



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

العلماء



رسالة
عليكم يا صابغين

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

نظام
القضاء و الشهادة
في الشريعة الإسلامية الفراء

بإشراف
مجلس
العلماء
بجامعة
الكويت

الطبعة الأولى

الطبعة الثانية
الطبعة الثالثة
الطبعة الرابعة
الطبعة الخامسة



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

نظام القضاء و الشهاده فى الشريعة الاسلاميه الغراء

كاتب:

جعفر سبحانى

نشرت فى الطباعة:

موسسه الامام الصادق عليه السلام

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٢٧	نظام القضاء و الشهاده فى الشريعة الاسلاميه الغراء المجلد ١
٢٧	اشارة
٢٧	[المقدمة]
٢٧	اشارة
٢٧	القضاء و دوره فى استتباب الأمن و استقرار العدل
٢٧	تقوم الحكومة الإسلامية على دعائم ثلاث
٢٧	اشارة
٢٧	فللسلطة التشريعية مراحل نشير إليها على وجه الإيجاز:
٢٧	أ. مرحلة التشريع
٢٨	ب. مرحلة الاستنباط
٢٨	ج. مرحلة التخطيط
٢٨	و أما السلطة التنفيذية
٢٨	و أما السلطة القضائية
٢٩	وحدة السلطة التنفيذية و القضائية و فصلهما
٣٠	و قبل الخوض فى المقصود نقدم اموراً:
٣٠	اشارة
٣٠	الأمر الأول: فى أن القضاء أحد الدعائم الثلاث لسعادة المجتمع
٣٠	اشارة
٣٠	١ السائس و الحاكم
٣١	٢ القاضى و الفاصل للخصومات
٣١	٣ المفتى و المجتهد
٣٢	الأمر الثانى: القضاء لغةً و اصطلاحاً

- ٣٢ اشارة
- ٣٣ تعريف أربعة للقضاء
- ٣٤ الأمر الثالث: القضاء منصب يتقوم بالولاية
- ٣٤ اشارة
- ٣٥ دليل القول المشهور
- ٣٦ كلام المحقق الأشتياي
- ٣٧ الأمر الرابع: القضاء فى زمان الغيبة ربما يتوقف على النصب
- ٣٧ الأمر الخامس: فى أن القضاء واجب كفاي
- ٣٧ اشارة
- ٣٨ و قد اشير فى هذه الكلمات إلى وجوه من الأدلة على كونه واجباً كفاي:
- ٣٨ ١ الإجماع
- ٣٨ ٢ الخطابات العامة
- ٣٩ ٣ إته من فروع القيام بالقسط الذى أمر به سبحانه
- ٣٩ ٤ كون القضاء مقدمة للأمر بالمعروف و النهى عن المنكر
- ٣٩ ٥ توقف نظام النوع الإنسانى عليه
- ٤٠ ٦ القضاء مبدأ لتطبيق الأحكام
- ٤٠ ٧ القضاء سبب لحفظ الحقوق
- ٤٠ ٨ إقامة العدل من وظائف الفقيه المقتدر.
- ٤١ الأمر السادس: استحباب تولي القضاء لمن يثق من نفسه
- ٤١ اشارة
- ٤٢ يقع الكلام فى مقامين:
- ٤٢ اشارة
- ٤٢ أما الأول [ما هو الدليل على استحبابه؟]
- ٤٣ الثانى: ما هو الموضوع للاستحباب على فرض ثبوته؟

- ٤٤ النظر الأوّل في صفات القاضي
- ٤٤ اشارة
- ٤٤ و الصفات المذكورة في كلام المحقق و غيره عبارة عن الأمور التالية:
- ٤٤ اشارة
- ٤٤ الشرط الأوّل و الثاني: البلوغ و كمال العقل
- ٤٥ الشرط الثالث: الإسلام
- ٤٤ الشرط الرابع: الإيمان
- ٤٤ اشارة
- ٤٤ اشتراط الإيمان في كلمات الفقهاء
- ٤٨ الاستدلال على عدم الاشتراط
- ٤٨ إكمال
- ٤٩ الشرط الخامس: العدالة
- ٥٠ الشرط السادس: طهارة المولد
- ٥٢ الشرط السابع: الذكورة
- ٥٣ اشارة
- ٥٣ و لنذكر بعض الكلمات في المقام:
- ٥٤ و لنقدّم البحث عن الآيات:
- ٥٤ الآية الأولى: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ)
- ٥٤ اشارة
- ٥٥ المواضع الهامة الثلاثة في تفسير الآية
- ٥٥ اشارة
- ٥٥ ١- ما هو المراد من قوله سبحانه: الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ؟
- ٥٦ ٢- ما هو ملاك القيمومة و السيطرة؟
- ٥٦ اشارة

- ٥٦ المللك الموهوبى
- ٥٧ المللك الاكتسابى
- ٥٨ ٣- سعة القيمومة و ضيقها
- ٦٠ الآية الثانية: وَ لِلرَّجَالِ عَلَیْهِنَّ دَرَجَةٌ
- ٦١ الآية الثالثة: قوله: وَ هُوَ فِى الْخِصَامِ غَیْرُ مُبَیِّنٍ
- ٦٢ الاستدلال بالروایات
- ٦٣ الشرط الثامن: الاجتهاد
- ٦٣ اشارة
- ٦٥ أدلة القول بشرطية الاجتهاد
- ٦٥ اشارة
- ٦٥ الأول: الشهرة الفتوائية المحققة
- ٦٥ الثانى: إن الأصل فى القضاء هو المنع و لم يخرج منه إلا العالم بالحكم لا الحاكى عن الغير
- ٦٥ و تمامية الدليل يتوقف على دراسة ما ورد من الأدلة فى المقام و هى روايات معدودة
- ٦٥ اشارة
- ٦٥ الأولى: مقبوله عمر بن حنظلة:
- ٦٧ الثانية: مشهورة أبى خديجة الأولى
- ٧٠ الثالثة: مشهورة أبى خديجة الأخرى
- ٧٠ الرابعة: التوقيع الرفيع
- ٧١ الخامسة: مرسله الحرانى
- ٧٢ سؤال و إجابة
- ٧٢ فى صلاحية المتجزئ لممارسة القضاء
- ٧٣ الاستدلال على كفاية التجزى برواية أبى خديجة الثانية
- ٧٤ المقلد و منصه القضاء
- ٧٤ اشارة

- أ- استقلال المقلد في القضاء ٧٥
- اشارة ٧٥
- ١- إطلاق أدلة الأمر بالمعروف ٧٥
- ٢- إطلاق الحكم بالحق و العدل ٧٥
- اشارة ٧٥
- يلاحظ على الجميع: ٧٦
- ٣- الاستدلال بإطلاق حديث الحلبي ٧٦
- ٤- صحيح أبي خديجة ٧٧
- ٥- الاستدلال بخبر محمد بن حفص ٧٨
- ٦- الاستدلال بالسيرة ٧٨
- ب: في نصب المجتهد، المقلد للقضاء ٧٩
- ج: في توكيل المقلد للقضاء ٨٠
- اشارة ٨٠
- أما الأمر الأول أي الدليل الخاص فتوضيح المقام: ٨١
- اشارة ٨١
- و على ذلك يترتب عدم جواز الوكالة في الأمور التالية: ٨١
- و أما الكلام في الأمر الثاني أي وجود دليل في باب الوكالة ٨٢
- د: نصب المقلد للقضاء عند الاضطرار ٨٣
- الشرط التاسع: كونه ضابطاً ٨٦
- الشرط العاشر: العلم بالكتابة ٨٧
- الشرط الحادي عشر: البصر ٨٧
- الشرط الثاني و الثالث عشر: السلامة من الصمم و الخرس ٨٧
- الشرط الرابع عشر: الحرية ٨٨
- مسائل إحدى عشرة ٨٨

- ٨٨ الأولى: فى قاضى التحكيم و المأذون
- ٨٨ اشارة
- ٨٨ الجهة الأولى: فى تفسيره و تبين مفهومه
- ٨٨ الجهة الثانية: فى تصويره فى زمان الغيبة
- ٨٩ الجهة الثالثة: قاضى التحكيم فى كلمات الأصحاب
- ٩٠ الجهة الرابعة: ما هو الدليل على مشروعيتها؟
- ٩٠ اشارة
- ٩١ الاستئناس بالآيات و الروايات
- ٩٣ المقبولة و قاضى التحكيم
- ٩٣ روايتا أبى خديجة و قاضى التحكيم
- ٩٤ ٣ رواية داود بن الحصين و قاضى التحكيم
- ٩٤ الجهة الخامسة: فى بيان ما هو الشرط فى قاضى التحكيم
- ٩٥ الجهة السادسة: فى اشتراط الرضا بعد القضاء و عدمه
- ٩٧ الجهة السابعة: نفوذ حكمه بحقوق الناس و عدمه
- ٩٧ اشارة
- ٩٨ فى نفوذ قضاء الفقيه الإمامى: القاضى المأذون
- ٩٨ اشارة
- ٩٨ الجهة الأولى: فى نقل كلمات الأصحاب فى نفوذ قضاء الفقيه
- ٩٩ الجهة الثانية: فى إغناء الإذن عن النصب
- ٩٩ الجهة الثالثة: فى سعة نفوذ قضائه
- ١٠٠ الجهة الرابعة: فى حرمة الترافع إلى حكام الجور
- ١٠٠ اشارة
- ١٠٢ و نبحت عن الجميع فى ضمن صور أربع:
- ١٠٢ الأولى: إذا تمكّن من استيفاء حقّه بالرجوع إلى الفقيه الإمامى و كان محقّقاً قبل الترافع،

- الصورة الثانية: إذا أمكن الترافع لدى حكام العدل و كان هناك نزاع بينه و بين شخص من أبناء جلدته و لم يكن الحق متبيناً قبل ا
- الصورة الثالثة: إذا علم كونه محققاً قبل الترافع و عالماً بأحد الأتحاء المذكورة أنه مالك للعين أو الدين في ذمته ----- ١٠٣
- الصورة الرابعة: نفس الصورة الثالثة، لكن لم يتبين كونه محققاً إلا بالترافع إليهم، ----- ١٠٤
- الصورة الخامسة: إذا استعان بظالم من دون أن يكون حاكم جور أو قاضيه في استيفاء حقه ----- ١٠٤
- المسألة الثانية «١» و فيها فروع ----- ١٠٤
- ١- تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه. ----- ١٠٤
- ٢- ربّما وجب و يكون واجباً على الكفاية. ----- ١٠٥
- ٣- إذا علم الإمام عليه السلام أنّ بلداً خال من قاض لزمه أن يبعث له ----- ١٠٥
- ٤- لزوم التصدى للقضاء و شقوقه ----- ١٠٥
- ٥- في بذل المال لتصدّي القضاء ----- ١٠٦
- المسألة الثالثة: في تولية المفضل مع وجود الفاضل ----- ١٠٦
- اشارة ----- ١٠٦
- الأولى: في تعيين محلّ النزاع. ----- ١٠٧
- الجهة الثانية: ما هو ملاك الأفضلية؟ ----- ١٠٧
- الجهة الثالثة: في دراسة أدلة الطرفين ----- ١٠٨
- اشارة ----- ١٠٨
- التفصيل بين الشبهة الموضوعية و الحكمية ----- ١٠٩
- المسألة الرابعة: في جواز الاستخلاف و عدمه ----- ١١٠
- المسألة الخامسة: في ارتزاق القاضى من بيت المال ----- ١١١
- اشارة ----- ١١١
- المقام الأول: الارتزاق من بيت المال ----- ١١١
- اشارة ----- ١١١
- استدل على المنع بروايتين: ----- ١١٤
- المقام الثانى: في أخذ الجعل من المتحاكمين ----- ١١٤

- ١١٤ اشارة
- ١١٥ إنّ المانع عن صحتها أمور ثلاثة
- ١١٧ المسألة السادسة: فيما تثبت به ولاية القاضي
- ١١٧ اشارة
- ١١٧ استدلال على حجتيه الشيعاء بوجوده:
- ١١٧ الأول: مرسله يونس
- ١١٩ الثاني: صحيحه حريز
- ١٢٠ الثالث: ما ورد في متاع الرجل و المرأة
- ١٢٠ الرابع: ما رواه في الوسائل عن تفسير الإمام الحسن العسكري عليه السلام
- ١٢٠ الخامس: ما في صحيحه عبد الله بن أبي يعفور:
- ١٢١ السادس: السيرة المستمرة من زمن النبي صلى الله عليه و آله و سلم
- ١٢١ السابع: عسر إقامة البينة فيجب سماع الاستفاضة فيها
- ١٢١ بقى الكلام في أمور:
- ١٢٢ الأول: هل حجتيه الشيعاء على القول بحجتيه مشروطة بإفادته العلم، أو الاطمئنان المتأخم له، أو الظن المطلق أو هو حجة مطلقاً؟
- ١٢٢ الثاني: في العدد المحقق للشيعاء
- ١٢٢ الثالث: هل الشيعاء حجة في خصوص الخمسة الواردة في مرسله يونس أو يعتمها و غيرها؟
- ١٢٢ المسألة السابعة: في نصب قاضيين في البلد الواحد
- ١٢٢ اشارة
- ١٢٣ الف: نصب قاضيين في البلد في جميع الجهات
- ١٢٣ اشارة
- ١٢٤ يلاحظ عليه بأمرين:
- ١٢٤ ب: نصب قاضيين لممارسة القضاء على وجه الاتفاق
- ١٢٥ اشارة
- ١٢٤ يقع الكلام في جهات:

- الأولى: التصوير الصحيح من هذا القسم ١٢٦
- الثانية: فى تلخيص أدلة الطرفين ١٢٦
- الثالثة: فى القضاء بين القولين ١٢٦
- المسألة الثامنة: فى انعزال القاضى و عزله ١٢٧
- المسألة التاسعة: فى انعزال القضاء بموت الإمام ١٢٨
- اشارة ١٢٨
- فى موت القاضى المنصوب ١٣٠
- المسألة العاشرة: فى تولية من لم يستكمل شرائط القضاء ١٣٠
- المسألة الحادية عشرة: كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه ١٣١
- اشارة ١٣١
- استدل على الملازمة بوجوه: ١٣١
- ١- القضاء شهادة و زيادة ١٣١
- ٢- القضاء عليه خلاف المعروف ١٣٢
- ٣- القضاء عليه عقوق: ١٣٢
- تكميل ١٣٣
- النظر الثانى فى آداب القاضى ١٣٦
- اشارة ١٣٦
- الأولى: عمل القاضى بعلمه ١٣٦
- اشارة ١٣٦
- فلايضاح المقام نقدّم أموراً: ١٣٦
- * الأمر الأول: فى نقل كلمات الأصحاب فى المسألة: ١٣٦
- اشارة ١٣٦
- كلمات فقهاء أهل السنة ١٣٩
- اشارة ١٣٩

- ١٤٠ حاصل أقوالهم
- ١٤٠ * الأمر الثاني: ما هو المراد من الجواز؟
- ١٤١ * الأمر الثالث: في العلم المأخوذ في الموضوع
- ١٤٢ إذا عرفت ذلك فاعلم أن الأدلة على أقسام ثلاثة:
- ١٤٢ اشارة
- ١٤٣ المقام الأول: فيما يصلح للاستدلال به على جواز العمل في كلا الحقوقين
- ١٤٣ اشارة
- ١٤٤ إلفات نظر
- ١٤٧ المقام الثاني: في ما استدل به على جواز العمل في خصوص حقوق الله
- ١٤٧ اشارة
- ١٤٩ في خاتمة المطاف تأتي بأمور تلقي الضوء على المختار
- ١٤٩ ١- عدم العمل بالعلم في مورد الإحصان
- ١٥٠ ٢- بطلان وحدة المدعى و القاضى
- ١٥١ ٣- حقوق الله خارجة عن مجال القضاء
- ١٥٢ المقام الثالث: في ما استدلّ به في خصوص حقوق الناس
- ١٥٢ اشارة
- ١٥٤ فجميع الموارد تتمتع من خصوصيات:
- ١٥٥ إكمال
- ١٥٤ المسألة الثانية: في التماس المدعى حبس المنكر لتزكية البيّنة
- ١٥٧ المسألة الثالثة فيها فروع ثلاثة:
- ١٥٧ اشارة
- ١٥٧ [الفرع الأول] لزوم النظر في حكم الغريم المحبوس
- ١٥٩ [الفرع الثاني] نقض حكم القاضى عند تبين الخطأ
- ١٥٩ اشارة

- ١- نقض الحكم بالحكم ١٥٩
- و قبل الخوض في البحث نأتي ببعض نصوصهم: ١٥٩
- إذا عرفت ما هو المبرر لحرمة النقض و جوازه فأليك بيان الموارد التي يجوز النقض فيها: ١٦٢
- أ: تبين فساد الاجتهاد ١٦٢
- ب إذا خالف الدليل القطعي ١٦٢
- ج إذا خالف الدليل المعتبر ١٦٢
- د لو كان الدليل المخالف عند القاضى الثانى أرجح عنده مما استند إليه. ١٦٣
- ما هو المراد من حرمة النقض؟ ١٦٤
- ٢- نقض الحكم بالفتوى ١٦٦
- ٣- نقض الفتوى بالحكم ١٦٦
- ٤- نقض الفتوى بالفتوى ١٦٦
- الفرع الثالث: لو حكم ثم تبين له الخطأ ١٦٧
- المسألة الرابعة فيها فروع ثلاثة ١٦٨
- قد جاء في هذه المسألة أيضاً فروع ثلاثة: ١٦٨
- اشارة ١٦٨
- أما الفرع الأول، فليس عدم وجوب التتبع لأجل أصالة الصحّة في القضاء السابق ١٦٨
- و أما الثانى: فلأنّ هذا الادعاء دعوى جديدة أقامها المحكوم عليه على القاضى ١٦٨
- و أما الفرع الثالث: فهو مبنى على كون الحقوقيين من باب واحد ١٦٩
- الاستئناف فى القضاء ١٦٩
- اشارة ١٦٩
- و لنذكر أموراً. ١٦٩
- ١- اختلاف كلمات الفقهاء ١٦٩
- ٢- مورد البحث غير المواضع الثلاثة ١٧٠
- ٣- الموانع المائلة أمام تجديد المرافعة ١٧٠

- أ- تجديد النظر غير الاستنكار ١٧٠
- ب- ذهاب الحق باليمين حكم ثانوى ١٧١
- اشارة ١٧١
- محاولات للجمع بين ذهاب الحق و تجديد النظر ١٧١
- ج- النزاع غير مرفوع لدى الاشتراط ١٧٢
- المسألة الخامسة: فى الشكوى على قضاء القاضى ١٧٢
- اشارة ١٧٢
- ١- يحلف القاضى لو لم يكن للمدعى البينة ١٧٤
- ٢- يكلف القاضى بإقامة البينة ١٧٤
- اشارة ١٧٤
- يلاحظ عليه بأمرين: ١٧٤
- ٣- يُصدّق بلا يمين ١٧٥
- المسألة السادسة: فى شرطية التعدّد فى المترجم و عدمها ١٧٥
- اشارة ١٧٥
- تحليل المسألة بوجه آخر ١٧٧
- المسألة السابعة: فى صفات كاتب القاضى ١٧٨
- المسألة الثامنة: فى عدالة الشاهدين ١٧٩
- اشارة ١٧٩
- ١- لزوم التحقيق فى هوية الشاهد ١٧٩
- ٢- إذا أحرز إسلامه و شكّ فى فسقه ١٨٠
- اشارة ١٨٠
- أ: هل الاختلاف فى مفهوم العدالة جوهرى؟ ١٨٠
- ب- هل الإسلام مع عدم ظهور الفسق طريق إلى العدالة؟ ١٨٢
- ٣- لو تبين فسق الشاهدين ١٨٥

- ١٨٧ ٤- في تزكية الشاهد أو جرحه
- ١٩١ ٥- في اختلاف المزكى و الجارح
- ١٩٢ المسألة التاسعة: في تفريق الشهود
- ١٩٤ المسألة العاشرة: ما هو المعتبر في الجرح و التعديل؟
- ١٩٦ المسألة الحادية عشرة: الشهادة بالاستصحاب
- ١٩٦ المسألة الثانية عشرة: في تنظيم الملفات
- ١٩٧ المسألة الثالثة عشرة: في نفقة المحضر
- ١٩٧ المسألة الرابعة عشرة: في تعنيت الشهود
- ١٩٨ المسألة الخامسة عشرة: في المداخلة في كلام الشاهد
- ١٩٨ المسألة السادسة عشرة: في ضيافة أحد الخصمين
- ١٩٨ المسألة السابعة عشرة: في الرشوة موضوعاً و حكماً
- ١٩٨ اشارة
- ١٩٨ الأول: الرشوة في المعاجم و كلمات الفقهاء
- ٢٠٠ الثاني: الرشوة غير مختصة بباب القضاء
- ٢٠٠ الثالث: حكم الرشوة في الكتاب و السنة
- ٢٠١ الرابع: حكم الرشا في إحقاق الحق
- ٢٠٢ الخامس: في عدم اختصاص الرشوة بالمال و القاضى و الحق
- ٢٠٣ السادس: حكم بيع المحاباة
- ٢٠٣ اشارة
- ٢٠٤ يلاحظ عليه بوجهين:
- ٢٠٤ الأمر السابع: في حكم الرشوة رداً و ضمناً
- ٢٠٧ الأمر الثامن: في الفرق بين الهدية و الرشوة
- ٢٠٧ اشارة
- ٢٠٩ فروع:

- ٢٠٩ الفرع الأول: إذا شك الآخذ في كون المأخوذ رشوة أو هدية
- ٢٠٩ الفرع الثاني: إذا اتفقا على وجود عقد و اختلفا في نوعه
- ٢١٠ الفرع الثالث: فيما إذا لم يتفقا على وجود العقد
- ٢١١ المسألة الثامنة عشرة: في إحضار الخصم بطلب المشتكى
- ٢١٤ النظر الثالث في كيفية الحكم
- ٢١٤ اشارة
- ٢١٤ المقصد الأول: في وظائف الحاكم
- ٢١٤ اشارة
- ٢١٤ الأولى: التسوية في أنواع الإكرام بين المتخاصمين
- ٢١٥ الثانية: في تحريم تلقين أحد الخصمين على الآخر
- ٢١٦ الثالثة: في عدم مواجهة أحدهما بالخطاب
- ٢١٦ الرابعة: في الدعوة إلى الصلح
- ٢١٧ الخامسة: فيما إذا ازدحمت جماعة من المدعين
- ٢١٨ السادسة: في قطع كلام المدعى بطرح دعوى جديدة
- ٢١٨ السابعة: فيما إذا سبق أحد الخصمين بالكلام
- ٢١٨ اشارة
- ٢١٩ كراهة الشفاعة للقاضي
- ٢٢٠ المقصد الثاني: في مسائل متعلقة بالدعوى
- ٢٢٠ اشارة
- ٢٢٠ الأولى: لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهولة
- ٢٢١ الثانية: إيراد الدعوى بصيغة الجزم
- ٢٢١ اشارة
- ٢٢٣ الأولى: إذا كانت للمدعى حجة شرعية
- ٢٢٣ الصورة الثانية: إذا كانت فاقدة للحجة الشرعية

- ٢٢٤ المسألة الثالثة: في طلب الجواب من المدعى عليه
- ٢٢٥ المسألة الرابعة: في الشكوى على القاضى
- ٢٢٥ المسألة الخامسة: في جلسة المتخاصمين
- ٢٢٦ المقصد الثالث: في جواب المدعى عليه
- ٢٢٦ اشارة
- ٢٢٦ الفصل الأول في إقرار المدعى عليه
- ٢٢٦ اشارة
- ٢٢٧ الأول: إلزام المقر و التوقف على حكم الحاكم؟
- ٢٢٨ الثانى: توقف حكم الحاكم على رضى المقر له
- ٢٢٩ الثالث: لو التمس المقر له، الكتابة.
- ٢٢٩ الرابع: في كيفية الكتابة.
- ٢٣٠ الخامس: إذا امتنع المقر عن الأداء مع كونه واجداً
- ٢٣١ السادس: إذا ثبت إفسار المقر فهل يُنظر أو يسلم إلى الغرماء أو ...؟
- ٢٣٤ السابع: في حبس مدعى الإفسار حتى يتبين حاله
- ٢٣٧ الفصل الثانى في الإنكار
- ٢٣٧ و يقع الكلام في جهات ثلاث:
- ٢٣٧ اشارة
- ٢٣٧ الجهة الأولى: إذا حلف المنكر
- ٢٣٨ اشارة
- ٢٣٨ المسألة الأولى: هل يجب على القاضى تعريف المدعى بأحد الأمرين:
- ٢٣٨ المسألة الثانية: في إحلاف المدعى عليه قبل إذن المدعى
- ٢٤٠ المسألة الثالثة: في توقف إحلاف المنكر على إذن الحاكم
- ٢٤١ المسألة الرابعة: في ما يترتب على الحلف:
- ٢٤١ اشارة

- ٢٤٢ أما حرمة مطالبة إعادة المحاكمة
- ٢٤٢ اشارة
- ٢٤٣ إذا أقام المدعى بينة بعد حلف المنكر
- ٢٤٤ و حصيلة الأقوال:
- ٢٤٦ المسألة الخامسة: براءة المنكر متوقفة على حكم الحاكم أو لا؟
- ٢٤٧ المسألة السادسة: إذا أكذب الحالف نفسه
- ٢٤٨ الجهة الثانية: إذا رد اليمين على المدعى
- ٢٤٨ اشارة
- ٢٥٠ منصرف الروايات الحقّ المالى
- ٢٥٠ هل يمين المدعى بمنزلة البينة أو كإقرار المنكر؟
- ٢٥١ ما هو الوجه للترديد بين الأمرين
- ٢٥٢ إذا استمهل المدعى لإحضار البينة
- ٢٥٣ الجهة الثالثة: إذا نكل المنكر
- ٢٥٣ اشارة
- ٢٥٥ و قبل الخوض فى دراسة أدلة القولين نذكر أموراً:
- ٢٥٧ إذا عرفت ما ذكرنا فلنذكر أدلة القولين:
- ٢٥٧ دليل [القول الأول] القضاء بالنكول
- ٢٥٧ اشارة
- ٢٥٧ ١- قوله صلى الله عليه و آله و سلم: البينة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه.
- ٢٥٨ ٢- صحيح محمد بن مسلم
- ٢٥٨ ٣- خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله:
- ٢٦٠ استدلل للقول الثانى [أى رد الحاكم اليمين على المدعى] بوجوه غير نقيّة.
- ٢٦٠ اشارة
- ٢٦٢ إذا بذل المنكر اليمين بعد النكول

- ٢٦٣ مسائل
- ٢٦٣ اشارة
- ٢٦٣ أما الأولى: [إذا كانت للمدعى بينة فهل يجوز للحاكم أن يقول احضرها أو لا يجوز؟]
- ٢٦٣ أما الثانية: [الثانية: إذا كانت البينة حاضرة فهل يجوز سؤالها قبل التماس المدعى، أو لا يجوز؟]
- ٢٦٣ أما الثالثة: [إذا سألتها و تبين الواقع فهل يجوز الحكم قبل التماس المدعى، أو لا يجوز إلا بعد التماسه؟]
- ٢٦٤ الرابعة: في إحلاف المنكر مع إمكان إقامة البينة
- ٢٦٤ الخامسة: سؤال القاضي المدعى عليه عن الجراح
- ٢٦٤ السادسة: إذا استمهل المدعى عليه في إحضار الجراح
- ٢٦٧ السابعة: لا حلف مع إقامة البينة
- ٢٦٧ اشارة
- ٢٦٨ و الدليل عليه روايات ثلاث:
- ٢٦٨ الأولى: خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الرحمن البصرى
- ٢٦٩ الثانية: صحيحة محمد بن الحسن الصفار:
- ٢٦٩ اشارة
- ٢٦٩ تحليل السؤال الأول:
- ٢٧٠ تحليل السؤالين: الثانى و الثالث
- ٢٧٠ الثالثة: سليمان بن حفص المروزى
- ٢٧١ التعدى عن مورد النصوص إلى غيره
- ٢٧١ اشارة
- ٢٧٢ الأول: إذا احتمل الإبراء
- ٢٧٢ الثانى: إذا كان المدعى وارث الميت
- ٢٧٣ الثالث: هل يقتصر على الدين أو يتعدى إلى العين؟
- ٢٧٤ الرابع: هل يقتصر على الشاهدين أو يتعدى منه إلى الشاهد و اليمين؟
- ٢٧٤ الخامس: إذا شهدت البينة على صبى أو مجنون أو غائب

- ٢٧٦ السادس: إذا استمهل المدعى لإحضار البينة
- ٢٧٧ الفصل الثالث: في سكوت المدعى
- ٢٧٧ إشارة
- ٢٧٧ فإذا سكت و لم يجب بإثبات و لا نفى فهو على قسمين:
- ٢٧٧ إشارة
- ٢٧٨ [القسم الأول السكوت عمداً أو عناداً]
- ٢٧٨ إشارة
- ٢٧٨ ثم الأقوال فيه مختلفة:
- ٢٧٩ دليل القول بالحبس
- ٢٨٠ دليل القول بالإجبار
- ٢٨٠ دليل القول بجعله ناكلاً
- ٢٨٠ إشارة
- ٢٨٠ يلاحظ عليه بوجهين:
- ٢٨١ القسم الثاني: السكوت المستند إلى الأفة
- ٢٨٢ الجواب بلا أدري و لا أعلم
- ٢٨٤ إذا كان متعلق الدعوى عيناً
- ٢٨٥ مسائل في الحكم على الغائب
- ٢٨٥ المسألة الأولى: إذا حضر الخصمان و ترفعا عند القاضي و تم الترفع و لكن أقر القاضي الحكم إلى موعد آخر
- ٢٨٨ المسألة الثانية: يقضى على الغائب في حقوق الناس دون حقوق الله
- ٢٨٨ إشارة
- ٢٨٩ إذا كان الحكم مشتملاً على حقين
- ٢٨٩ المسألة الثالثة: لو كان صاحب الحق غائباً، و له وكيل فطالب الوكيل الغريم فادعى الغريم التسليم إلى نفس الموكل
- ٢٨٩ المقصد الرابع: في كيفية الاستحلاف
- ٢٩٠ إشارة

- ٢٩٠ البحث الأول: فى اليمين و أحكامها
- ٢٩٠ و قبل الخوض فى المقصود نذكر أقسام اليمين الوارد فى الكتاب و السنة:
- ٢٩٠ الأول: اليمين لجلب تصديق المخاطب لما يقوله الحالف
- ٢٩٠ الثانى: الحلف على فعل شىء أو تركه
- ٢٩٠ الثالث: اليمين اللغو و هو الذى لا يقصد صاحبه منها شيئاً
- ٢٩٠ الرابع: الحلف فى مقام المرافعة
- ٢٩٠ اشارة
- ٢٩٠ المقام الأول: حكم الحلف بغير الله تكليفاً
- ٢٩٠ اشارة
- ٢٩٣ الحلف بغير الله فى الحديث النبوى
- ٢٩٤ الحلف بغير الله فى الحديث العلوى
- ٢٩٤ أدلة القول بالتحريم
- ٢٩٦ المقام الثانى: حكم الحلف بغير الله وضعاً
- ٢٩٨ أمور حول الاستحلاف
- ٢٩٨ اشارة
- ٢٩٨ ١- تقديم العظة على اليمين
- ٢٩٩ ٢- يكفى فى رفع الخصومة مطلق اليمين
- ٢٩٩ ٣- أسباب تغليظ اليمين
- ٣٠٠ ٤- هل الإحلاف باليمين المغلظة مستحب للحاكم؟
- ٣٠٠ اشارة
- ٣٠٠ و استدلل له بروايات سبع:
- ٣٠١ ٥- التغليظ إلاً إذا كان المال دون نصاب القطع
- ٣٠١ ٦- الامتناع عن الإجابة إلى التغليظ
- ٣٠٣ ٧- هل تحل يمينه على ترك التغليظ باختيار الحاكم؟

- ٣٠٤ ٨- في حلف الأخرس
- ٣٠٥ ٩- لا يستحلف إلا في مجلس القضاء
- ٣٠٥ ١٠- يشترط المباشرة في الإحلاف
- ٣٠٦ البحث الثاني في يمين المنكر و المدعى
- ٣٠٦ اشارة
- ٣٠٧ الحلف على الواقع أو على نفى العلم
- ٣٠٨ كيفية الحلف تتبع كيفية الإنكار
- ٣٠٩ الحلف البتّ اعتماداً على الأصل
- ٣٠٩ اشارة
- ٣٠٩ فروع تمرينية
- ٣١١ ما هو المحلوف عليه
- ٣١١ اشارة
- ٣١١ الأول: الحلف وفق الادعاء
- ٣١٢ الثاني: الحلف وفق الجواب
- ٣١٣ الثالث: كفاية الحلف على نفى الاستحقاق
- ٣١٣ صيرورة المنكر مدّعياً
- ٣١٣ كلما تسمع الدعوى بلا بينة يتوجه معه اليمين
- ٣١٥ مسائل سبع:
- ٣١٦ المسألة الأولى: في الدعوى على الوارث
- ٣١٧ المسألة الثانية: الدعوى في الحدود
- ٣١٨ المسألة الثالثة: منكر السرقة يتوجه عليه اليمين
- ٣١٩ المسألة الرابعة: في طلب اليمين مع إسقاط البينة
- ٣١٩ المسألة الخامسة: في الموارد التي تقبل دعوى المدعى بلا بينة
- ٣٢٢ المسألة السادسة: فيما لا يمكن رد اليمين فيه

- المسألة السابعة: لو كان الدين مستغرقاً للتركه و للميت دين على الغير: ٣٢٤
- البحث الثالث القضاء بالشاهد و اليمين - ٣٢٥
- اشارة ٣٢٥
- نعم يقع الكلام فى أمور: ٣٢٦
- ١- هل يشترط تقدم الشهادة على اليمين أو لا؟ ٣٢٦
- اشارة ٣٢٦
- يلاحظ عليه بوجهين: ٣٢٧
- ٢- تحديد حجيتهما من حيث المورد: ٣٢٨
- اشارة ٣٢٨
- أقول: إن لسان الروايات على وجوه: ٣٢٩
- الأول: ما يدل أو يستظهر منه أن القضاء به يختص بمورد الدين ٣٢٩
- الثانى: ما يدل على الجواز فى العين. ٣٣٠
- الثالث: ما جاء فيه لفظ «مع يمين صاحب الحق» ٣٣١
- الرابع: ما يحدّد الموضوع بحقوق الناس، أو فى مقابل الهلال ٣٣١
- المقياس فى كون الدعوى مالية: ٣٣٢
- إذا ادّعت جماعة مع الشاهد الواحد ٣٣٤
- شرائط نفوذ اليمين فى القضاء بالشاهد و اليمين ٣٣٥
- لو ادّعى غريم الميت مالاً له على آخر ٣٣٦
- إذا ادّعى الورثة ديناً لمورّثهم على أحد «٢» ٣٣٧
- مسائل ثلاث: ٣٣٨
- اشارة ٣٣٨
- المسألة الأولى: فيما إذا ادّعى بعض الورثة و قفية الدار للأولاد ٣٣٨
- المسألة الثانية: فى ادّعاء وقف التشريك ٣٤٠
- المسألة الثالثة: فى ثبوت الديّة و عدمها ٣٤٢

- ٣٤٢ [خاتمة تشتمل على فصلين]
- ٣٤٢ [الفصل الأول] في كتاب قاض إلى قاض
- ٣٤٢ و قبل الخوض في المقصود نقدم أموراً:
- ٣٤٢ اشارة
- ٣٤٣ أقوال الفقهاء في إنهاء الحكم بأقسامه الثلاثة:
- ٣٤٤ الإنهاء بالكتابة
- ٣٤٤ الإنهاء بالقول
- ٣٤٤ الإنهاء بالشهادة
- ٣٤٤ اشارة
- ٣٤٤ الأولى: حجبة الشهادة:
- ٣٤٥ الجهة الثانية: كيفية تحمّل الشهادة
- ٣٤٥ اشارة
- ٣٤٦ في تغير حال أحد الحاكمين
- ٣٤٦ مسائل ثلاث:
- ٣٤٦ المسألة الأولى: ينبغى أن يكون كتاب القاضى إلى قاض مثله، مشتملاً على خصوصيات الطرفين
- المسألة الثانية إذا شهدت البيّنة على رجل بدين أو عين لآخر أو اعترف بذلك ابتداء فهل له الامتناع من الدفع أو الردّ حتّى يشهد القابض بالأ.
- المسألة الثالثة إذا استدان جنساً أو باعه سلماً و أخذ الثمن و دفع الحجّة، فهل للمدين أو بائع السلم أن يستردّ الحجّة عند الأداء أو لا؟ ٣٤٧
- ٣٤٨ تعريف مركز القائمية باصفهان للتمريات الكمبيوترية

: أى سنّ القوانين و جعلها: و هو مختص بالله سبحانه، و ليس لأحد حقّ التقنين و التشريع، و هذا ما يعبر عنه بالتوحيد فى التقنين.

ب. مرحلة الاستنباط

: أى استنباط ما شرّعه الله سبحانه فى الكتاب و السنّة و غيرهما من مصادر التشريع، و يقوم بتلك المهمة الفقهاء العظام.

ج. مرحلة التخطيط

: و هى وظيفة المجلس النيابى الذى يضم نواب الأمة من ذوى الاختصاص، و تطرح فيه البرامج المختلفة فى مجالات شتى على ضوء القوانين

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤

الإسلامية.

هذا كله حول السلطة التشريعية.

و أمّا السلطة التنفيذية

فهى التى تأخذ على عاتقها إدارة البلاد بصورة مباشرة دون أن يكون هناك التزام بأسلوب و صورة خاصة لإدارتها غير كونه موافقاً للشرع، و لأجل ذلك تتبع كلّ ما تجده صالحاً حسب مقتضيات الزمان. فإنّ المطلوب من صاحب الشريعة هو التركيز على لزوم السلطة و مواصفات القائمين عليها، و أمّا أساليب التنفيذ فإنّما تتبع متطلبات الزمان شريطة أن لا تكون مخالفة لما سنّه الإسلام.

و أمّا السلطة القضائية

التي هى موضوع بحثنا فى هذا التقديم، فتمثل مكان الصدارة فى استتباب الأمن و النظام، و استقرار العدل، و صيانة الحقوق و الحرّيات من التعسف و التعدى، و بذلك يسود التوازن و القسط و العدل ربوع ذلك المجتمع.

و يكفى فى الإشارة إلى منزلة القضاء الرفيعة أنّه من شئون الأنبياء، كما نلاحظه فى قوله سبحانه: (يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَ لَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ) (ص / ٢٦).

و كان الأنبياء يصدرّون فى فصل الخصومات عن الكتب السماوية دون أن يتعدوها قيد شعرة، قال سبحانه: (إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّورَةَ فِيهَا هُدًى وَ نُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا) (المائدة / ٤٤).

و يخاطب الله سبحانه نبيه الخاتم بقوله: (وَ أَنْ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَ لَا تَتَّبِعِ أَهْوَاءَهُمْ وَ اخْذِرْهُمْ أَنْ يُفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ) (المائدة / ٤٩).

هذه هى مكانة القضاء و هؤلاء هم القضاة (الأنبياء) و هذه برامجهم، فليس للقاضى القضاء طبقاً للقوانين الوضعية التى لا تمت إلى أحكام السماء بصله، و لا القضاء بالهوى، و قد نوّه سبحانه إلى ذينك الأمرين بقوله: (فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَ لَا تَتَّبِعِ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ) (المائدة / ٤٨).

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥

وحدة السلطة التنفيذية والقضائية وفصلهما

إنّ الرائج فى العصور المتأخرة فصل السلطتين القضائيه والتنفيذيه لمصالح تقتضيه، و لكل سلطة حدودها و مجال نفوذها، لئلا تتداخل إحداها فى شئون الأخرى.

و لا نرى فى الإسلام أصلاً لهذا الفصل، لا بمعنى أنّ الإسلام ينهى عنه و يمنع منه، بل ترك فصل السلطتين أو وحدتهما إلى مقتضيات الزمان، فالنبي صلى الله عليه و آله و سلم أول من مارس القضاء فى الشريعة الإسلامية كما مارس فى الوقت نفسه السلطة التنفيذية، فكان بشخصه يمثل السلطتين، و قد بلغ عناية القرآن بلزوم التسليم أمام قضاائه حدّاً، عدّ التسليم لقضائه من مقدمات الإيمان، قال سبحانه: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً) (النساء/ ٦٥)، فكان حاكماً و قاضياً و فى الوقت نفسه كان ينصب القضاة، فقد بعث صلى الله عليه و آله و سلم عليّاً إلى اليمن للقضاء و دعا فى حقّه قائلاً: «اللهم اهد قلبه و ثبت لسانه» «١». كما بعث معاذاً إلى اليمن لهذه المهمة أيضاً، و سار على هذا النهج، الخلفاء الذين أخذوا بزمام الأمور بعد رحيل النبي صلى الله عليه و آله و سلم فكانوا ولاة و قضاة فى آن واحد.

و لما غادر الإمام عليه السلام البصرة إلى الكوفة و جعلها دار الخلافة، فقد مارس القضاء و هو وال إضافة إلى أنّه عليه السلام نصب شريحاً لمهمة القضاء و شرط عليه أن لا ينفذ ما قضاها حتى يعرضه عليه. «٢»
فالفصل بين السلطتين أو وحدتهما أمر متروك إلى المصالح.

و هنا نكتة جديدة بالبحث و هى أنّ الحافظ من وراء فصل السلطتين فى الأوساط الغربية هو عدم اشتراطهم شيئاً من المواصفات فى السلطة التنفيذية سوى الدهاء و

(١) الجزرى: جامع الأصول: ١/ ٥٤٩ أخرجه أبو داود و الترمذى.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٦

العقل و الكفاءة الذاتية من دون اشتراط عنصر الإيمان و العدالة و الزهد على خلاف ما اشترط الإسلام، و قال سبحانه: (الَّذِينَ إِِنْ مَكَانَهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَ آتَوْا الزَّكَاةَ وَ أَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَ نَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَ لِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ) (الحج/ ٤١).

فلو مارس الحاكم بهذه المواصفات مهمة القضاء لا يهمه سوى اجراء العدالة دون أن يستغل مقامه السامى فى إحقاق الباطل و إبطال الحق. بخلاف الحاكم فى الأنظمة الغربية فلا يبعد أن يستغل مقامه فى صالح المبتطل و ضدّ المحق.

إنّ على عاتق الجمهورية الإسلامية رفع المستوى الفقهي للقضاة، فلا تنصب لتولى مديرية هذه المهمة إلّا من له أهليته الاستنباط فى باب القضاء و الشهادات و الحدود و الديات التى يجمعها لفظ عنوان الأحكام و السياسات.

كما أنّ على عاتق مديرية الحوزة العلمية أن تجعل القضاء إحدى مواد مناهجها الدراسية يتخصص بها، لفيف من الفضلاء و هذه أمتية كسائر الأمانى التى لم أزل أنادى بها منذ زمن بعيد.

و فى الختام أتقدم بالشكر الجزيل إلى ولدى الروحى الفاضل حجّة الإسلام و المسلمين الشيخ «محمد الهادى به» حيث حضر هذه البحوث بوعى و دقة كما حضر سائرهما و أشرف على هذا الكتاب المائل بين يدي القارئ إشرافاً علمياً منذ تدوينه إلى إخراجها بهذه الحلة الرائعة، فشكر الله مساعيه و جعله من العلماء العاملين و نفع الله به الإسلام و المسلمين، آمين رب العالمين.

قم. مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام للأبحاث و الدراسات الإسلامية جعفر السبحانى فى ١٥ من شهر ربيع الأول من شهر عام

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٧

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذى أمر عباده بالقضاء بالعدل و الحق، و نهاهم عن الحكم بالجور و العسف. و الصلاة و السلام على رسوله الذى بعثه بالحجج و البيئات، و رافقه بالصحف و الكتاب، و على وصيه الحاكم بالقسط، و أفضى الأمة، و عترته الطاهرين، أئمة العدل و خلفاء الله على الأرض، صلاة لا نهاية لها.

أمّا بعد: فقد طلب منى لفيق من الفضلاء الأكارم، و جمع من العلماء الأمثال، إلقاء محاضرات حول القضاء فى الإسلام، الذى اشتدت الحاجة إليه بعد قيام الثورة الإسلامية فى ايران و زادت الرغبة إلى فهم أصوله و دقائقه بين طلاب الفقه و بغاء الفضيلة فنزلت عند رغبتهم، سائلاً من الله سبحانه العصمة من الخطأ فى القول، و الزلل فى العمل، إنه خير معين و مجيب.

فنقول: مقاصد القضاء أربعة:

الأول: القاضى و صفاته.

الثانى: فى آداب القاضى.

الثالث: فى كيفية الحكم.

الرابع: فى أحكام الدعاوى.

و قبل الخوض فى المقصود نقدّم اموراً:

إشارة

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٨

الأمر الأول: فى أن القضاء أحد الدعائم الثلاث لسعادة المجتمع

إشارة

من سبر الكتب الفقهية و أمعن النظر فى المصادر الإسلامية، يقف على أن الشريعة الإسلامية اعتمدت فى إدارة المجتمع على أركان ثلاثة، لكل شأنه و موقفه و لا يستغنى عنها اهل الدين فى زمان من الأزمنة، و أن رحى الحياة فى جميع الأدوار تدور عليها، و هى:

١ السائس و الحاكم

هذا هو الركن الأول لإدارة المجتمع، و المقصود منه وجود قوة تنفيذية، تنفذ و تطبق ما جاء به صاحب الشريعة فى مجالات مختلفة، و فى ظل هذه القوة المتمثلة فى الحاكم الإسلامى، يسود الأمن على البلاد، و يجبى الصدقات و الزكاة، و تجرى الحدود و الأحكام على العصاة و الطغاة، و تحفظ ثغور البلاد من دخول الأعداء و تسلل الكفار إلى أراضيها و أجوائها ليفسدوا الأمر عليهم. إلى غير ذلك من وظائف لِسائس القوم و حاكمهم و منظم أمورهم فى مجال ترويج الاقتصاد و التجارة، و بسط العدل و القسط، و صيانة الأمة من الظلم و التعدى و ما شابهها، و تختلف وظائف السائس قلة و كثرة حسب اختلاف الحضارات و البيئات التى تحيط به.

قال سبحانه (الَّذِينَ إِن مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَ آتَوْا الزَّكَاةَ وَ آمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَ نَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَ لِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ) (الحج/

(٤١)

و قال الإمام على بن موسى الرضا عليه السلام: «إنّا لا نجد فرقة من الفرق و لا ملّة من الملل، بقوا و عاشوا إلّا بقتيم و رئيس لما لا بدّ

لهم منه فى أمر الدين و الدنيا، فلم يجز فى حكمه الحكيم أن يترك الخلق ممّا يعلم أنه لا بدّ لهم منه و لا قوام لهم إلا به،

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٩

فيقاتلون به عدوهم، و يقسمون فيهم و يقيمون به جمعهم و جماعتهم، و يمنع ظالمهم فيه مظلومهم». (١) و عبّر عن السائس فى الروايات، بالحاكم و السلطان و الإمام إلى غير ذلك.

٢ القاضى و الفاضل للخصومات

و هذا هو الركن الثانى لإدارة المجتمع الإسلامى بل مطلق المجتمع البشرى لأنّ الحياة الفردية، لا تثير أى اختلاف و نزاع بخلاف الحياة الجماعية فإنّ الاختلاف فيها وافر نابع من جهات عديدة فتثير التراحم و التصادم فى الحقوق و الأموال، إمّا طمعاً فى حقوق الآخرين و أموالهم أو جهلاً بالحكم و الوظيفة و اعتقاداً بملكيته ما ليس يملكه أو بحقّ ليس يستحقّه، فلا مناص من وجود قوة قضائية و سلطة نافذة فاضلة للخصومات، محلّة للعقد، بنان العدل و الانصاف و فى ضوء القانون النازل من الله سبحانه و إلى ذلك تشير الآيات الواردة فى سورة المائدة من الآية الثانية و الأربعين إلى الآية الخمسين.

٣ المفتى و المجتهد

إنّ الإسلام ليس مجرد أورد و طقوس جافة لا تتجاوز عدّة آداب و مراسيم، يُلقبها القسّ «٢» فى الكنائس بل هو ذو تشريع مسهب فيه حياة الفرد و المجتمع فى عاجلها و آجلها، يغنيهم عن الاستعانة بأية قوة تشريعية أجنبية، غريبة و شرقية فى مجال العبادات و المعاملات و الأحوال الشخصية و السياسات، و القضاء و الشهادات.

إنّ التشريع الإسلامى بما يتمتع من السعة و الاسهاب، يعدّ من معجزات النبى الأكرم، و آية صلته بقدره غير متناهية، استطاع على إغناء المجتمع عن أى نظام

(١) علل الشرائع: ٢٥٣. و للحديث ذيل فمن أراد التفصيل فليرجع إليه.

(٢) القس: كفلس، رئيس رؤساء النصارى فى الدين و العلم، و كذلك القسيس.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٠

تشريعى فى كلّ ما يمت إلى الحياة الفردية الاجتماعية و السياسية و الخلقية و البيئية بصله.

إنّ هذه الأركان الثلاثة قد تجتمع فى شخص واحد كما فى الرسول الأكرم و أوصيائه و قد لا تجتمع كلها فى شخص لضرورات اجتماعية توجب تقسيم الوظائف و المناصب، و مثل هذا لا يعنى فصل الدين عن السياسة.

و يكفى فى أهميته مقام القضاء أنّه سبحانه اختار أنبياءه للقيام به و قد خاطب نبيّه داود بقوله: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾ (ص / ٢٦).

و قال مخاطباً نبيه ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ (المائدة / ٤٢) و قال سبحانه: ﴿وَ أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَ مُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَ لَا تَتَّبِعِ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ﴾ (المائدة / ٤٨) و قال سبحانه: ﴿وَ أَنْ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَ لَا تَتَّبِعِ أَهْوَاءَهُمْ وَ اخْذَرَهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾ (المائدة / ٤٩)

و ليس المراد من الحكم فى الآيات هو الحكم فيما يرجع إلى الأصول و العقائد، بل المراد هو الحكم فى مجال الفروع و ذلك بوجهين:

١— قوله سبحانه: ﴿وَ كَيْفَ يُحْكُمُونَكَ وَ عِنْدَهُمُ التَّوْرَةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّوْنَ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَ مَا أُولَئِكَ بِالْمُؤْمِنِينَ﴾ (المائدة / ٤٣)

فإنه بحكم قوله: «يحكمونك و عندهم التوراة فيها حكم الله» صريح فى كون مجال الحكم هو الفروع.

٢- ما روى فى شأن نزول الآيات عن الإمام الباقر عليه السلام و جماعته من المفسرين: إن امرأة من خيبر ذات شرف بينهم زنت مع رجل من أشرفهم و هما محصنان فكرهوا رجمهما فأرسلوا إلى يهود المدينة و كتبوا إليهم أن يسألوا النبى عن ذلك طمعاً

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١١

فى أن يأتى لهم برخصة... (١)

و الآيات و إن كان خطاباً للنبى الأكرم، لكنّه من قبيل: «إياك أعنى و اسمعى يا جارة» فهى تدلّ بوضوح على أن القاضى فى مظنة اتباع الهوى، معرضاً عن الحقّ، و أنّ المترافعين ربّما يفتنونهم عن القضاء بما أنزل الله و عليه فلا يتصدى لذلك المقام إلّا من امتحن الله قلبه، للتقوى، و امتلاً جوانحه بالخوف و الخشية.

و يكفى من السنّة، ما روى أنّ لسان القاضى بين جمرتين من نار (٢) حتّى يقضى بين الناس فأما إلى الجنة و إمّا إلى النار. (٣)

و روى المفيد مرسلًا عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم: فإنّ من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين. (٤)

إلى غير ذلك من الآيات و الروايات الناصّة على خطورة الموقف و عظيمة المسئولية للقاضى.

الأمر الثانى: القضاء لغة و اصطلاحاً

إشارة

ذكر اللغويون للقضاء معانى مختلفة، فى القاموس: القضاء: الحكم، و الصنع و الحتم، و البيان، و قضى: مات، و قضى عليه: قتله، و قضى وطره: أتمه و أدامه، و قضى عليه عهداً: أوصاه و أنفذه، و قضى إليه: أنهاه، قضى غريمه دينه: أداه. و لكن الظاهر أنّ الجميع من طوارئ المعنى الواحد، الذى نصّ عليه ابن

(١) الطبرسى: مجمع البيان ١٩٣/٢ ط صيدا.

(٢) الجمره: النار المتقدّه.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢ من أبواب آداب القاضى، الحديث ٣.

(٤) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٨.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٢

فارس فى مقاييسه الذى ألفه لبيان أصول معانى الألفاظ و جذورها و قال: له أصل صحيح يدلّ على إحكام أمر و إتقانه و إنفاذه قال سبحانه: (فَقَضَاهُنَّ سَوَافٍ فِي يَوْمَيْنِ) (١) أى: احكم خلقهنّ، و القضاء: الحكم، قال سبحانه: (فَمَا قُضِيَ مَا أَنْتَ قَاضٍ) (٢) أى: اصنع و احكم، وسمى القاضى قاضياً لأنه يحكم الأحكام و ينفذها، و سميت المتيّة قضاء، لأنه أمر ينفذ فى بنى آدم و غيره فى الخلق.

(٣)

فكل فعل يصدر عن فاعله بإحكام و إتقان، و تنفيذ، فهو قضاء و الموارد المذكورة فى عبارة القاموس من مصاديق هذا المعنى الواحد. و إن شئت قلت: المادّة وضعت للفعل، الصادر عن الفاعل بإتقان و استحكام و أمّا خصوصيّة الفعل من الصنع، و الحكم و الموت، و الأداء، و قضاء الحاجة فإنّما تعلم من القرائن و المتعلّقات فإذا تعلّق بالسماوات، يكون قرينه على أنّ الصادر بإتقان، هو الخلق، و إذا تعلّق بالدّين، يكون دليلاً على أنّ الصادر، الأداء، و إذا تعلّق بحكم تشريعى، يكون المراد هو الحكم مثل قوله: (وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ) (الاسراء/ ١١٧)

تعريف أربعة للقضاء

هذا كله حول معنى القضاء لغه و أما اصطلاحاً فقد عرّف بوجوه:

١- عرّفه الشهيد بقوله: «ولاية شرعية على الحكم فى المصالح العامة من قبل الإمام». «٤»

٢- عرّفه الشهيد الثانى بقوله: «ولاية الحكم شرعاً لمن له أهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معينه من البريه بإثبات الحقوق

(١) فصلت: ١٢.

(٢) طه: ٧٢.

(٣) ابن فارس: المقاييس، مادة «قضاء».

(٤) الشهيد: الدروس: ١٦٨.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٣

و استيفائها للمستحق». «١»

و الأول أعم من الثانى، لعدم شمول الأخير، لمثل إثبات الهلال، لأنه ليس من قبيل إثبات الحقوق و استيفاؤها للمستحق.

و يرد على التعريفين أمران:

أ إن الولاية ليست نفس القضاء و إنما هى المصححة له، لأن نفوذ الفصل بين المتخصصين يتوقف على كون القاضى ذا ولاية تجعل حكمه نافذاً فى حق المولى عليه، أشبه بنفوذ تصرف الأب و الجد فى حق الصغير، فتكون الولاية من مؤهلات القضاء و مصححاته، لا نفسه.

و ما ربّما يقال إن الغرض من ذكر الولاية بيان أن القضاء الصحيح من المراتب و المناصب كالإمارة و هو غصن من شجرة الرئاسة العامة للنبي «٢» غير تام لأنه صحيح ثبوتاً و لا يكون مصححاً لأخذها فى التعريف المبين لمهية القضاء.

ب إن التعريفين لا- يشمّلان قضاء النبي و الإمام، لتقييد الولاية فى الأول بكونها من قبل الإمام، و بمن له أهلية الفتوى فى الثانى، و النبي ليس بمفت و كذا الإمام، و كون الولاية شاملة لما يكون من قبل الله، و إن كان يدخل فيها قضاء الإمام فيهما، لكن تقييدها بكونها من قبل الإمام فى التعريف الأول و بمن له أهلية الفتوى فى التعريف الثانى، يخرج قضاء النبي و الإمام عن التعريف.

إلّا أن يقال: المقصود هو تعريف القضاء الرائج و هو قضاء غير النبي و الإمام.

٣- القضاء: فصل الأمر قولاً أو فعلاً. «٣»

(١) المسالك: ٣٨٨ / ٢، الطبعة الحجرية عام ١٢٦٨.

(٢) النجفى، الجواهر: ٩ / ٤٠.

(٣) كشف اللثام، و فيه: فصل الأمر مكان الخصومة.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٤

يلاحظ عليه مع عدم شموله لمثل الحكم فى مورد الهلال و النسب و النكاح إذا لم يكن مورداً للخصومة بل كان الأمر مبهماً تمام الإبهام للطرفين: أن فصل الخصومة ليس نفس القضاء بل من آثاره أولاً و أن للقاضى شئناً وراء الفصل. كإجراء الحدود و التعزيرات، و إصدار القرار الذى هو حكم مؤقت حتى يستمر التحقيق و يتميز المحقّ عن المبطل و يصدر الحكم النهائى ثانياً، إلّا أن يقال إن إجراء الحدود بعد ثبوته وظيفه شرعية و ليس من شئون القضاء.

٤- القضاء: هو الحكم بين الناس. «١»

و هو أحسن التعاريف و يكمل بإضافة ما يعدّ من شئون القاضى سواء كان غايةً للحكم، كإثبات حقّ أو نفيه أو إجراء الحدود و التعزيرات، أو لغرض مصالح المسلمين كالحكم بالهلال و النسب، أو مقدّمةً له كالحكم على تعقيب المجرم، و جلبه إلى المحاكم، و توقيف الأموال، أو الحكم بجمع القرائن و الشواهد.

ثم إنَّ الفرق بين الفتوى و حكم القاضى واضح و هو أنّ الفتوى إخبار عن الحكم الكلى و ليس لها أثر إلّا تنجّز الواقع، و أمّا القضاء فهو إنشاء حكم جزئى مطابق للحكم الكلى الصادر من الله.

و إن شئت قلت: إنّه حكم جزئى فى مورد شخصى و يفترق عن حكم الحاكم باشتراط سبق النزاع فى القضاء دون حكم الحاكم فى الأمور العامّة.

و الحكم الصادر من القاضى له أحكام مثل عدم جواز نقضه إلّا فى موارد جزئية، و يجب على الآخرين تنفيذ حكمه و إن خالف اجتهاده ما لم يخالف دليلاً قطعياً، و عدم ضمانه إذا لم يكن مقصّراً، و كون الضرر على بيت المال، و له ولاية على كل مولى عليه إذا لم يكن له ولى غير ذلك من الشئون.

(١) الروضة ٣ / ١٦١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٥

الأمر الثالث: القضاء منصب يتقوم بالولاية

إشارة

القاضى فى كلمات فقهاءنا على أقسام ثلاثة:

١- القاضى المنصوب من قبل النبى و الإمام فى زمان الحضور.

٢- قاضى التحكيم و هو ما يتراضى المترافعان على قضائه و حكمه إذا كان عارفاً بالأحكام.

٣- القاضى المأذون بالإذن العام فى زمان الغيبة كما هو الحال بالنسبة إلى الفقهاء فى زمان الحضور و الغيبة حيث أمر المعصوم بالرجوع إليهم، صيانته لهم عن الرجوع إلى حكّام الجور و فقهاءهم حسب ما ورد فى مقبوله عمر بن حنظلة. «١»

لا شك أنّ القضاء فى القسم الأول منصب إلهى، لا يتمتع به الإنسان إلّا فى ظلّ التنصيب و التعيين و هو يلازم الولاية فيما عيّن له و يكون القضاء عندئذ غصناً من دوحه الرئاسة العامّة الثابتة للنبى و الأئمّة كما أنّه فى القسم الثانى ليس منصباً و ليس للمتصدى ولاية لما يلى، لكن لما رضى المترافعان بقضائه و تعهدا على تطبيق العمل على حكمه، صار قضاؤه نافذاً.

إنّما الكلام فى القسم الثالث أى القاضى المأذون فهل القضاء فيه منصب و ولاية على المولى عليهم، أو هو أشبه بقاضى التحكيم المشهور، هو الأوّل و صار البعض إلى القول الثانى.

استدل للثانى بأنّ لسان أدلّة القاضى المأذون، أشبه بلسان قاضى التحكيم حيث ورد فى المقبوله قوله: «انظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا، و نظر فى حلالنا و حرامنا، و عرف أحكامنا فارضوا به حكماً» «٢» فأمرهم بالتراضى بحكم

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٦

ذلك القاضي كما هو شأن قاضي التحكيم، و مثله خبر أبي خديجة حيث قال: «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فإني قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه» «١» فإنّ قوله: «فاجعلوه بينكم» أي اختاروه لأن يحكم بينكم و لا يخرج هذا عن شأن قاضي التحكيم و على ضوء ذلك فماهية القضاء لا تلازم كونه منصباً و أن يكون فيه ولاية بشهادة صدقه على القسم الثاني و لا نصب فيه و لا ولاية و القاضي المأذون أشبه به، نعم يصدق قولهم في القاضي المنصوب بأنّ فيه ولاية، و لكن ذلك ليس باعتبار القضاء بل باعتبار النصب، و هو لا يختصّ بالقاضي، بل كل من له صلة بالدولة و يكون منصوباً من قبيلها و يكون له ولاية على العمل الذي عيّن لأجله.

يلاحظ عليه:

أولاً: أنه إذا كان القاضي المأذون في زمان الغيبة أشبه بقاضي التحكيم، بشهادة وحدة اللسان، فلما ذا عقبه الإمام بقوله: «قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه». فإنّ الجعل فيه بمعنى النصب، فيكون أشبه بالقاضي المنصوب، غايته الأمر، أن الثاني منصوب بشخصه و عينه و هذا منصوب بوصفه و رسمه.

و ثانياً: أن الاستدلال على أنّ ماهية القضاء لا تلازم كونه منصباً و أن تكون فيه ولاية، بقاضي التحكيم، فإنّه فاقد للمنصب و الولاية مع كونه قاضياً، غير تام.

لأنّ القضاء الحقيقي، هو القضاء المؤيد بالقوة و القدرة ماديّة كانت أم معنويّة كما هو الحال في قضاء النبي و الإمام و الفقهاء عند عدم بسط اليد، و أمّا الفاقد لها كقاضي التحكيم، فإنّه أشبه بحلّ العقدة بالرجوع إلى القرعة، أو المصالحة، أو قانون العدل و الانصاف أو ما أشبه ذلك كما كان الحال عند اختلاف

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٥.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٧

قريش في من يتولّى وضع الحجر الأسود في مكانه، عند ما عمدوا إلى بناء الكعبة من جديد، فرضوا أن يكون أول من يدخل من باب المسجد قاضياً بينهم، فكان أول من دخل من قريش محمّد الأمين صلّى الله عليه و آله و سلّم فلمّا رأوه قالوا: هذا الأمين، رضينا، فقال صلّى الله عليه و آله و سلّم: «هلمّوا إلّى ثوباً» فأخذ الحجر و وضعه فيه ثمّ قال: لتأخذ كل قبيلة بناحية من الثوب ثمّ ارفعوه جميعاً ... «١» و على هذا الاحتمال ليس قاضي التحكيم من مصاديق القضاء، و إنّما هو محاولة من المترافعين لحلّ الخلاف.

و إن أبيت إلّا عن كونه من مصاديقه فنقول إنّ قاضي التحكيم يتمنّع بالنصب و الولاية، أمّا الأول فمن جانب المترافعين، و أمّا الولاية فرضاهما على التصرف في مورد القضاء تصرفاً محدوداً، و قد سلم القائل أنّ النصب يلازم الولاية.

و الحاصل: أنّ قاضي التحكيم لا يخلو عن نصب مؤقّت من جانب المترافعين، و ولاية معطاءة من ناحيتهما.

دليل القول المشهور

يمكن الاستدلال على مختار المشهور بوجهين:

الأول: إنّ القضاء يتوقّف على النصب و هو دليل الولاية

توضيحه: الأصل المسلم عدم نفوذ حكم أحد، على أحد، إلّا حكمه سبحانه فلو قلنا بنفوذ رأى قاض في مورد، فلا بدّ أن يكون داخلياً في المستثنى بنحو من الأنحاء و يكون حكمه، حكمه و لا يتحقق ذلك إلّا بالنصب من جانبه سبحانه إمّا بالاسم و الشخص كما في

القاضي المنصوب، أو بالوصف و الخصوصية كما في القاضي المأذون و لو لا النصب بوجه من الوجوه، لا يدخل تحت المستثنى. ثم إن النصب لا ينفك عن الولاية إلا إذا كان النصب صورياً كما هو الحال

(١) ابن هشام، السيرة النبوية: ١٢ / ١٩٩١٩٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٨

في مورد شريح. «١» فإذا كان النصب جدياً، لغاية نفوذ رأيه و قضائه فهذا عبارة أخرى عن وجود الولاية له فيما يتولاه، و لولاها، لما كان لنفوذ قضائه وجه.

و الحاصل: أنه لو لا النصب، لما دخل في المستثنى، و هو آية الولاية و أنه لولاها فيما يتولاه لما كان لنفوذ رأيه وجه، إذ يكون مثل الأجنبي لا صلة له بمورد القضاء.

حتى لو قطعنا النظر عن كون القضاء قائماً بالنصب، قلنا بولايته مع قطع النظر عنه، و ذلك بالإمعان في ماهية القضاء و آثاره، فإن القضاء لا ينفك عن التصرف في الأنفس و الأعراض و الأموال و الحقوق، و كيف يصح التصرف فيها بلا ولاية له؟

الثاني: إن الإمعان في الآيات و الروايات يعطى أن القضاء حسب الطبع الأولى أمر يتوقف على المنصب فمن الآيات قوله سبحانه: ﴿يَا دَاوُدُ إِذْ جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ (ص / ٢٦) حيث رتب الحكم، على جعله خليفة فيها و هو المنصب و من الروايات قول أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: يا شريح قد جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصي نبي أو شقي «٢» أي مجلس القضاء مجلس من نصبه الله سبحانه للقضاء مثل النبي داود عليه السلام أو وصيه الذي هو أيضاً منصوب من جانبه سبحانه بالواسطة، و قول أبي عبد الله عليه السلام لسليمان بن خالد: «اتقوا الحكومة فإن الحكومة إنما هي للإمام، العالم بالقضاء، العادل في المسلمين لنبي (كسبي) أو وصي نبي»، و التقريب كما سبق. ٣

كلام المحقق الآشتياني

قال قدس سره في وجه دلالة الآية على كون القضاء منصباً بأنه سبحانه عز و جل

(١) حيث اشترط الإمام عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه (الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

(٢) ٢ و ٣ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٢-٣.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٩

فَرَعَ جواز الحكومة على كونه خليفة أى منصوباً من الله، فينتفي بانتفائها. ثم أورد عليه بوجه:

١- إن المتفرع على الخلافة و جوب الحكم لا جوازه، فلا يدل على انتفاء الجواز لغير الخليفة.

٢- إن المتفرع على الخلافة و جوب الحكم بالحق أعني القيد فيكون المتفرع و جوب الحكومة باعتبار القيد فلا دلالة للآية على أصل وجوبها على الخليفة لكونها واردة في مقام بيان آخر.

٣- نعم لو قلنا بأن الأصل في الحكم، الحرمه و الآية وردت لرفع الحظر في حق الخليفة تدل على بقاء الحظر في حق غير الخليفة.

يلاحظ عليه «١»: أن المتبادر من الاحتمالات هو المعنى الأول، و أمّا ما أورد عليه، من أن المعلق على الخلافة، القضاء الواجب، دون المستحب و غيره فغير ظاهر لأن أمر القضاء يدور بين الواجب و المحذور، و أمّا الأقسام الأخر، فلا تتصور فيه، لكونه واجباً كفاًياً حسب ما يأتي. و معه كيف يمكن أن يكون حسب الطبع راجحاً أو مباحاً أو مرجوحاً؟ و أمّا كونه مستحباً حسب الطوارئ فهو خارج عن موضوع البحث، و عليه ينتج أن القضاء الجائر مقابل المحذور لا ينفك عن كونه متفرعاً على جعل الخلافة له.

و أما الاحتمال الثاني أعنى كون المتفرع هو القيد دون المقيّد مع القيد، فهو كما ترى فإنّ التفكيك لا يصار إليه بلا دليل.
و أما الثالث فهو فرع وجود فكرة الحظر في أذهان الصحابة حين نزول الآيه، حتّى تكون رادعةً لذلك الوهم أو الحظر المحقق. و إن كانت دلالتها على

(١) القضاء / ٣، ترى ذلك الإشكال بشقوه الثلاثة في القضاء للمحقق الرشتى ص ٢٧، و لعلّ العلمين أخذهما عن استاذهما الشيخ الأنصارى رحمه الله.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٠
المطلوب تامّة على هذا الوجه، لكن المفروض غير واضح.

الأمر الرابع: القضاء في زمان الغيبة ربّما يتوقف على النصب

إذا كان القضاء من المناصب، و متوقفاً على النصب المستلزم للولاية، فهل تكفى الإجازات العامّة الواردة في المقبولة و غيرها و عليه يكون كل فقيه جامع للشرائط، قاضياً منصوباً بالنصب العام، أو يتوقف على النصب إذا كان في قبة الحكومة فقيه مؤثر في شئون الحكومة و صلاح الأمة.

الظاهر هو الثاني، لأنّ القدر المتيقّن من الإجازات العامة هو الظروف التي يكون زمام السلطة بيد الطغاة و الظالمين، فعندئذ يكون الملجأ للشيعة المؤمنين هو الفقيه الجامع للشرائط، و أما إذا تبدلت الظروف و قامت الثورة الإسلامية و كان في قبة الحكومة، فقيه ذو شئون مشرف على الأمور، فاللازم هو عدم تصدّي الفقيه، القضاء إلّا بنصبه و إجازته و ذلك لا لقصور في المقتضى، بل لأجل إيصال باب الفوضى في وجه المجتمع، لئلا يحصل الاصطكاك، و يدبّ الفساد.

نعم لا يتم الاستدلال على لزوم النصب في تلك الظروف «بقياس القضاء على سائر المناصب للولاء و العمل فكما أنّ قيادة الجيش، و الولاية للمدينة، و المديرية لدائرة خاصّة تتوقف على النصب و لا- تكفى الإجازات العامّة فهكذا القضاء». و ذلك، لعدم وجود الإجازات العامة في منصب سوى القضاء، فيه المقتضى تام غير أنّه مقرون بالمانع، بخلاف سائر المناصب، فالمقتضى فيه غير موجود حتى يبحث عن وجود المانع.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢١

الأمر الخامس: في أنّ القضاء واجب كفاي

إشارة

إنّ الحياة الاجتماعية للإنسان، لا- تخلو عن تنازع في الأملاك و الحقوق، و الأعراض و النفوس، و هذا ما فرض على العقلاء إرساء عماد القضاء في البلاد، و قد صرح لفيق من الفقهاء بكونه واجباً كفاي.

١- قال المحقق: تولّى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه و ربّما وجب و وجوبه على الكفاية.

٢- قال العلّامة في القواعد: و تجب (تولية القضاء) على الكفاية. «١»

٣- و قال في التحرير: إنّ القضاء من فروض الكفايات إذا قام به البعض سقط عن الباقي و إن أخلّوا به أجمع، استحقّوا بأسرهم العقاب

- لما فيه من القيام بنظام العالم و الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و الانتصاف للمظلوم قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: إِنَّ اللَّهَ لَا يَقْدَسُ أُمَّةٌ لَيْسَ فِيهِمْ مَنْ يَأْخُذُ لِلضَّعِيفِ حَقَّهُ. (٢)
- ٤- و قال الأردبيلي في شرح قول العلامة في الإرشاد: «القضاء واجب على الكفاية»: دليل وجوب قبول الولاية من الإمام حال حضوره، إن لم يفهم وجوبه منه حينئذ بخصوصه، و وجوب الحكم و ارتكابه حال الغيبة مع عدم المانع كفاية، كأنه الإجماع و الاعتبار من وجوب ردّ الظالم عن ظلمه، و انتصاف المظلوم منه، و دفع المفساد و غلبه بعضهم على بعض و إيصال حقوق الناس إليهم، و إقرار الحقّ مقرّه، بل انتظام النوع و المعيشة، و ذلك دليل وجوبه للنبي و الإمام (٣).
- ٥- و قال السيد علي في الرياض: «و هو من فروض الكفاية بلا خلاف أجد

(١) مفتاح الكرامة: ١٠ / ٥، قسم المتن.

(٢) التحرير: ٢ / ١٧٩.

(٣) الأردبيلي: مجمع الفائدة: ١٢ / ١٩.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٢

- فيه بينهم لتوقف نظام النوع الإنساني عليه، و لأنّ الظلم من شيم النفوس فلا بدّ من حاكم ينتصف من الظالم للمظلوم و لما يترتب عليه من النهي عن المنكر، و الأمر بالمعروف. (١)
- ٦- و قال في الجواهر: و ربّما وجب تولّى القضاء مقدّمة للأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و للقيام منه بالقسط، و لكن يكون وجوبه حينئذ على الكفاية لعموم الخطابات المعلومة إرادة حصوله من مجموعهم لا من مباشر بعينه و لو جميعهم نعم قد يتعيّن فرد للانحصار أو لمصلحة اقتضت تعيين الإمام (٢).
- هذه هي الكلمات الواردة في المقام و قبل الخوض في تحليل أدلتهم، نقول: سيوافيك معنى ما ذكره المحقق من استحباب القضاء لمن يثق من نفسه، فإنّ الاستحباب، حكم طارئ على القضاء لا صلة له، بحكمه الذاتي من الوجوب الكفائي.

و قد اشير في هذه الكلمات إلى وجوه من الأدلة على كونه واجباً كفاياً:

١ الإجماع

الذي جاء في كلام المحقق الأردبيلي، و الإجماع مستند إلى الأدلة الواردة في كلامهم و مثله لا يعدّ حجّة.

٢ الخطابات العامة

التي تمسيك بها صاحب الجواهر و لكن ليس من تلك الخطابات في الكتاب و السنّة أثر و الوارد في القرآن، خطاب مشروط قال سبحانه: (وَ إِذِ احْكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ) (النساء / ٥٨) و مثله ما ورد في سورة المائدة من وصف من لم يحكم بما أنزل الله بالكفر و الظلم و الفسق. (المائدة / ٤٤، ٤٥، ٤٧).

و لا استفاد من مثل هذه الآيات وجوب القضاء و إنّما تدلّ على أنّ الإنسان

(١) السيّد علي، رياض المسائل ٢ / ٣٣٠.

(٢) النجفي، الجواهر ٤٠ / ٣٨.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٣
إذا مارس القضاء يجب عليه أن يحكم بالعدل، و أما أن الحكم واجب فلا تدل عليه.

٣ إنه من فروع القيام بالقسط الذى أمر به سبحانه

، قال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾ (النساء / ١٣٥) وقال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ﴾ (المائدة / ٨).

و الاستدلال قابل للمناقشة، إذ فرق بين أن يقول: «أقيموا القسط» و يقول: «قوامين بالقسط»، فالتعبير الأول يجزئ الإنسان إلى قبول القضاء لإقامة القسط، دون الثانى لكن الآيتين تدلان على لزوم كون الإنسان قائماً بالقسط لا مقيماً القسط، و صيغة المبالغة تدل على كثرته و وفرته و على ذلك فيكون مرجعهما إلى العمل بالقسط فى مجال الحياة الشخصية فلو كان عنده مال اليتيم مثلاً فلا يمسه إلا بالقسط قال سبحانه: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ (المائدة / ٤٢) و لو تصدى للتوزين فيوزن به قال سبحانه: ﴿وَ أَفِيضُوا الْوِزْنَ بِالْقِسْطِ وَ لَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ﴾ (الرحمن / ٩).

و الحاصل فرق بين إقامة القسط و القيام به، و الآيات تدل على الثانى دون الأول، و المفيد فى المقام هو الأول و لعل هذين القسمين من الآيات هو مراد صاحب الجواهر من قوله للعمومات و قد عرفت أنها قابلة للمناقشة.

٤ كون القضاء مقدّمه للأمر بالمعروف و النهى عن المنكر

، بل هو مصداق له و هذا أيضاً استدلل به صاحب الجواهر و هو قابل للمناقشة لأنّ القدر المتيقن من وجوبه هو ما إذا كان هناك معروف مشهود، و منكر معلوم، فيجب الأمر بالأول و الزجر عن الثانى، لا ما إذا كان محتملها كما فى مورد القضاء لأنّ القاضى غير واقف على صحته دعوى المدعى، و عدمها فلم يتبين المعروف و لا المنكر عنده.
و أما أنه يجب عليه تبين المعروف و المنكر بتصدى القضاء فلا دلالة لأدلتها
نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٤
عليه، و من المعلوم أن الحكم لا يثبت الموضوع.

٥ توقف نظام النوع الإنسانى عليه

كما فى عبارة الرياض و الدليل لا يخلو من إبهام.
فإن أريد بقاء الحياة الإنسانية فى هذا الكوكب، فإنه لا يتوقف على القضاء إذ ما زال البشر موجوداً فى الغابات و المناطق البعيدة، و لم يكن عندهم قضاء فكان الحاكم مكان القضاء و منطق العدل، منطق القوة و الزور.
و إن أريد النظام الاجتماعى و الحضارة الإنسانية فهو واجب على من بيده القوة و القدرة، و يجب عليه، نصب القضاء لحفظ النظام فالوجوب يتوجه إلى أصحاب القدرة و يجب على القاضى قبوله للملازمة بين وجوب النصب و وجوب القبول و إنما يكون وجوب النصب لغواً و أين هذا من كون القضاء واجباً كفايياً ابتداءً.
و لو قلنا بأن مرادهم من الوجوب الكفائى هو هذا النوع من الوجوب، يقيد وجوبه بما إذا كان ترك القضاء، مستلزماً للإخلال بالنظام لا مطلقاً، مع أن المفروض فى كلامهم كونه واجباً مطلقاً.

و الحاصل: أن هذه الأدلة غير وافية لإثبات المقصود، قابلة للمناقشة. و هناك وجوه آخر ربما تكون خالية عن المناقشة، تأتي بها بالعنوان الخاص.

٦ القضاء مبدأ لتطبيق الأحكام

إن من رجع إلى الكتاب و السنة يقف على أن الشارع الأقدس، لا- يرضى بتعطيل الأحكام بل الغاية من التشريع، هو تطبيق العمل عليها، من غير فرق بين الأحكام الفردية أو الاجتماعية، فالمطلوب من التشريع هو العمل و هو غاية الخلقه قال سبحانه: (الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا) (الملك/ ٢) فإذا كان تطبيق العمل على الأحكام الشرعية هو الغاية من التشريع، نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٥

فكيف لا يجب القضاء مع أن كثيراً من الأحكام يتجسد في ظل القضاء؟ و إليك بيانه:

إذا كان الإمام المعصوم حاضراً و باسط اليد، فيجب عليه نصب القاضى لتلك الغاية و يجب على المنصب قبوله إطاعة لأمر الإمام المعصوم. إنما الكلام إذا كان غائباً، فيجب على القاضى أيضاً التصدى. و ذلك بالبيان التالي:

١- إن السبب الوثيق لإجراء الأحكام و لو في مجالات مخصوصة، هو القضاء و الشارع لا يرضى بتركها في زمان الغيبة و الحضور، فإذا علمنا ذلك، و كان تصدى القضاء من أسباب إجرائها، يجب التصدى و إلّا يلزم حذف الأحكام الإسلامية من الساحة و هو مما لا يرضى به الشارع.

فإن قلت: إن من المحتمل أن يكون الأحكام الجزائية مشروطة بحضور الإمام المعصوم، و لولاه، لما جاز العمل بها، فما روى عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: «حدّ يقام في الأرض أركى فيها من مطر أربعين ليلة و أيامها». «١» و إن كان يعرب عن لزوم اجراء الحدود لكنّها مخصوصة بزمان الحضور لأنّ اجرائها من شئون الإمام المعصوم، فعلى هذا لا يجب التصدى للقضاء لتلك الغاية. قلت: مضافاً إلى عدم صحّة ذلك كما أوضحنا حاله في الحدود، إن هذا الاحتمال لو صحّ فإتّما يصح في الأحكام الجزائية دون سائر الأحكام مما يتعلّق بالحقوق و الأموال.

٧ القضاء سبب لحفظ الحقوق

إنّ الشارع حرّم المراجعة إلى محاكم الجور، و أرجع الشيعة إلى الفقهاء فإذا جاز لهم الرجوع إلى الفقيه لأجل القضاء و جب عليه التصدى، و إلّا لزم تفويت الحقوق على المؤمن و هو قبيح، إذ كيف يصحّ للشارع أن يترك القضاء في هذه

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٦

الظروف، مع إمكان إحياء الحقوق و لو بالرجوع إلى الفقيه، و هو القائل لن تقدّس أمّة لا يؤخذ للضعيف فيها حقّه من القوى «١».

٨ إقامة العدل من وظائف الفقيه المقتدر.

إذا كان الفقيه في البلد ذا قوة و قدرة تجب عليه إقامة الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، عن غير طريق البيان و اللسان، فإنّ الإرشاد بهما، وظيفه من لا- يملك العدة و العدد، كما في رواية مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام يقول: و سئل عن الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر أ واجب هو على الأمة جميعاً؟ فقال: «لا- فليل له: و لم؟ قال: «إنّما هو على القوى المطاع، العالم

بالمعروف من المنكر، لا على الضعيف الذي لا يهتدى سبلاً...» (٢).

ومن وظائف القوى المطاع ردّ المظالم، و الانتصاف من الأعداء كما عن أبي جعفر قال: «إنّ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فريضة عظيمة بها تقام الفرائض، و تأمن المذاهب و تحلّ المكاسب و تردّ المظالم و تعمر الأرض، و ينتصف من الأعداء و يستقيم الأمر». (٣)

إنّ وظيفة القوى المطاع فوق الفرد العادي، فلا يصحّ له أن يعتذر بما أوردناه على الاستدلال بأدلة الأمر بالمعروف من عدم العلم التفصيلي بالمعروف قبل التصدي إذ العلم الإجمالي في حقه منجز و العلم القطعي حاصل للقوى المطاع بأنّ هناك حقوقاً مهضومة و أموالاً مغصوبة و دماء مسفوكة بغير الحقّ، فتجب عليه معالجتها بعد التبيين، و مفتاحه ممارسة القضاء، فيجب عليه القيام به. و من أراد أن يستدل على وجوب القضاء بأدلة الأمر بالمعروف فعليه التقرير

- (١) نهج البلاغة، الرسائل / ٥٣؛ الوسائل: الجزء ١١، الباب ١٢ من أبواب الأمر بالمعروف، الحديث ٩.
- (٢) الوسائل: الجزء ١١، الباب ٢ من أبواب الأمر بالمعروف، الحديث ١.
- (٣) الوسائل الجزء ١١، الباب ١ من أبواب الأمر بالمعروف، الحديث ٦.
- نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الضراء، ج ١، ص: ٢٧
- بهذا النحو الذي عرفت.

الأمر السادس: استحباب تولي القضاء لمن يثق من نفسه

إشارة

يظهر من غير واحد من الأكابر استحباب تولي القضاء لمن يثق من نفسه و المقصود استحبابه العيني، مع وجوبه الكفائي و إليك بعض الكلمات:

- ١- قال المحقق: تولي القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه. (١)
- ٢- قال العلامة في القواعد: و يستحب التولية لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطها على الأعيان. (٢)
- ٣- قال الشهيد الثاني: و في استحبابه مع التعدد عيناً (مع كونه واجباً كفائياً) قولان أجودهما ذلك مع الوثوق من نفسه بالقيام به. (٣)
- ٤- و قال أيضاً في شرح قول المحقق: «تولي القضاء مستحب...»: فحكم المصنف باستحبابه لمن يثق بنفسه محمول على طلبه من الإمام ممن لم يأمره به إذا كان من أهله، أو على فعله لأهله في حال الغيبة حيث لا يتوقف على إذن خاص إلى أن قال: و خالف في استحبابه أو وجوبه بعض العامة فحكم بكراهته نظراً إلى الأحاديث المحذرة عنه و من ثم امتنع جماعة من أكابر التابعين و غيرهم. (٤)
- ٥- و قال الفاضل الهندي: و يستحب التولية على الأعيان إلّا من وجبت عليه عيناً لأنه أمر مرغوب عقلاً و شرعاً (٥).

- (١) الشرائع: ٤ / ٨٦١.
- (٢) مفتاح الكرامة: ١٠ / ٥ قسم المتن.
- (٣) الروضة البهية: ٣ / ٦٢.
- (٤) المسالك: ٢ / ٣٩٠ و في هامش المطبوع عن الميرزا محمد الشيرازي: هنا احتمال ثالث هو قبول من كلفه الإمام على سبيل التخير.

(٥) كشف اللثام: ١٤١ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٨

٦ و قال العاملى: و قد أجمعت الأمة كما فى المبسوط (ما عدا أبا قلابه لأنه كان يحتمل أنه غير فقيه) على أنه طاعة و مرغوب عقلاً و نقلًا و الاستحباب العينى لا- ينافى الوجوب الكفائى فلا ريب فى رجحانه على الاكتساب بالمباح و فى الوسيلة: قسّمه إلى واجب و مكروه و مندوب و محذور «١» إلى غير ذلك من الكلمات.

أقول:

يقع الكلام فى مقامين:

إشارة

الأول: ما هو الدليل على استحبابه؟

الثانى: ما هو الموضوع للاستحباب و كيف يجتمع الاستحباب العينى مع الوجوب الكفائى؟

أما الأول [ما هو الدليل على استحبابه؟]

فالقول باستحبابه إنما هو فيما إذا كان القاضى متعددًا كما عرفت من الشهيد فى الروضة، فيقع الكلام فى استحبابه عيناً، مع كونه واجباً كفايًّا و أمّا إذا اتحد يكون واجباً عينياً و معه لا ملاك للاستحباب. و أمّا الدليل على الاستحباب فهناك وجوه مذكورة فى كلمات القوم نشير إليها:

١- الإجماع الوارد فى كلام الشيخ فى المبسوط «٢» الذى نقله فى مفتاح الكرامة، و لكن الظاهر أن معقده، هو كونه القضاء طاعة، و أمراً مرغوباً عقلاً و نقلًا فى مقابل ما نقل عن بعض أهل السنّة من الكراهة للأحاديث الدائمة، و هو غير كونه مستحباً، إذ يكفى فى كونه طاعة و أمراً مرغوباً، كونه واجباً كفايًّا، و لا يتوقف على كونه مستحباً وراء وجوبه الكفائى.

(١) مفتاح الكرامة: ١٠ / ٥.

(٢) قال الشيخ فى المبسوط: القضاء جائز بين المسلمين و ربّما كان واجباً فإن لم يكن واجباً كان مستحباً... إلى أن قال: و عليه إجماع الأمة إلّا أبا قلابه فإنه طلب القضاء فالحق بالشام و أقام زماناً ثم جاء... إلى أن قال: إن أبا قلابه رجل من التابعين لا يقدر خلافه فى إجماع الصحابة (المبسوط ٨ / ٨٢)، و الإمعان فى العبارة يعطى أن معقد الإجماع هو جواز القضاء أو وجوبه الكفائى لا استحبابه، و لأجل ذلك يقول، لا يعاب بخلاف أبى قلابه.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٩

٢ عظم الفوائد المترتبة عليه، المعلوم رجحانها عقلاً و نقلًا. «١» و هو موافق لما نقلناه عن كشف اللثام.

يلاحظ عليه: بأنّها لا تلازم الاستحباب العينى، بل يكفى كونه واجباً كفايًّا، فلاجل هذه الفوائد المترتبة، ما أهمله الشارع بل أوجهه عيناً فيما إذا لم يكن هناك إلّا قاض واحد، و كفايًّا فيما إذا تعدد.

و لو أريد من الفوائد العظيمة ترتب الأجر، و هو أيضاً لا تلازم الاستحباب لكفاية الوجوب الكفائى فى ترتبه إذا كان هناك إخلاص.

٣- عمومات باب القضاء، و لكنّها مثل الأجر لا تلازم الاستحباب.

و بالجملة لم نجد دليلاً صالحاً للاستحباب مع التحفظ على كونه واجباً كفايًّا هذا كله حول المقام الأول.

