعاوضات، وكذا ما لا يطّلع عليه الرجال غالباً كعيوب النساء الباطنة والولادة والاستهلال، وغير ذلك ممّا هو حق آدمي (١).

(١) يدلّ على قبول الشهادة على الشهادة في الجملة مضافاً إلى عدم الخلاف فيه والإشكال «١»، بل ادّعى عليه الإجماع في كثير من الكلمات «٢»، وإلى إطلاقات أدلّة حجّية البينة في الموضوعات، ولا دلالة لقوله (صلّى الله عليه وآله): إنّما أفضى بينكم بالبينات والايمان «٣» على الاختصاص ببينة الأصل روايات متعدّدة واردة في هذا

(١) كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ١ / ٧٧٧، رياض المسائل: ١٣ / ٣٨٥.

(٢) كغنية النزوع: ٤٤٢، و غايه المرام: ٢٩٩ / ٤، و مسالك الأفهام: ٢٦٩ / ١٤، و مفاتيح الشرائع: ٢٩٢ / ٣، و كشف اللثام: ٣٥٨ / ١٠، و جواهر الكلام: ١٨٩ / ٤١.

(٣) تقدمت في ص ١٣٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٧٠

.....

المجال، مثل:

□
موثقة طلحة بن زيد، عن أبي عبد الله، عن أبيه، عن علي (عليه السلام) أنه كان لا يجيز شهادة رجل على رجل إلا شهادة رجلين على رجل «١».

و المراد شهادة رجلين على شهادة رجل، كما يدل عليه موثقة غياث بن إبراهيم، عن جعفر بن محمد، عن أبيه (عليهما السلام)، أن علياً (عليه السلام) كان لا يجيز شهادة رجل على شهادة رجل إلا شهادة رجلين على شهادة رجل «٢».

ثم إن مقتضى الإطلاق جريان الشهادة على الشهادة في مطلق الحقوق، و لكن سيجيء ما يدل على عدم الجريان في الحدود، و أما في مثل الهلال فلا دليل على عدم الجريان، خلافاً لما حكى عن العلامة في التذكرة من عدم ثبوت الهلال بذلك مستدلاً عليه بأصالة البراءة عن ذلك «٣».

و أنت خبير بأنه لا مجال هنا لأصالة البراءة، بل الأصل الجارى في مثله هو استصحاب العدم على تقديره، و استصحاب العدم إنما ينفي الوجوب بالإضافة إلى هلال رمضان لا سؤال، مع أنه لا موقع للأصل، مع ثبوت الإطلاق للروايتين الشامل للهلال؛ لعدم الدليل على استثنائه، و خروج الحدود لا يلزم خروج الهلال أصلاً، كما لا يخفى.

ثم إنه لا فرق في جريان الشهادة على الشهادة بين الأمور المذكورة و بين الأمور التي لا يطّلع عليها الرجال غالباً، كعيوب النساء الباطنة و الولادة و الاستهلال ممّا

(١) تهذيب الأحكام: ٢٥٥ / ٦، الاستبصار: ٢١ / ٣ ح ٦١، و عنهما وسائل الشيعة: ٣١٠ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٤٤ ح ٢.

(٢) الفقيه: ٤١ / ٣ ح ١٣٦، و عنه وسائل الشيعة: ٤٠٣ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ٤٤ ح ٤.

(٣) تذكرة الفقهاء: ١٣٥ / ٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٧١

.....

تقبل فيه شهادتهن منفردات، غاية الأمر أنه لا بد أن يكون شاهد الفرع رجلاً و إن كان شاهد الأصل امرأة، و سيجيء في المسألة السابعة الآتية التعرض لهذه الجهة إن شاء الله تعالى، و ذكر عنوان الرجل في شاهد الأصل في الروايتين المتقدمتين ليس لأجل الاختصاص، بل المقصود قيام البيّنة على ثبوت بيّنة أخرى معتبرة، سواء كانت رجلاً أو امرأة.

غاية الأمر قيام الدليل على اعتبار بيّنة الأصل إذا كانت امرأة؛ لأن المفروض كون موردها ممّا لا يطّلع عليه الرجال غالباً، و أما بالإضافة إلى بيّنة الفرع فلا تجرى هذه الجهة، فاللازم أن يكون رجلاً كما لا يخفى.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٧٢

مسألة ٢ لا تقبل الشهادة على الشهادة في الحدود، ويلحق بها التعزيرات على الأحوط لو لم يكن الأقوى، ولو شهد شاهدان بشهادة شاهدين على السرقة لا تقطع، ولا بد في الحدود من شهادة الأصل سواء كانت حق الله محضاً كحد الزنا واللواط أو مشتركة بينه تعالى وبين آدمي، كحق القذف والسرقة (١).

(١) أما عدم قبول الشهادة على الشهادة في الحدود، فمضافاً إلى أنه لا خلاف فيه بين الأصحاب «١»، بل ادعى عليه الإجماع «٢»، تدل عليه موثقة طلحة بن زيد، عن أبي عبد الله، عن أبيه، عن علي (عليهم السلام) أنه كان لا يجيز شهادة على شهادة في حد «٣». وموثقة غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام) قال: قال علي (عليه السلام): لا تجوز شهادة على شهادة في حد، ولا كفالة في حد «٤».

والظاهر أن المراد بالحد ما يشمل التعزير، ويؤيده اقتصار بعض في عنوان كتاب الحدود عليها من دون ذكر التعزير «٥»، وإن أضاف إليه بعضهم التعزير أيضاً «٦»، كما أنه يؤيده كون التعزير حقاً لله كالحد، نعم لا فرق في الحدود بين أن يكون حقاً لله محضاً كالزنا واللواط، أو مشتركاً بينه وبين آدمي كحد السرقة؛ لأنه بالإضافة إلى القطع حق الله، وبالنسبة إلى أخذ المال المسروق حق آدمي، وسيأتي في المسألة الثالثة ذلك.

(١) كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٧٧٧ / ٢.

(٢) إرشاد الأذهان ١٦٤ / ٢، إيضاح الفوائد ٤ / ٤٤٤، التنقيح الرائع ٣١٧ / ٤، غايه المرام: ٢٩٩ / ٤، مسالك الأفهام: ٢٧٠ / ١٤، جواهر الكلام: ١٩١ / ٤١، مجمع الفائدة والبرهان: ٢١ / ٤٧٥ - ٤٧٦.

(٣) تهذيب الأحكام: ٢٥٥ / ٦ ح ٦٦٧، وعنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٤٠٤، كتاب الشهادات ب ٤٥ ح ١.

(٤) تهذيب الأحكام: ٢٥٦ / ٦ ح ٦٧١، وعنه وسائل الشيعة: ٢٧ / ٤٠٤، كتاب الشهادات ب ٤٥ ح ٢.

(٥) كالشيخ في النهاية: ٦٨٨، وابن إدريس في السرائر: ٣ / ٤٢٨، والعلامة في إرشاد الأذهان: ٢ / ١٦٩.

(٦) كالمحقق في شرائع الإسلام: ٤ / ١٤٥، والفاضل الآبي في كشف الرموز: ٢ / ٥٣٨، والصيمري في غايه المرام: ٤ / ٣٠٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٧٣

[مسألة ٣ إنما لا تقبل الشهادة على الشهادة في الحدود لإجراء الحد]

مسألة ٣ إنما لا تقبل الشهادة على الشهادة في الحدود لإجراء الحد و أما في سائر الآثار فتقبل، فإذا شهد الفرع بشهادة الأصل بالسرقة لا تقطع لكن يؤخذ المال منه، وكذا يثبت بها نشر الحرمة بأم الموطوء وأخته و بنته، وكذا سائر ما يترتب على الواقع المشهود به غير الحد (١).

(١) الغرض من هذه المسألة بيان إمكان التفكيك بين الحدود وبين سائر الآثار، وأن عدم قبول الشهادة على الشهادة إنما هو بلحاظ الأثر الأول دون سائر الآثار، ففي مثل السرقة المتقدم آنفاً إنما هو لا تقبل بالإضافة إلى القطع الذي هو حد شرعي، وأما بلحاظ ضمان المال المسروق الموجب لردّه عيناً أو مثلاً أو قيمة فتقبل شهادة الفرع، وكذا في اللواط، فإن شهادة الفرع لا تؤثر في ثبوت حدّه وإن كانت واجدة لشرائط الشهادة فيه، وأما بالإضافة إلى نشر الحرمة بأم الموطوء و بنته و أخته و كذا سائر ما يترتب عليه فتقبل.

وسياتى في كتاب الحدود «١» إن شاء الله تعالى أن التفكيك بين القطع والضمان يتحقق في موارد كثيرة، لاخصاص السرقة

الموجبة للحدِّ بموارد خاصّة.

(١) تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب الحدود: ٤٨٩-٦٣٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٧٤

□ [مسألة ٢ تقبل شهادة الفرع في سائر حقوق الله غير الحدّ]

□
مسألة ٤ تقبل شهادة الفرع في سائر حقوق الله غير الحدِّ، كالزكاة والخمس وأوقاف المساجد والجهات العامّة بل والأهله أيضاً (١).

[مسألة ٥ لا تقبل شهادة فرع الفرع كالشهادة على الشهادة]

مسألة ٥ لا تقبل شهادة فرع الفرع كالشهادة على الشهادة على الشهادة وهكذا (٢).

□
(١) عدم قبول الشهادة على الشهادة في باب الحدود على ما هو مفاد الروايات الواردة ليس لأجل كون الحدود حقّاً لله تعالى حتى يتعدّى عن الحدود إلى سائر حقوق الله كالأمثلة المذكورة في المتن، بل لخصوصية فيها لا تجرى في غيرها سوى التعزيرات على ما تقدّم، ولعلّها ابتناؤها على التخفيف كما يدلّ عليه حديث الدرء «١» غير الجارى في غير مثل الحدود، و عليه فتقبل شهادة الفرع في الأمثلة.

و أما الهلال فقد تقدّم البحث عنه في شرح المسألة الأولى من القول في الشهادة على الشهادة، فراجع.

(٢) وفاقاً للمشهور «٢»، بل ادعى عليه الإجماع في كلمات غير واحد من الأصحاب «٣»، و خلافاً لبعض الأعلام (قدّس سرّه)، حيث جعل الأظهر هو القبول «٤»، و دليل

(١) تقدّم في ص ١٧٤ و ٢٧٢.

(٢) الخلاف: ٢٦٦/٦ مسألة ١٥، إصباح الشيعة: ٥٣١، السرائر: ١٢٧/٢، المختصر النافع: ٤١٨، شرائع الإسلام ٩٦/٤، قواعد الأحكام: ٣/٤٥٧، التنقيح الرائع: ٢٦١/٤ و ٣١١، مسالك الأفهام: ٢٣٩/١٤، اللمعة دمشقية: ٥٥، كشف اللثام: ١٥٨/١٠.

(٣) كابن زهرة في غنية النزوع: ٤٢٢، و الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ٢٦٩/١٤، و المقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة و البرهان: ١٢/٤٧٥.

(٤) مباني تكملة المنهاج: ١/١٤٣ مسألة ١١٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٧٥

.....

المشهور أمران:

الأوّل: عدم شمول الروايات الواردة في هذا المجال «١» للمقام، و مقتضى الأصل عدم الحجية.

و يرد عليه أنّ عدم شمول الروايات المذكورة و إن كان حقّاً إلّا أنّ عدم شمول إطلاقات أدلّة حجية البيّنة غير واضح، إذ لا فرق فيه بين الأصل و الفرع و فرع الفرع و هكذا، و الإشكال الجارى في مسألة الاخبار مع الواسطة من أنّ خبر الثالث كيف يثبت خبر الثاني و الأوّل قابل للدفع هنا بطريق أسهل، إذ المفروض قيام البيّنة في جميع الطبقات، و البيّنة صالحة لإثبات الموضوعات الخارجية حتى البيّنة

الأخرى، كما فرضناه «٢» في شهادة الفرع على الأصل، فما المانع من ثبوت البيئنة بيئنة أخرى ثم جريان حكم القبول على كل واحدة منها، كما لا يخفى.

الثاني: رواية عمرو بن جميع، عن أبي عبد الله، عن أبيه (عليهما السلام) قال: اشهد على شهادتك من ينصحك، قالوا كيف؟ يزيد و ينقص، قال: لا، ولكن من يحفظها عليك، ولا تجوز شهادة على شهادة على شهادة «٣».

و أورد عليه بعض الأعلام (قدس سرّه) بأن الرواية ضعيفة من جهة عمرو بن جميع في نفسه، و من جهة أن طريق الصدوق إليه ضعيف «٤».

(١) وسائل الشريعة: ٢٧ / ٤٠٢ - ٤٠٤، كتاب الشهادات ب ٤٤.

(٢) ٥٦٩ - ٥٧٠.

(٣) الفقيه: ٣ / ٤٢ ح ١٤٢، و عنه وسائل الشريعة: ٢٧ / ٤٠٤، كتاب الشهادات ب ٤٤ ح ٦.

(٤) مباني تكملة المنهاج: ١ / ١٤٣ مسألة ١١٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٧٦

.....

و لكن يمكن أن يقال: بأن استناد المشهور إليها جابر لضعفها على تقديره، فلا مانع حينئذ من العمل بالرواية و إن كان على خلاف القاعدة، فالأقوى حينئذ ما عليه المشهور كما في المتن، و يؤيده عدم التحفظ نوعاً مع الزيادة و النقيصة على اثنين كما لا يخفى، بخلاف الأخبار مع الوساطة التي كان الداعي على حفظها كثيراً، و لذا كان الشائع بينهم المقابلة لئلا يزيد الخبر و لا ينقص، و الإجازة الروائية ناظرة إلى هذه الجهة، فتدبر.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٧٧

[مسألة ٦ يعتبر في الشهادة على الشهادة ما يعتبر في شهادة الأصل من العدد و الأوصاف]

مسألة ٦ يعتبر في الشهادة على الشهادة ما يعتبر في شهادة الأصل من العدد و الأوصاف، فلا تثبت بشهادة الواحد، فلو شهد على كل واحد اثنان أو شهد اثنان على شهادة كل واحد تقبل، و كذا لو شهد شاهد أصل و هو مع آخر على شهادة أصل آخر، و كذا لو شهد شاهدان على شهادة المرأة فيما جازت شهادتها (١).

(١) لا شبهة في أنه يعتبر في الشهادة على الشهادة ما يعتبر في شهادة الأصل من العدد و الأوصاف المعبرة في الشاهد المتقدمة، و قد دلت الموثقتان المتقدمتان «١» على اعتبار التعدد و الأوصاف أيضاً كذلك كما هو واضح، خصوصاً بعد كون المراد شهادة البيئنة على البيئنة، و حينئذ فلا تثبت شهادة شاهدي الأصل إلا بشهادة رجلين عادلين، سواء شهدا معاً على شهادتهما أو شهد اثنان على شهادة كل واحد.

و منه يظهر صحة التركيب بأن يكون هنا شاهد أصل و شهد مع شاهد آخر على شهادة أصل آخر، و كذا اللازم شهادة رجلين على شهادة المرأة فيما تجوز فيها شهادتهن، و أمّا فيما لا تجوز فيها شهادتهن فثبوت شهادتهن وجداناً لا يجدي فضلاً عن الثبوت بالأماره.

(١) تقدّمتا في ذيل المسألة الأولى من هذا المبحث.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٧٨

[مسألة ٧ لا تقبل شهادة النساء على الشهادة فيما لا تقبل فيها شهادتهن]

مسألة ٧ لا تقبل شهادة النساء على الشهادة فيما لا تقبل فيها شهادتهن منفردات أو منضّمات، فهل تقبل فيما تقبل شهادتهن كذلك؟ فيه قولان أشبههما المنع (١).

(١) أمّا فيما لا- تقبل فيها شهادتهن منفردات أو منضّمات فالوجه فيه واضح، و أمّا فيما تقبل فيها شهادتهن كذلك كعيوب النساء الباطنة، فوجه أشبهية المنع أن قبول شهادتهن لأجل كون المورد ممّا لا يستطيع الرجال الاطلاع عليه و النظر إليه غالباً، كما قد وقع التصريح به في بعض رواياته «١» على ما عرفت. و من الواضح وجود هذه الخصوصية بالإضافة إلى شهود الأصل، و أمّا بالإضافة إلى شاهد الفرع فلا مجال لبقاء هذه الخصوصية بعد كون متعلّق الشهادة هي شهادة الأصل، لا اطلاع الشاهد عليها مستقيماً و النظر إليه كذلك، فمقتضى اعتبار الرجولية في البيّنة إلّا في موارد خاصة عدم قبول شهادة النساء هنا، كما لا يخفى. هذا، و لكنّ المحكى عن ظاهر الإسكافي «٢» و المبسوط «٣» القبول؛ لإطلاق ما دلّ على قبول شهادتهن فيه الشامل لذلك أصلاً و فرعاً، و يرد عليه مضافاً إلى ظهور نصوص الشهادة على الشهادة في الرجل ما عرفت من العلة في قبول شهادتهن منفردات من أنّه لا يستطيع الرجال النظر

(١) في ص ٥٥٦-٥٥٧.

(٢) حكى عنه في مختلف الشيعة: ٥٢٩ / ٨ مسألة ٩١.

(٣) المبسوط: ٢٣٣ / ٨ - ٢٣٤، و كذا في الخلاف: ٣١٦ / ٦ مسألة ٦٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٧٩

.....

إليه، و من المعلوم عدم جريان هذه العلة في الشهادة على الشهادة، فالأقوى ما عليه المشهور «١» وفاقاً للمتأخّرين «٢».

(١) السرائر: ٢ / ١٢٨ ١٢٩، شرائع الإسلام: ١٤٠ / ٤، قواعد الأحكام: ٥٠٥ / ٣، تحرير الأحكام: ٢٨٣ / ٥، الرقم ٦٧٠٠، إيضاح الفوائد: ١ / ٤

٤٤٧-٤٤٨، التنقيح الرائع: ٣١٩ / ٤، مسالك الافهام: ٢٨٤ / ١٤، غايّة المراد: ١٦١-١٦٣، جواهر الكلام: ٢٠٨ / ٤١.

(٢) كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٧٧٩-٨٧٠، مفاتيح الشرائع: ٢٩٣ / ٣، رياض المسائل: ٣٨٩-٣٩٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٨٠

[مسألة ٨ الأقوى عدم قبول شهادة الفرع إلّا لعذر يمنع حضور شاهد الأصل لإقامتها]

مسألة ٨ الأقوى عدم قبول شهادة الفرع إلّا لعذر يمنع حضور شاهد الأصل لإقامتها، لمرض أو مشقّة يسقط بهما وجوب حضوره، أو لغيبة كان الحضور معها حرجاً و مشقّة، و من المنع الحبس المانع عن الحضور (١).

(١) عدم قبول شهادة الفرع إلّا في صورة العذر هو المشهور شهرة محقّقه «١»، بل في الخلاف الإجماع عليه، و حكى الخلاف عن

بعض الأصحاب «٢»، وهو والد الصدوق (قدس سرّه) «٣»، وفي محكي كشف اللثام الأقوى عدم الاشتراط «٤»، و يؤيده فرض اجتماع شاهد الأصل و الفرع و اختلافهما في بعض الكلمات. و عمدة الدليل على العدم رواية محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام) في الشهادة على شهادة الرجل و هو بالحضرة في البلد، قال: نعم، و لو كان خلف سارية يجوز ذلك إذا كان لا يمكنه أن يقيمها هو لعلمه تمنعه عن أن يحضره و يقيمها، فلا بأس بإقامة الشهادة على شهادته «٥»، و أورد عليها بعض الأعلام (قدس سرّه) بضعف السند، فإنها مروية بطريقتين، ففي

(١) المبسوط: ٨ / ٢٣٢ - ٢٣٣، غنية النزوع: ٤٤٢، إصباح الشيعة: ٥٣١، الوسيلى: ٢٣٣، الجامع للشرائع: ٥٤٤، شرائع الإسلام: ٤ / ١٣٩، قواعد الأحكام: ٣ / ٥٠٦، و ادعى الشهرة هنا في مسالك الأفهام: ١٤ / ٢٧٧، و كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٢ / ٧٧٩، و رياض المسائل: ١٣ / ٣٩٣، و مفاتيح الشرائع: ٣ / ٢٩٣، و جواهر الكلام: ٤١ / ١٩٩.

(٢) الخلاف: ٦ / ٣١٥ مسألة ٦٥.

(٣) السرائر: ٢ / ١٢٧، كشف الرموز: ٢ / ٥٣٢، غايه المراد: ٤ / ١٦٤، مجمع الفائدة و البرهان: ١٢ / ٤٨١، و كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية الأحكام»: ٢ / ٧٧٩، و رياض المسائل: ١٣ / ٣٩٣، و نقل الشيخ في الخلاف: ٦ / ٣١٥ مسألة ٦٥ هذا القول عن بعض أصحابنا. (٤) كشف اللثام: ٢ / ٣٨٥.

(٥) تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٥٦ ح ٦٧٢، الاستبصار: ٣ / ٢٠ ح ٥٩، الفقيه: ٣ / ٤٢ ح ١٤١، و عنها وسائل الشيعة:

٢٧ / ٤٠٢، كتاب الشهادات ب ٤٤ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلى - القضاء و الشهادات، ص: ٥٨١

.....