الثانى: ما هو الموضوع للاستحباب على فرض ثبوته؟

هناك احتمالات:

- ١-- كون تولّى القضاء مستحباً و هو الظاهر من المحقق و العلامة، و الشهيد فى الروضة و الفاضل فى كشف اللثام.
- ٢-- طلبه من الإمام إذا لم يأمره كما فى المسالك.
- ٣-- قبول من كلفه الإمام على سبيل التخيير كما من الشيروانى فى هامش المسالك.
- ٤-- استحباب المبادرة و التسابق ليتقدم إليه على الغير كما صرح الفقيه الطباطبائى فى ملحقات العروة «٢» و لناخذ كل واحد بالبحث. أما الأول فهو المتبادر من كلماتهم إلا من صرح بالخلاف لكنّه يستلزم اجتماع الوجوب و الاستحباب فى شىء واحد.

(١) الجواهر: ٣٧ / ٤٠ و قد تبع فى ذلك كشف اللثام فلاحظ.

(٢) السيد الطباطبائى: ملحقات العروة: ٤ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٠

و ما ذكره فى المفتاح «١» و الرياض «٢» من أنّ الاستحباب العيني لا ينافى الوجوب الكفائى غير تام لأنّ مفاد الأول جواز ترك المتعلق مطلقاً، سواء قام به الآخرون أو لا- و لكن مفاد الثانى، جواز تركه إذا قام به الآخرون و ربّما يتصور إمكان الجمع من باب تجويز اجتماع الأمر و النهى فى شىء واحد، بسبب عنوانين، و لكنّه غير مفيد فى المقام. لأنّ البحث هناك فيما إذا كان بين العنوانين عموم و خصوص من وجه لا- مثل المقام فإنّ النسبة بين القضاء، و قضاء من يثق من نفسه عموم و خصوص مطلق، و من قال بجواز الجمع فإنّما قال به فيما إذا كان بين العنوانين عموم من وجه، لا عموم مطلق.

فلا- محيص من حمل الأمر الاستحبابى على فرض ثبوته على الإرشاد إلى أفضل الأفراد كما فى الأمر بإقامة الصلاة جماعة أو فى المسجد، و عندئذ يخرج الأمر عن كونه مولوياً و هو خلاف المفروض.

و أمّا الثانى، فإنّ الطلب يكون مقدّمه للقضاء و مع فرض كونه واجباً كفائياً، تكون مقدّمته كذلك، لا مستحباً نفسياً إلا إذا كانت المقدّمه بوصف كونها مستحبّة مقدّمه كما فى الطهارات الثلاث، و ليس المقام كذلك. و ذلك لوجود ملاك الاستحباب النفسى فى الطهارات لأجل أنّ لها شأناً وراء المقدّمية لكونها نوراً فى حدّ نفسها فالكون على الطهارة مستحبّ فى ذاته و لا مانع من أن تقع بهذا الوصف مقدّمه للصلاة، بخلاف الطلب، إذ ليس له شأن وراء المقدّمية للقضاء و ليس نفس الطلب بما هو مطلوباً سواء انجز إلى التصدى أم لا فتدبر.

و منه يظهر حال الثالث أى قبوله من الإمام عليه السلام إذا أمر بالتخيير فإنّ حال القبول لا يزيد على الطلب، و كلاهما مقدّمتان للقضاء فيكون حكمه حكمه.

(١) مفتاح الكرامة: ٥ / ١٠.

(٢) الرياض: ٣٣٣ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣١

و أمّا الرابع الذى احتمله السيد الطباطبائى، فقد أشكل عليه هو نفسه بأنّه كيف يُعقل استحباب المبادرة من كل أحد عيناً، مع كون الفعل واحداً لا يقبل التكرار بل لا يتصور استحباب مثله عيناً و إن لم يكن وجوب. «١»

اقول: ما ذكره قدّس سرّه أظهر الوجوه و لا- يرد عليه ما أوردناه على الوجه الثانى و الثالث و ذلك لأنّ الواجب الكفائى هو أصل

القضاء، و قبوله أو طلبه مقدّمة، و هى أيضاً واجبة مثله، بخلاف المبادرة و الاستباق إلى القبول فهو ليس مقدّمة بل هو مستحبّ مثل قوله سبحانه (فَاسْتَبِقُوا الخَيْرَاتِ*) (المائدة/ ٤٨) فالإتيان بالخير واجب، و مقدّمته مثله، لكن المبادرة اليه مستحب. و ما أورده قدّس سرّه على هذا الوجه و هو أنّه كيف يعقل استحباب المبادرة من كلّ أحد عيناً مع كون الفعل واحداً لا يقبل التكرار ... غير تامّ إذ لو صحّ لتوجّه على جميع الواجبات الكفائية، لأنّه كيف يطلب الفعل الواحد من الجميع مع عدم إمكان قيام الجميع به؟ و الحلّ فى جميع الموارد واحد و على ضوء ذلك فالاستباق مطلوب من الجميع لكنّه لو بادر أحد قبل الجميع سقط عن الباقيين. و فى الختام نقول: إنّ الاختلاف فى موضوع الاستحباب، دليل واضح على عدم وجود دليل صالح على أصل الاستحباب، إذ لو كان لكان الموضوع متيناً.

تمّ الكلام فى المقدمات، و لندخل فى النظر الأوّل من النظرات الأربع.

(١) السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٢

النظر الأوّل فى صفات القاضى

إشارة

قد عرفت أنّ المحاور الأصليّة فى القضاء ثلاثة، فالأوّل منها هو البحث عن صفات القاضى و مؤهلاته لذلك الأمر الخطير، فنقول: ذكر الفقهاء هنا صفات نذكرها بعد بيان النكتة التالية:

القضاء من الأمور الخطيرة المهمّة التى يطلب لنفسه شروطاً تعطى للإنسان صلاحية القيام بها و القضاء من أخطرها و أهمها، و قد ذكر الفقهاء فى كتبهم أموراً بعنوان صفات القاضى و هى بين ما هو بين الثبوت لا- يشكّ فى لزومها اثنان، و ما ليس كذلك بل يحتاج القول بالاشتراط و عدمه إلى دراسة علميّة.

و الصفات المذكورة فى كلام المحقق و غيره عبارة عن الأمور التالية:

إشارة

١- البلوغ، ٢ كمال العقل، ٣ الإسلام، ٤ الإيمان، ٥ العدالة، ٦ طهارة المولد، ٧ الذكورة، ٨ الاجتهاد ٩ الضبط، ١٠ الكتابة، ١١ البصر، ١٢ النطق، ١٣ السمع ١٤ الحرّيّة. و أضاف المحقق بعد اشتراط العدالة: الأمانة و المحافظة على الواجبات. و لكنهما مستدركان باعتبار دخولهما فى العدالة. إلّا أن يكون التخصيص بالذكر لأجل العناية ببعض المصاديق و لتأخذ بالبحث واحداً بعد الآخر:

الشرط الأوّل و الثانى: البلوغ و كمال العقل

البلوغ و كمال العقل من الشروط القطعية التى لم يختلف فيهما اثنان لا من

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٣

العقلاء و لا من الفقهاء و طبيعة الموضوع تقتضى شرطيهما، فلم يُر صببى و لا سفيه على منصّة القضاء، و كيف يمكن للصبى أن يدير دفة القضاء مع أنّه رفع عنه القلم «١» و عمدته و خطؤه سيان «٢»؟! أضف اليه أنه هو مولّى عليه، فكيف يكون ولياً للمتحاكمين؟! على أنّ شرطية العدالة تلازم اشتراطهما لأنّ العدالة أو الفسق فرع التكليف و أمّا قوله سبحانه: (وَآتَيْنَاهُ الحُكْمَ صَبِيّاً) (مريم/ ١٢) حيث

نصب يحيى على القضاء والحكم وهو صبي، فإنما هو من باب الكرامة على سبيل خرق العادة فلا يقاس عليه ولا على أئمة أهل البيت، آحاد الناس. وقد قال أمير المؤمنين عليه السلام: «لا يقاس بآل محمد من هذه الأمة أحد». (٣) غير أن المحقق عثر عن الشرط الثانى بكمال العقل والظاهر أن مراده هو أن لا يكون سفيهاً بحيث يقال إنه ناقص العقل وأما الذكاء والتوقد الفكرى، أو الفطنة فلا يطلبه أصل القضاء.

غير أن هنا نكتة نلفت نظر القاضى إليها وهو أن الموضوع إذا كان ملتويًا ومعقدًا بحيث لا يطمئن القاضى بتمحيصه وتشخيصه، يلزم عليه أن لا يمارسه، بل يستعين فيه بالخبراء الذين لهم ذكاء خاص فى حلّ الأمور المعقدة والمعضلات من المسائل القضائية، لأجل الممارسة الممتدة.

وذلك لأن المسائل القضائية مع اشتراك الجميع فى جهة، تختلف فى البساطة والتعقيد، وليس كل موضوع منها لكل وارد وشارد، وعليه فى الأمور المعقدة، التى تطلب لنفسها مهارة وذكاء وتوقدًا خاصًا أن يجب لا يمارسها القاضى إلا بعد توفر الشروط التى تطلب لنفسها إما بجعلها شورى بين القضاء، أو الاستعانة بمن توفرت فيه الشروط كما لا يخفى.

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٨ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٢.

(٢) الوسائل: الجزء ١٩، الباب ١١ من أبواب العاقلة، الحديث ٢، ٣، ٥.

(٣) نهج البلاغة: الخطبة ٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٤

الشرط الثالث: الإسلام

لم يشك فى اعتبار الإسلام أو مانعيه الكفر اثنان، ولم ير فى تاريخ القضاء كافر يشغل منصب القضاء قال المحقق: لأنه ليس أهلاً للأمانة ويمكن الاستدلال عليه بوجوه:

١- القضاء منصب يستتبع ولاية، والعصمة بين المسلم والكافر مقطوعة فكيف يكون ولياً للمسلم، وهو سبحانه ينهى عن اتخاذ المؤمنين الكافرين أولياء ومن يتولهم فهو منهم «١»؟! أفيصح بعد ذلك أن يضيف لهم ولاية فى مقام القضاء؟!!

٢- إنه سبحانه ينهى عن التحاكم إلى الطاغوت، ويأمر بالكفر به، ويقول: (أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا نُزِّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا) (النساء / ٦٠). و التحاكم لدى الكافر من مصاديق التحاكم إلى الطاغوت، روى المفسرون أنه كان بين رجل من اليهود و رجل من المنافقين خصومة، فقال اليهودى: أحاكم إلى محمّد لأنه علم أنه لا يقبل الرشوة ولا يجوز فى الحكم فقال المنافق: لا، بل بينى وبينك كعب الأشرف (اليهودى) لأنه علم أنه يأخذ الرشوة فنزلت الآية.

٣- إنه من قبيل السبيل للكافر على المسلم حيث إن القضاء لا ينفك غالباً عن الجلب وإصدار القرار والحبس، والقضاء فى مورد الجزاء، لا ينفك عن الإعدام وإجراء الحد والتعزير، وقد قال سبحانه: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا) (النساء / ١٤١). وما رُبما يقال إنه من قبيل إجراء الحكم الحقّ فى حقّ المحكوم وليس بسبيل مدفوع بأن مالكيه الكافر للمسلم أيضاً تمسك بالحكم المشروع مع أنه يعدّ سبيلاً، وللقاضى سيادة على المحكوم فى أنظار الناس

(١) النساء / ١٤٤، المائدة / ٥١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٥

و هو لا ينفك عن جعل السبيل.

٤- إن اشتراط العدالة تلازم شرطية الإسلام و ليس المراد منها المعنى النسبى أى العادل فى دينه بل المعنى المطلق كما سيوافيك.

٥- طبيعة الموضوع تقتضى الاشتراط، إذ كيف يمكن تسليط الكافر على دماء المسلمين و أعراضهم و أموالهم و حقوقهم مع أنه ليس أهلاً للأمانة.

نعم الانظمة الإلحادية غير معترفة بهذا الشرط حتى الإيمان بالله، و قائلة بأن حرمان طائفة من القضاء لأجل العقيدة مخالفة للعدل الاجتماعى، و مشاركة الناس فى الحقوق من دون تبعيض.

يلاحظ عليه: أنه ليس تبعيضاً و إنما هو أخذ لصالح القضاء و المتحاكمين فإن من لا يؤمن بالقضاء الإسلامى و مصادر أحكامه، كيف يتحرى الحقيقة فى إجراءاته؟ و لكن الجنس إلى الجنس يميل «و كل اناء بالذى فيه ينضح» نعم نقل الشهيد الثانى جواز قضاء الكافر لأهل نحلته و وصفه بأنه شاذ. (١)

الشرط الرابع: الإيمان

إشارة

إن الايمان له استعمالات:

١- ربما يستعمل و يراد منه نفس ما يراد من الإسلام من غير فرق بينهما (فَأَخْرَجْنَا مَنْ كَانَ فِيهَا مِنَ الْمُؤْمِنِينَ * فَمَا وَجَدْنَا فِيهَا غَيْرَ بَيْتٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ) (الذاريات/ ٣٦٣٥). و المراد منهما الاعتقاد الجازم بالله و رسالته نييه و ما جاء به.

٢- ربما يطلق الإسلام و يراد منه التظاهر به من دون نفوذ إلى القلب و يقابل الإيمان و هو التسليم النافذ من الظاهر إلى الباطن و على ذلك قوله سبحانه:

(١) زين الدين العاملى، المسالك: ٢ / ٣٨٩.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٦

قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَ لَكِن قُولُوا أَسْلَمْنَا وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ (الحجرات/ ١٤).

٣- و ربما يطلق و يراد منه الإيمان بالمعنى الخاص و هو كونه إمامياً و هذا هو المراد هنا بعد اشتراط الإسلام و لنذكر شيئاً من كلمات الفقهاء.

اشتراط الإيمان فى كلمات الفقهاء

١- قال المفيد: و لا ينبغى لأحد أن يتعرض له حتى يثق من نفسه بالقيام به و ليس يثق أحد بذلك من نفسه حتى يكون عاقلاً، كاملاً، عالماً بالكتاب و ناسخه و منسوخه ... «١» و لم يصرح باشتراط الإيمان.

٢- قال الشيخ: و قد فوضوا ذلك إلى فقهاء شيعتهم فى حال لا يتمكنون فيه من توليه بنفوسهم، فمن تمكن من إنفاذ حكم أو إصلاح بين الناس، أو فصل بين المختلفين فليفعل ذلك و له بذلك الأجر و الثواب. «٢»

٣- قال الشيخ فى الخلاف: لا- يجوز أن يتولى القضاء إلّا من كان عارفاً بجميع ما و ليه و لا يجوز أن يشذ عنه شىء من ذلك، و لا يجوز أن يقلد غيره ثم يقضى به و قال الشافعى: ينبغى أن يكون من أهل الاجتهاد ... و لا تجوز أن تكون المرأة قاضية فى شىء من الأحكام «٣» و ليس فيه تصريح باشتراط الإيمان.

٤- وقال في المبسوط: و أما من يحرم عليه أن يلي القضاء فإن يكون جاهلاً ثقةً كان أو غير ثقةً، أو يكون فاسقاً من أهل العلم. «٤» و لعله اكتفى بالإشارة عن

(١) المفيد: المقنعة: ٧٢١.

(٢) الطوسي: النهاية، كتاب الجهاد: ٣٠١.

(٣) الطوسي: الخلاف، ج ٣ / كتاب القضاء، المسألة ٦١.

(٤) الطوسي: المبسوط: ٨٣ / ٨.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٧

التصريح.

٥- قال ابن إدريس: فأما من تحرم عليه فإن كان جاهلاً، ثقةً كان أو غير ثقةً أو فاسقاً من أهل العلم. «١» و لعله اكتفى بالإشارة عن التصريح.

٦- وقال المحقق: «و يشترط الإيمان و العدالة» غير أنه أراد به الإسلام بشهادة قوله: فلا- يعقد للكافر لأنه ليس أهلاً للأمانة و كذا الفاسق.

٧- وقال «٢» العلامة: و يشترط الإيمان و العدالة فلا ينفذ قضاء الكافر و الفاسق، «٣» و لأجل خلوّ عبارة القواعد عن هذا الشرط حاول السيد العاملي إدخال غير الإمامي، تحت الفاسق تارة، و الكافر أخرى لاشتراكه معه في القضاء بأصول لا نعترف بها فلا يجوز نصبه للقضاء.

٨- وقال ابن سعيد: إذا كان الرجل عاقلاً، بصيراً، كاملاً، كاتباً، عالماً بالقضاء ديناً، و ورعاً فهو أهل لولاية القضاء. «٤» و ليس فيه تصريح بهذا الشرط.

٩- قال العلامة في الإرشاد: و في حال الغيبة ينفذ قضاء الفقيه من علماء الإمامية الجامع لشرائط الفتوى. «٥»

١٠ و نسب التردد إلى المحقق الأردبيلي و لم يظهر لى من كلامه نعم جوز قضاء العامي إذا اقتضت المصلحة نصبه. ٦

١- ١ و قال في الجواهر: تواترت النصوص في النهي عن المرافعة إلى قضائهم بل هو من ضروريات مذهبنا. ٧

(١) ابن إدريس، السرائر: ٣ / ١٥٣.

(٢) نجم الدين: الشرائع: ٤ / ٦٧.

(٣) العاملي، مفتاح الكرامة، قسم المتن: ٩ / ١٠.

(٤) ابن سعيد الحلبي، الجامع: ٥٢٢.

(٥) ٥ و ٦ مجمع الفائدة: ١٢ / ١٨ و ٢٢.

(٦) ٧ النجفي: الجواهر ٤٠ / ١٣.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٨

١٢ و قال السيد الأستاذ: يشترط في القاضي: البلوغ و العقل، و الإيمان، و العدالة، و الاجتهاد المطلق، و الذكورة و طهارة المولد، و الأعلمية ممن في البلد أو ما يقربه على الأحوط «١».

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الأصل هو عدم نفوذ رأى أحد على أحد إلا الله سبحانه أو من عينه و أنفذ رأيه و القدر المسلم من هذا الاستثناء هو رأى النبي و الوصي و الفقيه الإمامي الجامع للشرائط حسب مقبوله عمر بن حنظلة. «٢»، و أبي خديجة. «٣» و أما غيرهم

سواء أ كان شيعياً غير إمامي كالزيدى و الاسماعيلى، أم غير شيعى فليس هناك إطلاقاً يتمسك به فعدم الدليل على نفوذ قضائه كاف فى المقام و لا نحتاج إلى الدليل على عدم الصحة.

الاستدلال على عدم الاشتراط

و يمكن الاستدلال على عدم الاشتراط بنصب على عليه السلام شريحاً على مقام القضاء أو إبقائه عليه، و طبع الحال يقتضى أنه أبقى سائر القضاء المنصوبين قبله على مناصبهم حتى أن الإمام ربّما كان يرفع الشكوى إليه روى عبد الرحمن بن الحجاج أن علياً كان قاعداً فى مسجد الكوفة فمرّ به عبد الله بن قفل التميمى و معه درع طلحة فقال على عليه السلام: «هذه درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة» فقال له عبد الله بن قفل: اجعل بينى و بينك قاضيك الذى رضيته للمسلمين فجعل بينه و بينه شريحاً.... «(٤)» يلاحظ عليه: أن الاستدلال بالفعل إنما يصح إذا علمت جهته إذ من

(١) الإمام الخمينى: تحرير الوسيلة: ٢/ ٤٠٧.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٥.

(٤) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٩

المحتمل أن الإبقاء كان لضرورة اجتماعية دعت الإمام إلى إبقاء شريح مقامه و لأجل ذلك أفهمه تلويحاً بأنه ليس لائقاً لهذا المنصب و قال: «جلست مجلساً لا يجلس فيه إلّا نبى أو وصى نبى أو شقى». «(١)» و فى مورد آخر شرط عليه أن لا ينفذ قضاءه حتى يعرضه ٢ عليه. و عندئذ لا يبقى اطمئنان بأن وجه النصب هو صلاحيته فى نفسه مع قطع النظر عن الضرورة الاجتماعية.

إكمال

لا شكّ فى استفاضة الروايات فى أنه لا يجوز الرجوع إلى غير فقهاء الشيعة، و هى مبثوثة فى أبواب صفات القاضى لكن يقع الكلام فيما هو المانع و هو مردّد بين الأمور التالية:

١- العقيدة المخالفة للحق.

٢- اعتماده على أصول لا نقول بحجّيتها.

٣- كونه منصوباً من جانب حكّام الجور.

و تختلف النتيجة حسب اختلاف الموضوع، فلو كان المانع، هو الأوّل، يلزم حرمان كل فقيه غير إمامى و لو كان الثانى، يتحدّد الحرمان بما إذا قضى بأصول غير مرضية، بخلاف ما إذا التزم بأصول صحيحة و رفض القياس و الاستحسان، و قول الصحابى بما هو صحابى من دون ثبوت صدوره عن النبى صلى الله عليه و آله و سلّم و غير ذلك، و على الثالث يختص الحرمان بما إذا كان منصوباً من جانبهم، و إلّا فلو كان قاضياً حرّاً و إن قضى بأصول باطلة، لما أخل.

و لكن لم نجد ما بأيدينا من الروايات ما يعتمد على الوجه الأوّل، و إنما السبب فى النهى عن الرجوع إليهم يدور بين الأمور التالية:

(١) ١ و ٢ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٠

١- الإفتاء بغير علم و القضاء بلا- وعى و قد عقد صاحب الوسائل باباً بهذا العنوان و قال: باب عدم جواز القضاء و الإفتاء بغير علم بورود الحكم عن المعصومين «١».

٢- الإفتاء بغير الكتاب و السنّة و قد عقد صاحب الوسائل باباً له. «٢»

٣- القضاء بالمقاييس و الاستنباطات الظنيّة و قد عقد أيضاً باباً له. «٣»

و هذه الجهات الثلاث يرجع إلى الملاك الثاني و هناك بعض الروايات ما يؤيد كون الملاك هو الثالث و قد عقد صاحب الوسائل باباً لذلك. «٤»

روى أبو بصير قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام قول الله عزّ و جلّ في كتابه: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ﴾ «٥» فقال: «يا أبا بصير إنّ الله عزّ و جلّ قد علم أنّ في الأُمّة حكّاماً يجورون أما إنّ لم يعن حكّام أهل العدل و لكنّه عنى حكّام أهل الجور». «٦»

و على كل تقدير فلو كانت الروايات الناهية قاصرة الدلالة على المنع المطلق، فلا يخلّ بالمقصود لما عرفت من أنّ الجواز يحتاج إلى الدليل و عدمه كاف و لا يحتاج عدم الجواز إلى الدليل.

نحن نفترض أنّ هذه الروايات الناهية واردة في الملاكين الأخيرين غاية الأمر تكون النتيجة عدم دلالتها على المنع المطلق، و لكنّه غير كاف في إثبات جواز التصدي، لأنّ الجواز يطلب الدليل و عدمه كاف في كون الأصل الأوّلي محكّماً. و على فرض المنع، فهل لا يجوز نصبه حتى على أهل نحلته أو يختصّ

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب صفات القاضي.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٥ من أبواب صفات القاضي.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٦ من أبواب صفات القاضي.

(٤) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي.

(٥) البقرة: ١٨٨.

(٦) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٣.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤١

التحريم، بما إذا نصب على غيرهم من الشيعة؟ وجهان. و قد تقدّم نظيره في قضاء الكافر على أهل نحلته. و هاتان المسألتان تطلبان بحثاً واسعاً تستمدان من قوله سبحانه: ﴿فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَ إِنْ تَعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَ إِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ (المائدة/ ٤٢).

الشرط الخامس: العدالة

و قد اختلفت عباراتهم في التعبير عن هذا الشرط:

منهم من جعل الفسق مانعاً كما عليه الشيخ في المبسوط و ابن إدريس في السرائر.

و منهم من جعل العدالة شرطاً، كالمحقق في الشرائع و العلّامة في القواعد، و السيد الأستاذ في التحرير.

و منهم من عبّر بالموصوف مكان الوصف و قال دينا و ورعاً كابن سعيد في الجامع «١» و منهم من عبّر بالورع. «٢»

و الظاهر أنّ التعابير من قبيل التفنّن في العبارة و الكل يشير إلى أنّه يلزم أن تكون للقاضي حالة نفسانية تصدّه عن ارتكاب المحرّمات

واقتراف المعاصى خوفاً من الله و خشيةً منه أو ما يقرب من ذلك و لم يختلف فيه اثنان و لأجله أرسله صاحب المفتاح إرسال المسلم بلا إيعاز إلى مخالف و قال: و أما الفاسق فيشمل المؤمن و غيره، من غير فرق المسلمين، أما المؤمن الفاسق فلعدم ثقته و صلاحيته فى الصلاة و الشهادة و الإفتاء فالقضاء أولى. «٣»

(١) تقدمت مصادر كلماتهم عند البحث عن شرطية الإيمان.

(٢) أبو الصلاح: الكافى: ٤٢٣.

(٣) العاملى: مفتاح الكرامة: ٩ / ١٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٢

و قد أدى حقّ المقال فى هذا التعبير الموجز و إليك التفصيل:

يدلّ على الاشتراط أمور:

١- التصريح بالاشتراط فى رواية سليمان بن خالد «١» و أخذه أمراً مسلماً فى مقبولة ابن حنظلة «٢»، حيث قال: «الحكم ما حكم به أعدلهما و أفقهما» و قد جعل التفاضل فيها مرجحاً.

٢- كونه شرطاً فى المفتى و الشاهد، و إمام الجماعة و فى الولاية على القصر و الغيب و التقسيم «٣» يقتضى اشتراطه فى القضاء بوجه أولى، لأنّ القاضى بيده الدماء و الأعراض، و الأموال و الحقوق و أين هو من إمام يصلّى و يترك كل شىء للمأموم.

٣- طبع الموضوع يقتضى الاشتراط لخطورته و عظيمته كما مرّ مراراً.

و ظاهر الأدلة، كونه عادلاً على وجه الإطلاق، لا أن يكون أميناً و محترزاً عن الحكم بالباطل فقط و مع ذلك ربّما يقترف المعاصى إذ مع كونه خلاف المتبادر أنّ الأصل هو عدم نفوذ القضاء إلّا من دلّ على نفوذه دليل قطعى و هو العادل المطلق.

و ذكر المحقق وراء العدالة اشتراط الأمانة و المحافظة على فعل الواجبات و قد عرفت كونهما داخلين ضمن العدالة.

الشرط السادس: طهارة المولد

قال المحقق: لا ينعقد القضاء لولد الزنا مع تحقّق حاله كما لا تصحّ إمامته

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٣.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١.

(٣) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع، الحديث ١، حديث اسماعيل بن سعد الأشعري و الجزء ١٣، الباب ٨٨ من أبواب الوصايا، الحديث ٢ حديث سماعة.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٣

و لا شهادته فى الأشياء الجليلة. «١» و ادّعى فى الروضة عليه الإجماع قال فى شرح قول الشهيد: «الفقيه الجامع للشرائط» و هى: البلوغ و العقل و الذكورة و الإيمان و العدالة و طهارة المولد إجماعاً «٢» و قال فى المسالك: أمّا طهارة المولد فلقصور ولد الزنا عن تولّى هذه

المرتبة حتى أنّ إمامته و شهادته ممنوعتان فالقضاء أولى. «٣»

إنّ مقتضى العمومات هو جوازها، إذا كان إمامياً و المنع يتوقّف على الدليل على خلاف المسألة السابقة، و قد استدل على المنع بأمر ثلاثة:

١- الإجماع: و قد حكاه فى الروضة و لم يتعرّض العاملى فى المفتاح لأى خلاف، و هو كما ترى، لعدم ذكر لفيف من الفقهاء هذا

الشرط كالشيخ في المبسوط. «٤» و ابن سعيد في الجامع. «٥»

٢- الأولوية: لأنه إذا لم يجز له التولية لإمامة الصلاة على ما استفاضت الروايات عليه و لم تقبل شهادته، فالقضاء أولى ففي صحيح زرارة: لا يصلين أحدكم خلف المجنون و ولد الزنا «٦»، و في صحيح ابن مسلم قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «لا تجوز شهادة ولد الزنا». «٧»

٣- نفور طبايع الناس منه و لكثته فرع علم الناس به. و المسألة قليلة الفائدة. و هناك نكتة نفيسة لا بد من الإشارة إليها: و هي إن وليد الزنا تنعقد نطقته في حال يعلم والده أو أمه أو كلاهما أنّهما ينقضان القانون، و يكسران عهداً من عهود الله، و هو إحساس ينتقل عن طريق النطفة إلى الوليد طبقاً لقانون التوارث الطبيعي، فيخرج المولود من الزنا مختبراً بحس نقض العهد و اختراق القانون و ينشأ و يشب

(١) نجم الدين الحلّي: الشرائع: ٤ / ٦٧.

(٢) الروضة: ٣ / ٦٢.

(٣) المسالك: ٢ / ٣٨٩.

(٤) المبسوط: ٨ / ٩٩.

(٥) الجامع: ٥٢٩.

(٦) الوسائل: الجزء ٥، الباب ١٤ من أبواب صلاة الجماعة، الحديث ٢ و لاحظ ١، ٤، ٥، ٦.

(٧) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣١، من أبواب الشهادات الحديث ٣ و لاحظ أيضاً الحديث ١، ٤، ٥، ٧.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٤

عليها و إلى ذلك يشير الإمام الصادق عند التحدث عن ولد الزنا: «إنه يحنّ إلى الحرام، و الاستخفاف بالدين و سوء المحضر». «١» فإذا كانت هذه نفسيته و حالته التي يحملها، فكيف يجوز أن تفوّض إليه مقاليد القضاء ليحكم في النفوس و الأعراس و الأموال و الحقوق؟! الحقوق؟!

نعم هذه الحالة أرضية مناسبة للانحراف و الشذوذ، و مقتض للفساد و الإفساد و ليست بعلة تامة إذ في وسعه تطهير نفسه من الشوائب العالقة بطبيعته فلا يوجب ذلك جبراً في حياته و شقائه.

و لأجل هذا نرى أمير المؤمنين يؤكّد على مالك أن يختار للحكم أفضل رعيته و يقول: «ثم اختر للحكم بين الناس أفضل رعيته في نفسك ممن لا تضيق به الأمور». «٢»

و يوصى له في جميع عماله بانتخاب ذوى الأحساب و يقول: «ثم ألصق بذوى الأحساب و أهل البيوتات الصالحة و السوابق الحسنة،

ثم أهل النجدة و الشجاعة، و السخاء و السماحة، فإنهم جماع من الكرم، و شعب من العرف. ٣

نعم يبقى هنا شيء و هو أن هذا التسالم بين فقهاءنا، كيف يجتمع مع ما روى عن علي عليه السلام أنه نصب زياد بن أبيه على ولاية فارس؟ و ليس القضاء بأعظم من الولاية و ربّما كان الوالى قاضياً. و المعروف أنه وليد الزنا.

روى علي بن محمد المدائني قال: لَمَّا ولى علي عليه السلام زياداً فارساً أو لبعض أعمال فارس ضبطها ضبطاً صالحاً و جبي خراجها و حماها. ٤

و قد كتب الإمام إليه رسالة عند ما كان زياد خليفة ابن عباس في البصرة

(٢) ٢ و ٣ نهج البلاغة: قسم الرسائل: ١. برقم ٥٣.

(٣) ٤ ابن أبي الحديد: شرح نهج البلاغة: ١٦ / ١٨١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٥

و كان عبد الله بن عباس عامله عليها و على كور الأهواز و فارس و كرمان. «١»

و كتب رسالة أخرى إليه عند ما بلغه أن معاوية كاتبه ليستلحقه بأبيه أبي سفيان. ٢

و يشهد على ذلك أنه كان يدعى زياد بن عبيد و هو زوج أمه (سمية) و لما استلحقه معاوية قيل ابن سمية و كانت أمه تحت عبيد و

ربما قيل إن نسبة زياد لغير أبيه لخمول أبيه. ٣

أما أنه كان غير طيب المولد فقد روى البلاذري قال: تكلم زياد و هو غلام حدث بحضرة عمر كلاماً أعجب الحاضرين فقال عمرو بن

العاص: لله أبوه لو كان قرشياً لساق العرب بعصاه، فقال أبو سفيان: أما والله أنه لقرشى و لو عرفته لعرفت أنه خير من أهلك فقال: و

من أبوه؟ أنا و الله وضعته في رحم أمه فقال: فهلا تستلحقه قال: أخاف هذا العير الجالس أن يخرق علي إهابي. ٤

و يمكن استظهار كون زياد وليد الزنا من قول الإمام الطاهر أبي الشهداء الحسين بن علي عليهما السلام: «وقد ركزني الدعوى بن

الدعوى بين الاثنتين: السلّة و الذلّة و هيهات منا الذلّة». ٥ و المراد منهما هو عبيد الله بن زياد.

و يمكن أن يقال: إن الدعوى ليس مرادفاً لابن الزنا بل هو كما يقول الطريحي: الدعوى من تبنيتها، و الأدعياء جمع «دعى» و هو من

يدعى في نسب كاذباً. ٦ و في أقرب الموارد: الدعوى من تبنيتها أى جعلته ابناً لك، و المتهم في نسبته، و الذى يدعى (يدعيه) غير أبيه

و الجمع أدعياء ٧ و أمه و إن كانت زانية و قد زنى بها أبو سفيان لكن لما لم يثبت كونه متخلّفاً من مائه، صار محكوماً بكونه ابن أبيه

(١) ١ و ٢ نهج البلاغة: برقم ٢٠ و ٤٤.

(٢) ٣ ابن أبي الحديد: شرح النهج ١٦ / ١٨٠.

(٣) ٤ ابن أبي الحديد: شرح نهج البلاغة: ١٦ / ١٨١.

(٤) ٥ القمى، نفس المهموم: ١٣٢، الطبعة الأولى.

(٥) ٦ الطريحي، مجمع البحرين: ١ / ١٤٤.

(٦) ٧ الخورى الشرتوتى: اقرب الموارد ١٣ / ٣٣٧.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٦

(عبيد) شرعاً بحكم الولد للفراش و لأجل ذلك كتب الإمام رسالته إليه ينهيه عن قبوله قول معاوية كما عرفت. فكان مجهول النسب لا

وليد الزنا قطعاً، فلا يكون نصبه دليلاً في المسألة.

و ممياً يدل على أنه كان مجهول النسب و لكن محكوماً شرعاً بالانتساب إلى الأب ما روى عن الحسن البصرى: أنه ثلاث كن في

معاوية لو لم تكن فيه إلا واحدة منهن لكانت موبقة: انتزأه على هذه الأمة بالسفهاء حتى ابتزها أمرها. و استلحقه زياداً مراغمة لقول

رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «الولد للفراش و للعاهر الحجر». و قتله حجر بن عدى فيا ويله من حُجر و أصحاب حُجر «١».

و قد كتب الإمام الحسين عليه السلام إلى معاوية رسالةً يندد فيها بأعمال معاوية و ممّا جاء فيها قوله: «أ و لست المدعى زياداً فى

الإسلام فرزعت أنه ابن أبي سفيان؟! و قد قضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن الولد للفراش و للعاهر الحجر» «٢».

و على ذلك كان زياد مجهول النسب، و لما لم يعلم كونه وليد الزنا قطعاً، فصار محكوماً بكونه وليد الفراش أعنى زوج أمه «عبيد»

فلا يكون مورداً للنقض.

إشارة

اشتهر القول باشتراط الذكورة فى القاضى و يظهر من الشيخ أنّ المسألة خلافية بين الفقهاء. قال: لا تجوز أن تكون امرأة قاضية فى شىء من الأحكام و به قال الشافعى، و قال أبو حنيفة: يجوز أن تكون قاضية فى كل ما يجوز أن تكون شاهدة فيه و هو جميع الأحكام إلّا الحدود و القصاص، و قال ابن جرير: يجوز أن تكون قاضية فى كل ما يجوز أن يكون الرجل قاضياً فيه لأنها من أهل

(١) ابن أبى الحديد: شرح نهج البلاغة: ١٦٠ / ١٩٣.

(٢) ابن قتيبة: الإمامة و السياسة: ١ / ١٦٥.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٧

الاجتهاد. «١»

و قال ابن قدامة: إنّ المرأة لا تصلح للإمامة العظمى، و لا لتولية البلدان و لهذا لم يولّ النبى و لا أحد من خلفائه و لا من بعدهم امرأة للقضاء و لا ولاية بلد فيما بلغنا، و لو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالباً. «٢»
و لما كانت المسألة مما أثارت جدلاً و نقاشاً بين الجامعيين و الجدد من الناس، لا بأس بالبحث عنها فى إطار الأدلة الشرعية و قد أجمال الأصحاب فيها الكلام و ما قاموا بحققها كما هو حالهم أنار الله برهانهم فى سائر المسائل:

و لنذكر بعض الكلمات فى المقام:

قال الشيخ فى المبسوط: الشرط الثالث فى القاضى أن يكون كاملاً فى الأمرين: كمال الخلق و الإحكام ... و أمّا كمال الأحكام فإن يكون بالغاً عاقلاً حراً ذكراً فإنّ المرأة لا ينعقد لها القضاء بحال. و قال بعضهم: يجوز أن تكون المرأة قاضية و الأول أصح، و من أجاز قضاءها، قال يجوز فى كل ما تقبل شهادتها فيه و شهادتها تقبل فى كل شىء إلّا فى الحدود و القصاص.
و مع ذلك لم يذكره المفيد فى المقنعة، «٣» و لا الشيخ فى النهاية ٤، و لا- الحلبى فى الكافى ٥ و لا ابن إدريس فى السرائر ٦ و لا العلامة فى المختلف ٧.

نعم ذكره لفيف من المتأخرين و إليك نصوصهم:

قال المحقق فى الشرائع: و يشترط فيه البلوغ و ... و الذكورة. ٨

و قال العلامة فى التحرير: و يشترط فيه البلوغ ... و الذكورة، و لا ينعقد القضاء

(١) الطوسى: الخلاف: كتاب القضاء المسألة ٦.

(٢) المغنى: ١٠ / ١٢٧.

(٣) ٣، ٤، ٥، ٦، ٧ لاحظ المقنعة: ٧٢١، و النهاية: ٣٣٧، و الكافى: ٤٢٠، و المهذب: ٢ / ٥٩٧، المختلف ٤ / ٧٦.

(٤) ٨ نجم الدين: الشرائع: ٤ / ٦٧.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٨

للرأة فى الحدود و غيرها. «١»

و قال فى القواعد: و يشترط فيه البلوغ و العقل و الذكورة. «٢»

و أنت إذا لاحظت الكتب المؤلفة في هذه العصور أو بعدها ترى أنّها متّفقه على اشتراطها إمّا بالتصريح أو بأخذ الرجل في التعريف، مثلاً، قال ابن سعيد: إذا كان الرجل عاقلاً بصيراً كاملاً كاتباً عالماً بالقضاء، ديناً ورعاً فهو أهل لولاية القضاء. «٣»
وقال الشهيد في المسالك: ولا ينعقد القضاء للمرأة وإن استكملت الشرائط أى الشرائط المعتبرة فى القضاء غير الذكورية و هو موضع وفاق، و خالف فيه بعض العامة فجوّز قضاءها فيما تقبل شهادتها فيه. «٤»
وقال فى مفتاح الكرامة: أمّا المرأة فلما ورد فى خبر جابر عن الباقر عليه السلام و لا تولّى القضاء المرأة و قد أنكر الدليل المقدّس الأردبيلى إن لم يكن إجماع و هذا خبر منجبر بالشهرة العظيمة إن أنكر الإجماع. «٥»
إلى غير ذلك من هذه الكلمات ممّا لا نطيل المقام بنقلها، و الظاهر أنّ الشهيد الثانى استثنى الذكورة عن موضع الوفاق بين الفريقين لمخالفة أبى حنيفة فى المسألة لا أنّه موضع خلاف بين الإمامية، و المحقّق الأردبيلى إن أنكر فإنّما أنكر صحّة الخبر لا الإجماع قال: و أمّا اشتراط الذكورة فذلك ظاهر فيما لم يجز للمرأة فيه أمر و أمّا فى غير ذلك فلا نعلم دليلاً واضحاً نعم ذلك هو المشهور فلو كان إجماعاً فلا بحث. «٦»

(١) العلّامة الحلّى، التحرير، ص ١٧٩.

(٢) العاملى، مفتاح الكرامة، ج ١٠، ص ٩، قسم المتن.

(٣) ابن سعيد الحلّى، الجامع للشرائع، ص ٥٢٢.

(٤) المسالك، ج ٢، ص ٢٨٣.

(٥) السيد جواد العاملى، مفتاح الكرامة، ج ١٠، ص ٩.

(٦) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ١٥/١٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٩

نعم الإجماع فى هذه المسألة مستند إلى الآيات و الروايات و السيرة الموجودة بين المسلمين حيث لم تُر قاضية بين المسلمين على منصّة القضاء، و إلى سائر الجهات التى تدعم عدم صلاحيتها للقضاء فيصبح الإجماع مدركياً لا تعديداً، و لا محيص للفقهاء عن دراسة الأدلّة.

هذا و أنّ الأصل الأولى فى المقام هو عدم الجواز فعلى المجوّز إقامة الدليل، إذ العمومات الواردة فى القاضى المنصوب منصرفه إلى الرجال و هى بينما ورد فيه لفظ «منكم» كما فى مقبولة ابن حنظلة «١» أو «رجل» كما فى رواية أبى خديجة «٢» فهذان التعبيران، لو لم يبدلا على اختصاص القضاء بالرجل فلا أقلّ أنّها منصرفه عن المرأة، و يؤيد الانصراف عدم التعارف، إذا لم تر فى زمن الخلفاء و لا بعدهم امرأة تتولى مهمّة القضاء و ما قيل من أنّ مدار الانصراف، كثرة الاستعمال و ندرته، لا كثرة الوجود و قلّته، لو تمّ، فالمقام من موارد عدم الوجود لا قلّته. فلو كان هذا المقدار كافياً فى عدم الجواز فالفقيه فى فسحة من الاستدلال بالآيات و الروايات، و إلّا فإن استشكل فى انصراف العمومات فلا محيص من دراسة سائر الأدلّة و لنذكر ما يمكن الاستدلال به على المنع

و لنقدّم البحث عن الآيات:

الآية الأولى: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ)

إشارة

إنّ الحياة الإنسانية فى المجتمع لا- تدوم إلّا على منهج سيادة الرجال على النساء بما أودع الله فى فطرته كل منهما ما هو الأحسن و الأصح بنظام التكامل فى الوجود، و يدل عليه قوله سبحانه: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالضَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِى الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ فَإِنِ اطَّعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا)

(١) الوسائل، الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٥ و ٨.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٠

(النساء/ ٣٤) و الاستدلال رهن دراسة المواضع التالية:

المواضع الهامة الثلاثة فى تفسير الآية

إشارة

١- ما هو المراد من كون الرجال قوامين على النساء فهل هو بمعنى القيمومة لهن؟

٢- ما هو ملاك القيمومة؟

٣- إذا تبين ملاك القيمومة، فما هو إطار تلك الولاية فهل تختص بما يمت بالشئون الاجتماعية فى حياة الزوجين و لا تتجاوز عن ذلك الإطار، أو يعم مطلق الشئون الاجتماعية من غير فرق بين الزوجين و غيرها فالرجال على الإطلاق قوامون على النساء فى الحياة

الاجتماعية من غير فرق بين الزوج و غيره؟

و إليك دراسة تلك المواضع، بشرح مفرداتها و جملها:

١- ما هو المراد من قوله سبحانه: الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ؟

«قوامون» جمع «القوام» و هو و «قيم» و قِيَام بمعنى واحد، و المراد أن الرجال قوامون بشئون النساء قيام الولاية على الرعية فى مجال

التدبير و التأديب و الذبّ عن التعدى إليهن. يقال: قام الرجل على المرأة: قام بشأنها و ليس المراد من قيامهم بشأنهنّ هو انفاقهم عليهن

لأنه سبب الولاء لا مورده كما يشير إليه فيما بعد بقوله: «و بما انفقوا من أموالهم» بل المراد هو القيام بسائر الشئون ممّا تقوم عليه الحياة

الاجتماعية التى تتوقف على العقل و التدبير، و القوّة و الاستطاعة و قد فسرت الآية بنحو ما ذكرنا و إليك بعض الكلمات:

١- قال الطبرسى: إنّ الرجال قيمون على النساء، مسلّطون عليهنّ فى التدبير و التأديب. «١»

(١) الطبرسى: مجمع البيان ٢/ ٤٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥١

٢ و قال ابن كثير فى تفسير قوله سبحانه: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ) أى الرجل قيم المرأة أى هو رئيسها و كبيرها و الحاكم عليها و

مؤدبها إذا أخرجت. «١»

٣- و قال الفيض فى تفسيره: أى يقومون عليهنّ قيام الولاية على الرعية. «٢»

إلى غير ذلك من الكلمات المترادفة.

إنّ مرجع القيمومة هاهنا، ليس إلى تصويرهن كالمجانين و السفهاء و الأطفال، و تكون قيمومة الرجال عليهن، كقيمومة الأب و الجدّ

إليهم بل مرجعها إلى قيمومة الوالى على الرعية، و الدولة على الشعب و ليس هنا من يتلقى ولاية الوالى عليه، نقصاً و تحقيراً، لأنّ الشعب المتفرق في البلد يحتاج إلى من يدبّر أمره و يؤدب خاطئه و يذبّ عن كيانه و شرفه و ماله. و مثله العائلة فالبيت مجتمع صغير في مقابل البلد الذى هو مجتمع كبير و الولاية عليه، كالولاية على الجماعة الكبيرة. إذا عرفت مفاد القيمومة فلنرجع إلى الأمر الثانى من الأمور الثلاثة.

٢- ما هو ملاك القيمومة و السيطرة؟

إشارة

إذا دلت الآية على قيمومة الرجال على النساء فلا بدّ لها من ملاك يبرّر تلك السلطة و إلّا فهما فردان من طبيعته واحدة، مصداقان لهما و قد ذكر الكتاب العزيز، لها ملاكين أشار إليهما بقوله: ﴿بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾. فهذان الملاكان يختلفان في أنّ الأول موهوبى و الثانى اكتسابى، بمعنى أنّه سبحانه خصّهم بلا اختيار بفضيلة ثمّ هؤلاء قاموا بكسب فضيلة أخرى.

الملاك الموهوبى

أمّا الملاك الخارج عن الاختيار فهو أنّه سبحانه فضّل الرجال على النساء في

(١) ابن كثير: التفسير: ٢/ ٢٧٥.

(٢) الفيض، تفسير الصافى: ١/ ٣٥٣.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٢

مجالى التكوين و الخليفة، و التشريع و التقنين.

و مع أنّ المراد هو تفضيلهم على النساء يقول سبحانه ﴿بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾، و المقصود من البعض الأوّل هو الرجال و من الثانى هو النساء، و التكوين فى «بعض» عوض عن الضمير. و إنّما عبّر بهذا دون أن يصرّح مثل ما قلناه، لأجل إفادة أنّ الطائفتين داخلتين تحت نوع أو جنس واحد، مشاركتين فى الإنسانية و البشرية و لكن فضّل بعض أفرادها على البعض الآخر منه، و بذلك استطاعت الآية أن تحفظ شأن المرأة و مقامها و تفيد أنّ تفضيل الرجال عليها لا يوجب دخولها تحت طبيعتين أو جنسين متغايرين بل هما مع الوحدة فى النوع و الجنس يختلفان فى العوارض و الخصوصيات و هذا النوع من التعبير شائع فى القرآن الكريم. قال سبحانه: ﴿أَنِّي لَأَظُنُّكَ عَمَلٌ عَامِلٌ مِنْكُمْ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ﴾. (آل عمران / ١٩٥).

ثمّ إنّ مجرى هذا التفضيل الذى يخبر عنه سبحانه إمّا التكوين أو التشريع، إمّا التكوين فيرجع إلى أمرين بهما فضّل الرجال على النساء، و هو العقل و الإدراك، و القدرة و الاستطاعة إذ لا شكّ أنّ عقول الرجال أكثر، كما أنّ قدرتهم على الأعمال الشاقّة أوفر، و ليس هذا شىء ينكر و لو وجدنا هناك لفيماً من النساء يفضلن على لفيف من الرجال فى العقل و التدبّر أو وقفنا على نساء لهنّ المقدره و الاستطاعة البالغة على أعمال شاقّة فلا- يكون ذلك ملاكاً لتفضيل النساء على الرجال فإنّ الملاك فى القضاء هو الغلبة الساحقة و الغالب على الرجال فى مجال العقل و التدبير هو الزيادة على النساء فيهما، و لأجل ذلك فيهم من العقلاء ما ليس فيهنّ كما أنّ مقدرتهم على الأعمال الشاقّة أكثر، و بالجملة: الملاك المتوسطات من النساء و المتوسطون من الرجال.

١- قال الشيخ الطوسى: «و المعنى الرجال قوامون على النساء بالتدبير

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٣

و التأديب لما فضل الله الرجال على النساء في العقل والرأى».

٢- وقال الطبرسى «١» في تفسير قوله: (بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ) هذا بيان سبب تولية الرجال عليهن أى إنّما ولّاهم الله أمرهنّ لما لهم من زيادة الفضل عليهنّ بالعلم والعقل وحسن الرأى والعزم. «٢»

٣- وقال الزمخشري: إنّ الرجال يفضلون على النساء بالعقل والحزم والعزم والقوة والفروسيه، ورمى وأنّ منهم الأنبياء والعلماء وفيهم الإمامة الكبرى والصغرى. «٣»

هذا كلّه هو التفضيل في التكوين. و أما التفضيل في التشريع فالراجع إلى الفقه الإسلامى يجد هناك تفوقاً للرجال على النساء نشير إلى لفييف منه:

أوضع عنهنّ الصلاة والصوم في أيام خاصة لطروء الضعف عليهنّ في ميدان العمل.

ب جعل شهادة امرأتين بمثابة شهادة رجل واحد وقال: (فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ) (البقرة/ ٢٨٢).

ج خاطب الرجال بالنفر والخروج، وقال: (انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ) (التوبة/ ٤١).

و خاطب النساء بقوله: (وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ) (الأحزاب/ ٣٣).

تبريزى، جعفر سبحانى، نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - إيران، اول،

١٤١٨ هـ ق نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج ١، ص: ٥٣

د جعل الطلاق بيد الزوج وقال: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» و العدة بيد النساء.

ه جعل ميراث الذكر مثل حظّ الأنثيين.

(١) الطوسى: التبيان ٣/ و الغايه من نقل عبارته، هو آخرها لا أولها لما مرّ الكلام فيه و الغرض بيان ملاك التفضيل.

(٢) الطبرسى: مجمع البيان: ١٣/ ٢.

(٣) الزمخشري: الكشاف: ٢٠٦/ ١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٤

و جعل دية المرأة نصف دية الرجل.

ز رفع عنهنّ الجمعة و الجماعة.

ح خصّ الرجال بالنبوة و الخلافة.

إلى غير ذلك من التشريع المختلف الحاكى عن تفضيل بعضهم على بعض.

الملاك الاكتسابى

هذا كلّه يرجع إلى التفضيل بالملاك الأول و أما التفضيل بالملاك الثانى أى الملاك الاكتسابى فإليه أشار بقوله: (وَ بِمَا أَنْفَقُوا مِنْ

أَمْوَالِهِمْ) فالانفاق بالأموال فى الحياة اليومية و فى مجال المهر و من المعلوم مزية المنفق على المنفق عليه.

إلى هنا تمّ بيان ملاك القيمة، و علمت أنّ أحدهما وهبى و الآخر اكتسابى و أنّ مرجع الأول تارة هو التكوين و أمر الخلقه و أخرى

إلى التشريع الإسلامى المبني على مصالح واقعية و إنّما المهم هو بيان مجال الولاية و إطارها و أنّ قيمومة الرجل إلى أى مدى؟

و هنا نكتتان نلفت إليهما نظر القارئ قبل بيان حدّها:

الأولى: إنّ التشريع الإسلامى فى مجال الرجل و المرأة يبتنى على رعاية فطرتهمما أولّما و المصالح الاجتماعية ثانياً، فلو رفع بعض

التكاليف عنها فإنما هو لأجل رعايته حالها أولاً أو المصالح الاجتماعية ثانياً، فهذا النوع من التشريع لا يعنى الإطاحة بمقام المرأة فلو رفع الجهاد عنه فلاجل أن طبيعة المرأة عاطفية حساسة لا يناسب الأعمال الشاقة البالغة الصعوبة، فلو جعل ميراثها نصف ميراث الرجل فلاجل مصلحة ملزمة في ميدان المعيشة فإن الرجل هو المتكفل في حياة العائلة و هو الباذل لكل ما يحتاجون إليه دون المرأة.

الثانية: إن رفع بعض التكاليف و إن كان يوجب حرمانها من الثواب و الأجر

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٥

الأخروي لكن الإسلام تداركه بوضع وظائف أخرى على عاتقها لو قامت بها لأدرت الثواب الفائت من الجهاد مثلاً و هناك حوار، بين وافدة النساء و النبي الأكرم حيث عرفت نفسها بأنّها وافدة النساء و قالت: بأبي أنت و أمي إني وافدة النساء إليك و اعلم نفسى لك الفداء أنه ما من امرأة كائنه في شرق و لا غرب سمعت بمخرجي هذا إلا و هي على مثل رأيي.

إن الله بعثك بالحق إلى الرجال و النساء فآمنّا بك و بإلهك الذي أرسلك، و إنا معشر النساء محصورات مقصورات، قواعد بيوتكم، و مقضى شهواتكم، و حاملات أولادكم، و أنكم معاشر الرجال ففضلتم علينا بالجمعة و الجماعات و عيادة المرضى و شهود الجنائز و الحجّ بعد الحجّ و أفضل من ذلك، الجهاد في سبيل الله و أن الرجل منكم إذا خرج حاجاً أو معتمراً أو مرابطاً حفظنا لكم أموالكم و غزلنا أثوابكم و ربينا لكم أموالكم فما نشارككم في الأجر يا رسول الله؟

فالتفت النبي صلى الله عليه و آله و سلم إلى أصحابه بوجه كله، ثم قال: هل سمعتم مقالة امرأة قط أحسن من مسألتها في أمر دينها من هذه؟

فقالوا: يا رسول الله! ما ظننا أن امرأة تهتدي إلى مثل هذا.

فالتفت النبي صلى الله عليه و آله و سلم إليها، ثم قال لها: انصرفي أيتها المرأة، و اعلمي من خلفك من النساء أن حسن تبعل إحداكن لزوجها و طلبها مرضاته و اتباعها موافقته، تعدل ذلك كله، فأدبرت المرأة و هي تهلل و تكبر استبشاراً. (١)

و لأجل ذلك التدارك يصفهنّ سبحانه بقوله: (فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ) (النساء / ٣٤).

فالصالحه عبارة عن القانته، و المطيعة لزوجها إطاعة دائمة مهما أرادوا منهنّ ممّا له مساس بالتّمعّ و سائر الجهات المرتبطة بشؤون الحياة الزوجية و هي في مقابل

(١) الدر المنثور: ١٥٣ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٦

قوله سبحانه: (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ) (النساء / ٣٤).

(حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ) أى يحفظن في غيبة الأزواج ما يجب حفظه من النفس و المال. و إخراج الحكم و الأمر بصورة الوصف أكد في الوجود.

قوله: (بِمَا حَفِظَ اللَّهُ) الباء للمقابلة، أى يقمن بما ذكر في مقابل ما حفظ الله لهم من الحق فأوجب عليهنّ الإطاعة و حفظ الغيب لهم.

٣- سعة القيمومة و ضيقها

إلى هنا فرغنا من الأمرين المهمين: إثبات القيمومة، و ملاكها.

بقي الكلام في إطارها وسعتها و ضيقها فنقول:

إن ملاك القيمومة بعد الإمعان في الآية يتلخص في مجموع أمرين:

١- بما فضل الله الرجال على النساء في مجال الإدارة و التدبير، و القدرة و الاستطاعة الجسمية.

٢- بما يقومون من عمل الانفاق على النساء.

فالملاك مجموع الأمرين فلاجلهما للرجال قيمومة على النساء.

وعلى ذلك تتحدد القيمومة بالحياة الاجتماعية للعائلة. فلو كان أمراً فردياً، كالغزل و الخياطة فلا ولاية له عليها، إذا لم يكن مانعاً عن تمكينها للاستمتاع. أو كان أمراً اجتماعياً و لكن خارجاً عن العلاقات الزوجية، كما إذا تصدى للوكالة عن الغير، و القضاء بين المتخاصمين الأجنبيين فهو خارج عن مفاد الآية لعدم ملاك للقيمومة فى الغير، و لا فى المتخاصمين على المرأة، حتى لا تصلح للوكالة و القضاء.

و بعد ثبوت اختصاص ملاك القيمومة بالأمر الاجتماعي العائلي. فهل تعم كل الأمور و لو كان خارجاً عن إطار الزوجية أو تختص بهذا الإطار و هذا هو المهم؟

و بعبارة أخرى: هل تختص الولاية بالعلاقات الزوجية و نظام العائلة؟ ففى كل أمر له صلة بهذا النظام، فالرأى هو رأى الزوج و له التسلط و السيطرة إلا إذا

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٧

خالف الكتاب و السنة، و أمياً الخارج عن هذا الإطار فلا، سواء كان راجعاً إلى الحياة الفردية لكل من الزوجين، أو راجعاً لكل من الرجال و النساء و إن لم تكن بينهما علاقة زوجية سواء أ كان من الأمور الفردية أم الاجتماعية فيها الرجل و المرأة سواء. أو أنها تعم لجميع المجالات الاجتماعية و لا تختص بالحياة العائلية ففى الجهات العامة الاجتماعية التى لها صلة بما فضل الله به الرجال على النساء، لهم قيمومة عليهن؟ وجهان:

يؤيد الوجه الأول: مضافاً إلى مسألة الانفاق سياق الآية، فإنه بصدد بيان وظائف الزوجين و شؤنها و إن كانت تستعين بلفظ الرجال و النساء لكن المقصود هو الزوجان يقول سبحانه: (وَلِكُلِّ جَعَلْنَا مَوَالِيَّ «١» مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ ...) (النساء / ٣٣) أى لكل من الزوجين، فتأمل.

(الرِّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ ... وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ...) (النساء / ٣٤).

(وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا) (النساء / ٣٥).

فالموضوع فى الآيات، هو الزوجان، و اعطاء القيمومة لواحد منهما، لا يعنى كونه قتيماً فى خارج هذا الإطار.

و يؤيده أيضاً شأن نزولها الذى نقله المفسرون: نزلت فى امرأة نشزت على زوجها فلطمها فانطلق أبوها معها إلى النبى فقال: أفرشته كريمتى فلطمها فقال النبى صلى الله عليه و آله و سلم: لتقتص من زوجها فانصرفت مع أبيها لتقتص منه فقال النبى: ارجعوا فهذا جبرائيل أتانى و أنزل الله هذه الآية فقال: أردنا أمراً و أراد الله أمراً و الذى أراد

(١) الموالى: أى الأولى بالميراث.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٨

خير و رفع القصاص. «١»

و يؤيد الوجه الثانى: أن مورد الآية و إن كان خاصاً لكن الملاك الذى فضل به الرجال على النساء عام يعم كل جهة اجتماعية ترتبط بحياة الرجال و النساء فعموم العلمة يعطى أن الحكم المبنى عليها أعنى قوله: (الرِّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ) (النساء / ٣٤) غير مقصور على الأزواج بأن يختص القوامية بالرجل على زوجته بل الحكم مجعول لقبيل الرجال على قبيل النساء فى الجهات العامة التى ترتبط بها حياة القبيلتين جميعاً فالجهات العامة الاجتماعية التى ترتبط بفضل الرجال كجهتى الحكومة و القضاء مثلاً إنما تقومان بالتعقل الذى هو فى الرجال بالطبع أزيد منه فى النساء و كذا الدفاع الحربى الذى يرتبط بالشدة و قوة التعقل. كل ذلك ما يقوم الرجال على النساء.

و على هذا فقوله: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ) ذو إطلاق عام و أمّا قوله بعد: (فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ...) الظاهر في الاختصاص بما بين الرجل و زوجته فهو فرع من فروع هذا الحكم المطلق و جزئى من جزئياته، مستخرج منه من غير أن يتقيد به إطلاقه.

و مع ذلك «٢» ففي النفس من عمومية الحكم أو إطلاقه شىء و هو أن وقوع الحكم أعنى: كون الرجال قوامون على النساء في ثنایا الأحكام المربوطة بالزوجين، و كون الملاك الثانى للتفضيل و القيمومة هو الانفاق، المختص بالزوج، يصدنا عن الحكم القاطع بإطلاقه.

و بعبارة واضحة: لو كان سبب القيمومة هو الوجه الأول أعنى الرجاحة في العقل، و القوة في التدبير، و القدرة في الدفاع لكان كافياً في ثبوتها لهم مطلقاً و لكنها ليست هى السبب الوحيد، بل منضمّة إلى الانفاق و القيام بتجهيز وسائل الحياة،

(١) مجمع البيان: ٢/ ٤٣ ط صيدا. نقله غيره أيضاً.

(٢) الطبائبي: الميزان: ٤/ ٣٦٥ و ٣٦٦.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٩

و هو مختص بالزوجين. نعم لو كان كل سبباً مستقلاً لها، لعمت مطلق الرجال و النساء فلاحظ.

الآية الثانية: وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ

قال سبحانه: (وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ
الْآخِرِ وَبَعُولَتْهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أُرِدُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ
حَكِيمٌ) (البقرة/ ٢٢٨).

الآية متضمنة لبيان أحكام الطلاق الرجعى و تذكر الأمور التالية.

١- المطلقة تتربص ثلاثة أطهار و لا تزوج فيها لثلاث يلزم اختلاط المياه و يفسد النسل، و القرء في الآية بمعنى الطهر، لا الحيض خلافاً للعامة و ذلك لأنه من القرء بمعنى الجمع، و الدم يجتمع أيام الطهر شيئاً فشيئاً حتى يقذفه الرحم أيام الحيض و الذى يدل على أنه بمعنى الجمع، قوله سبحانه: (لَا تُحَرِّكْ بِهِ لِسَانَكَ لِتَعْجَلَ بِهِ* إِنَّ عَلَيْنَا جَمْعَهُ وَقُرْآنَهُ* فَإِذَا قَرَأَهُ فَاتَّبِعْ قُرْآنَهُ) (القيامة/ ١٨١٦). و قال أيضاً: (وَقُرْآنًا فَرَقْنَاهُ لِتَقْرَأَهُ عَلَى النَّاسِ عَلَى مُكْثٍ) (الأسراء/ ١٠٦). وجه الاستدلال أنه سبحانه عبّر بالقرآن، و لم يعبر بالكتاب أو الفرقان أو ما شابههما، للتناسب الموجود بين الجمع و القرآن في الآية الأولى، و القرآن و التفريق في الآية الثانية.

٢- تحرم عليهن كتمان الولد في الرحم استعجالاً في خروج العدة أو اضراراً بالزوج في رجوعه.

٣- للزوج الرجوع ما دامت هى فى العدة، و ليكن الرجوع لغاية الإصلاح لا للإضرار.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٦٠

٤ و لهنّ مثل الذى عليهن بالمعروف أى أن الحقوق بينهما متبادلة و لو استحق الزوج شيئاً عليها، فهى تستحق شيئاً آخر عليه. قال الطبرسى: و هذا من الكلمات العجيبة الجامعة للفوائد الجمّة و إنما أراد بذلك ما يرجع إلى حسن العشرة و ترك المضارة و التسوية فى القسم و النفقة و الكسوة كما أن للزوج حقوقاً مثل الطاعة التى أوجبها الله عليها له و أن لا تدخل فراش غيره، و أن تحفظ ماءه فلا تحتال فى إسقاطه.

٥- و «١» للرجال عليهن درجة: أى منزلة فضيلة عليهنّ مع كون الحقوق بينهما متبادلة، و لما كان ذلك موهماً، لتساوى منزلتهما، دفع ذلك الوهم بأنّ للرجال عليهنّ منزلة و فضيلة و كون الحقوق متبادلة لا يقتضى تساويها فى جميع المراحل الاجتماعية و لأجل ذلك

صار سهم الذكر ضعف الأنثى فى الميراث، و حق الطلاق بيد الزوج، و الرجعة موكولة إليه و لم يكتب الجهاد على المرأة لعدم تلائمه مع فطرتها إلى غير ذلك من الأمور التى تثبت، تقدم الرجل عليها فى مجالات خاصة.

هذا كله يرجع إلى توضيح جمل الآية إنما الكلام فى عموميه قوله: «و للرجال عليهنّ درجة» بالنسبة إلى القضاء و فصل الخصومة و يمكن منعه لأنها قضية موجبه جزئية، تصدق بوجود المنزلة للرجال فى موارد خاصة كالميراث و الطلاق، و الجهاد و غيرها مما عرفت و لا يتوقف صدقها على حرمانها من القضاء فيكون التمسك بها فى مورد المنع عن القضاء تمسكاً بالدليل فى الشبهة المصدقيه.

نعم هناك وجه آخر للتمسك ربما يظهر من كلام العلماء الطبائى قدس سره و يمكن تقريره بالنحو التالى:

إنه سبحانه يقول قبل هذه الجملة: (و لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) فلو قلنا إن المعروف هو العمل المطابق بالفطرة تكون الخلقة ميزاناً لتمييز مالها عما

(١) الطبرسى، مجمع البيان: ٣٢٧ / ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٦١

عليها، و لما كان أمر القضاء مما يطلب لنفسه العقل و الدراية الكثيرة بخلاف الحضانه و أمثالها فيكون للرجل فى القضاء عليهن درجة دون الحضانه.

و لكن تفسير المعروف بما ذكره، غير واضح لأنه كما يقول الراغب «١»: كل فعل يعرف حسنه بالعقل أو الشرع و المنكر ما ينكر بهما. و كون القضاء أمراً معروفاً بالنسبة إلى الرجل دون المرأة أول الكلام.

الآية الثالثة: قوله: وَ هُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ

قال سبحانه: (أَوْ مَنْ يُنشَأُ فِي الْحِلْيَةِ وَ هُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ) (الزخرف / ١٨).

لما ذكر قول المشركين بأن الله سبحانه اتخذ مما يخلق بنات و أصفاهم بالبنيان رده سبحانه بوجهين:

١- كيف تصفونه بأنه سبحانه اتخذ لنفسه بنات، مع أن أحدكم إذا بشر بها ظلّ وجهه مسوداً و هو كظيم؟ فإذا كان اتخاذ البنات أمراً حسناً، فلما ذا تتسود وجوهكم عند التبشير بها؟ و لو كان الاتخاذ قبيحاً فلم تنسبونه إلى الله؟

٢- كيف تصفونه سبحانه باتخاذ البنات، مع أن الأنثى تنشأ و تشب فى الحلية و فى الوقت نفسه فهى فى مقام المخاصمة و الاحتجاج ضعيفة التقرير، و التعلق الشديد بها آية كونها موجودة حساسة عاطفية، ضعيفة التعقل و مع ذلك فكيف تصفون الله باتخاذهم بنات؟ وجه الاستدلال: إن قوام القضاء بالاحتجاج و الجدال و تحقيق الحق و هو رهن منطق قوى و عقل واع، و المرأة فاقده لذلك. لأن المتوسطين من الرجال أعقل من

(١) الراغب: ٣٣١ مادة «عرف».

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٦٢

متوسطات النساء و أبين حجّة و أوضح بياناً فلا تصلح الثانية لها.

لكن كون القضاء رهن الاحتجاج و الجدال غير واضح خصوصاً إن القضاء فى المحاكم يتوقف على الدقة فى كلمات المترافعين و ما حول القضية من الأمارات و القرائن التى تثبت صدق دعوى المدعى أو كذبها و لا حاجة إلى جدال و لا يقوم على المناظرة.

هذا كله حول الآيات، و اتضح عدم دلالتها القطعية على المراد و إليك البحث فى الروايات الواردة فى المقام.

الاستدلال بالروايات

١- ما رواه الصدوق فى الفقيه بإسناده عن حماد بن عمرو، و أنس بن محمد عن أبيه عن جعفر عن أبيه عن آبائه فى وصية النبى صلى الله عليه و آله و سلم لعلى عليه السلام قال: يا على! أوصيك بوصية فاحفظها فلا تزال بخير ما حفظت وصيتى إلى أن قال: ليس على المرأة جمعة و لا جماعة، و لا أذان و لا إقامة و لا عيادة مريض و لا اتباع جنازة و لا هرولة بين الصفا و المروة و لا استلام الحجر و لا حلق و لا تولى القضاء و لا تستشار «١» بيان أنه بصدد بيان نفي التشريع بقريته بعض ما جاء فيها كالحلق. لكنّها ضعيفة سنداً و دلالة أمّا الأول فلأنّ حماد بن عمرو سواء كان الصنعائى أو الكوفى مجهول. و مثله أنس بن محمد، و ليس له رواية فى الكتب الأربعة إلّا هذه الرواية «٢» على أن فى سند الصدوق إليهما مجاهيل يظهر من الرجوع إلى المشيخة أنّ فيها: «و ما كان فيه عن حماد بن عمرو و أنس بن محمد فى وصية النبى لأمر المؤمنين عليه السلام فقد رويته عن محمد بن على الشاه بمروالروء، قال: حدّثنا أبو حامد أحمد بن محمد بن أحمد بن الحسين، قال: حدّثنا أبو يزيد أحمد بن

(١) تنقيح المقال: ١ / ١٥٥.

(٢) الوسائل، الجزء ١٨، الباب ٢ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٦٣

خالد الخالدى، قال: حدّثنا محمد بن أحمد بن صالح التميمى قال: أخبر محمد بن حاتم القطان، عن حماد بن عمرو عن جعفر بن محمد الخ.

قال: و رويته أيضاً عن محمد بن على الشاه، قال: حدّثنا أبو حامد، قال: أخبرنا أبو يزيد، قال: أخبرنا محمد بن صالح التميمى قال: حدّثنا أبى قال: حدّثنى أنس بن محمد أبو مالك عن أبيه عن جعفر بن محمد. «١»

و أمّا الثانى فلأنّ الظاهر أنّ المرفوع هو الوجوب بقريته أكثر ما جاء فيه من الأذان و الإقامة و اتباع الجنازة و عيادة المريض، إلّا الحلق فإنّه محرّم عليها.

٢- ما رواه جابر عن الباقر عليه السلام: «و لا تولى المرأة القضاء و لا تولى الإمارة» «٢» و هى مرسله لا تصلح للاحتجاج.

٣- ما فى نهج البلاغة فى الوصية التى كتبها الإمام لولده الحسن عند منصرفه من صفين بحاضرين: «و لا تملك المرأة ما جاوز نفسها فإنّ المرأة ريحانة و ليست بقهرمان» و المراد الأمور الخارجة عن قدرتها. و كون القضاء من مصاديقه أمر مشكوك فلا يمكن التمسك به.

نعم قال صلى الله عليه و آله و سلم قبيل تلك الجملة: «و إياك و مشاورة النساء فإنّ رأيهن إلى أفن» «٣» و عزمهنّ إلى وهن». «٤» و لكن النهى عن المشاورة بمعنى أن تقع طرف المشاورة، و القضاء يجرها إلى المشاورة، لا أن تكون طرف المشاورة.

٤- ما رواه البخارى مسنداً و احتجّ به الأصحاب فى الكتب الاستدلالية عن أبى بكره قال: لقد نفعنى الله بكلمة سمعتها من رسول الله أيام الجمل بعد ما كدت أن ألحق بأصحاب الجمل فأقاتل معهم قال: لما بلغ رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أنّ أهل فارس قد

(١) الفقيه، ج ٤، قسم المشيخة، ص ١٣٤.

(٢) المجلسى: البحار: ١٠٣ / ٢٥٤، الحديث ١.

(٣) الأفن بسكون الفاء: النقص و بالتحريك ضعف الرأى.

(٤) نهج البلاغة، قسم الرسائل: الرسالة ٣٣

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٦٤

ملكو عليهم بنت كسرى قال: لن يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة. «١»

و الرواية على فرض القبول لأجل استناد الأصحاب إليها فى الكتب الاستدلالية، تنهى عن الحكومة العامة و الولاية المطلقة على البلد و المدينة و أين ذلك من مراجعته النساء لحلّ العقد، إلى امرأة فى قرية أو مدينة و من المعلوم أنّ ثبوت الحكم فى القوى لا يلازم ثبوته فى الضعيف.

إذا عرفت ذلك فلنا أن نقول بعد هذا البحث الضافى:

١- إن كل واحد من هذه الأدلة و إن كان غير واف بالمراد، و غير صالح للاستدلال، لكن حكم المجموع غير حكم كل فرد، و لعلّ المجموع من حيث هو، كاف فى إفادة الاطمئنان على عدم صلاحيتها للقضاء و هذه هى السيرة المستمرة بين الفقهاء فى أمثال المقام إذ ربما لا تكون الأدلة إذا لوحظت بانفرادها مفيدة للاطمئنان لعدم خلوّها عن المناقشة لكن إذا لوحظت بصورة المجموع، ربّما تكون قوة دلالة البعض جابرة لضعف دلالة الآخر و بالعكس، أى قوة سند البعض جابرة لضعف سند الآخر فيتفعلان و يؤثران.

٢- التمسك بالسيرة المستمرة بين المسلمين عبر القرون، فإنّ السيرة و إن كانت على الإيجاب فى جانب الرجل، و هى بوحدتها لا تسلب الصلاحية عن المرأة لكن استمرارها على نصب الرجال دون النساء، ربّما تحمل بياناً سلبياً بالنسبة إلى المورد الآخر.

٣- إن الأصل الأولى فى باب القضاء هو عدم الجواز، فعلى القائل بالجواز إقامة الدليل، لا على النافى لما عرفت من أنّ الأدلة الواردة فى زمان عدم بسط اليد، واردة فى مورد الرجل أو منصرفه إليها.

أضف إلى ذلك أنّ ممارسة القضاء للمرأة لا تخلو فى زماننا هذا عن

(١) البخارى: الصحيح، ج ٦؛ كتاب المغازى / ١٠ و غيره.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٦٥

مضاعفات تحطّ من منزلتها و كرامتها و تقواها و تجعلها فى مقربة ممّا لا تحمد عاقبته كما لا يخفى إلّا إذا حدّدت أعمالها بتخصيص رجوع النساء إليها. و لذلك يلزم عليهنّ الاشتغال فى مراكز تحفظ كرامتهن.

الشرط الثامن: الاجتهاد

إشارة

هذا الشرط يعبر عنه تارة بالاجتهاد المطلق و أخرى «بالعلم بجميع ما ولىه» و سيوافيك أنّ الشرط الواقعى هو صدور القاضى عن الكتاب و السنة مباشرة و هو لا ينطبق فى الأعصار المتأخرة إلّا على المجتهد دون المقلّد و ما يبدو ممّا من كون الشرط هو الاجتهاد فهو من باب المجازاة للقوم فى الاصطلاح و إلّا فالشرط الواقعى هو ما ذكرناه.

و معنى الشرط عدم صلاحية المقلّد لتصدى القضاء و لا المتجزى، و هو معروف بين الأصحاب لم يخالف فيه إلّا المحقّق القمى عند الاضطرار على ما حكاه المحقّق الرشتى فى قضائه «١» و يظهر من صاحب الجواهر جواز تصدّى المقلّد فى موضع من كلامه «٢» و قبل الخوض فى الأدلة نذكر كلمات الأصحاب:

١- قال الشيخ فى الخلاف: لا يجوز أن يتولّى القضاء إلّا من كان عارفاً بجميع ما ولى و لا يجوز أن يشذ عنه شىء من ذلك، و لا يجوز أن يقلّم غيره ثم يقضى به. و قال الشافعى: ينبغى أن يكون من أهل الاجتهاد و لا يكون عامياً و لا يجب أن يكون عالماً بجميع

ما وليه و قال فى القديم مثل ما قلناه. و قال أبو حنيفة: يجوز أن يكون جاهلاً بجميع ما وليه إذا كان ثقةً و يستفتى الفقهاء و يحكم به، و وافقنا فى العامى أنه لا يجوز أن يفتى به. «٣»

(١) الرشتى: كتاب القضاء: ٢٩.

(٢) النجفى: جواهر الكلام: ١٨/٤٠.

(٣) الطوسى: الخلاف، ج ٣، كتاب القضاء، المسألة ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٦٦

٢- و قال فى النهاية: و ليس يثق أحد بذلك من نفسه حتى يكون عاقلاً، كاملاً، عالماً بالكتاب و ناسخه و منسوخه، و عامه و خاصه و إيجابه، و محكمه و متشابهه، عارفاً بالسنة و ناسخها و منسوخها، عالماً باللغاة مضطلعاً بمعانى كلام العرب، بصيراً بوجوه الإعراب. «١»

٣- و قال أبو الصلاح الحلبي فى بيان شروط القاضى: العلم بالحق فى الحكم المرود إليه، و التمكن من إقضائه على وجهه، ثم قال: و اعتبرنا العلم بالحكم لما بيناه من وقوف صحة الحكم على العلم، لكون الحاكم مخبراً، بالحكم عن الله سبحانه، نائباً فى إلزامه عن رسول الله. «٢»

٤- و قال ابن البراج: و القضاء لا ينعقد للقاضى إلا بأن يكون من أهل العلم و العدالة و الكمال، و كونه عالماً بأن يكون عارفاً بالكتاب و السنة و الإجماع و الاختلاف و لسان العرب. «٣»

٥- و قال ابن إدريس: و ليس يثق أحد بذلك من نفسه حتى يكون عاقلاً، عالماً بالكتاب و ناسخه و منسوخه إلى آخر ما ذكره الشيخ فى النهاية بلفظها. «٤»

٦- و قال المحقق: و كذا لا ينعقد لغير العالم المستقل بأهلية الفتوى و لا يكفيه فتوى العلماء و لا بد أن يكون عالماً بجميع ما وليه و فسره فى الجواهر بقوله: أى مجتهداً مطلقاً كما فسره به فى المسالك فلا- يكفى اجتهاده فى بعض الأحكام دون بعض على القول بتجزى الاجتهاد.

٧- و قال «٥» العلامة فى القواعد: و لا المرأة إن أجمعت باقى الشرائط و لا ولد الزنا و لا الجاهل بالأحكام و لا غير المستقل بشرائط الفتوى و لا يكتفى بفتوى العلماء

(١) الطوسى: النهاية، كتاب القضايا و الأحكام: ٣٣٧.

(٢) الحلبي: الكافى: ٤٢٢٤٢١.

(٣) ابن البراج: المهذب: ٥٩٧/٢.

(٤) ابن إدريس: السرائر: ١٥٤/٢.

(٥) النجفى: الجواهر، ٤٠، قسم المتن: ١٥.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٦٧

و يجب أن يكون عالماً بجميع ما وليه. «١»

٨- و قال الشهيد فى المسالك عند قول المحقق: «و كذا لا ينعقد لغير العالم» المراد بالعالم هنا المجتهد فى الأحكام الشرعية و على اشتراط ذلك إجماع علمائنا و لا فرق بين حالة الاختيار و الاضطرار ثم قال و المراد بكونه عالماً بجميع ما وليه كونه مجتهداً مطلقاً فلا يكفى اجتهاده فى بعض الأحكام دون بعض على القول بتجزى الاجتهاد. «٢»

٩- و قال العاملى فى مفتاح الكرامة عند شرح قول العلامة: «و يجب أن يكون عالماً بجميع ما وليه» فالاجتهاد دون التقليد قوة قريبة أو

فعلاً فلا يكفى التجزى إجمالاً كما هو ظاهر المسالك و الكفاية. (٣)

١٠ و قال فى الجواهر عند شرح قول المحقق: «و كذا لا يعقد لغير العالم المستقل بأهلية الفتوى» بلا خلاف أجده «٤» إلى غير ذلك من الكلمات الحاكية عن اتفاقهم على شرطية الاجتهاد المطلق فى القضاء و سيوافيك من بعضهم ما يخالفه. و قد اكتفى العلماء فى المختلف بنقل كلام الشيخ فى المبسوط على تفصيله و لم يزد شيئاً عليه. «٥»

أدلة القول بشرطية الاجتهاد

إشارة

استدل القائل بشرطية الاجتهاد بأمور:

الأول: الشهرة الفتوائية المحققة

لو لم نقل بوجود الإجماع من فقهاءنا عليها

(١) العاملى: مفتاح الكرامة، ج ١٠، قسم المتن: ٩.

(٢) الشهيد الثانى: المسالك: ٢ / ٣٨٩.

(٣) العاملى: مفتاح الكرامة: ٩ / ١٠.

(٤) النجفى: الجواهر: ١٥ / ٤٠.

(٥) العلماء: المختلف، كتاب القضاء، المسألة ٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٦٨

و قد ذكرنا شيئاً من عباراتهم. لكن الاعتماد عليه مشكل لاحتمال استناد المجمعين على ما سيوافيك من الأدلة النقلية.

الثانى: إن الأصل فى القضاء هو المنع و لم يخرج منه إلا العالم بالحكم لا الحاكي عن الغير

و تمامية الدليل يتوقف على دراسة ما ورد من الأدلة فى المقام و هى روايات معدودة

إشارة

و نأتى بالمهمة منها:

الأولى: مقبولة عمر بن حنظلة:

روى الكلينى عن محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن محمد بن عيسى، عن صفوان بن يحيى، عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظلة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة فى دين أو ميراث فتحاكما إلى السلطان و إلى

القضاء أ يحل ذلك؟ قال: من تحاكم إليهم في حق أو باطل فإنما تحاكم إلى الطاغوت، و ما يحكم له فإنما يأخذ سحتاً، وإن كان حقاً ثابتاً له، لأنه أخذه بحكم الطاغوت، و ما أمر الله أن يكفر به قال الله تعالى: (يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ) «١».

قلت: فكيف يصنعان؟ قال: «ينظران (إلى) من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فإني قد جعلته عليكم حاكماً فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله، و علينا رد، و الراد علينا الراد على الله، و هو على حد الشرك بالله».

قلت: فإن كان كل واحد اختار رجلاً من أصحابنا فرضياً أن يكونا الناظرين في حقهما، و اختلفا فيما حكما و كلاهما اختلفا في حديثكم؟ قال: «الحكم ما حكم به عدلها و أفقهها و أصدقهما في الحديث و أورعهما و لا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر».

(١) النساء / ٦٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٦٩

إلى أن قال:

قلت: جعلت فداك أ رأيت إن كان الفقيهان عرفا حكمه من الكتاب و السنة، و وجدنا أحد الخبرين موافقاً للعامه و الآخر مخالفاً لهم بأيّ الخبرين يؤخذ؟ فقال: «ما خالف العامه فففيه الرشاد». «١»

أما من جاء في السند فالكل غير الأخير أجلاء ثقات و إليك ترجمتهم إجمالاً:

١- محمد بن يحيى: هو العطار القمي شيخ الكليني و قد أكثر الرواية عنه.

٢- محمد بن الحسين هو ابن أبي الخطاب أبو جعفر الزيات الهمداني جليل من أصحابنا عظيم القدر، و كثير الرواية ثقة عين حسن التصانيف مسكون إلى روايته «٢» المتوفى عام (٢٦٢) الثقة.

٣- محمد بن عيسى العبيدي اليقطيني الذي وثقه النجاشي و إن راب في حقه استاذ الصدوق ابن الوليد و لا يعاب به بعد توثيق النجاشي إياه و غيره.

٤- صفوان بن يحيى، ثقة جليل توفي عام (٢١٠) غنى عن الترجمة.

٥- داود بن الحصين الأسدي هو أسدي الولاء كوفي المولد، قال النجاشي: ثقة روى عن أبي عبد الله و أبي الحسن و هو زوج خالة علي بن الحسن الفضال «٣» و إن وصفه الشيخ بكونه واقفياً، إلا أن النجاشي لم يتعرض لوقفه و هو أضببط، فلم يبق في السند إلا عمر بن حنظلة و هو لم يوثق و حاول الشهيد الثاني توثيقه بوجوه مذكورة في معجم رجال الحديث «٤» و لكننا في المقام في غنى عن توثيقه فقد تلقى المشهور هذه الرواية بالقبول و لأجل ذلك سميت مقبولة، و عليها المدار في كتاب القضاء «٥» و إتقان الرواية يكشف عن صدورها عن الإمام عليه السلام، و قد

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ و ٩ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

(٢) رجال النجاشي ٢٢٠: ٢، برقم ٨٩٨.

(٣) رجال النجاشي ٣٦٧: ١، برقم ٤١٩.

(٤) الخوئي: معجم رجال الحديث ٢٧/١٣، برقم ٨٧٢٠ فقد أتى بها و ضعفها كلها، فلاحظ.

(٥) و لعل ما رواه في الوسائل في الباب ٩ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٢٠ عن داود بن

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٧٠

قلنا فى محلّه إنّ الملاك هو الوثوق بالصدور، لا الوثوق بالراوى.

هذا هو حال السند و إليك دراسة المتن فنقول:

و المستفاد منه أنّ القاضى لا بدّ أن يتمتّع بشروط يجب الأخذ بجميعها:

١- يجب أن يكون شيعياً إمامياً لقوله عليه السلام: «إلى من كان منكم» و بما أنّ الزيدية كانت منفصلة عن الإمام الصادق يوم صدور الرواية فلا تعمّم الرواية و لا أضرابهم كالإسماعيلية و يكون المراد الفقيه الإمامى.

٢- أن يحكم بحكمهم لقوله عليه السلام: «فإذا حكم بحكمنا» فلو كان موالياً لهم و لكن حكم بحكم فقهاء العامة، فلا ينفذ حكمه.

٣- أن يكون راوياً لحديثهم لقوله عليه السلام: «روى حديثنا» و المتبادر كونه ممارساً لأحاديثهم، لا أنّه روى حديثهم مرّة أو مرّات، و نقل الحديث مقدّمة للشرط الآتى.

٤- أن يكون صاحب النظر و الفكر فى الحلال و الحرام لقوله عليه السلام: «نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا» و ليس المراد من النظر، الالتفات إليهما سطحياً، بل النظر فى الحلال و الحرام و الحكم الشرعى المروى عنهم بإمعان و دقّة قال سبحانه: (فَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُكْذِبِينَ*) (آل عمران/ ١٣٧) و ممّا يؤيد ذلك، استعمال لفظ «عرف» فأنّه لا يستعمل إلّا فى المورد الذى سبقه الاشتباه و الاختلاط و كل ذلك يخصّ المقبولة، بصاحب النظر المعبر عنه بالمجتهد.

٥- و بما أنّ الجمع المضاف يفيد العموم، فلا يكفى العلم بواحد أو اثنين من أحكامهم، بل يجب أن يكون على حدّ يقال إنه عارف بأحكامهم و هو الفقيه العارف باستنباط جميع ما يتلى به، و عند ذاك تكون المقبولة ظاهرة فى المجتهد

الحصين عن أبى عبد الله بلا وساطة عمر بن حنظلة جزء من هذه الرواية، و ليس حديثاً مستقلاً سقطت الواسطة فيها.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٧١

المطلق و قسم من المتجزئ.

٦- و يؤيد ذلك الظهور قوله: كلاهما اختلفا فى حديثكم فلو أُريد الاختلاف فى مضمون الحديث فهو شأن الفقيه و إن أُريد الاختلاف فى نقل الحديث فهو أيضاً لا ينفك عن الاجتهاد غالباً و إن لم يكن دائماً كذلك.

٧- و يؤيد أيضاً قوله: «فالحكم ما حكم به أعدلهما و أفقهما».

٨- و قوله: أ رأيت الفقيهان عرفا حكمه من الكتاب و السنّة.

و الناظر فى جميع القيود الواردة فى المقبولة يقف على أنّ الإمام عليه السلام نصب الفقيه الإمامى الذى يمارس الأحاديث و ينظر فى الحلال و الحرام و يعرف الأحكام الصادرة عن الأئمة و يصدر فى فتياه عن الكتاب و السنّة، قاضياً. و هذا لا ينطبق إلّا على الفقيه المستنبط لجميع الأحكام الشرعية او ما يقاربه فيما تبتلى به الأئمة فى فترات مختلفة.