التهذيب بسنده عن محمد بن مسلم، و في السند ذبيان بن حكيم و هو مهمل، و رواها الشيخ الصدوق بسنده إلى محمد بن مسلم، و في السند على بن أحمد بن أبي عبد الله، عن أبيه، و كلاهما لم يوثقا «١».

هذا، و لكن استناد المشهور إلى الرواية خصوصاً بعد كون مفادها على خلاف القاعدة جابر لضعفها، و لا حاجة إلى ما قيل: من أن الفرع أضعف، و لا وجه للعدول إليه عن الأقوى مع الإمكان.

ثم إن مقتضى الرواية عدم إمكان إقامة الشهادة لشاهد الأصل لعلّه تمنعه عن أن يقيمها، و العلة المانعة مضافاً إلى أن المانعية عرفية لا عقلية تشمل المرض و الغيبة التي كان الحضور معها حرجاً و مشقةً، و الحبس المانع عن الحضور كذلك.

و بالجملة: كلّ أمر يمنع عن الحضور لأجل العسر و المشقة الرافعة للتكليف خلافاً لبعض العامة حيث اعتبر مسافة القصر، و للبعض الآخر حيث اعتبر تعذر الرجوع إلى منزله ليبيت فيه «٢»، بل الضابط ما أفاده المحقق في الشرائع حيث قال: و ضابطه مراعاة المشقة على شاهد الأصل في حضوره «٣».

(١) مباني تكملة المنهاج: ١ / ١٤٥ مسألة ١١٥.

(٢) الخلاف: ٦ / ٣١٥ مسألة ٦٥، الحاوى الكبير: ٢١ / ٢٤٢ - ٢٤٣، حلية العلماء: ٨ / ٢٩٧ - ٢٩٨، المغنى لابن قدامة: ١٢ / ٨٩ - ٩٠، روضة

الطالبين: ١٠ / ٧١، المحلى بالآثار: ٨ / ٥٤٠.

(٣) شرائع الإسلام: ٤ / ٩٢٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٨٢

[مسألة ٩ لو شهد الفرع على شهادة الأصل فأنكر شاهد الأصل]

مسألة ٩ لو شهد الفرع على شهادة الأصل فأنكر شاهد الأصل، فإن كان بعد حكم الحاكم فلا يلتفت إلى الإنكار، وإن كان قبله فهل تطرح بينة الفرع أو يعمل بأعدلهما ومع التساوي تطرح الشهادة؟ وجهان (١).

(١) لو شهد الفرع على شهادة الأصل وحكم الحاكم على طبق شهادة الفرع ثم أنكر شاهد الأصل بعد حكم الحاكم، فلا يلتفت إلى الإنكار بعد فرض وقوع الحكم على طبق الموازين، وتوقف الصحة على عدم الإنكار ولو في الآتي مستلزم لعدم صدور الحكم رأساً. وأما لو وقع إنكار الأصل قبل حكم الحاكم فقد ورد فيه بعض الروايات، مثل: صحیحہ عبد الرحمن، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل شهد على شهادة رجل فجاء الرجل فقال: إنني لم أشهده، قال: تجوز شهادة أعدلهما، وإن كانت عدلتها واحدة لم تجز شهادته «١»، ورواه في الوسائل في باب واحد بعنوان روايتين مع أنه من الواضح الوحدة وعدم التعدد.

□
و صحیحہ ابن سنان، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل شهد على شهادة رجل فجاء الرجل فقال: لم أشهده، قال: فقال: تجوز شهادة أعدلهما، ولو كان أعدلها واحداً لم تجز شهادته «٢»، والظاهر أن الجملة الأخيرة كانت مثل الجملة الأخيرة في الرواية السابقة

(١) الفقيه: ٣/ ٤١ ح ١٣٧، و عنه وسائل الشيعة: ٢٧/ ٤٠٥، كتاب الشهادات ب ٤٦ ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٥٦ ح ٦٧٠، الكافي: ٧/ ٣٩٩ ح ١، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/ ٤٠٥، كتاب الشهادات ب ٤٦ ح ٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٨٣

.....

ضرورة أن ظاهرها غير صحيح، فإنه مضافاً إلى أن الأدلية في عدلين إذا كانت ثابتة لا تعقل أن تكون في أزيد من واحد يرد عليه أن الجملة الأولى تدل على جواز شهادة أعدلهما فكيف تدل الجملة الثانية على خلافها، كما أن الظاهر أن الصحيح في قوله: «لم تجز شهادته» هو لم تجز شهادة في كلتا الروايتين؛ لأنه مع وحدة العدالة لا معنى لعدم جواز شهادة واحد منهما خصوصاً مع كون المراد الواحد المعين.

و كيف كان تدل الصحيحتان بالصراحة على جواز شهادة الأعدل فقط، وبالظهور على عدم الجواز مطلقاً مع التساوي. هذا، وقد استشكل المحقق في الشرائع فيما ذكر بقوله: وهو يشكل بما أن الشرط في قبول الفرع عدم الأصل «١». ولعله لأجل ذلك حكى عن ابن حمزة «٢» والعلامة في المختلف «٣» العمل بالروايتين بالإضافة إلى ما بعد الحكم، نظراً إلى الجمع بينهما وبين ما دل على اشتراط تعدد حضور الأصل.

هذا، ولكن لا- ينبغي إنكار ظهور الصحيحتين بالنسبة إلى قبل الحكم، ولعله لذا دفع المحقق إشكاله بقوله: وربما أمكن لو قال الأصل: لا أعلم «٤»، لا إذا كذب الفرع، لكنه كما ترى خصوصاً مع التصريح بجواز شهادة الأعدل أعم مما إذا كان أصلاً أو فرعاً.

(١) شرائع الإسلام: ٤/ ١٣٩.

(٢) الوسيلة: ٢٣٤.

(٣) مختلف الشيعة: ٨ / ٥٢٦ مسألة ٨٩.

(٤) شرائع الإسلام: ٤ / ١٣٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٨٤

.....

اللهم إلاً أن يقال: إن منع حضور شاهد الأصل عن الشهادة على طبق شاهد الفرع أنما هو فيما إذا كان الأصل باقياً على شهادته، و إلا فلو فرض نسيانه رأساً بحيث لا يجدى التذكّر أيضاً في رفع النسيان لما كان يمنع حضوره عن شهادة الفرع والحكم على طبقها، و من الممكن أن يكون إنكاره مثل نسيانه، و كيف كان فلا مساغ للاعراض عن الصحيحتين الظاهرتين فيما قبل الحكم، فتدبر.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٨٥

[القول في اللواحق]

إشارة

القول في اللواحق

[مسألة ١ يشترط في قبول شهادة الشاهدين تواردهما على الشيء الواحد]

مسألة ١ يشترط في قبول شهادة الشاهدين تواردهما على الشيء الواحد فان اتفقا حكم بهما، و الميزان اتحاد المعنى لا اللفظ، فإن شهد أحدهما بأنه غصب و الآخر بأنه انتزع منه قهراً أو قال أحدهما: باع و الآخر ملكه بعوض تقبل، و لو اختلفا في المعنى لم تقبل، فإن شهد أحدهما بالبيع و الآخر بإقراره بالبيع و كذا لو شهد أحدهما بأنه غصبه من زيد و الآخر بأن هذا ملك زيد لم تردا على معنى واحد؛ لأن الغصب منه أعم من كونه ملكاً له (١).

(١) وجه اعتبار توارد الشاهدين على الشيء الواحد واضح، ضرورة أنه مع عدم التوارد لم تقم البيّنة على مورد واحد، بل قامت شهادة عدل واحد على كلّ مورد من الموردين، غاية الأمر عدم اعتبار الاتحاد في اللفظ و العبارة، بل الاتحاد في المعنى على حسب فهم العرف، فلو شهد أحدهما بعنوان الغصب و الآخر بعنوان الانتزاع منه قهراً و عدواناً، أو قال أحدهما: إنه باع و قال الآخر: إنه ملكه بعوض

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٨٤

.....

تقبل الشهاداتتان.

و أما لو كان المعنى المشهود به مختلفاً، كأن شهد أحدهما بعنوان البيع و الآخر بإقراره بالبيع، لم تقبل لمغايرة البيع مع الإقرار، و كذا لو شهد أحدهما بأنه غصبه من زيد و الآخر بأن هذا ملك زيد لم تردا على معنى واحد؛ لأن الغصب منه أعم من كونه ملكاً له.

و هكذا إذا اتفقا على أمر و اختلفا في زمانه، فقال أحدهما: إنه باعه في شهر كذا، و قال الآخر: إنه باعه في شهر آخر، بخلاف ما إذا كان أحدهما مطلقاً من حيث الزمان و الآخر مقيداً بزمان مخصوص، و كذلك لا تقبل إذا اختلفا في المتعلق، كما إذا قال أحدهما: إنه

سرق ديناراً، وقال الآخر: سرق درهماً وهكذا، ففي جميع ذلك و أمثاله لم يتحقق التوارد على شيء واحد كما لا يخفى، و سيأتي في بعض المسائل الآتية إن شاء الله تعالى.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٨٧

[مسألة ٢ لو شهد أحدهما بشيء و شهد الآخر بغيره]

مسألة ٢ لو شهد أحدهما بشيء و شهد الآخر بغيره، فإن تكاذبا سقطت الشهادتان فلا مجال لضمّ يمين المدعى، و إن لم يتكاذبا فإن حلف مع كل واحد يثبت المدعى، و قيل: يصح الحلف مع أحدهما في صورة التكاذب أيضاً، و الأشبه ما ذكرناه (١).

(١) لو شهد أحدهما بشيء و شهد الآخر بغيره، فإن لم يتحقق بينهما التكاذب الراجع إلى تكذيب كل واحد منهما ما يشهد به الآخر، فالمورد من موارد ضمّ يمين المدعى إلى الشاهد الواحد؛ لأنّ المفروض إمكان الجمع بين الشهادتين و معهما يمين المدعى، و المورد يكفي فيه الشاهد الواحد مع اليمين، و إن وقع بينهما التكاذب فقد نسب الاجتزاء باليمين في صورة التكاذب في الدروس إلى القيل «١» مشعراً بتمريضه، و لكن ذكر في الجواهر: إنّه في غير محلّه؛ لأنّ التكاذب المقتضى للتعارض الذي يفزع فيه للترجيح و غيره أنما يكون في البيّنين الكاملتين لا بين الشاهدين، كما هو واضح «٢».

و لكنّه يمكن أن يقال بوجود ملاك التساقط على ما تقتضيه القاعدة في الأمارتين المتعارضتين في الشاهدين أيضاً بعد كون الاعتبار لهما من هذا الباب، و إن كان لا فائدة فيه مع عدم ضمّ اليمين كما لا يخفى.

(١) الدروس الشرعية: ٢ / ١٣٥.

(٢) جواهر الكلام: ٤١ / ٢١٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٨٨

[مسألة ٣ لو شهد أحدهما بأنّه سرق نصاباً غدوةً و الآخر بأنّه سرق نصاباً عشيةً لم يقطع و لم يحكم بردّ المال]

مسألة ٣ لو شهد أحدهما بأنّه سرق نصاباً غدوةً و الآخر بأنّه سرق نصاباً عشيةً لم يقطع و لم يحكم بردّ المال، و كذا لو قال الآخر: سرق هذا النصاب بعينه عشيةً (١).

(١) أمّا عدم القطع و عدم الحكم بردّ المال في الصورة الثانية فلأجل عدم توارد الشهادتين على فعل واحد؛ لأنّ المفروض شهادة أحدهما بسرقة النصاب غدوةً و الآخر بأنّ ذلك النصاب قد سرق عشيةً، و الاختلاف في الزمان موجب لتحقيق المغايرة بين الأمرين، و أمّا في الصورة الأولى التي يكون المشهود به فيها سرقة النصاب فلأجل ما ذكر من أنّه شهادة على فعلين لم يثبت أحدهما، و قد ذكر المحقق في الشرائع: لو شهد أحدهما أنّه سرق نصاباً غدوةً و شهد الآخر أنّه سرق عشيةً لم يحكم بها؛ لأنها شهادة على فعلين، و كذا لو شهد الآخر أنّه سرق ذلك بعينه عشيةً؛ لتحقيق التعارض أو لتغاير الفعلين «١».

و قال في المسالك: إنّ في التعليل لفّ و نشر غير مرتّب، فإنّ تحقق التعارض الذي علّل به أوّلًا يحصل في الفرض الثاني، و تغاير الفعلين يحصل في الأول «٢».

و أورد عليه في الجواهر بظهور العبارة بل صريحها في كون الأخيرتين علّتين للأخيرة فقط «٣»، غاية الأمر أنّ العلة الأولى مرتبطة بصورة اتفاقهما على اتحاد الفعل و الأخيرة بصورة عدم الاتفاق، كما إذا احتمل رجوع النصاب منه ثمّ سرقة منه عشيةً مرّةً أخرى، و

كيف كان فالأمر سهل كما لا يخفى.

(١) شرائع الإسلام: ١٤١ / ٤.

(٢) مسالك الأفهام: ٢٨٩ / ١٤.

(٣) جواهر الكلام: ٢١٢ / ٤١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٨٩

[مسألة ٤ لو اتفق الشاهدان في فعل واختلفا في زمانه أو مكانه أو وصفه بما يوجب تباير الفعلين لم تكمل شهادتهما]

مسألة ٤ لو اتفق الشاهدان في فعل واختلفا في زمانه أو مكانه أو وصفه بما يوجب تباير الفعلين لم تكمل شهادتهما، كما لو قال أحدهما: سرق ثوباً في السوق والآخر: سرق ثوباً في البيت، أو قال: أحدهما: سرق ديناراً عراقياً وقال الآخر: سرق ديناراً كويتياً، أو قال أحدهما: سرق ديناراً غدوةً والآخر: عشيةً، فإنه لم يقطع ولم يثبت الغرم إلا إذا حلف المدعى مع كل واحد فإنه يغرم الجميع، فلو تعارضت شهادتهما تسقط، ولا يثبت بهما شيء ولو مع الحلف، وكذا لو تعارضت البيتان سقطتا على الأشبه، كما لو شهدت إحداهما بأنه سرق هذا الثوب أول زوال يوم الجمعة في النجف وشهدت الأخرى بأنه سرق هذا الثوب بعينه أول زوال هذا اليوم بعينه في بغداد، ولا يثبت بشيء منها القطع ولا الغرم (١).

(١) لو اتفق الشاهدان في أصل الفعل واختلفا في خصوصياته من حيث الزمان أو المكان أو الوصف، كالأمثلة المذكورة في المتن، ففيه لم تكمل شهادتهما، فلا يقطع ولم يثبت الغرم إلا إذا حلف المدعى مع كل واحد، فإنه يغرم الجميع، والوجه فيه ما ذكرنا من عدم توارد الشهادتين على فعل واحد، خصوصاً مع أن الخصوصيات المزبورة قيود راجعة إلى الفعل، ونسبته إلى الفاعل على ما حققناه في المعاني الحرفية من علم الأصول من أن كل القيود ترجع إلى الإضافة، والنسبة التي هي معنى حرفي «١». هذا، و يمكن أن يقال: إن الخصوصيات حيث إنه لا دخل لها في ثبوت الحد

(١) سيري كامل در اصول فقه: ٣٤١ - ٤٤٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٩٠

.....

ضرورة أن الموجب للحكم بثبوت الحد هو أصل السرقة مع الشرائط المذكورة في محله «١». وأما كون زمان السرقة يوم الجمعة أو يوم السبت، أو كون مكانها السوق أو البيت، أو كون المال المسروق ديناراً عراقياً أو كويتياً فلا دخل له في ذلك، وعليه فأصل السرقة الموجب للحكم بثبوت الحد متفق عليه بين الشاهدين، والخصوصيات المختلف فيها لا دخل لها في ذلك، لكن الذي استظهر صاحب الجواهر من كلام الأصحاب في مثل القتل مما لا يقبل التعدد عدم تكمل الشهادة وعدم ثبوت القطع «٢».

هذا، ولو كانت هناك بيتان وقع التعارض بينهما، كالمثال الأخير المذكور في المتن، ففيه أنه سقطتا على الأشبه، والوجه فيه ما عرفت من أن مقتضى القاعدة في تعارض الأمارتين هو التساقط، إلا في مثل الخبرين المتعارضين اللذين ورد فيهما الأخبار العلاجية، كمقبولة ابن حنظلة وغيرها «٣»، ولا مجال لإلغاء الخصوصية منها لا بالإضافة إلى مطلق الأمارتين ولا بالإضافة إلى خصوص ما يشابه الخبرين من الأمارتين، كما لا يخفى.

و عليه فلا يثبت بشيء منهما في المقام لا القطع و لا الغرم.

(١) تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب الحدود: ٤٨٩-٥٠١.

(٢) جواهر الكلام: ٢١٣/٤١.

(٣) وسائل الشريعة: ١٠٦/٢٧-١٢٤، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي ب ٩ و قد تقدّم في ص ٢٥٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٩١

[مسألة ٥ لو شهد أحدهما أنه باع هذا الثوب أول الزوال في هذا اليوم بدينار، و شهد آخر أنه باعه أول الزوال بدينارين]

مسألة ٥ لو شهد أحدهما أنه باع هذا الثوب أول الزوال في هذا اليوم بدينار، و شهد آخر أنه باعه أول الزوال بدينارين لم يثبت و سقطتا، و قيل: كان له المطالبة بأيهما شاء مع اليمين، و فيه ضعف، و لو شهد له مع كل واحد شاهد آخر قيل ثبت الديناران و الأشبه سقوطهما، و كذا لو شهد واحد بالإقرار بألف و الآخر بألفين في زمان واحد سقطتا، و قيل: يثبت بهما الألف و الآخر بانضمام اليمين إلى الثاني و هو ضعيف، فالضابط أن كل مورد وقع التعارض سقط المتعارضان بينة كانا أو شهادة واحدة، و مع عدم التعارض عمل بالبيننة و تثبت مع الواحد و يمين المدعى الدعوى (١).

(١) وقع التعرض في هذه المسألة لفروع متعدّدة:

الأول: ما لو شهد أحد الشاهدين أنه باع هذا الثوب أول الزوال في هذا اليوم بدينار، و شهد آخر أنه باع هذا الثوب في نفس الوقت من آخر بدينارين، ففي المتن لم يثبت أي البيع مطلقاً و سقطتا؛ لأنّ المفروض تعارض الشاهدين لا البيئتين، و الدليل عليه ما عرفت من عدم تمامية الشهادة على كل واحد من البيعين؛ لأنّ المفروض عدم توارد الشهادتين على مورد واحد بعد كون الثمن قوام البيع من ناحية و اختلافهما فيه من ناحية أخرى، و عليه فلا يكون للبائع مطالبة أحد المشتريين بشيء من الثمنين. و لكن ذكر المحقق في الشرائع: و كان له المطالبة بأيهما شاء مع اليمين «١» و استضعفه الماتن (قدّس سرّه)، و لعل وجهه أن الاكتفاء بالشاهد و اليمين في الحقوق المالية أنّما

(١) شرائع الإسلام: ١٤١/٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٩٢

.....

هو فيما إذا لم يكن للشاهد معارض، و مع التعارض الموجب للسقوط لا محالة لا مجال للمطالبة بوجه.

الثاني: ما لو شهد له مع كل واحد شاهد آخر، بأن قامت البينة على كل واحد من البيعين، ففي الشرائع ثبت الديناران «١»، و في المتن الأشبه سقوطهما، و الوجه في السقوط هو التعارض الموجب له، و في ثبوت الدينارين هو قيام البينة عليه أيضاً، و عليه فإذا ادّعى الدينارين ثبنا و لغت البينة الأخرى، و لكن في محكي المبسوط «٢» و جواهر القاضى «٣» أن البيئتين متعارضتان فيقرع، و أورد عليهما صاحب الجواهر (قدّس سرّه) بأنّه إنّما يتمّ إذا كان لكل من الثمنين مدّع، كأن يدّعى المشتري أنّه اشتراه بدينار و البائع بدينارين «٤»، و الحقّ مع المتن.

الثالث: ما لو شهد واحد بالإقرار بألف أي لزيد في زمان معين، و شهد الآخر بألفين أي لزيد في نفس ذلك الزمان، و المذكور في

الكتاب المذكور «٥» أنه يثبت الألف بهما و الآخر بانضمام اليمين «٦» و لعل الوجه فيه أن الألف متفق عليه بينهما و الألف الآخر له شاهد و يمين، و فزق بينه و بين البيع بدينار أو دينارين صاحب الجواهر (قدّس سرّه) «٧»، مع اشتراكهما في

(١) شرائع الإسلام: ١٤١ / ٤.

(٢) المبسوط: ٢٤٢ / ٨.

(٣) جواهر الفقه: ٢٣٢ - ٢٣٣ مسألة ٨٠٧.

(٤) جواهر الكلام: ٢١٥ / ٤١.

(٥) أي الشرائع.

(٦) شرائع الإسلام: ١٤١ / ٤.

(٧) جواهر الكلام: ٢١٤ / ٤١ - ٢١٥.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٩٣

.....