الثانية: مشهورة أبى خديجة الأولى

روى الشيخ بإسناده عن محمّد بن على بن محبوب، عن أحمد بن محمّد، عن الحسين بن سعيد، عن أبى الجهم، عن أبى خديجة. قال: بعثنى أبو عبد الله عليه السلام إلى أصحابنا فقال قل لهم: «إياكم إذا وقعت بينكم خصومة أو تدارى فى شىء من الأخذ و العطاء أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حلالنا و حرامنا فإنّى قد جعلته عليكم قاضياً، و إياكم أن يخاصم بعضكم بعضاً إلى السلطان الجائر». (١)

و الحديث لا غبار عليه من حيث السند فإنّ محمّد بن على بن محبوب الأشعرى ثقة عين فقيه كما قاله النجاشى و أمّا الباقر أعنى أحمد بن محمّد،

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٦.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٧٢

و الحسين بن سعيد فلم يشكَّ فى وثاقتهما أحد و أمّا أبو الجهم فهو أخو زرارة و اسمه بكير بن أعين من أصحاب الصادق عليه السلام و لما بلغه موته قال فى حقّه: أما و الله لقد أنزله الله بين رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم و أمير المؤمنين عليه السلام «١» و من أحفاده حسن بن الجهم.

ربما يقال: السند بظاهره مخدوش بوجهين:

١- كيف يصحّ أن يروى حسين بن سعيد الأهوازي عن أبي الجهم المتوفى فى عصر الصادق عليه السلام فإنّ الحسين بن سعيد من أصحاب الإمام الرضا و الجواد و الهادى عليهم السّلام و توفى الإمام الرضا عام ٢٠٣، و الإمام الجواد عام ٢٢٠ و الهادى عام ٢٥٤ فكيف تصحّ روايته عمّن توفى فى عصر الإمام الصادق عليه السلام الذى توفى عام ١٤٨ فى السند سقط.

و لكن يمكن أن تستظهر الوساطة من سائر الروايات التى نقل فيها الحسين ابن سعيد عن بكير بواسطة أو بوسائط و إليك أسماءهم:

ا حريز بن عبد الله عن بكير. «٢»

ب ابن أبى عمير عن عمر بن أذينة عن بكير. «٣»

ج حمّاد بن عيسى عن حريز عن عبد الله عن بكير. «٤»

د صفوان عن عبد الله بن بكير عن أبيه بكير بن أعين. «٥»

ه حمّاد بن عيسى عن عمر بن أذينة عن بكير. «٦»

و هؤلاء كلّهم ثقات

(١) الكشى: ١٨١.

(٢) التهذيب، ج ٢، ص ٢٥٥، رقم ١٠١٢.

(٣) الاستبصار، ج ١، ص ٦١، رقم ١٨٢.

(٤) الاستبصار، ج ١، ص ٢٤٨، رقم ٨٩٢ و يحتمل أن يكون لفظ «عن» مصحف «بن» فالمراد حريز ابن عبد الله كما يحتمل أن يكون المراد عبد الله بن بكير.

(٥) الاستبصار، ج ١، ص ٤٣٠، رقم ١٦٦٠.

(٦) الاستبصار، ج ٢، ص ٢٧٠، رقم ٩٦٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٧٣

و ربّما يتخيل أن المكنى بأبى الجهم غير «بكير» و أنّ المراد هو «ثوير بن أبى فاختة» و لكنّه لا يذب الإشكال لأنّه من أصحاب السّجاد و الباقر و الصادق و أبوه يروى عن على. و لا طريق للتعين إلّا التميز عن طريق الراوى عنه، و لو مع الوساطة، و ليس لحسين بن سعيد رواية عن أبى الجهم باسم ثوير بن فاختة، فتعين كون المروى عنه بكيراً.

٢- إنّ سالم بن مكرم (بالفتح و إن كان المعروف على الألسن هو الكسر)، الذى يكتنى بأبى خديجة تارة و أبى سلمة أخرى و قد كناه به أبو عبد الله عليه، اختلفت فيه كلمة الرجاليين.

قال النجاشى بعد ذكر كنيته: إنّه ثقة، ثقة روى عن أبى عبد الله و أبى الحسن عليهما السّلام. «١»

و قال الكشى: سألت أبا الحسن على بن الحسن عن اسم أبى خديجة قال: سالم بن مكرم فقلت له: ثقة؟ فقال: صالح، ثمّ ذكر أن أبا

عبد الله قال له: لا تكني بأبي خديجة. قلت: فبم أكنني؟ قال: بأبي سلمة. «٢»
و عدّه البرقي من أصحاب الصادق عليه السلام قائلاً: أبو خديجة و يكنى أبا سلمة ابن مكرم.
هؤلاء الأقطاب الثلاثة من علماء الرجال اتفقوا على أمر و هو:
اتفق الكشي و النجاشي على أنه ثقة و صالح.

إنّ أبا سلمة كنية نفس أبي خديجة أي سالم، و ليس كنية لأبيه (مكرم) بل الإمام الصادق عليه السلام كناه بأبي سلمة. و على رأى هؤلاء فهو مقبول الرواية.

و أما التضعيف فقد نقله العلامة عن الشيخ فقال: قال الشيخ إنّه ضعيف

(١) النجاشي: الرجال ١ / ٤٢٢٤٢١، برقم ٤٩٩.

(٢) الكشي: الرجال / ٣٠١، برقم ٢٠١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٧٤

و قال في موضوع آخر: إنّه ثقة ثمّ قال: الوجه عندى التوقف. «١»

و الظاهر أنّ الذى ضعّفه الشيخ غير الذى وثّقه الكشي و النجاشي و يعلم بالمراجعة إلى عبارته في كتابي الرجال و الفهرست.

قال في الأوّل: سالم بن مكرم أبو خديجة الجمال الكوفي مولى بني أسد. «٢»

و قال في الفهرست: سالم بن مكرم يكنى أبا خديجة، و مكرم يكنى أبا سلمة ضعيف إلى أن قال في بيان طريقه إلى كتابه ... عن عبد

الرحمن بن أبي هاشم البزاز عن سالم بن أبي سلمة و هو أبو خديجة. «٣»

ترى أنّ الشيخ جعل أبا سلمة كنية أبيه (مكرم) مع أنّ الأقطاب الثلاثة اتفقوا على كونه كنية لنفس سالم فتخيّل الشيخ أنّ أبا خديجة،

هو سالم بن أبي سلمة الذى ضعّفه ابن الغضائري و النجاشي، قال الأوّل: روى عنه ابنه، لا يعرف روى عنه غيره ضعيف جداً. «٤»

و قال النجاشي: سالم بن أبي سلمة الكندي السجستاني حديثه ليس بنقى و إن كنا لا نعرف منه إلّا خيراً له كتاب، ثمّ ذكر سنده إلى

الكتاب و انتهى إلى قوله: «حدّثنا محمّد بن سالم بن أبي سلمة عن أبيه بكتابه». «٥»

و الذى دفع الشيخ إلى تضعيفه تصوره اتحادهما، و أنّ سالم بن مكرم هو سالم ابن أبي سلمة الذى اتفقوا على ضعفه.

فأصبحت الرواية بحمد الله سالحة للاستناد.

(١) الخلاصة: القسم الثاني: ٢٢٧. سيوافيك تنصيب الشيخ في الفهرست على الضعف.

(٢) الطوسي: الرجال / ٢٠٩. باب السين، برقم ١١٦.

(٣) الفهرست: ١٠٥، برقم ٣٣٩.

(٤) العلامة: الخلاصة، القسم الثاني: ٢٢٨، برقم ٤ فى باب سالم.

(٥) النجاشي: ١ / ٤٢٧، برقم ٥٠٧.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٧٥

هذا كله حول السند

و أمّا دراسة المتن فالظاهر من قوله: «عرف» هو المعرفة الفعلية لكون مبادئ الأفعال ظاهرة فيها، و قوله: «حلالنا و حرامنا» ظاهر في العموم و لو لم يصح حمله على الاستغراق العقلي لأجل عدم كون الرواة في ذلك الزمان عارفين بجميع الأحكام، فلا محيص عن حمله على الاستغراق العرفي فيكون الموضوع هو العارف بالحلال و الحرام فعلاً، على حدّ يقال فى حقه قد عرف حلالنا و حرامنا، و

بما أن مادّة العرفان تستعمل فى الموارد التى تشتهب فى أوّل الأمر ثم يقف الإنسان على الصحيح، فالمراد منه من له قوّة عرفان الحقّ عن الباطل و من يعرف من بين المشتبهات، الحقّ عن الباطل، و الحلال عن الحرام و هو يعادل صاحب النظر فلا يعم المقلّد. و أما شموله للمجتهد المتجزئ فسيوافيك الكلام فيه.

الثالثة: مشهوره أبى خديجه الأخرى

روى الصدوق فى الفقيه بإسناده عن أحمد بن عائذ أبى حبيب الأحمسي البجلي الثقة، عن أبى خديجه سالم بن مكرم الجمال قال: قال أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق عليه السّلام: «يأكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فإننى قد جعلته عليكم قاضياً فتحاكموا إليه». «١» و رواه فى الكافي غير أنّه قال: مكان (قضايانا) قضائنا. ٢

و الرواية صحيحة و سند الصدوق إلى أحمد بن عائذ فى الفقيه بالشكل التالى: عن أبى، عن سعد بن عبد الله، عن أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن على

(١) ١ و ٢ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٥.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٧٦

الوشاء، عن أحمد بن عائذ. «١» و الكل غير أحمد من أجلاء الأصحاب و عيونهم و أما أحمد فيكفى فى وثاقته قول النجاشى فى حقّه: «مولى ثقة كان صحب أبى خديجه سالم بن مكرم و أخذ عنه و عرف به». «٢» و لا- يشك فى وثاقه الحسن بن على الوشاء إلّا غير العارف بأساليب التوثيق فى علم الرجال فإنّه و إن لم يصرح بوثاقته و لكن جاء فى ترجمته ما يفيد أنّه كان فى الدرجة العالية منها و هذا النجاشى يعرفه: «بأنّه من وجوه هذه الطائفة». و قد قلنا فى كتابنا «كليات فى علم الرجال» أنّ هذا النوع من التعابير، يفيد أنّه فى الدرجة العالية من الوثاقه.

ثمّ إنّّه يستدلّ بها تارة على شرطية الاجتهاد، و أخرى على كفاية التجزى فى الاجتهاد.

أمّا الأوّل فهو مبنى على كون المقلّد جاهلاً لا عالماً و لو لا كونه كذلك لما وجب عليه الرجوع إلى العالم، أو تفسير العلم بالاعتقاد الجازم و المقلّد يفقده.

و كلا- الوجهين غير تامين، أمّا الأوّل فلأنّنا نمنع كونه جاهلاً بعد الرجوع إلى العالم، و أمّا الثانى، فلأنّه مبنى على تفسير العلم بالاعتقاد الجازم مع أنّه فى لسان الأئمّة بمعنى الحجّة و المقلّد بعد الرجوع إلى العالم واجد له و الحاصل أنّ استظهار شرطية الاجتهاد من الرواية مشكل.

نعم صدور هذا المتن بعد احتمال اتحاد الرويتين مشكوك، فلا يمكن الاستناد إليه بعد اختلافهما فى شرطية الاجتهاد و عدمها و الحاصل: لما كان المتن مشكوك الصدور فهى غير صالحة للاحتجاج لا فى المقام (شرطية الاجتهاد و عدم كفاية التقليد) و لا فى المقام الآتى اعنى كفاية الاجتهاد غير المطلق، و أمّا الثانى فسيوافيك فى محلّه.

(١) الفقيه: ٤، قسم المشيخة، ص ١٢٥.

(٢) النجاشى: الرجال ١ / ٢٤٩ برقم ٢٤٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٧٧

الرابعة: التوقيع الرفيع

التوقيع الرفيع الذى رواه الصدوق فى كمال الدين، عن محمد بن محمد بن عصام، عن محمد بن يعقوب، عن اسحاق بن يعقوب قال: سألت محمد بن عثمان العمرى أن يوصل لى كتاباً قد سألت فيه عن مسائل أشكلت على فورد التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان عليه السلام: «أما ما سألت عنه أرشدك الله و ثبتك إلى أن قال: و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم و أنا حجة الله.» (١)

و الاحتجاج رهن دراسة الحديث سنداً و متناً.

أمّا محمد بن محمد بن عصام، فهو أيضاً «كلىنى» و من مشايخ الصدوق كما هو ظاهره فى كتاب كمال الدين، و قال فى مشيخة الفقيه: و ما كان فيه عن محمد بن يعقوب الكلىنى فقد رويته عن محمد بن محمد بن عصام الكلىنى، و على بن أحمد ابن موسى، و محمد بن أحمد الشيبانى رضى الله عنهم (٢) و اعتماد الصدوق و الترضية عليه لعله يعرب عن كونه ثقة عنده. و ليس له فى كتب الرجال عنوان سوى هذا.

و أما إسحاق بن يعقوب، فهو أخو الكلىنى و قد ورد السلام عليه فى التوقيع بلفظ «و السلام عليك يا إسحاق بن يعقوب الكلىنى» (٣) و التسليم و إن كان لا يدل على شىء لأن الراوى هو نفسه لكن القرائن تشهد على الاعتماد عليه و التوقيع الذى يرويه.

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٩.

(٢) الفقيه: ٤، قسم المشيخة، ص ١١٦ ط دار الكتب الاسلامية و فيه «السنائى» مكان الشيبانى.

(٣) الطوسى: الغيبة ١٧٦، كمال الدين: ٢ / ٤٨٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٧٨

و أما المضمون فيه احتمالات:

١- المراد من الحوادث، ما يرجع فيه إلى الحكام و القضاء كأموال الغيب و القصر.

٢- ما يتفق من المسائل التى لا يعلمون حكمها حيث كانوا يرجعون إلى الأئمة فنص الإمام بلزوم الرجوع إلى الرواة.

٣- حوادث خارجية معينة اتفقت فى تلك الأيام لا تعلم خصوصياتها.

و الثالث ضعيف فيدور الأمر بين الأولين و الاستدلال متوقف على كون المراد ما يرجع فيه إلى الحكام و القضاء نعم على فرض الثبوت لم تكن الرواة يوم ذاك أشخاصاً عاديين بل كانوا ممارسين للأحاديث و بالتالى كانوا علماء و لأجل ذلك استأهلوا أن يكونوا حجج الإمام عليه السلام.

الخامسة: مرسله الحرانى

روى أبو محمد الحسن بن شعبة الحرانى فى كتابه «تحف العقول عن آل الرسول» عن الإمام السبط الشهيد الحسين بن على عليه السلام قال: و يروى عن أمير المؤمنين و مضمون الخطبة بأجمعها يدل على أنها ألقيت فى عصر السبط و مما جاء فيها قوله: «... و قد ترون عهود الله منقوضة فلا- تفرعون، و أنتم لبعض ذمم آباءكم تفرعون، و ذمة رسول الله محقورة، و العنى و الجكم و الزمنى فى المدائن مهملة لا ترحمون، و لا فى منزلتكم تعلمون، و لا من عمل فيها تعينون، و بالادهان و المصانعة عند الظلمة تأمنون، كل ذلك مما أمركم الله به من النهى و التناهى و أنتم عنه غافلون.

و أنتم أعظم الناس مصيبة لما غلبتكم عليه من منازل العلماء لو كنتم تشعرون، ذلك بأن مجارى الأمور و الأحكام على أيدي العلماء بالله، الأمانة على

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٧٩

حلاله و حرامه، فأنتم المسلوبون تلك المنزلة و ما سُلبتكم ذلك إلا بتفرقكم عن الحق، و اختلافكم في السنّة بعد البينة الواضحة». (١) و ملاحظة مجموع الكلام من أوله إلى آخره يثبت أنّ المراد من الأمور، في قوله: «مجارى الأمور» هو ما كان يقوم به الخلفاء بعد رسول الله في قيادة الأُمّة و أنّ الإمام يُندد بهم و بأعمالهم و يقول: إنّ هذه الأمور شأن طبقه خاصة و هم: العلماء بالله، الأُمّاء على حلاله و حرامه، و المراد من العالم بالله، من درس التوحيد الذاتي و الصفاتي و الأفعالي حتى صار عالماً به، و شرب من منهل العلم و أملاّت قلبه الخشية و الخوف قال سبحانه: (إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ) (فاطر / ٢٨) فصار أميناً على حلاله و حرامه، و لا ينطبق ذلك إلا على الأقل من الطبقة من العلماء فضلاً عن المقلد.

سؤال و إجابة

إنّ دلالة هذه الروايات على لزوم اتصاف القاضي بكونه حاكماً بالكتاب و السنّة، و قاضياً بما يفهمه من الأدلّة، واضحة فلا يشمل العناوين الواردة فيها المقلد، لكن هنا سؤال و هو عدم وجود الاجتهاد الراجح، في عصر الأئمة و أقصى ما يدل عليه ما سبق من الأدلّة، كون القاضي صادراً عن الكتاب و السنّة، و أمّا كونه مستنبطاً فلا و عندئذ يصبح نفوذ قضاء المجتهد بالمعنى الاصطلاحي بلا دليل. و الإجابة عنه واضحة، لأنّ ما هو الشرط هو الصدور عن الأدلّة الشرعية، و القضاء في ذلك العصر، و المجتهدون في أعصارنا كلهم يصدرون عنهما، غير أنّ فهم المصدرين الرئيسيين و الصدور عنهما كان في ذلك الزمان قليل المؤنة لكنّه أصبح في عصرنا كثيرها و ليس بين العاملين فرق جوهرى إلا ببذل الجهد القليل،

(١) الحرّاني: تحف العقول: ٢٣٨. ط النشر الإسلامي.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٨٠

و الكثير و قد أوضحنا حاله في رسالتنا في الاجتهاد و التقليد، و أمّا المقلد فليس يصدر عن الكتاب و السنّة و إن كان ينتهي إليهما نهاية لكنّ المراد الصدور عنهما بالمباشرة و ستوافيك زيادة توضيح لهذا الجواب عند البحث عن تصدّي المقلد مهمّة القضاء، فانظر. و ربّما يظهر من بعضهم التفرقة بين ما يصدر القاضي في قضائه عن الكتاب و السنّة، و ما يصدر عن الأصول العقلية كالبراءة العقلية أو التخيير العقلي بين المحذورين أو المتراحمين و الإجماعات المنقولة و الشهورات المحكية فإنّه لا يصدق فيها الحكم بحكمهم ... يلاحظ عليه: أنّ المراد الصدور عن حجّة شرعية و الكل من مصاديقها و ذكر الكتاب و السنّة لأجل أنّهما من الحجج الشرعية.

في صلاحية المتجزئ لممارسة القضاء

قد عرفت أنّ لسان الأكثر ناظر إلى شرطية الاجتهاد المطلق أي وجود القدرة على استخراج الحكم من الكتاب و السنّة في كل ما يرجع إليه و شمول ذلك للمتجزئ بعيد جداً. نعم لو بلغ المتجزئ مرتبة يستطيع معها، على استنباط أحكام كثيرة و إن كان لا يستطيع استنباط جميعها، فلا يبعد صدق العناوين الماضية عليه أعني:

١- «نظر في حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا» في مقبولة عمر بن حنظلة.

٢- «قد عرف حلالنا و حرامنا ...» في المشهورة الأولى لأبي خديجة.

٣- «فارجعوا إلى رواة أحاديثنا» في التوقيع الرفيع عن صاحب الزمان عليه السلام.

٤- «مجارى الأمور بيد العلماء بالله، الأُمّاء على حلاله و حرامه» في الكلام المنسوب إلى السبط الشهيد.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٨١

فإن هذه العناوين صادقة لمرتبة خاصة من التجزى فلا يشترط الاجتهاد المطلق، و يؤيد ذلك أمور:

١- إن القضاء التي كانت الشيعة تفرع إليهم في تلك الأيام، لم يكونوا إلّا في هذه الدرجة من العلم و العرفان، و لم يكن لهم معرفة فعلية لجميع الأحكام، لتفرق الروايات بين الرواة، و عدم وجود جامع بين الحكام حتى يكونوا متدرعين بالعلم بجميع الأحكام.

٢- كان الأمر في عصر النبي و الوصي عليهما السلام أيضاً كذلك فقد بعث النبي معاذاً، إلى الجبل و قال له: «كيف تقضى إذا عرض لك القضاء؟» قال: ألقى بكتاب الله قال: «فإن لم تجد في كتاب؟»، قال: بسنة رسول الله... «١» أ تظن أن معاذاً كان مسلطاً على جميع الأحكام المشرعة إلى يوم ذاك.

٣- كتب الإمام إلى واليه مالك الأشر في عهده و قال: «ثم اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك في نفسك ممن لا تضيق به الأمور و لا تمحكه الخصوم إلى أن قال: و أوقفهم في الشبهات و آخذهم بالحجج». «٢» و هل كانت مصر في ذلك اليوم تفتح بفقهاء و مجتهدين عارفين بجميع الأحكام الشرعية، و إنما كانوا يحفظون من الكتاب و السنة و عمل الصحابة أشياء يقضون به و لو كان الاجتهاد المطلق شرطاً، لعطل باب القضاء في مصر.

نعم كلما تقدمت الحضارة الإسلامية، و تفتحت العقول و ازداد العلماء علماً و فهماً، تسّم منصّة القضاء من له خبروية كاملة في الفقه، و علم بحدود الشريعة علماً محيطاً، و لم يكن ذلك بوازع ديني، بل كان نتيجة سير العلم و تقدّم الثقافة.

نعم قد أخذ القضاء في عصرنا لوناً فنياً، و صار عملاً يحتاج إلى التدريب و التمرين فلا مناص عن إشراف قاض مدرّب و مجرب على عمل القضاء المتجزئين

(١) الجزري: جامع الأصول: ١٠ / ٥٥١.

(٢) نهج البلاغة، قسم الرسائل، برقم ٥٣.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٨٢
في الاجتهاد، حتى يحصل لهم قدم راسخ في مجال القضاء.

الاستدلال على كفاية التجزى برواية أبي خديجة الثانية

و ربّما يستدل على كفاية التجزى، بمشهوره أبي خديجة الثانية الماضية حيث قال: «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فأني قد جعلته عليكم قاضياً». «١»

و لكن خطورة الموقف و معضلة بعض المسائل كتعيين المدعى و المنكر في بعض الموارد و صحّة القضاء بالنكول أو بعد ردّ اليمين أو غير ذلك من المسائل المهمّة تدفعنا إلى تفسير الحديث بالمتجزى الممارس للفقه مدّة لا يستهان بها و إن لم يبلغ مرتبة الاجتهاد المطلق.

على أنه يحتمل اتحاد الحديتين المختلفين في اللسان، إذ أحد اللسانين (عرف أحكامنا) يطلب للقضاء مرتبة عليا من التجزى بخلاف اللسان الآخر (يعلم شيئاً من قضايانا) و بما أن المصادر مردّد بين الأمرين نأخذ بالقدر المتيقّن و هو المرتبة العليا من التجزى و تبقى المرتبة الدانية تحت الأصل الأولى و هو المنع، و لو لا هذا الأصل لانقلب الأمر إلى العكس، أي نأخذ بالأقل في مقام الشرطية دون الأكثر، بإجراء البراءة من شرطية المرتبة العليا فتدبر.

ثمّ إنه ربّما استشكل على الاستدلال بها على كفاية المتجزى بالنحو التالي:

١- إن القلة المستفادّة في قوله: «شيئاً» إنّما هو بالنسبة إلى علومهم و إن كان كثيراً في حدّ نفسه. «٢»

يلاحظ عليه: أنه خلاف المتبادر، فإنّها وردت في مجال ردع الشيعة عن

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٥.

(٢) مبانى تكملة المنهاج: ١، ص ٨.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٨٣

الرجوع إلى غيرهم و عندئذ يخاطب الإمام شيعته بأنه يكفيهم أن يرجعوا إلى من يعلم شيئاً من قضاياهم. و عند ذلك يناسب جعل الملاك هو نفس علم الراوى قلّة و كثرة، لا علم الإمام كما لو قال إنسان ناصح مشفق لأخيه: إذا لم تستطع على العمل الكبير فعليك بما فى وسعك، فكأنّ الإمام عليه السلام يقول: إذا فاتكم الرجوع إلى هؤلاء الحكّام لأخذ الحقوق، فلا يفوتنكم الرجوع إلى عالم شيعى يعلم شيئاً من قضاياها.

٢- إن الرواية ناظرة إلى القاضى الذى اختاره الطرفان لفصل الخصومة، فلو دلت على كفاية التجزى فإنما تدل فى مورد قاضى التحكيم لا- المنصوب ابتداء و ذلك لأنه فرّع قوله: «فإنى قد جعلته قاضياً إلى قوله فاجعلوه بينكم» فتكون النتيجة كفاية التجزى فى قاضى التحكيم لا المنصوب. «١»

يلاحظ عليه: بأنه ليس الهدف من قوله عليه السلام: «فاجعلوه بينكم» كونه قاضياً مجعولاً من قبل المتخاصمين حتى تختص الرواية به بل هو يهدف إلى معنى آخر. و ذلك لأنّ القاضى المنصوب من قبل السلطة و الدولة ينفذ حكمه مطلقاً سواء أرضى الطرفان بحكمه أم لا، بخلاف القاضى الذى يرجع إليه المتخاصمان من الشيعة، فلا يمكن نفوذ حكمه إلّا بتحقيق رضا الطرفين به، لا أن لرضائهما به مدخلية فى الحكم و الجعل بل لأنّ التنفيذ فرع الرضا و بعبارة أخرى؛ إنّ الإمام نصب كل من يعلم شيئاً من قضاياهم للحكم و القضاء و لكن تحقق الغاية رهن رضا الطرفين بحكمه و خضوعهما له. بعد عدم قوّة تقهر المتخاصمين على القبول. و لأجل ذلك قدّم قوله: «فاجعلوه بينكم» و هو لازم الظروف التى وردت فيها الرواية.

(١) مبانى تكملة المنهاج: ٨ / ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٨٤

المقلد و منصّة القضاء

إشارة

تمّ الكلام فى نفوذ قضاء المجتهد، مطلقاً كان اجتهاده، أو غير مطلق و حان حينّ البحث عن قضاء المقلد فنقول:

تصدى المقلد لمهمة القضاء يتصوّر على وجوه أربعة:

١- أن يستقلّ بالحكم و القضاء.

٢- أن يكون منصوباً من جانب المجتهد و عندئذ يقع الكلام فى جواز نصبه للقضاء و عدمه.

٣- أن يكون و كلاً عن المجتهد، و الفرق بين النصب و الوكالة واضح، فإنّ النصب مستند إلى سعة ولاية المجتهد حتى بالنسبة إلى نصب العامى للقضاء و أمّا التوكيل، فليس التوكيل فى المقام إلّا كالتوكيل فى سائر الأمور.

و بعبارة أخرى: إنّ عمل العامى مع النصب، عمل نفسه، لا عمل الناصب، بخلاف الوكيل فإنّ عمله، عمل الموكل.

٤- أن يتصدى للقضاء عند الاضطرار و عدم التمكن من الرجوع إلى المجتهد.
و إليك الكلام فى هذه الوجوه واحداً تلو الآخر:

أ- استقلال المقلد فى القضاء

إشارة

مقتضى الأصل الأولى هو المنع و لم يخرج منه إلا المجتهد بكلا قسميه، و القول بجواز استقلاله يحتاج إلى دليل خصوصاً إذا كانت هناك شبهة حكمية و لا يدرى أن مجراها أصل البراءة أو الاحتياط أو مقتضى الاستصحاب أو إذا كان تشخيص المدعى عن المنكر أمراً عويصاً متوقفاً على أعمال قواعد حسب ما

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٨٥

قالوا، فإن القيام بحل هذه الأمور العويصة خارج عن طاقة المقلد، إلا إذا تربى تحت يد قاض مدّة لا يستهان بها، و شاهد القضايا و وقف على حكمها من كتب و عرف حكم الأمثال و الأضداد و هو قليل جداً و مع ذلك، فقد استدل على جواز استقلاله بالقضاء بالوجوه التالية:

١- إطلاق أدلة الأمر بالمعروف

إذا كان القضاء من شعب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، فتكفى فى جواز تصديده، إطلاقات أدلتها نظير قوله: (وَ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ) (التوبة/ ٧١).

يلاحظ عليه: أن مورد أدلتها، هو الدعوة إلى التكليف الثابت للمكلف مع قطع النظر عن قضاء القاضى، كما إذا رأى إنساناً يغتاب أو يكذب أو يظلم و هذا هو الذى يجب على المؤمن و المؤمنة تحت شرائط، و أما التكليف الذى يقتضيه حكم القاضى بحيث لولاه، لما كان هناك تكليف، فلا تشمل الأدلة العامة للأمر بالمعروف مثلاً إذا اختلف العامل و المالك فقال الأول: رددت رأس المال، و أنكره المالك فليس هنا أى تكليف متوجه إلى العامل بعد ادعاء ردّ المال و إنما يتوجه إليه التكليف بالردّ، بعد قضائه بأنّ القول قول المالك مع حلفه، فعندئذ يتوجه عليه تكليف بالردّ، بعد ما لم يكن أى تكليف قبل القضاء فمثل هذا ليس مشمولاً لأدلتها.

و إن شئت قلت: إن مورد أدلتها ما إذا اتفقا الأمر و المأمور على وجود التكليف فيقوم أحدهما بالدعوة لآخر إذا أنكر أحدهما أصل التكليف، كما هو الحال قبل القضاء.

٢- إطلاق الحكم بالحق و العدل

إشارة

إنّ الاستفادة من الكتاب و السنّة صحّة الحكم بالحقّ و العدل و القسط من

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٨٦

كل المكلفين، قال الله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذْ حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ) (النساء/ ٥٨).

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نَقَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا) (المائدة/ ٨).

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَّوْا أَوْ تُعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ (النساء / ١٣٥).

و مفهوم قوله تعالى: (وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) (المائدة / ٤٧) و في أخرى (... هُمُ الْكَافِرُونَ) (المائدة / ٤٤) إلى غير ذلك من الآيات الكريمة.

و قال الصادق عليه السلام: «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 بالحق و هو لا يعلم فهو في النار، و رجل قضى بالحق و هو يعلم فهو في الجنة». (١)

و قال: «الحكم حكمان: حكم الله و حكم أهل الجاهلية، فمن أخطأ حكم الله حكم بحكم الجاهلية». ٢

٣- و قال أبو جعفر عليه السلام: «الحكم حكمان: حكم الله عز و جل و حكم أهل الجاهلية، و قد قال الله عز و جل: (وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ) (المائدة / ٥٠) و أشهد على زيد بن ثابت لقد حكم في الفرائض بحكم الجاهلية». ٣

إلى غير ذلك من النصوص البالغة بالتعاضد أعلى مراتب القطع الدالة على

(١) ١ و ٢ و ٣ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٦، ٧، ٨.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٨٧

أن المدار الحكم بالحق الذي هو عند محمّد و أهل بيته صلوات الله عليهم و أنه لا ريب في اندراج من سمع منهم عليهم السلام أحكاماً خاصّة مثلاً و حكم بها بين الناس فيها و إن لم تكن له مرتبة الاجتهاد.

يلاحظ على الجميع:

أن الآيات و الروايات ليست بصدد بيان شرائط الحاكم و خصوصياته حتى يتمسك بإطلاقها و إنما هي بصدد بيان أمر آخر. فالآية الأولى و الثانية بصدد بيان خصوصيات الحكم و أنه يجب أن يكون حكماً بالعدل و قضاءً بالقسط و أن لا يخاف الحاكم من شئان قوم فيحكم على خلافهما و أين هما من بيان خصوصيات الحاكم حتى يتمسك بإطلاقهما؟! و منه يظهر الجواب عن الاستدلال بالآية الثالثة فإنها بصدد النهي عن القضاء بغير ما أنزل الله، لا بصدد بيان خصوصيات الحاكم. و مثل الآيات، تقسيم القضاء إلى أربعة، أو تقسيم الحكم إلى حكّمين، فإنّ الجميع بصدد سوق المجتمع إلى القضاء بحكم الله لا بحكم الجاهلية و ليس بصدد بيان شرائط الحاكم من كونه رجلاً أو امرأة، مسلماً أو كافراً، سميعاً و بصيراً و الاستدلال بالجميع غفلة عن شرائط انعقاد الإطلاق فإنّ التمسك به في المقام نظير تمسك بعضهم بإطلاق قوله سبحانه: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ (المائدة / ٤) على أنه يجوز الأكل ممّا أمسك الجوارح بالأنياب بلا لزوم غسل مواضعها، مع أنّ الآية بصدد بيان شيء آخر و هو حليّة ما أمسكته و أنه من الطيبات لا من المحرّمات و أمّا أنه هل يؤكل مطلقاً أو بعد الغسل فليس بصدد بيانه حتى يتمسك بإطلاقه. و هناك وجه آخر و هو أنّ الآيات و الروايات بمعزل عن باب القضاء، لأنّ المراد من الحقّ، هو الحقّ في الشبهات الحكمية، و الحقّ في باب القضاء يرجع إلى

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٨٨

الحقّ في الشبهات الموضوعية غالباً كما لا يخفى.

٣- الاستدلال بإطلاق حديث الحلبي

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ربّما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعة في الشيء فيه فيتراضيان برجل منّا فقال: ليس هو ذاك

إنما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف و السوط. (١)

و الاستدلال موهون جداً لعدم كون الإمام بصدد بيان شرائط القاضي حتى يتمسك بإطلاق لفظ «رجل» و إنما هو بصدد الفصل بين القاضيين و أنه لا يجوز الرجوع إلى قضاء العامة بل يجب الرجوع إلى قضاء الشيعة و أما ما هو صفاتهم و خصوصياتهم فليس الصحيح بصدد بيانه.

٤- صحيح أبي خديجة

قال: قال أبو عبد الله جعفر بن محمد عليه السلام إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم (٢)

و قد أُجيب عن الاستدلال بهذه الرواية على قضاء المقلد بوجوه تأتي بها:

أ أن الوارد فيها لفظ العلم و هو لا يشمل المقلد لأن العلم عبارة عن الاعتقاد الجازم المطابق للواقع، و المقلد فاقد له.

يلاحظ عليه: أنه خلط بين العلم المصطلح عليه في علم المنطق، و العلم الوارد في الكتاب و السنة و المراد من الأول ما ذكر في كلامه، و المراد به في الحديث من هو ما قامت عليه الحجة و إلا لزم عدم صحة قضاء المجتهد لعدم علمه

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٨.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٥.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٨٩

بالواقع، و العلم بالحكم الظاهري مشترك بين المجتهد و المقلد.

ب أن الرواية محمولة على صورة الاضطرار و عدم التمكن ممن يعرف الأحكام عن أدلتها التفصيلية، و بما أن الشيعة كانت متفرقة آنذاك في بلاد نائية، و لم يكن في كل بلد و كورة، من يعرفها بالدليل، اكتفى صاحب الشريعة بمن يعلم شيئاً من الأفضية حتى يصد بذلك باب الرجوع إلى أبواب الطواغيت.

يلاحظ عليه: بأنه حمل تبرعى لا- دليل عليه و ليس في الرواية ما يحكى عن كونها واردة في صورة الاضطرار، نعم هو احتمال في الحديث.

ج إن العلم بشيء من قضاياهم مختص بالفقيه أو منصرف إليه، لأندى العامى إما أن يتكل إلى فتوى الفقيه في القضاء فلا يصدق أنه يعلم شيئاً من قضاياهم بل هو يعلم فتوى الفقيه و هو طريق إلى حكم الله. و إما أن يتكل بإخبار الفقيه بقضاياهم و هذا غير جائز لأنه لا يزيد عن رواية مرسلة غير جائزة العمل، إلا بعد الفحص عن الجهات الأربعة: الصدور، و الدلالة، و جهة الصدور، و عدم المعارض و أنى للمقلد هذا.

يلاحظ عليه: أننا نختار الشق الأول، و هو الأخذ بإفتاء الفقيه لكأنه عند المقلد هو حكم الإمام و قضائه، خصوصاً إذا كان الإفتاء بلفظ الحديث، كما في الفقيه و النهاية، و الإفتاء و إن كان غير التحديث، و الأول مشتمل على إعمال النظر، دون الثاني لكأنه لدى العرف، يعكس حكم الكتاب و السنة و حلال الأئمة و حرامهم.

و الحق في الإجابة أن يقال: إن الصادر من الإمام مردد بين ما نقل و بين ما جاء في روايته الأخرى التي جاء فيها: «اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حلالنا و حرامنا فإني قد جعلته عليكم قاضياً» (١) و قد عرفت أن لفظ «العرفان» لا يستعمل

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٦.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٩٠

إلّا إذا كان هناك اشتباه يعقبه التميز و هو لا يصدق إلّا في حقّ الفقيه لا المقلّد المحض. و لما تردّد لفظ النص بين ما يصح الاستدلال به و ما لا يصح، يسقط الاستدلال بها. و بعبارة أخرى لما تردّد بين كون الخارج عن تحت الأصل خصوص المجتهد و لو كان متجزئاً أو مطلقاً من يعلم شيئاً، فيؤخذ بالقدر المتيقن في مقام الخروج. و هو الأوّل و قد مرّ توضيحه أيضاً.

٥- الاستدلال بخبر محمد بن حفص

قد يستدل بخبر محمد بن حفص «١» عن عبد الله بن طلحة «٢» عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل سارق دخل على امرأة ليسرق متاعها فلما جمع الثياب تابعته نفسه فكابرها على نفسها فوقعها [فتحرّك ابنها فقام فقتله بفأس كان معه] فلما فرغ حمل الثياب و ذهب ليخرج، حملت عليه بالفأس فقتلته. فجاء أهله يطلبون بدمه من الغد. فقال أبو عبد الله عليه السلام: «اقض على هذا كما وصفت لك فقال: يضمن مواليه الذين طلبوا بدمه، دية الغلام، و يضمن السارق فيما ترك أربعة آلاف درهم بمكابرتها على فرجها إنّه زان و هو في ماله عزيمة و ليس عليها في قتلها إياه شيء [لأنه سارق] قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: من كابر امرأة ليفجر بها فقتلته فلا دية له و لا «٣» قود».

يلاحظ عليه: أولاً: أنّ ضمان الموالى، دية الغلام على خلاف القاعدة و على فرض كونهم عاقلة، إنما تضمن الدية في مورد الخطأ لا في مورد العمد.

و ثانياً: أنّه من المحتمل أن يكون كلامه هذا: «اقض على هذا كما وصفت»

(١) محمد بن حفص بن خارجة مجهول لم يعنون في كتب الرجال غير التنقيح.

(٢) هو الهندي الكوفي لم يذكر في حقّه توثيق و لا مدح.

(٣) الوسائل: الجزء ١٩، الباب ٢٣، من أبواب قصاص النفس، الحديث ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٩١

أشبه بالمشاكلة لا الحقيقة و أنّ المراد بيان الحكم الشرعى للمسألة.

و ثالثاً: يحتمل كون ابن طلحة ممن كان ينطبق عليه المقياس الوارد في المقبولة.

رابعاً: أنّه يصح الاستدلال بها على صورة النصب أو الوكالة و الثانية أظهر من النصب، لا على التصدى على وجه الاستقلال.

٦- الاستدلال بالسيرة

إنّ الموجودين في زمن النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم ممن أمر بالترافع إليهم كانوا قاصرين عن مرتبة الاجتهاد و كانوا يقضون بين الناس بما سمعوه من النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم فدعوى قصور من علم جملة من الأحكام مشافهة أو بتقليد لمجتهد، عن منصب القضاء بما علمه، خالية عن الدليل. «١»

و أجاب عنه المحقق الآشتياني بأنّ الشرط الواقعي هو العلم بالأحكام لا الاجتهاد فالمنصوبون من قبل الأئمة كانوا يعلمون الأحكام و إن كانوا غير مجتهدين و أمّا زماننا هذا فالعلم فيه لا يحصل إلّا بالاجتهاد فليس للاجتهاد موضوعية إلّا كونه طريقاً إلى العلم بالأحكام و هو كان حاصلًا للمنصوبين يوم ذاك دون مقلدى أعصارنا «٢» و حاصله: أنّ الميزان، هو العلم بالأحكام، لا الاجتهاد، و العامى في السابق كان عالمًا بالأحكام بخلاف العامى في أعصارنا.

يلاحظ عليه: أنه إن أراد، من العلم، العلم بالأحكام الواقعية فهو لم يكن حاصلًا يوم ذاك للمنصويين ولا- للمجتهدين فى الأعصار المتأخرة ضرورة أن أصحاب الأئمة ربما كانوا يأخذون الأحكام عن أصحابهم، وقد كانوا مبتلين بالأخبار المتعارضة و الصادرة عنهم تقيه إلى غير ذلك مما لا يوجب العلم بالحكم الواقعي، و مثله المجتهد، فإن ما يحصله أحكام قامت عليها الحجّة لا أنها أحكام

(١) الجواهر الجزء ٤٠ / ١٦١٥.

(٢) الأشتياني: كتاب القضاء، ص ٩

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٩٢ واقعية.

و إن أراد الأعم من الحكم الواقعي، فهو حاصل لمقلدى عصرنا.

و الأولى أن يقال: إنّه لو كان الموضوع لنفوذ القضاء هو المجتهد أو من له قوّة الاستنباط فيتّجه الإشكال و أما لو قلنا بأنّ الموضوع له هو من روى حديثهم، و نظر فى حلالهم و حرامهم و عرف أحكامهم. فهو كان صادقاً على قضاء عصر الرسول و من بعده. كما كان صادقاً على المترين على أيدي الأئمة من المحدثين و الفقهاء لاتصالهم بالمعصومين، و سماعهم منهم أو عمّن سمع منهم، و أما فى عصرنا هذا فلا يصدق إلّا على من له قوّة الاستنباط حتّى يبذل الجهد بالتبع فى الروايات و ينظر فى حلالهم و حرامهم و يعرف نهاية أحكامهم فالموضوع لنفوذ القضاء واحد فى جميع الأعصار، غير أن بعد العهد و اختلاط الصحيح بالسقيم من الروايات، و الصادر تقيه بالصادر لبيان الواقع، صار سبباً لعدم صدقه إلّا على لفيف قليل أى المجتهدين لأنهم هم الممارسون بأحاديثهم و الناظرون فى حلالهم و حرامهم و العارفون بأحكامهم و لا يصدق ذلك على المقلد المحض الذى لا يعرف شيئاً منها سوى ما جاء فى رسالته مقلده.

ثم إنّ الفرق بين الجوايين واضح فإنّ جواب المحقق الأشتياني مبنى على أنّ الميزان هو العلم بالأحكام لا- الاجتهاد، غير أن العلم بالأحكام كان ميسوراً للقضاء الموجودين فى زمن النبي مطلقاً، و أما فى عصرنا، فليس ميسوراً إلّا على من له ملكة الاجتهاد. و أمّا جوابنا فهو مبنى على أنّ الميزان فى صحّة التصدي هو ما جاء فى لسان الرواية أعنى قوله: «روى حديثنا، و نظر فى حلالنا و حرامنا، و عرف أحكامنا» و هو كان صادقاً للقضاء الموجودين فى زمن النبي مطلقاً (مجتهداً كان أو لا) و لكنّه فى عصرنا هذا لا يصدق إلّا على المجتهد فليس الاجتهاد شرطاً و إنّما هو طريق لتحصيل موضوع الدليل.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٩٣

ب: فى نصب المجتهد، المقلد للقضاء

فرغنا عن البحث فى تصدى المقلد منصب القضاء استقلالاً و قد عرفت عدم الدليل على جوازه و نفوذ قضائه إنّما الكلام فى تصديه له بعد نصب المجتهد إياه للنظر فى المرافعات، و القضاء فيها على وفق رأيه.

إنّ جواز النصب للمجتهد رهن أمرين:

١- أن يكون النصب جائزاً فى نفسه بأن لا- تكون الفقاهة شرطاً شرعياً للقضاء و نفوذ الرأى كالدكورة و الإيمان و إلّا فلا، لأنها لو كانت شرطاً لا يجوز للإمام فكيف يجوز للمجتهد الذى هو نائبه!؟

٢- إنّ كل حكم يجوز للإمام يجوز للفقهاء الجامع للشرائط.

فالدعوى الأولى بمنزلة الصغرى للثانية و هى كبرى للأولى أمّا الأولى فيمكن أن يقال إنّها غير ثابتة أى لا نعلم أنّه يجوز للإمام نصب العامى للقضاء أو لا، و الشكّ فيه كاف فى الحكم بالمنع بالنسبة إلى المجتهد.

ومع قطع النظر عن ذلك نقول: إذا دلت المقبولة والمشهورة على أن المأذون للقضاء من ينطبق عليه عنوان الناظر في الحلال والحرام والعارف بالأحكام، وفرضنا عدم انطباقه على المقلد، يصير قضاء المقلد، كقضاء المرأة فكما لا يصح نصبها للقضاء، فهكذا العامي العارف بمسائل القضاء.

هذا كله على القول بدلالتهما على شرطية الاجتهاد في القضاء، وأما لو قلنا بعدم دلالتهما على شرطية الاجتهاد فنفس الشك في جواز نصبه المقلد كاف في الحكم بعدم الجواز والنفوذ لما قلنا إن الأصل عدم حجية رأي أحد في حق أحد إلا إذا قام عليه الدليل وبذلك ظهر أن لتبيين حكم المسألة مراحل ثلاث:

١- الشك في جواز نصب العامي للقضاء، لنفس الإمام وعدمه ومع الشك

نظام القضاء والشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٩٤

فيه، لا تفيد أدلة ولاية الفقيه إذ لا يتجاوز عن كونه منزلاً منزلاً مع وجود الشك في المنزل عليه.

٢- مع قطع النظر عنه، إذا قلنا بدلالة المقبولة وغيرها على شرطية الاجتهاد، ومعه كيف يجوز للفقيه، نصبه للقضاء؟

٣- إذا كانت دلالتها قاصرة فنفس الشك يكفي في الحكم بعدم أخذاً بحكم الأصل الأولى.

وبذلك يعلم عدم تمامية ما أفاده سيدنا الأستاذ قدس الله سره في رد الاستدلال حيث قال: إن المقبولة لا تدل إلا على نصب الإمام الفقيه للقضاء وأما كون ذلك يلزم شرعى بحيث يستفاد منها أن الفقهاء من الشرائط الشرعية فلا.

يلاحظ عليه: بما عرفت من أنه لو افترضنا أن المقبولة والمشهورة ليستا بصدد بيان شرائط من له حق القضاء لكن نفس الشك في مشروعية قضاء العامي العارف بمسائل القضاء عن تقليد، كاف في الحكم بعدم الجواز والنفوذ وذلك مثل الشك في جواز التعبد بالظن، فإن نفس الشك كاف في الحكم بحرمة التعبد ولا يحتاج إلى دليل آخر.

ويمكن أن يستدل على عدم مشروعية قضاء العامي بصحيفة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «اتقوا الحكومة فإن الحكومة إنما هي للإمام العالم بالقضاء، العادل في المسلمين نبي أو وصي نبي». (١)

فإنها صريحة في أن القضاء شرع للأنبياء وأوصيائهم ولا ينافيه ما دل على جوازه للفقهاء، لأنهم أوصياء الأنبياء. (٢) بوجه فتكون المقبولة حاكمة عليها

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣، من أبواب صفات القاضي، الحديث ٣ ص ٧؛ المستدرک: الجزء ١٧، الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١٠ و ٤٨.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٩.

نظام القضاء والشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٩٥

بالتصريف في الموضوع وتوسيعه وإدخال ما لا يدل عليه ظاهراً (الصحيحة) والعامي ليس وصياً لنبي. فلم يدل دليل على مشروعية قضائه.

ج: في توكيل المقلد للقضاء

إشارة

قد عرفت عدم جواز استقلال المقلد للقضاء ولا نصب المجتهد إياه للتصدي، بقي الكلام في توكيله حتى يقوم العامي المقلد، بفعل المجتهد ويعمل عمله، لا عمل نفسه كما هو الحال في صورة النصب على ما عرفت الفرق بينهم.

و القول بالجواز مبنى على ثبوت أحد أمرين على نحو مانعة الخلو:

١- أن يكون هنا دليل خاص من العرف و غيره على أن القضاء أمر قابل للتوكيل و النيابة و مع ثبوته بالخصوص، لا يشترط فى الوكيل سوى ما يشترط فى غيره.

٢- إذا لم يدل دليل خاص على أن القضاء أمر قابل للتوكيل و صارت النيابة فيه مشكوكه، و لكن كان فى باب الوكالة دليل يدل على أن كل أمر قابل للنيابة إلّا ما خرج بالدليل و معه لا يبقى شك فى كونه قابلاً للنيابة و تعمه أدلة الوكالة و عموماتها.

و بذلك ظهر أن المراد من الأمر الثانى، ليس مطلق عمومات باب الوكالة كعمومات باب البيع و العقود، التى لا تفيد عند الشك فى كون شىء قابلاً للبيع أو العقد عليه، بل الدليل الخاص الدال على أن كل أمر قابل للنيابة إلّا ما خرج و هذا غير عمومات باب الوكالة الناضرة إلى الحكم، دون قابلية الموضوع كسائر العمومات.

إذا عرفت ذلك فالمسألة غير معنونه فى كلمات القدماء فلنكتف بكلمات المتأخرين فقد قال المحقق الرشتى: «الحقّ عدم الجواز وفاقاً للكل أو الجلل لأنّ

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٩٦

التوكيل مشروط بعدم اشتراط المباشرة فى تأثير الحكم و إلّا لم يعقل فيه التوكيل و اشتراطها هنا معلوم أو مشكوك و التمسك بأدلة الوكالة غير مجد فى المقام. (١)»

أما الأمر الأول أى الدليل الخاص فتوضيح المقام:

إشارة

إنّ الموضوعات من جهة ترتب الأثر عليها مختلفة و هى:

- ١- ما يترتب عليه الأثر بملاحظة كونه قائماً بفاعل خاص كالمضاجعة فهى محكومة بالحلية إذا كان المباشر لها هو الزوج لا غير.
 - ٢- ما يترتب عليه الأثر بملاحظة أصل وجوده فى الخارج من غير خصوصية للفاعل و ذلك كتطهر الثوب بالماء فهو يظهر سواء كان المباشر للغسل إنساناً بالغاً أو صغيراً أو غير إنسان بل حيواناً أو ريحاً. فالموضوع هو تحقق الغسل بالماء كيفما كان.
 - ٣- ما يترتب عليه الأثر المقصود بملاحظة قيامه بإنسان عاقل بالغ مباشرة أو تسيباً كالبيع و الإجارة، و النكاح و الطلاق.
 - ٤- ما يشك فى أنه من أى قسم من هذه الأقسام، كالقضاء كما سيأتى.
- فالأولان لا يقبلان الوكالة، لاعتبار الفاعل الخاص فى ترتب الأثر فى الأول و مثله لا ينفك عن اعتبار المباشرة، و عدم لحاظ الفاعل فى الثانى حتى يكون هناك نائب و منوب عنه، و الثالث يقبلها بلا شك.
- و أما الرابع: فيمكن أن يقال: إنّه مع الشك يحكم بأنه غير قابل للنيابة كنظائره و الضابطة الكلية: إنّ كل عمل يتوقف على إعمال النظر و الدقة و العلم و اليقين بالموضوع، و بالتالى اتخاذ عقيدة خاصة فيه فهو يقوم بالفاعل المباشر، و لا تصح نسبته إلى الغير الفاقد لهذه الأمور، و بالجملة: إنّ تشخيص كل واحد ينسب إلى نفسه و لا تقبل النسبة إلى غيره بالتسيب.

(١) المحقق الرشتى: كتاب القضاء ١/ ٥٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٩٧

و على ذلك يترتب عدم جواز الوكالة فى الأمور التالية:

- ١- الطبابة: فإنّ الطبيب بعد المعاينة و الدقة فى أحوال المريض و أوصافه، يتبنى عقيدة و نظراً فى حق المريض، فيأخذ بكتابة نسخه

العلاج و يأمره بالاتباع فهذا أمر قائم بالطبيب و لا تصح نسبته إلى الشخص الآخر و إن أمر بالمعالجة و ذلك لعدم وجود شيء من هذه الأمور فيه حسب الفرض.

٢- الحلف ٣ الإقرار ٤ الشهادة. فإنّ الجميع إخبار عن واقع بعلم جازم قاطع أخذاً بماهية هذه الأمور، فلو تحقق في الوكيل دون الموكل، لا تصح له نسبة هذه الأمور إلى الموكل لافتقاره مقومها و إن تحقّق في الموكل دون الوكيل، لا يصح من الوكيل الإقرار و الشهادة و الحلف لتقومها بالعلم و الاطلاع القاطع، و هو فاقد له و إن تحقّق في كليهما، كلّ يقوم بعمل نفسه.

٥- و منه يظهر حال القضاء فإنّ مورده إنّما شبهه حكمية أو موضوعية، فالقضاء في الصورة الأولى بنفس الإفتاء و هو قائم بالمجتهد دون العامي، كما أنّه في الثانية يتضمّن الإفتاء في مورد جزئي، و الإفتاء لا يقبل النيابة لأنّه فرع العلم بالحكم و العامي فاقد له.

و بذلك يعلم أنّ القضاء لا يقبل الوكالة و إن كان الوكيل مجتهداً. سواء وّكله بالقضاء على رأى الموكل أو رأى الوكيل، و إن كان يظهر من السيّد الطباطبائي جوازه حيث قال: «قد تكون هناك ما يوجب الحاجة إلى التوكيل كما إذا لم يرض المترافعان إلّا بالرجوع إلى مجتهد و كان معذوراً في المباشرة فحينئذ يوكل مجتهداً آخر مع فرض عدم رضاها بالإرشاد إلى ذلك الآخر و قالاً إنّنا نريد أن تكون أنت الفاصل بيننا بالمباشرة أو التسبب ثمّ قال: و هل على النائب حينئذ أن يقضى في المسائل الخلافية بمقتضى رأيه أو برأى المستتب يظهر من المسالك الأول و أنّه لا يجوز أن يقضى إلّا برأيه و الظاهر جواز الأمرين و كونه تابعاً لكيفية التوكيل فإنّ وّكله في أصل القضاء فيعمل برأيه و إن وّكله في القضاء بينهما بمقتضى رأى

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٩٨

الموكل فيعمل برأيه. «١»

يلاحظ عليه: أنّ القضاء يتضمّن الإفتاء و هو لا يقبل الوكالة، لأنّه إن قضى برأى نفسه، فقد قضى مباشرة لا وكالة و إن قضى برأى الموكل، فهو فرع جواز الوكالة في الفتوى.

و لو رفضنا تلك الضابطة و افترضنا الشكّ في قابلية القضاء للوكالة فلا يمكن التمسك في إثبات القابلية له بالعمومات الواردة فيه لعدم كونها بصدد بيان تلك الجهة.

و أمّا الكلام في الأمر الثاني أي وجود دليل في باب الوكالة

يدلّ على أنّ كل موضوع قابل للنيابة إلّا ما دلّ على اعتبار المباشرة فيه، فربّما يوهمه بعض الروايات التالية:

١- ما رواه الصدوق في الفقيه بسند صحيح عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال: من وّكل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يُعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها. «٢»

و الإمعان فيها يعطى أنّه ليس بصدد بيان قابلية كل «أمر من الأمور» للوكالة بل بصدد بيان أنّ عمل الوكيل نافذ إلى أن يبلغه العزل.

٢- صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل وّكل آخر على وكالة في أمر من الأمور و أشهد له بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر فقال: اشهدوا أنّي قد عزلت فلاناً عن الوكالة، فقال: إن كان الوكيل أمضى الأمر الذي وّكل فيه قبل العزل فإنّ الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل. كره الموكل أم رضى. قلت: فإنّ الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم العزل أو يبلغه أنّه قد

(١) السيّد الطباطبائي: ملحقات العروة ١٢/٢.

(٢) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ١ من أبواب الوكالة، الحديث ١، ص ٢٨٥.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٩٩

عزل عن الوكالة فالأمر على ما أمضاه؟! قال: نعم قلت له: فإن بلغه العزل قبل أن يمضى الأمر ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء؟! قال: نعم، إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً و الوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو يشافهه بالعزل عن الوكالة. «١»

و هذه الرواية كسابقها ليست بصدد بيان أن الوكالة في كل أمر ماض، و إنما هي بصدد بيان مضي و نفوذ الوكالة في كل ما تصحّ الوكالة فيه، ما لم يبلغه العزل بثقة، كما هو واضح. فإذا شككنا في أن القضاء يقبل الوكالة أو لا فليس هنا دليل على صحّة التوكيل فيه. ثم إن السيد الطباطبائي نقل عن المسالك دليلاً على عدم الجواز و لم نعر عليه فيها حاصله: أنه يشترط في القاضي أن يكون مجتهداً و معه لا فرق بين النائب و المستنيب في ثبوت ولاية القضاء له فلا معنى لكون أحدهما وكيلاً عن الآخر فهو نظير توكيل أحد الوليين أو الوكيلين أو الوصيين للآخر فكما أنه لغو فهكذا في المقام. «٢»

يلاحظ عليه: أن ذلك خلط بين النصب و الوكالة، فيما أن المنصوب مستقل في عمله يشترط فيه ما يشترط في الناصب، و هذا بخلاف الوكالة فإن الوكيل يقوم بنفس عمل الموكل كأن المجتهد، يقضى بواسطة وكيله. فيكفي وجود الشرط فيه من دون لزوم وجود شرط خاص في الوكيل سوى الشروط العامة في مطلق الوكالة.

فالحق في عدم جواز الوكالة منه، لعدم ثبوت كون القضاء ممّا يقبل الوكالة، و لم يدل دليل عليه، لا من العرف و لا غيره.

(١) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٢ من أبواب الوكالة، الحديث ١.

(٢) الطباطبائي اليزدي: ملحقات العروة، كتاب القضاء، ج ٢ / ١٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٠٠

د: نصب المقلد للقضاء عند الاضطرار

ما تلوناه عليك من الأدلة على عدم جواز تصدّي العامي للقضاء استقلالاً أو نصباً إنما كان راجعاً إلى حال الاختيار و إنما الكلام في حال الاضطرار، قال المحقق: «إذا اقتضت المصلحة تولى من لم يستكمل الشرائط انعقدت ولايته مراعاة للمصلحة في نظر الإمام عليه السلام كما اتفق لبعض القضاة في زمن علي عليه السلام و ربما منع من ذلك. «١»

و قال في المسالك: إذا اقتضت المصلحة عند الإمام تولى من لم يستكمل شرائط القضاء بأن كان قاصراً في العلم أو العدالة ففي جواز توليته عندنا وجهان: أحدهما المنع لفقد الشرط، المقتضى لفقد المشروط إلى أن قال: الثاني، الجواز نظراً إلى وجود المصلحة الكلية التي هي الأصل في شرع الأحكام و لوقوع مثله في زمن علي عليه السلام فقد كان ولي شريحاً القضاء مع ظهور مخالفته له في الأحكام المنافية للعدالة التي هي أحد الشرائط. «٢»

يلاحظ عليه: أن التمسك بسيرة الإمام غير واضح، لعدم وضوح وجهة عمله و لعل القاضي كان صالحاً يوم ذاك!!، أو كان الإمام مضطراً في إبقائه في منصبه، لاشتغاله بالقضاء من عصر الخليفة الثاني إلى زمان الإمام و لا يعني ذلك أن الإمام كان يعمل بالتقية، حتى يقال إنه ما كان يعمل بالتقية، بل المصالح اقتضت الإبقاء و تصوّر أن المصالح كانت تقتضي إبقاء معاوية فلما ذا رفضها؟ مردود بأن المبايعين الذين صدّروا علياً مناصبه الخلافة و بايعوه، كانوا هم المضطهدون المطالبون عزل ولاة عثمان الذين امتصوا دماء الأمة، فعزل معاوية مضافاً إلى أنه كان واجباً شرعياً على الإمام كان واجباً اجتماعياً و على كل تقدير يمكن تقرير الجواز بالوجه التالي:

(١) نجم الدين: الشرائط: ٤ / ٨٦٣.

(٢) زين الدين العاملي: المسالك، ج ٢ / ٣٩٥.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٠١

إن حفظ الحقوق رهن فصل الخصومات و رفع المنازعات فإذا لم يتمكن من الرجوع إلى المجتهد: و لم يجر نصب العامي للقضاء تقليداً لزم بعد ذلك ارتكاب أحد محاذير ثلاثة:

١- فإما أن يُرفع الشكوى إلى ديوان الظالمين و هو حرام.

٢- أو يمنع من الترافع إلى الأبد و فيه إبطال للحقوق و رفع للأمان عن الدماء و الأعراض و الأموال.

٣- أو يلزم الصبر إلى أن يتمكن من الرجوع إلى الفقيه و هو موجب للعسر و الحرج و ربما لا يتمكن المدعى من إقامة الشاهد عند ذاك.

و على ضوء ذلك: لا مناص للفقيه من نصب (العامي) للقضاء تقليداً في الشبهات الموضوعية و الحكمية حفظاً للحقوق، إذا كان له المقدرة على التمييز و التشخيص في تطبيق الأحكام و الكليات على مصاديقها.

فإن قلت: إن الرجوع إلى المحاكم العادية التي لا- تحكم على وفق الكتاب و السنة يحفظ الحقوق كما كانت الحال على ذلك قبل الثورة الإسلامية في إيران.

قلت: إذا دار الأمر في حفظ الحقوق بين الرجوع إلى المحاكم العادية، و النزول عند حكم المقلد العارف بالأحكام الإسلامية عن تقليد، فالثاني هو المتعين، لأن حرمة الأولى مطلقه متأكده قال سبحانه: (أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا نُزِّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا) (النساء / ٦٠). و لأجل ذلك لا مناص في حفظ الحقوق من اختيار قضاء المقلد و تقديمه عليها.

و على ذلك فوجود المحاكم العادية و عدمها سواء فيتعين على الفقيه نصب العامي العارف بالقضاء لرفع الخصومات بين الناس، من غير فرق بين كون المورد من قبيل الشبهات الموضوعية أو الحكمية، و هو من القضايا التي قياساتها معها

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٠٢

لأن ترك المرافعة و القضاء، يؤدي إلى تضييع الحقوق و الأموال و إيقاف الأمر إلى التمكن من المجتهد، لا ينفع إذا طال الزمان و ما زالت الشكاوى و الدعاوى تترى و تتزايد و شدّ الرحال إلى المجتهد النائي أمر مشكل و عندئذ إذا كانت الشبهة موضوعية، يعمل بقواعد «المدعى و المنكر» (التي مارسها مدّة على أيدي القضاة المهرة). و إذا كانت الشبهة حكمية مثل منجزات المريض و ثبوت الشفعة إذا كانت الشركاء أزيد من ثلاثة، و تحريم عشر رضعات فيما أن القضاء فيها لا يحتاج إلى إقامة بينة و جرحها و تعديلها يكفي العثور على رأى المجتهد و الحكم على وفقه.

و إن شئت قلت: إن الشرط هو الصدور عن الكتاب و السنة، فلا مانع من سقوط شرطيته عند الاضطرار و فقد القائم به.

فإن قلت: إن القضاء في الشبهات الحكمية و الموضوعية لا يخلو عن إفتاء بالحكم الكلي أو الإفتاء بالحكم الجزئي و ليس العامي أهلاً له.

قلت: يظهر حلّه بعد بيان ما تجب على العامي مراعاته من باب الاحتياط و الأخذ بالقدر المتيقن و إليك بيانها:

الأول: إذا قلنا بسقوط شرطية الاجتهاد في حال الاضطرار لكن القدر المتيقن للجواز هو العامي الذي ينصبه المجتهد لذلك المقام. و ذلك لا- لوجود الدليل على الشرطية (لما عرفت من أنه لا يجوز نصب العامي للقضاء في حال الاختيار) بل لاحتمال مدخليه نصب المجتهد في هذه الحالة، دفعاً للهرج و المرج و حفظاً لنظام القضاء على الحدّ الممكن.

الثاني: للتأكد من إصابة الحق، و التجنب من الاشتباه يلزم عليه التشاور في القضاء و السؤال عن سائر العارفين بالقضاء فإن رأى الصادر عنده أقرب إلى الحقّ و الصق بالواقع، و حقّ الرأى للمنصوب فقط.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٠٣

الثالث: إذا نصب المجتهد العامى العارف بالقضاء فى زمان كان الرجوع إلى المجتهد موجباً للعسر و الحرج، فهل يختصّ قضاؤه بخصوص لو كان مناط الرجوع موجوداً، أو يعمّه و ما إذا كان الرجوع إليه سهلاً و يسراً؟ وجهان:

١- إن الحكم النابع عن العسر و الحرج يدور مدارهما فلو كان رفع الشكوى إلى المجتهد سهلاً، يلزم عليه إرجاع المتداعيين إلى المجتهد و إلّا فيباشر بنفسه خصوصاً إذا قلنا بأن العسر الراجع للحرج هو الشخصى منه لا النوعى.

٢- إن تحديد القضاء بوجود العسر الشخصى و عدم كفاية العسر النوعى يوجد الغموض فى أمر القضاء و ربّما يزيد فى العسر و الحرج، و الأوّل أحوط و الثانى أقوى، خصوصاً إذا كان هنا نظام فى القضاء يشتغل فيه أشخاص كثيرون، لا يمكن تعليق عملهم يوماً دون يوم.

الرابع: إذا نصب المجتهد العامى للقضاء يجب عليه العمل بفتوى الأعلّم و ليس له أىّ تدخل فى ترجيح الآراء بعضها على بعض، و تقديم المشهور على الشاذ، إذا كان فتوى الأعلّم مطابقاً للثانى، أو ترجيح ما يؤيد بعض الظنون على الأخر، لأنّ كل ذلك من وظائف أصحاب النظر فقط.

الخامس: إذا نصبه مجتهد للقضاء فهل له الصدور عن رأى الأعلّم أو عن رأى المجتهد الناصب له، أو يتخيّر؟ فالأقوى هو الأوّل، كما عرفت لأنّه من قبيل دوران الأمر بين التعيين و التخيير.

السادس: إذا كان هناك من هو أعرف بموازين القضاء تقليداً من غيره و إن كان له أيضاً عرفان بالقضاء فيقدم الأعراف فالأعراف فى مقام النصب إلّا إذا لم يستعد الأعراف للقضاء فيتعين غيره.

السابع: إذا تعدّد النصب من جانب المجتهد، فعلى المسلمين أن يختاروا أعرفهم بموازين القضاء، و لو عن تقليد.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٠٤

الثامن: الذى يترتب على قضاء العامى، هو لزوم طاعته و تنفيذ رأيه، و أمّا عدم جواز نقضه و عدم جواز تجديد المرافعة، لدى التمكن من المجتهد فلا، لأنّ كلّ ذلك من آثار قضاء المجتهد، لا- العامى العارف بالقضاء نعم لا يصحّ النقض إلّا من جانب المجتهد الناصب، لا غيره لأنّه يستلزم الهرج و المرج.

و بذلك اتضح جواب الإشكال السابق و ذلك لأنّ القضاء فى المقام ليس قضاء حقيقياً حتى يعترض عليه بأنّ القضاء لا يخلو عن إفتاء و هو شأن المجتهد دون العامى، بل عمل بالواجب بالقدر الممكن و إن كان مشوباً بالخلاف.

و على كل تقدير لو كان فى هرم النظام مجتهد جامع الشرائط، فعليه أن يتكفّل بهذه الأمور، و عليه النصب و العزل و النقض و ليس للآخرين التدخل و إلّا استلزم الفوضى فى النظام. «١»

و بما ذكرنا يظهر أنّ المسوغ لنصب المقلّم العارف بالأحكام على القضاء ليس هو المصالح العامة الواردة فى عبارة المحقّق و غيره حتى يقال: «إنّ الأحكام الشرعية لا تتغير بالمصالح المرسله فلا يجوز رفع اليد عن بعض شرائط النكاح و الطلاق و المعاملات بمجرد وجود مصلحة تقتضى خلافها، بل يلزم العمل بإطلاق أدلّة الشرائط فلا يجوز رفع اليد عن شرطية العدالة، أو الاجتهاد فى القاضى بوجود مصلحة ملحوظة فى قضاء الشخص الفاقد لذلك الشرط».

و ذلك لما عرفت من أنّ المسوغ، هو أدلّة رفع الحرج فى الشرع، أو كون الاضطرار مسقطاً لشرطية الشرط إذا كان فى دليل المشروط إطلاق، و إلّا فالمصالح المرسله ليست مناطاً للتشريع فى فقه الإمامية.

ثمّ إنّ بعض المانعين عن ممارسة المقلّد مهمّة القضاء عند الاضطرار قال:

(١) لاحظ رسالة القضاء للمحقّق ميرزا حبيب الله الرشتى (م ١٣١٢ هـ) فقد صدرنا فى المقام عن تلك الرسالة الجزء الأوّل: باب: ما

يختص بأحكام المقلد المنصوب للقضاء، ص: ٦٠، ٦١، ٦٢، ٦٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٠٥

إنّ التخلّص من هذه المشكلة الاجتماعية لا ينحصر بذلك بل هنا طرق أخرى تنحلّ معها عقدتها و إليك الطرق:

- ١- العمل بالبينّة لو كانت، و إلّا فيخلى سبيل المنكر، كما هو الحال بين الأمم غير الدينية، من دون حاجة إلى الحلف.
- ٢- العمل ببينّة المدعى أو أى دليل يقيمه بحيث يحصل العلم منه و إلّا فيتوجه الحلف على المنكر بناءً على عدم اختصاص الحلف بصورة وجود القاضى، و لَمّا كان المفروض قبول المتنازعين الحقّ و الحكم الشرعى فيمكن لهما العمل بذلك من دون حاجة إلى وجود شخص ثالث.

٣- الرجوع إلى قاعدة العدل و الانصاف و ليس مصداق العدالة أمراً خفياً.

٤- العمل بالصلح القهرى حيث يدور الحقّ بين شخصين.

٥- العمل، بالقرعة فى الشبهات الموضوعية لا الحكمية.

يلاحظ عليه: أنّ صاحب النظرية افترض المترافعين رجلين عادلين يريدان العمل بالحقّ المرّ، فعند ذلك يصحّ بعض ما افترضه رافعاً للمشكلة و لكن قلّمّا يتفق ذلك و تصوّر أنّ موضوع البحث هو ما إذا لم يكن للإمام قدرة ظاهرية و الدافع الى العمل بالحكم إيمانها، ليس بمعنى أنّه ليس لقضائه فى نفوذ الحقّ أى تأثير، إذ ربّما يكون لقضائه تأثير فى العمل بالحقّ و إن كانا يعرفانه قبل القضاء أيضاً بحيث لو لا- القضاء لما كان دافع تامّ للعمل بالحقّ، مضافاً إلى أنّ موضوع البحث أعمّ من ذلك و يعمّ ما إذا قامت دولة إسلامية قاهرة و لكن كانت القضاء الجامعة للشرائط أقلّ ممّا تحتاج إليه الأمة فيقع البحث فى نصب المقلد العارف على القضاء فتكون للقاضى قدرة التنفيذ.

و على ذلك فالفرضان الأولان، لا- يتمشيان إلّا فى مجتمع أشبه بالمدينة الفاضلة التى صوّرها أفلاطون و لا ينفعان فى مجتمعنا، و الرجوع إلى قاعدة العدل

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٠٦

و الانصاف لا تفيد فى الشبهات الحكمية و ليس بأقرب إلى الواقع من العمل بقول المقلد العارف، و الطريق الرابع منحصر فيما إذا كان الحقّ بين شخصين خاضعين للصلح. و بالجملة اقتراح هذه الطرق، يعرب عن كون المقترح بعيداً عن المشاكل الاجتماعية، و أمّا العمل بالقرعة فلا يتمّ إلّا فى مورد وجود حقّ مردد بين الشخصين لا فيما إذا تردد الأمر بين وجود الحقّ و عدمه و هو الأكثر و لم ترد القرعة فى المورد الأخير فلاحظ. و على أى تقدير فشكل الله مساعى كلّ من فكّر فى رفع مشاكل الأمة الإسلامية.

الشرط التاسع: كونه ضابطاً

لا شكّ فى شرطية الضبط فى القضاء كاشترطه فى الإفتاء و الشهادة و نقل الرواية، غير أنّ المهمّ تقديره، فاكتفى المحقّق بعدم غلبة النسيان عليه، فلو غلبه النسيان لم يجز نصبه. «١»

يلاحظ عليه: أنّ لازمه جواز نصب المساوى مع أنّه لا تجوز توليته. و لأجل ذلك عطف العلامة عليه فى القواعد، مساواتهما و قال: «و لو غلب النسيان أو ساوى ذكره، لم تجز توليته». «٢»

و الظاهر عدم كفاية مجرد غلبة الذكر على النسيان و إن كان قليلاً كما إذا زاد ذكره على نسيانه بواحد بل لا بدّ مع ذلك أن يعدّ إنساناً ضابطاً، لا ناسياً و يكون نسيانه أمراً عادياً لا على خلاف العادة، و الدليل على اعتباره مضافاً إلى خطورة الموقف، و بناء العقلاء فى المورد و نظائره انصراف النصوص إلى الإنسان المتعارف، و من غلب نسيانه ذكره، أو ساواه، أو غلب ذكره عليه بمقدار قليل، لا يعدّ إنساناً عادياً.

(١) نجم الدين: الشرائع: ٦٧.

(٢) مفتاح الكرامة: ١٠ / ١٠٠، قسم المتن.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٠٧

الشرط العاشر: العلم بالكتابة

اختلفت كلمة الفقهاء في شرطية العلم بالكتابة و إن كان الاجتهاد، لا ينفك عن العلم بها غالباً. و قلما يتفق لإنسان، بلغ قمة الاجتهاد، و مع ذلك يقرأ و لا يكتب.

قال الشيخ في المبسوط: فإن كان يحسن الكتابة انعقد له القضاء و إن كان لا يحسن الكتابة قال قوم: انعقد له القضاء لأنه ثقة من أهل الاجتهاد و كونه لا يكتب لا- يقدح منه لأن النبي صلى الله عليه و آله و سلم إمام الأئمة، ما كان يكتب و لم يؤثر ذلك منه و قال آخرون: الكتابة شرط لأنه يحتاج أن يكتب إلى غيره و أن يكتب غيره إليه «١»

و علله في المسالك بقوله: بأنه ربما يضطر إلى معرفة الوقائع و الأحكام التي لا- يتيسر ضبطها غالباً إلا بها و هذا اختيار الشيخ و المصنف (المحقق) و أكثر الأصحاب و التمسك بأئمة النبي و أنه كان لا يكتب مدفوع بأنه كان مصوناً بالعصمة المانع من السهو و الغلط. «٢»

و قد عرفت أن المسألة قليلة الجدوى جداً لعدم التفكيك بين الاجتهاد و الكتابة و مع ذلك فليست الكتابة شرطاً لجواز التصدي كالبلوغ و العدالة فلو نصب للقضاء في أمور لا تتوقف على الكتابة و الضبط صحَّ نصبه و قضاؤه و إن لم يعرف الكتابة، غير أن القضاء في اليوم خصوصاً القضاء العام، لا ينفك عن الحاجة إلى الضبط بالكتابة و لا يكون القاضي مصوناً من الاشتباه و غدر المترافعين، حتى أنهم قالوا: ينبغي للقاضي أن يتخذ كاتباً بين يديه يكتب عنده الإقرار و الإنكار. «٣»

(١) الطوسي: المبسوط: ١٠ / ١١٩.

(٢) زين الدين العاملي: المسالك: ٣٨٩ / ٢.

(٣) الطوسي: المبسوط: ٨ / ١١٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٠٨

الشرط الحادي عشر: البصر

قال الشيخ أمّا كمال الخلقه فيشترط أن يكون بصيراً فإن كان أعمى لم ينعقد له القضاء لأنه يحتاج إلى معرفة المقر من المنكر، و المدعى من المدعى عليه و ما يكتبه كاتب بين يديه، و إذا كان ضريباً لم يعرف شيئاً من ذلك. «١»

و قال المحقق: و في قضاء الأعمى تردّد أظهره أنه لا ينعقد لافتقاره إلى التمييز بين الخصوم و تعذر ذلك مع العمى إلا فيما يقل «٢» و قد علم حاله ممّا ذكرناه في الكتابة، و أنه ليس كسائر الشروط من البلوغ و العدالة فيجوز نصبه لأمر، لا يتوقف القضاء فيها على البصر لكنه قليل جداً. و الاضطرار إليه في أغلب الموارد، يجزنا إلى القول بعدم جواز نصبه.

الشرط الثاني و الثالث عشر: السلامة من الصمم و الخرس

قالوا باشرط السلامة من الصمم و الخرس، لكن وزانهما وزان ما سبق من اشترط الكتابة و البصر. فلا نطيل.

الشرط الرابع عشر: الحرية

و أما الحرّية فلا دليل على الاشتراط أوّلاً و أنّ عدم الابتلاء به أغنانا عن البحث عنه ثانياً.

(١) الطوسى: المبسوط: ٨ / ١٠٩.

(٢) نجم الدين: الشرائع: ٤ / ٨٦١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٠٩

مسائل إحدى عشرة**الأولى: فى قاضى التحكيم و المأذون****إشارة**

قد تعرّفت انقسام القضاء بالنسبة إلى الإذن الخاص و العام إلى المنسوب و المأذون، فالأول هو المختصّ بزمان الحضور إذا بعث المعصوم، شخصاً معيناً للقضاء، روى عن على عليه السلام أنّه قال: بعثنى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم إلى اليمن قاضياً. و بعث علىّ، عبد الله بن عباس قاضياً إلى البصرة. «١» و أمّا المأذون فهو من أذن له الإمام على الوجه الكلى كما هو الحال فى الفقيه الجامع للشرائط و لا يختصّ بزمان الغيبة بل يعمّها و الحضور، و الفقيه الإمامى فى البلاد النائية فى عصر الأئمة كانوا قضاءً مأذونين حسب المقبولة و غيرها. فسويفيك الكلام فيه بعد الفراغ عن البحث إنّما الكلام فى قاضى التحكيم. فيقع البحث فيه من جهات:

الجهة الأولى: فى تفسيره و تبين مفهومه

إنّ الهدف من القضاء هو تعيين الوظيفة للمتخاصمين من حيث الواقع إذا كانت الشبهة حكمية، أو من حيث النزاع إذا كانت موضوعية أوّلاً، و إلزامهما على الاعتناق بما حكم فى ظلّ القوّة ثانياً و على ذلك فقاضى التحكيم لا يفقد إلّا الأمر الثانى، و يتدارك باعتناق الطرفين و رضاها بقضائه و إجرائها حكمه و قد كانت القضاء فى عصر الأمويين و العباسيين منقسمين إلى رسميين و غير رسميين، فكانت الدولة و الحكومة وراء الرسميين دون غيرهم، نعم كان وراءهم رضا الطرفين و طيب نفسهما بحكمهم. و بما أنّ القضاء من شئون النبىّ أو وصيّته، «٢»

(١) الطوسى: المبسوط: ٨ / ٨٢

(٢) الوسائل ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١١٠

قالوا: يشترط فى ثبوت الولاية إذن الإمام عليه السلام و لو استقصى أهل البلد قاضياً لم تثبت ولايته. ثمّ استثنوا منه صورة قاضى التحكيم و قالوا: نعم لو تراضى الخصمان بواحد من الرعيّة فترافعا إليه فحكم لزمهما حكمه و إن كان هناك قاض منسوب بل و إن كان إمام. «١» و سويفيك وجهه.

الجهة الثانية: فى تصويره فى زمان الغيبة

ربما يقال إن قاضي التحكيم مختص بزمان الحضور قال الشهيد: و اعلم أن الاتفاق واقع على أن قاضي التحكيم يشترط فيه ما يشترط في القاضي المنصوب من الشرائط، التي من جملتها كونه مجتهداً و على هذا فقاضي التحكيم مختص بحال حضور الإمام ليفرق بينه و بين غيره من القضاة فيكون القاضي منصوباً و هذا غير منصوب إلا من جانب المترافعين و أما في حال الغيبة فسيأتي أن المجتهد ينفذ قضاؤه لعموم الإذن، و غيره لا يصح حكمه مطلقاً فلا يتصور في زمان الغيبة. قاضي التحكيم. (٢)

يلاحظ عليه: أن الفقيه مأذون في القضاء بالإذن العام في زمان الحضور و الغيبة مطلقاً، كما هو مقتضى المقبوله و غيرها و عليه فلا يتصور المنصوب إلا في حال الحضور مع بسط اليد، كعصر الإمام على عليه السلام، و أما مع عدم البسط فزمان الحضور و عصر الغيبة سيان في كون الفقيه مأذوناً و نافذاً حكمه من دون حاجة إلى التحكيم.

و مع ذلك يمكن تصويره في عصر الغيبة عند ما قامت دولة إسلامية و كان على رأسها فقيه جامع للشرائط، كما في عصر الدولة الصفوية حيث كان يرأسها

(١) نجم الدين الحلبي، الشرائع: ٤ / ٦٨.

(٢) زين الدين العاملي: المسالك: ٢ / ٣٩٠، و قريب منه كلام المحقق الأردبيلي في شرح الارشاد، لاحظ ج ٢ / ١٨٤ و سيوافيك نصه في الجهة الثالثة.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١١١

فقيه جامع للشرائط كالمحقق الكركي و غيره و هكذا الأمر في الثورة الإسلامية المباركة في إيران فعند ذاك يمكن أن يقال إن كل فقيه و إن كان قاضياً حسب مقتضى لكن لأجل إبعاد باب الفوضى، يُمنع الفقيه عن التدخل في القضاء إلا بنصب من جانب الحكومة الإسلامية. و عند ذاك يصبح تلك الظروف كعصر الحضور مع بسط اليد، فينقسم القاضي إلى منصوب و غير منصوب، فليس لغيره القضاء و إن كان واجداً للولاية بنحو الاقتضاء لكن تمنعه رعاية المصالح العامة إلا بنحو التحكيم.

نعم هنا و جهان آخران لتصور قاضي التحكيم في زمان الغيبة و إليك بيانهما:

١- ما أفاده المحقق الأردبيلي بقوله: إلا أن يكون أعلم منه موجوداً و يتمكن من الوصول إليه و إنفاذ حكمه و حينئذ يتعين ذلك بناءً على القول المشهور من تعيين الأعلم و حينئذ يتصور تراضي الخصمين بواحد من الرعيّة فتأمل. (١)

و سيوافيك عدم وجوب كون القاضي أعلم في البلد بل يكفي الصدور عن الكتاب و السنّة فعندئذ تنتفي الفائدة.

٢- ما سيجيء من المحقق الخوئي تبعاً لصاحب الجواهر من عدم اشتراط الاجتهاد في قاضي التحكيم فتظهر الثمرة في غير المجتهد، فيصح حكمه بعنوان التحكيم دون المجاز و سيوافيك الدليل على شرطية الاجتهاد مطلقاً من غير فرق بين المأذون و قاضي التحكيم.

الجهة الثالثة: قاضي التحكيم في كلمات الأصحاب

قال الشيخ: إذا تراضى نفسان برجل من الرعيّة يحكم بينهما و سألاه الحكم

تبريزي، جعفر سبحاني، نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - إيران، اول،

١٤١٨ هـ ق نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج ١، ص: ١١١

(١) الأردبيلي: مجمع الفائدة: ١٢ / ١٨٤

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١١٢

بينهما كان جائزاً بلا خلاف فإذا حكم بينهما لزم الحكم و ليس لهما بعد ذلك خيار. «١»

و قال فى المبسوط: إذا ترفع نفسان إلى رجل من الرعية فرضيا به حكماً و سألاه أن يحكم لهما بينهما، جاز و إنما يجوز أن يرضيا بمن يصلح أن يلى القضاء و هو أن يكون من أهل العدالة و الكمال و الاجتهاد على ما شرحناه من صفة القاضى لأنه رضى به قاضياً فأشبهه قاضى الإمام. «٢»

و قال المحقق: و لو تراضى الخصمان بحكم بعض الرعية فحكم لزمهما حكمه فى كل الأحكام. «٣»

و قال ابن سعيد الحلبي: و إن اختار الخصمان رجلاً يحكم بينهما و له شروط القضاء لزمه حكمه. «٤»

و قال العلامة: و لو تراضى الخصمان بحكم بعض الرعية و حكم بينهما لزمهما حكمه. «٥»

و قال الأردبيلي: نعم لو تراضى الخصمان بواحد من الرعية أن يحكم بينهما بحكم الله و لم يكن مأذوناً و منصوباً بخصوصه من الإمام و نائبه للحكم و القضاء، و حكم بحكم موافق للحق و نفس الأمر، بشرط اتصافه بشرائط الحكم غير الإذن من الاجتهاد و العدالة، صح ذلك الحكم و مضى حكمه فيهما و ليس لهما نقضه بعده و لا يشترط الرضاء بعد الحكم على المشهور و لا يجوز لهما خلاف ذلك و هذا إنما يتصور فى زمان الحضور و إمكان الاستئذان. لا حال الغيبة التى لا يمكن

(١) الطوسى: الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ٤٠.

(٢) المبسوط: ١٦٤ / ٨.

(٣) النجفى: الجواهر، ج ٤٠، قسم المتن ٢٣.

(٤) ابن سعيد الحلبي: الجامع للشرائع، ٥٣٠.

(٥) العلامة الحلبي: إرشاد الأذهان: ١٣٨ / ٢، ط النشر الإسلامى.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١١٣

الاستئذان، إذ حينئذ كل من اتصف بما تقدم من الشرائط فهو قاض و حاكم و لم يحتج إلى شىء آخر غير ذلك كما تقرّر عندهم. «١»

الجهة الرابعة: ما هو الدليل على مشروعيته؟

إشارة

استدل الأصحاب على نفوذ قضائه بوجوه قاصرة نشير إليها:

١- استدل الشيخ فى الخلاف بما روى عن النبى الأكرم صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال: من حكم بين اثنين فتراضيا به فلم يعدل فعليه لعنة الله تعالى. «٢»

يلاحظ عليه: أنه على فرض صحّة الاحتجاج به يدلّ على أنه يجب عليه الحكم بالعدل، و أنه لو انحرف فعليه لعنة الله و أمّا أنه ينفذ حكمه و يحرم خلافه فلا إذ من المحتمل أن يكون للمتخاصمين خيار بعد الحكم أيضاً.

فإن قلت: إذا افترضنا أنه حكم بالحق، فلا معنى للخيار بعد الحكم به.

قلت: ذلك إذا حكم بالحق الواقعى لا الظاهرى، و حكم القاضى، حكم ظاهرى لا واقعى، و لزوم الأخذ به مختصّ بالثانى دون الأعم

منه و من الأول و أما لزوم الأخذ بحكم القاضى لا لأجل كونه حكماً حقاً، بل لأجل الروايات التى منها المقبولة.

٢- ما مرّ من العمومات فى الآيات و الروايات من لزوم الحكم بالحق و القسط و ما أنزل الله دون غيرها، و هو مطلق يعم كلا الصنفين، و قد دلّت الأدلة على نفوذ حكمه إذا حاز ذلك الشرط.

يلاحظ عليه: عدم الإطلاق فى العمومات من هذه الناحية فإنّها بصدد بيان لزوم كون الحكم على وفق ما أنزل الله، لا على وفق الحكم الجاهلى، و أما من هو

(١) الأردبيلى: مجمع الفائدة: ١٢ / ١٨٤.

(٢) الطوسى: الخلاف: ٣ / ٣٢٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١١٤

الحاكم و ما شرائطه فليست بصدد بيانه حتى يتمسك بإطلاقها.

٣- إن الصحابة قاموا بعمل التحكيم، و لم ينكره الإمام أمير المؤمنين عليه السلام.

يلاحظ عليه: أنه لم يدل دليل على أنه كان بمرأى و منظر منه. نعم لو كان و سكت كان دليلاً على السعة.

لكن الظاهر أنا لا نحتاج فى إثبات نفوذ حكمه إلى دليل خاص وراء العمومات الدالة على نفوذ قضاء الفقيه الجامع للشرائط، و ذلك لأنّ المستفاد منها، هو نفوذ حكم الفقيه مطلقاً، فى زمان الحضور و الغيبة، و توهم اختصاصها بزمانها، غير تام، لأنّ المقبولة تضمّنت حجية قول الفقيه فى عصر الصادق و بعده فكيف تكون مختصة بعصر الغيبة؟

غير أنه إذا كانت للإمام المعصوم قدرة ظاهرية، أو كان هناك حكومة إسلامية يرأسها الفقيه النائب عن الإمام المعصوم، يتوقف جواز القضاء على النصب، لا لعدم المقتضى و عدم الصلاحية بل لأجل وجود المانع و هو تسرب الفوضى إلى المجتمع الإسلامى، و ليس المقيد دليلاً شرعياً حتى يؤخذ بإطلاقه و إنما حكم عقلي لغايه صدّ تسرب الفساد فى وجه الأمة فلاجل ذلك يشغل الفقيه المنصوب بالقضاء دون غيره حفظاً للمصالح و لكن الفساد رهن اشتغال غير المنصوب كالمنصوب، لاما إذا اشتغل به فى واقعة أو واقعتين بصورة استثنائية، لأجل رضا الطرفين، فلا يتسرب الفساد و عند ذاك تكون العمومات شاملة له كالمنصوب، لوجود المقتضى و عدم وجود المانع.