امتناع الوقوع في وقت واحد أن المشهود به في البيع غير قابل للاجتماع في نفسه، و أمّا في باب الإقرار فإن التلقظ بلفظين مختلفين في وقت واحد و إن كان ممتنعاً إلا أن الشهادة بدينار لا تنفي الزائد، فيجوز أن لا يكون الشاهد سمع إلا ديناراً أو لم يقطع إلا به و تردّد في الزائد أو مثل ذلك.

هذا، و لكن ضعّفه الماتن (قدّس سرّه) نظراً إلى أن التعارض مطلقاً موجب للتساقط، سواء كان الطرفان هما البيئتين أو الشاهدين لما ذكرنا سابقاً، نعم لو لم يكن هناك تعارض لكان العمل بالشاهد الواحد مع انضمام اليمين في محلّه.

[مسألة ٦ لو شهدا عند الحاكم و قبل أن يحكم بهما ماتا أو جنّا أو أغمى عليهما حكم بشهادتهما]

مسألة ٦ لو شهدا عند الحاكم و قبل أن يحكم بهما ماتا أو جنّا أو أغمى عليهما حكم بشهادتهما، و كذا لو شهدا ثم زكياً بعد عروض تلك العوارض حكم بهما بعد التزكية، و كذا لو شهدا ثم فسقاً أو كفراً قبل الحكم حكم بهما، بل لا يبعد ذلك لو شهد الأصل و حمل الفرع و كان الأصل عادلاً ثم فسق ثم شهد الفرع، و لا فرق في حدود الله تعالى و حقوق الناس في غير الفسق و الكفر، و أمّا فيهما فلا يثبت الحدّ في حقوق الله محضاً كحدّ الزنا و اللواط، و في المشتركة بينه و بين العباد كالقذف و السرقة تردّد، و الأشبه عدم الحدّ، و أمّا في القصاص فالظاهر ثبوته (١).

(١) لو شهدا عند الحاكم مع اجتماع شرائط الشهادة، و لكنّه قبل الحكم و إنشائه عرض لهما أو لأحدهما الموت أو الجنون أو الإغماء، فلا إشكال بل لا خلاف في جواز الحكم بشهادتهما «١»؛ لأنّ المفروض اجتماع شرائط الشهادة عند إقامتها و أدائها، و لم يدلّ دليل على لزوم البقاء إلى تمامية الحكم بل لا وجه له أصلاً، لعدم دخالة البقاء في حكمه.

و كذا لو شهدا و قبل أن يزكياً عرض لهما أو لأحدهما شيء من العوارض السابقة، ثم زكياً بعده أو شهدا ثم عرض لهما أو لأحدهما الفسق أو الكفر قبل الحكم، فإنّه لا يمنع ذلك عن الحكم بعد اجتماع الشرائط وجداناً أو بالبيئة قبل حكم الحاكم، و استناد الحكم إلى البيئة الجامعة للشرائط، بل نفى في المتن البعد عن ذلك لو شهد الأصل و حمل الفرع و كان الأصل عادلاً ثم فسق ثم شهد شاهد الفرع.

(١) مجمع الفائدة و البرهان: ١٢ / ٥٢١ - ٥٢٢، جواهر الكلام: ٢١٧ / ٤١، مبانى تكملة المنهاج: ١ / ١٤٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٩٥

.....

ثم إنه لا فرق فيما ذكر بين حقوق الناس و بين حدود الله تبارك و تعالى في غير الفسق و الكفر، و أما فيهما فقد ذكر في المتن أنه لا يثبت في حقوق الله محضاً كحدّ الزنا و اللواط، بل قال في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه «١»، بل في المسالك اتّفاق الفريقين على ذلك «٢» معلماً له في الشرائع بأنه مبنى على التخفيف و لأنه نوع شبهة «٣»، و لأجل ذلك يتحقّق الفرق بين الفسق و الكفر و بين الجنون الذى يكون الظاهر اتّفاقهم على عدم سقوط الحدّ فيه.

و أمّا الحقوق المشتركة بينه تعالى و بين العباد، كالقذف و السرقة بالإضافة إلى القطع فقد تردّد فيه الماتن (قدّس سرّه)، و لكنّ المحقّق في الشرائع جعل الأشبه الحكم لتعلّق حقّ آدمى به «٤»، مع أنّه لا فرق في الشبهة الدارئة للحدّ بين حقّ الله محضاً و الحقّ المشترك. نعم في القصاص الذى هو من حقوق آدميين محضاً و لأجله يسقط بالإسقاط مطلقاً أو مع الدية في صورة رضا الجانى الظاهر الثبوت، و لا مجال لاحتمال كونه من الحدود، كما لا يخفى.

(١) جواهر الكلام: ٢١٩ / ٤١.

(٢) حكاة عنه في جواهر الكلام: ٢١٩ / ٤١، لكن نجد هذه العبارة في مسالك الأفهام، بل قال في ج ١٤ / ٢٩٥: اتفق القائلان، و فى الطبعة الحجرية منه ج ٢ / ٤١٩: اتفق القائلون، و يمكن أن يرد من «الفريقين» القائلون بقولين السابقين فى أصل المسألة.

(٣) شرائع الإسلام: ١٤٢ / ٤.

(٤) شرائع الإسلام: ١٤٢ / ٤.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٩٦

[مسألة ٧ قالوا: لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم فانتقل المشهود به إليهما لم يحكم به لهما بشهادتهما]

مسألة ٧ قالوا: لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم فانتقل المشهود به إليهما لم يحكم به لهما بشهادتهما، و فيه تردّد و إشكال، و أشكل منه ما قيل: إنّه لم يثبت بشهادتهما لشريكهما فى الإرث، و الوجه فى ذلك ثبوت حصّة الشريك (١).

(١) قالوا: لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم فانتقل المشهود به إليهما لم يحكم به لهما بشهادتهما، و قد نفى وجدان الخلاف فيه فى الجواهر «١»، بل عن المسالك اتّفاق الجميع عليه «٢» معللين له باقتضاء ذلك الحكم لهما بشهادتهما، مع أنّ مقتضى القاعدة خلاف ذلك، فإنّ مقتضاها وجدان الشرائط حين إقامة الشهادة و أدائها، و المفروض أنّه كذلك، و الموت قبل الحكم أمر لا يطلع عليه الشاهدان نوعاً، فإن ثبت إجماع فهو و إلّا فهو محلّ إشكال، و لذا تردّد فيه الماتن (قدّس سرّه) و استشكل، و أشدّ إشكالاً ما قيل كما فى محكّي قواعد الفاضل: من أنّه لا يحكم لهما و لا لشركائهما فى الميراث بشهادتهما «٣»، و إن احتمل فى المسالك «٤» و كشف اللثام «٥» القبول فى حصّة الشريك، لكن فى الجواهر لم نجد به قائلًا كما اعترف به فى المسالك «٦»، لكنّ الماتن (قدّس سرّه) قد استوجهه، و لعلّه لما ذكرنا من أنّ مقتضى القاعدة ثبوت حقّهما فضلاً عن الشريك، فتدبرّ جيداً.

(١) جواهر الكلام: ٢١٩ / ٤١.

(٢) مسالك الأفهام: ٢٩٦ / ١٤.

(٣) قواعد الأحكام: ٥١٥ / ٣.

(٤) مسالك الأفهام: ٢٩٦ / ١٤.

(٥) كشف اللثام: ٣٩٣ / ١٠.

(٦) جواهر الكلام: ٢٢٠ / ٤١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٩٧

[مسألة ٨ لو رجع الشاهدان أو أحدهما عن الشهادة قبل الحكم و بعد الإقامة لم يحكم بها و لا غرم]

مسألة ٨ لو رجع الشاهدان أو أحدهما عن الشهادة قبل الحكم و بعد الإقامة لم يحكم بها و لا غرم، فان اعترفا بالتعمد بالكذب فسقا و إلما فلا- فسق، فلو رجعا عن الرجوع في الصورة الثانية فهل تقبل شهادتهما؟ فيه إشكال، فلو كان المشهود به الزنا و اعترف الشهود بالتعمد حدوا للذف، و لو قالوا: أوهمنا فلا حدّ على الأقوى (١).

(١) لو رجع الشاهدان أو أحدهما عن الشهادة قبل الحكم و بعد الإقامة و الأداء لم يحكم بسبب هذه الشهادة و لا غرم؛ لأنّ المفروض عدم الحكم، كما أنّ عدم الحكم لأجل وضوح اعتبار عدم الرجوع قبل الحكم و بعد الإقامة، و مجرد الحدوث لا يكفي في صحّة الحكم، و قوله (صلّى الله عليه و آله): إنّما أفضى بينكم بالبينات و الإيمان «١» يكون المنسب إلى الأذهان منه البينات الباقية على الشهادة التي أقاموها إلى زمان الحكم و إنشائه، و لا يقاس الرجوع بالموت قبل الحكم، حيث إنك عرفت جواز الحكم بالشهادة في مثل الثاني، فإنّ الموت لا ينافي الشهادة بخلاف الرجوع.

أضف إلى ذلك دلالة مرسله جميل، عن أحدهما (عليهما السلام) التي هي كالصحيح على ما في الجواهر «٢»، سيّما مع اعتضاها بالفتوى في الشهود إذا [شهدوا على رجل ثم «٣»] رجعوا عن شهادتهم و قد قضى على الرجل، ضمنوا ما شهدوا به و غرموا، و إن لم يكن قضى طرحت بشهادتهم و لم يغرم الشهود شيئاً «٤».

(١) تقدم في ص ١٣٥.

(٢) جواهر الكلام: ٢٢٠ / ٤١، و كذا في رياض المسائل: ٣٩٨ / ١٣.

(٣) هذه الزيادة من التهذيب.

(٤) الكافي: ٣٨٣ / ٧ ح ١، تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٥٩ ح ٦٨٥، الفقيه: ٣ / ٣٧ ح ١٢٤، و عنها وسائل الشيعة:

٣٢٦ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ١٠ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٥٩٨

.....

ثمّ إن اعترفوا بأنهم تعمّدوا الكذب فسقوا فلا يعبأ بشهادتهم بعد ذلك ما لم تتحقّق العدالة المعترفة في الشاهد، و إن كان يمكن أن يقال: بأنّ الاعتراف بأنهم تعمّدوا الكذب لا ينافي قبول هذه الشهادة؛ لأنّ التعمّد بالكذب إنّما يتحقّق بتمامية الشهادة، ضرورة أنّ الصدق و الكذب من عوارض الخبر، و هو متقوم بالنسبة أو الهويّة، و عليه فلا ينافي الاعتراف بالتعمّد مع قبول هذه الشهادة، نعم له أثر بالإضافة إلى الشهادة بعداً.