الاستئناس بالآيات و الروايات

و يمكن الاستئناس ببعض الآيات و الروايات فى إثبات مشروعيتها و إنما عبرنا به دون الاستدلال لعدم الوثوق بكونها واردة فى قاضى التحكيم:

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١١٥

١ ما ورد فى شقاق الزوجين من بعث الحكيمين من جانبهما لينظرا فى شقاقهما قال سبحانه: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا) (النساء / ٣٥) و كأنّ الطرفين اتفقا على أن يبعث كل حكماً حتى يتشاورا ثم يحكما، فالحكم بالتالى لكل من الطرفين، هو مجموعهما. و لو اتفقا على رأى يكون نافذاً.

و الذى يبيد أن يكون مفاد الآية من قبيل قاضى التحكيم، أنه لو كان من ذاك لزم تواجد جميع شروط القاضى فى الحكيمين من الإيمان و العدالة و الاجتهاد، و هو كما ترى إذ لو وجبت الرعاية لانسد باب التحاكم فى أمور الأسرة.

٢- ما ورد فى تشاجر قبائل قريش عند بنان الكعبة حيثما انتهى أمرهم فى نصب الحجر الأسود فى موضعه، فكل قبيلة أرادت أن ترفعه

إلى موضعه دون الأخرى حتى أعَدُوا للقتال إلى أن اتَّفَقُوا على قضاء «محمّد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ» وهو ابن خمس و ثلاثين سنة. (١)

٣- لما انسحب جيش قريش و يهود خيبر عن المدينة و تركوا حليفهم «بنى قريظة» في المدينة و هم قد نقضوا عهدهم مع المسلمين في غزوة الأحزاب، حاصرهم رسول الله خمساً و عشرين ليلة حتى جهدتهم الحصار و قذف الله في قلوبهم الرعب، فنزلوا على حكم سعد بن معاذ، و قبله الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فحكم في حقهم بما هو المعروف في تاريخ السيرة. (٢)

٤- و لعلّ نزول الإمام على عليه السلام و معاوية على حكم الحكّمين مشروطاً بشروط، من هذا القبيل. إنّ هذا المقدار من الشواهد التاريخية يثبت جوازها، أضف إليه، أنّ الرجوع

(١) ابن هشام: السيرة النبوية ١/ ١٩٧.

(٢) ابن هشام: السيرة النبوية ٢/ ٢٣٩.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١١٦

إلى الحكم الحرّ أمر رائج بين الأمم و من البعيد أن يكون غير مشروع في الإسلام.

نعم هناك روايات ربّما تحمل على قاضى التحكيم:

١- روى أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال في رجل كان بينه و بين أخ له ممرارة في حقّه فدعاه إلى رجل من إخوانه ليحكم بينه و بينه، فأبى إلّا أن يرافعه إلى هؤلاء: كان بمنزلة الذين قال الله عزّ و جلّ: (أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَ مَا نُزِّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَكَّمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ) «١»، «٢»

٢- روى أبو بصير قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: قول الله عزّ و جلّ في كتابه: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ) «٣» فقال: «يا أبا بصير إنّ الله عزّ و جلّ قد علم أنّ في الأُمّة حكّاماً يجورون أمّا أنّه لم يعن حكّام العدل و لكنّه عنى حكّام أهل الجور يا أبا محمد! أنّه لو كان لك على رجل حقّ فدعوته إلى حكّام العدل فأبى عليك إلّا أن يرافعك إلى حكّام أهل الجور ليقضوا له لكان ممن حاكم إلى الطاغوت ...» ٤.

٣- روى الحلبي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ربّما كان بين الرّجلين من أصحابنا المنازعة في الشّيء فيتراضيان برجل منّا فقال: «ليس هو ذاك إنّما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف و السوط». ٥.

أقول: الروايات تحتمل وجهين:

١- إنّها واردة في قاضى التحكيم فإنّ مقومّه عبارة عن أمور ثلاثة: أكونه غير منصوب. ب كونه جامعاً للشرائط. ج تراضى المتخاصمين على قضائه. و الموارد فيها جامع لها.

(١) النساء: ٦٠.

(٢) ٢ و ٤ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٢ و ٣.

(٣) البقرة: ١٨٨.

(٤) ٥ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٨.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١١٧

٢- إنّها واردة في القاضى المأذون و هو يتقوم بالشرطين الأولين و لا يتوقف على التراضى، غير أنّ أخذ الثالث فيها لأجل أنّه لولاه لما يثمر الرجوع إليه إلّا إذا كانا متدينين معتقنين و هو قليل.

و الظاهر أنّها واردة فى القاضى المأذون و أنّ وزانها ووزان المقبولة و روايتى أبى خديجة حيث جاء فيها أيضاً، قيد التراضى و ما هذا إلاّ لأجل أن يكون الرجوع مفيداً و مثمراً و إلاّ سواء تراضيا أم لا فإنّ العمل بقولهم من واجبهم.

المقبولة و قاضى التحكيم

و لما بلغ الكلام إلى المقبولة و روايتى أبى خديجة فلندرسها فإنّ بعض الأعظم، حاول تطبيق ما ورد فى باب القضاء من إرجاع الناس إلى الفقيه الجامع للشرائط على قاضى التحكيم فلنبحث فى المقبولة و غيرها.

أما المقبولة فالذى يوهم كون موردها من قبيل قاضى التحكيم أمران:

١- قوله عليه السلام: «فليرضوا به حكماً، فإننى قد جعلته عليكم حاكماً». «١» فإنّ رأى القاضى المنصوب و المأذون نافذ شرعاً رضيا به أم لا.

٢- فرض تعدّد القاضى حيث قال: فإن كان كل واحد، اختار رجلاً من أصحابنا فرضيا أن يكونا الناظرين فى حقهما و اختلفا فيما حكما و كلاهما اختلفا فى حديثكم.

فقال: «الحكم ما حكم به عدلها، و أفقهما و أصدقهما فى الحديث و أوعهما و لا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر». «٢»

وجه الدلالة: إنّ اختيار كل من الطرفين رجلاً لا يصحّ فى القاضى المنصوب

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١١٨

بل يجب عليهما فيه الرجوع إلى قاض واحد، فالقاضى المنصوب و إن كان يتعدّد وجوداً لكن لا يتعدّد رجوعاً.

يلاحظ على الوجه الأوّل: أنّ المراد هو القاضى المأذون و بما أنّ قضاءه نافذ شرعاً، لا عرفاً و قانوناً و ليست الدولة وراءه، أمر الإمام المتخاصمين بالتراضى حتى يكون جابراً لما يفوته من القدرة الظاهرية.

يلاحظ على الوجه الثانى: أنّه لو كان المختلفان فى رأى من قبيل قاضى التحكيم، لما وجب على أحد المتخاصمين الأخذ بالقول الأرجح، لأنّه رضى بالراجح لا بالأرجح. و بعبارة أخرى رضى بقضاء العادل الفقيه الصادق الورع لا بقضاء الأعدل الأفقه الأصدق الأورع، فإنّ لزامه بالأخذ لا يتفق مع كونه قاضى التحكيم، فلا مناص من إرجاعه إلى القاضى المأذون.

روايتا أبى خديجة و قاضى التحكيم

قد ورد فى إحدى روايتيه: «فاجعلوه بينكم فإننى قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه» «١» و فى الأخرى: «اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حلالنا و حرامنا فإننى قد جعلته عليكم قاضياً». «٢»

وجه الدلالة أنّه أمرهما بجعله قاضياً فإنّ القاضى المنصوب و المأذون، لا يحتاج إلى جعل المتخاصمين.

يلاحظ عليه: أنّ الدعوة إلى الجعل، ليس لأجل مدخليته فى مشروعية القضاء كما هو الحال فى مورد التحكيم، و إنّما هى لأجل تدارك ما يفوت المأذون من القوّة المجرية، حتى يقوم إقدامهما بالجعل مقامها.

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٥.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٦.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١١٩

٣ رواية داود بن الحصين و قاضى التحكيم

روى داود بن الحصين عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجلين اتفقا على عدلين جعلهما بينهما فى حكم وقع بينهما فيه خلاف فرضيا بالعدلين فاختلف العدلان بينهما، عن قول أيهما يمضى الحكم؟ قال: «ينظر إلى أفقهما و أعلمهما بأحاديثنا و أوعهما فينفذ حكمه و لا يلتفت إلى الآخر». (١)

و ليس الموهوم إلّا قوله: فرضيا و قد عرفت وجهه.

أضف إليه أنه جزء من رواية المقبولة، لأن الراوى لها عن عمر بن حنظلة هو داود بن الحصين، فنقل جزء منها، بحذف آخر السند، أو سقوطه من قلم النساخ، فيأتى فيها ما قلناه فى المقبولة.

و بذلك يعلم حال رواية موسى بن اكيل (٢) «٢» فلا نزيل الكلام.

فاتضح أنه لا-وجه لحمل تلك الروايات الواردة فى القاضى المأذون على قاضى التحكيم و ليس القاضى منحصرأ بالمنصوب و التحكيم حتى يدور الأمر بينهما كما ربّما يبدو من بعضهم فهناك قسم ثالث و هو القاضى المأذون و الروايات وردت فى حقّه.

الجهة الخامسة: فى بيان ما هو الشرط فى قاضى التحكيم

هل يشترط فى قاضى التحكيم، كل ما يشترط فى القاضى المنصوب، سوى كون الثانى منصوباً دون الأول، أو لا يشترط فيه سوى الأمور العامّة من العقل و البلوغ و الإسلام و الإيمان؟

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٢٠.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٤٥.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٢٠

صريح المحقق هو الأول، قال: يشترط فيه ما يشترط فى القاضى المنصوب عن الإمام عليه السلام (١) و قال الشهيد فى المسالك: «و اعلم أنّ الاتفاق واقع على أنّ قاضى التحكيم يشترط فيه ما يشترط فى القاضى المنصوب من الشرائط التى من جملتها كونه مجتهداً». (٢)

و الحق هو الاشتراط و الدليل حسب ما استظهرنا من عمومات نفوذ قضاء الفقيه، واضح، لما مرّ من أنّ الموضوع لنفوذ القضاء هو الصادر عن الكتاب و السنّة الذى يعبر عنه اليوم بالفقيه الجامع للشرائط أو المجتهد، من غير فرق بين زمان الحضور (من عصر الصادق بل قبله أيضاً لو حده الحكم فى جميع الأزمنة) و زمان الغيبة، غير أنّ الظروف الخاصة كبسط اليد، أو قيام الدولة الحقّة سيّمه إلى منصوب و غير منصوب، و إلّا فالجميع داخل تحت عنوان الفقيه و لا يمنع عن قضاء غير المنصوب، شىء سوى إيصاد باب الفوضى، و عند ذلك، يكون دليل الشروط فى الجميع واحداً، فلو كان شىء شرطاً فى المنصوب يكون شرطاً فى غيره لكونه شرطاً لنفوذ قضائه لا للنصب.

ثم إن صاحب الجواهر استظهر من روايتى أبى بصير و الحلبي الماضيه، عدم اشتراط أى شىء خاص فى قاضى التحكيم سوى الشروط

العامه من البلوغ والعقل والإسلام والإيمان، قائلاً بأن الموضوع في الرواية الأولى لأبي بصير هو الدعوة إلى قضاء الأخ فقط حيث قال: «فدعاه إلى رجل من إخوانه ليحكم بينه وبينه» (٣) كما أن الموضوع في الرواية الثانية له هو كونه حاكماً بالعدل كما قال: «لو كان لك على رجل حق فدعوته إلى حكام أهل العدل...» ٤. والموضوع في الثالث هو «رجل من الشيعة» كما قال: «فيتراضيان برجل منّا» ٥ فإن مفاد هذه الروايات

(١) النجفي: الجواهر: ٢٨ / ٤٠ قسم المتن.

(٢) زين الدين العاملي: المسالك: ٣٩٠ / ٢.

(٣) ٣ و ٤ و ٥ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٢، ٣، ٨.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٢١

أنهم أذنوا لشيعتهم أجمع، الحكم به و أن المدار هو القضاء بأحكامهم لا (١) بغيرها.

يلاحظ عليه أولاً: ما عرفت من عدم ثبوت ورود هذه الروايات في مورد قاضي التحكيم، بل هو أحد الاحتمالين، و الاحتمال الآخر كونها واردة في حق القاضي المأذون و أخذ قيد «الدعوة إلى الأخ»، و «حكام العدل» أو «برجل منّا»، لتدارك ما يفوت المأذون من القوة و القدرة، على ما تقدم.

و ثانياً: أن الروايات بصدد بيان أصناف القضاء و أنه لا يجوز الرجوع إلى حكام الجور، بل يجب الرجوع إلى حكام العدل، و أما ما هو شرائط أولئك الحكام؟ فليست الروايات بصدد بيانها، بل يمكن الاستئناس من عطف أحد الحكام على الآخر، وحدة حكمهما، لأن حكام الجور يوم ذاك كانوا من فقهاء العامة و من الذين كانوا يصدرن عن الكتاب و السنّة فليكن حكام العدل أيضاً مثلهم. إن المحقق الخوئي ممن ذهب إلى عدم شرطية الاجتهاد في قاضي التحكيم، اعتماداً برواية أبي خديجة التي جاء فيها قوله: «و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم» (٢) حيث حملها على قاضي التحكيم، و قد مر الكلام فيها و أنه لا يصح الاحتجاج بها، لأجل احتمال وحدة الروايتين و تردّد اللفظ الصادر عن أئمة أهل البيت بين دال على شرطية الاجتهاد و عدمه.

الجهة السادسة: في اشتراط الرضا بعد القضاء و عدمه

المشهور، عدم اشتراط الرضا بعد القضاء قال الشيخ في المبسوط: إذا ترفع نفسان إلى رجل من الرعية فرضيا به حكماً بينهما و سألاه أن يحكم لهما بينهما جاز و إنما يجوز أن يرضيا بمن يصلح أن يلي القضاء و هو أن يكون من أهل العدالة

(١) النجفي: الجواهر: ٣٠ / ٤٠.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٥.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٢٢

و الكمال و الاجتهاد، على ما شرحناه من صفة القاضي، لأنه رضى به قاضياً فأشبهه قاضي الإمام، و لا فصل بين أن يرضيا به في بلد فيه حاكم سواه أو لا حاكم فيه، الباب واحد لأنه إذا كان ذلك إليهما في بلد لا قاضي به، كذلك في بلد به قاض.

فإذا ثبت أنه جائز فإذا نظر بينهما فمتى يلزم حكمه في حقهما؟ قال قوم: بالرضا بما حكم به بعد حكمه. و قال آخرون: يلزم حكمه بما يلزم به حكم الحاكم و هو إذا أمضاه هو عليهما لما روى عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال: «من حكم بين اثنين تراضيا به

فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله» فلولا أن حكمه بينهما يلزم، ما تواعده باللعن عند الجور. (١)

و قال في الخلاف: إذا تراضى نفسان برجل من الرعية يحكم بينهما و سألاه الحكم بينهما، كان جائزاً بلا خلاف فإذا حكم بينهما لزم

الحكم و ليس لهما بعد ذلك خيار و للشافعي فيه قولان: أحدهما أنه يلزم بنفس الحكم كما قلناه و الثاني: يقف بعد إنفاذ حكمه على تراضيهما، فإذا تراضيا بعد الحكم لزم. «٢»
و قال المحقق: و لا يشترط رضاها بعد الحكم. «٣»
و قال العلامة في القواعد: و لا يجوز نقض ما حكم به مِمَّا لا- ينتقض فيه الأحكام و إن لم يرضيا بعده إذا كان بشرائط القاضى المنصوب في الإمام. «٤»
و قال الشهيد: قضاء التحكيم و هو سائغ و إن كان في البلد قاض و يلزم الخصمين المتراضيين به حكمه حتى في العقوبة و هل يشترط رضاها بعد الحكم؟ الأقرب لا. «٥»
و قال الأردبيلي: مضى حكمه بينهما و ليس لهما نقضه بعده و لا يشترط الرضا

(١) الطوسي: المبسوط ١٦٤ / ٨.

(٢) الطوسي: الخلاف ٣، كتاب القضاء، المسألة ٤٠.

(٣) النجفي: الجواهر ٢٣ / ٤٠، قسم المتن.

(٤) العاملی: مفتاح الكرامة ٣ / ١٠، قسم المتن.

(٥) الشهيد: الدروس ١٨١٧ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٢٣

بعد الحكم على المشهور و لا يجوز لهما خلاف ذلك. «١»

و قال الشهيد الثاني في الروضة: و هل يلزم حكمه بنفس الحكم، كحكم القاضى أو لا يلزم إلا بتراضيهما بعد الحكم؟ فيه قولان و يقال وجهان: أظهرهما الأول. «٢»

نعم قال العلامة في التحرير: و لو تراضى خصمان بواحد من الرعية و ترافعا إليه فحكم لم يلزمهما الحكم و إن كان غائباً. «٣»
و مع ذلك فالحق هو عدم الحاجة إلى التراضى، و ذلك لوجهين:

١- إن قاضى التحكيم، ليس موضوعاً جديداً بل هو و القاضى المنصوب من أقسام القاضى المأذون في عصر الغيبة، غير أن حفظ النظم، ألجأ غير المنصوب الى الانسحاب من ساحة القضاء مع أن له أهلية القضاء و صلاحيته فإذا قضى في مورد لا تشمله أدلة المنع، تعمه أدلة نفوذ القضاء و أنه: «إذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله و علينا رد و الراد علينا الراد على الله». «٤»

٢- إذا كان نفوذ الحكم منوطاً بتراضى الطرفين، تلزم لغوية القضاء لأنه لا- يخلو إمّا أن يحصل التراضى أو لا. فعلى الأول، يكون الفاصل، هو التراضى دون القضاء و يكون القضاء بمنزلة الإفتاء، و على الثاني، يطرح و يكون بلا أثر.

و إلى ما ذكرنا يشير الشيخ في الخلاف و يقول: و أيضاً لو كان الحكم لا يلزم بنفس الالتزام و الانقياد، لما كان للترافع إليه معنى فإن اعتبر التراضى كان ذلك موجوداً قبل الترافع إليه. «٥»

(١) الأردبيلي: مجمع الفائدة ١٨٢ / ٢.

(٢) زين الدين: الروضة ٧١ / ٣.

(٣) التحرير: كتاب القضاء ١٨٠.

(٤) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١.

(٥) الطوسي: الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٢٤

فإن قلت: إن قوله عليه السلام في صحيح الحلبي: «ليس هو ذاك، إنما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف و السوط» (١) إذا كان وارداً في قاضي التحكيم يكون مفاده شرطية النفوذ بالتراضي.

قلت: مضافاً إلى ما عرفت من أن الحديث يحتمل أمرين، أن الفقرة عنوان مشير إلى السلطات الجائرة، الذين كانوا يجبرون الناس على أحكامهم الباطلة بالسيف و السوط، وإلا فهل يمكن لأحد أن ينكر لزوم القوة و القدرة في إجراء الأحكام الحقّة؟ قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «الخير كله في السيف و تحت ظلّ السيف و لا يقيم الناس إلاّ السيف». (٢)

الجهة السابعة: نفوذ حكمه بحقوق الناس و عدمه

إشارة

الظاهر من كلمات الأصحاب نفوذ حكمه مطلقاً. قال المحقق يعمّ الجواز كل الأحكام. (٣)

و قال العلامة في القواعد: «لزمهما حكمه في كل الأحكام حتى العقوبات». (٤) و قال شارح القواعد: «و المراد بالعقوبة في كلام المصنف، الحبس و إقامة الحدود و التعزير و النفوذ نفساً و طرفاً» و قال (المصنف) فيما بعد: «و هل له الحبس و استيفاء العقوبة إشكال» فلا أراه إلاّ رجوعاً. ٥

و قال في الدروس: «و يلزم الخصمين المترافعين به حكمه حتى في العقوبات». ٦

و قال في المسالك: «و ظاهر الأصحاب و صريح بعضهم ثبوت هذا الحكم في

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٨.

(٢) الوسائل: الجزء ١١، الباب ١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ١.

(٣) نجم الدين الحلبي: الشرائع: ٤ / ٦٨.

(٤) ٤ و ٥ العاملي: مفتاح الكرامة: ٣٠ / ١٠ متناً و شرحاً.

(٥) ٦ مكي العاملي: الدروس: ٢ / ٦٨.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٢٥

جميع ما يقع فيه التداعي من المال و النكاح و القصاص و الحدود و غيرها لوجود المقتضى في الجميع و عموم الخبر، و استشكل العلامة ثبوته في الحبس و استيفاء العقوبة من حيث إنّه ولاية شرعية و أمر خطير فلا يصلح أن يكون لغير الحاكم الشرعي و هو قول لبعض الشافعية نعم يختص بحقّ الآدمي حيث إنّه يتوقّف على نصب المتخاصمين فلا يحكم في حقوق الله تعالى إذ ليس لها خصم معين، و يختص حكمه بمن رضى فلا يضرب دية القتل خطأ على العاقلة إذا لم يرضوا بحكمه و لا يكفي رضى القاتل. (١)

و يظهر نظرنا في المقام ممّا ذكرناه في الجهات السابقة و هو نفوذ رأيه و قضائه في جميع الموارد، إلاّ فيما إذا لم يكن في المورد مشتك، و ذلك لأنّه لا يقصر عن القاضى المنسوب قدر شعرة و ربّما يترجّح عليه و إنّما عاقه عن التصدي صيانة النظام عن تسرب الفوضى إليه، فإذا كان المانع مفقوداً، فيكون قضاؤه نافذاً.

نعم فيما إذا لم يكن هنا أيّ مشتك، فلا موضوع للتحكيم كما لا يخفى.

في نفوذ قضاء الفقيه الإمامي: القاضي المأذون

إشارة

قد عرفت أن القاضي ينقسم إلى قاض منصوب يختص بزمان الحضور مع بسط اليد، وقاضي التحكيم يتوقف نفوذ قضاؤه على رضا الطرفين و هو يختص عند الأصحاب بزمان الحضور، مع عدم بسطها و قد عرفت إمكان تصويره في زمان الغيبة أيضاً كما تقدم وقاض مأذون من جانبهم و منصوب عنهم بالنصب العام، لا الخاص و لأجل التفريق بين القسمين نسميه بالمأذون لا بالمنسوب و إلا فالنصب ممّا لا بدّ منه عموماً أو خصوصاً و ما في المسالك: «و أمّا مع عدم تمكّن ذلك إمّا لغيبته أو لعدم بسط يده، فيسقط هذا الشرط من جملة الشرائط و هو نصب الإمام له» محمول على سقوط النصب الخاص لا العام و إلا فيفقد الولاية

(١) زين الدين: المسالك ٢ / ٣٩٠٣٨٩.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٢٦
كما سيوافيك توضيحه. و على كل تقدير يقع الكلام في جهات:

الجهة الأولى: في نقل كلمات الأصحاب في نفوذ قضاء الفقيه

اتفق الأصحاب على أنه ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت عليهم السلام الجامع للصفات المشروطة في الفتوى:

- ١- قال المحقق: فمع عدم حضور الإمام عليه السلام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت الجامع للصفات المشروطة في الفتوى. «١»
- ٢- قال ابن سعيد: فإن تنازع المؤمنون حال انقباض يد الإمام عليه السلام فالحاكم من روى حديثهم و عرف أحكامهم و الرادّ عليه كالرادّ عليهم. «٢»
- ٣- قال العلامة في الإرشاد: و في حال الغيبة ينفذ قضاء الفقيه من علماء الإمامية الجامع لشرائط الفتوى. «٣»
- ٤- قال في القواعد: و في حال الغيبة ينفذ قضاء الفقيه الجامع لشرائط الإفتاء. «٤»
- ٥- قال الشهيد في الدروس: و في غيبة الإمام ينفذ قضاء الفقيه الجامع للشرائط. «٥»
- ٦- قال الشهيد الثاني: و ينفذ عندنا قضاء الفقيه العدل الإمامي الجامع لباقي الشرائط و إن لم يتراض الخصمان. «٦»
- ٧- قال المحقق الأردبيلي معلقاً على قول العلامة في الإرشاد: دليله كآته الإجماع و الأخبار المتقدمة الدالة على جعله العالم بالأحكام قاضياً و حاكماً و أنّ

(١) نجم الدين الحلّي: الشرائع ٤ / ٦٨.

(٢) ابن سعيد الحلّي: الجامع للشرائع ٥٣١.

(٣) العلامة: إرشاد الأذهان: ٢ / ١٣٨.

(٤) مفتاح الكرامة، قسم المتن ج ١٠ / ٣.

(٥) مكى العاملي: الدروس ٢ / ٦٧.

(٦) زين الدين العاملي: المسالك ٢ / ٣٩٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٢٧

خلافه لا يجوز بل الرادّ عليه هو الرادّ على الله و هو على حدّ الشرك بالله و إن لم يكن سندها معتبراً على ما عرفت إلا أنّ مضمونها

موافق للعقل و كلامهم و قواعدهم المقررة. (١)

الجهة الثانية: في إغناء الإذن عن النصب

التصفح في كلمات الأصحاب يعرب عن اتفاقهم على إغناء الإذن العام عن النصب قال الشهيد الثاني: أما مع عدم ذلك (التمكن من الإمام) إما لغيبته أو لعدم بسط يده فيسقط هذا الشرط من جملة الشرائط و هو نصب الإمام له. (٢)
وقال المحقق الأردبيلي عند البحث في روايات المقام: لعلهم خصوا بحال الغيبة و عدم إمكان النصب و الإذن للإجماع و نحوه. (٣)
أقول: مرادهم من الغناء عن النصب، نصب الإمام المعصوم و ذلك لعدم التمكن و لكن لا يستلزم ذلك، الغنى عن النصب مطلقاً و لو عن جانب الحاكم الأعلى إذا قامت دولة حق للإسلام يرأسها فقيه جامع للشرائط، فإنّ صيانة النظام عن تسرب الفوضى يقتضى توقف النفوذ على نصب الحاكم الأعلى و ذلك لا لعدم المقتضى، بل لرعاية المصالح الملزمة.

الجهة الثالثة: في سعة نفوذ قضائه

لا شك في نفوذ قضاء الفقيه في الجملة، و إنما الكلام في سعة نفوذه فيظهر منهم أنه نافذ حتى في الموارد التالية:
١- ينفذ حكمه على مجتهد آخر يخالفه في الرأي.

(١) الأردبيلي: مجمع الفائدة ١٢ / ١٨.

(٢) زين الدين العاملي: المسالك ٢ / ٣٩٠.

(٣) الأردبيلي: مجمع الفائدة ١٢ / ١٨.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٢٨

٢ ينفذ حكمه على مقلد مجتهد آخر يخالفه في الرأي.

٣- لا يجوز نقض حكمه بحكم آخر إلا إذا علم علماً قطعياً بمخالفته للواقع بأن كان مخالفاً للإجماع المحقق أو الخبر المتواتر أو تبين تقصيره في الاجتهاد، ففي غير هاتين الصورتين لا يجوز نقضه و إن كان مخالفاً لدليل قطعي نظري كإجماع استنباطي أو خبر محفوف بقرائن و أمارات قد توجب القطع مع احتمال عدم حصوله للحاكم الأول أخذاً بإطلاق عدم جواز ردّ حكم الحاكم الذي منه نقضه إلا إذا حصل القطع بكونه على خلاف الواقع فلا يكفي في جواز النقض كون الدليل علمياً لبعض دون بعض. (١)

٤- لا يجوز نقض الحكم بالفتوى المخالف.

٥- يجوز نقض الفتوى بالحكم في مورد ذلك الحكم مثلاً إذا ترفع شخصان على بيع شيء من المائعات و قد لاقى عرق الجنب من حرام مثلاً عند من يرى طهارته فحكم بذلك كان محكوماً بالطهارة للمحكوم عليه و إن كان مجتهداً يرى نجاسته أو مقلد مجتهد كذلك، لإطلاق دليل ما دلّ على وجوب قبول حكمه و أنه حكمه و الرادّ عليه كالرادّ عليهم و يخرج حينئذ هذا الجزئي من كل الفتوى بأنّ المائع الملاقي عرق الجنب عن حرام، نجس في حقّ ذلك المجتهد و مقلدته و كذا البيوع و الأنكحة و الطلاق و الوقوف و غيرها و هذا معنى وجوب تنفيذ الحاكم الثاني ما حكم به الأول و إن خالف رأيه ما لم يعلم بطلانه. (٢)

و بما أنّ المحقق و شرّاح الشرائع بحثوا عن هذه الأحكام بعد الفراغ عن صفات القاضي و آدابه، في ضمن المسألة الثالثة، فنحن أيضاً نفتنى أثرهم فانظر.

(١) السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢ / ٢٦.

(٢) النجفي: الجواهر ٩٨ / ٤٠ و وافقه السيد الطباطبائي في ملحقات العروة: ٢ / ٢٧، المسألة ٣٥، و لاحظ العروة الوثقى قسم التقليد، المسألة ٥٥، فقد أفتى فيها السيد بفساد المعاملة من رأس، و هو ينافى مع ما ذكره في المقام و سيوافيك تفصيله في محله. نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٢٩

الجهة الرابعة: في حرمة الترافع إلى حكام الجور

إشارة

يحرم الرجوع إلى حكام الجور إجمالاً و إليك كلمات الفقهاء:

- ١- قال المحقق: و لو عدل إلى قضاء الجور و الحال هذه كان مخطئاً. «١»
- ٢- قال أبو سعيد: و لا يجوز الترافع إلّا إلى الإمام أو نائبه، و من أذن له. «٢»
- ٣- قال العلامة: و من عدل عنه إلى قضاء الجور كان عاصياً. «٣»
- ٤- قال الشهيد الثاني بعد نقل رواية أبي خديجة و المقبولة: و قد ظهر منها الحكم بتخطئه التحاكم إلى أهل الجور. «٤»
- ٥- قال المحقق الرشتي: لا- يجوز الترافع و التحاكم إلى حكام الجور في حال الاختيار أى مع إمكان الرجوع إلى حكامنا بالأدلة الأربعة. «٥»
- ٦- قال السيد الطباطبائي: لا- يجوز الترافع إلى قضاء الجور اختياراً و لا يحل ما أخذه بحكمهم إذا لم يعلم بكونه محققاً إلّا من طرف حكمهم. «٦»

إلى غير ذلك من الكلمات الواردة في الكتب الفقهية في عنوان المسألة و يدل على التحريم: الكتاب و السنة و العقل. أمّا الكتاب فقوله سبحانه: (أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا نُزِّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَكَّمُوا إِلَيْ الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا). (النساء / ٦٠). و روى المفسرون أنه كان بين رجل من اليهود و رجل من المنافقين خصومة فقال اليهودي: أحاكم إلى

(١) نجم الدين الحلبي: الشرائع: ٤ / ٦٨.

(٢) أبو سعيد الحلبي: الجامع للشرائع ٥٣٠.

(٣) العلامة: الايضاح ٤ / ٢٩٤، قسم المتن.

(٤) زين الدين العاملي: المسالك ٢ / ٣٩٠.

(٥) الرشتي: القضاء: ١٤.

(٦) السيد الطباطبائي: ملحقات العروة ٩ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٣٠

محمد لأنه علم أنه لا يقبل الرشوة و لا يجوز في الحكم فقال المنافق: لا! بل بيني و بينك كعب بن الأشرف لأنه علم أنه يأخذ الرشوة. «١» و مورد الآية و إن كان هو اليهود لكن المتفاهم هو كل من يحكم بغير الحق. قال الطبرسي: و الطاغوت يوصف به أيضاً كل من طغى بأن حكم بخلاف حكم الله، و صريح الآية أنه لا- يجتمع الإيمان بما أنزل الله إلى نبيه و الأنبياء السالفين، مع التحاكم إلى الطاغوت، بل لا يجتمع زعم الإيمان بالله مع إرادة التحاكم إليه، فإذا لم يجتمع زعم الإيمان معه، فكيف يجتمع الإيمان مع الرجوع، و ذكر زعم الإيمان دون الإيمان نفسه لأجل الإعزاز إلى نفاقه.

و أمّا من السنة فيكفي في ذلك، ما في المقبولة: «من تحاكم إليهم في حق أو باطل فإنما تحاكم إلى طاغوت و ما يحكم له فإنما

يأخذ سحتاً و إن كان حقه ثابتاً لأنه أخذه بحكم الطاغوت و قد أمر الله أن يكفر به. «٢» أضف إلى ذلك رواية أبي خديجة ٣ و صحيح الحلبي ٤ و روايتي أبي بصير ٥ و ٦ و داود بن الحصين ٧ و خبر موسى بن أكيل النميري ٨ التي تقدمت و غير ذلك من الروايات الواردة في المقام.

و أما من العقل، فإن حكم الجائر بينهما حرام و الترافع إليه يقتضى ذلك فيكون اعانته على الإثم و هي منهي عنها.

و أورد عليه في الجواهر: بمنع الصغرى أولاً و منع حرمة الكبرى ثانياً ٩

أقول: إن المستدل تارة يستدل بحكم العقل على حرمة مقدّمة الحرام، و أخرى بما دلّ على حرمة التعاون على الإثم و العدوان و إن كان ظاهر كلامه هو الثاني، فعلى الأول لا وجه للشك في كونه مقدّمة للحرام، و أما الكبرى فلو قلنا

(١) الطبرسي: مجمع البيان ٢ / ٦٦.

(٢) ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٤، ٥، ٨، ٢، ٣.

(٣) ٧ و ٨ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٢٠، ٤٥.

(٤) ٩ الاستدلال من المحقق السبزواري نقله في الجواهر ٣٥ / ٤٠ و أورد عليه بما عرفت.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٣١

بحرمة مطلق المقدّمة أو الجزء الأخير منها فهو حرام أيضاً لأن المقصود من الترافع ليس مجرد الرجوع إلى محكمته، بل طرح الدعوى بالإتيان بالشاهد أو تحليف المنكر و لا شك أنه الجزء الأخير من مقدّمات الأمر المحرّم أعني: حكم الجائر.

و على الثاني فلمنع كل من الصغرى و الكبرى وجه و إن كان غير مرضي عندنا أما منع الصغرى فلأن المحرم حسب ظاهر الآية، هو المعاونة القائمة بالطرفين، لا الإعانة القائمة بالطرف الواحد كما في المقام أما منع الكبرى فلاحتمال كون النهي تنزيهياً، كالأمر الوارد في عدله أعني: (وَ تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى) (المائدة/ ٢).

يلاحظ على الأول: أن التعاون كما يصدق في مورد الاجتماع على الإتيان بالإثم و العدوان كأن يجتمعوا على قتل النفوس و نهب الأموال كذلك يصدق إذا قام واحد بالعمل مستقلاً و أعان آخرون عليه و الحاصل أنه يصدق فيما اشتركوا في الإتيان بالمحرّم و فيما إذا اشتغل واحد، و أعان الآخر عليه، قال في اللسان: «تعاوننا: أعان بعض بعضاً» «١»

و الذى يدل على ذلك أن أمين الإسلام فسّره بنحو عام و قال: أمر الله عباده بأن يعين بعضهم بعضاً، على البرّ و التقوى أو هو العمل بما أمرهم الله تعالى به، و اتقاء ما نهاهم عنه، و نهاهم أن يعين بعضهم بعضاً على الإثم و هو ترك ما أمرهم به و ارتكاب ما نهاهم عنه من العدوان و هو تجاوز ما حد الله لعباده في دينهم و فرض لهم في أنفسهم. «٢»

و يلاحظ على الثاني: بأن الموضوع لا يناسب كون النهي تنزيهياً و هو التعاون على الإثم و العدوان و عندئذ لا يكون الصدر قرينه على الذيل.

إلى هنا تم بيان ما دلّ على حرمة الترافع إلى قضاء الجور، غير أن للمسألة صوراً فيقع الكلام في كون الحكم عاماً لجميع الصور أمكن الرجوع إلى الفقيه

(١) ابن منظور: لسان العرب: ١٣ / ٢٩٩.

(٢) الطبرسي: مجمع البيان: ٢ / ١٥٥ ط صيدا.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٣٢

الإمامي أو لا. و أيضاً إذا ترفع إليهم، هل يكون ما يأخذه بحكمه حراماً و سحتاً من غير فرق بين الدين أو عين ماله. أو يفرق بينها؟ و

لأجل إيضاح الحال نقول:

إنه تارة يتمكّن من استيفاء حقه من الرجوع إلى الفقيه الإمامي وأخرى لا يتمكّن من ذلك، وعلى كل تقدير تارة يكون محققاً قبل الترافع وأخرى يكون محققاً بالترافع، وعلى جميع التقادير، فتارة يكون المأخوذ بحكمهم، هو عين ماله الذي كان استولى عليه الطرف، وأخرى يكون دينه الذي كان عليه و يتشخص بالترافع والقضاء عليه. هذه هي الصور المطروحة

و نبحت عن الجميع في ضمن صور أربع:

الأولى: إذا تمكّن من استيفاء حقه بالرجوع إلى الفقيه الإمامي و كان محققاً قبل الترافع،

عالمًا بأن العين الفلاني الذي في يد المدعى عليه ماله، أو أنّ له مالاً في ذمته فلا شك أنّ الرجوع إليهم حرام للأدلة السابقة، و المأخوذ بحكمه حرام أيضاً، كيف وقد أسماه الإمام سحتاً؟ فقال: و ما يحكم له فإنما يأخذه سحتاً و إن كان حقه ثابتاً لأنه أخذه بحكم الطاغوت و قد أمر الله أن يكفر به. «١»

و احتمال اختصاص الرواية بما إذا ثبت كونه محققاً بالترافع، لا من كان محققاً قبله يردّه ظهور الرواية في كونه محققاً قبله قال: «و إن كان حقه ثابتاً لأنه أخذه بحكم الطاغوت» أضف إليه عموم التعليل أعنى قوله: «لأنه أخذه بحكم الطاغوت» من غير فرق بين كونه محققاً قبله أو بعده.

هذا مما لا- ينبغي الشكّ فيه إنّما الكلام في سعة الحكم للعين و الدين فهل الحكم عام أو يختصّ بالثاني؟ قولان مبنيان على أنّ السحت هل هو مطلق الحرام، سواء كان مال الغير أو لا، أو هو مال الغير الحرام، بحيث يعدّ كونه مال الغير مقوماً له؟ و قد اختار المحقق الرشتي القول الثاني و لم يذكر له دليلاً «٢»، و يمكن

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٤.

(٢) كتاب القضاء: ٦٥.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٣٣

استظهاره من الكتاب و كلمات اللغويين أما الكتاب فقد استعمله في خصوص الرشوة. قال سبحانه: (سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَالُونَ لِلْسُّحْتِ) (المائدة/ ٤٢)، و قال تعالى: (لَوْ لَا يَنْهَاهُمُ الرَّبَّائِيُونَ وَ الْأَخْبَارُ عَنْ قَوْلِهِمُ الْإِثْمَ وَ أَكْلِهِمُ السُّحْتِ) (المائدة/ ٦٣) و فسر في كلا الموردين بالرشوة «١» و أما اللغة فقد فسروه بثمان الكلب و الخمر و الخنزير و الرشوة و في حديث ابن رواحة أنّ اليهود لما أرادوا أن يرشوه قال: أ تطعموني السحت أي الحرام سمى الرشوة في الحكم سحتاً و في الحديث: يأتي زمان يستحلّ فيه كذا و كذا، و السحت: الهدية أي الرشوة في الحكم و الشهادة و نحوهما. «٢»

و يؤيده أنّ حرمة مال الإنسان لمالكة على خلاف الأصل لا يصار إليه إلّا لوجه، ككونه رهناً، أو كون المالك قاصراً كالسفيه أو مفلساً متعلقاً ماله لحقوق الغرماء و أمّا المقام فليس هنا قصور لا في العين و لا في المالك، فلا وجه لكون التصرف فيه حراماً و سحتاً و إن كان أصل الترافع أمراً محظوراً و لا يقاس بالدين، لأنّ كون ماله عوضاً عن الدين، يتوقف على الولاية أو الرضا به، و القاضي لا ولاية له، و هو أيضاً غير راض، بخلاف العين فهي باقية على ملك المالك.

و يمكن أن يستظهر القول الأول بوجهين:

١- بما ورد في صدره من منازعة في دين أو ميراث، و الثاني يراد منه ما يقابل الدين.

٢- الأخذ بعموم التعليل، و هو: لأنه أخذه بحكم الطاغوت و قد امروا أن يكفروا به.

يلاحظ على الأول: أنّ الميراث، يكون مشاعاً غالباً، فاختصاص واحد من الورثة به، يتوقف على الولاية أو الرضا و كلاهما مفقودان و

يكون حكمه حكم

(١) الطبرسي: مجمع البيان: ٢/ ١٩٦ و ٢١٧ ط صيدا.

(٢) لسان العرب، ٢/ ٤١؛ النهاية ٢/ ٣٤٠؛ تاج العروس ٥٥٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٣٤

الدين.

و على الثاني: أنه لا يعدو عن كونه إشعاراً و لعل المراد أنه تملك بحكم الطاغوت، لا مطلق الأخذ، فيكون مختصاً بالدين لا الأعم. ثم إن المراد من ثبوت كونه محققاً قبل الترافع، أعم من كون الحق معلوماً واقعاً، كما إذا استولى المنكر على ماله، أو استقرضه ثم انكر المديون، أو معلوماً في ظاهر الشرع كما إذا شهدت البيئته بأن أباه، كان له على فلان كذا و كذا، أو كان مقتضى فتوى مقلده كونه ذا حق و أما مع عدم العلم واقعاً و لا ظاهراً، و لكن لما رفع الترافع إلى حاكم الجور، فقد قضى له. و هذا، هو الصورة التالية.

الصورة الثانية: إذا أمكن الترافع لدى حكام العدل و كان هناك نزاع بينه و بين شخص من أبناء جلدته و لم يكن الحق متبيناً قبل الترافع

و إنما صار محققاً بقضاء قاضي الجور، فالترافع إليه حرام أولاً، و هو الفرد الأعلى للروايات السابقة، و يحرم عليه الأخذ عيناً و ديناً. ثانياً، لعدم الاعتداد بقضاء أهل الجور، فلا يثبت به كونه مالكا للعين، و الدين فضلاً عن تشخصه بحكمه في مال معين.

الصورة الثالثة: إذا علم كونه محققاً قبل الترافع و عالماً بأحد الأنحاء المذكورة أنه مالك للعين أو الدين في ذمته

غير أنه توقف استيفاء حقه المعلوم واقعاً على الترافع إلى غير الأهل من قضاء الجور إما لعدم رضی الطرف المقابل إلا بالترافع إلى غير الأهل من قضاء الجور، أو لعدم وجود الحاكم الشرعي، أو لعدم إمكان إثبات الحق عنده أو لعدم نفاذ قضائه. فالظاهر جوازه لانصراف الأخبار عن هذه الصورة، بشهادة أنها تأمر بالتراضي على الرجوع إلى من له شرائط القضاء من الشيعة و معناه إمكان الرجوع إلى الأهل فيحل ما يأخذه عيناً أو ديناً أما العين فقد علمت حالها و أما الدين فلسقوط شرطية رضائه بإبائه و عدم وجود طريق آخر للاستتقاذ. و أقصى ما يمكن أن يقال: أنه إعانة على الإثم، و لكن إطلاقها مخصصه

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٣٥

بنفي الضرر و الضرر و يمكن الاستدلال بصحيح علي بن مهزيار عن علي بن محمد عليهما السلام سأله هل تأخذ في أحكام المخالفين ما يأخذون منا في أحكامهم؟ فكتب عليه السلام: «يجوز ذلك إن شاء الله إذا كان مذهبكم فيه التقيّة منهم و المداراة لهم».

(١)

إذ بناء على ما احتمله الفيض في الوافي من «أنه يجوز لنا أن نأخذ حقوقنا منهم بحكم قضائهم كما يأخذون منا بحكم قضائهم يعني إذا اضطّر إليه كما إذا قدّمه الخصم إليهم» (٢) يكون دليلاً على جواز الترافع عند الاضطرار.

و حملة في الجواهر على أن المراد المعاملة معهم كعاملتهم معنا في مثل الشفعة بالجوار، و توريث العصبه (٣) و نحو ذلك و عندئذ يخرج عن مورد الترافع، و يكون من أدلة قاعدة الإلزام، و لكن هذا المعنى لا يلائم مع ما في كتاب أبي الأسد (٤) فتعين الأول.

و أما خبر عطاء بن السائب عن علي بن الحسين عليهما السلام قال: «إذا كنتم في أئمة جور فاقضوا في أحكامهم و لا تشهروا أنفسكم فتقتلوا و إن تعاملتم بأحكامنا كان خيراً لكم». و رواه في العلل إلا أنه قال: و إن تعاملتم بأحكامهم. (٥)

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١، من أبواب آداب القاضي، الحديث ١، و المراد من علي بن محمد هو الإمام الهادي، فما في

الجواهر من قوله: «خبر على بن محمد» ليس فى محلّه، لإيهامه أنّ على بن محمد راو، أضف إليه أنّ الشيخ رواه فى التهذيب عن أحمد بن محمد بن عيسى و سنده إليه صحيح كما نصّ به الأردبيلي فى جامع الرواة ٢/ ٤٦٩.

(٢) الفيض: الوافى:

(٣) النجفى: الجواهر ٣٥/ ٤٠.

(٤) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٩.

(٥) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١، من أبواب آداب القاضى، الحديث ٢، و فى الجواهر المطبوع: فامضوا مكان «فاقضوا»، الجواهر ٤٠/ ٣٦. و فى السند صالح بن عقبه و عطاء و كلاهما لم يوثقا، نعم عمرو بن أبى المقدم ضعفه الغضائرى فى أحد كتائيه و وثّقه فى كتابه الآخر، كما نقله العلامة فى الخلاصة، و روى الكشى فى رجاله مدحاً له.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٣٦

و لعلّه يهدف إلى جواز العمل بأحكامهم تقيته كتعيين أوّل الشهر صياماً و إفطاراً و عند ذلك لا تكون له صلة باب القضاء خصوصاً على ما رواه فى الجواهر «فامضوا» مكان «فاقضوا».

و أولى بالصحة إذا كان الخصم من أهل الخلاف.

فإن قلت: جواز التصرف فى العين لا غبار عليه إنّما الكلام فى جواز التصرف فى عوض الدين إذ كيف يتشخص له مع عدم الولاية للقاضى، و الرضا للمنكر.

قلت: تسقط شرطية رضائه فى المقام لأجل إباته و عدم طريق آخر للاستيفاء، فليس لحكم قاضى الجور دور سوى إعطاء القدرة الرسمية لإعادة عينه إلى سيطرته، و استيفاء دينه المسلم.

الصورة الرابعة: نفس الصورة الثالثة، لكن لم يتبين كونه محققاً إلا بالترافع إليهم،

فالترافع إليهم و إن كان جائزاً لانصراف الأدلة عن صورة الاضطرار لكن لا يصح الأخذ بحكمهم لعدم العلم بكونه مالكا للعين أو الدين، و لا قيمة لقضاء قاضى الجور عندئذ فيصبح كالعدم إلا إذا كان الخصم مخالفاً أخذاً بقاعدة الإلزام بشرط أن لا يعلم باستحقاقه و إلا فيحرم كما هو مفاد رواية أبى الأسد.

الصورة الخامسة: إذا استعان بظالم من دون أن يكون حاكم جور أو قاضيه فى استيفاء حقه

فإن لم يتبين له كونه محققاً، فيحرم الرجوع و لا يملك ما أخذه من العين و الدين لعدم ثبوت كونه مالكا لها.

إنّما الكلام فيما إذا كان محققاً، فإن أمكن استيفاء حقه بالرجوع إلى حاكم العدل، فالرجوع إليه حرام لكونه ركناً إلى الظالم و قد قال سبحانه: (وَلَا تَزْكُوتُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ) (هود/ ١١٣). فان استعان و الحال هذه يجوز له التصرف فى العين دون عوض

الدين و إن لم يمكن الاستيفاء به، و انحصر الطريق بالاستمداد من الظالم فالظاهر جواز الرجوع، لقاعدة لا ضرر و جواز التصرف فى العين، و عوض الدين كما عرفت فى الصورة الثالثة.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٣٧

المسألة الثانية «١» و فيها فروع

١- تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه.

٢- ربّما وجب و يكون واجباً على الكفاية.

و قد تقدّم الكلام فى هذين الفرعين.

٣- إذا علم الإمام عليه السلام أنّ بلدًا خال من قاضٍ لزمه أن يبعث له

و يأثم أهل البلد بالاتّفاق على منعه و يحلّ قتالهم طلباً للإجابة. «٢»

و لا بدّ من تقييد اللزوم بوجود الحاجة إلى القاضى. و أمّا وجوب البعث فإنّ نصب القاضى من شئون الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، فإنّ مفاده يختلف بالنسبة إلى العامى و الحاكم الإسلامى المقتدر فإنّ مفاده بالنسبة إلى الأوّل ليس إلّا دعوة الناس بما يقتضيه تكليفهم، كما إذا كذب إنسان أو اغتاب فيلزم نهيه عن ذلك لاعتراف الأمر و المأمور بحرمه الكذب و الغيبة، و لا يعمّ المعروف و المنكر الثابتين بالقضاء لأنّهما بالنسبة إلى أدلّة الأمر بالمعروف، من قبيل الموضوع الجديد، و الحكم لا يثبت موضوعه، و إنّما يتوجّه إلى الموضوع المحرز قبل الحكم.

هذا كلّ فى العامى، و أمّا الحاكم الإسلامى، المقتدر، فلا يشترط فى حقه العلم التفصيلى بالموضوع قبل التمسك بأدلّة الأمر بالمعروف بل يكفى العلم الإجمالى بوجود معروف متروك، و منكر معمول، فهذا المقدار من العلم الإجمالى، يكفيه فى إحراز الموضوع، و يصحّ التمسك عندئذ بما دلّ على لزوم الأمر بالمعروف، و من توابعه، نصب القاضى لكونه من مبادئ الأمر بالمعروف أو نفسه بمعنى، و لأجل ذلك قال المحقق: «لزم أن يبعث له».

و أمّا حليّة قتال المخالفين عن دخول البلد، أو قضاءه فلاّنه قيام على ضدّ

(١) مرّت المسألة الأولى ص ١٠٩.

(٢) نجم الدين الحلى: الشرائع: ٦٨ / ٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلاميه الغراء، ج ١، ص: ١٣٨
الحكومة الإسلاميه المحلّ للقتال إلى حدّ الاستسلام.

٤- لزوم التصدى للقضاء و شقوقه

قد عرفت أنّ القضاء واجب كفاي و معناه وجوبه على الكل غير أنّه يسقط بقيام البعض. و إذا كان القادر بالإتيان واحداً يتعيّن الأمر عليه و هنا صور و شقوق و أقسام أشار إليها الشيخ فى الخلاف، و المحقّق فى الشرائع، و فضّلها الشهيد الثانى فى المسالك و تبعهم صاحب الجواهر و نحن نذكر أكثر الأقسام.

الف: إذا كان هناك جماعة يعلمون القضاء على حدّ واحد، فعين الإمام واحداً منهم فولّاه قال الشيخ فى الخلاف: «لم يكن له الامتناع من قبوله، و للشافعى فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه. و الآخر يجوز له الامتناع لأنّه من فروض الكفاية ثمّ استدلّ الشيخ على فتواه بأنّ الإمام معصوم عندنا فإذا أمر بأمر لا يجوز خلافه لأنّ ذلك معصية و اثم يستحقّ فاعلها الإثم و العقاب». «١»

يلاحظ عليه: بأنّه لو تمّ الفرض، لا يختصّ الحكم بالإمام المعصوم، بل يعمّ الحاكم الإسلامى الأعلى الذى بيده رتق الأمور و فتقها، و قد عرفت لزوم النصب عند قيام دولة إسلامية يرأسها فقيه جامع للشرائط فإذا نصب يكون لازماً على المنسوب امتثال أمره.

و أورد عليه المحقّق بنفى الصغرى و أنّ الإمام بعد تساوى الأفراد فى القضاء لا يأمر بواحد معيّناً فإنّه من قبيل إلزام ما ليس بلازم. «٢»
و لا يخفى أنّ تعدّد القابل للقضاء و صلاحية المتعدّد له، لا ينفى، تعيين فرد خاصّ على القضاء فإنّه ربّما يكون فى بعض الأفراد مزية،

غير ملزمة ككونه صاحب عشيرة في المنطقة أو عارفاً بلسان أهلها غير محتاج إلى المترجم أو غير

(١) الطوسي: الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ٢.

(٢) نجم الدين الحلّي: الشرائع: ٤ / ٦٩٦٨.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٣٩

ذلك من المرجحات غير الملزمة، وهذا و أمثاله، ربّما يبعث الإمام لأن يعين ذاك الفرد دون الآخر، وإن كان الجميع صالحين للقضاء و عارفين له.

ب: إذا كان العارف به واحداً فقط و عينه الإمام، فيجب عليه و ينقلب الوجوب الكفائي إلى العيني. و دليل الحكمين في هذه الشق و ما قبله و ما يأتي إذا كان المعين معصوماً قوله سبحانه: (وَ مَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذْ قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَ مَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا) (الأحزاب / ٣٦) و قال سبحانه: (أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ) (النساء / ٥٩). و أمّا إذا كان فقيهاً جامعاً للشرائط، فدليل الحكمين هو وجوب نفاذ حكمه و عموم ولايته بالنسبة إلى هذه الموارد. ثم إن الفرد المعين بالامتناع عن الإجابة يفقد شرط القضاء و هو العدالة و لكن لا يسقط الحكم لتمكّنه من تحصيل الشرط (العدالة) بالتوبة كما لا يخفى.

ج: إذا انحصر العلم بالقضاء في واحد و لم يعلم به الإمام لو صحّ الفرض في الإمام المعصوم أو الحاكم الإسلامي، يجب على الواجد، إعلام الإمام نفسه و لكن إثباته بالموازين مشكل، لعدم وجوب القضاء عليه، إلّا بالنصب و المفروض أنّه غير منصوب، فكيف تجب مقدّمته أعني: التعريف بنفسه عند الإمام و لا- محيص عن القول بوجود العلم بالملا-ك و إن لم يكن هناك علم بالخطاب، كما إذا غرق ابن المولى في الماء و كان المولى غافلاً و العبد ملتفتاً إليه فيكفي في الذم و العقاب العلم بالملاك، و قد صحح الأصوليون موارد عن هذا الطريق منها: الإتيان بالمهمّ مع وجود الأهم بناء على بطلان الترتّب و عدم الأمر بالمهم كما هو واضح.

د: تلك الصورة و لكن تعدّد القابل و القائم بمهمّة القضاء، فيجب على الكل الإعلام كفاية، و يسقط بإعلام واحد منهم شأن كل واجب كفائي.

ه: إذا تعدّد القابلون و طلب الإمام واحداً منهم لا على التعيين تجب التلبية على الكل، و تسقط بتلبية واحد منهم و إلّا أثم الجميع.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٤٠

إلى غير ذلك من الصور المذكورة في المسالك فلاحظ.

٥- في بذل المال لتصدّي القضاء

إذا كان التصدّي للقضاء من جانب الجائر أمراً راجحاً، موجباً لرفع الظلم و إجراء العدل و الحقّ، يكون بذل المال جائزاً للنصب و البقاء بل لأجل عزل القاضي الجائر و إن كان الأخذ للظالم حراماً إنّما الكلام إذا كان التصدّي من جانب الحاكم العادل، فلا يجوز أخذ المال، و لا دفعه إلى بيت المال، و لأجل عدم الجدوى في المسألة، أعرض عن شرحها، صاحب الجواهر.

المسألة الثالثة: في تولية المفضول مع وجود الفاضل

إشارة

و هنا جهات من البحث:

الأولى: فى تعيين محل النزاع.

فنبول: إن لتولية المفضول مع وجود الفاضل مجالات:

تارة يبحر عنها فى باب الإمامة الكبرى و النيابة عن الرسول صلى الله عليه و آله و سلم، فقد اتفقت كلمة الشيعة على قبها و عدم صحتها، و أخرى فى باب التقليد و أخذ الأحكام فالمشهور عندهم هو لزوم الرجوع إلى الفاضل دون المفضول مطلقاً، أو فى موارد الاختلاف، و ثالثة فى كتاب القضاء و أنه هل يجوز تصدى المفضول لمهمة القضاء مع وجود الفاضل مع استكمال الشرائط المعبرة فيها أو لا؟ و هو المقصود هنا. و له شقوق:

الف: هل يجوز للإمام المعصوم أن ينصب المفضول مع وجود الأفضل؟

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٤١

قال المحقق: الوجه الجواز لأنّ خلله ينجر بنظر الإمام عليه السلام. و لا يخفى أنّ الإمام أعرف بواجبه، فلا جدوى للبحث، أضف إليه، أنّ خلله إنّما ينجر إذا كان للإمام إشراف على قضائه، كما كان لعلى عليه السلام إشراف على قضاء شريح لما إذا كان بعيداً عنه. ب: إذا كان هنا علماء موصوفون بصفات المفتى و القاضى و فيهم من هو أعلم من غيره، فما هو وظيفة العامى فى الرجوع إلى الترافع قبل أن يقلد؟

إنّ وظيفة العامى فى المقام نفس وظيفته فى باب التقليد فيجب عليه قبل التقليد عقلاً، العمل بالاحتياط و تكون النتيجة هو تعيين الرجوع إلى الأفضل، لدوران الأمر بين التعيين و التخيير، و أمّا إذا قلّم فيجب عليه أن يعمل بفتوى مقلّده سواء قال بتعيين الرجوع إلى الأفضل أو بالتخيير بينه و بين غيره.

ج: إذا كان علماء موصوفون بصفات الإفتاء و القضاء و فيهم من هو أعلم من غيره، و كانت مفاتيح الأمور بيد قضاء الجور، فهل لغير الأفضل تصدى القضاء فى زمان الغيبة أو لا؟ و بعبارة أخرى: هل يجوز للعامى الرجوع إلى غير الأفضل حسب الأدلة الاجتهادية أو لا؟ د: إذا قامت دولة اسلامية فى عصر الغيبة يرأسها فقيه جامع للشرائط، فهل يتعين عليه نصب الأفضل مع وجود الفاضل، أو يتخير؟ و هذا هو الصالح للبحث عنه فى المقام و إن كانت كلمات الأصحاب غير واضحة.

الجهة الثانية: ما هو ملاك الأفضلية؟

ليس الملاك فى المقام تفاضل أحد القاضيين على الآخر فى الروحيات و الملكات كالأعدلية، و الأورعية، و الهاشمية، لأنّ المطلوب فى باب القضاء هو عدم التهجم على المحارم و يكفى فى تحقيقه كونه ورعاً و عدلاً، بل الملاك فى المقام كون رأى أحدهما أقرب إلى الواقع، و لا يتحقق ذلك إلّا بالأعلمية و الأفقية و قد

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٤٢

نصّ بذلك صاحب الجواهر فى آخر المسألة و قال: و الظاهر أنّ المدار على الفضيلة فى الفقه و لو باعتبار الفضيلة فى المقدمات على وجه يعدّ كونه أفقه، أمّا ما لا مدخلة له فيه فلا عبرة به. «١»

نعم أفاد فى صدر المسألة و قال: نعم مع تساويهما فى العلم يقدم الأعدل لكونه أرجح حينئذ فيكون الحاصل حينئذ ترجيح أعلم الورعين و أروع الورعين لقاعدة قبح ترجيح المرجوح على الراجح. ٢

إنّ طبع المسألة يقتضى انحصار ملاك التفاضل بالعلم و الفقه فقط و لأجله لا يصح قوله فى العبارة الثانية: «ترجيح أعلم الورعين» أمّا الترجيح بالأورعية مع التساوى فى العلم فلم يدلّ عليه دليل و مسألة قبح ترجيح المرجوح على الراجح، ينتفى بوجود بعض المرجحات فى جانب المرجوح ككونه طليق اللسان، رحب الصدر، صحيح المزاج، عارفاً باللسان صاحب العشرة الذى يهاب منه فلا يتأمر على

ضده، و بالجملة المرجحات التى توجب اختيار الورع على الأورع، التى بها يدفع قبح الترجيح المذكور، كثيرة فلا تصل النوبة إلى ترجيح الأورع على الورع ترجيحاً واجباً لحفظ القاعدة العقلية.

الجهة الثالثة: فى دراسة أدلة الطرفين

إشارة

استدل القائل بالترجيح بالوجه التالية:

١- إن الظنّ الحاصل من قول الأفضل، أقوى من الظن الحاصل من قول غيره و الأخذ بالظن الأرجح متعين. يلاحظ عليه: بمنع الصغرى تارة و أنه ربّما يكون الظن الحاصل من قول المفضول أقوى من غيره لمطابقته رأى من هو أعلم من ذلك الأفضل كما إذا طابق

(١) و ٢ الجواهر: ٤٠/٤٦ و ٤٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٤٣

قول الفاضل، رأى المحقق، أو الشيخ الأنصارى، و منع الكبرى أخرى، إذ لا دليل على لزوم الترجيح بهذا المقدار، بعد إطلاق الدليل على حجّية كل من الرايين.

٢- نصوص الترجيح خصوصاً مقبولة ابن حنظلة الحاكمة بالترجيح بالأفقيه بل بغيرها أيضاً.

يلاحظ عليه: أنها أجنبية عن المقام، لأنه ورد الترجيح فيها فيما إذا ترفع كل إلى قاضٍ خاصٍ فحصل بينهما التعارض، و لم يكن حينئذٍ محيص من الرجوع إلى المرجح و أين هذا من لزوم الرجوع إلى المرجح ابتداءً؟

أضف إلى ذلك أن المنساق من المقبولة أنه كان فى وسع المترافعين الرجوع إلى كلّ واحد من المتفاضلين، من غير فرق بين العالم و الأعمى لكنهما، ضيقاً الأمر على أنفسهما فرجع كل إلى قاضٍ خاص، فلم يكن لهم حينئذٍ بدّ من إعمال المرجحات فلزوم العمل بالمرجّح نشأ من عملهما و لم يكن هناك أى ملزم له، و على ذلك فالرواية على عكس المقصود أدلّ.

٣- قول الإمام فى عهده إلى واليه فى مصر المعروف فقد جاء فيه: «تَمَّ اخْتَرْتُ لِلْحُكْمِ بَيْنَ النَّاسِ أَفْضَلَ رَعِيَّتِكَ فى نَفْسِكَ، مِمَّنْ لا تَضِيْقُ بِهِ الْأُمُورُ، وَ لا تُمَحِّكُهُ الْخُصُومُ، وَ لا يَتِمَادَى فى الرِّلَّةِ، وَ لا يَخْصُرُ مِنَ الْفَيْءِ إِلَى الْحَقِّ إِذَا عَرَفَهُ، وَ لا تُشْرِفُ نَفْسُهُ عَلَى طَمَعٍ، وَ لا يَكْتَفَى بِأَذْنَى فَهْمٍ دُونَ أَفْصَاهُ، وَ أَوْقَفَهُمْ فى الشُّبُهَاتِ، وَ آخَذَهُمْ بِالْحُجَجِ، وَ أَقْلَهُمْ تَبَرُّماً بِمُراجَعَةِ الْخَصْمِ، وَ أَصْبَرَهُمْ عَلَى تَكْشُفِ الْأُمُورِ، وَ أَصْرَمَهُمْ عِنْدَ اتِّضاحِ الْحُكْمِ، مِمَّنْ لا يَزْدَهِيهِ إِطْرَاءٌ، وَ لا يَسْتَمِيلُهُ إِغْرَاءٌ، وَ أَوْلَيْكَ قَلِيلٌ.» (١)

يلاحظ عليه: أن ما ورد فيه بين ما تجب رعايته و بين ما لا- تجب للإجماع على عدم اشتراطه كأوقفهم فى الشبهات و آخذهم بالحجج، فلا يمكن الاستدلال به

(١) نهج البلاغة، قسم الرسائل، رقم ٥٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٤٤

على الوجوب.

٤- ادعاء الإجماع على لزوم الترجيح نسب إلى المرتضى فى الذريعة و المحقق الثانى فى حواشيه على كتاب الجهاد من الشرائع.

قال المرتضى: وإن كان بعضهم عنده أعلم من بعض أو أروع و أدين فقد اختلفوا: فمنهم من جعله مختيراً، و منهم من أوجب أن يستفتى المقدم في العلم و الدين، و هو أولى لأن التفقه هاهنا أقرب و أوكد. و الأصول كلها بذلك شاهدة. (١) و ليس في كلامه دعوى الإجماع و الاتفاق سوى قوله في الذيل: «الأصول كلها بذلك شاهدة» و لذلك صححت تسميته إجماعاً فإنما هو إجماع استنباطي من الاتفاق على الأصول، التي مورد البحث من صغرياتها. أضف إليه أن كلامه راجع إلى باب الاستفتاء لا القضاء.

و أما المحقق الثاني فليس في تعليقه على قواعد العلامة المعروف بجامع المقاصد دعوى الإجماع بل لم يذكر هذا الشرط لا في متن القواعد و لا- في تعليقه و قد ذكر العلامة صفات المفتي بالنحو التالي: الإيمان و العدالة و معرفة الأحكام بالدليل، و القدرة على استنباط المتجددات من الفروع من أصولها. و ليس في تعليقه سوى توضيح قوله: «و معرفة الأحكام بالدليل» (٢) و أمّا تعليقه على الشرائع فلم تحضرني حتى ألاحظها.

استدل القائل بعدم الوجوب ببعض الوجوه أولاها جريان السيرة عليه، فقد نصب النبي الأكرم معاذاً للقضاء مع وجود علي عليه السلام و هو أفضى الأمة إلّا أن يقال بلزوم الترافع إلى الأعلّم إذا كانا في بلد واحد لا في بلدين و قد كان علي في المدينة، و نصب معاذاً للقضاء في اليمن و مع ذلك كلّ لا يمكن إنكار جريان السيرة على الرجوع إلى المجتهدين العظام في كل بلد، من دون أن يفرق بين الأعلّم و العالم، و قد نصب الإمام الصادق أصحابه للقضاء حسب المقبولة. و فيهم زرارة و محمد بن مسلم و غيرهم. مع أن الأولين من أقره أصحابه عليه السلام.

إلى هنا تبين موقف الأصحاب في المسألة و لنا في المقام تفصيل نأتى به.

(١) المرتضى: الذريعة ٢ / ٨٠١.

(٢) المحقق الكركي: جامع المقاصد ٣ / ٤٩٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٤٥

التفصيل بين الشبهة الموضوعية و الحكمية

قد تعرّف على دليل مثبت و النافي و لكن الحقّ التفصيل بين كون مورد القضاء شبهة موضوعية التي يدور عليها رحى القضاء في تسعين بالمائة. و كونه شبهة حكمية، أمّا الأولى، فالأقوى هو التخيير بين الأفضل و الفاضل، إذ ليس للأفقيه تأثير فيها، فإن فصل الخصومة يتحقّق بالبينّة و الإحلاف على تفاصيلها، فلو أتى المدعى بها يحكم له، و إلّا حلف المنكر، و لو نكل و قلنا بالقضاء به، يُقضى عليه، و إلّا يردّ اليمين على المدعى، و هذه سنّة متّبعة في فصل الخصومات في الشبهات الموضوعية، و الأفضل و الفاضل في مقابلها سواء و ليس لكون أحدهما أقوى نظراً و أحسن استنباطاً تأثير في إصابة الواقع فعندئذ يسقط دليل القائل بلزوم الترجيح بكون الظنّ الحاصل من رأى الأفضل أقوى من غيره نعم لو علم الاختلاف بين الفاضل و المفضول و كان منشأ الاختلاف ناشئاً من اختلاف النظر كان للترجيح وجه و لكنّه قليل كالاختلاف بالقضاء بالنكول و عدمه و بالجملة: كلّ مورد لا يكون للاجتهاد فيه مدخل، يسقط الترجيح و يكفي كون الفاضل مجتهداً و أمّا المقبولة الدالة على الترجيح بالأفقيه فلا صلة لها بالمقام لأنّ موردها هو الشبهة الحكمية كما سيأتي.

و أمّا إذا كان مورده هو الشبهة الحكمية فلمّا كان القضاء فيها مسبوقةً بالإفتاء فيها. و لولاه لما كان للقضاء أساس، فلو لم يعلم الاختلاف بين رأييهما فيها، جاز الرجوع إلى كلّ واحد، حسب ما عرفت في باب الاجتهاد و التقليد من جواز الرجوع إلى الأفضل و

الفاضل ما لم يعلم الخلاف بين رأيهما، و أما إذا علم الاختلاف و كان

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٤٦

الاختلاف في مورد القضاء ناشئاً من الاختلاف في استنباط الحكم الشرعي ككون الحبوّة للولد الأكبر أو لجميع الورثة ففي مثله لما كان فتوى الأفضل حجة قطعاً، يكون قضاؤه مثل فتواه و أما الفاضل فلما كان رأيه في المسألة مشكوك الحجة يتسرب الشك إلى قضائه أيضاً فلا يجوز الرجوع إليه ما دام الحال كذلك.

و يؤيد ذلك، أن الإمام أمر بالأخذ بالمرجح عند ظهور الاختلاف في مورد الشك في الشبهة الحكمية حيث قال الراوي: «فإن كان كل واحد اختار رجلاً من أصحابنا فرضياً أن يكونا الناظرين في حقهما و اختلفا فيما حكما و كلاهما اختلفا في حديثكم فقال: الحكم ما حكم به أعدلهما و أفقههما و أصدقهما في الحديث و أروعهما». «١» فإذا كان مبدأ الاختلاف هو الاختلاف في الحديث، يكون المورد من قبيل الشبهة الحكمية. هذا هو المختار و هو متين و قد حكاه المحقق الآشتياني عن شيخه العلامة الأنصاري قدس سرهما. «٢»

ثم إن كون مصدر القضاء في الشبهات الحكمية مسبقاً بالإفتاء و أن القاضي يفتي ثم يقضى به ربما يفيد في المستقبل كنفوذ رأى القاضي في حق المجتهد الآخر و مقلديه و عدمه إذا كانا مخالفين في تشخيص الحكم الشرعي. فانظر.

المسألة الرابعة: في جواز الاستخلاف و عدمه

إن للمسألة صوراً أربع ذكرها المحقق في الشرائع و إليك بيانها:

- ١- إذا أذن الإمام له في الاستخلاف جاز بلا إشكال.
- ٢- لو منع عن الاستخلاف لم يجز لذلك.
- ٣- لو ولّاه و أطلق التولية و كان هناك أمانة تدلّ على الإذن في الاستخلاف

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩، من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

(٢) الآشتياني: القضاء: ٢٣.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٤٧

مثل سعة الولاية التي لا تضبطها اليد الواحدة، جاز الاستنباط.

٤- تلك الصورة و لم تكن فيها تلك الأمانة لم يجز.

هذا ما أفاده المحقق و وجهه واضح و لكنه إنما يتم فيما إذا كان القضاء متوقفاً على النصب كما في زمان الحضور مع بسط اليد أو زمان الغيبة مع قيام الدولة الإسلامية فيما أن القضاء في هذه الظروف فرع النصب فتأتي فيها تلك الصور الأربع.

و أمّا في غيرهما كزمان الحضور مع عدم البسط، أو زمان الغيبة مع كون مفاتيح القضاء بيد الجائر، و كان في خارج دائرة القضاء الرسمية، رجال صالحون للقضاء لا صلة لهم به ففي هذين الطرفين كل مجتهد قاض مأذون، غير محتاج إلى النصب فالنائب إذا كان مجتهداً، فهو مثل المستتب و ليس فرعاً له، و إن كان مقلداً فلا يصلح للقضاء حتى بالوكالة، كما مرّ.

نعم يجوز أخذ النائب في مقدمات القضاء و تدوين الأقرار و جمع القرائن و الشواهد مما يسهل الأمر على القاضي و ليس ممنوعاً كما يأتي التصريح به.

و هنا أمر آخر، و هو إذا ولّاه الإمام أو من بيده زمام الأمر في الدولة الإسلامية و صار ذا ولاية، كالجدّ و الأب، فلا يتوقف استخلافه على وجود أمانة تدلّ على الإذن فيه، لأنّ المفروض أنه صاحب ولاية على القضاء يعمل كيف شاء نعم يتوقف استخلافه على أمر

آخر، و هو إحراز أن القضاء قابل للنيابة أولاً، أو قابل للوكالة أولاً، و قد عرفت الكلام فيهما فيما سبق فلا نعيد.

المسألة الخامسة: فى ارتزاق القاضى من بيت المال

إشارة

لا- شك أن القاضى كسائر الناس، يتوقف قضاؤه على حياته، و هى رهن وجود معيشة مألوية يسد بها عيلته و لولاه لما توفق للقضاء فتارة يرتزق من ماله

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٤٨

الشخصى، و أخرى من بيت المال و ثالثة بأجرة يدفعها أهل البلد للإقامة و القضاء فيه و رابعة بالجعل على المتحاكمين و خامسة بالجعل على المدعى إلى غير ذلك مما تقضى به حاجته، و يدوم عيشه. و الذى نركز عليه فى المقام هو أمران:

١- ارتزاقه من بيت المال.

٢- ارتزاقه من طريق الجعل على المتحاكمين

و أما البحث عن الرشوة و الهدية فقد فرغنا عن بيان حكمهما عند البحث فى المكاسب المحرمة لكن نعيد إليهما فى المستقبل فيقع الكلام فى مقامين:

المقام الأول: الارتزاق من بيت المال

إشارة

هل يجوز له الارتزاق من بيت المال مطلقاً، أو لا يجوز مطلقاً، أو فيه التفصيل؟ وجوه: ذهب الشيخ الطوسى إلى القول بالجواز فى النهاية، و يظهر أيضاً من الخلاف و نقل أبو قدامة القول بالمنع مطلقاً، عن بعض التابعين و الفقهاء و لعلهم أرادوا الكراهة. و اختار القول الثالث، الشيخ فى المبسوط، و المحقق فى الشرائع و العلامة فى القواعد. و إليك بعض نصوصهم فى المقام.

١- قال الشيخ فى النهاية: و متى تولى شيئاً من أمور السلطان من الإمارة، و الجباية و القضاء و غير ذلك من أنواع الولايات، فلا بأس أن يقبل على ذلك الارتزاق و الجوائز و الصلات، فإن كان ذلك من جهة سلطان عادل كان ذلك حلالاً له طلقاً، و إن كان من جهة سلطان الجور، فقد رخص له فى قبول ذلك من جهتهم لأن له حظاً من بيت المال. «١»

٢- و قال فى الخلاف: ليس للحاكم أن يأخذ الأجرة على الحكم من الخصمين و لا من أحدهما سواء كان له رزق من

(١) الطوسى: النهاية، كتاب المكاسب: ٣٥٧.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٤٩

بيت المال أو لم يكن و قال الشافعى: إن كان له رزق من بيت المال لم يجز كما قلناه و إن لم يكن له رزق من بيت المال جاز له أخذ الأجرة على ذلك. «١»

٣- و قال فى المبسوط: و أما من يحل له أخذ الرزق عليه و من لا يحل فجملته: أن القاضى لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون ممن تعين عليه القضاء أو لم يتعين. فإن لم يتعين عليه، لا يخل من أحد أمرين: إما أن تكون له كفاية أو لا كفاية فإن لم يكن له كفاية جاز له أخذ الرزق و إن كانت له كفاية فالمستحب أن لا يأخذ فإن أخذ جاز. و لم يحرم عليه بل كان مباحاً، و جواز إعطاء الرزق للقضاء

إجماع، ولأنّ بيت المال للمصالح و هذا منها بل أكثرها حاجةً إليه. لما فيه من قطع الخصومات و استبقاء الحقوق و نصره المظلوم و مع الظالم.

و إذا تعين عليه، فقد فضّل بين من له كفايةً و من ليس له، فيحرم فى الأوّل لأنّه يؤدى فرضاً تعين عليه، و من أدّى فرضاً لم يحلّ له أخذ الرزق عليه مع الاستغناء عنه دون الثانى لأنّ عليه فرض النفقة على عياله و فرضاً آخر و هو القضاء و إذا أخذ الرزق جمع بين الفرضين. (٢)

٤- و قال المحقّق: إذا ولى من لا يتعين عليه القضاء، فإن كان له كفايةً من ماله، فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال و لو طلب جاز لأنّه من المصالح، و إن تعين للقضاء و لم يكن له كفايةً، جاز له أخذ الرزق و إن كان له كفايةً، قيل: لا يجوز له أخذ الرزق لأنّه يؤدى فرضاً. (٣)

٥- و قال العلامة فى القواعد: و إذا ولى من لا يتعين عليه فالأفضل ترك الرزق له من بيت المال إن كان ذا كفايةً و يسوغ له لأنّه من المصالح، و كذا يجوز له إذا تعين و لم يكن ذا كفايةً، و لو كان ذا كفايةً لم يجز له لأنّه يؤدى واجباً.

٦- و قال السيد العاملى فى تعليقه على عبارة القواعد فى المقام أعنى: «لم يجز

(١) الطوسى: الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ٣١.

(٢) الطوسى: المبسوط ج ٨، ٨٥٨٤.

(٣) المحقّق: الشرائع ٦٩ / ٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٥٠

لأنّه يؤدى واجباً: هذا هو الحق إذا كان وجوبه ذاتياً لا توصلياً لأنّه لا أجره على الواجب كذلك إجماعاً فى باب المكاسب و ذهب الشيخ و شيخه المفيد إلى الجواز لأنّه من المصالح المهمّة قالوا: و نمنع أن لا أجره على الواجب مطلقاً و إلّا لم يوجر المجاهدون، قلت: الأصل عدم الجواز خرج عنه جواز الاستتجار للجهاد بالإجماع عند الشيعة. (١)

٦- و قال ابن قدامة: و يجوز للقاضى أخذ الرزق و رخص فيه شريح و ابن سيرين و الشافعى و أكثر أهل العلم.

و روى عن عمر أنّه استعمل زيد بن ثابت على القضاء و فرض له رزقاً و رزقاً شريحاً فى كل شهر مائة درهم و بعث إلى الكوفة عمّاراً و عثمان بن حنيف و ابن مسعود و رزقهم كل يوم شاء نصفها لعمار و نصفها لابن مسعود و عثمان و كان ابن مسعود قاضيههم و معلّمهم، و كتب إلى معاذ بن جبل و أبى عبيدة حين بعثهما إلى الشام أن انظرا رجالاً من صالحى من قبلكم فاستعملوهم على القضاء و أوسعوا عليهم و ارزقوهم و اكفوهم من مال الله.

و قال أبو الخطاب: يجوز له أخذ الرزق مع الحاجة فأمّا مع عدمها فعلى وجهين. و قال أحمد: ما يعجبني أن يأخذ على القضاء أجراً و إن كان فبقدر شغله مثل والى اليتيم. و كان ابن مسعود و الحسن يكرهان الأجر على القضاء و كان مسروق و عبد الرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن لا يأخذان عليه أجراً و قالوا: لا نأخذ أجراً على أن نعدل بين اثنين.

و قال أصحاب الشافعى: إن لم يكن متعيناً جاز له أخذ الرزق عليه و إن تعين لم يجز إلّا مع الحاجة، و الصحيح جواز أخذ الرزق عليه بكل حال لأنّ أبا بكر لمّا ولى الخلافة فرضوا له الرزق كل يوم درهمين و لما ذكرناه من أن عمر رزق زيداً و شريحاً و ابن مسعود و أمر بفرض الرزق لمن تولى من القضاء و لأنّ بالناس حاجةً إليه

(١) العاملى: مفتاح الكرامة ١٠ / ١٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٥١

و لو لم يجر فرض الرزق لتعطّل و ضاعت الحقوق، فأما الاستئجار عليه فلا يجوز قال عمر: لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجراً و هذا مذهب الشافعي و لا نعلم فيه خلافاً و ذلك لأنه قربه يختصّ فاعله أن يكون في أهل القرية فأشبه الصلاة و لأنه لا يعمل الإنسان عن غيره و إنما يقع عن نفسه فأشبه الصلاة و لأنه عمل غير معلوم فإن لم يكن للقاضي رزق فقال للخصمين: لا أفضى بينكما حتى تجعلا لي رزقاً عليه جاز و يحتمل أن لا يجوز. انتهى. (١)

هذه هي كلمات الفقهاء و هي تعرب عن اختلافهم إلى أقوال ثلاثة و المختار عندنا جواز الارتزاق من بيت المال مطلقاً و المقصود من بيت المال هو البيت الذي يجمع فيه ما يصرف في مصالح الإسلام و المسلمين و ليس له مصرف خاص كالأنفال و الجزية، و الخراج و المقاسمة، و المال الموصى مصرفه في مصارف البرّ و القسم الخاص من الزكاة الذي يصرف في سبيل الله. و أمّا الزكاة و سهم السادات من الخمس و المظالم و اللقطة ممّا لها مصارف خاصة فلا يطلق عليه بيت المال، و القاضي يرتزق من الأول دون الثاني و الحقّ الجواز مطلقاً بوجهين:

الأول: جريان السيرة بين المسلمين حيث إنّ القضاء كانوا يرتزقون من بيت المال، و قد عرفت كلام ابن قدامة في ارتزاق عدّة في زمن الخلفاء من بيت المال، و عليها سار الإمام على عليه السلام في عهد خلافته، و كان شريح يرتزق من بيت المال و يأخذ في كل شهر شيئاً قليلاً و لمّا بلغ عليّاً أنّه ابتاع داراً بثمانين ديناراً، استدعاه و قال له: بلغني أنّك ابتعت داراً بثمانين ديناراً و كتبت لها كتاباً، و اشهدت فيه شهوداً ... ثمّ لامه و ذمّه. (٢) و ما هذا إلّا لأنّ الإمام رأى أنّه ابتاع داراً فوق ما يرتزقه من الإمام فصار مظنّته دفع الثمن من حرام و حلال. و روى أنّ عليّاً ولى شريحاً و

(١) ابن قدامة: المغنى ١٠ / ١٢٤.

(٢) نهج البلاغة: قسم الرسائل، برقم ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٥٢

جعل له في كلّ سنة خمسمائة درهم (كل شهر قرابة ٤١ ديناراً و نصف) و كان عمر قبله جعل له كلّ شهر مائة «١» درهم. و الحاصل أنّ القضاء كانوا يرتزقون من بيت المال، من دون سؤال عن وجود الكفاية لهم و عدمه، أو فحص عن كون القضاء متعيّناً عليه و عدمه و هذه السيرة المستمرة إلى يومنا هذا، تشهد على الجواز و لو كان هنا دم في بعض الروايات، فإنّما هو لأجل كونهم قضاء الجور و أعوان الظلمة، و أين هو من قضاء العدل. كما سيوافيك؟

الثاني: ما دلّ عليه من الروايات و نذكر ما يلي:

١- مرسله حمّاد بن عيسى عن العبد الصالح في حديث طويل في الخمس و الأنفال و الغنائم قال: «و الأرضون التي أخذت عنوة فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها و يحييها ثمّ ذكر الزكاة و حصّة العمال إلى أن قال: و يؤخذ الباقي فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، و في مصلحة ما ينوبه من تقوية الإسلام، و تقوية الدين في وجوه الجهاد و غير ذلك ممّا فيه مصلحة العامة.

قال الشيخ الحرّ العاملي: يظهر منه جواز الرزق للقاضي من بيت المال «٢»، لأنّ القضاء من أوضح مصاديق ما فيه مصلحة العامة.

٢- ما كتبه الإمام إلى عامله في مصر: «و اعلم أنّ الرعيّة طبقات: منها جنود الله، و منها كتّاب العامّة و الخاصّة، و منها قضاء العدل إلى أن قال: و كل قد سمى الله له سهمه و وضعه على حدّه و فريضته، ثمّ قال: و لكلّ على الوالى حقّ بقدر ما يصلحه، ثمّ قال: و اختر للحكم بين الناس أفضل رعيّتك و قال بعد ذكر صفات القاضي: و أكثر تعاهد قضائه، و أفسح له في البذل ما يزيح علّته و تقلّ معه

(١) ابن إدريس: السرائر: ٢ / ١٧٨.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٨ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٥٣

حاجته إلى الناس» (١) و لم يكن في يد عامل الإمام ما يصرف في هذا المورد، سوى بيت المال.

٣- روى في الدعائم عن علي عليه السلام أنه قال: «لا- بدّ من إمارة و رزق للأمرير. و لا بدّ من عريف و رزق للعريف، و لا بدّ من حاسب و رزق للحاسب و لا بدّ من قاض و رزق للقاضي و كره أن يكون رزق القاضي على الناس الذي يقضى لهم.» (٢)
ترى فيه الإطلاق من دون تقييد بما في كلام الأعلام من كونه كفايئاً، أو عينياً؛ مع الحاجة، أو مع عدمها. و لم نقف على مورد، سئل الإمام القاضي المنصوب عن وجود كفايئه له و عدمه، أو فصل بين الكفايئ و العيني.

استدل على المنع بروايتين:

١- صحيحة عبد الله بن سنان، قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق؟ فقال: «ذلك السحت.» (٣) و لعل وصف رزقه بالسحت لأجل كونه قاضي سلطان الجور و من أعوانه، لا- أن مجرد الرزق من بيت المال سحت و إن كان على خلاف الظاهر.

٢- خبر عمّار بن مروان عن أبي عبد الله قال: «و السحت أنواع كثيرة: منها: ما أصيب من أعمال الولاية. و منها: أجور القضاء.» (٤) و يحمل على الأجور المأخوذة من السلطان الجائر.

و على ضوء ذلك فالحق هو جواز الارتزاق من بيت المال سواء كان بصورة الارتزاق من دون تعيين حدّ، بمعنى أن الحاكم يقوم برفع حوائج القاضي قليلاً

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٨ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٩.

(٢) المستدرک: الجزء ١٨، الباب ٢٨، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٨ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١.

(٤) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٥٤

كان أو كثيراً و هو يدير ذمّة القضاء، أو بتعيين حدّ معين كما هو اللائح من عهد الإمام الماضي و أمّا الإشكال بأنّ القضاء واجب فكيف يأخذ الأجرة على الواجب؟ فيدفع بأنّه فرق بين الأجرة و الارتزاق، فإنّ عمل القاضي في الثاني تبرعى، غير أنّ قيامه بهذا العمل التبرعى رهن سدّ عيلته، بدفع شيء من بيت المال حتى يقيم صلبه، و يدفع عادية الفقر الكاسر مضافاً إلى ما سيوافيك تحليله في المقام الثاني و ما احتمال في الجواهر من اختصاص بيت المال بذوى الحاجات (١) غير تام لأنّه يصحّ في بعضه كالزكاة و الصدقات دون غيرهما.

المقام الثاني: في أخذ الجعل من المتحاكين

إشارة

القاضي المنصوب إذا أخذ الرزق من بيت المال، يحرم عليه أخذ الجعل من المتحاكين إذ لا يصحّ له أخذ أجرتين لعمل واحد، فإنّ

عمله هذا ملك للحكومة الإسلامية، وقد عُيِّن للقضاء بين المسلمين مقتيداً بعدم أخذ شيء، فكيف يجوز له أخذ الأجرة أو الجعل؟! و أمّا إذا لم يكن كذلك فالقول بحرمة الجعل و إن كان قولاً بين الأصحاب، قال المحقق: أمّا لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلاف و الوجه التفصيل المذكور في الارتزاق من بيت المال. و قال في الجواهر: إنّه لا يجوز مطلقاً. «٢» لكن ليس له دليل صالح سوى ما ذكره الشيخ في المبسوط و نقله المحقق في الشرائع و هو أنّه يؤدّى فرضاً، فكيف يأخذ الأجرة على الفرض؟ و إليك تحليل هذا الدليل فنقول:

إن مقتضى القاعدة صحّة الإجارة إذا تمّت أركانها من موجر عاقل بالغ منتفع بالإجارة، و أجير كذلك سواء كان باذل الأجرة، أهل البلد، أو المتحاكمين أو المدعى و على كل تقدير فالعمل محترم و الموجر ينتفع بعمله فلا وجه للبطلان مع

(١) الجواهر: ٤٠ / ٥١.

(٢) الجواهر: ٤٠ / ٥٣٥٢، قسم المتن و الشرح.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٥٥

تمامية الأركان إنّما الكلام في أنّ وجوب القضاء هل يصلح أن يكون مانعاً من صحّة الإجارة أو لا؟ فنقول:

إنّ المانع عن صحّتها أمور ثلاثة

و هي:

١- أن لا- ينتفع به الموجر، لأنّه يكون من قبيل أكل المال بالباطل و قال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ (النساء / ٢٩) بناء على أنّ حرف الجرّ في «بالباطل» بمعنى المقابلة أى في مقابل أمر باطل عند العقلاء فيصحّ به الاستدلال على البطلان إذا لم تكن للمبيع أو لمورد الإجارة منفعة عقلائية كبيع الحشرات و أمّا على القول بأنّه راجع إلى النهي عن الأسباب الفاسدة كالرشوة، و الربا، و القمار، فيكفى في عدم صحّته، عدم شموله مثل هذه الإجارة للعمومات الواردة في باب المعاوزات إذ موردها هو انتفاع الطرفين بالعمل و الأجرة لعدم إقدام العقلاء على الإيجار في غير هذه الصورة فتحمل عليه.

٢- أن يكون العمل عبادياً لا يترتب عليه الأثر إلّا بالإتيان لله أو امتثال أمره و في مثله لا يصحّ الاستيجار لأنّ أثر العبادة مشروط بالقرب، بانحصار الداعي فيها و لكن الداعي بعد الإجارة، هو الأجرة لا غير بحيث لولاها لما قام بالعمل و على ضوء ذلك يبطل أخذ الأجرة على الواجبات التعبدية لأنّ صحّة صلاة الظهر رهن كونه لله و ينافيه أخذ الأجرة من غير فرق بين الفرائض كالصلوات اليومية، أو النوافل، كصلاة الليل و غسل الجمعة.

و أمّا صحّة النيابة عن الميّت في قضاء صلواته و صومه، و كذا النيابة عنه في تلاوة القرآن و زيارة الأئمة، مع أخذ الأجرة فالفرق واضح فإنّ الأجرة في الأوّل على نفس العمل فيأخذ الأجرة، ليصلّى فرائض نفسه أو يأتي بنوافلها، بخلاف الثاني، فإنّ الأجرة فيها على النيابة و هي ليست من العبادات و التفصيل في محله.

٣- أن يكون العمل حقاً للغير فلو كان كذلك كانت الأجرة سحتاً و لأجل

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٥٦

ذلك تحرم الأجرة في مقابل كفن المسلم و دفنه و الصلاة عليه فإنّ ظاهر الأدلّة كونها من حقوق الميّت على المسلم الحيّ فأخذ الأجرة فيه كأخذ الأجرة على عمل مستحقّ لآخر كما إذا نذر أن يبنى مسجد لله، فلا يجوز له أخذ الأجرة في مقابل العمل.

هذه هي الموانع الثلاثة عن صحّة الإجارة و أخذ الأجرة و يمكن إرجاع الثاني إلى الأوّل، لأنّ الموجر لا ينتفع بعمل الأجير إذا كان

المورد أمراً عبادياً قريباً، إذ تشترط في صحته تية القربة غير الجامعة مع أخذ الأجرة. و أما إرجاع الثالث إلى الثاني، كما عليه المحقق الرشتي «١» فلا، لأن المفروض أن الميت أو وليه ينتفع بعمل الأجير بدفن الميت أو الصلاة عليه.

و أمياً المقام فليس القضاء ممّا لا ينتفع به أهل البلد أو المتحاكمان، بل هو قوام الحياة و المجتمع، و ليس عملاً عبادياً حتى لا يجتمع مع أخذ الأجرة و ليس من حقوق الغير، و إلّا أصبح جميع الخدمات من هذا القبيل إذ أي فرق بين قضاء القاضي و مراقبة الحارس و مرابطة المجاهد في الحدود، و طبابة الطبيب حيث لا تخطر ببال أحد، حرمة أخذ الأجرة على تلك الخدمات بل الجواز فيها بمكان من الوضوح إذ تحريم أخذ الأجرة فيها يوجب اختلال النظام و تسرب الفوضى إلى المجتمع.

و كونه واجباً لا يمنع عن الإيجار ما لم يكن حقاً للغير أو لم تكن الأدلة ظاهرة في كونه عملاً تبرعياً فإن الواجب على قسمين: واجب بقاء جواز أخذ الأجرة، كما هو الحال في الخدمات و الصناعات من غير فرق بين الكفائي و العيني و كون العامل فقيراً أو غنياً، فلا يمنع وجوب العمل فيها عن عقد الإيجار، و واجب بقاء كونه تبرعياً أو متعلقاً بحق الغير. فمجرد الوجوب لا يكشف عن كونه عملاً تبرعياً مستحقاً للغير، كما أن جواز الإيجار، لا يكشف عنه، فإن مناط الإيجار، كون العمل

(١) القضاء: ٨٧.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٥٧

معروفاً لا كونه حقاً للغير فيأمره بالإتيان به لتلك الغاية.

إن من زعم أن الوجوب مطلقاً مانع من أخذ الأجرة، من دون تفريق بين كونه حقاً للغير و عدمه لما واجه الصناعات و الخدمات حيث إنها واجبة مع جواز أخذ الأجرة، حاول تصحيح أخذ الأجرة بوجوه زائفة موجودة في المكاسب المحرمة للشيخ الأنصاري و نقلها السيد الطباطبائي في المقام «١» و الحق أن يقال: إن الوجوب بما هو غير مانع عن الإيجار و أخذ الأجرة، و المانع كونه حقاً للغير و ليس القضاء كذلك.

و على ضوء ذلك يجوز جعله على المتحاكمين بالتشريك بينهما كما يجوز جعله على المدعى، أو على المحكوم عليه فيتبع على كيفية الاتفاق.

قال الشهيد في المسالك: ثم على تقدير جوازه بوجه ففي جواز تخصيص أحدهما به أو جعله على المدعى أو التشريك بينهما أو جبه، من الشك في أنها تابع للعمل أو للمنفعة الحاصلة، فعلى الأول هو عليهما و على الثاني يجب على المحكوم له أو على المدعى. «٢» أقول: الظاهر أنه لو رفع المتحاكمان الشكوى إليه فالأجرة عليهما، و إن رفع المدعى فهو عليه، إلّا أن يكون هنا اتفاق آخر.

ثم إن المحقق أجاز للمؤذن و القاسم و كاتب القاضي و المترجم و صاحب الديوان و والي بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال المعد للمصالح و كذا من يكيل للناس و يزن و من يعلم القرآن و الآداب. «٣» من غير تفصيل بين كون العمل واجباً كفاً أو عينياً أو كونهم من ذوى الكفايات أو من ذوى الحاجات. و لكنّه قدس سرّه استشكل في القاضي فيما إذا كان متعيناً عليه و كان غنياً و الفرق عجيب.

(١) السيد الطباطبائي: ملحقات العروة ٢ / ٢٠، المسألة ١٧.

(٢) المسالك ٢ / ٣٩٣.

(٣) نجم الدين: الشرائع: ٤ / ٦٩.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٥٨

نعم لو رفع المدعى الشكوى إلى المجتهد و كان فقيراً، بذل الحاكم نفقة القضاء من بيت المال لئلا يتضرر المسلم و لو تعدد التوصل

إليه، فيجب على القاضى القيام به على الأحوط، من باب صيانة حقّ المؤمن كنفسه.

المسألة السادسة: فيما ثبت به ولاية القاضى

إشارة

ثبتت ولاية القاضى بالأمر التالى:

١- العلم ٢- البيّنة ٣- سماع التولية ٤- إقرار الإمام أو من نصبه بها ٥ حكم الحاكم ٦ الاستفاضة. و إليك بيانها:
أما العلم فهو أعلى الطرق و ليس وراءه شىء.

و أما البيّنة، فثبوتها بها يتوقف على وجود إطلاق فى حجّية البيّنة و عدم اختصاصها بالمرافعات و الموارد التى وردت فيها بالخصوص و لعلّ الإمعان فى رواية «مسعدة بن صدقة» (١) و غيرها يعطى سعة حجّيتها و التفصيل موكول إلى محلّه.

و أمّا سماع التولية فلأنّ ظواهر الكلام حجّية فإذا قال: نصبت زيدا للقضاء، يكون الظنّ الحاصل منها حجّية و على ما ذكرنا فى علم الأصول عند البحث فى حجّية الظواهر من أنّ الظواهر مفيدة للعلم بالمراد الاستعمالى يدخل هذا، فى القسم الأوّل و لما كانت الظواهر عند المشهور من الحجج الظنيّة عدّوها سبباً مستقلاً.

و أمّا إقرار الإمام أو من نصبه بها، فلحجّية إقرار كل فيما يرجع إليه و يملكه و قد ثبت فى محلّه أنّ «من ملك شيئاً ملك الإقرار به».
و أمّا حكم الحاكم فالمقصود، هو حكم الحاكم فى البلد أو القاضى غير

(١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلاميه الغراء، ج ١، ص: ١٥٩

المعزول على كون شخص منصوباً للقضاء، و حجّيته موقوف على حجّية حكم الحاكم فى الموضوعات الخارجة عن حريم المرافعات و هو بعد غير ثابت لأنّ مقتضى الأدلّة حجّية رأيه فى الأحكام و المرافعات، و أمّا حجّية رأيه فى الموضوعات التى لم ينسدّ باب العلم فيها فلا، لإمكان التوصل إليها بالطرق المقررة الشرعية.

نعم يمكن أن يقال: إنّ هناك موضوعات، لو لم نقل بحجّية حكم الحاكم فيها، لزم طرح الحكم المجعول لها و ذلك كالهلال مثلاً إذا كان حكم الحاكم حجّية فى ثبوت الهلال تكون الدواعى مصروفة إلى إعلامه بالرؤية، فإذا استفاض يقطع بصحّته فيحكم برؤية الهلال بخلاف ما إذا قلنا بعدم حجّية حكمه فلا يكون هنا داع إلى الإعلام فيلزم ترك الحكم المجعول لها. و مثلها المقام إذ مقتضى طبع الحال أن يطلع حاكم البلد، على القاضى المنصوب لوجود مراسلات بينه و بين الحاكم الأعلى، بخلاف سائر الناس، فلو ألغينا حكمه، لزم طرح الآثار المترتبة على القاضى المنصوب.

أما السادس، أعنى: الاستفاضة، فيما أنّها لم ترد فى لسان الدليل، فلا ملزم للغور فى تبين مفهومها و البحث عن ثبوت الولاية بالشياع و عدمه، خال عن الفائدة فى الظروف الحاضرة لأنّ ثبوتها من أسهل الأمور فيها فاللازم البحث عن أدلّة حجّية الشياع فى الموضوعات من غير تقيّد بالمقام، و لما للبحث من فوائد فقهية: فنقول

استدلّ على حجّية الشياع بوجوه:

الأوّل: مرسله يونس

عن بعض رجاله عن أبى عبد الله قال: سألت عن البيئنة إذا أقيمت على الحق أ يحل للقاضى أن يقضى بقول البيئنة إذا لم يعرفهم من غير مسألة؟ فقال: «خمس أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم: الولايات، و التناكح، و المواريث، و الذبائح، و الشهادات فإذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته و لا يُسأل عن باطنه». (١)

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٢، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٦٠

و رواه الصدوق فى الفقيه و ذكر مكان المواريث «الأنساب». (١)

و رواه فى الخصال عن أبى جعفر المقرئ رفعه إلى أبى عبد الله عن آباءه عن على عليهم السلام: خمس أشياء يجب على القاضى. (٢)

و رواه الشيخ بإسناده عن على بن إبراهيم إلا أنه قال مكان «بظاهر الحكم»: «بظاهر الحال». (٣)

و لعلّ عناية المشايخ الثلاثة بنقلها، تورث الاطمئنان بصدورها و لا يضربها الإرسال و الرفع. إنما الكلام فى فقه الرواية فندرسها نجومياً لإيضاح مفادها.

١- ما ذا يريد السائل من قوله: «أن يقضى بقول البيئنة إذا لم يعرفهم من غير مسألة» و كيف يقضى بشهادتهم مع عدم عرفانهم، و هل يجتمع ذلك مع لزوم إحراز عدالتهم؟

و الظاهر أن المراد لا يعرف مستند شهادتهم بشهادة قول السائل: «من غير مسألة» و شهادة ما فى جواب الإمام من قوله: جازت شهادته و لا يُسأل عن باطنه.

٢- «خمس أشياء، يجب على الناس أن يأخذوا بظاهر الحكم» إن لهذه الفقرة تفسيرين:

أ: المراد من قوله: «بظاهر الحكم» هو حكم الناس فتكون اللام للعهد الذكري لسبق لفظ الناس و لو صح ما نقله الشيخ من «ظاهر الحال» مكان «ظاهر الحكم» يكون المراد حال الناس أى تلقّيتهم هذه الأمور صحيحاً. فيكون مفادها واحداً، و الفقرة دليلاً على حجّية الشيع و حكم الناس فيها و الله سبحانه لأجل التسهيل على العباد جعل حكم الناس فيها حجّة على السائرين، فإذا

(١) الصدوق: الفقيه، ج ٣، ص ٩، برقم ٢٩.

(٢) الصدوق: الخصال، باب الخمسة، الحديث ٨٨.

(٣) الطوسى: التهذيب، ج ٦، ص ٢٨٨، برقم ٧٩٨.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٦١

أشار الناس إلى واحد، بأنه وال، و إلى آخر بأنه زوج و إلى ثالث بأنه وارث فلان، و إلى لحم بأنه مذكى، يقبل قولهم و يؤخذ به و لا يجب التجسس. و هذا هو الذى فهمه المستدل بالرواية، على حجّية الشيع.

لكن هذا المعنى لا يلائم الموضوع الخامس (الشهادة) إذ لو أُريد منه أيضاً ذاك، كان على الإمام أن يقول: «و العدالة» أى إذا اشتهر بين الناس أن رجلاً عادلاً يقبل حكم الناس فى حقّه. لا أنه إذا اشتهر بين الناس بالشهادة تقبل شهادته إذ ليس له معنى معقول و قد نقل المحقق الآشتيانى وجهاً له وصفه بالركاكة، فلاحظ (١).

إلا أن يقال: الشهادة مصحف العدالة أو هو من قبيل ذكر المسبب و إرادة السبب أى إذا قبل الناس شهادة رجل فعلى الشاك قبولها، لأنه يكشف عن كونه عادلاً، فحكم الناس فى الأربعة الأول، يثبت نفسها و فى الخامس يثبت منشأها و مستندها.

ب: أن يراد من ظاهر الحكم، حسن ظاهر الأفراد و المقصود أن حسن الظاهر حجّة فى الموارد الخمسة، و عليه يكون المراد من ظاهر الحال فى نقل الشيخ هو ذاك فإذا ادعى الولاية، أو الزوجية أو الوراثة أو الذبح أو الشهادة و كانوا فى الظاهر مأمونين يقبل أقوالهم و

لا يتفحص عن مستند أقوالهم و هذا المعنى يلائم الموارد الخمسة و يؤيده الفقرة التالية.

٣- «فإن كان ظاهره مأموناً جازت شهادته و لا يسأل عن باطنه» و إنما خصَّ الشاهد، بحسن الظاهر، مع كونه شرطاً في الجميع لأجل وجود السؤال في حقه حيث قال: «أن يقضى بقول البيئنة إذا لم يعرفهم من غير مسألة» و عندئذ يكون الحديث أجنياً عن الدلالة على حجته الشيع بل كان دليلاً على حجته قول المدعى في هذه الأمور بالشرط المذكور و لا دليل على اختصاص الولاية بالقضاء بل

(١) الأشتياني: القضاء: ٤٥

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٦٢
يعم الولاية في التصرف كالتصرف في مال الغير.

الثاني: صحیحة حریر

قال: كانت لإسماعيل بن أبي عبد الله عليه السلام دنائير و أراد رجل من قريش أن يخرج إلى اليمن، فقال إسماعيل: يا أبا عبد الله إن فلاناً يريد الخروج إلى اليمن و عندي كذا و كذا دينار، أفتري أن أدفعها إليه يتناع لي بها بضاعة من اليمن؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: «يا بنى أما بلغك أنه يشرب الخمر» فقال إسماعيل: هكذا يقول الناس، فقال: «لا! يا بنى لا تفعل».

فعصى إسماعيل أباه و دفع إليه دنائيره، فاستهلكها و لم يأت به بشيء منها، فخرج إسماعيل، و قضى أن أبا عبد الله عليه السلام حج و حج إسماعيل تلك السنة، فجعل يطوف بالبيت و يقول: اللهم اجرنى و اخلف عليّ، فلحقه أبو عبد الله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه و قال له: «يا بنى فلا و الله ما لك على الله هذا، و لا لك أن يأجرك و لا يخلف عليك، و قد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمته».

فقال إسماعيل: يا أبا عبد الله لم أره يشرب الخمر إنما سمعت الناس يقولون. فقال: «يا بنى إن الله عز و جل يقول في كتابه: (يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ) «١» يقول: يصدق الله و يصدق للمؤمنين فإذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم، و لا تأتمن شارب الخمر إن الله عز و جل يقول في كتابه: (وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) «٢» فأى سفه أسفه من شارب الخمر؟ إن شارب الخمر لا يزوج إذا خطب، و لا يُشفع إذا شفع، و لا يؤتمن على أمانته، فمن ائتمنه على أمانته فاستهلكها لم يكن للذي ائتمنه على الله أن يأجره و لا يخلف عليه» «٣».

قال صاحب الجواهر: بعد نقل الرواية إذ هو كما ترى كالصريح في اعتبار الشيع الذي أعلى أفراده هو قول الناس و شهادة المؤمنين و نحوهما مما مذکور فيه و به أدرجه فيما دل على النهي عن ائتمان شارب الخمر. «٤»

(١) التوبة: ٦١.

(٢) النساء/ ٥.

(٣) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٦ من أبواب أحكام الوديعه، الحديث ١.

(٤) الجواهر: ٥٧/٤٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٦٣

و بذلك يعلم عدم تمامية ما ذكره المحقق العراقي في رد الاستدلال بالحديث إن ظاهر الحديث هو أن الإمام عليه السلام يعلم ولده آداب المعاشرة حيث ينبغي أن يسلك في مثل هذه الموارد طريق الاحتياط و أن يصدق الناس في الظاهر تصديقاً صورياً. «١»

يلاحظ عليه: أن لسان الرواية لسان الإحراز و الحجية حيث يقول: «و لا تأتمن شارب الخمر إن الله عز و جل يقول في كتابه: (وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) و أى سفه أسفه من شارب الخمر» نعم لا يلزم من حجية الشيع كونه حجته في جميع الموارد فلا يُحد الإنسان

و إن شاع أنه سارق أو زان إذ لإجراء الحدّ شروط خاصة.

ومع ذلك كله فالإدعان بما ذكر مشكل جداً، إذ من المحتمل أن يكون المراد من التصديق الحذر والاحتياط لا- ترتيب الآثار الشرعية. ويؤيده ما فى كلام الإمام الكاظم لمحمد بن الفضيل أيضاً: يا محمد كذب سمعك و بصرك عن أخيك المؤمن و لو شهد عندك خمسون قسامه و قال لك قولاً فصدقه و كذبهم. (٢)

فإنّ تكذيب خمسين قسامه، تكذيب لبينه شرعيه، و لو كان المراد هو التكذيب الجدى، لحفظ قول مؤمن واحد يلزم ترجيح المرجوح على الراجح و هو أقبح من الترجيح بلا مرجح. و هذا يعرب عن كون تصديق المؤمنين و تكذبيهم، ليس بالمعنى الحقيقى بل الغايه هو الدعوة إلى الحذر و الاحتياط، فمقتضى الاحتياط فى مورد الاتهام بشرب الخمر هو عدم الائتمان، كما أنّ مقتضاه فى المورد الثانى، عدم ترتب الأثر فى حقّ الأخ عند تكذبيه.

الثالث: ما ورد فى متاع الرجل و المرأة

، إذا مات أحدهما فادّعاه ورثه الحى و ورثه الميت أو طلقها فادّعاها الرجل و ادّعتها المرأة، فقد قضى الإمام بأنّ المتاع

(١) المحقق العراقى: القضاء ٢٠.

(٢) تفسير نور الثقلين: ج ٣، ص ٥٨٢؛ ثواب الأعمال ٢٩٥؛ البحار: ٧٥، ص ٢٥٥، الحديث ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلاميه الغراء، ج ١، ص: ١٦٤

للمرأة مستدلاً بقوله: «أ رأيت إن أقامت بينه إلى كم كانت تحتاج؟» فقلت: شاهدين، فقال: «لو سألت من بين لابتيتها يعنى الجليلين و نحن يومئذ بمكة لأخبروك أنّ الجهاز و المتاع يُهدى علانيه من بيت المرأة إلى بيت زوجها فهى التى جاءت به، و هذا المدعى (الرجل) إن زعم أنّه أحدث فيه شيئاً فليأت عليه البيئه». (١)

و ظاهر الحديث أنّ الاعتداد بشهادة من بين لابتين لأجل إفادته العلم و اليقين، فإنّ المتاع قد نقل على رءوس الأشهاد من بيت المرأة إلى بيت الزوج، فكيف يصحّ للزوج أن يدعى أنّه له. فلا صلة له بالشياع بما هو هو.

الرابع: ما رواه فى الوسائل عن تفسير الإمام الحسن العسكرى عليه السلام

من أنّ المدعى إذا جاء بشهود إلى النبى الأكرم و هو لا- يعرفهم بخير و لا- شرّ، يرسل من خيار أصحابه من يسألهم عن قبائلهم و أسواقهم، و محالهم، و الربض الذى ينزلانه حتى يخبراه بحالهما (٢)

و الحديث مع ضعف سنده و عدم صلاحيته للاحتجاج ينزل على حصول العلم، من الفحص من تلك المظان، و لا صلة له بالشياع.

الخامس: ما فى صحيحه عبد الله بن أبى يعفور:

من بيان ما تعرف به العدالة: ... فإذا سئل عنه فى قبيلته و محلته قالوا: ما رأينا منه إلّا خيراً (٣)

يلاحظ عليه: أنّه جعل قضاء الناس فى حقهما، جزء السبب لا تمامه كما هو ظاهر لمن لاحظها و المدعى كون الشياع تمامه.

إلى هنا كانت الأدلة مسوقة لبيان حجيه الشياع على وجه الإطلاق بخلاف الوجهين التاليين فإنهما يختصان بحجيته فى باب الولاية.

- (١) الوسائل: الجزء ١٧، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١.
- (٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١، و هو حديث مفصل.
- (٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ١.
- نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٦٥

السادس: السيرة المستمرة من زمن النبي صلى الله عليه وآله وسلم

حيث استقرت على تعيين الولاية و إثباتها بالاستفاضة و لم يكن دأب النبي أو من نصبوه لنصب القاضي، إرسال البيئة العادلة عند كل أحد، مع القاضي المنسوب حتى تشهد لولائه. «١»

يلاحظ عليه: أن إرسال القاضي كان مرفقاً برسالة مأمونة من التزوير و كانت مفيدة للاطمئنان لوجه أهل البلد الذين كانوا يقابلون القاضي قبل كل أحد، و كان تصديقهم مورثاً للعلم لغيرهم فلا يصح القول بأننا نعلم بعدم حصول العلم.

السابع: عسر إقامة البيئة فيجب سماع الاستفاضة فيها

أما الصغرى فواضح حيث إن إقامة البيئة العادلة عند كل من يحتاج للرجوع إليه مشكل جداً و أما الكبرى فلما يستفاد من النصوص أنه كلما تعسرت إقامة البيئة يقوم غيرها مقامها.

و أورد عليه أن عسر إقامة البيئة لا يوجب الانتقال إلى غيرها بل ربما يوجب سقوط وجوب الإقامة كما هو الحال فيما إذا لم يعلم إلا من قبلها أو سقوط بعض شروطها كالذكورة في شهادة النساء على الحمل، أو سقوط العدالة، كما إذا حضر الموت و لم يكن عند المحتضر مسلم عادل فيجوز إشهد غير المسلم لقوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذُو عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ صَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ ...﴾ (المائدة/ ١٠٦). «٢»

لقد تلخص من هذا البحث الضافي حول الشيعاء عدم دليل صالح يعطى كون الشيعاء حجّة بنفسه و لو كان هناك دليل من إجماع أو غيره على حجّيته في موارد كالهلال «٣» و النسب يكتفى به و إلا فلو أفاد الاطمئنان فهو و إلا فلا يعدّ دليلاً

(١) الآشتياني: القضاء / ٤٣، هذا الوجه و ما بعده مختصّ بباب الولاية.

(٢) الآشتياني: القضاء / ٤٣ مع تفصيل منّا.

(٣) لاحظ الوسائل: الجزء ٧، الباب ١١ من أبواب شهر رمضان، الحديث ١٤.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٦٦

شريعياً.

و في ما أفاد الاطمئنان لا يصلح دليلاً للحكم في المرافعات و الحدود، لأنّ الاعتبار في المرافعات بالبيئة، و في غيرها كالحدود بما ورد فيها من الخصوصيات.

بقي الكلام في أمور:

الأول: هل حجبة الشيعاء على القول بحجته مشروطة بإفادته العلم، أو الاطمئنان المتأخم له، أو الظن المطلق أو هو حجة مطلقاً؟

اختار الأخير صاحب الجواهر و قال: «المدار على تحققة» (١) و لا- سبيل إلى الأول لأنه يلحقه بما لا شك فى حجته، و يكون تعليق الحكم بالشيعاء عندئذ لغواً، و أمياً الأخير فهو بعيد عن مذاق العقلاء فإنهم يعتبرون الشيعاء طريقاً إلى الواقع و لو أمضاه الشارع فإنما أمضاه لأجل ذلك الملاك، و احتمال التعبدية فى حجبة الأمارات العقلائية بعيد عن لسان الآيات و الرواية، فدار الأمر بين المتأخم للعلم و الظن المطلق، و بما أن الموضوعات الواردة فى مرسله يونس بن عبد الرحمن على فرض دلالتها من مهام الأمور، فمن البعيد حجبة الظن المطلق فى الولايات التى تمارس الدماء و الأعراض و الأموال. فلم يبق إلّا الاطمئنان الذى هو علم عرفى. و الذى يسهل الخطب أن الشيعاء الطبيعى لا- يفارق الاطمئنان فى ظرف من الظروف إلّا إذا كان للمورد خصوصية تورث سوء الظن بالخبر و هو خارج عن مصب البحث. و الحاصل أن كل مورد يكون خارجاً عن احتمال التوطئة، يكون الشيعاء مفيداً للاطمئنان.

الثانى: فى العدد المحقق للشيعاء

و الظاهر أنه لا يمكن تحديده كما لا يمكن تحديد العدد المحقق للتواتر لأن طبيعة الموضوعات مختلفة اذ الدواعى إلى الجعل و المؤامرة و التوطئة موجودة فى بعضها دون بعض فإنه إذا كان المناط هو الشيعاء

(١) النجفى: الجواهر ٥٧/٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٦٧

المفيد للاطمئنان فتجب الاستفاضة إلى حد يفيد، و هذا يختلف حسب اختلاف الموضوعات فى القرب من دواعى الجعل و عدمه، و حسب صلتها بالسياسة و الأهواء و الميول، و لذلك يجب التربص حتى يحصل الاطمئنان.

الثالث: هل الشيعاء حجة فى خصوص الخمسة الواردة فى مرسله يونس أو بعتمها و غيرها؟

و قد استظهر صاحب الجواهر عموم اعتباره لغير المذكورات فيها، لأن صريح صحيحه حريز هو ثبوت الفسق لكن التعدى إلى غيرها يحتاج إلى الدليل، و ذلك لأجل ورود العدد فى المرسله نعم بما أنها ليست بحجة لإرسالها و إجمال المراد منها يؤخذ بإطلاق ما دلت الصحيحه عليه. كل ذلك على فرض ثبوت حجبة الشيعاء بما هو هو و إلّا فيكون أشبه بالسالبة بانتفاء الموضوع.

المسألة السابعة: فى نصب قاضيين فى البلد الواحد

إشارة

إذا كان البلد صغيراً أو كانت المرافعات قليلة، على وجه ترتفع الحاجة بممارسة الواحد، يكتفى بنصب قاض واحد و أمّا إذا كانت هناك حاجة إلى التعدد فيجوز نصب قاضيين فى البلد الواحد و أمّا كيفية ممارستها فلها وجوه بالنحو التالى:

١- تخصيص كل واحد بطرف فى البلد كالشرق و الغرب.

٢- تخصيص كل واحد بزمان خاص كالصباح و المساء.

٣- تخصيص واحد، بالحقوق و الآخر بالجزاء.

و ليس ذلك، تضييقاً في ولايته و لا مخالفاً لاستقلال القاضي و إنما هو من باب تقسيم المسؤوليات بين القضاء حتى تجرى الأمور على أحسن الوجوه.

٤- جعل كل واحد قاضياً في تمام البلد، و تمام الجهات في الحقوق و الجزاء و ذلك لكثرة المراجعات و الشكاوى، و لكل غرفة في دائرة القضاء.

تبريزي، جعفر سبحاني، نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤١٨ هـ ق نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج ١، ص: ١٦٨

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٦٨

٥ التشریک بينهما في الجهة الواحدة على جهة الاجتماع على الحكم الواحد، كان ينصب، للقضاء في حادثة على وجه الاتفاق، و إصدار الحكم على وجه الاشتراك و لا يتحقق إلا بالتوافق قبل إصداره.

٦- تلك الصورة و يكون الاعتبار للرأى الحائز لأكثر الآراء.

٧- تلك الصورة و يكون الاعتبار للرأى الحائز لنباب خاص من الآراء لا مطلق الأكثرية كأربعة أخماس من خمسة آراء.

هذه هي الصور المتصورة في المقام و ليس في كلمات القوم أثر من السادس و السابع، مع كونهما رائجين بين العقلاء و المجامع القضائية العالمية.

فندرس أحكام الصور، أما الثلاثة الأول فلا شبهة في صحتها، إنما الكلام في أحكام الصور الباقية و إليك دراستها:

الف: نصب قاضيين في البلد في جميع الجهات

إشارة

إنّ الداعي لهذا النوع من النصب صلاحية كل من القاضيين للقضاء في جميع الجهات، مع مسيس الحاجة إليهما، كما يجوز نصب وكيلين تامي الاختيار في الأموال بيعاً و إجاراً و رهناً و غيرها، نعم إن هذا النوع من النصب ربّما يورث التنازع بين المترافعين إذ يمكن أن يختار كل رجلاً هذا بخلاف ما إذا كان القاضي واحداً و هذه الصورة هي التي أشار إليها صاحب الجواهر مع الإيعاز بما يترتب عليه من التنازع و قال: و أولى من ذلك (القضاء على وجه الاتفاق الصورة الخامسة) التشریک بينهما على جهة الاستقلال كما في نصب الغيبة إلى أن قال: و التنازع يندفع بتقديم من سبق داعيه منهما و لو جاء معاً حكم بالقرعة و لو ابتدأ المتنازعان بالذهاب إليهما من غير دعاء، قدّم من يختاره المدعى. (١)

و قال النراقي: إذا كان هناك مجتهدان أو أكثر يتخير فيهما الرعية، فالحكم

(١) الجواهر: ٤٠ / ٦١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٦٩

لمن اختاره المدعى و هو المتبع له إجماعاً له، و لأنه المطالب بالحق، و لا حقّ لغيره أوّلاً فمن طلب منه المدعى استنقاذ حقه يجب عليه الفحص فيجب أتباعه و لا وجوب لغيره. (١)

أقول: ما ذكره العلمان هو الحق إذ المدعى له حق إقامة الدعوى، فى تمام المحاكم الشرعية دون محكمة خاصة، و من له هذا الشأن، يكون التعيين بيده.

غير أن السيد الطباطبائي لم يرتض ذلك و قال رداً على المستند: إن كون الحق له غير معلوم، و إن أريد حق الدعوى له حيث إن له أن يدعى و له أن يترك، ففيه أن مجرد هذا لا يوجب تقديم مختاره إذ بعد الدعوى يكون للآخر أيضاً حق الجواب مع أنه يمكن أن يسبق المدعى عليه بعد الدعوى إلى حاكم و يطلب منه تخليصه من دعوى المدعى فمقتضى القاعدة مع عدم علمية أحد الحاكمين هو القرعة إلا إذا ثبت الإجماع على تقديم مختار المدعى. (٢)

يلاحظ عليه بأمرين:

- ١- لا شك أن للآخر حق الجواب، لكن هذا الحق إنما يتولد، بعد إقامة الدعوى لدى الحاكم المختار للمدعى، فلا يمكن أن يكون مانعاً من اختياره و يكون أشبه بمنزعة النتيجة مع المقدمة.
 - ٢- إن للآخر الرجوع إلى حاكم آخر يطلب منه تخليصه من دعوى المدعى، لكنه إنما يتحقق بعد صدور الحكم من الحاكم الأول إما لأجل وجود البيئنة للمدعى، أو لنكول المنكر و رده اليمين إلى المدعى، و أمّا قبله فلم يحكم عليه بشيء حتى يكلف تخليصه من الحاكم الثانى.
- ثم قال السيد الطباطبائي: هذا إذا كان أحدهما مدعياً و الآخر منكرًا و أمّا

(١) النراقى: المستند ٢، كتاب القضاء / ٤٩٨.

(٢) الطباطبائي: ملحقات العروة الوثقى: ١٥ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٧٠

مع تداعيمهما بأن يكون كل مدعياً من وجه و اختار كل منهما غير ما اختاره الآخر مع فرض تساويهما فلا ينبغي الإشكال فى القرعة كما إذا زوجت الباكرة الرشيدة نفسها من رجل، و زوجها أبوها من آخر فتنازع الرجل فى زوجيتها أو تنازع الولد الأكبر مع سائر الورثة فى كون الحبوّة مجانية أو بعوض الإرث أو تنازع اثنان فيما فى يد ثالث أو فيما لا يد لأحد عليه، فمع اختيار كل من المتنازعين حاكماً للترافع و إصرارهما على ذلك يكون المرجع هو القرعة.

أقول: ما ذكره من أن المرجع هو القرعة إنما يتم فيما إذا كان من قبيل الشبهات الموضوعية كما لو تنازعا فى مال فى يد ثالث و أمّا إذا كانت الشبهة موضوعية كما فى مثال التزويج و الحبوّة، فالمرجع هو القاضى الأعلم فى البلدة، لوجوب تقليده و عدم حجّية فتوى غيره و قد عرفت أن القضاء فيها، إفتاء أولاً، ثم قضاء.

فتلخص أن هناك صوراً:

- ١- إذا كان هناك ادعاء من جانب و انكار من جانب آخر فتعيين القاضى بيد المدعى.
- ٢- إذا كان هناك تداع و كانت الشبهة موضوعية فتعيين القاضى بالقرعة بينهما.
- ٣- إذا كانت حكمية فيرجع إلى أعلم القضاة فى البلد.

ب: نصب قاضيين لممارسة القضاء على وجه الاتفاق

إشارة

هذه هى الصورة الخامسة و قد جاءت المسألة فى كتب لفييف من الأصحاب كالمحقق و من بعده و إليك نصوصهم:

١- قال المحقق: و هل يجوز التشريك بينهما فى الولاية الواحدة؟ و الوجه

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٧١

الجواز لأن القضاء نيابة تتبع اختيار المنوب. «١»

٢- قال العلامة فى القواعد: و لو اشترط اتفاقهما فى حكم فالأقرب الجواز. «٢»

٣- و قال فخر المحققين فى شرحه: وجه القرب أنه أضبط و لجوازه فى الشهادة و هى الأصل و أنهما كالوليين و الوصيين و يحتمل

عدمه لأن الخلاف فى مواقع الاجتهاد كثير و هو يؤدى إلى تعطيل الحكم فيبقى أكثر الخصومات غير مفصوله، و الأقرب عندى هو

الأول. ٣

٤- و قال العلامة فى الإرشاد: و لو شرط اتفاقهما فى كل حكم لم يجز. ٤

٥- و قال الشهيد: و لو شرط اتفاقهما فى الأحكام ففيه نظر من تضيق موارد الاجتهاد، و من أنه أوثق فى الحكم عندنا لأن المصيب

واحد. ٥

٦- و قال الشهيد الثانى: فإن شرط عليهما الاجتماع على الحكم الواحد ففي جوازه وجهان:

أحدهما: العدم لأن الخلاف فى مواقع الاجتهاد مما يكثر فيبقى الخصومات غير مفصوله.

و الثانى: و هو الذى اختاره العلامة و ولده، الجواز لأنه أضبط و أوثق فى الحكم خصوصاً عندنا من أن المصيب فيه واحد. و على هذا

فإن اختلفت اجتهادهما فى المسألة وقف الحكم و إنما ينفذان ما يتفق فيه اجتهادهما. ٦

و قال السيد العاملى: لا خلاف فى جواز تعددهم بحسب اختلاف البلدان أو الأحكام أو الأزمان و إنما الكلام فيما إذا اتحد الحكم

كأن يشترط اجتماعهما فى حكم أى نوع من الأحكام أو الصنف أو كل حكم، و المصنف (العلامة) هنا

(١) نجم الدين الحلى: الشرائع: ٧٠ / ٤.

(٢) ٢ و ٣ الإيضاح فى شرح القواعد: ٣٠٠ / ٤.

(٣) ٤ العلامة الحلى: إرشاد الأذهان: ١٣٩ / ٢.

(٤) ٥ مكى العاملى، الدروس الشرعية: ٦٧ / ٢.

(٥) ٦ زين الدين العاملى: المسالك: ٣٩٤ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٧٢

و الفخر ظاهراً و الشهيد الثانى على الجواز و استدل عليه بعضهم بأن القضاء نيابة فيتبع اختيار المنوب كالوكيلين و الوصيين و فيه أنه

كالمصادرة، و الأولى الاستدلال عليه بالأصل و عموم الأدلة و كونه فى معنى قصر ولايتهما بما يتفقان عليه فيكون أوثق و أضبط قالوا:

فإن اختلفت اجتهادهما فى المسألة وقف الحكم فيرجعان إليه عليه السلام.

و ذهب المصنف فى الإرشاد و التحرير إلى عدم الجواز لأنه يؤول إلى تعطيل الأحكام و بقاء المنازعة. قلت: الأولى الاستدلال عليه

بأنهما إن صلحا للقضاء فلا معنى لاشتراط اتفاقهما مع ظهور اختلاف الاجتهاد كثيراً و إلا فلا معنى لتوليتهما و إلا فما استندوا إليه فى

المنع يندفع بأدنى ملاحظة فيما ذكرناه من أدلة المجيزين، ثم اختار الجواز لأنه قد تقضى المصلحة قصر ولايتهما على ما يتفقان فيه و

إن كان كل منهما صالحاً للقضاء. «١»

أقول:

يقع الكلام فى جهات:**الأولى: التصوير الصحيح من هذا القسم**

، فهل المراد منها، كون القاضى مجموعهما على وجه يكون كل واحد نصف قاض أو أن المراد أن كل واحد قاض تام و لكن الحكم لا ينفذ بدون الاتفاق؟ و الظاهر هو الثانى، بدليل تشبيهه المقام بالوصيين و الوكيلين فإن كل واحد وصى إلا أنه لا ينفذ تصرفه إلا برضا الآخر، و لأجل ذلك لو مات أحدهما يبقى الآخر وصياً تام الاختيار و لا يحتاج إلى ضم غيره إليه.

الثانية: فى تلخيص أدلة الطرفين

. إن المجيز و المانع استندا إلى وجه مختلفه، فاستند المجيز إلى:

١- كونه أوثق و أضبط فيكون أوقع.

٢- إنهما كالوكيلين و الوصيين.

(١) العاملى: مفتاح الكرامة ١٠ / ١٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلاميه الغراء، ج ١، ص: ١٧٣

٣ إذا جاز فى الشهادة التى هى الأصل للقضاء يجوز فى المقام.

٤- إن الجواز مقتضى الأصل و العمومات.

و عليه لو اتفقا ينفذ و إلا يوقف.

استند المانع إلى:

١- أن الخلاف فى مواقع الاجتهاد كثير و هو يؤدى إلى تعطيل الأحكام.

٢- أنه تضيق لموارد الاجتهاد و لعله يريد أنه تضيق لولاية القاضى و مخالف لاستقلاله.

٣- أنهما إن صلحا للقضاء فلا معنى لاشتراط الاتفاق و إلا فلا معنى لتوليتهما.

الثالثة: فى القضاء بين القولين

هو أن مورد النزاع غير منقح فى كلامهم فإن كان النزاع فى المنصوب الخاص كما هو الظاهر من كلام السيد العاملى حيث قال: «فيرجعان إليه عليه السلام» فلا موضع للجدال، لأن ولاية القاضى ضوء من ولاية الإمام، فهى تتبع كيفية الإفاضة فتارة يتولى عنه على وجه الاستقلال و أخرى على وجه التشريك و شرط الاتفاق قال سبحانه: ﴿هَذَا عَطَاؤُنَا فَامْنُنْ أَوْ أَمْسِكْ بِغَيْرِ حِسَابٍ﴾ (ص / ٣٩). و لعل المفروض فى كلام المحقق أيضاً هو هذه الصورة حيث قال: «لأن القضاء نيابة تتبع اختيار المنوب» و مع هذا لا حاجة للاستدلال بالأوثقية أو التشبيه بالوكيلين أو الوصيين أو الشهادة. و لم أتحقق وجه التمسك بالأصل فى المقام فى كلام السيد العاملى، و أما العمومات فهى فرع وجود البيان من هذه الجهة.

كما أنه لا يصلح للمنع قوله بأنه يؤدى إلى تعطيل الأحكام ضرورة أنه محدد بما إذا لم يؤد إلى التعطيل، أو قوله: إنه إن صلح للقضاء فلا معنى للاشتراط، لما عرفت من أنها مفاضة منه فتتبع كيفية الإفاضة.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٧٤

و لو كان هذا محطّ النزاع فالبحت عنه لغو فى زماننا.

و أمّا إذا كان محطّ النزاع هو القاضى المأذون فى عصر الغيبة و إن شئت قلت: المنصوب العام فإن لم تكن هناك دولة إسلامية يرأسها الفقيه، فلا موضوع للنصب حتى يتحدّد بالاستقلال أو التشريك إنّما الكلام إذا كانت دولة إسلامية و صار التنفيذ محدّداً بالنصب لأجل حفظ النظام، و عدم تسرّب الفوضى إلى المجتمع، فيقع الكلام فى جواز هذا التحديد و هو فرع جواز تضيق دائرة ولاية القاضى و استقلاله و المفروض أنّ للقاضى فى عصر الغيبة الولاية التامة و ليس للفقيه الرئيس تحديد الولاية و أمّا حديث النصب فهو شرط النفاذ، لا الولاية، و إلّا فله الولاية نصب أم لا و معه كيف يمكن له أن تحدّد ولاية القاضى و استقلاله و يشترط الاتفاق و هذا هو المهم فى المسألة.

نعم لو اقتضت المصلحة فله أن يحكم عليهما حكماً حكومياً على أن لا يصدر إلّا عن الاتفاق، و الإمساك عند الاختلاف فى رأى، و لو لم يكن هناك حكم بالإمساك، و اختلفا فى رأى و الحكم فإذا كانت الشبهة موضوعية يتساقطان و يرجع إلى ثالث يعينه المدعى و إن كانت حكمية فيؤخذ بقضاء الأعم كما لا يخفى و هذا يستفاد من رواية ابن حنظلة «١» و داود بن الحصين ٢ و غيرهما كما لا يخفى.

و بذلك يعلم حال الصورتين الأخيرتين فى المنصوب الخاص و العام، و المحاولة الأخيرة تجرى فيهما أيضاً، فالتحديد لا بدّ أن يكون قيماً للتنفيذ، لا للولاية، و أن يكون هناك حكم حكومى لإمساك المخالف عن إصدار الحكم. فلو تحقّق الموضوع من الأكثرية أو النصاب الخاص ينفذ و إلّا فلا. و لو صدر الحكم المخالف، يكون المرجّح فى الشبهة الحكمية هو الأفقية الواردة فى الروايات، و إن كانت موضوعية يتساقطان فيرجع إلى قاض آخر.

(١) ١ و ٢ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩، من أبواب صفات القاضى، الحديث ١، ٢٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٧٥

المسألة الثامنة: فى انعزال القاضى و عزله

قد تعرّفنا فيما مضى على الشرائط المعتبرة فى عقد القضاء، ابتداءً، فيعتبر فيه العقل و البلوغ و العدالة، و الاجتهاد و الضبط العادى، و لو افترضنا أنّه افتقد فى الأثناء بعض هذه الشرائط كما إذا جنّ أو فسق أو زال الاجتهاد و الضبط، يُعزل عن القضاء من غير فرق بين القاضى المنصوب و المأذون لأنّ المتبادر من الأدلّة كونها معتبرة ابتداءً و استدامةً، لقبح تسليط المجنون و الفاسق و من لا يصلح للقضاء على النفوس و الأعراض و الأموال، و بعبارة أخرى: مناسبة الحكم و الموضوع تقتضى كونها شروطاً مطلقةً. و على ضوء ذلك لو حكم لم ينفذ واقعاً و لو جهل حاله و حكم، يكون نافذاً ظاهراً و لو بان الخلاف يكشف عن بطلانه من أوّل الأمر.

هذا من غير فرق بين القاضى المنصوب و القاضى المأذون، لأنّها شرائط واقعية على وجه لولاها، لما عقد له القضاء.

و لو افترضنا عود الوصف الزائل، كما لو صار عادلاً، أو ضابطاً يحتمل الفرق بين المنصوب، و المأذون، لأنّ الثانى بعد عود الوصف يدخل تحت العمومات الواردة فى المقبولة و غيره، بخلاف المنصوب ففيما لو توقّف النفاذ على النصب، كما فى زمان الحضور مع بسط اليد، أو الغيبة مع قيام الدولة الإسلامية، فعود الوصف و إن كان يلازم عود الولاية، لكن المفروض، اشتراط النصب فى النفاذ فلا ينفذ حكمه إلّا بعد النصب الجديد. هذا ما بنينا عليه فى الدورة السابقة.

و لكن يمكن أن يقال: إنّ أساس القضاء هو الولاية و المفروض عودها و هذا كما إذا قال الإمام: صلّ خلف العادل، و افترضنا أنّ

عادلاً فسق ثم تاب فيدخل التائب تحت قوله: «صل خلف العادل» ولا يضرّ عدم انطباقه عليه في الأثناء فلو

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٧٦

كان لدليل النصب عموماً أزمانياً يتمسك به إلا فيما دلّ الدليل على خروجه.

فهل ينزل بمجرد العزل أو بعد بلوغ الخبر، تظهر الثمرة في صحّة الأحكام الصادرة بين العزل و البلوغ، قال في المسالك: فيه قولان أظهرهما الثاني لمعظم الضرر في ردّ أفضيته بعد العزل و قبل بلوغ الخبر فيكون الحكم فيه أولى من الوكيل.

و السيرة الرائجة بين العقلاء هو العزل بعد بلوغ الخبر، و هو المتّبع ما لم يردع عنه الشارع و هو الظاهر من سيرة الإمام على عليه السلام كما في كتابه إلى أبي موسى الأشعري عند ما كان عامله على الكوفة و بلغه عنه تسيطه الناس عن الخروج إليه لما ندبهم لحرب الجمل و هو: «من عبد الله، على أمير المؤمنين، إلى عبد الله بن قيس. أمّا بعد: فقد بلغني عنك قول هو لك و عليك فإذا قدم رسولى عليك، فارفع ذيلك، و اشدد مئزرك، و اخرج من جحر ك». (١)

المسألة التاسعة: في انزال القضاء بموت الإمام

إشارة

إذا مات الإمام فهل ينزل القضاء المنصوبون به أو لا؟ فيه خلاف و الكلام يقع تارة في الإمام المعصوم و أخرى في الحاكم الإسلامى الأعلى.

و إليك بعض الكلمات:

١- قال المحقق: إذا مات الإمام عليه السلام، قال الشيخ: الذى يقتضيه مذهبا انزال القضاء أجمع. و قال فى المبسوط: لا ينزلون لأن ولايتهم ثبتت شرعاً، فلا تزول بموته عليه السلام، و الأول أشبه. (٢)

قال ابن سعيد: و إذا مات الإمام انزل النائبون عنه. (٣)

و قال العلامة فى القواعد: و لو مات إمام الأصل فالأقرب انزال القضاء. (٤)

(١) نهج البلاغة، قسم الكتب، برقم ٦٣.

(٢) نجم الدين الحلى: الشرائع: ٧١ / ٤.

(٣) ابن سعيد الحلى: جامع الشرائع ٥٤٠.

(٤) مفتاح الكرامة: ٢١ / ١٠، قسم المتن.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٧٧

و قال أيضاً فى الإرشاد: و ينزل بموت الإمام و المنوب. (١)

و القول المشهور عند الفقهاء هو الانعزال و ما نقله المحقق عن الشيخ فى المبسوط، لم نثر عليه فى كتاب القضاء منه و قد نقل العاملى الانعزال عن النافع، و التحرير، و الدروس، و المسالك، و المجمع و حتى عن الشيخ فى المبسوط.

و مع ذلك يظهر من المسالك وجود قولين بين الفقهاء قال: اختلف كلام الشيخ و غيره من الفقهاء فيما لو مات إمام الأصل هل ينزل القضاء أم لا؟ فقول: ينزلون مطلقاً، لأنهم نوابه و ولايتهم فرع على ولايته، فإذا زال الأصل تبعه الفرع، و قيل: لا ينزلون، لأن ولايتهم ثبتت شرعاً فيستصح و لما يترتب على الانعزال من الضرر العام اللاحق بالخلق بخلو البلدان عن الحكام إلى أن يتجدد للإمام اللاحق نواب فيعطل المصالح. و الأظهر هو الأول.

و قد يقدح هذا فى ولاية الفقيه حال الغيبة و أن الإمام جعله قاضياً و حاكماً فيجربى فى حكمه ذلك الخلاف إلا أن الأصحاب مطبقون على استمرار تلك التولية فإنها ليست كالتولية الخاصة بل على حكم بمضمون ذلك فأعلامه بكونه من أهل الولاية على ذلك، كإعلامه بكون العدل مقبول الشهادة وذى اليد مقبول الخبر و غير ذلك و فيه بحث. «٢»

إن القائل بالانعزال يتمسك بفرعية ولايته على إمامة الأصل الذى مات. و القائل بعدمه يتمسك باستصحاب الولاية أولاً، و لما يترتب على الانعزال من تعطيل المصالح ثانياً و الظاهر أن القولين مبنيان على أمر آخر و هو أن المنشأ هو النيابة أو إعطاء المنصب كما سيظهر.

و لعل نظر الشهيد من قوله: «و فيه بحث» إلى ما يلى:

١- لا فرق بين التولية الخاصة و التولية العامة فإن كان المنشأ هو النيابة

(١) إرشاد الأذهان: ١٣٩ / ٢.

(٢) زين الدين العاملى، المسالك: ٣٩٤ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٧٨

فيكون أشبه بالوكالة، تبطل بموت الموكل، و إن كان إعطاء المنصب و إضفاء المقام، فلا ينعزل مطلقاً، خاصاً كان أو عاماً.

٢- وجود الفرق الواضح بين الإعلام بكون العدل مقبول الشهادة وذى اليد مقبول القول و بين النصب للقضاء، فإن الأول من قبيل الإخبار عن واقع محفوظ خارج كلامه عليه السلام فلا يتحدد بقاء المخبر و بين الإنشاء فإذا كان بصورة النيابة يكون مقيداً بقاء المنوب عنه.

٣- و ما ذكره من أنه قد يقدح فى ولاية الفقيه حال الغيبة غير قادح مطلقاً بل القدح يختص بصورة واحدة لا بكلتا صورتين.

و يظهر من الجواهر: الفرق بين استمداد الإمام مشروعته مقامه من الناس و بين كونه منصوباً من الله سبحانه فالانعزال يناسب الأول دون الثانى لأن أئمتنا أولياؤنا أحياء و أمواتاً، نعم إنما ينعزل نوابهم عليهم السلام بالموت حيث تكون التولية منهم مقيدة بذلك و لو بظاهر الحال لانقطاع ولايتهم بالموت، فإذا كانت من أحدهم على الاستدانة صريحاً أو ظاهراً فلا إشكال فى عدم الانعزال. «١»

يلاحظ عليه: أن الظاهر عدم الفرق بين من أخذ مشروعته مقامه من الناس أو من الله، فالتمتص بالإمامة من جانب الشعب له الاستنابة، و له إعطاء المنصب و الولاية، فالقيادة العامة تُسوغ كلا الأمرين و الأول منهما يُتقوّم بحياته دون الآخر.

إن تخصيص النزاع بالقضاء دون سائر الموظفين عسكريين كانوا أم مدنيين بلا وجه فمقتضى الاستنابة، انعزال الجميع، و هو يورث الفوضى فى المجتمع بل يورث ما لا- تحمد عاقبته. كل ذلك يدلنا على أن المنشأ هو الولاية و إعطاء المنصب و هذا أيضاً هو المستفاد من جعل الأئمة، الفقهاء حكماً مما مضى من الروايات

(١) النجفى، الجواهر: ٦٥ / ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٧٩

خصوصاً من الإمعان فى التوقيع الرفيع الصادر عن صاحب الأمر لشيئته حيث قال: «و أمّا الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة أحاديثنا فإنهم حجّتى و أنا حجّة الله». «١»

ثم إن اللازم تركيز النزاع بعصر الغيبة و عندئذ لو لم يكن هنا دولة إسلامية فلا موضوع للبحث و الفقهاء فيه قضاء مأذونون من جانب الإمام الحى عجل الله تعالى فرجه الشريف و أمّا إذا كان هناك دولة إسلامية يرأسها فقيه جامع للشرائط فقد عرفت أن النصب شرط النفاذ، و إيصاد باب الفوضى فإذا مات الفقيه فلا ينعزل القضاء لأن ولايتهم مقتبسة عن الإمام المعصوم لاعن الفقيه القائد، غاية الأمر

النفاذ بالقوة القاهرة، فرع الاعتراف بقيادته.

فى موت القاضى المنصوب

ما سبق كان فى موت الإمام الناصب، بقى الكلام فى موت القاضى المنصوب فيقع البحث تارة فى نوابه فى شغل خاص، و أخرى فى الخليفة عنه فى القضاء على وجه الإطلاق.

أمّا الأوّل فظاهر الأمر أنّه من قبيل الاستنابة كما إذا عين رجلاً لبيع مال على ميت أو غائب أو سماع بينة فى حادثه معينه، و لا معنى لإعطاء الولاية فى حادثه معينه لشخص.

و يقرب منه: تعيين المتولّى للوقف الذى لا- متولّى له و القيمّ لليتيم الذى لا ولى له، فإنّ الظاهر أنّه من قبيل الإذن فى التصرف القائم نفوذه بحياة الآذن. حيث إنّه لا يمكن للفقهاء المباشرة، فئيب الغير مكانه.

قال الشهيد: و فى المنصوبين فى شئون عامة كقوام الأيتام و الوقوف و جهان ناشئان من الوجهين فى نواب الإمام من حيث التبعية و من ترتّب الضرر لولايتهم

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١، من أبواب صفات القاضى، الحديث ٩.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٨٠

إلى أن تتجدد الولاية. «١»

أقول: الظاهر هو الوجه الأوّل، و لا- يترتب أى ضرر إذ لو لم يتمكّن من الرجوع إلى الفقيه، يرجع إلى عدول المؤمنين و أقصى ما يترتب عند عدم التمكّن منهم كون تصرفاتهم فضولية إذا كانت مقرونة بالمصلحة، فتنفذ بتنفيذ الفقيه الآخر بعد التمكّن منه.

و أمّا الخليفة عنه فى القضاء فالمفروض على أصولنا أنّه مجتهد مثل المنوب عنه، قاض مثله، غير أنّ حفظ النظم دعاهما إلى الترتّب و بما أنّ استنابته كان باذن من الإمام، لا يضر موت النائب و المفروض ثبوت الولاية له أيضاً، نعم نفوذ رأيه ظاهراً يتوقف على الاعتراف به رسمياً.

المسألة العاشرة: فى تولية من لم يستكمل شرائط القضاء

إنّ شرائط القضاء على قسمين: قسم يعدّ مقوماً له بحيث لولاه لما انعقد القضاء كالعقل و القدرة و البلوغ من الشرائط لعامة التكليف، و قسم يعدّ كمالاً للقضاء و شروطاً شرعية ففى حقه يقول المحقق:

إذا اقتضت المصلحة تولية من لم يستكمل الشرائط، انعقدت ولايته مراعاة للمصلحة فى نظر الإمام كما اتفق لبعض القضاء فى زمان على عليه السلام و ربّما منع من ذلك فإنّه عليه السلام لم يكن يفوض إلى من يستقضىه و لا يرتضيه بل يشاركه فيما ينفذه فيكون هو الحاكم فى الواقعة لا المنصوب. «٢»

و المراد هنا من غير المستكمل للشرائط من كان مقلداً لا مجتهداً، فاسقاً لا عادلاً، و بما أنّا أشبعنا الكلام حول الأمرين عند البحث عن شرائط القضاء فلا نعود إليه، و نعطف عنان الكلام إلى المسألة الآتية.

(١) زين الدين، المسالك: ٢ / ٢٩٥.

(٢) نجم الدين: الشرائع: ٧١ / ٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٨١

المسألة الحادية عشرة: كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه

إشارة

هنا مسألتان: احدهما: إن هنا طوائف لا تقبل شهادتهم على المشهود عليهم و إن كانوا عدولاً، كالولد على الوالد، و العبد على مولاه، و الخصم على خصمه، على وجه لا توجب الخصومة فسق الشاهد.

نعم تقبل شهادة الولد لوالده و الوالد على ولده و له، و الأخ لأخيه و عليه، و قد بحث فيه المحقق فى كتاب الشهادة: قال حول شهادة الولد على الوالد: النسب و إن قرب لا يمنع قبول الشهادة كالأب لولده و عليه، و الولد لوالده و الأخ لأخيه و عليه. و فى قبول شهادة الولد على والده خلاف.

و قال حول شهادة المملوك قيل: لا تقبل شهادة المملوك أصلاً، و قيل: تقبل مطلقاً و قيل: تقبل إلّا على مولاه. و قال حول شهادة الخصم: العداوة الدينية لا تمنع القبول فإنّ المسلم تقبل شهادته على الكافر. و أمّا الدنيوية فإنّها تمنع. «١» و بما أنّ التصديق الفقهي فى هذه الفروع يتوقف على دراسة أدلتها، و هى مطروحة فى كتاب الشهادة فتتخذ عدم القبول أصلاً موضوعياً فيها و نبحت فى الملازمة بين عدم قبول الشهادة و عدم قبول القضاء فنقول:

و إليك الكلمات:

١- قال المحقق: كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه كالولد على الوالد، و العبد على مولاه، و الخصم على خصمه. «٢»

(١) لاحظ الشرائع: ٤/ ١٣١١٢٩، كتاب الشهادة.

(٢) نجم الدين: الشرائع: ٤/ ٧١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٨٢

٢ و قال العلامة فى القواعد: و كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه كالولد على والده «١»

٣- و قال فى الإرشاد: و لا ينفذ حكم من لا تقبل شهادته كالولد على والده «٢»

أقول:

استدل على الملازمة بوجوه:

١- القضاء شهادة و زيادة

قال ثانى الشهيدين: الحكم من شخص على آخر، شهادة له عليه و زيادة فيشترط فى نفوذه ما يشترط فى نفوذ الشهادة من الطرفين و أحدهما ... لكنّه قدس سرّه منع الحكم فى الأصل، أى عدم قبول شهادته فرتب عليه قبول حكمه له و عليه كغيره. «٣»

و قال المحقق الأردبيلي فى شرح قول العلامة فى الإرشاد: أى لا يمضى حكم من لا تقبل شهادته على شخص، عليه كشهادته كحكم الولد على والده فإنّ المشهور بل ادعى الإجماع على عدم قبول شهادة الولد على الوالد فلا يجوز حكمه عليه إذ الحكم شهادة و زيادة.

ثمّ أورد عليه بقوله: فيه تأمل إذ سيجيء أن لا إجماع و لا دليل على ذلك بل الدليل على خلافه و قد تمنع الأولوية على تقدير وجود الدليل على منع الشهادة فقط و القياس ممنوع فيجوز الحكم عملاً بعموم الأدلة. «٤»

أقول: لا شك أن الإطلاقات هو المحكم فما لم يكن هناك دليل صالح على منع الحكم فيؤخذ بإطلاق قوله: «فإني قد جعلته عليكم قاضياً» (٥) و أما الاستدلال

(١) مفتاح الكرامة: ١٣/١٠، قسم المتن.

(٢) ارشاد الأذهان: ١٣٩/٢.

(٣) المسالك: ٣٩٥/٢.

(٤) الأردبيلي، مجمع الفائدة: ٢٢٢١/١٢.

(٥) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٦.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٨٣

فيوضح بيانين:

أ: إن القضاء حكم يتضمن الشهادة، فإذا كانت شهادته غير نافذة يكون قضاؤه كذلك.

يرد عليه أن القضاء ليس شهادة، وإنما القاضى يصدر عن الشهادة من دون تصديق لها قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «إنما

أقضى بينكم بالبينات و الايمان و بعضكم أحن بحجته من بعض» (١).

ب: إن العرف يفهم حكم القضاء من حكم الشهادة، و أن ما هو السبب لمنع نفوذ شهادته، فهو موجود أيضاً فى القضاء حرفاً بحرف و

هذا استدلال مقبول و لا يرد عليه ما ذكره المحقق الأردبيلي: «من منع الأولوية على تقدير وجود الدليل على منع الشهادة، و القياس

ممنوع» و ذلك لأن أساس الاستدلال ليس القياس و لا القسم الأولوى منه، بل فهم العرف من الدليل، عدم اختصاص الحكم بمورد

الدليل.

٢- القضاء عليه خلاف المعروف

إن القضاء على الوالد، يخالف قوله سبحانه: (وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا) (لقمان/ ١٥).

يلاحظ عليه: أن القضاء بالحق ليس على خلاف المعروف و ليس المعروف إلّا الموافق للشرع و إن أبيت إلّا عن كونه موافقاً لما عليه

العقلاء، فمنع كون الإجهار بالحق فى المحكمة، على خلاف سلوكهم بل يعدّ خدمه له، لأنه يخلصه عمّا عليه من الحقّ و من تبعاته،

كيف لا يكون كذلك و قد قال سبحانه: (وَإِذِ قُلْتُمْ فَأَعِدُّوا و لَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ)

(الأنعام/ ١٥٢).

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

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٨٤

٣- القضاء عليه عقوق:

إن القضاء عليه عقوق لأنه إظهار لكذب الوالد و هو محرم. (١)

يلاحظ عليه: مضافاً إلى أنه إذا كان عقوقاً يجب أن لا يمضى حكمه على والده مع أنه جائز بالاتفاق بأن الإيذاء إذا كان بحق لا يعدّ عقوقاً، فلو تأذى الوالد من أداء الواجبات، فلا يعدّ من العقوق المحرّم يقول سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ (النساء/ ١٣٥). ومثله ليس بعقوق إمّا موضوعاً أو حكماً.

وعلى ضوء الدليل الأوّل المرضي عندنا لا فرق بين قضاء الولد على الوالد، أو قضاء الخصم على خصمه، وإن كان حاكماً في عصر الغيبة أو قضاء المملوك على مالكة، إذ المفروض ثبوت الحكم في الأصل، والمناسبة الموجودة بين الموضوع والحكم في الأصل تقتضى سريانه إلى القضاء ويكون حاكماً على قوله: «فإنّي جعلته عليكم حاكماً» أو: «فإنهم حجّتي عليكم»، «و الرادّ عليهم كالزاد علينا» (٢) بمعنى تضيق دائرة الدليل و حجّيته.

تكميل

إنّ من لا- تقبل شهادته لا يختصّ بالثلاثة، بل يعمّ من يجزّ بالشهادة إلى نفسه نفعاً أو يدفع ضرراً تجمعهما التهمة كما في شهادة الشريك للشريك فيما هو شريك فيه، و صاحب الدين للمحجور عليه، فمن، لا- تقبل شهادته فيه، لا- يقبل قضاؤه لنفس الدليل المذكور في الصورة المتقدّمة و قد استدل على عدم جواز شهادة غير الثلاثة بروايات:

أ: موثقة سماعاً: قال سألته عمّا يردّ من الشهود قال: «المريب، و الخصم،

(١) الدليلان نقلهما السيد العاملي في مفتاح الكرامة عن العلّامة، لاحظ: ١٠/ ١٤.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١، ٩، ١٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٨٥

و الشريك، و دافع مغرم، و الأجير و العبد و التابع، و المتهّم، كلّ هؤلاء تردّ شهاداتهم». (١)

ب: ما رواه الصدوق بسنده المذكور في المشيخة عن فضالة بن أيوب عن أبان قال: سئل أبو عبد الله عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه قال: تجوز شهادته إلّا في شيء فيه له نصيب. (٢) إلى غير ذلك من الروايات التي يجمعها غالباً جرّ النفع أو دفع الضرر. و قد عرفت وجود الملازمة العرفية بين المنع عن الشهادة و المنع عن نفوذ القضاء و على ذلك فهناك فروع تترتب على ذلك الأصل يظهر من المشايخ عدم نفوذ رأى القاضي فيها، و لا يخلو بعضها من إشكال و إليك الفروع:

١- إذا كان للحاكم منازعة مع غيره لا- ينفذ حكمه لنفسه على ذلك الغير و لو بأن يوكل غيره في المرافعة معه فيترافعا إليه بل يلزم الرجوع إلى حاكم آخر ... وهذا لا غبار عليه، لانصراف أدلّة قضاء الفقيه عن هذه الصورة و لأنّ ظاهره جرّ النفع إلى نفسه و إن كان يحتمل أن يكون حقاً و قد عنوانه المحقق في محلّه فلاحظ. (٣)

٢- إذا نقل حقّه إلى غيره، جاز أن يرجع الغير مع الخصم إليه، و إن انتقل إلى القاضي بعد ذلك بإقاله و نحوها و ذهب السيد الطباطبائي إلى الجواز قال: «حتى و لو نقل إلى الغير بشرط الخيار لنفسه في الفسخ» (٤) لعدم كون القاضي طرفاً للتزاع فلا انصراف للأدلة و لعدم صدق جرّ النفع بشرط أن يكون الانتقال جدياً، لا من باب الحيل الشرعية حتى يقع ذريعة للتزاع لديه. و مع ذلك ففي النظر فيه

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٣ و لاحظ الحديث ٧.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٣، و سند الصدوق إلى فضالة في «الفقيه» صحيح، و فضالة بن أيوب ثقة، و أبان بن عثمان ممن أجمعت العصابة على تصديقه، و لما حقّقنا في محلّه من بطلان اتّهامه بالناووسية.

(٣) نجم الدين الحلبي الشرائع: ٨٣/٤ و لاحظ الجواهر: ١٥٨/٤٠.

(٤) السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ١٧/٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٨٦

مجال، لأنه متهم في قضائه إذ لو قضى لصالح المدعى يلزم عليه رد الثمن على من باعه منه، و لو قضى لصالح المنكر (المشترى) فقد دفع به ذلك المغرم عن نفسه فيحتمل أن يكون من مصاديق قوله في موثقه سماعه: «و دافع مغرم» كما مرّ فالأولى رفع الشكوى إلى قاض آخر.

٣- إذا كان للحاكم شركة مع غيره في مال و وقع النزاع فيه بينهما و بين غيرهما نفذ حكمه في حصّة شريكه لا في حصّة نفسه مثلاً إذا تنازع أخوه مع غيره في مال مشترك بينه و بين أخيه في طرف الإرث و ترافعا إليه فحكم لأخيه نفذ في حصّة أخيه، و لا ينفذ في حصّة نفسه لأنه يصبح طرف النزاع و يجزّ به نفعاً.

و هل يشارك القاضى مع الغير في تلك الحصّة التي قضى له؟ ربّما يقال: بالفرق بين ما إذا قسّمها الأخ بينه و بين القاضى قبل القضاء إذ حينئذ يشارك معه في تلك الحصّة لإقراره بالشركة، و ما إذا لم يقسّمها فلا يشارك معه فلا أخيه أن ينقلها إلى غيره على إشاعتها. هذا ما ذكره السيد الطباطبائي. (١)

يلاحظ عليه: أنه إذا كان الاعتراف بالشركة قبل الإفراز نافعاً فليكن نافعاً في صورة عدم الإفراز و على ما ذكره في صورة الإفراز، و ما ذكرناه في صورة الإشاعة يكون مرجع النزاع لثباً إلى أن نصف النصف المفروز أو المشاع ماله فلا يكون نافذاً.

نعم إذا كانت الدعوى ديناً فلا يشاركه بعد القبض لأنّ المحكوم عليه يغرم له بما أنه سهمه و المحكوم يقبض بما أنه سهمه و هذا كما إذا تنازع جماعة مشاركون في عين أو دين مع غيرهم فأقاموا شاهداً واحداً و حلف بعضهم دون بعض فإنه تثبت حصّة الحالف، دون غيره و لا يشاركه من لم يحلف في حصّته.

٤- إذا كان القاضى ولياً خاصاً للمدعى عليه كأبوة و الجدودة و الوصاية، فاختار صاحب الجواهر عدم قبول شهادته للموّلّى عليه لأنها تجزّ نفعاً إليهم

(١) ملحقات العروة: ١٧/٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٨٧

و قوى عدم نفوذ قضائه حيث قال: «أمّا إذا كان الأب حاكماً مثلاً أو الوصى كذلك ففي قبول حكمه له نظر أقواه العدم». (١)

يلاحظ عليه: أن الشهادة في جميع الموارد تجزّ نفعاً إلى المشهود له، و المانع هو جزّ النفع إلى نفسه لا إلى المشهود له و إن كانت بينهما وشيعة كالقربة و على ذلك فلا مانع من قبول شهادته و قضائه و المراد من المتهم في رواية سماعه هو المتهم في دينه كما ورد التفسير به في رواية الصدوق في معاني الأخبار (٢) و لو نوقش في سندها و فسّر بمعنى آخر (غير ما ذكرنا) فهو لا يصدق على القاضى العادل و إن قضى في حقّ أولاده. و القدر المتيقّن من عدم نفوذ قضائه فيما إذا كان النزاع في أن المال الفلاني له أو لا و بعبارة أخرى أن يكون هو طرف النزاع واقعاً من غير فرق بين كون طرف النزاع في الظاهر هو نفسه أو وكيله. و أمّا إذا كان النزاع في مال غيره فمقتضى عموم نفوذ حكم الحاكم و عدم جواز الردّ عليه، نفوذه.

نعم في تصديده للدفاع عن الموّلّى عليه شبهة وحدة المدعى و القاضى فله أن يدفع شبهة بتوكيل شخص يكون هو طرف المرافعة، لا القاضى نفسه، و يحكم و يجوز حكمه. و مع ذلك يجوز له القضاء مباشرة لوجود حيثيتين مختلفتين في القاضى فيما أنه وليّ أو وصى فهو مدّع، و بما أنه فقيه جامع للشرائط قاض. و في الحقيقة المدعون الواقعيون، هم الأيتام و القصر، و القاضى ينوب عنهم و يتكلم عن لسانهم و هذا غير كون المدعى و القاضى واحداً حقيقة نعم التوكيل أحسن و أحوط و أقرب إلى سلوك العقلاء.

أضف إلى ذلك وجود النصّ على نفوذ شهادة الوصيّ فيجوز قضاؤه. (٣)
و ممن تتبّه بذلك السيّد الطباطبائي قدّس سرّه فإنّه بعد أن منع في المسألة ١٣ نفوذ

(١) النجفي، الجواهر: ٧٢/٤٠.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٨.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٨ من أبواب الشهادات، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٨٨

قضاء الحاكم إذا كان له منازعة مع غيره كأنه حاول الاستدراك لما ذكره فقال في المسألة ١٦: إنّ جميع ما ذكرنا في هذه المسائل إنّما هو بناء على الإطلاق المدعى على عدم نفوذ حكم الحاكم في حق نفسه أو تمامية انصراف أخبار نفوذ حكم الحاكم إلى غير صورة رجوع الحكم إلى نفسه لكن القدر المتيقن من الإجماع أو الانصراف ما إذا كان هو الطرف للمنازعة أو كان الطرف وكيله مع كون النزاع في أنّ الشيء الفلاني ماله أو لا و أمّا إذا كان النزاع في مال غيره و لو كان هو الولي له بالولاية الخاصة أو كان الطرف شريكه، أو كان النزاع مع غيره و إن كان الحق راجعاً إليه فمقتضى عموم نفوذ حكم الحاكم و عدم جواز الردّ عليه، نفوذه. (١)
٥- و بما ذكر يعلم الفرق بين ما إذا كان النزاع مع شريك القاضى و بين كونه شريك المولى عليه، ففي الأوّل لا ينفذ و إن وكل الغير، لما مرّ من أنّ القاضى يصير مآلاً طرف النزاع، بخلاف الثانى، لانطباق ما ذكرنا من الميزان على الأوّل دون الآخر. (٢)
٦- كما تظهر الحال فيما إذا كان الطرف غيره بحسب عنوان المنازعة و إن كان المال راجعاً إليه كما إذا نذر شخص داره له أو أوصى بها له، و حصل منازع مع ذلك الشخص فترافعاً إليه في ذلك الدار فلا مانع عن نفوذ حكمه له. إذ ليس النزاع في أنّ الشيء الفلاني ماله أو لا، خصوصاً إذا لم يكن حال الحكم عالمياً بأنّ تلك الدار له من طرف النذر أو الوصية.
٧- إذا كان ولياً عامياً للأيتام و المجانين و الغيب و الفقراء بالنسبة إلى الخمس و الزكاة و الوقف إذا كان النزاع في ثبوتها و عدمها فتظهر الحال ممّا سبق إذ ليس النزاع في أنّ المال ماله بل النزاع في أنّ لهؤلاء حقّاً أو لا فلا وجه لعدم النفوذ و كونه ولياً لهم لا يكون سبباً للمنع.

(١) السيّد الطباطبائي، ملحقات العروة: ١٨/٢.

(٢) خلافاً للسيّد الطباطبائي حيث سوى بينهما في الحكم مع وضوح الفرق.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٨٩

قال العلامة في التحرير: و لو تولى وصيّ اليتيم القضاء فهل يقضى له فيه نظر: ينشأ من كونه خصماً في حقه، كما في حق نفسه و من أنّ كل قاض وليّ الأيتام» (١) و قال في الجواهر: «لا إشكال في عدم منع مثل ذلك الحكم لعدم اختصاص الولاية له، و كذا شهادة الفقير أو حكومته بأنّ في مال زيد الزكاة مثلاً بل و كذا الكلام في مصرف الوقف من العلماء و العدول و نحوهم فإنّ ذلك و نحوه لا يمنع الحكومة و لا الشهادة لعموم أدلّة القبول. (٢)

و الحاصل: أنّ الذى عليه العقلاء هو أنّه إذا كان الإنسان بشخصه مدّعياً و قاضياً فهذا ما لا يخضع عليه العقلاء، بل يرجعون الواقعة إلى فرد ثالث لأنهم يتهمون القاضى بالتأثر عن الإنائية عن لا وعى، و هذا بخلاف ما إذا كان مدّعياً نيابةً بشخصيته، و قاضياً بشخصه كما في موارد الولاية العامة و الخاصية و الوصاية، ففي مثله يخضع العقلاء على قضائه و على ضوء هذا يتضح حكم كثير ممّا ذكرنا من الصور أو جميعها، فلاحظ.

فتلخص من دراسة الصور السبع أنّ الميزان هو أنّه إذا كان طرف النزاع فعلاً كما في الصورة الأولى و الثالثة، أو كان في مظنة دفع

مغرم عن نفسه، كما فى الصورة الثانية فلا يصلح للقضاء، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك.

(١) العلامة الحلى، التحرير، كتاب القضاء ١٨١.

(٢) الجواهر: ٧٢ / ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٩٠

النظر الثانى فى آداب القاضى

إشارة

و فيه مسائل:

الأولى: عمل القاضى بعلمه

إشارة

هل يجوز للإمام أن يقضى بعلمه، و إذا جاز له القضاء بعلمه، فهل يجوز للفقير القاضى أن يعمل بعلمه أو لا؟ و ربما يتصور أن البحث عن الجهة الأولى لغو لا ثمره فيه، و ليس كذلك؛ إذ ربما يقع البحث فيها ذريعةً لاستكشاف الحال فى الجهة الثانية، إذ لو لم يجز للإمام، فلا يجوز للقاضى بوجه أولى كما أنه إذا جاز له العمل، يكون مقتضياً لثبوت الحكم فيه، و إن لم يكن سبباً تاماً لاحتمال أن يكون العمل من خصائصهم عليهم السلام.

و قد عبر المحقق الرشتى عن المسألة ب «هل يكون علم القاضى بينةً للقضاء»؟

و لعل التعبير عن «علم القاضى» بالبيننة مشعرٌ بأن النزاع فى الجواز مختصٌ بالشبهات الموضوعية، و أما الشبهات الحكمية فلا ريب أنه يعمل بعلمه و اجتهاده لا بعلم الغير و اجتهاده لكونه مخطئاً له.

إذا عرفت هذا

فلايضاح المقام تقدم أموراً:

* الأمر الأول: فى نقل كلمات الأصحاب فى المسألة:

إشارة

١- قال ابن الجنيد فى كتاب الأحمدي: «و يحكم الحاكم فيما كان من حدود الله عزّ و جلّ و لا يحكم فيما كان من حقوق الناس إلّا بالإقرار و البيّنة فيكون ما علمه

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٩١

من حقوق الناس شاهداً عند من فوقه و شهادته كشهادة الرجل الواحد، سواء كان ما علمه من ذلك كله فى حال ولايته أو قبلها». «١» و الظاهر ممّا نقل عنه المرتضى أنه كان يمنع العمل بالعلم مطلقاً من غير فرق بين حقوق الله و حقوق الناس، قال المرتضى: احتجّ ابن

الجنيد بأن فى الحكم بعلمه تركية نفسه و لأنه إذا حكم بعلمه فقد عرض نفسه للتهمة و سوء الظن به. و يظهر من دليله أيضاً أنه قائل بالمنع مطلقاً قال: وجدت الله تعالى قد أوجب للمؤمنين فيما بينهم حقوقاً، أبطلها فيما بينهم و بين الكفار و المرتدين كالمواريث و المناكحة و أكل الذبائح و وجدنا أنه قد اطلع رسوله على من يُبطن، كأن يبطن الكفر و يظهر الإسلام و كان يعلمه و لم يبين صلى الله عليه و آله و سلم أحوالهم لجميع المؤمنين فيمتنعوا من مناكحتهم و أكل ذبائحهم. (٢) و على كل تقدير فهو إما من المفصلين أو من المانعين على وجه الإطلاق.

٢- قال المرتضى: مما ظن انفراد الإمامية و أهل الظاهر فى القول بأن للإمام و الحكام من قبله، أن يحكموا بعلمهم فى جميع الحقوق و الحدود من غير استثناء و سواء علم الحاكم ما علمه و هو حاكم أو علمه قبل ذلك ... ثم نقل تفصيل مذاهب الجمهور إلى أن قال: لا خلاف بين الإمامية فى هذه المسألة و قد تقدم إجماعهم ابن الجنيد و تأخر عنه و إنما عول ابن الجنيد على ضرب من رأى و الاجتهاد. ٣

٣- قال الشيخ فى الخلاف: للحاكم أن يحكم بعلمه فى جميع الأحكام من الأموال و الحدود و القصاص و غير ذلك سواء كان من حقوق الله تعالى أو من

(١) زين الدين العاملى، المسالك: ٣٩٨ / ٢ و يظهر منه أن كتاب الأحمدي كان موجوداً فى عصره. إذ هذه العبارة ليس لها أثر فى الانتصار للسيد المرتضى و لا فى مختلف الشيعة للعلامة و إنما الموجود فيهما غيرها كما سيوافيك.

(٢) ٢ و ٣ المرتضى، الانتصار: ٧٠. راجع مفتاح الكرامة: ٣٧٣٦ / ١٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٩٢

حقوق الأدميين، فالحكم فيه سواء، و لا فرق بين أن يعلم ذلك بعد التولية فى موضع ولايته أو قبل التولية، أو بعدها قبل عزله فى غير موضع ولايته، الباب واحد. (١)

٤- و قال فى المبسوط: و الذى يقتضيه مذهبنا و رواياتنا أن للإمام أن يحكم بعلمه و أمياً من عداه من الحكام فالأظهر أن لهم أن يحكموا بعلمهم و قد روى فى بعضها أنه ليس له أن يحكم بعلمه لما فيه من التهمة. (٢)

و قال أيضاً: «قال قوم يقضى بعلمه، و قال آخرون: لا يقضى، و عندنا أن الحاكم إذا كان مأموناً قضى بعلمه و إن لم يكن كذلك لم يحكم به». (٣)

و قال أيضاً: «و أمّا إقامته بعلمه فقد ثبت عندنا أن للحاكم أن يحكم بعلمه فيما عدا الحدود و فى أصحابنا من قال: و كذلك فى الحدود». ٤

و على ضوء هذا فللشيخ أقوال ثلاثة:

أ الجواز مطلقاً.

ب الجواز إذا كان مأموناً.

ج التفصيل بين الحدود و غيرها فيجوز فى الثانى. و لعل مراده من كونه مأموناً، أى بريئاً من التهمة.

٥- و فى النهاية فصل فى الحدود بين حقوق الناس و حقوق الله فيجوز فى الأول دون الثانى. ٥

٦- و قال أبو الصلاح الحلبي: و إن أنكر فكان عالماً بصدق المدعى أو

(١) الطوسى، الخلاف: ٣، كتاب القضاء، المسألة ٤١. و لعل تقدير العبارة هكذا: يعلم ذلك قبل التولية أو بعدها فى موضع ولايته و بعد التولية فى غير موضع ولايته.

(٢) الطوسى، المبسوط: ٨/ ١٦٦، و ما أشار إليه من الرواية ليست موجود في مصادرنا كما صرح في مفتاح الكرامة: ١٠/ ٣٧.

(٣) ٣ و ٤ المبسوط: ٨/ ١٢١ و ١٢.

(٤) ٥ النهاية: ٦٩١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٩٣

المدعى عليه على كل حال و في تلك القضية حكم بعلمه و لم يحتج إلى بينة و لا يمين على صحة دعوى و لا إنكار، إلا أن تقوم بينة تمنع من استمرار العلم فيحكم بمقتضاه. «١»

٧- قال ابن البراج: «و إذا ترفع خصمان إلى الحاكم فادعى أحدهما على الآخر حقاً فأنكر و علم الحاكم صدق المدعى فيما طالبه، مثل أن يكون ما عليه، يعلمه الحاكم أو قصاص أو ما أشبه ذلك، كان له أن يحكم بعلمه، ثم نقل عن المخالفين بأنهم يعيونا بالقول بعلم القاضى بعلمه، مع أنهم يجوزونه في موارد ثلاثة:

أ أن يحكم في الجرح بعلمه و أن تهدى البينة على عدالة الشاهد.

ب إذا طلق زوجته بحضرتها ثلاثاً ثم جحد الطلاق كان القول قوله مع يمينه فيعمل بعلمه.

ج إذا عتق الرجل عبده بحضرتها ثم جحد، و لا يعتمد بيمين المنكر. «٢»

٨- و قال ابن حمزة: «و يجوز للحاكم المأمون الحكم بعلمه في حقوق الناس و للإمام في جميع الحقوق. «٣»

٩- قال ابن إدريس: عندنا للحاكم أن يقضى بعلمه في جميع الأشياء؛ لأنه لو لم يقض بعلمه أفضى إلى إيقاف الأحكام أو فسق الحكام، لأنه إذا طلق الرجل زوجته بحضرتها ثلاثاً ثم جحد الطلاق كان القول قوله مع يمينه فإن حكم بغير علمه و هو استحلاف الزوج و تسليمها إليه فسق و إن لم يحكم وقف الحكم و هكذا إذا أعتق الرجل عبده بحضرتها ثم جحد و إذا غضب من رجل ماله ثم جحد يفضى إلى ما قلناه.

الحقوق ضربان: حق للآدميين، و حق لله فإن ادعى حقاً لآدمى كالقصاص

(١) أبو الصلاح، الكافي: ٤٤٥.

(٢) ابن البراج، المهذب: ٢/ ٥٨٧٥٨٦.

(٣) ابن حمزة: الوسيلة: ٢١٩.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٩٤

و حدّ القذف، و المال فاعترف به أو قامت به البينة لم يجز للحاكم أن يعرض له بالرجوع عنه، و الجحود؛ لأنه لا ينفعه ذلك، لأنه إذا ثبت باعترافه، لم يسقط برجوعه و إن كان قد ثبت بالبينة لم يسقط عنه بجحوده.

و إن كان حقاً لله كحدّ الزنا و الشرب فإن كان ثبوته عند الحاكم بالبينة لم يعرض له بالرجوع لأن الرجوع لا ينفعه، و إن كان ثبوته باعترافه جاز للحاكم أن يعرض له بالرجوع لكنه لا يصرح بذلك؛ لأن فيه تلقين الكذب و إنما قلنا بجوازه لأن ما عزا لما اعترف قال له النبي صلى الله عليه و آله و سلم: لعلك قبلتها، لعلك لمستها. «١»

١٠ و قال المحقق: «الإمام يقضى بعلمه مطلقاً، و غيره من القضاء يقضى بعلمه في حقوق الناس و في حقوق الله تعالى على قولين أصحهما القضاء. «٢»

١- ١ و قال ابن سعيد: «و الحاكم يحكم بعلمه في عدالة الشاهد و جرحه فلا خلاف و في حقوق الناس و حقوق الله في الأظهر. «٣»

٢- ١ و قال العلامة في القواعد: «الإمام يقضى بعلمه مطلقاً، و غيره يقضى به في حقوق الناس و كذا في حقه تعالى على الأصح. «٤»

٣- ١ قال الشهيد الثانى: ظاهر الأصحاب الاتفاق على أن الإمام يحكم بعلمه مطلقاً لعصمته المانعة من تطرق التهمة و علمه المانع من

الخلايف، و الخلايف في غيره من الحكام فالأظهر بينهم أنه يحكم أيضاً بعلمه مطلقاً، و قيل: لا يجوز مطلقاً، و قال ابن إدريس: يجوز في حقوق الناس من دون حقوق الله و عكس ابن الجنيد في كتابه الأحمدي إلى أن قال: و أصح الأقوال جواز قضاء الحاكم مطلقاً بعلمه مطلقاً لأن العلم أقوى من الشاهدين اللذين لا يفيد قولهما عند الحاكم إلا مجرد الظن إن كان فيكون القضاء به ثابتاً بطريق

(١) ابن إدريس الحلبي، السرائر: ٢ / ١٧٩.

(٢) الجواهر: ٤٠ / ٨٨٨٦، قسم المتن.

(٣) الجامع للشرائع: ٥٢٩.

(٤) مفتاح الكرامة: ١٠ / ٣٦٣٥، قسم المتن.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٩٥

أولى. «١»

٤-١ اختار السيد الأستاذ قدس سره في التحرير جواز عمل القاضي بالعلم في المجالين: حقوق الله و حقوق الناس مثل عمله إذا قامت البيئته أو أقر الخصم، غير أن عمله في حقوق الناس يتوقف على المطالبة حداً كان أو تعزيراً «٢» و لكن القيد ليس تفصيلاً في المسألة؛ إذ المطالبة هو الشرط مطلقاً في حق الناس سواء ثبت بالعلم أو بالبيئته و الإقرار، فما لا يطالب صاحب الحق لا يحكم به القاضي. فهذا أربعة عشر نصاً من الأصحاب يعرّف موقف الأصحاب من المسألة و يحصل من الإمعان فيها أن الأقوال عندهم تنهى ستاً:

١- القول بالمنع، كما عن ابن الجنيد.

٢- الجواز مطلقاً، كما عليه الأكثر.

٣- يجوز في حقوق الناس دون حقوق الله.

٤- عكس الثالث و هو خيرة ابن الجنيد في الأحمدي حسب ما عرفت.

٥- الفرق بين كون القاضي مأموناً و عدمه فيقضى في الأول دون الثاني.

٦- الفرق بين الحدود و غيرها فلا يقضى في الأول بعلمه و هو خيرة الشيخ في موضع من المبسوط و هو غير القول الثالث؛ لأنه يفرق بين حق الناس و حق الله، فيقضى في الأول دون الثاني و هذا يفرق بين الحدود و إن كان حق الناس و غيرها و على هذا لا يعمل بعلمه في القصاص و حد القذف؛ لأنهما و إن كانا من حقوق الناس، لأنهما من الحدود.