و إن اعترفوا بالخطأ و الاشتباه فلا فسق، و في هذه الصورة إذا رجعوا عن الرجوع فهل تقبل فيها الشهادة منهم بعد كون المفروض عدم تحقق الفسق؟ فقد وردت فيها رواية محمد بن قيس الصحيحة، عن الباقر (عليه السلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا: هذا السارق و ليس الذي قطعت يده، أما شبهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أن غرّمهما نصف الدية، و لم يجز شهادتهما على الآخر (١).
و قد أفتى بمضمونها في محكي القواعد (٢) و المسالك (٣)، و لكن في محكي كشف اللثام القبول إذا كانا معروفين بالعدالة و الضبط (٤)، و لكن الظاهر لزوم

(١) الكافي: ٧/ ٣٨٤ ح ٨، تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٦١ ح ٦٩٢، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٣٢، كتاب الشهادات ب ١٤ ح ١.

(٢) قواعد الأحكام: ٣/ ٥١٠.

(٣) مسالك الأفهام: ١٤/ ٢٩٧ - ٢٩٩.

(٤) كشف اللثام: ١٠/ ٣٧٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٥٩٩

.....

العمل على طبق الرواية و إن كان على خلاف القاعدة و العمومات لصحتها، كما عرفت.

ثم إنه لو كان المشهود به هو مثل الزنا و اعترف الشهود بالتعمد حدوا للذدف؛ لما يأتي في كتاب الحدود (١) من أن شهود مثل الزنا إذا لم يكن جامعين لشرائط الشهادة عليه حدوا جميعاً للذدف، و لو قالوا: غلطنا فعن المبسوط (٢) و جواهر القاضى (٣) يحدون أيضاً، و في محكي المسالك فيه وجهان: أحدهما: المنع لأن الغالط معذور، و أظهرهما الوجوب لما فيه من التعيير، و كان من حقهم التثبت و الاحتياط، و على هذا تردّ شهادتهم، و لو قلنا: لا حدّ فلا ردّ (٤)، و يؤيدّه مرسله ابن محبوب، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا، ثم رجع أحدهم بعد ما قتل الرجل، قال: إن قال الرابع: أوهمت ضرب الحدّ و أغرم الدية، و إن قال: تعمدت قتل (٥)، لكن لا شبهة في أنّ الغالط الغافل معذور، و لا ينبغي الارتياح في سقوط الحدّ مع الشبهة، و لذا يكون مختار المتن عدم ثبوت الحدّ، و المرسله غير منجبرة، فتدبر جيداً.

(١) تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب الحدود: ١٣٢ - ١٣٣.

(٢) المبسوط: ٨/ ١٠.

(٣) جواهر الفقه: ١/ ٢٢٦ - ٢٢٧ مسألة ٧٨٢.

(٤) مسالك الأفهام: ١٤/ ٢٩٧.

(٥) الكافي: ٧/ ٣٨٤ ح ٤، تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٦٠ ح ٦٩١، و ج ١٠/ ٣١١ ح ١١٦٢ و عنهما وسائل الشيعة:

٢٧/ ٣٢٨، كتاب الشهادات ب ١٢ ح ١.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٦٠٠

[مسألة ٩ لو رجعا بعد الحكم و الاستيفاء و تلف المشهود به لم ينقض الحكم و عليهما الغرم]

مسألة ٩ لو رجعا بعد الحكم و الاستيفاء و تلف المشهود به لم ينقض الحكم و عليهما الغرم، و لو رجعا بعد الحكم قبل الاستيفاء، فان

كان من حدود الله تعالى نقض الحكم، وكذا ما كان مشتركاً نحو حدّ القذف و حدّ السرقة، والأشبه عدم النقض بالنسبة إلى سائر الآثار غير الحدّ كحرمة أم الموطوء وأخته و بنته، و حرمة أكل لحم البهيمة الموطوءة و قسمة مال المحكوم بالردة و اعتداد زوجته، و لا- ينقض الحكم على الأقوى فيما عدا ما تقدّم من الحقوق، و لو رجعا بعد الاستيفاء في حقوق الناس لم ينقض الحكم و إن كانت العين باقية على الأقوى (١).

(١) وقع التعرّض في هذه المسألة لأمر مشترك في كون رجوع الشاهدين بعد الحكم:
الأمر الأول: ما لو كان الرجوع بعد الحكم و الاستيفاء و تلف المشهود به عند المحكوم له بالإتلاف أو بغيره، و عليهما الغرم في هذه الصورة من دون أن ينتقض الحكم لمرسلة جميل المتقدّمة، و لموثقة السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ (عليهم السّلام): أنّ النبي (صلى الله عليه و آله) قال: من شهد عندنا ثمّ غير أخذناه بالأول و طرحنا الأخير «١».
و رواية هشام بن سالم، عن أبي عبد الله (عليه السّلام) قال: كان أمير المؤمنين (عليه السّلام) يأخذ بأول الكلام دون آخره «٢» و في نسخة الوسائل «لا يأخذ» «٣»، لكنّ الظاهر كما في

(١) تهذيب الأحكام: ٢٨٢ / ٦ ح ٧٧٥، الفقيه: ٢٧ / ٣ ح ٧٤، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ١١ ح ٤.

(٢) التهذيب: ٣١٠ / ٦ ح ٨٥٣.

(٣) وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢١٦، كتاب القضاء، أبواب آداب القاضي ب ٤ ح ٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٦٠١

.....

هامش الوسائل نقلًا عن التهذيب الذي هو المصدر هو ما ذكرنا، مضافاً إلى أنّ سياق الكلام يقتضى ذلك، كما لا يخفى.
و بالجملة: لا إشكال في أصل الحكم خصوصاً مع قوّة السبب على المباشر.

الأمر الثاني: ما لو كان الرجوع بعد الحكم و قبل الاستيفاء، فإن كان من حدود الله تعالى محضاً نقض الحكم على المشهور «١»؛ للشبهة الدائرة للحدّ، و كذا ما كان مشتركاً بين الله تعالى و بين الناس كحدّ القذف و حدّ السرقة، لاشتراك الجميع في السقوط بعروض الشبهة.

نعم جعل في المتن الأشبه عدم النقض بالنسبة إلى سائر الآثار غير الحدّ؛ لفرض تمامية الحكم كالأمثلة المذكورة في المتن، و أمّا بالنسبة إلى الحقوق عدا ما تقدّم كالقتل و الجرح فقد قوّى فيه عدم النقض، و إن تردّد فيه المحقّق في الشرائع «٢»، و الوجه في عدم النقض تمامية الحكم لفرض كون الرجوع بعده و قبل الاستيفاء، و لا يكون المورد حدّاً حتى يدرأ بالشبهة.

الأمر الثالث: ما لو كان الرجوع بعد الحكم و قبل الاستيفاء في حقوق الناس، و قد قوّى فيه عدم النقض و إن كانت العين باقية؛ لأنّه لا وجه للنقض، و بقاء العين لا دخل له في جواز النقض، و لكنّ المحكى عن نهاية الشيخ «٣» تردّد على صاحبها

(١) إرشاد الأذهان: ١٦٥ / ٢، غاية المرام: ٣٠٣-٣٠٤، مجمع الفائدة و البرهان: ١٢ / ٤٩٠-٤٩١، كفاية الفقه، المشتهر ب «كفاية

الأحكام»: ٧٨٣ / ٢، كشف اللثام: ٣٨٦ / ١٠، رياض المسائل: ١٣ / ٤٠٢-٤٠٣، جواهر الكلام: ٤١ / ٢٢٢.

(٢) شرائع الإسلام: ١٤٢ / ٤-١٤٣.

(٣) النهاية: ٣٣٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٦٠٢

.....

□
و لا غرامة على الشهود، و استدلل له برواية جميل، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في شاهد الزور قال: إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، و إن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل «١».

(١) الكافي: ٣٨٤ / ٧ ح ٣، تهذيب الأحكام: ٢٥٩ / ٦ ح ٦٨٦، الفقيه: ٣٥ / ٣ ح ١١٦، و عنها وسائل الشريعة:

٣٢٧ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ١١ ح ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٦٠٣

مسألة ١٠ إن كان المشهود به قتلًا أو جرحاً موجباً للقصاص و استوفى ثم رجعوا

مسألة ١٠ إن كان المشهود به قتلًا أو جرحاً موجباً للقصاص و استوفى ثم رجعوا فإن قالوا: تعمّدنا اقتصص منهم، و إن قالوا: أخطأنا كان عليهم الدية في أموالهم، و إن قال بعضهم: تعمّدنا و بعضهم: أخطأنا، فعلى المقرّ بالتعمّد القصاص و على المقرّ بالخطأ الدية بمقدار نصيبه، و لولئى الدم قتل المقرّين بالعمد أجمع و ردّ الفاضل عن دية صاحبه، و له قتل بعضهم و يرّد الباقي قدر جانيهم (١).

(١) لو كان المشهود به قتلًا أو جرحاً موجباً للقصاص، و قد تحقّق الاستيفاء بعد الحكم مستنداً إلى شهادة الشهود ثم رجعوا بأجمعهم، فإن قالوا: تعمّدنا ففي المتن اقتصص منهم، و ظاهره القصاص من الجميع، و أنّه لا مانع من قتل الأربع بقتل نفس واحدة مثلاً، كما لو اشترك اثنان فما زاد في قتل واحد، فإنّه يجوز الاقتصاص من جميع المشتركين إذا أراد الولي. غاية الأمر أنّه يرّد عليهم ما فضل من دية المقتول، فيأخذ كلّ واحد ما فضل من ديته، و في ذيل المسألة التصريح بذلك.

و إن قالوا: أخطأنا فعليهم الدية في أموالهم؛ لأنّه شبه عمد و الدية فيه على الجاني، و ذكر في كشف اللثام: إنّه لا يثبت بإقرارهم إلّا أن تصدّقه العاقلة «١» و الوجه فيه أنّه إقرار عليهم لا على أنفسهم، و لا يقبل إقرار العقلاء إلّا على أنفسهم، لكنّ الظاهر أنّ ثبوت الدية عليهم لا لأجل ثبوت الخطأ بل لأجل أنّه لا يعرف التعمّد و الخطأ غالباً إلّا من قبلهم. و إن قال بعضهم: تعمّدنا و بعضهم: أخطأنا، فعلى المقرّ بالتعمّد القصاص،

(١) كشف اللثام: ٣٧٥ / ١٠.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٦٠٤

.....

و على المقرّ بالخطأ نصيبه من الدية.

و قد عرفت أنّه في صورة الإقرار بالتعمّد لولئى الدم قتل المقرّين أجمع و ردّ الفاضل عن دية صاحبه، كما في الشركة على ما تقدّم، و يدلّ عليه بعض النصوص كموثّقة السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليهم السلام) في رجلين شهدا على رجل أنّه سرق فقتلت يده، ثم رجع أحدهما، فقال: شبّه علينا، غرّما دية اليد من أموالهما خاصة. و قال في أربعة شهدوا على رجل أنّهم رأوه مع امرأة يجامعها و هم ينظرون، فرجم ثم رجع واحد منهم، قال: يغرم ربع الدية إذا قال: شبّه عليّ، و إذا رجع اثنان و قالوا: شبّه علينا غرّما

نصف الديّة، و إن رجعوا كلّهم و قالوا: شبّه علينا غرموا الديّة، فإن قالوا: شهدنا بالزور قتلوا جميعاً «١».