(١) زين الدين العاملي، المسالك: ٢ / ٣٩٨. ما نسبه إلى ابن إدريس لا ينطبق على ما نقلناه عن السرائر فلاحظ.

(٢) الإمام الخميني: التحرير: ٢ / ٤٠٨.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٩٦

كلمات فقهاء أهل السنة

إشارة

و أما أهل السنة فقد نقل المرتضى أقوالهم في الانتصار، و الشيخ في الخلاف و نحن نقلها عن الخلاف و المغني. قال الشيخ في الخلاف: للشافعي فيه قولان في حقوق آدميين: أحدهما مثل ما قلناه و به قال أبو يوسف و اختاره المزني و عليه نص في الأم و في الرسالة و اختاره و قال الربيع: مذهب الشافعي أن القاضي يقضى بعلمه و إنما توقف فيه لفساد القضاء.

و القول الثاني لا يقضى بعلمه بحال و به قال في التابعين: شريح و الشعبي. و في الفقهاء مالك و الأوزاعي، و ابن أبي ليلى و أحمد و إسحاق ... و عن مالك و ابن أبي ليلى، قال: لو اعترف المدعى عليه بالحق لم يقض القاضي عليه حتى يشهد عنده شاهدان. و أما حقوق الله تعالى فإنها تبنى على قولين: فإذا قال لا يقضى بعلمه في حقوق الآدميين فبأن لا يقضى به في حقوق الله أولى. و إذا قال يقضى بعلمه في حقوق الآدميين ففي حقوق الله على قولين.

و لا فصل على القولين بين أن يعلم ذلك بعد التولية في موضع ولايته أو قبل التولية، أو بعد التولية في موضع ولايته. و قال أبو حنيفة و محمد: إن علم بذلك بعد التولية ففي موضع ولايته حكم و إن علم به قبل التولية أو بعد التولية في غير موضع ولايته لم يقض به. هذا في حقوق الآدميين، أما في حقوق الله تعالى فلا يقضى عندهم بعلمه بحال. «١»
و قال ابن قدامة: ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد و لا في غيره

(١) الطوسي: الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ٤١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٩٧

لا فيما علمه قبل الولاية، و لا بعدها و هذا قول شريح، و الشعبي، و مالك و إسحاق و أبي عبيد، و محمد بن الحسن، و هو أحد قولي الشافعي.

و عن أحمد رواية أخرى يجوز له ذلك و هو قول أبي يوسف و أبي ثور و القول الثاني للشافعي و اختيار المزني. و قال أبو حنيفة: ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه بعلمه لأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة و المسامحة و أما حقوق الآدميين فيما علمه قبل ولايته لم يحكم به، و ما علمه في ولايته حكم به، لأن ما علمه قبل ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته، و ما علمه في ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته إلى أن قال: ولأن تجوز القضاء بعلمه يفضي إلى تهمة و الحكم بما اشتبه و يحيله إلى علمه. «١»

حاصل أقوالهم

إن المشهور في حقوق الآدميين هو عدم الجواز إلا على أحد القولين للشافعي، و به قال يوسف و المزني. و أما في حقوق الله، فمن قال لا يجوز في الآدميين يقول به فيها و أما من يجوز فيها فله قولان فيها و لا يفصل أحد منهم بين العلم قبل التولية و بعدها، أو بين موضع توليته و غيره إلا أبا حنيفة كما عرفت.

* الأمر الثاني: ما هو المراد من الجواز؟

المراد من الجواز في عنوان المسألة هو الجواز الوضعي، لا- التكليفي بمعنى جواز العمل و تركه، ضرورة أنه إذا تمت الحجية بالعلم يجب العمل و إقامة القسط

(١) ابن قدامة، المغنى: ١٠ / ١٤١١٤٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٩٨

و العدل، و الحكم بالحق، و إلا حرم العمل.

* الأمر الثالث: في العلم المأخوذ في الموضوع

إنّ القضاء يتوقّف على العلم و القضاء بدونه حرام و هل العلم فيه طريقى محض، أو موضوعى؟ الظاهر هو الثانى، بشهادة قوله: «و رجل قضى بالحقّ و هو لا يعلم فهو فى النار» و لو كان العلم المعتبر فيه طريقياً محضاً لما صحّ إبعاد النار عليه فى هذه الصورة لكونه أصاب الواقع و لما انحصرت النجاة بآخر الأقسام أعنى: «رجل قضى بالحقّ و هو يعلم فهو فى الجنة». (١)

و ليس المراد من العلم منه هو العلم بالحقّ، علماً منطقياً، (الاعتقاد الجازم) بشهادة أنّ من يحكم بالبينات و الايمان، لا علم له بواقع الحقّ، بل المراد هو قيام الحجّة على الحقّ، فقد أخذ علم القاضى على وجه الإجمال موضوعاً لوجوب الاتباع و النفوذ على المتخاصمين فعند ذلك يجب الفحص عن خصوصية ذلك العلم النافذ على الغير.

توضيح الحال: إنّ علم الإنسان بالنسبة إلى نفس العالم، يلاحظ غالباً إلّا ما شدّ طريقاً إلى الواقع، فيجب اتّباع العلم من غير فرق بين أسبابه، فلو حصل العلم بالموضوع أو الحكم من أى طريق كان، يجب الأخذ به إلّا إذا ردع الشارع عنه فعندئذ يرجع إلى التشكيك فى مبادئه، و أمّا علم الإنسان بالنسبة إلى غيره فهو موضوع للزوم اتّباعه كعلم المفتى بالحكم الشرعى، و علم الشاهد بما يشهد، و علم القاضى بما يقضى. فقد اتّخذ العلم فى تلك الموارد، موضوعاً للزوم اتّباع الغير و نفوذه فى حقّه و عندئذ يجب الفحص عن حدّ الموضوع، فهل المأخوذ فى الموضوع

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤، من أبواب صفات القاضى، الحديث ٦.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٩٩

مطلق العلم أو العلم الخاص منه فلو كان إطلاق يؤخذ به و إلّا يؤخذ بالقدر المتيقّن منه و الظاهر من الروايات هو تحديد علم القاضى بالبينات و الايمان فالعمل بغيرهما يحتاج إلى دليل خاص.

قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان و بعضكم ألحن بحجّته من بعض فأبىما رجل قطع له من مال أخيه شيئاً، فإنما قطع له به قطعة من النار». (١)

و قال أمير المؤمنين عليه السلام: «أحكام المسلمين على ثلاثة: شهادة عادلة، أو يمين قاطعة، أو سنّة ماضية من أئمة الهدى». (٢)

فإن قلت: سلّمنا إنّ العلم مأخوذ موضوعاً فى نفوذ رأى القضاء لكنّه مأخوذ فيه على نحو الطريقيّة، لا على نحو الوصفية و السببية فعندئذ كما هو شامل للحجج الشرعية من البينات و الأقارير، فهكذا شاملٌ للعلم الوجدانى للقاضى أخذاً بالملاك.

قلت: لا يصحّ القول بأنّ تمام الملاك هو الطريقيّة و ذلك لظهور أدلّيه باب القضاء هو كون القاضى إنساناً محايداً غير متحيز لأحد الطرفين و هو لا- يتحقّق فى نظر العرف إلّا إذا عمل بما اتّفق المترافعان عليه و هو البينة و الإقرار، لا- ما إذا عمل بعلمه فإن عمله به يخرج عن الحيادة.

و ممّا ذكرنا يظهر الإشكال فى كلام المحقّق الرشتى، قال قدّس سرّه: القضاء سلطنة إزام شرعى للشخص على ما لا يقتضيه تكليفه سواء كان القضاء بمقتضى العلم أو بمقتضى البينة و الأصل عدم الإزام فى الحكم الوضعى التكليفى، و هذا هو المراد ممّا ذكرنا فى الالتقاط المتقدّم من كون العلم فى مسألة القضاء موضوعاً قابلاً للإثبات و النفى، و الأصل عدم الإزام فى الحكم الوضعى التكليفى فى مقام

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

(٢) المصدر نفسه، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج 1، ص: 200

الحجّية.

لكن إذا فرض وجوب القضاء لا- محالة فلا معنى لعدم اعتبار العلم و لا لاعتبار سائر الموازين فى مقابله، مثلاً إذا علم القاضى بحقيته الدعوى فالإعراض عن مقتضى العلم و الرجوع إلى اليمين لا معنى له، أو علم مثلاً أنّ قاتل زيد هو عمرو، و أقيمت البيّنة على كونه خالداً فإنّ الحكم بالقصاص من خالد و عدم الحكم بالقصاص من عمرو مع العلم بأنّ خالداً ليس بقاتل يوجب التخصيص فى أدلّة الأحكام الواقعية، مع أنّ القاضى أمر بالقضاء حسب الحقّ الواقعى. (1)

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره فى تفسير القضاء ميّالاً- غبار عليه إنّما الكلام فى غيره فإنّه قَبْلَ أنّ علم القاضى أخذ موضوعاً للحجّية، فعندئذ يجب أن يلاحظ الدليل الدالّ عليه فهل المأخوذ مطلق العلم و الحجّية، سواء أ كان علماً منطقياً أو بيّنة أو إقراراً، أو العلم الخاص أعنى: الأخيرين (البيّنة و الإقرار) و ما لم يكن هنا دليل شارح للموضوع من إطلاق أو غيره لا يمكن الحكم. و ليس العلم الوجدانى، المصدق المتيقّن منه.

و كون القضاء واجباً لا ينتج لزوم العمل بالعلم، و ذلك لأنّ وجوبه ليس على وجه الإطلاق بل مشروط بتواجد أسبابه و أدواته و من المحتمل أن تكون أسبابه، منحصرة فى البيّنات و الايمان.

و أمّا حكم التعارض بين العلم الوجدانى و قيام البيّنة فعليه الامتناع من القضاء، لا تقديم علمه على البيّنة؛ إذ العلم و إن كان أقوى فى نظره، و لكن البيّنة أقوى فى نظر الأخيرين من علمه فترفع الشكوى إلى قاضٍ آخر، يحكم هو حسب الموازين القضائية الممكنة المتيسّرة.

أضف إلى ذلك أنّ القضاء من الأمور ذات الإضافة، له إضافة إلى من

(1) الرشتى، القضاء 1/ 104.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج 1، ص: 201

يقضى، و من يقضى له، و من يقضى عليه فله كالمثلث أضلاع ثلاثه، و هو غير متحقق فى القضاء، بالعلم فى حقوق الله سبحانه، لآحاد القاضى و المدعى (من يقضى له) فيها، فتنفيذه فيها يحتاج إلى دليل خاص هذا هو مقتضى القاعدة.

فقد تلخّص ممّا ذكرنا أنّه لو لا الدليل على نفوذ علم القاضى فى المتخاصمين، لما جاز الحكم به. ثمّ إنّ ربّما يتوهم أنّ مقتضى الأدلّة العامية فى القضاء و غيره هو جواز الحكم بالعلم، فهذا ما نذكره فى البحث الآتى و نبرهن، أنّه لا دلالة لها على الجواز، و لا بدّ من التماس دليل خاص.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ الأدلّة على أقسام ثلاثة:

إشارة

الأول: ما يصلح للاستدلال به على جواز العمل به مطلقاً من غير فرق بين حقوق الله و حقوق الناس.

الثانى: ما يصلح للاستدلال به عليه فى خصوص حقوق الله.

الثالث: ما يصلح للاستدلال به عليه فى خصوص حقوق الناس.

فلنبدأ بالأول:

المقام الأول: فيما يصلح للاستدلال به على جواز العمل في كلا الحقلين

إشارة

استدلوا في هذا الحقل بأمور:

١- ما استدلل به الشيخ في الخلاف على المسألة بقوله تعالى: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ (ص/ ٢٦). وقال تعالى لنبئيه: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ﴾ (المائدة/ ٤٢). ومن حكم بعلمه

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٠٢

فقد حكم بالعدل و الحق «١» و نقله في الجواهر و أضاف في موضع آخر و قال: مضافاً إلى تحقّق الحكم المعلق على عنوان قد فرض العلم بحصوله كقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ (المائدة/ ٣٨)، و ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ (النور/ ٢) و الخطاب للحكام فإذا علموا تحقّق الوصف وجب عليهم العمل فإن السارق و الزاني من تلبس بهذا الوصف لا من أقر به أو أقامت عليه البيّنة و إذا ثبت ذلك في الحدود ففي غيره أولى. «٢»

يلاحظ عليه: أنّ الطائفة الأولى بصدد بيان صفات الحكم و أنّه يجب أن يكون حقّاً، عدلاً، قسطاً، لا ضدها، و من أراد أن يحكم يجب أن يحكم بها، و أمّا ما هي الأداة التي بها يميّز الحقّ عن الباطل، و القسط عن الجور، فليس بصدد بيانه حتى يؤخذ بإطلاقها. و أمّا الطائفة الثانية: فما أفاده صاحب الجواهر حولها من أنّ الموضوع نفس من تلبس بالمبدإ، و هو محقق فإنما ينفع في عمل نفسه، لا- في نفوذه في حقّ الغير، فلو علم بنجاسة إناء أو زوجيّة امرأة، فعلمه دليل على نفسه لا- على الغير، ما لم ينطبق عليه عنوان الحجج المعترية في الشرع.

٢- ثمّ إنّ ربّما يتمسك بأنّه مقتضى وجوب الأمر بالمعروف و إنكار المنكر، و لزوم إظهار الحقّ و نظائره.

يلاحظ عليه: بأنّه إن أُريد من الأمر و الإظهار، و الإنكار ما يؤدّي باللسان، فهو تامّ و ربما يرجع المدعى أو المنكر عن باطلهما و له أن يشهد على الواقع، لو أرجع الواقعة إلى قاضٍ آخر. و إن أُريد منه تنفيذ حكمه في المورد، فهو و إن كان من شئون القاضى لكن الشكّ في كون العلم من طرق الحكم و الفصل بين المتخاصمين أو لا و معه، لا يصحّ التمسك بتلك الأدلة في المورد.

(١) الطوسى، الخلاف: ٣/ ٤١.

(٢) النجفى، الجواهر: ٤٠/ ٨٨٨٦.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٠٣

ثمّ إنّ صاحب الجواهر قد نبّه ببعض ما ذكرنا في آخر كلامه عند الردّ على صاحب الانتصار في نقده لنظرية ابن الجنيد حيث قال: و لكن الإنصاف أنّه (كلام ابن الجنيد) ليس بتلك المكانة من الضعف. ضرورة أنّ البحث في أنّ العلم من طرق الحكم و الفصل بين المتخاصمين و لو من غير المعصوم في جميع الحقوق أولاً، و ليس في شيء من الأدلة المذكورة عدا الإجماع منها دلالة على ذلك و الأمر بالمعروف و وجوب إيصال الحقّ إلى مستحقّه بل كون العلم حجّة على من حصل له، يترتب عليه سائر التكاليف الشرعيّة، لا يقتضى كونه من طرق الحكم بل أقصى ذلك ما عرفت و أنّه لا يجوز له الحكم بخلاف حكمه بل لعلّ أصالة عدم ترتب آثار الحكم عليه يقتضى عدمه.

٣- ما استدلل به الشيخ في الخلاف حيث قال: «القطع و اليقين أولى من غالب الظنّ أ لا ترى أنّ العمل بالخبر المتواتر أولى من العمل بالخبر الواحد». «١» و قال في الجواهر: «العلم أقوى من البيّنة المعلوم إرادة الكشف منها». «٢»

يلاحظ عليه: أنه إنما ينفع في حق العالم، حيث إن علمه طريق محض إلى الواقع، فالعلم في نفسه أولى من البيئته وأما إذا كان موضوعاً بالنسبة إلى الغير، فيجب عندئذ اتباع الدليل فيما أنه ليس هنا إطلاقاً، يدل على موضوعية مطلق العلم، فلا يصح الاستناد بادعاء الأولوية؛ إذ من المحتمل أن يكون الموضوع للنفوذ، ما اتفق عليه العقلاء في باب القضاء، أو اتفق المترافعان على حجتيه، أعني: البيئته.

٤- ما استدلل به الشيخ و ابن ادريس، و هو أنه إذا لم يقض على وفق العلم لزم إمّا فسق الحاكم، أو إيقاف الحكم؛ لأنه إذا طلق زوجته بحضرتها ثم جحد فإن قضى بعلمه فهو، وإلا فإن استحلف الزوج و حلف هو و أرجعها إليه، لزم الفسق

(١) الطوسي، الخلاف: ٣/ ٣٢٢.

(٢) النجفي، الجواهر: ٤٠/ ٨٨.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٠٤

و إن لم يقض لزم الإيقاف. «١»

يلاحظ عليه: أن هنا طريقاً رابعاً، و هو إرجاع الواقعة إلى قاض آخر، ليس له ذلك العلم.

٥- ما رواه الصدوق بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام، قال: جاء أعرابي إلى النبي صلى الله عليه و آله و سلم فادعى عليه سبعين درهماً ثمن ناقة باعها منه، فقال: قد أوفيتك، فقال: اجعل بيني و بينك رجلاً يحكم بيننا، فأقبل رجلٌ من قريش فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: احكم بيننا، فقال للأعرابي: ما تدعى على رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم؟ فقال: سبعين درهماً ثمن ناقة بعثتها منه، فقال: ما تقول يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم؟ فقال: قد أوفيتك، فقال للأعرابي: ما تقول؟ فقال: لم يوفني، فقال لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أ لك بينة أنك قد أوفيتك؟ قال: لا، فقال للأعرابي: أ تحلف أنك لم تستوف حَقك و تأخذه؟ قال: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لأتحاكمن مع هذا إلى رجل يحكم بيننا بحكم الله.

فأتى علي بن أبي طالب عليه السلام و معه الأعرابي، فقال علي عليه السلام: ما لك يا رسول الله؟ قال: يا أبا الحسن احكم بيني و بين هذا الأعرابي فقال علي عليه السلام: يا أعرابي ما تدعى على رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم؟ قال: سبعين درهماً ثمن ناقة بعثتها منه، فقال: ما تقول يا رسول الله؟ قال: قد أوفيتك، فقال: يا أعرابي أصدق رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فيما قال، قال الأعرابي: لا! ما أوفاني شيئاً، فأخرج علي عليه السلام سيفه فضرب عنقه، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لم فعلت يا علي ذلك؟ فقال: يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نحن نصدقك على أمر الله و نهيهِ و على أمر الجنة و النار و الثواب و العقاب و وحى الله عز و جل، و لا نصدقك على ثمن ناقة الأعرابي، و إنني قتلته لأنه كذَّبك لما قلتُ له: اصدق رسول الله فقال: لا ما أوفاني شيئاً، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أصبت يا علي، فلا تعد إلى مثلها، ثم التفت إلى القرشي و كان قد تبعه فقال: هذا حكم الله لا ما حكمت به. «٢»

(١) الطوسي، الخلاف: ٣/ ٣٢٣.

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

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٠٥

وجه الدلالة أن مقتضى القضاء بالبينات و الايمان هو ما قضى به القرشي و لكن الإمام عليه السلام لما علم بصدق النبي صلى الله عليه و آله و سلم انتقل إلى كذبه و أنه مكذَّب، و من المعلوم أن مكذَّب النبي مرتدٌ خارج عن الدين فيجوز قتله، كل هذا يعطى أن الإمام له القضاء وفق علمه.

قال فى الجواهر: و لوجوب تصديق الإمام فى كل ما يقوله و كفر مكذبه و لذا قتل أمير المؤمنين عليه السلام خصم النبى لما تخاصما إليه فى الناقه و ثمنها و هو يقتضى وجوب الخروج من حق يخبر به الإمام و هو يقتضى وجوب إخبار الإمام به و إلّا لأذى إلى ضياع الحق. (١)

يلاحظ عليه: أن سند الصدوق بالنسبة إلى أقضية على و إن كان صحيحاً فى الفقيه (٢) لكن المتن، يشمل على أمور شاذة عن القواعد. أما أولاً: فلأن الظاهر أن الأعرابي كان يكذب النبى الأكرم صلى الله عليه و آله و سلم، و مثله فى عصر الرسول يكون مرتداً ملياً، لأن طبع الحال يقتضى أنه كان مشركاً ثم اعتنق الإسلام فارتداده يستلزم الاستنابة ثلاثة أيام ثم يقتل، فلما ذاقته على عليه السلام، بلا استنابة، فهل الاستمهال من خصائص غير هذا النوع من الارتداد؟ أو أن للإمام الاستعجال فى إجراء الحد؟! و ثانياً: إذا كان قضاء على عليه السلام حقاً و قد حكم بحكم الله فلما ذاقته النبى عن العود بمثل هذا و قال: فلا تعد إلى مثلها، ثم التفت إلى القرشى و كان قد تبعه و قال: «هذا حكم الله لا ما حكمت به».

و ثالثاً: فلو أخذنا بمضمونه يختص بالعلم الحاصل من قول المعصوم و أين هذا من العمل بكل علم حصل من أى مصدر، و ثبوت الحكم فى الأقوى لا يكون دليلاً على ثبوته فى الأضعف.

(١) الجواهر: ٧٧ / ٤٠.

(٢) لاحظ الفقيه: ج ٤، ص ٨٥ قسم المشيخة.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٠٦

و رابعاً: أنه يدل على أن الإمام يعمل بعلمه فى الحدود، لا أنه يقضى به إلّا أن يدعى الملازمة بين العمل و القضاء به.

٦- ما رواه الكليني بسند صحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: دخل الحكم بن عتيبة و سلمه بن كهيل على أبى جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد و يمين فقال: «قضى به رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و قضى به على عليه السلام عندكم بالكوفة»، فقال: هذا خلاف القرآن، فقال: «و أين وجدتموه خلاف القرآن؟» قال: «إن الله يقول (وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ) (١) فقال: قول الله: (وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ) هو لا تقبلوا شهادة واحد و يميناً؟».

ثم قال: «إنّ علياً عليه السلام كان قاعداً فى مسجد الكوفة، فمرّ به عبد الله بن قفل التميمي و معه درع طلحة، فقال على عليه السلام: هذه درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة، فقال له عبد الله بن قفل: اجعل بينى و بينك قاضيك الذى رضيته للمسلمين، فجعل بينه و بينه شريحاً، فقال على عليه السلام: هذه درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة، فقال له شريح: هات على ما تقول بينه، فأتاه بالحسن فشهد أنّها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة، فقال شريح: هذا شاهد واحد و لا أقضى بشهادة شاهد حتى يكون معه آخر، فدعا قنبر فشهد أنّها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة، فقال شريح: هذا مملوك و لا أقضى بشهادة مملوك، قال: فغضب على عليه السلام و قال: خذها فإنّ هذا قضى بجور ثلاث مرّات، قال: فتحول شريح و قال: لا أقضى بين اثنين حتى تخبرنى من أين قضيت بجور ثلاث مرّات؟ فقال له: ويلك أو ويحك. إني لما أخبرتك أنّها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة فقلت: هات على ما تقول بينه، و قد قال رسول الله: حيث ما وجد غلول أخذ بغير بينه، فقلت: رجل لم يسمع الحديث فهذه واحدة، ثم أتيتك بالحسن فشهد فقلت: هذا واحد و لا أقضى بشهادة واحد حتى يكون معه آخر، و قد قضى

(١) الطلاق: ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٠٧

رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بشهادة واحد و يمين، فهذه ثنتان، ثم أتيتك بقنبر فشهد أنّها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة

فقلت: هذا مملوك و ما بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً، ثم قال: ويلك أو ويحك إن إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا». (١)

وجه الاستدلال هو قوله: «إن إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا».

يلاحظ عليه: أن السند و إن كان صحيحاً، لكن المتن مشتمل على أمور شاذة لا مناص من توجيهها.

أما أولاً: فلأن علم الإمام إذا كان نافذاً فى حق المحكوم عليه، فلما ذا ليمتسك الإمام به فى هذا الأمر و رضى بالمحاكمة و كان عليه أن يقول له، ما قاله لشريح فى آخر الواقعة؟!

و ثانياً: أن الإمام اعترض على شريح لما قال: «و لا أقضى بشهادة واحد حتى يكون معه آخر» بأن رسول الله قضى بشهادة واحد و يمين و لكن الاعتراض إنما يتوجه، لو نفى شريح القضاء بشهادة و يمين، مع أنه لم يحدث عنه أبداً و إنما حدث عن الشاهد الواحد و أنه لا يقضى به، و ليس على القاضى أن يعلم الخصم بأن له اليمين مكان الشاهد الآخر، و قد ذكروا فى باب آداب القضاء أنه لا يجوز للقاضى تلقين الخصم بالحجة.

و ثالثاً: أنه لو أخذنا به يكون العلم المصون من الخطأ موضوعاً لجواز العمل به و الحكم على وفقه و أين هو من علم غير المعصوم الخاطى كثيراً و إن لم يكن القاضى متوجهاً إلى خطئه عند القضاء.

و رابعاً: أنه يدل على أن الإمام يعمل بعلمه و أما أنه يقضى به فلا إلا أن يدعى الملازمة بين العمل، و القضاء. كما مر.

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٠٨

٧ ما روى عن خزيمه بن ثابت بسند غير نقى و إن كان المضمون معروفاً: إن النبى اشترى فرساً من أعرابى فأنكر الأعرابى بيعه و قال: هلم من يشهد و لم يشهد أحد شرائه فشهد خزيمه و أمضى رسول الله شهادته و أقامها مقام اثنين فلقب بذى الشهادتين. (١)

يلاحظ عليه: أولاً: مضافاً إلى ما عرفت من أن السند غير نقى، أنه يدل على جواز الشهادة، على الموضوع إذا سمعه من المعصوم، و لا دليل على الملازمة بين جواز الشهادة و جواز القضاء.

و ثانياً: لو أخذ بمضمونه فهو يدل على جواز القضاء بالعلم بالموضوع لأجل إخبار المعصوم و أين هو من جواز العمل بمطلق العلم الحاصل من القرائن و ضم الشواهد.

إفادات نظر

إن الرواية الخامسة و السابعة و إن وردتا فى حقوق الناس، و السادسة و إن وردت فى حقوق الله، لكن سياق كل رواية على نمط يستفاد منه العموم، و لأجل ذلك جئنا بها فى ذلك الفصل، و لم ندرجها فى الفصلين التالين.

مثلاً: جاء فى الرواية الخامسة، أن الإمام ضربه بسيفه معتذراً بأنه يصدق رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم على أمره و نهيه و كيف لا- يصدق على ثمن الأعرابى. فلو كان الملاك للعمل ذلك التعليل فلا يختلف فيه الحقوقان إذ كيف يختلف بعد كون المصدر هو كلام رسول الله. صلى الله عليه و آله و سلم.

و هكذا جاء فى الرواية السادسة قول الإمام: إن إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا. و عليه تكون النتيجة هى العموم من غير فرق بين الحقوقين.

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣، ملخصاً.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٠٩

و مثله الرواية السابعة حيث أمضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم شهادة خزيمة مكان الشهادتين و ذلك لأن مصدر شهادة خزيمة هو خبر النبي الأكرم المعصوم، فلو كان الملاك للشهادة هو ذلك، فلا يفرق بين الحقين. و هذا هو السر في ذكر هذه الروايات في هذا الحقل.

المقام الثاني: في ما استدل به على جواز العمل في خصوص حقوق الله

إشارة

استدلوا في هذا الحقل بأحاديث تأتي بها واحداً تلو الآخر:

الأول: ما رواه الكليني عن الحسين بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: «الواجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزني أو يشرب الخمر أن يقيم عليه الحد و لا يحتاج إلى بينة مع نظره؛ لأنه أمين الله في خلقه، و إذا نظر إلى رجل يسرق أن يزبره و ينهيه و يمضى و يدعه» قلت: و كيف ذلك؟ قال: «لأن الحق إذا كان لله فالواجب على الإمام إقامته، و إذا كان للناس فهو للناس». «١» و الاحتجاج به مشكل سنداً لاشتماله على محمد بن أحمد بن حماد المحمودى الذى عدّه الشيخ من أصحاب الإمام الهادى و لكن لم يرد فيه توثيق، كما أنه لم يرد في الحسين بن خالد أيضاً سواء أ كان المراد منه هو الصيرفى الذى عدّ من أصحاب الكاظم و الرضا عليهما السلام أو الحسين بن خالد بن طهمان الذى يعبر عنه بالخفاف و عدّ من أصحاب الصادق عليه السلام نعم حاول العلامة المامقانى إثبات وثاقته من هنا و هناك فلاحظ. «٢»

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٣.

(٢) عبد الله المامقانى: التنقيح ١/ ٢٢٧٢٢٦.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢١٠

و أمّا المضمون، فقد فضّل بين حقوق الله و حقوق الناس و أنّ الإمام بما أنّه أمين الله فى أرضه فهو يعمل بعلمه فى الأولى، و يقيم الحدّ على الزانى و شارب الخمر، دون السارق لأنّه من حقوق الناس. و لكنّه لا يخلو من إشكال لأنّه عدّ حدّ السرقة من حقوق الناس مع أنّه فرق واضح بين حدّ القذف فإنّه من حقوق الناس، و بين حدّ السرقة، فإنّ ردّ ما سُرق فهو من حقوق الناس، و أمّا القطع فهو من حقوق الله.

و يدلّ على ما ذكرنا: ما رواه الشيخ بسند صحيح عن الحسن بن محبوب عن أبي أيوب عن الفضيل فى حديث و جاء فيه: إذا أقرّ على نفسه عند الإمام بسرقة قطعه فهذا من حقوق الله و إذا أقرّ على نفسه أنه شرب خمرًا حدّه، فهذا من حقوق الله و إذا أقرّ على نفسه بالزنا و هو غير محصن فهذا من حقوق الله، قال: و أمّا حقوق المسلمين فإذا أقرّ على نفسه بفرية لم يحدّه حتّى يحضر صاحب الفرية أو وليه.... «١» و لو فرضنا أنّ الروايتين متعارضتين فالأخذ بالصحيحة متعين لا بما لم يثبت سنده.

نعم، يظهر من ابن ادريس الحلّى أنّ حدّ السرقة حقّ ممزوج من حقوق الله و حقوق الناس حيث قال: فأما الحقّ الذى لله و يتعلّق به حقّ الآدمى فلا يطالب به أيضاً و لا- يستوفيه إلّا بعد المطالبة من الآدمى و هو حدّ السارق فمتى لم يرفعه إليه و يطالب بماله لا يجوز

للحاكم إقامة الحدّ عليه بالقطع فعلى هذا التحرير إذا قامت البيّنة بأنّه سرق نصاباً من حرز لغائب و ليس للغائب و كيل يطالب بذلك لم يقطع حتّى يحضر الغائب و يطالب. «٢»

و تحقيق المطلب و أنّ القطع من حقوق الله أو الناس موكولٌ إلى محلّه. على أنّ الظاهر من رواية ابن خالد أنّه بصدد بيان أمر آخر و هو أنّ حقوق

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٢ من أبواب مقدّمات الحدود، الحديث ١.
(٢) الحلّي، السرائر: ٤٩٥. ٣، ط النشر الإسلامي.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢١١

الله تجرى و إن لم تكن هناك مطالبة و أمّا حقوق الناس فإجراؤه فرع المطالبة و ليست الرواية ناظرة إلى جواز عمل القاضى بعلمه و أنّ قوله: «إذا نظر إلى رجل» في كلا الموردین بمعنى ثبوت الموضوع ثبوتاً شرعياً لا ثبوته بعلم القاضى.

ثمّ إنّ هناك روايات تدلّ على أنّ عليّاً عليه السلام عزّر رجلين أو امرأة و رجلاً إذ رآهما في لحاف واحد، أو عزّر قاصّاً يقصّ في المسجد بالدرة و هذا يدلّ على جواز عمل الإمام بعلمه في حقوق الله من دون بيّنة و إليك رواياته:

الثاني: صحیحة عبد الرحمن بن الحجّاج قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «كان على عليه السلام إذ وجد الرجلين في لحاف واحد ضربهما الحدّ». «١»

الثالث: صحیحة أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «كان على عليه السلام إذا وجد رجلين في لحاف واحد مجرّدين جلدتهما حدّ الزانى مائة جلدة كلّ واحد منهما و كذلك المرأتان إذا وُجدتا في لحاف واحد مجرّدين جلدتهما كلّ واحدة منهما مائة جلدة. ٢
الرابع: روى الشيخ بسند صحيح عن أبان بن عثمان (الثقة) قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «إنّ عليّاً عليه السلام وجد امرأة مع رجل في لحاف واحد فجلّد كل واحد منهما مائة سوط غير سوط». ٣

الخامس: صحیحة حريز عن أبي عبد الله عليه السلام: «إنّ عليّاً عليه السلام وجد رجلاً و امرأة في لحاف واحد فضرب كل واحد منهما مائة سوط إلّا سوطاً». ٤

السادس: إنّ أمير المؤمنين عليه السلام رأى قاصّاً في المسجد فضربه بالدرة و طرده. ٥ و طبع الأمر يقتضى أن تكون القصية من القصص المضلّة المضادة لما عليه

(١) ١-٣ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٠ من أبواب حدّ الزنا، الحديث ٦، ١٥، ١٩.

(٢) ٤ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٠ من أبواب حدّ الزنا، الحديث ٢٠.

(٣) ٥ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب بقيّة الحدود، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢١٢
أسس الإسلام.

في تفسير هذا القسم من الروايات:

١- إنّ الروايات ليست في مقام بيان عمل الإمام بعلمه، بل بصدد بيان حكم الموضوع و إن المتستّرین تحت لحاف واحد، حكمهما كذا، و التعبير ب «وجد» ليس مشيراً إلى أنّه وقف بالموضوع عن طريق رؤيته نفسه و عمل بعلمه، بل نشير إلى أنّ الثابت من عملهما هو ذاك، أى كونهما في لحاف واحد، من دون إحراز أى عمل آخر. و لأجل ذلك جاء التعبير في بعض الروايات: «حدّ الجلد أن يوجد في لحاف واحد، و الرجلان يجلدان إذا وجدا في لحاف واحد». «١»

٢- إنَّ القدر المتيقن من هذه الروايات هو وجود التسالم بين القاضى و المتواجدين تحت لحاف واحد، فلا يصح الاحتجاج به إذا لم يكن هناك تسالم فلو افترضنا أنَّ الحاكم الإسلامى رأهما بالة التصوير من بعيد، فاحضرهما فأنكرا فلا يصح الاحتجاج بالروايات عليهما.

السابع: ما رواه الشيخ بإسناده عن ابن أبى عمير، عن شعيب «٢» قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل تزوج امرأة لها زوج قال: «يفرّق بينهما»، قلت: فعليه ضرب قال: «لا، ما له يضرب»، إلى أن قال فأخبرت أبا بصير فقال سمعت جعفرأ عليه السلام يقول: «إنَّ علياً عليه السلام قضى فى رجل تزوج امرأة لها زوج فرجم المرأة و ضرب الرجل الحدّ، ثم قال: لو علمت أنك علمت لفضخت رأسك بالحجارة».

حمل الشيخ ما روى عن أبى الحسن بمن لا يعلم أن لها زوجاً، و حمل الثانى

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٠ من أبواب حدّ الزنا، الحديث ١ و لاحظ الحديث: ٢، ٣، ٤، ٥، ٧، ٩، ١٠.

(٢) و هو شعيب بن يعقوب العرقوفى بقرينه رواية ابن أبى عمير عنه وثقه النجاشى و تبعه العلامة.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢١٣

على من غلب على ظنه ذلك و فرط فى التفتيش فيعزر. «١»

و الفضخ بالإعجام هو كشف المساوى و يستعمل فى معنى الكسر أيضاً و هو المراد فى المقام. و الاستدلال مبنى على الأخذ بظهور العلم فى العلم الشخصى، و هو مورد تأمّل بل المراد هو الثبوت الشرعى، كالثبوت فى المرأة، فلا إطلاق له من هذه الجهة و ليس الإمام بصدد بيانه.

هذا ما وقفنا عليه فى حقوق الله و قد عرفت عدم صحّة الاحتجاج بهذه الروايات و هى بين ضعيف السند أو ضعيف الدلالة. أضف إليه وجود الشذوذ فى بعض المتون فنخرج بهذه النتيجة أنه ليس للحاكم الإسلامى العمل بعلمه فى حقوق الله إلّا إذا كان هناك تسالم بين القاضى و المحكوم عليه.

فى خاتمة المطاف نأتى بأمر تلقى الضوء على المختار

١- عدم العمل بالعلم فى مورد الإحصان

إنَّ النبىّ و الوصىّ كانا مصرّين على ستر الأمر فى حقّ المحصن و المحصنة، و عدم الرغبة إلى إقرارهما مع الإذعان بصدقهما. فلو كان علم القاضى قائماً مقام بينة المدعى كان اللازم عليهما صلوات الله عليهما إجراء الحدّ، مع أنّا نرى فى الروايات المستفيضة تجاهلها بالنسبة إلى صدور الزنا و محاولتهما أن لا يقرّأ بما فعلا. و القائل بجواز العمل بالعلم فى مجال حقوق الله لمّا يواجه هذه الروايات، يحاول علاجها بالتخصيص فى الضابطة، و يتمسك بالإجماع بأنّه لا يثبت الإحصان، إلّا بالبينّة و الأقرار الأربعة. و كان الأولى جعل الروايات دليلاً على بطلان الضابطة و لأجل إيقاف القارئ على موقف النبىّ و الوصىّ من رفض العلم

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٧ من أبواب حدّ الزنا، الحديث ٧.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢١٤

بزنا المحصن و المحصنة نأتى بنصين: أحدهما يرجع إلى النبىّ الأكرم صلى الله عليه و آله و سلّم و الآخر إلى وصيّيه، و إن كان يوجب الإطّباب فى الكلام.

روى البيهقي في سننه قال: «جاء ماعز بن مالك إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فقال: يا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ طَهَّرْنِي! فقال: ويحك ارجع فاستغفر الله و تب إليه قال: فرجع غير بعيد ثم جاء فقال: يا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ طَهَّرْنِي! فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: مثل ذلك حتى إذا كانت الرابعة قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: ممَّ اطَهَّرَكَ فقال: من الزنا فسأل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: أشربت خمرًا فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر. فقال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: أثيب أنت قال: نعم، فأمر به فرجم». (١)

و روى أيضاً بأن النبي قال: «و لو كنت راجماً من غير بيته لرجمتها». ٢

٢- روى الكليني عن صالح بن ميثم عن أبيه قال: «أتت امرأة مجحج ٣ أمير المؤمنين عليه السلام فقالت: يا أمير المؤمنين! إنني زنيته فطهرني طهرك الله، فإن عذاب الدنيا أيسر من عذاب الآخرة الذي لا يتقطع! فقال لها: ممَّا أطهرك؟! فقالت: إنني زنيته، فقال لها: و ذات بعل أنت إذ فعلت ما فعلت أم غير ذلك؟ قالت: بل ذات بعل، فقال لها: أ فحاضراً كان بعلك إذ فعلت ما فعلت أم غائباً كان عنك؟ قالت: بل حاضراً، فقال لها: انطلقى فضعى ما فى بطنك ثم ايتينى أطهرك، فلما ولت عنه المرأة فصارت حيث لا تسمع كلامه قال: «اللهم إنها شهادة».

فلم تلبث أن أتته فقال: قد وضعت فطهرني، قال: فتجاهل عليها فقال: أطهرك يا أمه الله ممَّا ذا؟! قال: إنني زنيته فطهرني، قال: و ذات بعل أنت إذ فعلت ما فعلت؟ قالت: نعم، قال: فكان زوجك حاضراً أم غائباً؟ قالت: بل حاضراً، قال: فانطلقى فارضعيه حولين كاملين كما أمرك الله، قال: فانصرفت المرأة فلما صارت منه حيث لا تسمع كلامه قال: «اللهم إنهما شهادتان».

(١) ١ و ٢ البيهقي، السنن الكبرى: ٨ / ٢٢٦، و ج ٧ / ٤٠٧.

(٢) ٣ المتكبره.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢١٥

قال: فلما مضى الحولان أتت المرأة فقالت: قد ارضعته حولين فطهرني يا أمير المؤمنين، فتجاهل عليها و قال: أطهرك ممَّا ذا؟ فقالت: إنني زنيته فطهرني، فقال: و ذات بعل أنت إذ فعلت ما فعلت؟ فقالت: نعم، قال: و بعلك غائب عنك إذ فعلت ما فعلت؟ فقالت: بل حاضراً، قال: فانطلقى فاكفليه حتى يعقل أن يأكل و يشرب و لا يتردى من سطح و لا يتهور فى بئر قال: فانصرفت و هى تبكى فلما ولت و صارت حيث لا تسمع كلامه قال: «اللهم هذه ثلاث شهادات ...». (١)

٢- بطلان وحده المدعى و القاضى

القضاء المتعارف بين شعوب العالم، هو خروج القاضى عن إطار المنازعة، فلا يكون مدعياً و لا منكرًا، بل ينظر إلى كلامهما، و يوازن دليلهما، و ما يقتضى كلامهما. و يترتب على ذلك، لزوم كون المدعى غير القاضى و بطلان وحدتهما. و لأجل ذلك لو ادعى أحد على القاضى أمراً يجب أن يرفعه إلى قاض آخر، و لا يصح رفعه إليه إذ لا يصح أن يكون القاضى، من أقيم عليه الدعوى و لأجل ذلك قال المحقق: و إن ادعى أحد على القاضى فإن كان هناك إمام، رافعه إليه و إن لم يكن و كان فى غير ولايته، رافعه إلى قاضى تلك الولاية، و إن كان فى ولايته رافعه إلى خليفته.

و يظهر من الجواهر أن لزوم التغير أمرٌ مسلمٌ و لذا استشكل فى الرجوع إلى خليفته قائلاً بأن ولاية الخليفة فرع ولايته التى لا يندرج فيها الحكم بالدعاوى المتعلقة به (٢) فإذا لم يصلح القاضى لممارسة ما ادعى عليه، فلا يصلح أيضاً لممارسة ما ادعى على غيره لوحده الملاك و هو لزوم مغايرة القاضى، مع أطراف المنازعة فلو

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٦ من أبواب حد الزنا، الحديث ١. و لاحظ الحديث ٢ و ٥.

(٢) الجواهر: ١٥٨ / ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢١٦

وقع في إطارها لما صلح.

على ضوء ذلك فلو كان في مجال حقوق الله سبحانه، بينة أو إقرار، يكون المدعى غير القاضى، فيحكم حسب شهادتهم أو إقراره و أما إذا لم تكن هناك بينة و لا إقرار من الشخص، إلا القاضى و علمه فادعى عليه أنه ارتكب كذا و كذا، انقلب القاضى مدعياً، مع لزوم كونهما متعدداً.

نعم ما ذكرنا من استلزامه وحدة القاضى و المدعى إنما يتم في حقوق الله دون حقوق الناس، فإن المدعى فيها، صاحب الحق، و المنكر، من أقيم عليه الدعوى، و القاضى هو الحاكم، من غير فرق بين صدوره عن البينة و الإقرار، أو عن علمه، و على كل تقدير فالقاضى خارج عن طرفى المنازعة.

نعم إذا كان القاضى قيمياً للأيتام و القصير، و أمثالهما، فله إقامة الدعوى على الغير، لكن نيابة عنهم، فلا يكون القاضى و المدعى واحداً اعتباراً، و إن قلنا بعدم كفاية التعدد الاعتبارى فاللازم أن يرفع الشكوى إلى قاض آخر و فى المحاكم العرفية يتكفل مدعى العموم، أمر إقامة الدعوى و يرفع الشكوى إلى محكمة أخرى، لئلا تلزم وحدة القاضى و المدعى.

٣- حقوق الله خارجة عن مجال القضاء

إن العبرة فى حقوق الله بالبينة و الإقرار، فإن تحقق واحد منهما أقيم الحد و لو لا البينة و الإقرار لا تصلح لإقامة الدعوى و أما إصغاء الادعاء عند الاقتران بالبينة فلأجل الاقتران بها و لا عبرة بالادعاء و هذا بخلاف حقوق الناس، فلو ادعى على شخص ديناً فتسمع دعواه و إن لم تقترن بالبينة، و يكون له بالتالى حق إحلاف المنكر، و هذا بخلاف الادعاء المجرد فى حقوق الله فلو ادعى بلا بينة، يحد أو يعزر، و لا يترتب على الادعاء أى أثر إذ لا يمين فى الحد. (١)

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ١، ٢، ٣، ٤.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢١٧

و لأجل ذلك قال المحقق: «لا تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن البينة فلا يتوجه اليمين على المنكر»، و قال فى الجواهر فى شرح كلام المحقق: بلا خلاف أجده كما اعترف به غير واحد؛ لأن من شرط سماع الدعوى أن يكون المدعى مستحقاً لموجب الدعوى فلا تسمع فى الحدود لأنه حق الله، و المستحق (الله) لم يأذن و لم يطلب الإثبات على أمر، بل أمر بدرء الحدود بالشبهات و بالتوبة من موجبها من غير أن يظهر للحاكم و قد قال صلى الله عليه و آله و سلم لمن حمل رجلاً على الإقرار عنده بالزنى: «هلاً سترته بثوبك» و سماعها بالبينة بمعنى ثبوتها لا أنها تكون دعوى له معها كما هو واضح. (١)

مع هذا البيان الواضح من الماتن و الشارح كيف يصلح للقاضى أن يقيم الدعوى فى حقوق الله على شخص و يقضى بعلمه، مع عدم قبول الموضوع الإقامة الدعوى، و بالتالى لا يصلح للقاضى أن يتخذ لنفسه موقف المدعى، و لا المنكر موقف الإنكار كما هو واضح.

و الحاصل أنه يشترط فى المدعى أن يكون مالكاً للدعوى بنحو من الأنحاء و هذا الشرط مفقود فى حدود الله.

و لعل بعض ما ذكرنا أفتى الشيخ فى النهاية باختصاص العمل بالعلم فى حقوق الله بالإمام المعصوم و لا يعلم غيره قال: إذا شاهد الإمام من يزنى أو يشرب الخمر كان عليه أن يقيم الحد و لا- ينتظر مع مشاهدته، قيام البينة و الإقرار، و ليس ذلك لغيره بل هو

مخصوص به، و غيره و إن شاهد يحتاج إلى أن يقوم بيئنه أو إقرار من الفاعل. «٢»
فإن قلت: إذا كان القاضي عالماً بالواقع و لا بيئنه للمدعى فهل يصح للقاضي إحلاف المنكر مع علمه بصدق المدعى و كذب الآخر؟
أو نفترض أن البيئنه قامت على خلاف ما يعتقد القاضي، فهل تكون البيئنه حجة مع العلم

(١) الجواهر: ٢٥٧/٤٠.

(٢) الطوسي: النهاية: ٦٩١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢١٨

بكذبها؟

قلت: قد تكرر أمثال هذا السؤال في أكثر الكتب و الجواب أن القاضي مأمور من جانب الشارع بإصدار الحكم على طبق الضوابط
لا- العمل بالواقع سواء أوافق الواقع أم لا و على فرض عدم انصراف أدلته عن هاتين الصورتين، فلا دليل على وجوب القضاء عليه في
تلك الواقعة، و لا يلزم تعطيل الأحكام لعدم انحصار القاضي به، غاية الأمر يصدر القرار بترك المخاصمة حتى ينظر قاض آخر في
أمرهما.

فتلخص من هذا البحث الإضافي عدم جواز عمل القاضي بعلمه في حدود الله و حقوقه. بقي الكلام في عمله بعلمه في حقوق الناس، و
هو ما يأتي في العنوان التالي:

المقام الثالث: في ما استدل به في خصوص حقوق الناس

إشارة

قد عرفت حكم عمل القاضي بعلمه في حقوق الله، بقي الكلام في عمله بعلمه في حقوق الناس فقد استدل عليه بروايات:
الأولى: مرسله أبان بن عثمان عمن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في كتاب علي عليه السلام: أن نبياً من الأنبياء شكاً إلى
ربه القضاء فقال: كيف أفضى بما لم تر عيني و لم تسمع أذني؟ فقال: اقض عليهم بالبيئات و اضفهم إلى اسمي يحلفون به و قال: إن
داود عليه السلام قال: رب أرني الحق كما هو عندك حتى أفضى به، فقال: إنك لا تطيق ذلك، فألح على ربه حتى فعل، فجاءه رجل
يستعدى على رجل فقال: إن هذا أخذ مالي، فأوحى الله إلى داود أن هذا المستعدى قتل أبا هذا و أخذ ماله، فأمر داود بالمستعدى
فقتل، و أخذ ماله فدفع إلى المستعدى عليه، قال: فعجب الناس و تحدّثوا حتى بلغ داود عليه السلام و دخل عليه من ذلك ما كره.
فدعا ربه

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢١٩

أن يرفع ذلك ففعل، ثم أوحى الله إليه أن أحكم بينهم بالبيئات و اضفهم إلى اسمي يحلفون به. «١»

و الاحتجاج بالرواية لا- يخلو من إشكال سنداً و دلالةً، أمراً أولاً: فلأنه مرسل، و كون أبان من أصحاب الإجماع ليس بمعنى حجية
مراسيله أو حجية رواياته الضعاف كما حققناه في كتاب كليات في علم الرجال.

و أمراً ثانياً: فإن الرواية تدل على أن القاعدة الأولى، هو القضاء بالبيئات و الايمان، لا بالواقع غير أن داود النبي لما دعا ربه ليعمل
بالواقع لديه سبحانه، أجازته و أوحى إليه الحق، في تلك الواقعة و لما صار ذلك سبباً لتحديث الناس عن داود، دعا ربه أن يرفع ذلك،
فرفعه و صار الأساس، القضاء بالبيئات و الايمان، و الذي يقتضى الإمعان فيها أن مصلحة القاضي تكمن في القضاء بالبيئنه و اليمين، و

لما دعا داود ربّه أن يقضى بما هو الحق عند الله، فأجابه سبحانه بأنّه لا يطيقه و لما ألحّ استجاب الله دعوته و أراه المفسدة في العدول عن الطريق المألوف فصار مأموراً بالقضاء به و لو دلّ على شيء لدلّ، على أنّ القضاء بغير الطريق السائد، غير خال من المشاكل و المصاعب.

و إن أبيت عن الدلالة فإنّما تدلّ على العمل بالعلم الذي هو من سنخ الوحي، لا مطلق العلم الذي هو موضوع للبحث و لو كان حسياً فضلاً عما كان حدسياً.

و يظهر من بعض ما روى في ذلك الباب أنّ القضاء بالواقع بلا سؤال عن بينة من خصائص الإمام المهدي عجل الله فرجه الشريف روى أبو عبيدة الحدّاء في حديث قال: «إذا قام قائم آل محمّد صلّى الله عليه و آله و سلّم حكم بحكم لا يسأل عن بينة». «٢»

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

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

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٢٠

الثانية: ما يدلّ على أنّ الإمام عليّاً عليه السلام كان يقضى بالمعايير العلميّة الطيبية و النفسية التي تورث العلم للقاضي و لكلّ من قام بهذا النوع من العمل و نأتى منها ما يلي:

١- ما رواه الشيخ عن عاصم بن حميد عن محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: كان لرجل على عهد عليّ عليه السلام جاريتان فولدت إحداهما ابناً و الأخرى بنتاً، فعمدت صاحبة البنت فوضعت بنتها في المهد الذي فيه الابن و أخذت ابنتها فقالت صاحبة البنت: الابن ابني، و قالت صاحبة الابن: الابن ابني فتحاكما إلى أمير المؤمنين عليه السلام، فأمر أن يوزن لبيتهما و قال: أئتيهما كانت أثقل لبناً فالابن لها. «١»

٢- ما رواه الصدوق بإسناده إلى قضايا ٢ أمير المؤمنين عليه السلام: قال أبو جعفر عليه السلام: تُوفّي رجل على عهد أمير المؤمنين عليه السلام و خلف ابناً و عبداً، فادّعى كلّ واحد منهما أنّه الابن و أنّ الآخر عبد له، فأتيا أمير المؤمنين عليه السلام فتحاكما إليه، فأمر عليه السلام أن يثقب في حائط المسجد ثقبين، ثمّ أمر كلّ واحد منهما أن يدخل رأسه في ثقب ففعلا، ثمّ قال: «يا قنبر جرّد السيف» و أشار إليه: «لا تفعل ما أمرك به» ثمّ قال: «اضرب عنق العبد»، فنحى العبد رأسه فأخذه أمير المؤمنين عليه السلام و قال للآخر: «أنت الابن و قد اعتقت هذا و جعلته مولى لك».

٣- روى الكليني بسند صحيح عن أبي الصباح الكناني ٣ عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أتى عمر بامرأة قد تزوّجها شيخ، فلما أن واقعها مات على بطنها، فجاءت بولد فادّعى بنوه أنّها فجرت، و تشاهدوا عليها، فأمر بها عمر أن ترجم، فمرّ بها على عليّ عليه السلام فقالت: يا ابن عمّ رسول الله عليه السلام إنّ لي حية، قال: «هاتى حجّتك»، فدفعت إليه كتاباً فقراه، فقال: «هذه المرأة تعلمكم بيوم تزوّجها و يوم واقعها و كيف كان جماعه لها، ردّوا المرأة» فلما كان من الغد دعا بصبيان أتراب

(١) ١ و ٢ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦ و ٩.

(٢) ٣ و في السند محمد بن عليّ و المراد منه محمد بن عليّ بن مهزيار الثقة و ليس فيه اي إرسال.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٢١

و دعا بالصبي معهم فقال لهم: «العبوا» حتّى إذا ألهاهم اللّعب قال لهم: «اجلسوا» حتّى إذا تمكّنوا صاح بهم، فقام الصبيان و قام الغلام فاتكى على راحتيه، فدعا به عليّ عليه السلام و ورثه من أبيه، و جلد إخوته المفترين حدّاً حدّاً، فقال عمر: كيف صنعت؟ فقال: «عرفت ضعف الشيخ في تكأة الغلام على راحتيه». «١»

و يمكن أن يقال: إن الرواية ظاهرة فى جواز العمل بالعلم فى حقوق الله، و ذلك لأجل أن موردها هو الرجم. و لكن الظهور ممنوع و ذلك لأن الإمام عمل به فى دفعه عن المرأة، لا فى إثباته و لا يمكن لنا الإذعان أن الإمام يعمل به فى الجانب الآخر، و لعلّه صلى الله عليه و آله و سلم كان واقفاً على صدقها و أراد بما فعل إقناع الخليفة ببراءتها و إلّا فمجرد الاتكاء على الأرض لا يفيد العلم بأنه ابن رجل أودع نطفته فى رحم أمه و هو شيخ كبير فان.

٤- ما رواه فى الوسائل عن الشيخ المفيد فى الإرشاد:

قال روت العامية و الخاصة أن امرأتين تنازعتا على عهد عمر فى طفل ادّعت كل واحدة منهما ولدًا لها بغير بينة و لم ينازعهما فيه غيرهما، فالتبس الحكم فى ذلك على عمر، ففرغ فيه إلى أمير المؤمنين عليه السلام، فاستدعى المرأتين و وعظهما و خوّفهما، فأقامتا على التنازع، فقال عليّ عليه السلام: «ايتونى بمنشار» فقالت المرأتان: فما تصنع به؟ فقال: «أقدّه نصفين لكل واحد منكما نصفه» فسكتت إحداهما و قالت الأخرى: الله الله يا أبا الحسن إن كان لا بدّ من ذلك فقد سمحت به لها، فقال: «الله أكبر هذا ابنك دونها، و لو كان ابنها لرقّت عليه و أشفقت»، و اعترفت الأخرى أن الحق لصاحبها و أن الولد لها دونها. (٢)

لا شك أن الإمام عليه السلام قد قضى بمقدمات حسيّة تورث العلم لكل من شاهد القضايا بأمر عينيه، سواء كان الإمام أو غيره و قد اعتمد فى قضائه على أمور

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٢٢

طبيّة، كما فى مورد وزن اللبن حيث إن الذكر أقوى جسمًا من الأنثى، فطبع الحال يقتضى أن يكون اللبن الذى يتغذى به أقوى مادّة من لبن غيره إذا كانا متقاربي الولادة من حيث الزمان، لا إذا كانوا مختلفين من تلك الجهة، فربما يكون لبن أمّ البنت إذا كانت وليدة سنة أقوى من لبن أمّ الابن إذا كان وليد يوم.

و لكنّه (صلوات الله عليه) اعتمد فى الموارد الأخرى على أمور نفسية تورث الاطمئنان، مثلًا عند ما سمع أحدهما أمر الإمام بضرب عنق العبد، نحى رأسه دون الآخر من لا وعى و شعور، و هذا يدلّ على أنّه فى صميم ذاته كان يعتقد برقيته دون الآخر.

كما أن الإمام اعتمد على ناموس الوراثة، و أن شيخوخة الأب حين الولادة تؤثر فى الولد حيث قام الصبيان بلا اتكاء على الراحة و قام هو متكئًا على راحته.

و مثله القضية الأخيرة حيث دلّ إشفاق إحدى المرأتين و رقّتها على كونها أمًا دون الأخرى. و إن اعترفت أخيراً على أن الولد لها دونها، لكن الإمام قضى قبل إقرارها. (١)

فجميع الموارد تتمتع من خصوصيات:

الأولى: إنّ المعلوم و إن لم يكن حسيًا لكن مبادئه حسيّة و لا يمكن التعدى من هذا النوع إلى ما إذا كانت مبادئه حدسيّة بحتة.

و الثانية: إنّ المصادر الذى صدر عنها الإمام لا يختصّ بأحد دون أحد و الإمام و غيره سواسية، أمام ذلك العلم فهو قابل للانتقال إلى الغير، بالإمعان فيه من مبادئه و مقدماته.

الثالثة: إنّ الإمام لم يقض غائبًا عن أعين الناس بل قضى فى مشهد عظيم،

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢١ من أبواب كيفية الحكم، لاحظ أحاديثه.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٢٣

ترى كيف عالج المشاكل بالمواهب الإلهية و الطاقات فوق العادة فأخرج نفسه بذلك عن مظنة التهمة و تحدت الناس عنه. فلو حصل مثل ذلك العلم للقاضى غير المعصوم، فله الحكم أخذاً بالضابطة.

ثم إن جمع القرائن و الشواهد فى المحاكم العرفية للتعرف على صدق المدعى أو إنكار المنكر أمر رائج فيها و ربما يحولون الأمر إلى الخبراء للتحقيق عن دلالتها على ما يرتبه القاضى.

نفترض وقوع قتل فى البيت أو الشارع أو فى غرفة عمل المقتول، فاتهم إنسان بأنه المباشر للجناية فإن التحقيق عن الصلة الموجودة، بين المقتول و المتهم، من الحب و البغض و عن مكان القتل و زمان وقوعه، و الآلة التى تركت فى المحل و مدى قدرة المتهم على إعمالها، و الإمعان فى حالته عند مواجهة جسد المقتول. و وجود الانسجام أو التناقض فى أجوبة الأسئلة إلى غير ذلك من الأمور، يكشف الستر عن وجه الحقيقة و يصل القاضى فى ظل نظر الخبراء إلى النتيجة القطعية التى يصل إليها، كل من نظر فى الملف و تأمل فيه، فهذا النوع من العلم علم حسى بمعنى كون مبادئه حسية، و لأجل ذلك ربما يضطر المتهم بالإقرار قبل صدور الحكم، كما ربما يصل القاضى ببراءته و ليس بتحصيل العلم فيه أبعد من تحصيله من الشهادة بالعدالة و الفسق.

فلو لم نعلم على هذه القرائن و الشواهد أو شهادة الخبراء الذين أحرزت عدالتهم و صدقهم فى المقال، على دلالتها على واحد من الأمرين، لانتشر الفساد فى الأرض، أو أقفل باب القضاء فى زماننا هذا.

و لقد بلغنى عن بعض القضاة الممارسين فى المحاكم، أن القضاء بالبيئات فيها قليل جداً، فلا محيص إلّا عن الإقرار، أو الإحلاف غير أن جمع القرائن و الشواهد و الرجوع إلى الخبراء و الأخصاء، يكشف السر المكتوم و يستعين به

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٢٤

القاضى و ربما يواجه القاضى حوادث ليس للبيئة لها طريق، كوقوع حريق فى المعمل، لا يُدرى هل حدث عن عمد، أو لوجود نقص فى الأسلاك الكهربائية، أو تقصير فى الصيانة أو غير ذلك فلا محيص عن اعتبار علم القاضى إذا استند إلى أمور حسية أو قريية من الحس مفيدة للعلم لكل إنسان عادى.

و على ضوء ذلك يجوز للقاضى العمل بعلمه بشرط أن يكون علمه مستنداً إلى مبادئ حسية أو قريية منها، على وجه يكون قابلاً للانتقال إلى غيره، بحيث لو نظر إليها غيره لحصل له العلم، و هذا ما نعبر عنه بجمع القرائن و الشواهد المفيدة للعلم.

إكمال

استثنى الموافق و المخالف فى عمل القاضى بعلمه، موارد جوزوا فيها العمل بعلمه:

١- تركية الشهود و جرحهم لئلا يلزم التسلسل فإنه إذا علم بأحد الأمرين و توقف فى إثباته على الشهود فإن اكتفى بعلمه بعدالة المزكى أو الجرح فقد حكم بعلمه و إلّا افتقر إلى آخرين و هكذا فيلزم التسلسل إن لم يعتبر شهادة الأولين.

٢- الإقرار فى مجلس القضاء و إن لم يسمعه غيره. و قيل يستثنى إقرار الخصم مطلقاً.

٣- العلم بخطأ الشهود يقيناً أو كذبهم.

٤- تعزير من أساء به فى مجلسه و إن لم يعلم غيره لأنه من ضرورة إقامة أبهة القضاء.

٥- أن يشهد معه آخر فإنه لا يقصر عن شاهد. (١)

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج 1، ص: 225

و لو ثبت الإجماع في هذه الموارد فهو و إنما فالقضاء بالعلم في مورد الإقرار، إذا لم يكن قابلاً للانتقال مشكل لما عرفت من قصور الأدلة من شمولها لغير هذه الصورة و ربما يرد عليه ما تقدم في باب حقوق الله من وحدة القاضي و المدعى، حيث يدعى بنفسه إقرار المنكر ثم يقضى، و هو ليس بصحيح و الاستناد في ذلك بما مر من قضية معز و غيرها حيث إن الظاهر كفاية علم القاضي بإقرار المقر، لا- يخلو من إشكال، لأن الإقرار في تلك المواضع لا- ينفك عن سماع الأخيرين على أن مدعى السماع هناك هو النبي المعصوم الذي لا يقع مظنة التهمة فلاحظ ذيل الرواية الأولى. «1» و الله العالم.

المسألة الثانية: في التماس المدعى حبس المنكر لتزكية البينة

إذا أقام المدعى بيته و لم يعرف الحاكم عدلتها فالتمس المدعى حبس المنكر ليعد لها فهل يجوز حبسه وجهان:

1- قال الشيخ في المبسوط بالجواز لقيام البينة بما ادعاه. «2»

2- و قال المحقق: لا يجوز حبسه حيث لم يثبت المدعى بالبينة العادلة، حتى تجوز عقوبته.

لا شك أنه يجوز الحبس بعد ثبوت الدين، و قبل ثبوت الإفلاس فقد روى غياث بن إبراهيم عن أبيه أن علياً عليه السلام كان يحبس في الدين فإذا تبين له حاجة

(1) الوسائل: الجزء 18، الباب 16 من أبواب حد الزنا، الحديث 1.

(2) الطوسي: المبسوط: 8/ 152 و 239.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج 1، ص: 226

و إفلاس خلى سبيله حتى يستفيد مآلاً. «1» و روى السكوني عن جعفر عليه السلام عن ابنه أن علياً كان يحبس في الدين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء و إن لم يك له مال دفعه إلى الغرماء ... 2

إنما الكلام فيما إذا لم يثبت، فلو ادعى عليه حقاً و لم يحضر بيته، فليس له حبس المدعى عليه بمجرد الدعوى غاية الأمر له إخلاف المنكر، إنما الكلام إذا ادعى حقاً و احضر بيته و لكن الحاكم لم يعرفها فالتمس المدعى حبسه ليعد لها، خوفاً من فراره أو اختفائه أو غير ذلك فالقول بجواز الحبس مبني على أحد أمرين:

1- إن الأصل في كل مسلم هو العدالة و الفسق يحتاج إلى الإثبات فالبينة تامة و لا ينافيه التوقف على طلب التزكية لأن القائل بهذا القول يجوز البحث عن التزكية عند الريبة، و مع طلب الغريم له ذلك.

2- إن العدالة ليست بشرط، بل الفسق مانع مثل ما يقال أن كون اللباس ممّا لا يؤكل لحمه، مانع لا كونه ممّا يؤكل شرط و على ذلك فالمقتضى موجود، و يحرز عدم المانع بالأصل أى باستصحاب الحالة السابقة قبل البلوغ.

و الوجهان ضعيفان أما الأول فلم يدل دليل على أن الأصل في المسلم العدالة، كما لم يدل دليل على أن العدالة المشروطة في الشهادة بمعنى الإسلام كما سيوافيك في كتاب الشهادة.

أما الثاني، فلأن الظاهر من قوله سبحانه (وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ) (الطلاق/ 2) و قوله سبحانه: (إِنَّ تَابَ ذُو الْعَدْلِ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَ مِنْ غَيْرِكُمْ) (المائدة/ 106) و قوله: (فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قُتِلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذُو الْعَدْلِ مِّنكُمْ) (المائدة/ 95) أن العدالة هو الشرط في قبول شهادة قول البينة.

و الحق أنه لا- يجوز حبسه، و لكن لا- يجوز له إطلاقه أيضاً من دون أخذ تأمين منه لحضور مجلس القضاء ثانياً، فيدخل في مصاديق تراحم الحقوق فيجب الجمع بين الحقيين أو الأخذ بالأقوى ملاكاً و المورد من قبيل الأول و هو أخذ الكفيل أو الرهن فما ذكره في

الجواهر من عدم جواز الحبس و لا المطالبة بكفيل و لا رهن، غير تام و على ذلك سيرة المحاكم العرفية حيث لا يخلون الخصم بلا تأمين لحق المدعى إذا كان مظنوناً.

(١) ١ و ٢ الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٧ من أبواب الحجر، الحديث ١-٣.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٢٧

المسألة الثالثة فيها فروع ثلاثة:

إشارة

ذكر المحقق فيها فروعاً ثلاثة بالنحو التالي:

- ١- لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال، و أمر بحبسه فعند حضور الحاكم الثاني، يُنظر فإن كان الحكم موافقاً للحقّ ألزم، و إلّا أبطله سواء كان مستند الحكم قطعياً أو اجتهادياً.
 - ٢- كلّ حكم قضى به الأوّل و بان للثاني فيه الخطأ فإنه ينقضه.
 - ٣- لو حكم هو ثمّ تبين الخطأ فإنه يبطل الأوّل و يستأنف الحكم بما علمه حقاً. «١»
- و إليك البحث فيها واحداً بعد الآخر.

[الفرع الأول] لزوم النظر في حكم الغريم المحبوس

إنّ ما ذكر في الفرع الأوّل، هو الموافق لما ذكره في مبحث الآداب قال: «إنّ

(١) نجم الدين الحلبي: الشرائع: ٧٥ / ٤.

تبريزي، جعفر سبحاني، نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول،

١٤١٨ هـ ق نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج ١، ص: ٢٢٨

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٢٨

القاضي ينظر في المحبوسين و يجعل وقتاً فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد و يسأله عن موجب حبسه و يعرضه على خصمه فإن ثبت لحبسه موجب أعاده و إلّا أشاع حاله بحيث إن لم يظهر له خصم أطلقه» «١» و لكنّه، لا- يلائم ظاهراً مع ما سيذكره في المسألة الرابعة حيث قال: «ليس على الحاكم تتبع حكم من كان قبله». «٢»

و قد اضطرب كلامهم في الجمع بين ما ذكر هنا، و ما ذكره في المسألة الرابعة فقال الشهيد الثاني: عند الكلام في المسألة الرابعة إنّما وجب في المسألة الأولى النظر في حكم الأوّل دون هذه، (الرابعة) لأنّه في الأوّل وجد الغريم محبوساً على الحقّ و لم يُحصّل أداءه فكأنّ الأوّل لم يتمّ، فلذا أوجب على الثاني النظر في حال من عليه الحقّ لأنّه يحتاج إلى أن يحكم عليه بوجوب أداء الحقّ و لا يتمّ للثاني ذلك حتّى يعلم حال الحكم السابق بخلاف ما إذا كان قد انقضى الأمر في حكم الأوّل و استوفى متعلّق الحكم فإنّ الحاكم الثاني لا- يجب عليه النظر في السابق و لا- يُتبع الأحكام إلّا أن يدعى المحكوم عليه جور الحاكم الأوّل فيلزمه حينئذ النظر لأنّ هذه

دعوى يلزمه سماعها ولا يتم إلا بالنظر فى الحكم فينفذه إن كان حقاً ويردّه إن تبين بطلانه. «٣»
 و اعترض فى الجواهر بأنّ دعوى عدم انتهاء الحكم فى الأوّل يدفعها ظهور العبارة فى خلافها ضرورة كون حبسه لاستنقاذ الحقّ منه.
 و الظاهر أنّ صاحب الجواهر قدّس الله سزّه ما أعطى حقّ النظر فى عبارة الشهيد أنار الله برهانه كما هو شأنه فى سائر الموارد إذ المراد
 من عدم التمامية هو عدمها استيفاءً لا حكماً فليس له الحبس إلا إذا ثبت موجه عنده، و مثله إذا صدر الحكم بالإعدام فليس للثانى
 الإجراء إلا إذا ثبت موجه عنده مثل القاضى

(١) المصدر نفسه / ٧٣.

(٢) المصدر نفسه / ٧٦.

(٣) العاملى، المسالك: ٢ / ٤٠٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٢٩
 الأوّل.

و الضابطة الكلية أنّه ليس للثانى ردّ حكم القاضى السابق و لكنّه أيضاً ليس له إنشاء حكم وفق حكم الحاكم الأوّل إلا بعد ثبوت
 الموضوع عنده بل ولا إجراؤه و إن لم يحكم كما سيوافيك فى محلّه و العجب أنّه تتبّه ببعض ما ذكره الشهيد فى بعض كلماته حيث
 قال: و عدم جواز الردّ عليه مع عدم العلم بفساده لا يقتضى تحقّق الموضوع الذى يتوقّف عليه مباشرة الثانى لاستيفاء الحقّ الذى هو
 من ولاية القضاء بالمعنى الأعم فليس له حينئذ ذلك إلا بعد ثبوت كونه مستحقاً عليه عنده و ليس فى الأدلّة أزيد من حرمة الردّ و من
 الإنكار على الردّ و نحوه ذلك ممّا لا دلالة فيه على ثبوت الحقّ عند الثانى على وجه يكون ولياً على استنفاذه «١».
 و بذلك اتّضح دليل الفرع الأوّل و قد أشار إليه المحقّق بعبارة موجزة حيث قال: لا احتياج الاستيفاء منه إلى مسوغ.
 و الحاصل: إنّ الردّ و الاستنكار أمر و إنشاء الحكم وفق الحكم الأوّل أو إجراء حكم المعزول أمر آخر فما يرجع إلى المسألة الرابعة،
 هو الأمر الأوّل، و ما يرجع إلى المقام هو الأمر الثانى.

ثمّ إنّ يظهر من السيد الطباطبائى أنّ الممنوع فى هذه الصورة هو إنشاء حكم على طبق حكم حاكم آخر من غير أن يبحث عنه و
 يتبين كونه على طبق رأيه و مع ذلك يجوز أو يجب إمضاؤه بمعنى تنفيذه و هو غير الحكم من نفسه على طبقه. «٢»
 و لا يخفى عدم ترتّب ثمره على هذا التفصيل، فإنّ محور النزاع هو جواز أو وجوب إجراء حكم من تقدّم سواء كان هناك إنشاء
 حكم على وفق الأوّل أو لا، و الذى ترتّب عليه الثمرة، هو اجتنابه عن إجراء الحكم إلا إذا ثبت الموضوع عنده.

(١) الجواهر: ٩٥ / ٤٠.

(٢) ملحقات العروة / ٢ / ٢٨، المسألة ٣٥.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٣٠

و الظاهر من عبارة الجواهر السابقة هو ما ذكرناه. «١»

و نظير ما قلناه فى المقام ما يقال فى أصالة الصحّة فى فعل الغير من أنّها لا تثبت الصحّة المطلقة بل الصحّة النسبية، فلو اشترى رجل
 من بايع مشكوك بلوغه عندنا فمقتضى الأصل، هو صحّة شراؤه منه و لكنّه لا تثبت بلوغ البائع حتّى يجوز لنا شراء شىء آخر منه بل لا
 محيص لنا عن التحقيق فى بلوغه و عدمه.

و مثله إذا تفحص الحاكم عن زوج المرأة أربع سنوات، فطلّقها فيجوز لنا، تزويجها، و أمّا إذا تفحص و لم يطلّق فليس لنا طلاقها مبنياً
 على فحصه إلا بعد ثبوت الموضوع عندنا.

فإن قلت: إذا كان الحكم صادراً عن وفق موازين القضاء فيجب على الحاكم الثانى تنفيذه، فإن إيقافه ردّ على الحاكم الأول. قلت: إن الحرام هو ردّ الحكم ورفضه حسب دلالة المقبولة، و أين هو من الإيقاف حتى يثبت الموضوع. والحاصل: إن الإجراء فرع ثبوت الموضوع لدى الحاكم الثانى و إلا فلا يرده و لا يرميه بالبطلان و فى الوقت نفسه لا يجريه.

[الفرع الثانى] نقض حكم القاضى عند تبين الخطأ

إشارة

هذا هو الفرع الثانى الذى أشار إليه المحقق بقوله: «و كذا كل حكم قضى به الأول و بان للثانى فيه الخطأ فإنه ينقضه» توضيحه: التنصيب عموماً أو خصوصاً على القضاء، يلزم نفوذ حكم القاضى لرفع الخصومة و قطع النزاع فلو لم يكن حكمه نافذاً لغى التنصيب و يصبح القاضى رجلاً ناصحاً لا أثر لكلامه فى رفع المنازعة إلا فى أقل من الناس. و لأجل ذلك

(١) الجواهر ٩٥ / ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٣١
أوجب الإمام قبول قضائه و حرّم رده بقوله: «فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فإنما استخفّ بحكم الله و علينا ردّ، و الرادّ علينا كالرادّ على الله و هو بمنزلة الشرك». «١» إلى غير ذلك من الروايات.
و مع ذلك كله فقد استثنى القوم موارد جوزوا فيها نقض حكمه فيها قائلين بأنه ليس من مقوله الردّ عليه و الصور المتصورة بشكل عام و إن كان بعضه خارجاً عن إطار البحث عبارة:

١- نقض الحكم بالحكم

٢- نقض الحكم بالفتوى

٣- نقض الفتوى بالحكم

٤- نقض الفتوى بالفتوى

و هذه هى الأقسام الأربعة و إليك البحث فيها واحداً بعد الآخر.

١- نقض الحكم بالحكم

و قبل الخوض فى البحث نأى ببعض نصوصهم:

١- قال الشيخ: إذا قضى الحاكم بحكم فإخفاً فيه ثم بان أنه خطأ أو بان أن حاكماً كان قبله قد أخطأ فيما حكم به، و جب نقضه و لا يجوز الإقرار عليه بحال و قال الشافعى: إن أخطأ فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد بأن خالف نصّ كتاب أو سنّة أو إجماعاً أو دليلاً لا يحتمل إلا معنى واحداً و هو القياس الجليّ على قول بعضهم، و القياس الجليّ و الواضح على قول الباقيين منهم، فإنه ينقض حكمه، و إن أخطأ فيما يسوغ فيه الاجتهاد لم ينقض حكمه.

و قال مالك و أبو حنيفة: إن خالف كتاب الله و السنّة لم ينقض حكمه، و إن

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٣٢

خالف الإجماع نقض حكمه، و ناقض كل واحد أصله فقال مالك: إن حكم بالشفعة للجار نقض حكمه و هذه مسألة خلاف، و قال محمد بن الحسن: إن حكم بالشاهد و اليمين، نقض حكمه، و قال أبو حنيفة: إن حكم بالقرعة بين العبيد أو بجواز بيع ما تركت التسمية على ذبحه عامداً، نقض حكمه لأنه حكم بجواز بيع الميته.

قال الشيخ: دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم و أيضاً فقد ثبت عندنا أن الحق في واحد، و أن القول بالقياس و الاجتهاد باطل، فإذا ثبت ذلك فكل من قال بهذا قال بما قلناه، و إنما خالف في ذلك من جوز الاجتهاد، و روى عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال: من أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد، و قال عليه السلام: ردوا الجهالات إلى السنن، و هذه جهالة و روى عن عمر أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري كتاباً يقوله فيه: و لا يمنعك قضاء قضيت به اليوم ثم راجعت رأيك فهديت لرشدك أن تراجع فإن الحق قديم، و لا يبطله شيء، و أن الرجوع إلى الحق أولى من التماضي في الباطل. (١)

٢- و قال الشيخ أيضاً: و قال المخالف ليس لأحد أن يرد عليه و إن حكم بالباطل عنده لأنه إذا كان حكمه باجتهاده و جب عليه العمل به فلا يعترض عليه بما هو فرضه إلا أن يخالف نص الكتاب أو سننه أو إجماعاً أو قياساً لا يحتمل إلا معنى واحداً فإن ذلك ينكر عليه ثم إنه اختار ما يلي و قال: إنه إن أصاب الحق نفذ حكمه، و لا يعترض عليه، و إن أخطأ و جب على كل من حضره أن يتبته على خطئه، و لا قياس عندنا في الشرع و لا اجتهاد، و ليس كل مجتهد مصيباً. (٢)

٣- قال ابن البراج: و إذا حكم بشيء ثم بان له أنه أخطأ أو بان له أن الحاكم قبله حكم بشيء و أخطأ فيه كان عليه نقض ما أخطأ هو فيه، و كذلك ما أخطأ فيه غيره من الحكام المتقدمين عليه و حكم بما يعلمه من الحق. (٣)

(١) الطوسي: الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ٧.

(٢) الطوسي، المبسوط: ٨ / ٩١.

(٣) ابن البراج، المهذب: ٢ / ٥٩٩.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٣٣

٤ و قال العلامة: و كل حكم ظهر بطلانه فإنه ينقضه سواء كان الحاكم هو أو غيره، و سواء كان مستند الحكم قطعياً أو اجتهادياً. (١)

٥- و قد اضطرب كلام العلامة في القواعد ففي موضع يظهر منه التفصيل بين ما إذا خالف دليلاً قطعياً و جب عليه و على غير ذلك الحاكم، نقضه و لا يسوغ إمضائه ... و إن خالف دليلاً ظنياً لم ينقض كما لو حكم بالشفعة مع الكثرة

ثم يقول بعد عدة سطور: و لو كان الحكم خطأ عند الحاكم الأول و صواباً عند الثاني ففي نقضه مع كون الأول من أهله نظر و الأقرب أن كل حكم ظهر أنه خطأ سواء كان هو الحاكم أو السابق فإنه ينقضه و يستأنف الحكم بما علمه حقاً. (٢) فقد فصل في العبارة الأولى بين الدليل القطعي و الظني و لكن حكم بالنقض مطلقاً في الثانية فلاحظ.

٦- و قال فخر المحققين: إذا علم الحاكم الثاني بأن الحاكم الأول أخطأ في حكمه، أو الحاكم نفسه علم أنه حكم بحكم خطأ و الخطأ بمخالفة نص الكتاب أو السننه المعلومى الدلالة مع علم سند السننه أو الإجماع، نقض ذلك الحكم. و أما إذا ظهر خطأ الحكم لاستناده في الاجتهاد إلى دليل ظهر أنه ليس بدليل في نفسه و لم يظهر له برهان على فساد هذا الحكم بل ظهر فساد في مستنده فهذا هو المبحوث عنه هنا و قد اختار المصنف (العلامة) أن الأقرب نقضه و الحكم بما علمه حقاً.

و وجه القرب قوله تعالى: (وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ) (المائدة/ ٤٧) و الخطأ لم ينزله الله، و لأن إقرار ما يعتقد خطأ مع العلم به أو الظن و هو غير جائز.

و قال: و فيه نظر، لأن قوله: «مع العلم به لا نزاع فيه» و قوله: «أو الظن» فإنه

(١) الإرشاد: ١٤١ / ٢.

(٢) مفتاح الكرامة: ١٥٥ / ١٠، قسم المتن، و لاحظ: الايضاح: ٣١٩ / ٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٣٤

فى عين المنع، فإنّ الدليل الظنى لا- ينقض ما حكم به بدليل ظنى و إلا لم تستقر الأحكام أمّا لو ظهر باجتهاد ثان فلا ينقض و إلا لم يستقر حكم. «١»

هذه بعض النصوص فى المسألة و إليك تحليلها:

إنّ نقض الحكم بالحكم جوازاً و منعاً يستمدّ من الأمور التالية و الإمعان فيها يعطى الضابطة و يحدّد الجواز و المنع و إليك بيانها:

١- الغاية المتوخاة من القضاء فى جميع الأوساط هو رفع الخصومة و قطع النزاع قانوناً و تشريعاً و هو لا- يتحقّق إلا إذا كان حكم القاضى متممّاً بصلابه و قوّة غير منتقضة باعتراض أحد الطرفين و إلا لما حصلت الغاية المطلوبة، و انتهى الأمر إلى الهرج و المرج و لأجل ذلك يتمنّع حكم القاضى فى تمام المجتمعات بالقوّة و الاستحكام.

٢- إنّ النقض و تحديد القضاء فرع وجود الخصومة و المفروض أنّها ارتفعت بالقضاء الأوّل فليست على صعيد التشريع أيّه خصومة حتّى يتصدّأها الحاكم الثانى أو القاضى الأوّل نفسه و إن رضى المتحاكمان لأنّ الوصل بعد الفصل يحتاج إلى دليل.

و بذلك يظهر أنّ حرمة النقض و تجديد المرافعة من القضايا التى دليلها معها، لأنّ القضاء الثانى فرع وجود المرافعة تشريعاً و المفروض أنّها ارتفعت بالقضاء الأوّل و بقاءها تكويناً فى نفوس المترافعين أو فى ألسنتهما ليس موضوعاً شرعياً له. و إلى ما ذكرنا يشير المحقق الرشتى و يقول: إنّ حرمة النقض لا- يحتاج فى إثباتها إلى دليل آخر غير ما دلّ على وجوب الرضا بحكم الحاكم بعد تصوّر حقيقة الحكم فإنّ الحكم المبحوث عنه على ما سبق عبارة عن فصل الخصومة و قطع المنازعة بالزام أحد المتخاصمين على غير ما يقتضيه تكليفه فإذا تحقّق

(١) الايضاح: ٣٢٠ / ٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٣٥

الفصل عند حاكم لم يبق أمر قابل للفصل شرعاً بعدّ سواء رضى الخصمان بتجديد المراجعة أم لا. «١»

فما يظهر من صاحب الجواهر من تجويز النقض برضى المتخاصمين «٢» ليس فى محلّه لأنّ رضاها لا يغيّر الحكم الشرعى و لا يوجد موضوعاً لدى القاضى.

٣- إنّ الإمام أعطى لحكم القاضى منزلة جليّة، فجعل حكمه حكم نفسه و ردّه ردّ حكمه «٣». فكل مورد كان النقض ملازماً مع الردّ يكون محرماً بلا إشكال.

هذه الجهات الثلاثة، توضح وجه حرمة النقض، و هناك جهات أخرى تسوّغ النقض و إليك بيانها:

٤- إنّ العبرة و الاعتبار فى حكم القاضى برصيده الذى يتمنّع به و هو كونه حاملاً لحكمهم عليهم السّلام و هذا هو الذى أعطى له القيمة و الكرامة و لو خلى عنه، لسقط عن الاعتبار و المقصود من حكمهم هو الأعم من الحكم الواقعى المنكشف بالعلم، أو المنكشف بالأدلة القطعيّة و إن لم يكن نفس الحكم قطعياً، كظواهر الكتاب و السنّة المعتمدة، و الإجماع المحصّل، و الشهور المحقّقة التى تجعل المقابل شاذاً ساقطاً حسب ما حقّقناه.

و الحكم القضائى عندنا ليس حكماً واقعياً و لا ظاهرياً و إنّما قسم خاص منه، لكن بما أنّه يستمدّ من هذين القسمين يكون له الاعتبار، فإذا لم يكن مستمدّاً منهما لما كانت له قيمة.

٥- الاجتهاد الصحيح موضوع لنفوذ القضاء فلو حكم بالحق بلا اجتهاد،

(١) المحقق الرشتى: كتاب القضاء: ١/١٠٧.

(٢) النجفى: الجواهر ٩٥/٤٠، و نقله عنه كل من المحقق الرشتى و الأشتياني فى كتابيهما باسم «كتاب القضاء: ١٠٨، و ٥٧ معبرين عنه ببعض مشايخنا و هذا يعرب عن تتلمذهما عليه أولاً ثم على الشيخ الأنصارى: قدس الله أسرارهم.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٣٦

أو باجتهاد فاسد فهو من مصاديق قوله: «حكم بالحق و هو لا يعلم» و لأجل ذلك لا قيمة لقضاء العامى و إن أصاب الحق.

٦- إن حكم القاضى و إن كان حجة على الكل من غير فرق بين المترافعين و غيرهما لكن ليست حكومته مطلقة، غير مشروطة و لا محددة فلو كان الحق منكشفاً لدى القاضى بالعلم القطعى أو بحجة قطعية على قول، فليست له حكومة عليه إذ لا يصح جعل حكم مخالف فى عرض الواقع، المنكشف.

٧- إذا حكم القاضى بحكم على موضوع ثبت عنده بالبينه كالقصاص، و لكن عزل و ترك إجراءه على قاض آخر، فلا يصح له الإجراء إلا إذا تحققت الموضوع عنده و هو كونه قاتلاً أو مديوناً فيطلب ذلك، النظر فى القضاء الأول. و إلا فمجرد حرمة الرد و الإنكار لا يدل على ثبوت الحق عند الثانى.

إذا عرفت ما هو المبرر لحرمة النقض و جوازه فإليك بيان الموارد التى يجوز النقض فيها:

أ: تبين فساد الاجتهاد

إذا تبين أن الحاكم الأول، لم يقض على اجتهاد صحيح مثلاً أحلف المدعى مكان المنكر أو قضى بشهادة النساء مكان لزوم شهادة الرجال، أو بشهادة عدلين مع لزوم شهادة الأربعة أو قضى بشهادة عدل و يمين فى غير الأموال و الحقوق مع اختصاص القضاء بهما عليهما فى تلك الموارد لا شبهة فى جواز النقض بل لزومه فى حقوق الله مطلقاً و حقوق الناس مع المطالبة فإن حكمه فى الواقع دائر بين الحق و الباطل فعلى الأول قضى بالحق و هو لا يعلم، و على الثانى قضى بالجور و هو لا يعلم و الكل قضاء باطل.

ب إذا خالف الدليل القطعى

إذا كان فى المسألة دليل قطعى يفيد العلم بالحكم الواقعى، كنص الكتاب،

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٣٧

أو السنة المتواترة، و إجماع الفرقة المحقة فى الأعصار، فحكمه حكم القسم الأول من لزوم النقض مطلقاً فى حقوق الله و حقوق الناس مع المطالبة إذ لا معنى لجعل حكم فى عرض الحكم الواقعى، و بكلمة قصيرة يدخل الحكم حينئذ فى من قضى بالجور و هو لا يعلم.

ج إذا خالف الدليل المعتبر

إذا كان فى المسألة دليل معتبر ثبت اعتباره بالدليل القطعى كخبر الواحد و سائر الأمارات التى قامت الأدلة القطعية على حجيتها كالشهرات الفتوائية طوال القرون على ما حققنا حالها فى الأصول، و كالعلة المنصوصة و بالجملة تبين تبيناً قطعياً أنه استند إلى ما ليس

بحجة واقعا، و إن لم ينكشف الواقع مثل انكشافه فى الصورة الثانية فهل يجوز النقض أو لا؟
والحق جوازه و ذلك لأن المفروض أن الحجية الفعلية فى حقه، هو ما غفل عنه، و عدل إلى ما ليس بحجة و مع ذلك فكيف يكون نافذاً فى حق القاضى الثانى؟
و الحاصل أن المقياس تبين الخطاء فى قضائه (لا تبين الواقع و انكشافه) و هو يلزم عدوله عن الحجة السابقة إلى الحجية الفعلية.