و من الواضح أنّ المراد بقوله: «قتلوا جميعاً» هو جواز قتل الجميع لا وجوبه.

و ذكر في الجواهر: إنّ من قوله (عليه السّلام) الثاني يعلم أنّ المراد من قوله الأوّل: «رجع أحدهما فقال ..» إلى آخره رجوعهما معاً، و

إن كان المتكلم أحدهما بقريته قوله «شبّه علينا»، و لذا حكم بغرامتهما معاً الديّة «٢».

و ممّا ذكرنا ظهر حكم ما لو أراد قتل بعض المقرّين بالتعمّد.

(١) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٨٥ ح ٧٨٨، و عنه وسائل الشيعه: ٢٧/ ٣٣٢، كتاب الشهادات ب ١٤ ح ٢.

(٢) جواهر الكلام: ٤١/ ٢٢٦.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٦٠٥

[مسألة ١١ لو كان المشهود به ما يوجب الحدّ برجم أو قتل]

مسألة ١١ لو كان المشهود به ما يوجب الحدّ برجم أو قتل، فإن استوفى ثم قال أحد الشهود بعد الرجم مثلاً: كذبت متعمّداً و صدّقه الباقيون و قالوا: تعمّدنا، كان لولّي الدم قتلهم بعد ردّ ما فضل من دية المرجوم، و إن شاء قتل واحداً و على الباقيين تكملته ديته بالحصص بعد وضع نصيب المقتول، و إن شاء قتل أكثر من واحد و ردّ الأولياء ما فضل من دية صاحبهم، و أكمل الباقيون ما يعوز بعد وضع نصيب من قتل، و إن لم يصدّقه الباقيون مضى إقراره على نفسه فحسب، فللولّي قتله بعد ردّ فاضل الديّة عليه، و له أخذ الديّة منه بحصّته (١).

(١) الفرق بين هذه المسألة و المسألة المتقدّمة أمّا من جهة الموضوع فهو أنّ المفروض هناك ما لو كان المشهود به قتلاً أو جرحاً موجباً للقصاص، و هنا ما لو كان المشهود ما يوجب الحدّ برجم أو قتل، و أمّا من جهة الحكم ففي صورة ما لو قال أحد الشهود بعد الرجم مثلاً: كذبت متعمّداً، و صدّقه الباقيون بأن قالوا: تعمّدنا جميعاً، تشترك المسألتان في أنّه يجوز لولّي الدم قتلهم بعد ردّ ما فضل من دية المرجوم، و يجوز له قتل الواحد و الأكثر، و إن لم يصدّقه الباقيون لم يمض إقراره إلّا على نفسه فحسب.

و لكن قال الشيخ في محكي النهاية: يقتل و يرّد عليه الباقيون ثلاثة أرباع الديّة «١»، و ذكر المحقق في الشرائع: أنّه لا وجه له «٢»، مع دلالة بعض الروايات عليه، مثل:

□

صحيحه إبراهيم بن نعيم الأزدي، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السّلام) عن أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فلمّا قتل رجوع أحدهم عن شهادته؟ قال: فقال: يقتل الرابع

(١) النهاية: ٣٣٥.

(٢) شرائع الإسلام: ٤/ ١٤٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٦٠٦

.....

(الراجع خ ل) و يؤدّي الثلاثة إلى أهله ثلاثة أرباع الديّة «١»، و لكنّه حملها صاحب الجواهر «٢» على اعتراف الباقيين بالخطأ، كما أنّه قد حمل رواية مسمع كردين، عن أبي عبد الله (عليه السّلام) في أربعة شهدوا على رجل بالزنا فرجم، ثمّ رجع أحدهم، فقال: شككت

في شهادتي، قال: عليه الدية. قال: قلت: فإنه قال: شهدت عليه متعمداً، قال: يقتل «٣» على ربع الدية لا تمامها، وكيف كان فالحق مع ما في المتن.

(١) الكافي: ٣٨٤ / ٧ ح ٥، تهذيب الأحكام: ٢٦٠ / ٦ ح ٦٩٠، وج ٣١١ / ١٠ ح ١١٦٠، و عنهما وسائل الشيعة:

٣٢٩ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ١٢ ح ٢.

(٢) جواهر الكلام: ٢٢٧ / ٤١ - ٢٢٨.

(٣) الفقيه ٣ / ٣٠ ح ٩٠، و عنه وسائل الشيعة: ٣٢٩ / ٢٧، كتاب الشهادات ب ١٢ ح ٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٦٠٧

[مسألة ١٢ لو ثبت أنهم شهدوا بالزور نقض الحكم و استعيد المال إن أمكن و إلا يضمن الشهود]

مسألة ١٢ لو ثبت أنهم شهدوا بالزور نقض الحكم و استعيد المال إن أمكن و إلا يضمن الشهود، و لو كان المشهود به قتلًا ثبت عليهم القصاص، و كان حكمهم حكم الشهود إذا رجعوا و أقروا بالتعمد، و لو باشر الولي القصاص و اعترف بالتزوير كان القصاص عليه لا الشهود، و لو أقرّ الشهود أيضاً بالتزوير، و يحتمل في هذه الصورة كون القصاص عليهم جميعاً، و الأول أشبه (١).

(١) لو ثبت بالعلم من أيّ طريق أنهم شهدوا بالزور انتقض الحكم، أي ظهر بطلانه و عدم صحّته لتبين اختلال ميزان الحكم، و حينئذ يستعاد المال المأخوذ باستناد الحكم إن أمكن، و إلا يكون الشهود ضامناً لاستناد الإلتلاف إليهم، و لو كان المشهود به قتلًا ثبت عليهم القصاص، و كان حكمهم حكم الشهود إذا رجعوا و أقروا بتعمد الكذب.

و لو باشر الولي القصاص و اعترف هو خاصية بالتزوير كان القصاص عليه لا الشهود، كما أنّ عليه الدية لو اعترف بالخطأ، و لو أقرّ الشهود أيضاً فقد احتمل فيه وجهين: أحدهما: كون القصاص على الولي فقط لا الشهود، ثانيهما: كون القصاص في هذه الصورة عليهم جميعاً من الولي و الشهود لتزويرهم كذلك، و لكنّه جعل الأول أشبه، و الوجه في الأشبيهة كونه المباشر للقصاص، و التزوير إن كان مشتركاً بينهما إلا أنّ المباشرة معه موجبة للقصاص، و لا يكون السبب هنا أقوى من المباشر لوجود التزوير فيه أيضاً، و هم معه كالممسك مع القاتل، حيث إنّ القصاص على القاتل، و مجرد تعاون الممسك على القتل لا يوجب صيرورته كالقاتل من هذه الجهة، كما لا يخفى.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٦٠٨

[مسألة ١٣ لو شهد اثنان على رجل بسرقة فقتل يده ثم ثبت تزويرهما، فللولي القصاص منهما]

مسألة ١٣ لو شهد اثنان على رجل بسرقة فقتل يده ثم ثبت تزويرهما، فللولي القصاص منهما بعد ردّ نصف الدية إليهما و من واحد منهما، و يردّ الآخر ربع الدية إلى صاحبه، و لو رجعا في الفرض، فإن قالوا: تعمّدنا فمثل التزوير، و إن قالوا: أوهمنا و كان السارق فلاناً غيره أغرماً دية اليد، و لم يقبل شهادتهما على الآخر (٢).

(١) هذه المسألة هي التي وردت فيها صحيحة محمد بن قيس المتقدمة، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل شهد عليه رجلان بأنّه سرق فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا: هذا السارق و ليس الذي قطع يده، أمّا شبّهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أن غرّمهما نصف الدية، و لم يجز شهادتهما على الآخر (١).

ومن الواضح أنّ غرامة نصف الدية إنّما هي فيما لو قالوا: أوهمنا، و أمّا مع التعميد الذي هو مثل التزوير المفروض في أصل المسألة فالحكم فيه القصاص منهما أو من أحدهما، غاية الأمر أنّه مع القصاص منهما يجب عليه ردّ نصف الدية إليهما، و مع القصاص من أحدهما يرّد الآخر ربع الدية إلى صاحبه، كما لا يخفى.

(١) تقدّمت في ص ٥٩٨.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٦٠٩

[مسألة ١٤ لو شهدا بالطلاق ثم رجعا بعد حكم الحاكم لم ينقض حكمه]

مسألة ١٤ لو شهدا بالطلاق ثم رجعا بعد حكم الحاكم لم ينقض حكمه، فإن كان الرجوع بعد دخول الزوج لم يضمنا شيئاً، وإن كان قبله ضمنا نصف مهر المستمي، و في هذا تردّد (١).

(١) لو شهدا بالطلاق ثم رجعا بعد حكم الحاكم و تزويجها بالغير لم ينقض حكمه؛ لأنّ الرجوع لا يستلزم أنّصافهما بالفسق حال الطلاق؛ لأنّه مضافاً إلى احتمال كذبهما في حال الرجوع يمكن أن يكون للرجوع أغراض و مقاصد أخرى، ففي المتن أنّه إن كان الرجوع بعد دخول الزوج أي الثاني لم يضمّن الشاهدان شيئاً، فإنّ الدخول موجب لثبوت تمام المهر على الزوج من دون فرق بين العقد الصحيح و العقد الفاسد، و إن كان قبل الدخول ضمن الشاهدان نصف مهر المسمى الواجب بالعقد الصحيح، و قد تردّد فيه الماتن (قدّس سرّه)، و منشأ التردد مع أنّ البضع لا يضمّن بالتفويت و لذا لا يضمّن بقتل الغير إياها أو قتلها نفسها، و لا يترتب عليه إلّا ما يترتب على غيره من دون ضمان البضع وجود بعض الروايات، مثل:

صحيحه محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السّلام) في رجلين شهدا على رجل غائب عن امرأته أنّه طلقها فاعتدّت المرأة و تزوّجت، ثمّ إنّ الزوج الغائب قدم فزعم أنّه لم يطلقها، و أكذب نفسه أحد الشاهدين، فقال: لا سبيل للأخير عليها، و يؤخذ الصداق من الذي شهد و رجع، فيردّ على الأخير و يفرّق بينهما، و تعتدّ من الأخير، و لا يقربها الأوّل حتى تنقضى عدتها «١».