د لو كان الدليل المخالف عند القاضى الثانى أرجح عنده مما استند إليه.

مع كون مستند الأول أيضاً ممياً يجوز الاعتماد عليه فإن ذلك لا- ينقض لأنه لا يعلم كونه خطأ. و على ضوء ذلك ظهر أن مورد النقض ينحصر فى أمرين: تبين فساد الاجتهاد، تبين الخطاء فى مستند القاضى الأول تبيناً قطعياً سواء كان الواقع متبيناً أيضاً أو لا و أما إذا كان الخطاء غير متبين غاية الأمر كان لأحد الدليلين ترجيح فى نظر الثانى على الأول فلا.
نعم المتأخرون بين موافق، و متردد، و جازم بالخلاف.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٣٨

أما الأول فقد أفاد المحقق الرشتى فى هذا المجال:

يجوز النقض فى مواضع ثلاثة. و هى المواضع التى يقع فيها الحكم لاغياً:

أحدها: ما لو علم الحاكم أو غيره مخالفة حكم الحاكم الأول للحكم الإلهى الواقعى علماً قطعياً فإنه يجوز النقض حتى تتجدد المرافعة لأنه الحكم على حد سائر الأمارات فلا يكون حجة إلا مع الجهل بالواقع و اما مع العلم به فلا حكمه له.

ثانيها: ما لو علم مخالفة الحكم لدليل معتبر عند الكل كالخبر الصحيح المعمول به، الثابت فى الكتب المعتبرة مع عدم المعارض فإن النقض جائز لأن العلم بالواقع الأولى و الثانوى مع وحدته بين الكل سيان فى عدم جواز المخالفة، بحيث لو فرضت مراعاة المجتهد لشرائط الاجتهاد لم يفت بمضمونه.

و أما مخالفة الحكم الثانوى مطلقاً فليس محلّ النقض لأن الأحكام الثانوية متعدّدة حسب تعدّد الأمراء فليس لمجتهد إبطال ما زعم الآخر حكماً إلهياً و إلا لم يبق للحكم مورد لا ينتقض فيه إلا نادراً.

و الحاصل: أن المخالفة فى رأى لا- توجب جواز النقض مطلقاً، بل يتوقف على كونها بحيث لا- تخفى على أحد مراعى لشروط الاجتهاد.

ثالثها: ما لو ظهر خطأ الحاكم فى الاجتهاد قصوراً أو تقصيراً (فساد الاجتهاد) إلخ. «١»

و القسمان الأولان داخلان فى تبين الخطأ فى مستند القاضى سواء كان الواقع متبيناً كما فى القسم الأول أو لا كما فى الثانى.

أمّا الثانى: فقد أفاد المحقق الآشتيانى فيه و قال: المخالفة للدليل المعتبر عند الكل إن رجع إلى الفساد فى الاجتهاد فهو داخل فى القسم السابق و إلا ففيه

(١) المحقق الرشتى: كتاب القضاء ١/ ١٠٩١٠٨

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٣٩

إشكال من حيث عموم الأدلة الدالة على حرمة النقض و شمولها بالنسبة إلى المقام، و من حيث العلم بكون التكليف الظاهرى لكل أحد، هو مؤدى الدليل الفلانى حتى لهذا الحاكم فيرجع إلى العلم بمخالفة حكمه للتكليف الظاهرى حتى فى حق الحاكم فلا أثر فى حكمه كما لو خالف الدليل العلمى. «١»

و أما الثالث فقد أفاد السيد الطباطبائى فخصّ جواز النقض بموردين:

١- علم علماء قطعياً بمخالفته للواقع بأن كان مخالفاً للإجماع المحقق أو الخبر المتواتر.

٢- إذا تبين تقصيره في الاجتهاد ثم قال ففى غير هاتين الصورتين لا يجوز نقضه و إن كان مخالفاً لرأيه بل و إن كان مخالفاً لدليل قطعى نظري كإجماع استنباطى أو خبر محفوف بقرائن و أمارات قد توجب القطع، مع احتمال عدم حصوله للحاكم الأول فإن مقتضى إطلاق عدم جواز ردّ حكم الحاكم، عدم جواز نقضه حيثئذ إلاً إذا حصل القطع بكونه على خلاف الواقع فلا يكفى فى جواز النقص كون الدليل علمياً لبعض دون بعض. «٢»

يلاحظ عليه: أن التمسك بالاطلاق فرع إحراز الموضوع و هو أنه حكم بحكمهم، و المفروض أنه لم يحرز إماً وجداناً كما فيما إذا قامت الحجية القطعية أو تعبدت كما فى مورد الأمارات التى دلت الحجية القطعية على صحة الاحتجاج بها. و معه كيف يصح التمسك بالإطلاق.

و بذلك يظهر النظر فيما أفاده صاحب الجواهر حيث قال: أما القطعى النظرى كإجماع استنباطى و خبر محفوف بقرائن و تكثر أمارات ممّا يمكن وجود عكسها عند الأول كما تراه بالعيان بين العلماء خصوصاً فى دعوى الإجماع فلا يبعد عدم جواز النقص به فى غير ما فرضناه ضرورة اندراج حكم الأول فى الأدلة

(١) الأشتيانى القضاء ٥٦.

(٢) السيد الطباطبائى ملحقات العروة ٢/ ٢٦ المسألة ٣٢ و لاحظ أيضاً المسألة ٢٨ ط طهران.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٤٠

المقتضية لنسبه فإن المدار فى صحته على معرفته حكمهم بالاجتهاد الصحيح الذى هو أعم من القطع النظرى و الظن «١».

يلاحظ عليه: أنه لا ملازمة بين جواز النصب، و نفوذه على المجتهد الآخر، فعمل عرفانه بالاجتهاد الصحيح فى أغلب الموارد كاف فى جوازه و لا يكون دليلاً على كونه حجة على المجتهد الذى كشف أن الحكم الفعلى هو خلاف ما حكم. كشفاً قطعياً، بحيث لو كان الأول ملتفتاً لقضى به.

و لعل ما أفاده فى ذيل كلامه موافق لما ذكرناه حيث قال: و ينقض إذا خالف دليلاً علمياً لا مجال للاجتهاد فيه أو دليلاً اجتهادياً لا مجال للاجتهاد بخلافه إلاً غفلة و نحوها و لا ينقض فى غير ذلك. «٢»

ما هو المراد من حرمة النقص؟

إذا اختلف المتبايعان فى نجاسة المبيع و طهارته كالعصير الذاهب ثلثاه بالشمس، و رأى المشتري نجاسته تقليداً أو اجتهاداً على خلاف البائع، و حكم الحاكم بطهارته، فهل يترتب جميع آثار الطهارة على نوع العصير، أو على شخصه المتنازع فيه، أو خصوص الأثر الذى بسببه وقعت الخصومة و هو صحة البيع و تملك البائع الثمن، و لزوم دفعه إليه من غير أن يصح للمشتري أن يترتب سائر آثار الطهارة كإباحة الأكل و الصلاة إذا لم يساعد تكليفه؟

فعلى الوجه الأول يجوز للمشتري القائل بالنجاسة، أن يعامل مع مطلق العصير، معاملة الطهارة و إن كان خارجاً عن محل المرافعة، و على الثانى يجوز له أن يترتب على خصوص المتنازع فيه جميع آثارها من الأكل و الصلاة، و على الثالث يجوز أن يترتب الأثر الذى وقع مورد النزاع و هو لزوم دفع الثمن و كون

(١) الجواهر: ٩٧٩٦ / ٤٠.

(٢) الجواهر: ٩٧٩٦ / ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٤١

البائع مالكاً. و الظاهر هو الثالث لأن المتبادر من قوله «فارضوا به حكماً» (١) هو الرضا بحكمه بمقدار ترتفع به الخصومة و هو الذى يقبل الإلزام، لا- سائر الآثار. من غير فرق بين أن يكون متعلق القضاء الطهارة أو أداء الثمن، لأن الحكم بالطهارة ليس إلاً فتوى و لا يجب على المحكوم عليه الأخذ بفتياه خصوصاً إذا كان مجتهداً أو كان مقلداً أو كان القاضى غير أعلم، بخلاف حكمه بأداء الثمن فإنه حكم قضائى محترم.

نعم يظهر من صاحب الجواهر، أن المترتب، هو الطهارة حيث قال: كما أنه لا فرق فى ذلك بين العقود و الإيقاعات و الحل و الحرمة و الأحكام الوضعية حتى الطهارة و النجاسة فلو ترفع شخصان على بيع شىء من المائعات و قد لاقى عرق الجنب من زنا مثلاً، عند من يرى طهارته فحكم بذلك كان طاهراً مملوكاً للمحكوم عليه و إن كان مجتهداً يرى نجاسته أو مقلداً مجتهد كذلك لإطلاق ما دل على وجوب قبول حكمه، و يخرج حينئذ هذا الجزئى من كل الفتوى بأن المانع الملاقى عرق الجنب نجس فى حق ذلك المجتهد و مقلديه و كذا البيوع و الأنكحة و الطلاق و الوقوف و غيرها، و هذا معنى وجوب تنفيذ الحاكم الثانى ما حكم به الأول و إن خالف رأيه. (٢)

و يظهر من السيد الطباطبائى اختياره أيضاً قال: إذا كان مذهبه اجتهاداً أو تقليداً نجاسة الغسالة أو عرق الجنب من الحرام و اشترى مائعاً فتبين أنه كان ملاقياً للغسالة أو عرق الجنب من الحرام إلى أن قال ففى خصوص هذا المورد يعمل بمقتضى الطهارة و يبنى عليها و ينقض الفتوى بذلك الحكم (٣).

(١) الوسائل ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١.

(٢) الجواهر: ٩٨ / ٤٠.

(٣) السيد الطباطبائى: ملحقات العروة: ٢٧ / ٢، المسألة ٣٨ و المورد من مصاديق نقض الفتوى بالحكم.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٤٢

يلاحظ على ما ذكره أن المتبادر من أدلته نفوذ القضاء، هو نفوذه، فى مورد الخصومة، و هو لزوم أداء الثمن، و عدمه لا صيرورة النجس فى نظر المشتري طاهراً بحيث يجوز له شربه و بيعه.

و العجب أن السيد الطباطبائى أفتى فى كتاب التقليد على خلاف ما ذكره هنا حيث قال: إذا كان البائع مقلداً لمن يقول بصحة المعاطاة مثلاً أو العقد الفارسى و المشتري مقلداً لمن يقول بالطلان، لا يصح البيع بالنسبة إلى البائع أيضاً لأنه متقوم بطرفين فاللزام أن يكون صحيحاً من الطرفين، و كذا فى كل عقد كان مذهب أحد الطرفين بطلانه و مذهب الآخر صحته (١).

فإذا كان هذا حال البائع حسب الفتوى فكيف يمكن أن يغيره حكم القاضى إلى الصحة لأن المفروض أن القاضى يفتى ثم يقضى حسب الفتوى نعم ذهب المشايخ إلى صحته بالنسبة إلى البائع مع تمشى قصد المعاملة ممن يرى بطلانها كما عليه السيد الأستاذ فى تعليقه على العروة و غيره من الأعلام.

و الحق أن النقص نسبى لا مطلق و بذلك يظهر اندفاع ما ربما يقال: «لا دليل على نفوذ حكمه على مجتهد مخالف لأنه لا يلتزم بأن ما حكم به حكم الإمام عليه السلام بل يرى أنه ليس بحكمه فلا تدل الروايات على نفوذ حكم ذلك الحاكم على مخالفه فى رأى إذ يجب عند ترتب الأثر إحراز عناوين الموضوعات و منها أنه حكم الإمام فمهما لا يعلم أن ما حكم به هو حكم الإمام فلا دليل على نفوذ حكمه عليه».

يلاحظ عليه: أنه إن أراد من قوله: «إن ما حكم به الأول ليس من أحكامهم» الموارد الثلاثة التى يجوز نقضها، فلا- كلام فى عدم

النفوذ، إنما الكلام في غيرها كنجاسة الغسالة، أو عرق الجنب عن الحرام، الذي للاجتهاد معه محل فلو لم يكن رأى الحاكم نافذاً في المخالف معه اجتهاداً أو تقليداً، يلزم بقاء

(١) السيد الطباطبائي: العروة الوثقى باب التقليد، المسألة ٥٥.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٤٣

الخصومة لأنّ كلما يريد العمل برأيه أو برأى مقلده فتبقى غير منحلّة و بالجملة ترتب جميع آثار الطهارة، أو عدم نفوذه في حقّ المخالف، بين الإفراط و التفريط و الأوسط ما اخترناه.

هذا كلّه حول الشبهة الحكمية و أمّا الشبهة الموضوعية فإن لم يعلم مخالفة حكمه فيها للواقع فلا شكّ في حرمة النقض و توهم اختصاص المقبولة بالأولى مردود، بما في صدره من اختلاف بعض أصحابنا في دين أو ميراث فإنّ الاختلاف في الأول ينشأ من الشبهة الموضوعية. و كون حكم القاضى حكماً مبرماً غير قابل للنقض أثر طبيعته حكمه فلا معنى للفرق بين كون الشبهة حكمية أو موضوعية و على كلّ تقدير فإن كان هناك تقصير أو قصور في الاجتهاد يجب النقض، إذا كان من حقوق الله، و مع المطالبة إذا كان من حقوق الناس، و قال المحقق الرشتي: ينقض باطناً دون جهار بمعنى تجديد المرافعة من رأس لخوف الفتنة أو الإهانة على الحاكم الأول «١». و هو كما ترى و مراده من النقض باطناً جواز التقاص خفاءً في غير اليمين. و أمّا إذا كان القضاء على وفق الموازين لكن كذب المدعى نفسه أو تبين أنّ السند مزور أو أنّ الشاهدين فاسقان و بعبارة أخرى تبين الخطأ و علم كون الحكم على خلاف الواقع الفعلي، نقضه، دون ما إذا ظنّ أو احتمل.

٢- نقض الحكم بالفتوى

قد عرفت عدم جواز نقض الحكم بالحكم إلّا في موارد خاصّة، فأولى بعدم النقض، نقضه بالفتوى إلّا في موارد ثلاثة متقدّمة، فيما أنّ الحاكم يفتى أولًا ثمّ يقضى ربّما يكون نقض الحكم بالحكم مسبقاً بالنقض بالفتوى و على أىّ تقدير لا يجوز النقض بها في غير الموارد الثلاثة. مثلاً لو بدا له في الحكم بعد حكمه في جزئي خاص، كما في تزويج الباكرة بدون إذن أبيها، فحكم بالصحة لعدم اشتراط

(١) المحقق الرشتي: كتاب القضاء: ١/ ١١٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٤٤

الإذن عنده في ذلك الزمان ثمّ تغيّر رأيه، فالتزويج السابق، يكون محكوماً بالصحة لظهور أدلته في عدم جواز نقضه مطلقاً إلّا في موارد ثلاثة.

٣- نقض الفتوى بالحكم

يجوز نقض الفتوى بالحكم كما عرفت فيما إذا كان مذهب المشتري اجتهاداً أو تقليداً نجاسة الغسالة أو نجاسة عرق الجنب من الحرام إلى آخر ما عرفت.

٤- نقض الفتوى بالفتوى

إذا مات مقلده أو تغير رأيه فإنه يجب عليه العمل بالفتوى الثانية فيما يأتى دون ما مضى و أما الأعمال السابقة فقد اخترنا الإجزاء مطلقاً سواء كان مستند الفتوى، الإمارات أو الأصول مثلاً إذا تزوج بكراً، بإذنها ثم تبدل رأيه إلى كون أمرها بيد أبيها، لم يضرب بما سبق نعم يختص الإجزاء بما سبق دون ما يأتى و بعبارة أخرى، يحكم على الأعمال السابقة بالصحة و إن كان له استمرار، و أما الموضوع الجديد فيجب العمل فيه على وفق الرأى الحديث فلو تزوج بنتاً بإذنها، بفتوى كفاية إذنها دون أبيها، فلا يصح التزويج من بعد إلا من بعد إذن أبيها، و لو توضأ بالماء القليل الملاقى للنجس بفتوى عدم انفعاله فالصلوات الماضية صحيحة لكن طهارة البدن بالنسبة إلى الأعمال الآتية موضوع جديد يجب إحرازها حسب الفتوى الجديدة و بالجملة إن دليل الإجزاء فى الإمارات، الذى هو وجود الملازمة العرفية بين تجويز العمل، و كفايته مطلقاً، لا يؤثر إلا فى الأعمال السابقة دون ما يأتى، و تزويج الباكرة بلا إذن أبيها أو تزويج من ارتضعت منه عشرة رضعات عمل واحد قد تم و معنى تماميتها كونه زوجها إلى أن تموت أو تطلق.

قد عرفت أن المحقق ذكر فى المسألة الثالثة فروعاً ثلاثة و قد فرغنا عن دراسة الفرعين الأولين و إليك

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٤٥

الفرع الثالث: لو حكم ثم تبين له الخطأ

لو ثبت عند القاضى ما يبطل حكمه الأول أبطله سواء كان من حقوق الله أو من حقوق الناس و فى بعض الكلمات الماضية «١» إلماع إلى هذا الفرع، أضف إليه ما نقله هنا:

١- قال ابن حمزة: فإن حكم بخلاف الحق سهواً أو خطأً ثم بان له، رجع و نقض ما حكم به «٢».

٢- و قال ابن سعيد: إذا قضى بقضاء ثم بان له فساده نقضه. «٣»

أقول: النقض لا يختص بصورة العلم بالخطأ بل يكفى الشك و التردد فى صحة الحكم السابق فإذا حكم إنشاء لا استيفاء ثم عرض له الشك أو تبين الخطأ فليس له أن يرتب الأثر على الحكم السابق لأن ما هو شرط ابتداء شرط استمراراً أيضاً و لأجل ذلك لا يجوز الإفتاء بما شك فى صحته فالعلم و اليقين بصحة الحكم من شرائط القضاء ابتداءً و استمراراً. أضف إلى ذلك أنه إذا طرأ عليه الشك ربما يكون المورد من مصاديق درء الحدود بالشبهات.

و ليس المقام من موارد استصحاب الحكم السابق، لأنه فيما إذا كان اليقين بالحدوث محفوظاً فى ظرفه و تعلق الشك بالبقاء و لكن الشك فى المقام متعلق بالحدوث فهو من مصاديق قاعدة اليقين و الشك السارى التى لا تشملها أدلة الاستصحاب كما حرر فى محله. كما لا تجرى فى المقام أصالة الصحة إذا شك فى الصحة لا إذا تبين الخطأ

(١) لاحظ كلام الشيخ فى المبسوط، و ابن البراج فى المهذب، و العلامة فى الإرشاد و قد مضت نصوصهم.

(٢) ابن حمزة: الوسيلة: ٣٠٩.

(٣) ابن سعيد: الجامع للشرائع: ٥٢٩.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٤٦

و ذلك لأنها إنما تجرى إذا لم تكن صورة العمل محفوظة و إلا فلو كانت محفوظة و كانت الحالة السابقة و اللاحقة بالنسبة إلى اليقين و الشك سواسية فلا تجرى، كما إذا اغتسل فى الحمام و لم يحرك الخاتم الذى فى يده، ثم شك بعد الفراغ عن العمل فى جريان الماء تحته قهراً أو لا، فلا تجرى أصالة الصحة التى يعبر عنها بقاعدة الفراغ، إذ ليس هو حين العمل بأذكر من بعده و لذا لو التفت حين العمل، لشك مثل الشك بعد العمل. و المقام أيضاً كذلك لأنه لو كان تبين له حين القضاء ما تبين له بعده، لشك فى قضائه.

تم الكلام فى المسألة الثالثة بفروعها الثلاثة.

المسألة الرابعة فيها فروع ثلاثة

قد جاء فى هذه المسألة أيضاً فروع ثلاثة:

إشارة

- 1- ليس على الحاكم تتبع حكم من قبله
- 2- لو زعم المحكوم عليه أن الحاكم الأول حكم عليه بجور لزمه النظر.
- 3- لو ثبت عنده ما يبطل حكم الأول، أبطله، سواء كان من حقوق الله أو من حقوق الناس.

أما الفرع الأول، فليس عدم وجوب التتبع لأجل أصالة الصحة فى القضاء السابق

و لا- لكونه تفتيشاً فى عيوب الناس بل لأجل عدم الموضوع و هو التخاصم، إذا كان الغرض هو التصويب أو النقض و أما إذا كانت الغاية دراسة وضع القضاء فيما مضى، فهو أمر مباح لا دليل على وجوبه و لا على حرمة.

و أما الثانى: فلأن هذا الادعاء دعوى جديدة أقامها المحكوم عليه على القاضى

، فيشمله إطلاق ما دلّ على قبول كلّ دعوى من مدّعياها.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج 1، ص: 247

ثمّ إنّه لو ادعى الجور فى الأحكام، فهو ليس من موارد البيّنة حتّى يقال البيّنة للمدعى، لأنّ مورد البيّنة هو الشبهات الموضوعية، و المفروض أنّ ادعاء الجور فيها شبهة حكمية، فيجب على القاضى النظر فى الحكم فإن كان حقاً يقبله و إن كان باطلاً يرده نعم لو كان مضمون الدعوى غير الجور فى الأحكام، بل كان عدم اجتهاد القاضى، أو فسقه أو فسق الشهود فعليه حينئذ البيّنة و ما ربّما يقال من أنّ طلب الاستئناف ردّ لحكمه، غير مسموع إذ فرق بين إنكار الحكم مع الاعتراف بكونه على موازين القضاء المقررة و بين رده لعدم كونه على وفقها، بحيث لو كان موافقاً لقبلة و مثل ذلك ليس ردّاً و لا تشمله المقبولة، و لأجل ذلك يصحّ الاعتراض سواء أ كان القاضى معزولاً أم لا.

و بذلك يظهر أنّ ما اشتهر أنّه لا استئناف فى القضاء الإسلامى، فليس على إطلاقه لأنّه إن أُريد به، وجود دائرة للقضاء الابتدائى، و دائرة للاستئناف، و دائرة ثالثة للقضاء النهائى فالنفى حقّ، لأنّ الفقيه الجامع للشرائط لا تتحدّد مسؤوليته بمرحلة خاصّة.

و إن أُريد أنّه إذا تمّ القضاء يصحّ للمحكوم، أن يعترض على القضاء البدئى من دون أن يوجّه شكواه إلى شىء من العناصر المؤثرة فى القضاء فالنفى أيضاً حقّ.

و إن أُريد أنّ للمحكوم بعد صدور الحكم أن يعترض على أحد العناصر المؤثرة فيه و أنّه لم يكن جامعاً للشرائط كعدم أهلية القاضى للقضاء، أو فسق الشاهدين أو الجور فى الحكم أو غير ذلك، فالنفى غير صحيح لما عرفت من أنّ للمحكوم أن يعترض على القضاء و برفع شكواه إلى قاضٍ آخر.

و سيوافيك الكلام فى هذا الموضوع فى المستقبل.

و أما الفرع الثالث: فهو مبني على كون الحقوقيين من باب واحد

سواء كان هناك مطالب أو لا، و أما على ما هو المعروف من الفرق بينهما و أن الأول ليس

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٤٨

رهن مطالب بخلاف الثاني فيشكل النقص مع عدم المطالب.

و بما أن نظام القضاء قد وقع في قفص الاتهام و اتهم، بعدم الاستئناف الذي يعد اليوم من كمال النظام القضائي فلنرد عنه سهام التهمة، بالبحث الموجز فيه.

الاستئناف في القضاء**إشارة**

قد عرفت موقف القضاء الإسلامي في تجديد المرافعة و استئناف المحاكمة على وجه موجز و قد أجمل الفقهاء الكلام فيه و بذلك صار غرضاً لأعداء الإسلام فناقشوا نظام القضاء بأنه فاقده لهذا الأصل الحيوي في مهمة القضاء، فإن القضايا المطروحة في المحاكم بين واضح بسيط لا يحتاج إلى قضاء مجدد، و غامض معقد، تتوقف إصابه الواقع إلى محاكمة من هو أبصر منه و أكثر تجربه و أعرف بالأصول و القوانين و على زعمهم ضرب الإسلام الجميع بسهم واحد و تعامل معهم معاملة واحدة.

و قد أفرطت المحاكم الدولية في العالم، حيث جعلوا الغالب القضايا مراحل متعددة و بذلك فوّتوا الوقت على أكثر المراجعين، حيث لا يتم القضاء النهائي إلا بعد مرور سنين. فهل فُزط من نفى الاستئناف من رأس، و جعل لكل مرافعة، مرحلة واحدة؟!

و لنذكر أموراً.**١- اختلاف كلمات الفقهاء**

إن كلمات الفقهاء في ذلك مختلفة فالمحقق النراقي، على النفي المطلق و صاحب الجواهر و السيد الطباطبائي على التفصيل و إليك كلماتهم:

قال النراقي: لو ترافعا عند مجتهد و تمّ قضاؤه لا يجوز لهما الترافع عنده أو عند غيره ثانياً في هذه الواقعة مخصوصاً، و لو ترافعا لا يجوز للحاكم سماع الذي

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٤٩

فيه «١».

و قال صاحب الجواهر: بل ربما يتوهم عدم محلّ للدعوى و إن تراضى الخصمان بتجديدها عند الحاكم الثاني، و إن كان الأقوى خلافه، بل الأقوى نفوذ حكمه و إن اقتضى نقض الحكم الأول. «٢»

و قال السيد الطباطبائي: ليس للمحكوم عليه بعد تمام المرافعة و الحكم، مطالبة بتجديدها عند حاكم آخر أو عند الأول و هل يجوز ذلك مع رضی الطرفين أو لا قولان: أقواهما الأول كما اختاره في الجواهر إذ الظاهر عدم صدق ردّ الحكم خصوصاً إذا كان لاحتمال خطأ الحاكم لا سيما إذا كان الحاكم أيضاً أراد تجديد النظر في مقدمات الحكم. «٣»

٢- مورد البحث غير المواضع الثلاثة

إن محل البحث فى غير الموارد التى يجوز فيه تجديد النظر و النقض عند تبين الخطأ فى الحكم، بقسميه أو فساد اجتهاده أو عدم كون القاضى أهلاً و نحو ذلك، و إلا فلا خلاف فى جواز النقض.

٣- الموانع الماثلة أمام تجديد المرافعة

إن الموانع الموجودة حول تجويز الاستئناف عبارة عن الأمور التالية:
أكون الاستئناف و تجديد المرافعة ينافى التسليم و القبول الذى أمرنا به فى المقبولة.

(١) النراقى: المستند: ٥٠٤/٢، المسألة التاسعة من البحث الثالث فى بعض الأحكام المتعلقة بالقاضى.

(٢) النجفى: الجواهر: ٩٤/٤٠.

(٣) السيد الطباطبائى: ملحقات العروة: ٢/٢٦ المسألة ٣١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٥٠

ب ما أطبقوا عليه تبعاً للنصوص من أن حلف المنكر يذهب بحق المدعى و إن كان محققاً فلا تجوز له المقاصة و لا التصرفات الأخر. روى الصدوق بإسناده عن عبد الله بن أبى يعفور أن رسول الله قال: «من حلف منكم على حق فصدقوه، و من سألكم بالله فأعطوه، ذهبت اليمين بدعوى المدعى و لا دعوى له» (١).

قال المحقق: إن المنكر إما أن يحلف أو يرد أو ينكل فإذا حلف سقطت الدعوى و لو ظفر المدعى بعد ذلك بمال لم تحل له المقاصة و لو عاود المطالبة أثم و لم تسمع دعواه.

لو أقام بينة بما حلف عليه المنكر، لم تسمع و أضاف فى الجواهر قوله: «كما هو المشهور بل عن خلاف الشيخ و الغنية الإجماع عليه، و لا حق له فلا تكون البينة حجة» (٢).

ج ما ذكرناه من أنه بعد القضاء لا موضوع (النزاع) على صعيد التشريع، و معه كيف تعمه أدلة القضاء العامة و وجود النزاع فى الأذهان ليس موضوعاً لها بل النزاع الذى لم يحكم عليه، و لم يقطع و لم يفصل و بعد الحكم و القطع و الفصل، لا- موضوع على صفحة التشريع حتى تشمله الأدلة.

هذه هى الجهات الماثلة أمام تجويز الاستئناف فلا بد من دراستها و الوقوف على مدى تأثيرها فى منع تجديد النظر.

أ- تجديد النظر غير الاستنكار

أما المانع الأول، فالظاهر أن المراد من الرد، هو الاستنكار و الإعراض عن

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢ و لاحظ الباب ١٠.

(٢) النجفى: الجواهر ١٧٣١٧١/٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٥١

حكم القاضى متوجهاً إلى التحاكم لدى الطواغيت و النزول فى حكمهم و ذلك بشهادة أنه جاء فى صدر الحديث: «من تحاكم إليهم

في حقّ أو باطل فإنما تحاكم إلى الطاغوت و ما يحكم له، فإنما يأخذ سحتاً و إن كان حقّاً ثابتاً، إلى أن قال: قلت: فكيف يصنعان؟ قال: «ينظران من كان منكم من روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فإنني قد جعلته عليكم حاكماً» فعند ذاك قال: «إذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله و علينا ردّ». (١)

فكم هو الفرق بين طلب تجديد النظر عند نفس القاضى أو قاض آخر ليحكم حسب الموازين الواردة في المقبولة و غيرها، و بين رفض حكم القاضى مستكراً عليه، راجعاً إلى محاكم طاغوتية؟ و المحرّم هو الثانى دون الأول و تجديد النظر في الأول لأجل طلب الواقع أكثر ممّا كان، و فى الثانى: لأجل القضاء لصالح أحد الطرفين أو لاستنكار النظام السائد، و الشاهد عليه وراء ما ذكرنا تمثيل المقام بأنّه على حدّ الشرك بالله و هو يناسب الرفض، لا طلب تجديد النظر لغاية إصابة الواقع أكثر من الوضع الموجود.

ب- ذهاب الحق باليمين حكم ثانوى

إشارة

و أمّا الثانى: أى ذهاب الحق باليمين فهل المراد أنّ اليمين الكاذبة يذهب بالحق واقعاً و حقيقة و يصبح مال المدعى، ملكاً للمنكر حقيقة لا سبيل إلى هذا أبداً و لا يتفوّه بذلك أحد من الفقهاء كيف و الرسول الأكرم صلى الله عليه و آله و سلم يقول: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان، و بعضكم ألحن بحجّته من البعض، فأیما رجل قطع له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعة من النار». (٢).

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى الحديث ١.

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

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٥٢

أو المراد الذهاب حسب الحكم القضائى الذى هو أشبه بالحكم حسب العنوان الثانوى فليس للمدعى أخذ المال الذى حلف عليه المنكر كاذباً و لا- المقاصية عن دينه و لا التصرفات الآخر، كل ذلك احتراماً للحلف و تكريماً للحكم، و إن كان خاطئاً أو كاذباً فى الواقع، فيكون المقصود منه نفوذ حكمه و لزوم العمل به و ليس للطرفين و لا لطرف واحد، الاعتراض عليه. و يكون مفاده متّحداً مع مفاد المقبولة، فيما أنّ الذهاب لم يكن واقعياً بل ثانوياً، يدور نفوذ القضاء مدار وجود الموضوع فإذا نقض الحكم، و ارتفع، فیتبعه ما ترتّب عليه.

محاولات للجمع بين ذهاب الحق و تجديد النظر

١- لو افترضنا أنّ المتخاصمين اتفقوا عند الرجوع إلى القاضى أن يكون لهما، أو لكل واحد منهما تجديد النظر بعد ذلك، فهل الروايات تدفع ذلك الاشرط أو هى ساكنة منصرفه عن هذه الصورة أو افترضنا أنّه لم يكن منهما اتفاق على هذا و لكن دائرة القضاء قسّمت القضايا المطروحة على قسمين، قسم يتمّ من تجديد النظر إذا رضى المتخاصمان، و قسم ليس له هذا الشأن، و نفترض أنّ المتخاصمين خاضا الترافع على ذلك الأصل، فهل يكون هذا النوع من الاشرط أو الأصل المصوّب، مخالفين للمقبولة، و بالتالى يكون مخالفاً للسنة أو لا؟ الظاهر لا، لانصرافها عن هذه الصورة أى اتفاق المتخاصمين على التجديد بعد القضاء. نعم لو كان لرواية

ذهاب الدعوى باليمين إطلاقاً يعمّ حالة الاشتراط، أو الخوض في القضاء بانياً على الأصل المصوّب، يكون الاشتراط، أو البناء مخالفاً للسنة و الشرط المخالف لها لا يكون نافذاً أو يختصّ الرجوع بما إذا كان الفصل بغير اليمين.

٢- إذا كان المراد من الاستئناف هو تجديد المرافعة أى دعوة المدعى لإقامة البيّنة، والمنكر للتحليف ثانياً كان لما ذكر وجهه، و أمّا إذا كان المراد، تجديد النظر في الأسس التي قام الحكم عليها و صدر القاضى عنها فلو كان موافقاً للحق لزم نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٥٣

و إلّا أبطل، فعندئذ يدخل الموضوع فيما ذكره المحقّق في المقام حيث قال: «ليس على الحاكم تتبع حكم من قبله و لكن لو زعم المحكوم عليه أنّ الأوّل حكم عليه بالجور لزم النظر....

٣- إذا تمّت عملية المحاكمة لدى القاضى و بان الحقّ لديه و اتّضح الباطل و لكن توقف عن إصدار الحكم و إنشائه حتى تتمّ المحاكمة الثانية و إن استلزمت إقامة البيّنة من جديد، و التحليف ثانياً فعند ذلك إذا كانت النتيجة واحدة أنشأ الحكم و إلّا أمسك فيصحّ الاستئناف بناء على أنّ ذهاب الحقّ باليمين ليس أثر نفسها بل أثر الحكم الذى افترضنا عدم صدوره.

ج- النزاع غير مرفوع لدى الاشتراط

و أمّا الثالث و هو عدم الموضوع للقضاء بعد صدور الحكم، فهو غير مرفوع إذا كان الترافع على وجه مشروط أو بناء على الأصل المصوّب لدى دائرة القضاء فإنشاء الحكم على هذا الأصل لا يقطع النزاع حتى على صعيد التشريع و لهما، أن يطلبوا بجديد النظر ثانياً. على أنّ الإشكال يتمّ على الوجه الثانى من الوجوه الثلاثة و أمّا على الوجه الثالث، فالحقّ و إن تبين لدى القاضى الأوّل، و لكن الحكم الفاصل بعد لم يصدر و معه فالنزاع بعد باق، حتى يتمّ القضاء النهائى. و الله العالم.

المسألة الخامسة: في الشكوى على قضاء القاضى

إشارة

الشكوى على قضاء القاضى إذا كانت جامعة للشرائط دعوى مسموعة و

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٥٤

ما ربّما يتوهم من أنّ إقامة الدعوى على الفقيه المأذون إهانته لمقام الإمامة غير تام لأنه لم ينصب رجلاً معصوماً للقضاء حتى تُعدّ الشكوى إهانته عليه و على ضوء هذا فلو ادّعى أحد أن المعزول بل و غير المعزول قضى عليه بشاهدين فاسقين، فهو موضوع قابل للسمع و تحقيق الحقّ في المسألة يتوقّف على الكلام في موضعين:

الأوّل: في وجوب إحضاره مطلقاً حرّر المدعى الدعوى أم لم يحرّر، أقام البيّنة أو لا.

الثانى: إذا حضر فإن اعترف بما ادّعى عليه فهو و إن قال: لم أحكم إلّا بشهادة عدلين فهل يُكلّف بالبيّنة أو باليمين أو يقبل قوله مطلقاً؟ و إليك الكلام في الموردین:

أمّا الأوّل: فإن أقام المدعى بيّنة على مدّعه فلا شكّ في وجوب الإحضار لكونها دعوى مسموعة تشملها إطلاقات أدلّة القضاء في الكتاب و السنة، و إنّما الكلام إذا كانت الدعوى مجردة عن البيّنة فهل يجوز أو يجب الإحضار أو لا؟ وجوه:

١- السماع لاحتمال الإقرار أو تحليفه و هذا كاف في لزومه و هو خيرة المحقّق في الشرائع «١» و العلامة في الإرشاد «٢» و الشهيد الثانى في المسالك «٣».

٢- عدم السماع إمّا بنحو عدم الوجوب أو عدم الجواز. قال المحقّق الأردبيلى: قيل لا يجب، بل يمكن أن لا يجوز فإنّه موجب لهتكه،

و زهد القضاء عن القضاء، و لأنه أمين عام فالظاهر وقوع فعله على الوجه الشرعى «٤».

(١) نجم الدين الحلى: الشرائع: ١/٤ / ٧٦.

(٢) العلامة الحلى، إرشاد الأذهان، ٢/ ١٤٢.

(٣) زين الدين العاملى، مسالك الافهام، ٢/ ٤٠٠.

(٤) الأردبيلي مجمع الفائدة ١٢/ ٨٨.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٥٥

٣ التفصيل بين ذكر ما يستعدى عليه و غيره. قال الشيخ فى المبسوط: «فإن اشْتَعِدَى على حاكم كان قبله لم يحضره حتى يُبَيَّن ما يستعدى عليه لأجله احتياطاً للمعزول و خوفاً من الامتهان «١» و الابتدال» و هو خيرة العلماء فى القواعد، حيث قال: «و لو استعدى على الحاكم المعزول فالأولى للحاكم مطالبته بتحرير الدعوى صوتاً للقاضى عن الامتهان فإذا حرّرها أحضره» «٢».

٤- استدعاؤه إلى داره. نقله فى مفتاح الكرامة عن بعض العامة، حيث أوجب على الحاكم إحضار ذى المروءة إلى داره دون مجلس الحكم. «٣»

هذه هى الأقوال التى عثرت عليها و غير خفى على الفقيه النابه أن المقام من قبيل التراحم فإن كون المدعى مُحَقَّقاً أمر محتمل كما أن الإهانة لذوى المروءات و الشخصيات المحترمة من غير فرق بين القاضى و غيره أمر محرّم قطعاً فيجب على الحاكم الإمعان و الدقة فإن تفرّس من القرائن الموجودة حول المدعى و المدعى عليه و الحق الذى يدّعيه، أن الدعوى أمر واه فلا يرتّب عليه أثراً لانصراف أدلة القضاء من مثله و إلّا فيحضره على وجه خال عن الإهانة.

و ربّما يحتجّ على الإحضار بحضور الإمام على عليه السلام فى مجلس القضاء مع الخصم و لكنّه لا يصلح للاستشهاد على المقام لأنّ حضوره فيه مع كونه حاكماً أعلى، ما كان يزيد إلاً علواً و شأناً و لا يشينه بخلاف إحضار القاضى المعزول أو غيره إلى المحكمة. و أمّا إذا لم يتفرّس ذلك و احتمال كون المدعى مُحَقَّقاً فعليه أن يحضره جامعاً بين الحقيين من غير فرق بين أن يحزّر الدعوى أو لا. نعم سيرة المحاكم الدولية على لزوم تحرير الدعوى و بدونه لا يترتب عليها أثر. هذا كلّه حول الأمر الأوّل، و أمّا الأمر الثانى و هو كيفية الحكم إذا اقيمت

(١) أمهن الشيء: أى احتقره و أبتذله.

(٢) فخر المحققين، الإيضاح، ٤/ ٣٢٢ قسم المتن.

(٣) العاملى، مفتاح الكرامة، ١٠/ ٥٨.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٥٦

الدعوى على أنه قضى بشاهدين فاسقين فاليك الكلام فيه فننقل من الأقوال ما يفيدنا فى المقام: قال الشيخ فى الخلاف: إذا عزل حاكم فادّعى عليه إنسان أنه حكم على شهادة فاسقين و أخذ منه مالاً و دفعه إلى من سأل عن ذلك. فإن اعترف به لزمه الضمان بلا خلاف. «١»

و قال المحقق: «فإن حضر و اعترف به لزم». إلى غير ذلك من العبارات. «٢»

و الحقّ أن يقال: أنه ضامن مع العلم بالفسق أو التقصير فى طلب المزكى حيث حكم بمجرد الشهادة مع عدم ثبوت الحكم إلّا بالبينّة العادلة. و أمّا لو كان خطأ يكون على بيت المال. روى الصدوق بإسناده عن الأصبع بن نباتة قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام إنّ ما أخطأت القضاء فى دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين «٣».

و لو كان هناك تدليس من الشهود يستقرّ الضمان عليهم. هذا إذا أقرّ بفسق الشاهدين على النحو الذى عرفت و أما إذا لم يعترف فهناك أقوال:

١- يحلف القاضى لو لم يكن للمدعى البيئته

و إن أنكر كان على المدعى، البيئته «٤» و إن لم تكن له بيئته كان القول قوله مع يمينه و لا تجب عليه إقامة بيئته على صفة المشهود. و هو خيرة الشيخ فى

(١) الطوسى: الخلاف ج ٣ كتاب القضاء المسألة ٨.

(٢) نجم الدين الحلى: الشرائع: ٧٦ / ٤.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٠ من أبواب آداب القاضى، الحديث ١.

(٤) بيئته المدعى إنما تنفع فى ضمان القاضى إذا شهدت بعلم القاضى بفسقهما، و أما إذا شهدت بفسقهما وحده يكون الضمان على بيت المال.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٥٧

الخلاف «١» و نقله عن الشافعى أيضاً مستدلاً بأن الظاهر من الحاكم أنه أمين كالمودع فلا يطالب بالبيئته و يكون القول قوله.

١- و قد أفتى به الشيخ أيضاً فى المبسوط لا فى خصوص هذه المسألة (حكّم بشاهدين فاسقين) بل فى مطلق ما إذا استعدى على الحاكم حيث قال: فإن اعترف الزم و إن أنكر قضى بينهما كما يقضى بينه و بين غيره. «٢»

٢- يكلف القاضى بإقامة البيئته

إشارة

يكلف القاضى بإقامة البيئته على ذلك، لأنه قد اعترف بالحكم و نقل المال عنه إلى غيره (كما إذا كان مورد المرافعة ادعاء الدين) و هو يدعى ما يزيل ضمانه عنه فلا يقبل. و هو خيرة أبى حنيفة كما فى الخلاف «٣» و خيرة الشيخ فى المبسوط قال: قال بعضهم يجب عليه إقامة البيئته أنه حكم بعدلين و هو الأقوى عندى لأنه إذا اعترف بالحكم و نقل المال عنه إلى غيره، و هو يدعى ما يزيل الضمان عنه فلا يقبل منه «٤»، إلا إذا ثبت أنه قضى بعدلين.

يلاحظ عليه بأمرين:

أ: أن المدعى و المنكر من المفاهيم العرفية الراجحة بين العقلاء فالمدعى عندهم من لو ترك ترك و هو لا- ينطبق فى المقام على القاضى. بل ينطبق على من ادعى عليه و لو عرّف بمن خالف قوله الأصل أو الظاهر و هو أيضاً ينطبق على من استعدى عليه.

(١) الطوسى: الخلاف ٣ / كتاب القضاء المسألة ٨.

(٢) الطوسى: المبسوط ٨ / ١٠٢.

(٣) الطوسى: الخلاف ٣ / كتاب القضاء المسألة ٨

(٤) المبسوط ٨ / ١٠٣.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٥٨

ب- ليس مطلق نقل المال موجبا للضمان فإن الوكيل يعترف بذلك و ليس بضامن بل إذا كان في النقل مفرطاً و الأصل عدمه. «١»

٣- يصدق بلا يمين

يصدق القاضي في ادعائه بلا يمين لا لكونه أمين الشرع فيصان منصبه عن الامتهان و الابتذال كما في المسالك ٢ بل لما مر في بحث عمل القاضي بعلمه من اتفاق الفقهاء على جواز عمله بعلمه في موارد تزكية الشاهدين، فإذا كان علمه في المورد حجة فيكون إخباره عن ذلك حجة أيضاً للملازمة كما لا يخفى.

اللهم إلا أن يقال علمه و ادعاه إنما يكون حجة إذا لم يكن القاضي طرف النزاع و أما إذا كان طرفاً له فلا و قد مضى الكلام فيه في محله.

المسألة السادسة: في شرطية التعدد في المترجم و عدمها

إشارة

إذا افتقر الحاكم إلى مترجم فهل يكفي المترجم العدل الواحد، أو لا بد من التعدد؟ المشهور هو التعدد.

قال الشيخ في الخلاف: الترجمة لا تثبت إلا بشهادة شاهدين لأنها شهادة و به قال الشافعي. و قال أبو حنيفة و أبو يوسف: لا يفتقر إلى شهادة عدل بل تقبل فيه شهادة واحد لأنه خبر، بدليل أنه لا يفتقر إلى لفظ الشهادة دليلنا أن ما اعتبرناه مجمع على قبوله، و ما ادعوه ليس عليه دليل و قد اعتبر الشافعي لفظ

(١) ١ و ٢ زين الدين العاملي: المسالك ٢ / ٤٠٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٥٩

الشهادة في ذلك «١».

أقول: إن دليل الشيخ يرجع إلى الأخذ بالاحتياط و هو مرجع إذا لم يكن دليل اجتهادي يدل على كفاية واحد.

و قد طرحه في المبسوط من غير ترجيح أحد القولين قال:

فمن قال: الترجمة شهادة. ينظر فيما يترجم عنه فإن كان مألأ أو في معناه ثبت بشهادة شاهدين، و شاهد و يمين، و إن كان ممأ لا يثبت إلا بشاهدين كالنكاح و النسب و العتق و غير ذلك لم يثبت إلا بشاهدين عدلين، و إن كان حد الزنا فأصل الزنا لا يثبت إلا بأربعة و الإقرار، قال قوم يثبت بشاهدين لأنه إقرار و قال آخرون لا يثبت إلا بأربعة لأنه إقرار بفعل موجب أن لا يثبت إلا بما يثبت به ذلك الفعل كالإقرار بالقتل «٢».

يلاحظ عليه: بأنه لو افترضنا أن الترجمة من مصاديق الشهادة لكن ليس المشهود به هو الإقرار بالمال، حتى يكتفى فيه بشاهد و يمين. و لا النكاح و النسب و العتق، حتى لا يثبت إلا بشاهدين، و لا الزنا حتى لا يثبت إلا بأربعة و الإقرار، بل المشهود به، هو إقراره بكذا و كذا، و أنه يقول كذا و كذا، فلا يعتبر فيه إلا ما يعتبر في ثبوت الإقرار. فإسراء حكم المقر به إلى الترجمة غريب جداً.

و على كل تقدير فهل الترجمة من مصاديق الشهادة فيعتبر فيها وراء التعدد البلوغ و العدالة المفروغين عن اعتبارهما أو لا؟ و الظاهر في كلام المحقق أنه لم يتضح عنده أنها من أيتهما فأخذ بالقدر المتيقن و قال: و لا يقتنع بالواحد عملاً بالمتفق عليه. و هو اللائح من كلام صاحب الجواهر حيث قال: إذا شككنا أنه من موضوع الشهادة أو الرواية و لا أصل و لا إطلاق ينقح أحدهما فيجرب عليه حينئذ

حكم الشهادة من التعدد و لو لأنه المتيقن بخلاف غيره.

(١) الطوسي: الخلاف ٣/ كتاب القضاء، المسألة ٩.

(٢) الطوسي: المبسوط ٨/ كتاب القضاء، ١٠٣.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٦٠

أقول: إن الشهادة من الشهود بمعنى الحضور قال سبحانه: (فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ) (البقرة/ ١٨٥). و إنما سمي الشاهد، شاهداً، لأنه يحضر الواقعة و يشاهدها و يعاينها، قال في اللسان: المشاهدة، المعاينة و شهد شهوداً: حضره فهو شاهد، و الفرق بينه و بين الخبير أنه إذا ضيف إلى الباطنة يقال: خبير و إلى الأمور الظاهرة فهو الشهيد «١».

و عرفت الشهادة بوجوه:

١- الشهادة خبر قاطع «٢»

٢- الشهادة الإخبار عن اليقين «٣».

يلاحظ عليهما، أنهما غير مطردين لانتقاضهما بإخبار العالم الفيزيائي عن تركيب عنصر الماء من جزئين، فهل تصح تسميته ذلك بالشهادة بحجة أنه خبر قاطع، أو إخبار عن اليقين.

٣- إخبار جازم عن حق لازم لغيره «٤».

يلاحظ عليه: أنه لا يشترط في موردها وجود الحق كالشهادة على رؤية الهلال أو شهادة المقوم على القيمة و القاسم على المقدار.

٤- الخبر الصادر في مقام التوقع و الانتظار فكل خبر كان مسبقاً بسؤال محقق أو مقدر، بمعنى وقوعه في مقام انتظار شخص له كالهلال، هو شهادة و من ذلك تخرج الروايات عن الشهادة لأنها إخبار ابتدائية غير مسبقة بسؤال عن مضامينها تحقيقاً أو تقديراً. و على هذا تدخل الترجمة تحت الشهادة فيعتبر فيها التعدد للإجماع على اعتباره فيها «٥».

(١) اللسان: ٢٩٣/٤ مادة «شهد».

(٢) ابن منظور: اللسان ٤/ مادة «شهد».

(٣) ابن الأثير: النهاية ٢/ مادة «شهد».

(٤) زين الدين العاملي: المسالك ٢/ ٤٤٥.

(٥) الرشتي: القضاء ١/ ١١٧. نقله عن شيخه الأنصاري.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٦١

يلاحظ عليه: أنه إذا كان هجوم العدو متوقعاً، و أخبر الرائد بقربه من البلد، فهل ترى أنه يسمى شهادة؟! لأجل كون المخبر به أمراً متوقعاً.

٥- الشهادة إخبار عن ثبوت الشيء في مظان انكاره «١»

٦- إن المرجع في تشخيص الشهادة عن غيرها هو العرف و لأجل ذلك تكون الترجمة تارة من قبيلها و أخرى من مصاديق الرواية. فإذا أريد بها إثبات ما يترتب عليه الحكم كشهادة الشاهد احتيجت إلى التعدد، ضرورة أنها حينئذ بمنزلة شهادة الفرع التي لا بد فيها من التعدد لأنها شهادة حينئذ و حيث يراد منها بيان المراد في غير ذلك كانت رواية و تكفي فيها الواحدة و لعل منه بيان عبارة المقلد مثلاً لمقلديه أو بيان المراد من السؤال للمجتهد مثلاً ليذكر حكمه و نحو ذلك مما لا يعد شهادة بل هو قسم من الرواية و لو بالمعنى

«٢».

هذا ما قيل حول الشهادة و في المقام فنقول: إذا كانت الشهادة مأخوذة من الشهود بمعنى الحضور فلا بد أن يكون في المقام واقعة شهدها الشاهد و غاب عنها القاضى، و هل ترجمة مقاصد المترافعين أو الشاهدين داخل تحت تلك الضابطة، و هل هناك شاهد و حاضر، و غائب عن الواقعة؟! اللهم إلاً أن يقال أن جهل القاضى باللغة جعله كالغائب عنها و هو كما ترى.

تحليل المسألة بوجه آخر

إذا لم نقل بوجود إطلاق أو عام يدل على حجية الخبر العادل في جميع الموارد، أو قلنا بوجود أحدهما و لكن قلنا بأن الترجمة من مصاديق الشهادة، فلا

(١) الآشتياني: القضاء: ٦٠، نقله عن شيخه الأنصارى، و يبدو أن الكتاين تقريران لمحاضرات الشيخ الأعظم، غير أن المحقق الرشتى أتى بلب المراد، و المحقق الآشتياني بسط الكلام في المسائل.

(٢) النجفى: الجواهر: ١٠٧/٤٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٦٢

إشكال في اعتبار التعدد.

و أما إذا قلنا بوجود إطلاق في دليل حجيته من غير فرق بين الأحكام و الموضوعات، لكن خرج منه باب الشهادة و لكن الخارج مردد بين الأقل و الأكثر أى بين شمولها للترجمة و عدمها، صارت الترجمة شبهة مصداقية للعام بعد التخصيص بالشهادة، و قد قلنا في محلّه، بجواز التمسك بالعام فيما إذا كان منشأ الشبهة في المصداق كون المخصّص صائراً بين الأقل و الأكثر كدوران الفسق بين ارتكاب الكبيرة أو هي و الصغيرة، فيصح التمسك بعموم أكرم العلماء بعد التخصيص بإخراج الفاسق من العلماء.

نعم ذكر صاحب الجواهر أنّ الرواية و الشهادة نوعان متباينان و أنّ التعدد مقوم للشهادة، قال: وضوح التباين بين الرواية و الشهادة في العرف الذى هو المرجع في أمثالهما بعد معلومية عدم الوضع الشرعى فيهما و عدم الإجمال. و اعتبار التعدد في موضوع الشهادة لا أنّه هو المميّز لها عن الرواية، و كون جنسهما الخبر لا يقتضى أنّها قسم منه بل هما نوعان متميزان في العرف «١».

يلاحظ عليه: أنّه بعد تسليم كون الخبر جنساً للرواية و الشهادة، تكون الرواية بالمعنى اللغوى أيضاً جنساً للشهادة لا نوعاً مثلها، فإذا قال نبأ أو خبر أو رواية العادل حجّية، يعمّ كلامه الأحكام و الموضوعات و الشهادة، خرج عنه الأخير حيث يعتبر فيه التعدد، و مع الشكّ في الترجمة يتمسك بعموم العام، على النحو الذى عرفت.

اللهم إلاً إذا أراد من الرواية، المعنى المصطلح منها و هو الإخبار عن المعصوم في مجال الأحكام.

و على ذلك فالظاهر هو الاكتفاء بمرجم واحد. و مع ذلك كلّه ففى

(١) النجفى: الجواهر ١٠٧/٤٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٦٣

النفس من الاكتفاء به شيء و هو أن اشتراط التعدد في الشاهد في مورد، حاك عن عناية الشارع بثبوت عند القاضى بشخصين، فإذا اكتفينا بمرجم واحد في مورد التعدد، يكون معناه أنّه اكتفى في ثبوت الموضوع بواحد و لو في الحلقة الأخيرة، و المترجم و إن كان لا يشهد إلاً على إقراره و مفاد كلامه و لا يشهد على الزنا و لا السرقة إلاً أن القاضى يتوصّل إلى الواقع عن طريقه و معنى ذلك جواز توصله إليه بشخص واحد و هو خلاف المطلوب فالأحوط لو لم يكن الأقوى هو التعدد، كما عليه المحقق و إن كان طريقنا إلى إثبات الحكم غير طريقه. و الله العالم.

المسألة السابعة: فى صفات كاتب القاضى

إنّ القضاء غالباً لا- ينفك عن كتابة دعوى المدعى و خصوصياته، و إقرار الآخر أو إنكاره، و ما يرتبط بهما، فلأجل ذلك كانت القضاء من لادن زمان قديم يتخذون كاتباً يكتب المحاضر و السجلات و ما يرجع إليهما فيقع الكلام فى شرائطه فذكر المحقق أنّه يشترط: أن يكون بالغاً، عاقلاً، مسلماً، عدلاً بصيراً ليؤمن انخداعه و إن كان مع ذلك فقيهاً كان حسناً. و أضاف صاحب الجواهر أن يكون جيد الكتابة و ادعى على هذه الشروط عدم الخلاف.

قال الشهيد الثانى: ينبغى للحاكم أن يتخذ كاتباً لمسيس الحاجة إلى كتب المحاضر و السجلات و الحاكم لا يتفرغ لها غالباً و من المشهور أنّه كان لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كُتّاب و كذا لغيره من الخلفاء و يشترط أن يكون الكاتب بالغاً، عاقلاً، مسلماً عدلاً ليؤمن خيانتة، عارفاً بما يكتبه من المحاضر. و غيرها لثلا يفسدها و يستحب أن يكون مع ذلك وافر العقل، عفيفاً عن المطامع الفاسدة لكيلا يخدع

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٦٤

من غيره بمال و غيره و أن يكون فقيهاً لا يؤتى من جهل و أن يكون جيد الخط ضابطاً للحروف لثلا يقع فى الغلط و الاشتباه و الأولى أن يجلس الحاكم الكاتب بين يديه ليملى عليه و يشاهد ما يكتب و لبعض الشافعية قول: إنه لا- يشترط فيه الإسلام و العدالة لأنّ القاضى لا يمضى ما كتبه حتى يقف ما عليه «١».

و إلى الكلام الأخير أشار صاحب الجواهر و قال: ربّما يقال بعدم الاشتراط. لأنّ ثمرة الكتابة تذكر ما كان و إلّا فهى ليس بحجة شرعاً و حينئذ فلا- عبرة بشيء من هذه الأوصاف ضرورة أنّه مع الذكر بها يجرى عليها الحكم و إلّا فلا- و إن كان الكاتب بالأوصاف المذكورة. نعم معها غالباً تحصل الطمأنينة إلى ما يجرى عليها الحكم.

و أورد عليه: بأنّ ثمرتها لا تنحصر فيما للتذكر فيه مدخليه بل قد تكون مراسلة إلى القضاء و غيرهم، و أمراً و نهياً فيما يكون فيه زيادة و نقيصة و تغيير و تبديل فلا بدّ أن يكون معتمداً عليه و هو فرع هذه الأوصاف «٢».

أقول: يرد عليه مضافاً إلى ما ذكره أنّه كلام من لم يمارس القضاء إذ لا يمكن للقاضى أن يعتمد على ذاكرته فى كلّ صغير و كبير، بل لا بدّ أن يعتمد على السجلات و التقارير المكتوبة المؤرخة و مع ذلك فكيف يمكن أن يعتمد على الكاتب غير الأمين و الإلزم الفوضى و اختلال نظام القضاء كما هو معلوم للممارس.

و على ضوء هذا نمنع أولاً عدم حجّية ما سجّله الكاتب العدل بقلمه و بنانه مع إطلاق أدلّة حجّية خبر العادل من غير فرق بين قوله و كتابته و على ذلك جرى العقلاء فى أمورهم و معاشهم.

و ثانياً: على فرض التسليم إنّ القاضى ربّما يتردّد، فيما ضبطته ذاكرته،

(١) زين الدين العاملى: المسالك: ٢/ ٤٠٠.

(٢) النجفى: الجواهر ٤٠/ ١١٠١٠٩.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٦٥

فبالرجوع إلى السجلات، يتذكر ما تردّد فيه فيعود إلى ذاكرته ما ذهب و غاب مؤقتاً. و الرجوع إنّما يكون مفيداً إذا كان الكاتب عادلاً، بخلاف ما إذا كان غير ثقة فلا يعينه حتى فى إعادة ما نسيه مؤقتاً.

نعم لا يشترط أن يكون فقيهاً بل يكفى كونه عارفاً بكيفية كتابة التقارير و ادعاء الشهود و إذا كان القاضى مملياً، فربّما يكفى كونه عارفاً بالكتابة و إن لم تكن له ممارسة فى كتابة السجلات و المحاضر.

و على كل تقدير فالذكر الحكيم يشترط في كاتب الدين العدالة و يقول: (وَ لِيُكْتَبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ) (البقرة / ٢٨٢)، فكيف يصح نفى لزومها في كاتب المحاضر و السجلات و التقارير التي ليست في الأهمية بأقل منها؟!

المسألة الثامنة: في عدالة الشاهدين

إشارة

اتفق المسلمون تبعاً للذكر الحكيم، في اشتراط العدالة في الشهود و لم يخالف فيه أحد، قال سبحانه: (وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَ أَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ) (الطلاق / ٢) و الآية واردة في الطلاق لكن الحكم العدل الذي أمرنا به في قوله سبحانه: (وَ إِذِ ا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ) (النساء / ٥٨). لا يتحقق غالباً إلا أن تكون الشهود عدولاً تصدّ عدالتهم عن الشهادة على خلاف الحقّ مضافاً إلى ورود الأمر بالقضاء بالبيّنة العادلة في الروايات «١».

نعم إن هناك بحثاً في عدالة الشاهدين اطرحها المحقق في هذه المسألة و نحن نقتفيه.

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.
نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٦٦

١- لزوم التحقيق في هوية الشاهد

قال: الحاكم إن عرف عدالة الشاهدين حكم، و إن عرف فسقهما، أطرح و إن جهل الأمرين بحث عنهما. لا شك في أنه تؤخذ، بالشهادة في الأولى و تطرح في الثانية، إنّما الكلام في لزوم البحث عن هوية الشاهد إذا كانت مجهولة و هل هو من واجبات الحاكم أو لا؟ و استدللّ عليه بالخبر المروى عن التفسير المنسوب إلى الإمام العسكري و فيه بعد كلام: «إذا جاء بشهود لا يعرفهم بخير و لا شرّ قال للشهود: أين قبائلكما؟ فيصفان، أين سوقكما؟ فيصفان، أين منزلكما؟ فيصفان، ثم يقيم الخصوم و الشهود بين يديه ثم يأمر فيكتب أسامى المدعى و المدعى عليه، و الشهود، و يصف ما شهدوا به، ثم يدفع ذلك 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 و أسواقهما و محالهما و الرض الذي ينزلانه فيسأل عنهما...» «١»

و الرواية ضعيفة سنداً لا يحتج بها.

و استدللّ صاحب الجواهر بوجه آخر من دلالة إطلاق الأمر بالحكم بالبيّنة العادلة، لزوم الفحص عن وجود الموضوع كما هو الحال في لزوم الفحص عن دخول الوقت للصلاة أو وجود الماء للطهارة.

يلاحظ عليه: أن ظاهر قولهم: «البيّنة للمدعى»، أن إقامة البيّنة عليه، و من وظائفه فيجب عليه إحضار المزكى إذا كانا مجهولين لدى القاضى خصوصاً إذا كانت التزكية متوقفة على السفر إلى محلّ الشاهدين، في النقطة البعيدة.

و مع ذلك كله لو كان تحصيل العلم بعدالة الشاهدين أمراً سهلاً للقاضى،

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.
نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٦٧

لم يبعد وجوبه عليه و قد قلنا بذلك في وجوب الفحص في الشبهات الموضوعية إذا كان تحصيل العلم بوجود الموضوع، أمراً سهلاً، إذ لا يظهر من الأدلة، أنّ فريضة المدعى أزيد من إحصار من لو تفحص القاضي عنه فحماً يسيراً، لوقف على عدالتهما. و إلّا لزم عليه الاكتفاء بمن عرفه من ذى قبل. و هو موجب لصدّ باب القضاء إذ ليس القاضي في كلّ زمان يعرف وجوه الناس و أوساطهم فضلاً عنّ هو في درجات نازلة عنهم، و الحقّ أنّ الفحص على القدر الميسور من وظائف القاضي.

٢- إذا أحرز إسلامه و شك في فسقه

إشارة

قد عرفت أنّ مجهول الهوية و إن علم إسلامه لا- يمكن القضاء به و لا- بدّ من الفحص و التفتيش إذا كان ميسوراً و إلّا أقفل باب القضاء إذا اكتفى القاضي بعلمه السابق بالمشهود.

غير أنّه اشتهر عن الشيخ أنّه إذا علم إسلامه و جهل فسقه يقضى به و ربّما يفسر كلامه بأنّ العدالة المعتبرة في الشهود ليست إلّا هذا: «علم إسلامه و لم يعلم فسقه». و لو صحّت النسبة يكون معنى ذلك أنّه لو كان فاسقاً واقعاً و لم يعلم فسقه فهو فاسق و عادل و هو نفس القول باجتماع الضدين، فإنّ الفسق و العدالة من الصفات النفسانية المتقابلة لا تجتمعان أبداً و قد ينسب هذا القول إلى بعض قدماء الشيعة كابن الجنيّد، و المفيد، و أظنّ أنّ مقصود الشيخ غير هذا و أنّه يقول بكون الإسلام مع عدم ظهور الفسق طريق إلى العدالة المعتبرة.

و تحقيق الحقّ يتوقف على البحث في مقامين:

١- هل الاختلاف بين الشيخ و غيره في مفهوم العدالة المعتبرة في الشاهد جوهرى أو لا؟

٢- و على فرض عدمه فهل الإسلام مع عدم ظهور الفسق طريق إلى العدالة

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٦٨

أو لا؟

أ: هل الاختلاف في مفهوم العدالة جوهرى؟

لا بدّ في تحقيق النسبة نقل عبارة الشيخ برمتها.

قال الشيخ في الخلاف: إذا شهد عند الحاكم شاهدان يُعرف إسلامهما، و لا يُعرف فيهما جرح، حكم بشهادتهما، و لا يقف على البحث إلّا أن يجرح المحكوم عليه فيهما بأن يقول: هما فاسقان فحينئذ يجب عليه البحث.

و قال أبو حنيفة: إن كانت شهادتهما في الأموال و النكاح و الطلاق و النسب كما قلناه، و إن كانت في قصاص أو حدّ لا يحكم حتّى يبحث عن عدالتهما.

و قال أبو يوسف و محمّد و الشافعى: لا يجوز له أن يحكم حتّى يبحث عنهما فإذا عرفهما عدلين حكم و إلّا توقف في جميع الأشياء و لم يخصّوا به شيئاً دون شيء.

دليلنا: إجماع الفرقة و أخبارهم، و أيضاً الأصل في الإسلام العدالة، و الفسق طار عليه يحتاج إلى دليل، و أيضاً نحن نعلم أنّه ما كان البحث في أيام النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم و لا- أيام الصحابة، و لا أيام التابعين، و إنّما هو شيء أحدثه شريك بن عبد الله القاضي فلو كان شرطاً ما أجمع أهل الأمصار على تركه. (١)

و حاصل الآراء المنقولة في عبارة الشيخ عبارة عن:

- ١- القضاء بشهادة المسلم الذى لم يعرف جرحه مطلقاً و هو مختار الشيخ.
- ٢- التفصيل بين الأموال و النكاح و الطلاق و النسب، و بين الحدّ و القصاص فلا يقبل فى الثانى و هو خيرة أبى حنيفة.
- ٣- عدم القبول مطلقاً و هو خيرة الشافعى، و تلميذى أبى حنيفة: أبى يوسف و محمد بن الحسن الشيبانى.

(١) الطوسى، الخلاف: ٣/ ٣١٢، كتاب القضاء، المسألة ١٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٦٩

٤ استدلل الشيخ بأنّ الفحص ممّا أحدثه شريك بن عبد الله القاضى و لم يكن فى زمان النبى و الصحابة و التابعين منه أثر.

أمعن النظر فى عبارة الشيخ فهل هو بصدد تفسير العدالة، أو أنّه جعل الإسلام مع عدم ظهور الفسق دليلاً على العدالة بالمعنى المعروف بين الأصحاب، كما أنّ بعضهم جعل «حسن الظاهر بمعنى الخلطة المطلعة على أنّ ما يظهر منه حسن، من دون معرفة باطنه» طريقاً إليها. «١» و يؤيد الثانى ذيل كلامه حيث نسب الفحص إلى شريك بن عبد الله القاضى و أنّه لم يكن منه خبر فى عصر الصحابة و التابعين، و هذا يدلّ على أنّه يكفى فى كشف العدالة، إحراز الإسلام المقرون بعدم ظهور الفسق، و لا يلزم الفحص لا أنّه نفس العدالة و أول من تبه بذلك المحقق البهبهانى فى كلام له نذكر منه ما يلى:

«و المراد بالاكتفاء بالإسلام أو حسن الظاهر كونهما طريقين جعليين من الشارع إلى العدالة التى هى ملكة من الملكات، و صفة من الصفات، نظير سائر الطرق الشرعية كالبينة و فعل المسلم و أصالة الطهارة لا أنّ العدالة عبارة عنهما كما توهمه جملة من المتأخرين حيث زعموا، أنّ الاختلاف فى المقام راجع إلى حقيقة العدالة و إنّها الملكة، أو الإسلام مع عدم ظهور الفسق أو حسن الظاهر. «٢» ثمّ إنّ صاحب المسالك نسب قول الشيخ فى الخلاف، إلى صريح ابن الجنيد، و ظاهر المفيد فى كتاب الأشراف «٣» و لم يحضرنى كتاب الأشراف حتى ألاحظ المنقول، و لكن صريحه فى كتاب المقنعة خلافة قال: العدل من كان معروفاً بالدين و الورع عن محارم الله تعالى. «٤»

و أمّا ابن الجنيد، فالمنقول منه فى كتاب «المختلف» خلافة قال: «فإذا كان

(١) لاحظ الجواهر: ٤٠/ ١١٣، نعم هو فسر العدالة بنفس هذا المعنى المذكور.

(٢) المحقق الرشتى: القضاء ١١٨، نقلًا عن المحقق البهبهانى.

(٣) زين الدين، المسالك: ٢/ ٤٠١.

(٤) المفيد، المقنعة: ١١٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٧٠

الشاهد حرّاً، بالغاً، عاقلاً، مؤمناً، بصيراً، معروف النسب، مرضياً، غير مشهور بكذب فى شهادة، و لا بارتكاب كبيرة و لا مقام على صغيرة، حسن التيقظ، عالماً بمعانى الأقوال، عارفاً بأحكام الشهادة غير معروف بحيف على معامل، و لا متهاون بواجب من علم و عمل، و لا معروف بمعاشره أهل الباطل، و لا الدخول فى جملتهم، و لا بالحرص على الدنيا و لا بساقت المروءة، بريئاً من أهواء البدع التى توجب على المؤمنين البراءة من أهلها، فهو من أهل العدالة المقبول شهادتهم. «١»

و بالجملة ما نسب إلى ظاهر الشيخ، فى الخلاف من تفسير العدالة بما ذكر غير صحيح و على فرض الصحة لم يذهب به أحد من علمائنا و لم يذكره فى كتاب النهاية «٢» و المبسوط «٣» إذ فسرها فى الأولى قريباً ممّا فى رواية ابن أبى يعفور، و فى المبسوط بما تقدّم من ابن الجنيد. و الحقّ ما ذكره المحقق البهبهانى فى تفسير كلامه.

ب- هل الإسلام مع عدم ظهور الفسق طريق إلى العدالة؟

إذا تبين أن اختلاف الشيخ ليس في معنى العدالة، يقع الكلام في كونه طريقاً إلى العدالة المعتبرة فيها، فقد استدلل له بوجه:
الأول: ما ذكره في الخلاف: «الأصل في الإسلام العدالة و الفسق طارئ عليه، يحتاج إلى دليل» و هذه العبارة تحتمل وجوهاً أوضحها وجهان: أحدهما يرجع إلى استصحاب حكم قبل البلوغ و الآخر يرجع إلى التمسك بأصالة الصحة في فعل المسلم.
أإن الأصل في كل مسلم العدالة، بالنظر إلى ما قبل بلوغه، و الفسق أمر طارئ يحتاج إلى دليل و الأصل عدمه.

(١) المختلف، كتاب القضاء، المسألة ٤، قال العلامة و ظاهر كلامه يوافق كلام الشيخ في المبسوط، لاحظ المبسوط: ٢١٧/٨ و لا حاجة لنقل كلامه في المبسوط بعد الاتحاد.

(٢) الطوسي، النهاية: ٣٢٥.

(٣) الطوسي، المبسوط: ١٧٩/٨.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٧١

يلاحظ عليه: بأنه أصل مثبت، فإن استصحاب عدم الفسق لا يثبت كونه عادلاً، لأنه بمنزلة نفي أحد الضدين و إثبات الضد الآخر، على أن الثابت قبل البلوغ من قبيل السالبة بانتفاء الموضوع و هو التكليف، و الثابت في الآن اللاحق، هو السالبة بانتفاء المحمول و استصحاب السالبة بانتفاء الموضوع لغرض اثبات السالبة بانتفاء المحمول من أوضح مصاديق الأصول المثبتة.

ب الأصل في المسلم أن لا يخل بواجب و لا يفعل محرماً و قد فسّر ابن إدريس العدل بأنه الذي لا يخل بواجب و لا يرتكب قبيحاً.
(١)

يلاحظ عليه: أنه على فرض صحة الأصل لا يثبت به وصف العدالة، غاية الأمر يجب حسن الظن بالمسلم بأنه ما يخل بواجب و لا يرتكب محرماً، و لا يثبت بهذا التعبد بعنوان العدالة.

ثم إنه ربما يفسّر كلام الشيخ بكون الإسلام و العدالة مترادفين و هو باطل لا تصح نسبته إلى الشيخ، فلأجل ذلك ضربنا عنه و عن مثله صفحاً.

الثاني: اطلاق قوله سبحانه: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ) (البقرة/ ٢٨٢) حيث اكتفى بكون الشاهد من المسلمين و لا يحمل على قوله: (وَاسْتَشْهِدُوا ذَوْيَ عَدْلٍ مِنْكُمْ) (الطلاق/ ٢) لعدم حجّية مفهوم الوصف.

يلاحظ عليه: أن التقييد ليس مبنياً على وجود المفهوم للوصف، بل مبني على الجمع العرفي بين الدليلين و ليس القيد منحصرماً بآية الطلاق بل جاء في آية الوصية و كتابه الدين.

قال سبحانه: (إِذْ حَضَرَ أَخِيذَكُمْ الْمَيُوتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ إِنَّهُنَّ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْمَأْرُضِ) (المائدة/ ١٠٦).

و قال سبحانه: (وَ لِيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ) (البقرة/ ٢٨٢).

(١) الحلي: السرائر: ١/ ٢٨٠، كتاب الصلاة، أحكام صلاة الجماعة.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٧٢

و قال سبحانه: (أَوْ لَا يَسْتَطِيعَ أَنْ يُمَلَّ هُوَ فَلْيُمَلِّ وَ لِيهِ بِالْعَدْلِ) (البقرة/ ٢٨٢).

و لا يمكن القول باختصاص القيد بالوصية و الدين فإن أمر الأول مبني على السعة و لأجل ذلك يقبل قول غير المسلم عند فقدان

المسلم إذا شهد حين الوصية كما فى الآية، فإذا كانت معتبرة فيها ففى غيره بطريق أولى.

الثالث: ظاهر قوله سبحانه: (إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا) (الحجرات / ٦). و ظاهره التثبت فيما إذا بان الفسق، و القبول فى ما عداه. يلاحظ عليه: أن الخارج هو الفاسق الواقعى و مجهول الهوية مردد بين البقاء تحت العام و الخروج عنه و دخوله تحت المخصص و فى مثل ذلك لا يتمسك بالعموم لأنه تمسك به فى الشبهة المصدقية له بعد التخصيص.

الرابع: الروايات الواردة فى المقام و هى بين غير صريح أو ضعيف السند، نظير:

١- مرسله يونس بن عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن البيئنة إذا أقيمت على الحق، أ يحل للقاضى أن يقضى بقول البيئنة؟ فقال: «خمسة أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات، و المناكح، و الذبائح، و الشهادات، و الأنساب، فإذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته و لا يسأل عن باطنه».

و رواه الشيخ إلاً أنه قال: يقضى بقول البيئنة من غير مسألة إذا لم يعرفهم. و ترك الأنساب و ذكر بدلها المواريث.

قال الشيخ الحرّ العاملى: «قد عمل الشيخ و جماعته بظاهره و ظاهر أمثاله، و حكموا بعدم وجوب التفتيش، و حملوا ما عارضه ظاهراً على أن من تكلف التفتيش عن حال الشاهد يحتاج أن يعرف وجود الصفات المعبرة هناك، و على

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٧٣

أنه إذا ظهر شىء من الأمور المذكورة ممتناً ينافى العدالة لم تقبل الشهادة و إن كان لا يجب الفحص، و الذى يفهم من الأحاديث الكثيرة عدم وجوب التفحص و أن الأصل العدالة، لكن بعد ظهور المواظبة على الصلوات، و عدم ظهور الفسق». (١)

يلاحظ عليه: مضافاً إلى ضعف سنده أنه لا دلالة فيها على مطلوب الشيخ من كون الإسلام مع عدم ظهور الفسق طريقاً إلى العدالة بل هو بصدد بيان أن قول الشاهد المأمون ظاهراً حجّة و إن لم نعلم مصدر علمه، فاشتراط العلم بمصدر علمه أو عدم اشتراطه، هو مورد العناية فى الرواية لا تحديد العدالة، على أن قوله: «ظاهراً مأموناً» دليل على القول الثانى و هو أن حسن الظاهر بالمعنى الذى مضى، طريق إلى العدالة و هو غير مختار الشيخ.

٢- روى الصدوق باسناده عن العلاء بن سيابة قال: سألت أباً عبد الله عن شهادة من يلعب بالحمام، قال: «لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق» (٢)، و سند الصدوق إلى العلاء بن سيابة صحيح. و أما العلاء نفسه فلم يوثق و لم يرد فيه مدح. و الاحتجاج به غير تام.

٣- روى الصدوق بسند متصل إلى علقمة قال: قال الصادق عليه السلام و قد قلت له: يا بن رسول الله أخبرنى عن تَقْبُلِ شهادته و من لا تُقبَل؟ فقال: «يا علقمة كل من كان على فطرة الإسلام جازت شهادته إلى أن قال: فمن لم تره بعينك يرتكب ذنباً أو لم يشهد عليه بذلك شاهدان فهو من أهل العدالة و الستر، و شهادته مقبولة، و إن كان فى نفسه مذنباً». ٣

أقول: لا بأس بصدر السند لكنه ينتهى إلى صالح بن عقبه و هو مردد بين الأسدى و غيره و لم يرد فيهما توثيق، و إلى علقمة و هو أيضاً كذلك و الخبر غير صالح للاحتجاج.

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٣، ٤.

(٢) ٢ و ٣ الوسائل: ج ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٦ و ١٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٧٤

٤- عن سلمة بن كهيل قال: سمعت علياً يقول لشريح: ... و اعلم أن المسلمين عدول بعضهم على بعض إلا مجلود فى حد لم يتب منه أو معروف بشهادة الزور و ضنين (١).

و فى السند إرسال، إذ فيه: الحسن بن محبوب عن عمرو بن أبى المقدم، عن أبيه عن سلمة بن كهيل، و الأول من الطبقة السادسة و الثانى من الطبقة الثالثة، و من البعيد أن يروى الحسن بن محبوب الذى هو من أصحاب الرضا عن عمرو بن أبى المقدم و هو عمرو بن

ثابت من أصحاب الإمام السجاد و الباقر و الصادق عليهم السّلام قال النجاشى: روى عن على بن الحسين و أبى جعفر و أبى عبد الله عليهم السّلام و له كتاب لطيف، توفى الإمام الصادق عام ١٤٨، و تولّد الحسن بن محبوب عام ١٥٠، و توفى عام ٢٢٤.

على أن أبا المقدم و هو ثابت بن هرم لم يرد فيه توثيق و لا مدح و لأجل ذلك لا يصح الاحتجاج بالحديث.

٥- صحیحه حريز عن أبى عبد الله عليه السلام فى أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا فعدل منهم اثنان و لم يعدل الآخرا فقال: إذا كانوا أربعة من المسلمين ليس يعرفون بشهادة الزور أُجيزت شهادتهم جميعاً و أُقيم الحدّ على الذى شهدوا عليه، إنّما عليهم أن يشهدوا بما أبصروا و علموا، و على الوالى أن يجيز شهادتهم إلّا أن يكونوا معروفين بالفسق «٢».

و الرواية و إن كانت صحیحه تامّة الدلالة، لكن الاعتماد عليها مشكل لأمرين:

١- أنّها موافقة لرأى أبى حنيفة «٣»، الكاشف عن وجود رأى مثله فى عصر

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ١٨.

(٣) مضى رأيه نقلًا عن الخلاف.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٧٥

صدور الرواية.

٢- إنّها معارضة بروايات أكثر عدداً، و أوضح سنداً.

فإن قلت: إنّ أكثر ما استدلل على قول الشيخ و إن كان قابلاً للمناقشة من حيث السند أو المتن إلّا أنّ المجموع من حيث المجموع قابل للاحتجاج لأنّ بعضه يشدّ بعضاً كما هو الحال فى سائر المقامات.

قلت: نعم لو لا أنّ الروايات المعارضة، أقوى سنداً و أكثر عدداً و أوضح مضموناً و قد عمل بها المشهور و أعرض عن مخالفه.

نعم ما نذكره من الروايات المعارضة لا يُركّز على عنوان واحد و لكنّ الجميع متفق على عدم جواز الاكتفاء بالإسلام مع عدم ظهور الفسق بل يجب أن يتممّ الشاهد بعنوان وراء ذاك و إليك هذه العناوين و هى بين إيجابى و سلبى أمّا الأوّل فإليك بيانه:

١- إذا علم منه خير

روى محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهادة الرجل إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى

حقوق الناس». «١»

٢- إذا كان عفيفاً صائناً

روى أبو بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لا بأس بشهادة الضيف إذا كان عفيفاً صائناً». «٢»

٣- إذا كان صالحاً

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٨. و الحديث ١ من الباب ٣٩ من أبوابها. و حمل الخير على الإسلام

بعيد خصوصاً فى الحديث الأخير إذ يقول: إذا علم منهما بعد ذلك (الإسلام) خير جازت شهادتهما أى الذمى بعد الإسلام و العبد بعد العتق.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ١٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٧٦

روى العلاء بن سيّابة عن أبى عبد الله عليه السلام: قلت فالمكارى و الجمال و الملاح فقال: «و ما بأس بهم تقبل شهادتهم إذا كانوا

صلحاء». (١)

٤- أن يكون عادلاً

روى ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام قال قلت: بم تعرف عدالة الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم و عليهم؟ فقال: «أن تعرفوه بالستر و العفاف و كَفَّ البطن و الفرج...». (٢)

روى عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «لا بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً». (٣)

روى محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام فى شهادة المملوك إذا كان عدلاً فإنه جائز الشهادة إنَّ أول من ردَّ شهادة المملوك عمر بن الخطاب. ٤

فعلى ضوء هذه العناوين الوجودية يشترط أمر غير الإسلام و عدم ظهور الفسق كما أن هناك روايات تشترط عدم بعض العناوين المضرة، ككونه فاسقاً، أو ظنيناً و متهماً و غير ذلك و إليك الإشارة إلى تلكم العناوين.

٥- أن لا يكون فاسقاً

روى محمد بن قيس عن أبى جعفر فى حديث إنَّ علياً عليه السلام قال: «لا أقبل شهادة الفاسق إلّا على نفسه». ٥

٦- لا يكون متهماً و ظنيناً

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤١، من أبواب الشهادات، الحديث ١.

(٣) ٣ و ٤ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و ٣ و لاحظ الحديث ٦ من الباب ١ و ٥ من الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم.

(٤) ٥ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٧.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٧٧

روى عبد الله بن سنان قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ما يرد من الشهود قال: فقال: الظنين و المتهم قال قلت: فالفاسق و الخائن قال: ذلك يدخل فى الظنين. (١)

ثم إنَّ الروايات الواردة فى ردَّ شهادة بعض الأصناف أزيد مما ذكرنا فلا تقبل شهادة فحاش و لا ذى مخزيه فى الدين و من يتغى على الأذان و الصلاة بالناس أجراً، و المريب، و ذى شحنا إلى غير ذلك من العناوين الواردة فى البابين ٣٢ و ٣٣ من أبواب الشهادات فى الوسائل و أكثرها يدخل تحت عنوان الفاسق، و الجميع متفق على اشتراط أمر زائد، و هو العدالة، لكن بعد تقييد أوسع العناوين بأضيقتها كما لا يخفى.

و أما ما هى العدالة المشترطة فهل هى ملكة التجافى عن جميع الكبائر و الرادعة عنها على ما هو المشهور؟ أو هى عبارة عن حسن الظاهر بمعنى الخلطة المطلعة على أن ما يظهر منه حسن من دون معرفة باطنه كما عليه صاحب الجواهر. (٢) و المحقق الآشتياني فى كتاب القضاء (٣)؟ فهذا هو الذى نبحت عنه فى كتاب الشهادات عند البحث عن صفات الشهود التى رابعها: العدالة فانتظر. (٤) و بذلك نستغنى عن البحث حول قول المحقق فى المقام: «و لا يجوز التعويل فى الشهادة على حسن الظاهر».

٣- لو تبين فسق الشاهدين

إذا حكم الحاكم بعد إحراز العدالة، ثم ظهر فسق الشهود فى زمان الإقامة أو زمان الحكم المتصل زمانه بزمان إقامة شهادتهما، نقض

حكمه، مثل ما لو تبين فسوقهما قبل الإقامة المتصل بزمان إقامتها، لفقدان الشرط (العدالة) واقعاً المستلزم

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و لاحظ الحديث ٢، ٣، ٥، ٦.

(٢) النجفي: الجواهر: ١١٣/٤١.

(٣) الأشتياني: كتاب القضاء: ٦٥.

(٤) كتاب الشهادات: النظر الأول في صفات الشهود.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٧٨

لفقدان المشروط و هو الحكم الصحيح و لا يختص جواز النقص بقول المشهور، القائل بشرطية العدالة حين الإقامة بل يعم قول الشيخ أيضاً القائل بكفاية إحراز الإسلام مع عدم ظهور الفسق، و ذلك لأنه إنمّا يكتفى به إذا لم يظهر الخلاف كما هو اللائح من عبارة الخلاف الماضية. قال ابن حمزة: «فإن حكم على ظاهر الإسلام ثم بان له فسقهما نقض الحكم» (١).

ثم إن إطلاق النقص باعتبار الظاهر و أمّا حسب الواقع فلا- حكم حتى يُنقض و على كل تقدير إن جواز النقص مبني على كون العدالة، شرطاً واقعياً، لا شرطاً علمياً و ذلك لانصراف الأدلة إلى أن العدالة بوجودها الواقعي شرط فقوله سبحانه: (وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ) (الطلاق / ٢) و قوله عليه السلام: «أحكام المسلمين على ثلاثة: شهادة عادلة...» (٢) مثل قول القائل: «إذا غسلته في الكبر» في أن الموضوع هو العدل الواقعي كالكبر الواقعي، لا المحرز منهما و إن لم يكونا كذلك.

أضف إلى ذلك أن أخذ العدالة شرطاً في الشاهد ليس أمراً تعدياً بل لأجل صدّه عن اقتراف الكذب و شهادة الزور و من المعلوم أنه لا يترتب إلّا على وجودها الواقعية لا الذهنية.

نعم ذهب الأصحاب في باب صلاة الجماعة إلى كونها شرطاً علمياً و ذلك لما رواه علي بن أبي راشد عن أبي جعفر الجواد عليه السلام، أنه قال: «لا تصل إلّا خلف من تثق بدينه» (٣) و رواه الشيخ في التهذيب مضيفاً إليه كلمة «و أمانته» مستظهرين بأن المتبادر منه هو كون الشرط هو الوثوق الذي هو أمر قلبي لا واقعي. و لكن الاستظهار في غير محلّه، و ذلك لأن المتبادر من أمثاله، هو كون

(١) الوسيلة: ٢١٠. و لاحظ كلام الشيخ في المبسوط: ٢٤٩ / ٨.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

(٣) الوسائل: الجزء ٥، الباب ١٠ من أبواب صلاة الجماعة، الحديث ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٧٩

العلم مأخوذاً على وجه الطريقة لا الموضوعية و بما أن في المسألة دليلاً غير هذا، نقول بما ذهب إليه المشهور من كفاية إحراز العدالة في صحة الجماعة لا في المقام.

ثم إن كونها شرطاً واقعياً يتصور على وجوه:

١- أنها شرط في حق القاضى فقط فلو وقف على فسقهما نقض حكمه، و إلّا يكفي إحرازه و إن كان خطأ في وجوب ترتيب الأثر على آخرين فليس لهم حقّ النقص و إن علموا فسق الشاهدين، مثلما إذا طلق القاضى عند شاهدين و قد أحرز عدالتهما و إن كانا فاسقين عند الآخرين، يجب عليهم ترتيب الأثر و المعاملة معها معاملة المطلقة.

٢- شرط في حقّ كل من له صلاحية القضاء فلو قضى بشاهدين و قد أحرز عدالتهما، و لكن ثبت عند الآخرين فسقهما، جاز لهم النقص لأنّ علمهم بفسقهما كعلم القاضى به في كونه مجوّزاً للنقص.

٣- شرط في حقّ جميع المكلفين من غير فرق بين من له القضاء و غيره و كون العامى عاجزاً عن إحراز شرائط العمل بالبينّة، لا يكون

سبباً لعدم توجه الخطاب إليه، كما أن عدم تمكنه من إحراز شرائط العمل بالخبر الواحد الوارد فى الأحكام، لا يكون سبباً عن انصراف الخطاب عنه غاية الأمر ينوب القاضى و المجتهد عنه فيما يعجز لا فيما لا يعجز فإذا وقف العامى على فسق الشاهدين فله نقض حكم القاضى أخذاً بعموميته الخطاب.