(١) الفقيه: ٣٦/٣ ح ١٢٠، مستطرفات السرائر: ٨٢ ح ١٨، تهذيب الأحكام: ٦/٢٨٥ ح ٧٨٩، الاستبصار: ٣/٣٨ ح ١٢٩، و عنها وسائل الشريعة: ٢٧/٣٣١، كتاب الشهادات ب ١٣ ح ٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٦١٠

.....

و موثقة إبراهيم بن عبد الحميد، عن أبي عبد الله (عليه السّلام) في شاهدين شهدا على امرأة بأنّ زوجها طلقها فتزوّجت ثمّ جاء زوجها فأنكر الطلاق، قال: يضربان الحدّ و يضمّنان الصداق للزوج، ثمّ تعتدّ ثمّ ترجع إلى زوجها الأوّل «١»، و رواه في الوسائل في الباب الواحد مرّتين مع وضوح الوحدة و عدم التعدّد، و في الجواهر بعد ذكر الخبرين: إلّا أنّ الأخير منهما كما ترى خال عن رجوع الشاهدين أو أحدهما، و حينئذٍ يشكل ضربهما الحدّ، كما أنّه يشكل نقض الحكم بمجرد إنكار الزوج، فهو حينئذٍ شاذّ غير موافق لما سمعته من الشيخ و لا من غيره، و حملة على ما ذكره الشيخ ليس بأولى من حملة على تزويجها بشهادتهما من دون حكم الحاكم، ثمّ لمّا جاء الزوج رجعا عن الشهادة و اعترفا بأنّهما شهدا زوراً إلى أن قال:- و أمّا الأوّل فهو مع خلّوه عن الحدّ الذي ذكره الشيخ و الرجوع عن الشهادة أعمّ من إيجاب الحدّ، إذ لعلّه خطأ «٢».

وما حكاها عن الشيخ في النهاية في أول البحث هو أنه إن شهد رجلان على رجل بطلاق امرأته فاعتدت وتزوجت ودخل بها ثم رجعا وجب عليهما الحدّ وضمن المهر للزوج الثاني، ورجع المرأة إلى الأول بعد الاستبراء بعدة من الثاني (٣).
أقول: لا يكون في الخبرين فرض الدخول وعدمه، وقد ثبت في كتاب

(١) الكافي: ٣٨٤/٧ ح ٣، تهذيب الأحكام: ٢٦٠/٦ ح ٦٨٩ و ص ٢٨٦ ح ٧٩١، الاستبصار: ٣٨/٣ ح ١٢٨، الفقيه: ٣/٣٦ ح ١١٩، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧/٣٣١، كتاب الشهادات ب ١٣ ح ١ و ٢.

(٢) جواهر الكلام: ٢٣٢/٤١ - ٢٣٣.

(٣) النهاية: ٣٣٦، و تبعه القاضي في المهذب: ٢/٥٦٣.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٦١١

.....

النكاح أن الدخول موجب لثبوت المهر المسمّى و إن كان مرّة واحدة (١). وقد قلنا: أنه في هذه الصورة يضمن الزوج الثاني، و في فرض عدم الدخول أصلاً يكون ظاهر الآية الشريفة (٢) ثبوت النصف في صورة الطلاق، و هذه لا تحتاج إلى طلاق أصلاً، فثبوت ضمان نصف المهر على الشاهدين مع عدم الدخول محلّ ترديد كما في المتن.

(١) تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب النكاح: ٢٠١-٢٠٣، ٤٠٤-٤٠٧، ٤٤٢-٤٤٤.

(٢) سورة البقرة ٢: ٢٣٧.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: ٦١٢

[مسألة ١٥ يجب أن يشهر شهود الزور في بلدتهم أو حيّهم لتجنب شهادتهم و يرتدع غيرهم]

مسألة ١٥ يجب أن يشهر شهود الزور في بلدتهم أو حيّهم لتجنب شهادتهم و يرتدع غيرهم، و يعزّزهم الحاكم بما يراه، و لا تقبل شهادتهم إلّا أن يتوبوا و يصلحوا و تظهر العدالة منهم، و لا يجرى الحكم فيمن ثبت غلظه أو ردّت شهادته لمعارضه بينه أخرى أو ظهور فسق بغير الزور (١).

(١) قال في الجواهر: يجب تعزيز شاهد الزور بلا خلاف أجده فيه بما يراه الحاكم من الجلد و النداء في قبيلته و محلّته بأنّه كذلك، ليرتدع غيره بل هو فيما يأتي (١). و في موثقة سماعة، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: شهود الزور يجلدون حدّاً و ليس له وقت، ذلك إلى الإمام، و يطاف بهم حتى يعرفوا و لا يعودوا. قال: قلت: فإن تابوا و أصلحوا تقبل شهادتهم بعد؟ قال: إذا تابوا تاب الله عليهم و قبلت شهادتهم بعد (٢).

و في رواية عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: إن شهود الزور يجلدون جلدًا (٣) ليس له وقت، ذلك إلى الإمام، و يطاف بهم حتى تعرفهم الناس، و تلا قوله تعالى و لا تقبلوا لهم شهادةً أبداً و أولئك هم الفاسقون. إلّا الذين تابوا (٤)، قلت: بم تعرف توبته؟ قال: يكذب نفسه على رءوس الأشهاد حيث يضرب و يستغفر ربّه عزّ و جلّ، فإذا هو فعل ذلك فتمّ ظهرت توبته (٥).

(١) جواهر الكلام: ٢٥٢/٤١.

(٢) الفقيه: ٣/ ٣٥ ح ١١٧، عقاب الأعمال: ٢٦٩ ح ٤، و عنها وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٣٣، كتاب الشهادات ب ١٥ ح ١.

(٣) في الفقيه «حدًا» بدل جلدًا.

(٤) النور ٢٤: ٥٤.

(٥) الفقيه: ٣/ ٣٥ ح ١٢١، تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٦٣ ح ٦٩٩، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٣٤، كتاب الشهادات ب ١٥ ح ٢.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٦١٣

.....

و موثقة غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام) أن علياً (عليه السلام) كان إذا أخذ شاهد الزور، فإن كان غريباً بعث به إلى حيته، و إن كان سوقياً بعث به إلى سوقه فطيف به، ثم يحبسه أياماً ثم يخلّى سبيله «١».

و من ملاحظة هذه الروايات ظهر أن المورد ما إذا كذب الشاهد نفسه بأن اعترف بالشهادة متعمداً للكذب، فلا يشمل من ثبت غلطه أو ردت شهادته؛ لمعارضته بينه أخرى أرجح، بل و لو ظهر الفسق من غير هذه الناحية أى شهادة الزور كسرب الخمر و نحوه، كما أنه ظهر أن المراد من قوله تعالى تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَ أَصْلَحُوا ليس أمرين: التوبة، و الإصلاح زائداً عليها، بل الإصلاح عبارة أخرى عن التوبة، كما بيناه في بعض المباحث السابقة، خلافاً لمثل الشيخ و المحقق (قدس سرهما) حيث رأيا كون الإصلاح أمراً زائداً على التوبة فراجع «٢».

لنكراني، محمد فاضل موحدى، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، در يك جلد، مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٠ هـ ق

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات؛ ص: ٦١٣

(١) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٨٠ ح ٧٧٠، الفقيه: ٣/ ٣٥ ح ١١٨، و عنهما وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٣٤، كتاب الشهادات ب ١٥ ح ٣.

(٢) في ص ٤٦٨ - ٤٦٩.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: ٦١٤

.....

و قد وقع الفراغ من تسويد هذه الأوراق بيد العبد المفتاق إلى رحمة ربه الغنى محمد الفاضل اللنكراني ابن الفقيه الفقيه آية الله الحاج الشيخ فاضل اللنكراني قدس سره الشريف في اليوم الثاني من شهر صفر الخير من شهر سنة ١٤٢٠ الهجرية القمرية، و من الله أستمد لإتمام شرح كتاب «تحرير الوسيلة» للإمام الراحل الخميني (قدس سره) المسمى ب «تفصيل الشريعة»، و إن كانت الآلام و الأسقام الروحية و الجسمية ربما تمنعان عن ذلك، لكن نعمائوه التي لا تعد و آلاؤه التي لا تحصي فائقه على كل شيء، فالحمد لله أولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً.

لنكراني، محمد فاضل موحدى، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، در يك جلد، مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٠ هـ ق

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهدوا بأموالكم و أنفسكم في سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون (التوبة/٤١).

قال الإمام علي بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - في تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عُيُونُ أَخْبَارِ الرُّضَا(ع)، الشَّيْخُ الصَّدُوقُ، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رَحِمَهُ اللَّهُ - كان أحدًا من جهابذة هذه المدينة، الذي قد اشتهر بشغفه بأهل بيت النبي (صلوات الله عليهم) ولاسيما بحضرة الإمام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ ولهذا أسس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة لم ينطفيء مصباحها، بل تتبّع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطه من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميه و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، في مجالات شتى: دينيه، ثقافيه و علميه...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافه الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحري الأذق للمسائل الدينيه، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايتي المتبدله أو الرديئه - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضيه واسعة جامع ثقافيه على أساس معارف القرآن و أهل البيت -عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعه ثقافه القراءه و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم الإسلاميه، إناله المنابع اللازمه لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة في الجامعه، و... - منها العداله الاجتماعيه: التي يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثه متصاعده، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في آكناف البلد - و نشر الثقافه الإسلاميه و الإيرانيه - في أنحاء العالم - من جهه أخرى. - من الأنشطة الواسعه للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءه

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيه و مكتبيه، قابله للتشغيل في الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثيه الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركه و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي "القائمية" www.Ghaemiyeh.com و عدده مواقع أخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإطلاق و الدعم العلمى لنظام إجابة الأسئلة الشرعيه، الاخلاقيه و الاعتقاديه (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائى و اليدوى للبلوتوث، ويب كاشك، و الرسائل القصيره SMS

(ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعيه و اعتباريه، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميه، الجوامع، الأماكن الدينيه كمسجد جمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسه" الخاص بالأطفال و الأحداث المشاركين في الجلسه

(ي) إقامة دورات تعليميه عموميه و دورات تربيه المربى (حضوراً و افتراضاً) طيله السنه

المكتب الرئيسي: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد" / ما بين شارع "بنج رمضان" ومفترق "وفائي" / "بناية" القائمية "

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الإلكتروني: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الإلكتروني: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٢-٢٣٥٧٠ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية والمبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزاتية الحالية لهذا المركز، شعبيته، تبرعته، غير حكومية، و غير ربحية، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافي الحجم المتزايد والمتسع للامور الدينية والعلمية الحالية و مشاريع التوسعة الثقافية؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقيه الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً متزائداً لإعانتهم - في حد التمكن لكل احد منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله ولي التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريات 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