لكن لا سبيل إلى الاحتمال الثالث: لما أفاده المحقق الرشتى من أنه يترتب عليه من المفسد التى لا يظن بالتزام أحد إياها مثل سماع قول كل من يتمرد من قبول حكم الحاكم و إن لم يكن من أطراف المرافعة مدعيًا فسق الشهود فلا يكون علم غير الحكام بفسق الشهود مؤثراً فى جواز النقض و حينئذ يدور الأمر بين القولين و الأظهر هو القول الثانى فلا يجب عليهم إنفاذ الحكم المستند إلى البيئته الفاسقة، إذا كانوا عالمين لها.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٨٠

نعم قلنا ليس للعامى نقض الحكم و إن كان من أطراف المرافعة لكن للمحكوم عليه، جرح الشهود قبل الحكم، أو إقامة الدعوى على القاضى بأنه حكم بشاهدين فاسقين، أو لم يتفحص عن الجرح، و لكنّه غير صلاحية كل المكلفين، بنقض الحكم كما لا يخفى. و هل الفسق حال الحكم كالفسق حال أداء الشهادة أو لا؟ ذكروا فيه وجهين:

قال الشيخ: و إذا حكم بشهادتهما بظاهر العدالة عنده نفذ حكمه، فلو ثبت أنّهما فاسقين حين الحكم بشهادتهما لم ينقض الحكم و الأول أحوط عندنا، و الثانى تدلّ عليه رواياتنا، غير أنه إذا علم أنّهما كانا فاسقين حين الشهادة نقض حكمه «١».

أقول: لا شك فى عدم تأثير الفسق بعد الحكم إنّما الكلام فى تأثير الفسق الطارئ بعد الإقامة، و قبل الحكم ففيه وجهان. و الظاهر كفاية وجود العدالة حال الأداء التى تصدّه عن الكذب و الشهادة بالزور، و إن زلّ قدمه بعد الأداء، إذ لا تأثير لبقاء عدالته بعد الأداء. ثم إنّ المحقق طرح فى المقام بأنه «لا يجوز التعويل فى الشهادة على حسن الظاهر» و سيوافيك البحث عنه فى كتاب الشهادات فانتظر.

٤- فى تزكية الشاهد أو جرحه

إذا قامت البيئته و لم تعرّف حالها توقّف القاضى عن الحكم، حتى تعلم هويته الشاهدين بالفحص عن حالهما حتى يقف على تعديل أو جرح فهناك فروع:

أ: ينبغى أن يكون السؤال عن هويته الشاهد من حيث العدالة و الفسق سرّاً

(١) الطوسى: المبسوط ٨/ ١٠٥١٠٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٨١

من غير أن يعلم الشاهد.

ب: هل يكفى فى التعديل و الجرح الإطلاق أو لا بدّ من التفسير؟

ج: يفتقر التعديل إلى المعرفة الباطنة المتقدمة.

د: لا يفتقر الجرح إلى تقادم المعرفة.

أمّا الأول: فينبغى أن يكون سرّاً، من غير اطلاع الشاهد، لأنه يكون أبعد من التهمة إذ لو كان التحقيق بحضوره، أو مع اطلاعه ربّما توقف المزكى أو الجرح عن بيان الواقع فربّما يزكى خوفاً أو حياء، بخلاف ما إذا كان بعيداً عن حضوره أو اطلاعه.

قال الشيخ: و يكون المسألة عنه سرّاً لأنه ليس المقصود هتك الشهود، فإذا كان جهراً ربّما انكشف عليه ما يُفضح به، و لأنه إذا كان جهراً ربّما توقّف المزكى عن ذكر ما يعرفه فيه حياء، و مراعاة حقّ، و لأنه قد يخاف المشهود عليه «١»

و أما الثانى: فالأقوال فيه خمسة:

- ١- ما نسب إلى المشهور من كفاية الإطلاق فى العدالة و لزوم التفسير فى الجرح.
- ٢- من لزوم التفسير فى كلا الأمرين و هو خيرة الشهيد فى المسالك.
- ٣- من كفاية الإطلاق فيهما و استحسنة الشهيد الثانى فيما إذا كان المزكى مقلداً للحاكم أو موافقاً معه فى أسباب الفسق و كفاية الإطلاق أيضاً خيرة الجواهر.
- ٤- يلزم التفسير فى التعديل دون الجرح على خلاف ما هو المشهور نسبة فى المسالك إلى العلامة.

(١) الطوسى، المبسوط: ١٠٧ / ٨.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٨٢

- ٥- يكفى الإطلاق إذا كان المزكى و الجرح عالين بأسبابهما و إلا لزم ذكر السبب فيهما. «١» و لنذكر بعض كلمات الفقهاء فى المقام:

- ١- قال الشيخ: فإذا ثبت أن الجرح مقدم على التركيبة فإنه لا يقبل الجرح إلا مفسراً و يقبل التركيبة من غير تفسير و قال قوم يقبل الأمران معاً مطلقاً و الأول أقوى عندنا لأن الناس يختلفون فيما هو جرح و ما ليس بجرح، فإن أصحاب الشافعى، لا يُفسقون من شرب النبيذ و مالک يفسقه و من نكح المتعة فى الناس من فسقه، و عندنا أن ذلك لا يوجب التفسيق، بل هو مباح مطلق، فإذا كان كذلك لم يقبل الجرح إلا مفسراً لثلا يجرحه بما هو جرح عنده و ليس عند القاضى، و يفارق الجرح التركيبة لأن التركيبة إقرار صفة على الأصل فهذا قبلت من غير تفسير، و الجرح إخبار عما حدث من عيوبه، و تجدد من معاصيه فبان الفصل بينهما. «٢»
- ٢- و قال فى الخلاف: لا يقبل الجرح إلا مفسراً، و تقبل التركيبة من غير تفسير و به قال الشافعى و قال أبو حنيفة: يقبل الأمران مطلقاً فمقاس الجرح على التركيبة. دليلنا: الناس يختلفون فيما هو جرح و ما ليس بجرح فيجب أن يفسر فإنه ربما اعتقد فيما ليس بجرح، أنه جرح، فإذا فسر عمل القاضى بما يقتضى الشرع فيه من تعديل أو جرح. «٣»
- و قال المحقق: و تثبت (العدالة بالشهادة بها) مطلقاً و لا يثبت الجرح إلا مفسراً. «٤»
- و قال ابن سعيد: و لا يقبل الجرح إلا مفسراً بخلاف العدالة. «٥»

(١) زين الدين العاملى، المسالك: ٢ / ٢٠٣٤٠٢ و الأردبيلى، مجمع الفائدة: ١٢ / ٧٦ و قد ذكر أقوالاً أربعة.

(٢) الطوسى، المبسوط: ١٠٩ / ٨.

(٣) الطوسى، الخلاف: ٣ كتاب القضاء، المسألة ١٣.

(٤) نجم الدين الحلى: الشرائع: ٧٧ / ٤.

(٥) ابن سعيد الحلى، الجامع للشرائع: ٥٣٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٨٣

و قال العلامة: و يفتقر المزكى إلى المعرفة الباطنة المفتقرة إلى تكرّر المعاشرة و لا يجب التفصيل و فى الجرح يجب التفسير على رأى. «١»

و على كل حال فقد قيل إن المشهور هو الاكتفاء بالإطلاق فى التعديل دون الجرح و استدلل له بوجوه:

- ١- إن العدالة لا تتحقق إلا بفعل أمور كثيرة و ترك أمور مثلها، غير أن ذكرها موجب للعسر فلا محيص من الإجمال بأن يقول: رأيتة مواظباً على الطاعات و ترك المحرمات زماناً معتدلاً، و أمياً إيجاب التفصيل فيؤول إلى تعطيل الأحكام و ليس ذلك فى الجرح و

يكفى فيه ذكر اقتراح معصية واحدة. (٢)

يلاحظ عليه: إذا كان المراد من التعديل الإجمالي هو قول المزكى أنه عادل يكون المراد من التعديل التفصيلي، قريباً ممّا يلي: عاشرت معه فترة مطّعة و رأيت أنه كان يواظب الواجبات و يترك المحرّمات و ما يعدّ خلاف المروءة. و ليس التكلم بمثل ذلك أو بأكثر منه أمراً معسوراً على أن كونه معسوراً يوجب سقوط المقدار المعسور، لا أصل التفصيل.

٢- إن الجرح قد يتبني الجرح عن ظنّ خطأ، و اشتباهاً و نسياناً.

يلاحظ عليه: أنه أمر مشترك بين العدالة و الجرح، و ربّما يحكم بقيامه بالواجبات و ترك المحرّمات عن خطأ و عن اشتباه و نسيان.

٣- إن المذاهب فيما يوجب الفسق مختلفه فلا بدّ من البيان ليعمل القاضى باجتهاده.

يلاحظ عليه: أن الاختلاف في سبب الفسق يقتضى الاختلاف في أسباب العدالة فإن الاختلاف مثلاً في عدد الكبائر كما يوجب في بعضها ترتب الفسق على

(١) العلّامة الحلّي، إرشاد الأذهان: ١٤١ / ٢.

(٢) زين الدين العاملي، المسالك ٢ / ٤٠٢، مجمع الفائدة: ٧٦ / ١٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٨٤

فعله، يوجب في بعض آخر عدم قدحه في العدالة بدون الإصرار عليه فيزكّيه المزكى مع علمه بفعل ما لا يقدر عنده فيها و هو قاذح عند الحاكم.

و الحاصل أنه لو كان سبب التفصيل في الجرح هو احتمال الاشتباه و السهو في ارتكاب الخلاف، أو اختلاف العلماء في أسبابه فهما أمران مشتركان لا ينحصر بالجرح و لأجل ذلك يصبح التفصيل المشهور أمراً غير تام.

و أضعف منه القول الرابع المنسوب إلى العلّامة من لزوم التفصيل في العدالة، دون الجرح.

و مثله القول الخامس من التفصيل بين وحدة النظر بين المزكى و القاضى فيكفى الإطلاق، و إلّا فيجب عليه التفصيل مطلقاً. و ذلك لأنّه خارج عن محلّ النزاع كما هو اللائح من كلام المحقّق الأردبيلي. (١)

فبقى القولان و هو الاكتفاء بالإجمال مطلقاً، أو التفصيل مطلقاً. و الظاهر هو كفاية الأول و ذلك بوجوه:

الأول: أن الأصل هو حمل عبارة الشاهد على الواقع و إن كان هناك اختلاف بينه و بين القاضى، من غير فرق بين الموضوعات الصرفة الخارجية كالماء و التراب و النار و الرماد و الهلال و البدر، أو الموضوعات الاعتبارية المتعلقة للأحكام كالملكية و الحرّية و الزوجية و البيع، سواء كان هناك اختلاف في أسبابها كما في هذه الأمثلة، أو في مفاهيمها كالعدالة و الفسق و ذلك إمّا لعموم حجّية قول العدل إلّا إذا علم الاستناد في الشهادة إلى الأسباب الفاسدة، أو لأمر غير صحيحة كالجرح بما ليس بخارج عند القاضى و إمّا لاعتبار حمل الفعل على الصحيح الواقعي، كما هو المحقّق في باب أصالة الصّحة فإذا شكّ في صحّة عمل، و لو مع العلم بالاختلاف بين الفاعل و الحامل، يحمل على الصّحة.

(١) الأردبيلي: مجمع الفائدة: ٧٦ / ١٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٨٥

و لأجل ذلك يسمع قول الشاهد إذا شهد بالتطهير و التنجيس و البيع مع وجود الاختلاف في أسبابها.

الثاني: إن قدح عمل في عدالة الشاهد تابع لاعتقاده أنه قاذح فيها أولاً اجتهداً، فلو فرضنا أن الجرح أظنّب في الكلام و ذكر شيئاً قاذحاً للعدالة عنده و وصل إليه القاضى و لم يعلم كونه قاذحاً عند الشاهد كبيع الدهن الذي لاقى عرق الجنب من حرام لاحتمال

اعتقاده بطهارته اجتهاداً أو تقليداً و إن كان نجساً عند الجراح و القاضى فالتفصيل فى الجرح لا يوصله إلى عقيدة الشاهد التى هى الملاك فى كون العمل قادحاً أو لا.

و بذلك تعلم حال ما ذكره المحقق الآشتياني فى المقام قال ما هذا حاصله:

إن معنى حجية قول العادل هو نفي الكذب عنه و أمياً جعل ما أخبر به، أمراً واقعاً فى الخارج فهو ممياً لا يستفاد من أدلته الحجية لاحتمال الاشتباه فى الإخبار فلا بد من الرجوع إلى الأدلة الأخر فحينئذ إذا كان المخبر به أمراً حسياً كقول الراوى كلام الإمام. يجرى الأصل المتفق عليه، و هو أصالة عدم الخطأ فى الحق و عدم الاشتباه فى الرواية و الحسن.

و أمياً إذا كان حدسياً فإن كان ما أخبر عنه نفس الحكم الشرعى كإخبار المجتهد عن الحرمة و الوجوب فهو ممياً قام الإجماع على وجوب تصديقه فى حق المقلد.

و أما إذا كان المخبر به، الموضوع الذى تعلق به الحكم الشرعى و كان طريق ثبوته مختلفاً فيه حسب اعتقاد المجتهدين كما فى الفسق فلا يجب فيه تصديق العادل حتى يشهد تفسيراً حتى ينتقل الحاكم فى كلامه إلى نفس ما انتقل إليه المزكى. (١)

(١) الآشتياني، كتاب القضاء: ٦٧.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٨٦

يلاحظ عليه بوجهين:

أولاً: أن لازم ذلك عدم قبول الشهادة على الزوجية و الملكية التى تختلف فيها أنظار العلماء من حيث الأسباب حيث إنهما و إن كانا ينتهيان إلى الأسباب الحسية لكن لأجل اختلافهم فى أسبابهما لا يجب فيه تصديق العادل حتى يشهد تفسيراً لينتقل الحاكم من كلامه إلى نفس ما انتقل إليه الشاهد بهما.

و ثانياً: أن اختلاف الجراح و القاضى فى كون عمل معصية كبيرة عند الجراح و معصية صغيرة عند القاضى لا يكون مؤثراً فى المقام، و إنما المؤثر اعتقاد الشاهد الفاعل فى كونها صغيرة أو كبيرة اعتقاداً ناشئاً عن اجتهاد أو تقليد فلا فائدة فى وصول القاضى إلى نفس ما وصل إليه المزكى، بل لو وجب التفصيل يجب أن يكون على وجه يصل القاضى إلى عقيدة الشاهد بالنسبة إلى الفعل الذى ارتكبه، هل كان يراه محرماً أو مباحاً و المفروض أن التفصيل فى المقام لا يوصل القاضى إليه.

الثالث: صحيح يونس بن عبد الرحمن عن بعض رجاله عن أبى عبد الله: خمس أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم: الولايات، و التناكح، و الموارث، و الذبائح، و الشهادات ... (١) و قد تقدم أن مفاد الحديث بشهادة ذيله أعنى: «و لا يسأل عن باطنه» هو قبول شهادة الشاهد و الأخذ بظاهر قوله من دون لزوم السؤال عن مصدر شهادته و سببها.

و أما الثالث و الرابع تقادم المعرفة فى التعديل و الجرح و عدمه فقال المحقق: تفتقر العدالة إلى المعرفة الباطنة المتقدمة و لا يحتاج الجرح إلى تقادم المعرفة و ذلك لأن العدالة سواء فسرت بالملكة أو بحسن الظاهر، لا يثبت إلا بالمعرفة المتقدمة أما الملكة فواضح و أمياً حسن الظاهر، فإن المراد عدم رؤية شىء منه سراً و جهراً إلماً الحسن و هو يتوقف على مرور زمان. و أمياً الجرح فيكفى العلم بموجب الجرح كالكذب أو الغيبة و لو مرّة واحدة من غير تقادم المعرفة.

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٨٧

اعلم أن دخول التعديل و الجرح فى باب الشهادة، غير دخولهما فى باب الدعاوى التى يعتبر فيها التعدد و الظاهر جواز الاكتفاء فيهما بواحد من المزكى و الجراح.

تبريزى، جعفر سبحانى، نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤١٨ هـ ق نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج ١، ص: ٢٨٧
توضيحه: أنا قويننا فى محلّه «١» حجّية خبر العدل فى الأحكام و الموضوعات، خرج عنه باب الدعاوى لقوله: إنّ البينة للمدعى و اليمين على المدعى عليه «٢» و مثله ما اعتبر الشارع فى ثبوته التعدّد كالهلال، و القدر المتيقّن من هذه الروايات ما يدخل فى عنوان الادعاء، فيرجع فى غيره إلى عموم حجّية خبر العدل، اللهمّ إلا أن يتأمّل فى كفاية العدل الواحد بما تقدّم فى كفاية المترجم الواحد فلاحظ.

٥- فى اختلاف المزكى و الجارح

إنّ اختلاف المزكى و الجارح على قسمين:

تارة يرجع الاختلاف إلى وقوف واحد منهما على ما لم يقف عليه الآخر من دون أن يكون هناك تكذيب من أحدهما بالنسبة إلى الآخر، و أخرى إلى التكاذب، بأن يخطئ كلّ الآخر، و يكذّبه، و لأجل ذلك يعتبر المحقّق عن الأوّل بالاختلاف و عن الثانى بالتعارض و إليك بعض النصوص.

قال الشيخ فى الخلاف: «إذا شهد اثنان بالجرح و شهد آخران بالتعديل و جب على الحاكم أن يتوقّف و قال الشافعى: يعمل على الجرح دون التعديل. و قال أبو حنيفة: يقبل الأمران فيقاس الجرح على التذكية. دليلنا إذا تقابل الشهادتان و لا ترجيح لأحد الشاهدين و جب التوقف.» (٣)

قال المحقّق: و إذا اختلف الشهود فى الجرح و التعديل، قدّم الجرح لأنّه

(١) السبحانى، كليات فى علم الرجال: ١٦٠١٥٩.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣.

(٣) الطوسى، الخلاف: ٣، كتاب القضاء، المسألة ١٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٨٨

شهادة بما يخفى على الآخرين، و لو تعارضت البيّنات فى الجرح و التعديل قال فى الخلاف: توقّف الحاكم و لو قيل يعمل على الجرح كان حسناً. «١»

أقول: لا بدّ من البحث فى موردتين: فتارة فى اختلاف المزكى و أخرى فى تعارضهما.

أمّا الاختلاف، فإن كان على وجه الإطلاق بأن يقول المزكى، عادل و الجارح أنّه فاسق، فوجه تقديم الجارح، لعدم وجود التعارض بينهما، لأنّ الأوّل يدعى أنّه ذو ملكة رادعة و أنّه لم ير منه طول المعاشرة، أيّة معصية، و الجارح لا ينكر الملكة، غاية الأمر يدعى أنّ الميول النفسانية غلبت عليها و أنّه رأى منه ما يوجب الفسق فهو يدعى شيئاً لا يدعى المزكى، لا أنّه ينكره.

و ربّما يعكس الأمر، فالمزكى يدعى ما لا يدعى الآخر، كما إذا قال الجارح: صدر منه يوم كذا معصية، قال المزكى: لكنّه تاب عنه فى مشهد منى ثمّ مارسه و خالطه بعد ذلك فوجدته ذا ملكة بعدها و لم يصدر منه ما ينافيها، و بذلك يظهر أنّ إطلاق كلام المحقّق أنّه يقدم الجارح ليس بتامّ. لا بدّ أن يقال: يقدم قول من يدعى شيئاً لا يدعى الآخر بمعنى لا يكذّبه فهو تارة ينطبق على قول الجارح و أخرى على قول المزكى.

أمّا إذا كانت الشهادة بنحو التعارض كأن شهد الجارح بفعل المعصية فى وقت و مكان كذا و شهد المزكى بأنّه كان فى ذلك الزمان فى غير ذلك المكان و كان متفرغاً للعبادة مثلاً.

ففيه وجهان:

الأول: ما عرفته من الشيخ من التوقف و ذلك لأن مقتضى القاعدة فى تعارض الأمارات هو سقوطهما عن الحجية. لا الرجوع إلى المرجحَات لأن الأصل

(١) الشرائع: ٧٧/٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٨٩

فيما شك فى اعتباره من الظنون استقلالاً و ترجيحاً هو عدم الحجية، لأنه لا فرق فى الاحتجاج بين الاستقلال، أو الترجيح و ادعاء أن سيرة العقلاء فى المقام على متابعة أقرب الطريقتين إلى الواقع و أرجحهما، غير ثابت بل الظاهر هو السقوط. نعم خرج باب الأحكام الشرعية فيه يرجع إلى المرجحَات أخذاً بالنصوص كالمقبولة و غيرها، ثم إن الشيخ الطوسى عبر عن سقوطهما بالتوقف و أما ما ذا يصنع القاضى بعد التوقف فسيوافيك المراد منه.

الثانى: ما ذكره المحقق من أنه: «لو قيل يعمل على الجرح كان حسناً» و أيده فى الجواهر باعتضاد بينه الجرح بأصالة عدم حصول سبب الحكم فيبقى المنكر مثلاً حينئذ على حجته بلا- معارض. ضرورة عدم الفرق فى العمل بين الجرح الثابت و بين عدم ثبوت العدالة. (١)

يلاحظ عليه أولاً: أن الأصل عند التعارض مرجح لا مرجح فلا يصح قوله: «باعتضاد بينه الجرح بالأصل» لما قد حقق فى الأصول من أن الترجيح فرع وحدة الرتبة بين المرجح و ذى الترجيح، و ليس الأصل فى درجة البيئته.

و ثانياً: أن المرجح بعد التعارض هو قوله: «و اليمين على المدعى عليه» فتصل النوبة إلى الاستحلاف من دون حاجة إلى اعتضاده بالأصل المزبور. فتترك بينه المدعى لأجل تعارض التذكية الجرح و يطلب من المنكر فى الواقعة، اليمين.

هذا و الظاهر أن الثمرة بين القولين: (التوقف أو العمل بقول الجرح) يظهر فى صورة واحدة، و هى تفسير التوقف فى كلام الشيخ، بالتوقف المطلق و ترك القضاء و دعوة الطرفين إلى المصالحة، فعلى قول الشيخ يرجع إلى المصالحة و على قول المحقق يعمل بمقتضى قول الجرح و هو استحلاف المنكر.

و أما إذا قلنا إن مراد الشيخ، هو التوقف عن القضاء بينه المدعى، لا التوقف عن القضاء على وجه الإطلاق فيلزم العمل بمقتضى إنكار المنكر

(١) النجفى: الجواهر: ١٢٢١٢١/٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٩٠

أعنى: «و اليمين على المدعى عليه»، فتكون النتيجة على كلا القولين واحداً.

و يظهر من الجواهر ترجيح المعنى الأول و هو التوقف عن الحكم أصلاً حتى يمين المنكر الذى لم تعلم حجته فى هذا الحال باعتبار وجود بينه المدعى و إن كان لا عمل عليها باعتبار معارضتها بينه الجرح و حينئذ يكون ميزان الحكم مجهولاً لانسياق الأدلة فى غير هذا الفرض فيرجع إلى الصلح أو غيره. (١)

يلاحظ عليه: لا وجه لانصرافها عن هذه الصورة إذ المتقدم من بينه المدعى على يمين المنكر، هو الحجته منها و التى يصلح للاحتجاج و أما ما لا يصلح له، و كان إقامتها و عدمها سياتان فلا تكون مانعاً من الرجوع إلى مقتضى إنكار المنكر و هذا مثل ما إذا أقام بينه لم تعرف بعدل أو غيره.

المسألة التاسعة: فى تفريق الشهود

إذا أُقيمت البيئنة على المدعى. فإن كان القاضى عالماً بصدقها أو ظاناً به أو غير واقف بشيء من صدقها و كذبها، فيقضى بها إذا طلب المدعى صدور الحكم و لا يجوز التأخير الحاكى عن المساهلة فى الانتصاف و أخذ الحق و دفعه لذيده.

إنما الكلام إذا كانت هناك ريبه فى شهادة الشهود و مظنه على كذبهم، إمّا لاحتمال تواطئهم على التزوير، أو لالتباس الأمر عليهم لأجل افتقارهم البصيرة اللازمة و الذهن القوى. فهل يجوز له القضاء بحجة اكتمال أركان القضاء أو يلزم عليه التثبت إلى أن ترتفع الريبة بظهور سيماء الحقيقة؟ الظاهر هو الثانى و ذلك لوجهين:

الأول: انصراف عمومات القضاء و خصوص ما دلّ على أن البيئنة للمدعى و اليمين على المدعى عليه عن مثل هذه الصورة التى يتمكن القاضى من رفع

(١) النجفى: الجواهر: ١٢١ / ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٩١

الغشاء و التزوير عن وجه الحقيقة بطريق سهل غير عسير.

الثانى: ما ورد فى الآيات و الروايات من لزوم القضاء بالحقّ قال سبحانه: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ﴾ (ص / ٢٦) فالواجب هو القضاء بالحقّ مهما أمكن، و لا شكّ أنّ التثبت فى المقام و التحقيق عن صدق مقالهم أو كذبه، أقرب إلى الحقّ من التسرع إلى القضاء فيكون واجباً.

و بذلك يظهر أنه لا حاجة فى إيجاب التثبت إلى الاستدلال بعمل دانيال، أو داود عليهما السلام إذا كانت نفس أدلة القضاء كافية فى إثباته حتى يستشكل بنسخ شرائعهم بشريعتنا، و يجاب بأنه لا ينافى الأمر ببعض ما كان عندهم، إذ المسلمّ منعه التعبد بشرعهم من حيث إنه مشروع عندهم لا مطلقاً. «١» و ذلك لأنّ ما ذكره من الإشكال و الجواب تبعيد للمسافة بعد إمكان استفادة ذلك من نفس الأدلة.

و من طرق التثبت هو تفريق الشهود تارة، و المتهمين أخرى و قد قام بهما على عليه السلام فتارة فزق الشهود، و استنطق كلّ واحد بعيداً عن الآخر كما فى قصته يتيمة شابهت تربت فى بيت رجل و خافت امرأة الرجل من أن يتزوجها (زوجها) فرمتها بالفاحشة و أقامت البيئنة من جاراتها «٢» و أخرى فزق المتهمين بالقتل، المنكرين له كما فى حديث جماعة خرجوا إلى السفر فرجع الجميع إلماً واحد منهم، فرفع ابن المفقود الشكوى إلى أمير المؤمنين قال: هؤلاء نفر خرجوا و أبى معهم فى السفر فرجعوا و لم يرجع إلى فسألتهم عنه، فقالوا مات فسألتهم عن ماله فقالوا ما ترك مالا فقدّمتهم إلى شريح فاستحلفهم، و قد علمت أن أبى خرج و معه مال كثير فقال أمير المؤمنين عليه السلام: و الله لأحكمنّ بينهم بحكم ما حكم به قبلى إلأ داود، إلى

(١) النجفى: الجواهر: ١٢٢ / ٤٠.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٩٢

آخرها. «١»

و يستفاد من الروايات بعد التأمل فيها عدم اختصاص التثبت بالتفريق بل للحاكم التوصل إلى معرفة الحقّ بما يراه فى ذلك الوقت مما لا ينافى الشرع و عليه لو كانت للحكومة دائرة خاصة تسجّل أسماء الجانين و هوياتهم ففى إمكان القاضى الاستعانة من ملفاتهم أو غير ذلك من الطرق المبيّنة للحق. كما استعان على عليه السلام بالتكبير، و إراءة السيف و ما عزّف به نفسه إلى غير ذلك كما ورد فى

الروايتين.

ثم إنَّ الشهيد الثاني خصَّ التفريق بما قبل الاستزكاء إن احتيج إليه «٢» و أضاف إليه في الجواهر فقال: «بل ظاهره حتى مع الريبة لعدم ثبوت مانعيتها عن الوزن بالميزان الشرعي الموضوع للوزن به بين الناس» «٣» و معنى ذلك أنه بعد الاستزكاء يسقط الثبوت سواء كان هناك ريبه أو لا. و لكن الظاهر، عدم اختصاصه بما قبل الاستزكاء فإنَّ عروض الريبة، مطلقاً يصدَّ الفقيه عن التمسك بالعمومات، لما عرفت من حديث الانصراف، أو لزوم القضاء بالحقَّ مهما أمكن كما أنَّ له التفريق من أول الأمر عند سماع الشهادة و إن لم تكن ريبه لإطلاق قوله تعالى: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ) (البقرة/ ٢٨٢).

و تصوّر كونهم عدولاً بالاستزكاء يُغنى عن الثبوت و يرفع الريبة مدفوع بأنَّ العدالة تصدَّ صاحبها عن الكذب غالباً و لكن ربّما يصير مغلوباً للميول النفسانية، و بذلك يظهر أنه ربّما يكون الثبوت واجباً لا مستحباً و يصبح التفرق المحقق له مثله في الحكم، نعم الوجوب يتعلّق بالعنوان و هو الثبوت، و التفريق و كل ما يحقّقه مصداق له.

ثم إنَّ المحقق ذكر في المسألة الرابعة عشرة، ما يعدّ تكميلاً لما ذكر في المقام و سيوافيك نصّه هناك.

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

(٢) زين الدين العاملي، المسالك: ٢ / ٤٠٢.

(٣) النجفي: الجواهر: ٤٠ / ١٢٣.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٩٣

المسألة العاشرة: ما هو المعتبر في الجرح و التعديل؟

المعروف بين المتأخّرين أنه يشترط في مستند الشهادة على الجرح العلم أو الشيع الموجب للعلم بخلاف الشهادة على العدالة. قال المحقق: لا يشهد شاهد بالجرح إلّا مع المشاهدة لفعل ما يقدح في العدالة أو أن يشيع ذلك في الناس شيعاً موجياً للعلم و لا يعوّل على سماع ذلك من الواحد و العشرة لعدم اليقين بخبرهم. «١» و تقييده الفعل ب «ما يقدح في العدالة» لأجل التحرز عن مشاهدة نفس الفعل من دون إحراز أنه يقدح فيها كما إذا شاهد شرب الخمر و لكن يحتمل أن يكون عن إكراه مسوِّغ أو لمداواة.

و قال العلامة: و يحرم الشهادة على الجرح إلّا مع المشاهدة أو الشيع الموجب للعلم. «٢»

و قال في القواعد بمثل ما قاله المحقق في الشرائع. «٣»

و قال الشهيد الثاني: المعتبر في التعديل، الخبرة الباطنة الموجبة لغلبة الظنّ بالعدالة و أمّا الجرح فلا يكفي فيه مطلق الظنّ إجماعاً بل لا بدّ فيه من العلم بالسبب إمّا بالمشاهدة بأن يراه يزني أو يشرب الخمر أو يسمعه يقذف أو يقرّ على نفسه بالزنا أو شرب الخمر و أمّا إذا سمع من غيره فإن بلغ المخبرون بهذا التواتر جاز الجرح لحصول العلم، و إن لم يبلغوا حدّ العلم لكنّه استفاض و انتشر حتى قارب العلم ففي جواز الجرح به وجهان، من أنه ظنّ و قد نهى الله عن أتباعه إلّا ما استثنى، و من أن ذلك ربّما يكون أقوى من البيّنة المدّعية للمعاينة و يظهر من

(١) نجم الدين الحلّي: الشرائع: ٧٧ / ٤.

(٢) العلامة الحلّي، ارشاد الأذهان: ١٤ / ٢.

(٣) مفتاح الكرامة: ١٠، قسم المتن: ٤٤.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٩٤

المصنف (المحقق) و الأكثر اشتراط العلم فلا يصح بدونه و هو أولى. «١»

أقول: الذي دعاهم إلى التفريق بين الشهادتين، أخذ العلم في الشهادة، و لكن لما كانت العدالة عندهم ملكة خفية و التكليف بالعلم حرج منفي فافتقروا بغير العلم، بخلاف الجرح، إذ ليس أمراً مخفياً، بل يسهل الوقوف عليه بالمشاهدة أو بالشياخ المفيد للعلم، مضافاً إلى ثبوتها بالبيئنة.

يلاحظ عليه: تارة بالنقض بما تقرّر في الأصول من أنه يكفي في جرح الراوي، شهادة واحد بل يثبت بالكتب و بشهادة مصنفهم به مع عدم مشاهدته للجرح، و عدم ثبوت جرحه عنده بالتواتر و نحوه بل ينقله عن واحد و يرويه في كتابه.

و أخرى بالحلّ و هو أنّ الملكة و إن كانت باطنية إلا أنّ آثارها تدلّ عليها و يحصل القطع بها منها بكثرة المعاشرة و الصحبة كما هو الشأن في سائر الملكات فإنّ الإنسان يقطع بأنّ زيداً شجاع أو كريم لما رآه غير مرّة من إقدامه في الحروب و إعطاءه في المسغبة و كذا الشأن في الجبن و البخل و كذا ملكة الاجتهاد تعرف بآثارها و لا- حرج ذلك إذا كان المزكى عارفاً زكياً بأحوال الجرح و التعديل. «٢»

و يمكن الجواب عن الأوّل بأنّ وجه الاكتفاء بالظنّ في الراوي، لأجل بعد عهده و عدم إمكان ملاقاته و المعاشرة معه، فاكْتَفَى فيه بالظنّ بخلاف الشاهد فإنّ تحصيل العلم بحاله ليس بمعسور.

و عن الثاني: بأنّ تحصيل العلم بالعدالة، و إن كان أمراً ممكناً كما مرّ، لكنّه ليس متوفراً، لو اكتفى في التعديل بما ذكر لزم تعطيل باب القضاء و هو يطلب لنفسه عشرات العدول في مختلف القضايا كلّ يوم و لأجل ذلك، فُرّق بين التعديل و الجرح.

(١) زين الدين العاملي: المسالك: ٢/ ٤٠٤.

(٢) العاملي، مفتاح الكرامة: ١٠/ ٤٤.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٩٥

إلى هنا تمّ ما يمكن أن يذكر وجهاً لما هو المشهور من التفصيل بين التعديل و الجرح. و الذي يمكن أن يقال إنّ العلم مأخوذ في موضوع الشهادة، كما هو اللائح من الروايات، روى علي بن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تشهدنّ بشهادة حتّى تعرفها كما تعرف كفك» «١» و قال الصدوق: و روى أنّه لا تكون الشهادة إلاّ بعلم ٢، و روى المحقق في الشرائع عن النبيّ و قد سئل عن الشهادة قال: «هل ترى الشمس؟ على مثلها فاشهد أو دع». ٣ مضافاً إلى أنّ الحضور و العلم من معطيات لفظها. فمقتضى القاعدة شرطية العلم في كلتا الشهادتين: الشهادة بالتعديل و الشهادة في الجرح، لكن الموجب للتوسّع هو ما يلي:

إنّ العلم و إن كان مأخوذاً في مفهوم الشهادة لكن أخذ بما أنّه طريق إلى الواقع لا- بما أنّه وصف نفساني و قد حقّقنا في محلّه أنّ الحجج الشرعية تقوم مقام العلم الموضوعي الطريقي بنفس أدلّة حجّيتها، من دون حاجة إلى دليل، بخلاف العلم المأخوذ في الموضوع بما أنّه وصف فإنّ الأمارات لا تقوم مقامها بنفس أدلّتها بل يحتاج إلى دليل آخر.

و على ضوء ذلك تصحّ الشهادة بالحجج و الأمارات لكونها قائمة مقام العلم المأخوذ فيها و هي:

١- إذا قامت البيئنة على عدالته أو جرحه، فتصحّ الشهادة على تعديله أو جرحه اعتماداً عليها، لكونها قائمة مقام العلم.

٢- إذا أخبر العدل، عن عدالة الشاهد أو جرحه، و قلنا بحجّية خبر العدل في الموضوعات كالأحكام (غير الدعاوى و المرافعات) فتصحّ له الشهادة على أحد الأمرين، فإنّ العلم و إن كان معتبراً في الشهادة لكنّه أخذ فيها بما أنّه طريق و حجّة فتقوم الأمانة مقامها لكونها معتبرة بهذه الحيثية.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٩٦

٣ إذا كان وافقاً على عدالة زيد، ثم غاب عنه و احتمال زوالها فتصح الشهادة على عدالتها، لأن حكم الشارع على بقاء العدالة و لزوم التعبد ببقائها يكون حاكماً على الدليل الواقعى و تكون النتيجة أن العلم المعتبر فيها أعم من الحقيقى و التنزيل. و على ضوء ذلك يكون التعديل و الجرح سيان يثبتان بالعلم و بالحجج المعتبرة، دون الظنون غير المعتبرة و إن بلغ مرتبة الظن الحاصل من البيئنة و خبر العدل إلما أن يبلغ مرتبة الاطمئنان و سكون النفس الذى يعدّ علماً عرفياً، لا ظناً فلا يبعد الاعتماد عليه و الشهادة به.

و مما ذكرنا من حكومة أدلة الحجج و الأمارات، على موضوع الحكم الواقعى يظهر عدم تمامية ما ذكره صاحب الجواهر من لزوم الاكتفاء بالعلم قال: لكن يدفعه اعتبار العلم فى الشاهد على وجه لا تقوم مقامه الحجّة شرعاً بل لو أراد ذلك على وجه الشهادة كان مدلساً، بخلاف الشهادة على الملك باليد الدالة عليه، باعتبار أن الشهادة شرعاً و عرفاً بنحو ذلك. «١» و ذلك لأن ما ذكره إنما هو مقتضى الدليل الأولى، و لكن بعد قيام الدليل على حجّة قول العدلين بل العدل الواحد، فى الموضوعات كالأحكام، يكون معناه أن كل واحد يقوم مقام العلم المأخوذ فى الشهادة و إن شئت قلت: المراد من العلم فى الشهادة، هو الحجّة الشرعية لا العلم الوجدانى المنطقى كما هو المتبادر من اليقين فى أدلة الاستصحاب.

بل الظاهر من رواية حفص بن غياث: أن كل ما يجوز العمل به، يجوز الشهادة به فقد وردت فى مورد الشهادة باليد، و أنها يجوز العمل بها، فيجوز الشهادة بها. «٢»

(١) النجفى: الجواهر: ١٢٥/٤٠.

(٢) و إليك نصه عن أبى عبد الله عليه السّلام قال: قال له رجل: إذا رأيت شيئاً فى يدى رجل يجوز لى أن أشهد أنه له؟ قال: نعم، قال الرجل: أشهد أنه فى يده، و لا أشهده أنه له فلعله لغيره، فقال أبو عبد الله عليه السّلام

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٩٧

و ما ذكرناه فى المقام أضيق مما جاء فى الرواية و هو أنه تجوز الشهادة بالحجج و الأمارات القائمة مقام العلم لا أنه يجوز بكل ما يعمل به.

و هناك طريق آخر: و هو أنه أن يعتمد على الحجّة، و يخبر عن مضمونها بلا ضمّ لفظ الشهادة فلو أخبرت البيئنة أو العدل الواحد عن عدالة زيد، أو جرحه، فيخبر فى الحقيقة عن الواقع، لأجل قيام الدليل من دون أداءه بلفظ الشهادة، فيجب على القاضى ترتيب الأثر على إخباره و هو التعبد بعدالته أو جرحه و إن لم تكن هناك شهادة.

المسألة الحادية عشر: الشهادة بالاستصحاب

إذا ثبتت عدالة الشاهد حكم باستمرار عدالته حتى يتبين ما ينفىها و ذلك لأن العلم المأخوذ فى الشهادة موضوعى طريقى و المقصود هو الشهادة عن حجّة و الاستصحاب حجّة تنزيلية و ما ذكره المحقق من جواز الشهادة بالاستصحاب دليل واضح على أن المراد من العلم المأخوذ فى الشهادة، هو الحجّة الشرعية.

المسألة الثانية عشر: فى تنظيم الملفات

ينبغى أن يجمع قضايا كل أسبوع و وثائقه و حججه و يكتب عليها، خلاصه ما فى الملف، بحيث إذا رجع هو أو غيره إليها، يقف على ما فيه على وجه الإجمال. فإذا اجتمع ما لشهر، كتب عليه قضاء شهر كذا، فإذا اجتمع ما لسنة، جمعه و كتب

أ فيحلّ الشراء منه؟ قال: نعم، فقال أبو عبد الله عليه السّلام: فعله لغيره فمن أين جاز لك أن تشتريه و يصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك هو لى و تحلف عليه و لا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السّلام: لو لم يجر هذا لم يقيم للمسلمين سوق.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٩٨

عليه، قضاء سنه كذا كل ذلك لغاية تسهيل إخراج المطلوب منه له و لمن بعده.

روى الكليني عن عقبه بن خالد قال: قال لى أبو عبد الله عليه السلام لو رأيت غيلان بن جامع و استأذن على فأذنت له و قد بلغنى أنه كان يدخل إلى بنى هاشم فلما جلس قال: أصلحك الله أنا غيلان بن جامع قاضى ابن هبيرة إلى أن قال: قلت: كيف تقضى يا غيلان؟ قال: أكتب هذا ما قضى به فلان بن فلان بن فلان يوم كذا و كذا، من شهر كذا و كذا، من سنة كذا، ثم أطرحة فى الدواوين، قال: قلت: يا غيلان هذا لحتم من القضاء. «١»

أقول: ما جاء فى هذه المسألة يرجع إلى الشكل دون المحتوى و ما زال يتوسّع حسب توسّع المجتمعات و كثرة المراجعات و لأجله مسّت الضرورة لتأسيس دائرة خاصّة باسم دائرة قسم الملفات و الأضابير للموضوع، لها مسئول و موظف، و لن يقف التنظيم لحدّ بل يتبع متطلبات العصر، و لم يرد فى الإسلام شكل خاصّ بل هو تابع لمقتضيات الزمان

المسألة الثالثة عشرة: فى نفقة المحضر

كلّ موضع وجبت على الحاكم فيه كتابة المحضر، فإن حُمّل له من بيت المال ما يصرفه فى ذلك وجبت عليه الكتابة و مثله ما إذا أحضر الملمتمس ما يصرفه فى الكتابة، و لا يجب على القاضى بذل الورق و الحبر و غير ذلك إنّما الكلام فى وجوب الكتابة عليه. و الظاهر وجوبها عليه فى صورة واحدة و هى إذا توقف تنفيذ الحكم على كتابة المحضر، و إلّا يكفى الحكم مع الإشهاد عليه و ذلك لأنّ الكتابة لها، طريقتان، فإذا توقف التنفيذ عليها، تجب، لأنّه من شئون القضاء الواجب و إلّا فلا.

(١) الكليني، الكافي: ٧ / ٤٢٩.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٩٩

و ربّما يتوهم الوجوب تمسيكاً بقوله سبحانه فى كتابة الدين: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَرَأَبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ﴾ (البقرة/ ٢٨٢) لكن الآية ليست ظاهرة فى الوجوب حتّى يتعدى عن الدين إلى القضاء.

و الحقّ ما ذكرناه من التفصيل و يكفى فى الوجوب توقّف القضاء المنتج عليه.

المسألة الرابعة عشرة: فى تعنيت الشهود

ليس للحاكم أن يعنّت الشهود إذا كانوا من ذوى البصائر و الأذهان القويّة مثل أن يفرّق بينهم لأنّ فى ذلك نوع غضاضة لهم. و العنت هو إيقاع الشهود فى أمر شاقّ: و لو استلزم الامتهان لهم، يكون محرّماً لا مكروهاً و لأجل ذلك قلنا: «ليس للحاكم» مكان قول المحقّق: «يكره للحاكم»، لما عرفت من أنّه ربّما يكون حراماً و أمّا عند الربيّة فقد مرّ حكمه و قلنا بأنّ القضاء بالحقّ إذا كان متوقفاً عليه، يجب على وجه يجمع بين كرامة الشهود، و القضاء بالحقّ.

المسألة الخامسة عشرة: فى المداخلة فى كلام الشاهد

ليس للحاكم أن يتتبع الشاهد و هو أن يداخل فى تلفظه بالشهادة أو يعقبه لكلام بل يجب عليه أن يكف عنه حتى ينتهى ما عنده. و ذلك لأن الغاية منه إما أخذ الإقرار إذا أراد الإنكار أو الإنكار إذا أراد الإقرار فتحرم، إذ فيه إما إحياء للباطل أو إمامة للحق. نعم لو كانت الغاية هو الإعانة عليه ليبر ما هو مقصده، فليس بحرام و لا مكروه و لو تردّد الشاهد فى الشهادة لم يجز ترغيبه فى الإقدام على الإقامة و لا ترهيدته فى إقامتها. لما فيه من الأمر بالمنكر و النهى عن المعروف.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٠٠

نعم خرج منه حقّ الله فللحاكم إيقاف المتهم عن الإقرار كما مرّ فى عمل القاضى بعلمه. و مرّ حديث النبى مع «ما عز».

المسألة السادسة عشرة: فى ضيافة أحد الخصمين

يكره للحاكم أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه لما فى معتبرة السكونى أن رجلاً نزل بأمر المؤمنين عليه السلام فمكث عنده أياماً ثم تقدّم إليه فى خصومة لم يذكرها لأمر المؤمنين عليه السلام فقال له: أ خصم أنت؟ قال: نعم قال: تحوّل عنا فإنّ رسول الله نهى أن يضاف الخصم إلّا و معه خصمه. «١» و المتبادر هو الكراهة. لإبعاد القاضى عن التهمة.

المسألة السابعة عشرة: فى الرشوة موضوعاً و حكماً**إشارة**

الرشوة مثلث الفاء مأخوذة من رشا الفرخ. إذا مدّ رأسه إلى أمه ليزقّه أى ليطعمه بمنقاره، و الرشا: رسّ الدلو، الذى يتوصّل به إلى الماء. و قال ابن فارس: «رشى» أصل يدلّ على سبب أو تسبب لشيء برفق و ملاينة. تقول: ترشيت الرجل: لاينته، و راشيت الرجل: إذا عاونته فظاهرتة.

و بإحدى المناسبات الثلاث، يطلق الرشوة على الشيء المدفوع إلى القاضى و غيره لغاية خاصّة فعمل الراشى أشبه بعمل الفرخ، أو ملقى الدلو إلى داخل البئر، ليتوصّل به إلى الماء، لكن بمرونة و ملاينة، و لطافة. و يقع الكلام فى أمور:

الأول: الرشوة فى المعاجم و كلمات الفقهاء

١- قال الفيومى: الرشوة ما يعطيه الشخص الحاكم أو غيره ليحكم له أو

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب آداب القاضى، الحديث ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٠١

يحملة على ما يريد.

٢- قال ابن الأثير: الرشوة و الرشوة: الوصلة إلى الحاجة بالمصانعة و أصله من الرشا الذى يتوصّل به إلى الماء، فالراشى من يعطى الذى يعينه على الباطل، و المرشسى: الآخذ، و الرائش الذى يسعى بينهما، يستزيد لهذا و يستنقص لهذا. فأما من يعطى توصيلاً لأخذ حقّ، أو دفع ظلم فغير داخل فيه.

٣- و قال الزمخشري فى أساس البلاغة: الرشوة بكسر، ما يعطيه الشخص للحاكم و غيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد.

٤- و قال الطريحي: قلما تستعمل الرشوة إلا فيما يتوصل به إلى إبطال حق أو تمشيه باطل، و هو ظاهر.

٥- و قال الفيروز آبادى: الرشوة الجعل.

و المتحصّل من ضمّ البعض إلى بعض أنّ الرشوة، ما يتوصل به إلى الحكم لمصالح الدافع حقاً كان أو باطلاً و أحسن التعابير ما ذكره الزمخشري حيث قال: ما يعطيه الشخص للحاكم أو غيره ليحكم له.

هذه كلمات اللغويين و إليك كلمات الفقهاء بوجه موجز:

١- قال الشيخ: و القاضى بين المسلمين و العامل عليهم يحرم على كل واحد منهم الرشوة لما روى أنّ النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال: لعن الله الراشى و المرتشى فى الحكم و هو حرام على المرتشى بكل حال، و أمّا الراشى فإن كان قد رشاه على تغيير حكم أو إيقافه فهو حرام. (١)

٢- و قال ابن إدريس: و القاضى بين المسلمين و الحاكم و العامل عليهم يحرم على كل واحد منهم الرشوة ... إلى آخر ما نقلناه عن الشيخ بنصّه. (٢)

٣- و قال العلامة: و الرشوة حرام على أخذها و يآثم دافعها إن توصل بها

(١) الطوسى، المبسوط: ٨ / ١٥١.

(٢) ابن إدريس، السرائر: ٢ / ١٦٦.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٠٢

إلى الباطل لا إلى الحقّ و يجب على المرتشى إعادتها، و إن حكم عليه بحقّ أو باطل (١)

٤- و قال العاملى: الرشوة للحكم حقاً أو باطلاً كما هو الحقّ فهى حرام على الراشى أيضاً مطلقاً و لا ينبغى تعريفها بأنّها التى يشترط بإزائها الحكم بغير الحقّ، أو الامتناع من الحكم بالحقّ كما صنع بعض الأصحاب. ٢

٥- و قال السيد الطباطبائى: الرشوة ما يبذله للقاضى ليحكم له بالباطل أو ليحكم له حقاً كان أو باطلاً، أو لتعلمه طريق المخاصمة حتى يغلب خصمه. ٣

و لا- بدّ تخصيص الجزء الأخير من كلام السيد الطباطبائى بما إذا كان المتعلم مبطلاً و إلا فتعليم المحقّ للغلبه على الباطل لا يكون حراماً.

و لعلّ أغلب هذه الكلمات تهدف إلى معنى واحد و هو دفع مال أو غيره إلى القاضى ليحمله على ما يريد و هو على أقسام:

١- أن يحمله على الحكم بالباطل.

٢- أن يحمله على الحكم بما يريد من دون تقييده بالحقّ و بالباطل.

٣- أن يحمله على الحكم بالحقّ بحيث لو لا الدفع لما حكم به قطعاً أو احتمالاً.

و الظاهر دخول الجميع تحت الرشوة كما عرفت فى كلام العاملى و جوازها لأجل قاعدة لا ضرر و غيرها لا يكون دليلاً على خروجها عنها موضوعاً كما سيأتى. و تفسيرها بالبذل لإبطال الحقّ أو إحقاق الباطل تفسير بالمصداق الغالبى و حاصل مفهومها التزام القاضى فى مقابل أخذ مال أو غيره، بعمل، لولاه لما قام به سواء كان ذلك العمل إبطالاً لحقّ أو إحقاقاً لباطل، أو حكماً بالحقّ.

(١) ١ و ٢ مفتاح الكرامة: ١٠ / ٣٣، المتن و الشرح.

(٢) ٣ السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢ / ٢٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٠٣

الثاني: الرشوة غير مختصة باب القضاء

إذا كانت الرشوة ما يتوصل به إلى ابطال حق أو تمشيء باطل، فلا تختص بالقاضي بل تعم الحاكم والعامل وقد عرفت في كلام الشيخ وابن إدريس عطف الحاكم والعامل إلى القاضي بل تعم ما يدفع إلى موظف أو ظالم مقتدر، ليستعين به في محو الحق أو إحياء الباطل، أو الحكم بالحق، بحيث لولاها لما حكم. وهو الظاهر من كلام الزمخشري حيث قال: «ما يعطيه الشخص للحاكم وغيره ليحكم له، أو يحمله على ما يريد».

فإن قلت: ظاهر الآية، أعني: قوله سبحانه: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (البقرة/ ١٨٨) اختصاصها بما إذا كان الآخذ حاكماً والمراد منه القاضي فلا يشمل ما إذا دفع شيئاً لغير القاضي، من سائر الحكام والموظفين، والظالمين للاستعانة بهم فيما يريد، من إبطال الحق، أو تمشيء الباطل وغيرهما. قلت: سيوافيك عند البحث عن حكم الرشوة أن القيود الواردة في الآية، غالية، وليست لها خصوصية وذلك لأن إبطال الحق، في العصور السابقة والعصر الحاضر، بيد القضاء ولأجل ذلك خص القضاء بالذكر فيكون القيد وارداً مورد الغالب. وأما الروايات فما اقترن فيها الرشاء بالحكم، لا يهدف إلى اختصاصها بالحكم، بل بصدد بيان أن الرشاء في الحكم، كفر بالله «١» أو سحت، «٢» أو شرك «٣» لا أن الرشاء مختص باب الحكم بل الرشاء مفهوم عام وله مصاديق ولكن حرمة

(١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١، ٢، ٨، ١٢، ١٦.

(٢) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤، ٥، ٩.

(٣) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٠٤

قسم منه مؤكدة وهو الرشاء في الحكم، فهو سحت، وكفر بالله، وشرك به.

الثالث: حكم الرشوة في الكتاب والسنة

إن حرمة الرشوة من ضروريات الفقه الإسلامي التي دل عليها الكتاب والسنة والإجماع والعقل، بل اتفق عليها الشرائع السماوية وعقلاء العالم وإن لم يكونوا منتحلين إلى شريعة، ولذا تعدد حرمة الرشوة في الإسلام، حكماً إمضائياً، لا تأسيسياً. فمن الكتاب قوله سبحانه: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (البقرة/ ١٨٨)، وقد جاء صدر الآية أيضاً في آية أخرى «١» ولكن لا صلة لها بالمقام وفسرها في المجمع بالنحو التالي: «لا يأكل بعضكم مال بعض بالغصب والظلم والوجوه التي لا- تحل، وتلقوا بالأموال إلى القضاء لتأكلوا طائفة من أموال الناس، بالعمل الموجب للإثم وكان الأمر بخلافه وأنتم تعلمون أن ذلك الفريق من المال ليس بحق لكم وأنتم مبطلون». «٢» وقال السيد الأستاذ قدس سره في الميزان: «الإدلاء إرسال الدلو في البئر لنزح الماء كني به عن مطلق تقريب المال إلى الحكام ليحكموا كما يريد الرشاشي، وهو كناية لطيفة تشير إلى استبطان حكمهم، المطلوب بالرشوة الممثل لحال الماء الذي في البئر بالنسبة إلى من يريد، والآية مسوقة للنهي عن تصالح الرشاشي والمرتشي على أكل أموال الناس بوضعها بينهما وتقسيمها لأنفسهما بأخذ الحاكم ما أدلى به منها

(١) النساء، الآية ٢٩: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ

اللَّهِ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا).

(٢) الطبرسى، مجمع البيان: ١/ ٢٢٨، ط صيدا.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٠٥

إليه، و أخذ الراشى فريقاً آخر منها بالإثم و هما يعلمان أن ذلك باطل غير حق». (١)

و الحاصل: أن صدر الآية نهى عن مطلق أكل الأموال بالباطل كما ذكره الطبرسى، لكن قوله تعالى: (وَتُدْلُوا بِهَا) إشارة إلى قسم خاص منه و هو تقريب بعض المال إلى الحاكم ليحكم لصالحه حتى يتسنى للراشى أكل البعض الآخر الذى يدل عليه قوله تعالى: (لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ).

و الغاية من دفع المال إلى الحاكم، هو حكمه لصالحه، و هما يتواطآن على ذلك بأن هذا، بدل ذاك سواء صرّحاً بذلك أو أضمراً و كان معلوماً لهما و بذلك يتضح الفرق بين الرشوة و الهدية، فالأول مشتمل على المقابلة صريحاً أو ضميراً بخلاف الثانى، فليس هناك أية مقابلة لا- فى الظاهر و لا- فى الباطن، و الفرق بينهما كالفرق بين البيع و الهبة و يشير إلى ما ذكر، حرف اللام فى قوله: (لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ) و اللام للغاية.

و يدل على الحرمة لفيف من الروايات التى أشرنا إلى مواضعها فلاحظ.

هذا و الرشوة من المفاهيم ذات الإضافة، لها إضافة إلى الراشى، و إضافة إلى المرتشى، و إلى المال المعطى (الرشوة) فإذا دلّ الدليل على حرمة الرشا، فيكون دليلاً على كونه حراماً على المعطى و الآخذ و لأجل ذلك ترى أن الآية توجه الخطاب إلى الراشى أولاً و بالذات و تقول: (وَتُدْلُوا بِهَا) إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ، و بذلك تستغنى عن الاستدلال على الحرمة فى جانب المعطى بالنبوى المروى من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ: «لعن الله الراشى و المرتشى». (٢)

و قال السيد الطباطبائى: كما يحرم على الآخذ، كذا يحرم البذل على الباذل

(١) العلامة: الطباطبائى، الميزان: ٢/ ٥٢، ط طهران.

(٢) النورى، المستدرک: الجزء ١٨، الباب ٨، من أبواب آداب القاضى، الحديث ٨.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٠٦

لقوله: «لعن الله الراشى و المرتشى» و لكونه إعانة على الإثم. (١)

يلاحظ عليه: أما النبوى فلم يثبت سنده و أما الثانى فمنصرفه ما إذا كان الغير قاصداً لارتكاب الحرام، فالآخر يعينه فى ذلك الهدف مثلاً لو حاول ضرب اليتيم، فيعطيه العصا، أو قتل إنسان فيعينه بالآلة القتالة، و أما إذا لم يكن المقصود الأصلى هو إعانة الغير و دفعه إلى المحرم، بل كان الهدف الأصلى هو أكل الدافع أموال الناس بالإثم فى ظل حكم القاضى فشمولها له مورد تأمل و الأولى الاستدلال بنفس الآية المغنى عن هذه المستمسكات.

الرابع: حكم الرشا فى إحقاق الحق

قد عرفت أن الرشا، هو دفع شىء للقاضى ليلزم بشىء من غير فرق بين الحكم بالباطل أو الحكم لصالحه حقاً كان أو باطلاً أو الحكم بالحق، لكن يقع الكلام فى أنه هل يجوز إذا توصل بها إلى حق. ثم إن للتوصل بها إليه صورتين: إما يتوقف إنقاذ الحق عليها أو لا. و على كلا التقديرين إذا جاز للدافع فهل يجوز للآخذ أو لا.

قال الشيخ: و إن كان لإجرائه على واجبه لم يحرم عليه، أن يرشوه كذلك لأنه يستنقذ ماله فيحل ذلك له و يحرم على آخذه لأنه يأخذ الرزق من بيت المال. و إن لم يكن له رزق كما إذا قال لهما: لست أفضى بينكما حتى تجعل لى رزقاً حلّ ذلك له حينئذ عند

قوم و عندنا لا يجوز بحال. (٢)

وقال ابن إدريس: إن كان على إجرائه على واجبه لم يحرم عليه أن يرشوه لأنه يستنقذ ماله، فيحل ذلك له و يحرم على الحاكم أخذه. (٣)

(١) السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢٢ / ٢.

(٢) الطوسي، المبسوط: ١٥١ / ٨.

(٣) ابن إدريس، السرائر: ١٦٦ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٠٧

وقال المحقق: و لو توصل إلى حق لم يأنم. (١)

وقال السيد الطباطبائي: نعم لو كان كارهاً في الدفع لا حرمة عليه، و كذا لو توقف استنقاذ حقه على ذلك و إن كان محرماً على الآخذ. (٢)

أما جوازه للدافع فلوجهين: الأول: عدم دخوله في الآيه المباركة، لأن الغاية من الدفع فيها هو أكل أموال الناس بالإثم و هو لا يريد سوى استنقاذ حقه فليس عمله داخلاً في الغاية.

الثاني: قد عرفت أنه داخل في الرشوة موضوعاً و لكن، يحكم عليه بالحلية في هذا الفرض لقاعدة لا ضرر. و أما كونه حراماً على الآخذ لأنه أكل المال بالباطل فعمله داخل في صدرها. و إنما تصدق الرشوة في حق المنسوب بالقضاء و الحكم فإذا منع من الرشوة لما حكم بالحق، بل حكم بالباطل. لأخذ الرشوة من صاحبه، و أما من ليس منصوباً بالقضاء، فيطلب الأجره على القضاء بالحق و إلّا، فلا يتصدى للأمر، فهو خارج عن موضوع البحث، و داخل في جواز أخذ الأجره على القضاء و عدمه. و بذلك تعلم الخلل في كلام الشيخ الطوسي حيث فرض المسألة في الصورة الأخيرة كما لا يخفى.

ثم هل الدفع من جانب المعطى رشوة محللة كما هو الحال في صورة الإكراه، أو ليس رشوة موضوعاً و إن كان رشوة بالنسبة إلى الآخذ. لا يترتب على ذلك ثمره، و إن كان الأول لا يخلو عن قوة. و قد عرفت وجود السعة في التعريف السابق لها: و هو الدفع لأجل الحكم بالباطل، أو الحكم لصالحه حقاً كان أو باطلاً، بإضافة ما يشمل ذلك القسم أيضاً. ثم إذا لم يتوقف استنقاذ الحق عليه، كما إذا كان لأخذ الحق، طريقان: أحدهما ذلك و الآخر، التقاص من ماله أو التوسل بأصحاب القدرة فهل يجوز

(١) نجم الدين الحلي: الشرائع: ٨٦٩ / ٤.

(٢) السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢٣ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٠٨

أولاً فيه وجهان:

١- الجواز، لانتفاء الغاية الواردة في الآيه من أكل أموال الناس بالإثم و لقاعدة لا ضرر، كما مرّ، و توهم أنه من باب الإعانة على الإثم قد عرفت حاله.

٢- عدمه لكون الرشوة أوسع ممّا جاء في الآيه، و لا موضوع لقاعدة لا ضرر لعدم الضرر بعد وجود طريق مشروع لأخذ الحق. و الثاني هو الأقوى لأنه رشوة.

الخامس: في عدم اختصاص الرشوة بالمال و القاضي و الحق

ثم إن هنا أموراً ثلاثة لا يدل عليها منطوق الآية و لكن يمكن استخراج حكمها بالتأمل منها:

١- هل الرشوة تختصّ بالمال، أو تعمّ غيره كالخياطة، أو قضاء حاجة القاضى فى موضوع آخر، أو مدحه بالشعر و الخطابة؟ يظهر من السيد الطباطبائى كونها أعم. قال: الرشوة قد تكون مالاً من عين أو منفعة و قد تكون عملاً للقاضى كخياطة ثوبه أو تجميع داره أو نحوهما و قد تكون قولاً كمدحه و الثناء عليه. «١»

و العرف يساعده، و أمّا الآية فالمذكور فيها، هو إلقاء المال إلى الحاكم و لكنّه وارد مورد الغالب، و المقصود أن كلّ تسبب إلى الغاية المحرّمة (أكل أموال الناس بالإثم) حرام فحرمه الغاية توجب سراية الحرمة إلى كلّ سبب مالاً، كان أو منفعة، أو عملاً للقاضى. ٢- و بذلك تعلم الحال فى دفع المال إلى الظالم للغاية المحرّمة و إن لم يكن قاضياً، فهو أيضاً من مصاديق الرشوة و قد مرّ أن ذكر الحكم فى الآية من باب أغلب المصاديق.

قال السيد الطباطبائى: لا تختصّ الرشوة ما يبذل للقاضى ليحكم له، بل

(١) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/ ٢٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٠٩

تجرى فى غير الحكم أيضاً كما إذا بذل شيئاً لحاكم العرف أو الظالم أو رئيس ليعينه على ظلم أو غيره من المعاصى و نحو ذلك فتكون حراماً «١» نعم لو بذله شيئاً ليعينه على إحقاق حقّ أو دفع ظلم أو أمر مباح فلا إشكال. و أمّا فى القاضى فقد مرّ الكلام فيه و أنّه رشوة محرّمة.

٣- كما أنّ بذل الرشوة لأكل المال بالإثم حرام و كذلك تحرم إذا كان الهدف إبطال الحقّ كما إذا رشا القاضى، ليحكم بأنّ حقّ الحضانه فى البنت فوق الستين للأب، مع أنّه للأب إلى سبع سنين، و ذلك لأنّ أكل المال بالإثم، وارد مورد الغالب.

السادس: حكم بيع المحاباة

إشارة

و هو بيع الغالى بقيمة رخيصة كبيع ما يساوى ألف، بمائة، و تكون المعاملة غطاءً لدفع المال إلى القاضى ليحكم له. و لا شكّ فى حرمة لحرمة غايته و هو أكل أموال الناس بالإثم، إنّما الكلام فى فساده. قال فى الجواهر فى شرح قول المحقق: «و يجب على المرتشى إعادة الرشوة إلى صاحبها» ما هذا نصّه: حتّى لو وقعت فى ضمن عقد هبة أو بيع محاباة أو وقف فإنّه بناء على أنّ نحو ذلك من أفراد الرشا لا-ريب فى فساد العقود المزبورة نحو ما كان منها إعانة على الإثم ترجيحاً لأدلتها فسادهما على ما يقتضى صحتها، بل النهى فيها عن نفس المعاملة بل لعلّ ذلك مبنى على فساد الرشوة التى هى غالباً تكون بعنوان الهبة رشوة. «٢» يلاحظ عليه: أنّه إذا لم يكن النهى متعلّقاً بنفس المعاملة، بل بعنوان خارج عن حقيقتها، ككونها إعانة على الإثم، أو رشوة فى مثلها لا يقتضى الفساد، إذ غاية ما ذكره، أنّ العقد و المعاملة أى الإيجاب و القبول، مصادق لعنوان الرشوة،

(١) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/ ٢٤.

(٢) النجفى: الجواهر: ٤٠/ ١٣١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣١٠

و لكن المعاملة ليست محرّمة بالذات، فعندئذ تصحّ المعاملة و يكون نفس العمل حراماً تكليفاً.

ثم إن الشيخ الأعظم قسّم المعاملة المحابى فيها إلى أقسام ثلاثة و رجح الفساد فى الجميع قال و له أقسام:

١- ما لم يقصد من المعاملة إلا المحاباة التى فى ضمنها.

٢- قصد المعاملة لكن جعل المحاباة لأجل الحكم له بأن كان الحكم له من قبيل ما تواطئنا عليه من الشروط غير المصرح بها فى العقد و هى الرشوة.

٣- قصد أصل المعاملة، ثم حابى فيها لجلب قلب القاضى فهى كالهديئة ملحقه بالرشوة و فى فساد المعاملة المحابى فيها وجه قوى. «١»

يلاحظ عليه بوجهين:

الأول: إن رمى الجميع بسهم واحد غير تام، و الأول باطل لأجل عدم قصد المعاملة، و الثانى باطل لأجل بطلانها بمقدار المحاباة، المستلزم لبطلان أصل المعاملة.

و أما الثالث: فقابل للملاحظة فرمى بما يقال أن ظاهر القواعد الصّحة، لكون الرشوة داعياً، فيها. إلا أن يقال فيها بالبطلان فإن الهدية غطاء على الرشوة و واجهه لها فانتظر.

الثانى: إن سياق كلامه أن البطلان لأجل انطباق أمر خارج على المعاملة، و قد عرفت أنه لا يستلزم البطلان.

نعم للسيد الطباطبائى كلام فى المقام أشار فى آخره بما يمكن أن يكون سنداً للبطلان.

(١) الأنصارى، المكاسب المحرّمة: ص ٣١، ط تبريز.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣١١

قال معترضاً على كلام المحقق الأنصارى: إنه اختار فى مسألة الإعانة على الإثم عدم فساد البيع إذا قصد توصل الغير إلى المحرّم مثل بيع العنب ليعمل خمراً و ذلك لتعلق النهى بما هو خارج عن المعاملة و هو الإعانة إلى أن قال و إلا فلاوجه عدم الفساد لما ذكر من تعلق النهى بأمر خارج عن المعاملة و لا- نسلم ما ذكره صاحب الجواهر من بقاء المال على ملك الراشى بأى طريق كان و إنما هو مسلّم فى صورة البذل من غير أن يكون بعقد من العقود إلى أن قال: نعم يمكن أن يقال إنه إذا قصد الرشوة بالمعاملة المحابائية يصدق عرفاً أن العين الموهونة رشوة فيكون حراماً و لازمه بطلان المعاملة و هذا هو الفرق بين المقام و بين مسألة الإعانة. و عليه لا بد أن يفصل بين المذكورات و بين البيع بضمن المثل بقصد الرشوة فيما إذا كان للقاضى غرض فى المبيع و لو بعوض مثله. «١»

الأمر السابع: فى حكم الرشوة ردّاً و ضماناً

إن المأخوذ رشوة أو الملحق بها حكماً كما هو الحال فى الهدايا التى تُقدّم إلى القاضى و سيوافيك حكمها هل يجب رده ما دام باقياً، و يضمن إذا تلف أو أتلّفه الآخذ، أو لا؟ و المحكى عن فقهاء العامة أن المرتشى يملكها و إن فعل حراماً، و نقل عن بعض آخرين أنه يضعها فى بيت المال. «٢» و إليك نقل بعض الكلمات:

١- قال الشيخ: كلّ موضع قلنا يحرم عليه فإن خالف و قبل فما الذى يصنع؟ فإن كان عامل الصدقات، قال قوم: يجب عليه ردها، و قال آخرون: يجوز أن يتصدّق عليه بها، و الأول أحوط، و أما هديئة القاضى قال قوم يضعها فى بيت المال ليصرف فى المصالح و قال آخرون: يردّها على أصحابها و هو الأحوط عندنا. «٣» و لم يذكر

(١) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/ ٢٤.

(٢) زين الدين العاملى، المسالك: ٢/ ٤٠٥.

(٣) الطوسي، المبسوط: ١٥٢ / ٨.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣١٢

الشيخ حكم التلف و لعل نظره فيه يعلم من حكمه بوجوب الرد، إذ لو وجب الرد، يلزمه الضمان مع التلف، و إلا فيكون الحكم بعدم الضمان مناقضاً مع وجوب الرد كما سيوافيك.

٢- و قال المحقق: و يجب على المرتشى إعادة الرشوة إلى صاحبها، و لو تلفت قبل وصولها إليه ضمنها له. «١»

٣- و قال العلامة: و تجب على المرتشى إعادتها و إن حكم عليه بحق أو باطل و لو تلفت قبل وصولها إليه ضمنها. «٢»

٤- و قال أيضاً: و على المرتشى إعادتها فإن تلفت ضمن. «٣»

٥- و قال الشهيد الثاني: و تجب على المرتشى إعادة الرشوة على صاحبها على خلاف بعض العامة حيث ذهب إلى أنه يملكها و إن فعل حراماً لوجود التملك، و آخرين حيث ذهبوا إلى أنه يضعها في بيت المال و الأظهر ما ذكره المصنف من عدم ملكها مطلقاً و وجوب ردّها إلى المالك و يضمها إلى أن يصل. «٤»

٦- قال المحقق الأردبيلي: و مما سبق يعلم وجوب الإعادة على المرتشى و أنه لا بد من دفعه فوراً مع وجود العين، و مع التلف عوضاً مثلاً و قيمة على الوجه المقرّر في ضمان المتلفات سواء أ كان بتفريطه أم لا مثل الغصب فإن اليد ليست بيد أمانه. «٥»

٧- و قال صاحب الجواهر: و لا- إشكال في بقاء الرشوة على ملك المالك كما هو مقتضى قوله «إنها سحت» و غيره من النصوص الدالة على ذلك و أن حكمها حكم غيرها مما كان من هذا القبيل نعم قد يشكل الرجوع بها مع تلفها و علم الدافع بالحرمة باعتبار تسليطه و التحقيق فيه ما مرّ في نظائره. «٦»

(١) نجم الدين الحلبي: الشرائع: ٧٨ / ٤.

(٢) العاملی: مفتاح الكرامة: ٣٣ / ١٠، قسم المتن.

(٣) العلامة الحلبي، إرشاد الأذهان: ١٤٠ / ٢.

(٤) زين الدين العاملی: المسالك: ٤٠٥ / ٢.

(٥) الأردبيلي: مجمع الفائدة: ٥٠ / ١٢.

(٦) النجفي، الجواهر: ١٤٩ / ٢٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣١٣

إلى غير ذلك من الكلمات المماثلة لما سبق. و يقع الكلام في وجوب ردّها أولاً و ضمانها بمثل أو قيمة ثانياً و بعبارة أخرى: يقع الكلام تارة في الحكم التكليفي أي وجوب الرد، و أخرى في الحكم الوضعي أي الضمان لدى الإتلاف و التلف.

أمّا وجوب الرد فلما مرّ من عدم تملكها، لتعلق النهي بذات المعاملة (الرشوة) الدالّ على فساد التملك العرفي، الملازم لبقائها في ملك مالكها، من غير فرق بين أن يملكها بنفسها أو وقعت في ضمن بيع محاباة لما عرفت من صدق الرشوة على العين عرفاً و يظهر من خبر ابن اللبّيب الواردة في الهدايا التي تقدّم إلى عامل الصدقات، أنه لا يملكها و سيوافيك نصّ الحديث عند البحث في الهدية.

أمّا ضمانها على المرتشى إذا تلفت أو أتلفها المرتشى فقد عرفت عبارات الأصحاب، الحاكية عن الضمان إنّما الكلام في دليبه. فنقول: استدللّ بعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» «١» خرج منه ما أخذ أمانة كالوديعة و غيرها و المفروض أنه لم يُسلطه على العين إلا في مقابل عوض و لم يجعلها عنده أمانة، و لم يهتك حرمة ماله، بل طلب به ما هو أعزّ و أغلى ممّا دفع. و لما حكم الشارع ببطلان المعاملة، بقيت العين على ملك مالكه، فيكون أخذها بعنوان المعاوضة موجبا للضمان، حتى يردّ عينها أو مثلها أو قيمتها. و ما تقدّم من صاحب الجواهر من «أنه قد يشكل الرجوع بها مع تلفها و علم الدافع بالحرمة باعتبار تسليطه» فقد أوضحه السيد الطباطبائي في

ملحقات العروة و قال: و لعل وجه الضمان لأنّ الراشى إنّما بذل فى مقابلة الحكم فيكون إعطاؤه بعنوان المعاوضة و يدخل فى قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده» ثم استشكل عليه بوجه ثلاثة و قال: و فيه:
أولاً: أنّه أخص من المدعى إذ قد يكون لا- بعنوان المعاوضة، بل إنّما يعطى مجاناً و عوضه جلب قلب القاضى فلا يكون فى مقابلة الحكم، و الغرض غير العوض.

(١) النورى، المستدرک: الجزء ١٧، الباب ١ من كتاب الغصب، الحديث ٤، و البيهقى، السنن: ٩٥/٦

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣١٤

ثانياً: لا دليل على القاعدة المذكورة كما بين فى محلّه.

و ثالثاً: أنّ المفروض أنّ الراشى راض بإتلاف المرتشى إيّاها فيكون هو الهاتك لحرمة ماله حيث إنّ سلطه عليه مع علمه بعدم ملكيته و حرمة عليه، فرضاه و إن كان مقيّداً بالعوض الذى هو الحكم إلّا أنّ قيده حاصل بعد فرض الحكم له، فحاله حال سائر المقبوضات بالعقود الفاسدة و قد بينا فيها عدم الضمان مع التلف. نعم لو كان رضاه مقيّداً بالحكم له و لم يحكم له يمكن أن يقال فيه بالضمان لأنّ المفروض أنّ رضاه كان مقيّداً و القيد لم يحصل. «١»

يلاحظ على الوجه الأوّل: و قد سبقه الشيخ الأنصارى فى هذا التفصيل قائلاً «بأنّ الرشوة حقيقة جعل على الباطل بخلاف ما إذا لم يقصد بها المقابلة فأعطى مجاناً ليكون داعياً على الحكم و هو المسمى بالهبة فإنّ الظاهر عدم ضمانه لأنّ مرجعه إلى هبة فاسدة إذ الداعى لا يكون عوضاً» بأنّه إنّما يتمّ فى مورد لم يكن هناك التفات من القاضى إلى ما أضمّره المهدى و إلّا يكون العين فى مقابل الحكم، لصالحه و القاضى الملتفت إلى نية الدافع يتلقاه رشوة، و يقف على أنّ عنوان الهدية غطاء على القبيح، و واجهه لما هو المذموم شرعاً و عرفاً، و مع ذلك كيف يتلقاه هدية، و لا يُعتبر فى كون الشىء عوضاً، التصريح به بل تكفى الإشارة و الإيماء إلى أنّ الدافع يطلب من تقديمه إليه، هو حكمه لصالحه و إنّما يصرّح بالتقابل و المعاوضة، البسطاء من الناس و أما أهل الخبرة فيدفعونه بعناوين، صوناً لمقام القضاء فى الظاهر عن القبيح، و ما هو إلّا شيطنة منهم و الحاصل أنّ الهدية بشرط التفات القاضى إلى واقع الأمر رشوة، موضوعاً و حكماً أو حكماً فقط و إن كان التحقيق هو الأوّل فلا يكون الدليل أخصّ من المدعى.

و أما الثانى: فلا يضّر بالمقصود إذ الدليل على الضمان، هو دليل القاعدة أعنى: قاعدة اليد، أو قاعدة الإقدام، لا نفس القاعدة سواء أصحّت أم لا.

(١) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/٢٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣١٥

و أما الثالث، أعنى قوله: «أنّ المفروض أنّ الراشى راض بإتلاف المرتشى إيّاها فيكون هو الهاتك لحرمة ماله حيث إنّ سلطه عليه مع علمه بعدم ملكيته و حرمة عليه به و رضاه و إن كان مقيّداً لكن المفروض حصول قيده» فهو يرجع إلى أمرين:

١- «إنّ الهاتك لحرمة ماله»، و لكنّه ممنوع إذ كيف يوصف كذلك مع أنّه بصدد أن يأخذ من القاضى ما هو أعز و أعلى ممّا دفع بمراتب. و بعبارة أخرى إنّما دفع ما دفع ليلتزم القاضى على شىء من الأمور الثلاثة الماضية.

٢- «إنّ رضاه كان مقيّداً و قد حصل قيده» و هو أيضاً مثل ما سبق و ذلك لأنّ رضا الراشى بتصرّف القاضى فيه لم يكن مغايراً لرضاه بالتصرّف فيه بعنوان الرشوة و المفروض أنّ الشارع حكم بطلانها فيكون وجود الرضا كعدمه، فيصير مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان و ذلك لعدم صلاحية ذلك الرضا للخروج عنه، و لا يكون علم الدافع بفساد المعاملة سبباً لنشوء رضى آخر حتّى يكون هو المسوّغ للتصرّف و الراجع للضمان بل الراشى إنّما رضى بالتصرّف بالعنوان المحرّم، علم بتحريمه أو لا و مثل ذلك الرضا لا يكون

سبباً للحلية و إلا لزم أن يكون ثمن المغنيّة و أجر الزانية حلالاً لرضا الدافع بالتصرف فيه.

و ما ذكرناه جار فى جميع العقود الفاسدة، محرّمة كانت أو لا كبيع الصبى و المحجور لأنّ المفروض أنّ الرضا فيها رضا معاملى و المفروض أنّ الشارع تلقاه لغواً و فاسداً غير مؤثر، و ليس هناك رضى آخر يؤثّر فى جواز التصرف و رفع الضمان، فيكون المرجع هو عموم على اليد و لم يثبت المخصّص.

و هناك إشكال آخر يتوجّه على كلامه و هو: لو كان رضا الراشى و كونه هاتكاً لحرمة ماله، رافعاً للضمان و سبباً لجواز التصرف فيه، يلزم عدم وجوب الردّ مع أنّ الكل اتفقوا على وجوبه، و الجمع بين وجوب الردّ و عدم الضمان أشبه بالجمع بين الضدين.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣١٦

و ممّا ذكر من اختصاص البحث بما إذا كان القاضى ملتفتاً إلى نيّة الراشى و المهدى، يعلم ضعف ما أفاده فى الجواهر من الإشكال فى الضمان مع التلّف، فيما إذا كانت الرشوة من الأعمال التى تبرّع بها الراشى و نحوه ممّا لا بد فيه للمرتشى و لا أمر بالعمل «١». اللهم إلّا أن يُفصّل كما احتملناه فى الدورة السابقة بين العين و المنفعة بأنّ الراشى لما كان هو المقدم عرفاً فهو المتلف فلا يملك على المرتشى شيئاً من العمل. و مع ذلك فللنظر فيه مجال لأنّه لم يملكه إلّا فى مقابل الحكم له الذى طرده الشارع و عدّه فاسداً و لم يملكه مجاناً فيدخل تحت قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، لا العكس.

الأمر الثامن: فى الفرق بين الهدية و الرشوة

إشارة

إنّ ما يبذل للقاضى و العامل و الظالم، ينقسم إلى الرشوة و الهدية و الظاهر أنّ الفرق بينهما جوهرى يتفارقان به لا- بالقصد، و الاختلاف فى القصد تابع للاختلاف الماهوى، فلو كان البذل فى مقابل العوض، بأن يذكر أو يضمّر بأنّ هذا مقابل ذاك فهو رشوة، و إلّا فإن كان البذل بلا عوض بأن كان ناشئاً عن عاطفة قلبية أو رابطة رحمية أو غير ذلك، فهو هدية.

و بعبارة أخرى: أنّ الطريق الصحيح لاستكشاف الفرق بين الرشوة و الهدية هو الدقّة فى الفرق بين البيع و الهبة غير المعوّضة فإنّ الفرق بينهما جوهرى فى عالم الاعتبار، لا بالقصد و النيّة، حتى و لو اختلف القصد، فإنّما هو لأجل اختلاف المقصود بالذات ففى البيع التزام بشيء، ليس فى الهبة، و لأجل ذلك يقصد البائع مبادلة مال بمال و لا يقصده الواهب. و إنّما يقصد أصل البذل بلا عوض. و مثله الرشوة و الهدية فالراشى سواء دفعه صريحاً باسم الرشوة، أو ألبس عليها لباس الهدية فإنّما يبذل فى مقابل التزام بما يرجع إلى المحاكمة و المرافعة بخلاف ما إذا

(١) النجفى: الجواهر: ١٣٣/٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣١٧

بذله من دون انتظار عمل و بذلك يظهر أنّهما عقدان متخالفان، لا يجتمعان فى مورد، كاختلاف البيع و الهبة عقداً أو معاواة فما يسميه القوم فى المقام هديّة فهو عندنا رشوة و ليست هديّة إلّا مجازاً و تغطيةً و اسماً، لا حقيقة، و الهدية الواقعية ما لا يكون هناك أى انتظار عمل.

قال السيّد الطباطبائى: الفرق بين الرشوة و الهدية أنّ الغرض من الرشوة جلب قلبه ليحكم له و من الهدية الصحيحة، القرية أو إيرات المودّة لا لداع أو الداعى عليها حبّه له، لوجود صفة كمال فيه من علم أو ورع أو نحوهما. «١» و لقد أحسن فعداً ما يبذل لجلب قلب القاضى من الرشوة، و خصص الهدية بما لا عوض فيه.

بيده لا- يأتى أحد منكم منها بشيء إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبتة إن كان بغيراً له رغاء، أو بقره لها خوار، أو شاة تيعر». ثم رفع يديه حتى رأيت عفرة إبطيه فقال: «اللهم هل بلغت؟». (١)

ثم إن هنا فروغاً ذكرها الشيخ الأنصارى فى المكاسب المحرمة نأتى بها و غيرها ممّا ذكره السيد الطباطبائى فى ملحقات العروة.

فروع:

الفرع الأول: إذا شك الآخذ فى كون المأخوذ رشوة أو هدية

إذا بُدِل للقاضى شىء و شكّ فى أن الدافع قصد بها الرشوة أو الهدية الصحيحة ذهب السيد الطباطبائى إلى جواز الآخذ حملًا لفعله على الصحة إلا إذا كانت هناك قرينة على إرادته منها الرشوة كما إذا لم تكن من عادته ذلك قبل المرافعة و قال: و الأولى عدم أخذها مطلقاً، و يمكن أن يقال بحرمتها حال المرافعة لأنه يصدق عليها الرشوة عرفاً بل يمكن أن يقال: بحرمتها تعديداً لما فى بعض الأخبار من أن هدايا العمال غلول أو سحت. (٢)

يلاحظ عليه: أن جريان أصل الصحة مبنى على أن الرشوة و الهبة تتحدان ماهية و تختلفان قصداً، فلو قصد البازل التزام القاضى بشىء من إبطال الحق، أو إحقاق الباطل أو الحكم بالحق فهو رشوة و إن لم يقصد التزامه بشىء، بل دفعه إليه، تكريماً أو محبة، أو أداءً للوظيفة فى حق الرحم فهو هدية، فعند ذلك فالعمل

(١) البيهقى، السنن الكبرى: ١٥٨ / ٤.

(٢) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢٥ / ٢، تفرد السيد بطرح هذا الفرع.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٢٠

الواحد الذى له حالتان يحمل على حالة الصحة، لا على حالة الفساد كما هو الحال فيما إذا باع و شكّ أنه هل كان ربوياً أو لا، أو أسلف و شكّ أنه أقبض الثمن أو لا ففى جميع ذلك يحمل على الصحة.

و أما إذا قلنا بأنهما أمران مختلفان ماهية حيث إن أحدهما بذل فى مقابل شىء، و الآخر بذل بلا عوض فإجراء أصالة الصحة مشكل جداً لأن القدر المتيقن من موردها إذا أحرز عنوان الفعل و شكّ فى خصوصياته لا ما إذا كان العنوان مشكوكاً و هذا كما إذا رأينا الرجل أمام الميت، يحرك لسانه، و لا ندرى أنه يصلى أو يدعو له بالخير و المغفرة، فلا يُحكم عليه بأنه صلى عليه صلاة صحيحة أو ذهب إلى الحمام ثم خرج و لا- يدرى هل كان للنظافة، أو للاغتسال، و المقام من قبيل الثانى، لأن البذل مع العوض، غير البذل بلا عوض فاختلفت فهما يكمن فى وجود المقابل لأحدهما دون الآخر، و أمّا الاختلاف فى القصد فهو تابع لاختلاف المقصود، لا أنهما يتميزان بالقصد.

و أمّا ما أفاده من أنه «لو دلت القرينة على أنه رشوة يحكم بها» فإنما يتم إذا كانت مفيدة للاطمئنان الذى هو علم عرفى و حجة عقلانية أمضاه الشارع، لا على مطلق الظن الذى لم يقم دليل على حجّيته. نعم الاستدلال بما ذكر من الرواية غير كاف فى المقام، لأن إضافة الهدية إلى العمال قرينة على أن الهدية كانت رشوة و لأجل ذلك حكم عليه بالغلول أو السحت.

الفرع الثانى: إذا اتفقا على وجود عقد و اختلفا فى نوعه

إذا اتفقا على وجود عقد بين الدافع و القابض و لكن اختلفا فى نوعه فقال الدافع: كان المبدول رشوة و قال القابض: كان هبة صحيحة قال السيد الطباطبائي على غرار ما ذكره فى الفرع الأول يقدم قول القابض للحمل على الصحة و أصل البراءة من الضمان، بناء على أن الضمان على فرض كونه رشوة.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٢١

و أمّا احتمال تقديم قول الدافع لأنه أعرف بتيته أو لأن الأصل فى اليد الضمان، فلا وجه له، لعدم الدليل على الأول، و مثله كون الأصل الضمان لعدم الدليل عليه إلا عموم على اليد و هى مختصة باليد العادية و مع الإغماض عن الاختصاص فالشبهة مصداقية، و على فرض التمسك بالعموم فيها، الحمل على الصحة مقدم عليه. (١) يلاحظ عليه أولاً: بما عرفت من كون المورد خارجاً عن مجرى أصالة الصحة، لعدم تعلق الشك بالعقد الواحد من أجل كونه واجداً لشرائط الصحة و عدمه، و إنما اتفقا على أصل العقد لكنه مردد بين عقدين، مختلفين و قد عرفت حاله و أنه ليس مجرى لأصالة الصحة.

و ثانياً: أن الأصل فى الأموال و هكذا الأعراض و النفوس، هو الضمان، لا البراءة و قد تبّه الشيخ بذلك فى مبحث البراءة، و أوجب الاحتياط فى الشبهات البدئية إذا كان المشتبه مالاً أو عرضاً أو نفساً، و ذلك لأن الأصل عدم الانتقال فى الأموال، و عدم الحلّية فى الأعراض و النفوس.

هذا تحليل كلامه حول الشق الأول، أعنى: تقديم قول القابض.

و أما تحليل كلامه حول الشق الثانى، أعنى: تقديم قول الدافع فقد أشكل بالأمر التالى:

١- بأن الدافع و إن كان أعرف بتيته، لكن لا دليل على حجّيته.

٢- إن قاعدة «على اليد» مختصة باليد العادية و هى منتفية فى المقام.

٣- إن المورد من قبيل الشبهة المصداقية للعام لاحتمال كون التسليط بالمجان و هو خارج عن تحت العموم.

(١) السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٢٦، و أمّا وجه كون المورد شبهة مصداقية فلخروج التسليط المجانى عنه فيكون المورد مردداً بين كونه باقياً تحت العام أو خارجاً عنه و داخلاً تحت المخصّص أى التسليط بالمجان.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٢٢

٤ و على فرض التمسك به فأصالة الصحة مقدّمة عليه.

و الجميع قابل للمناقشة:

أمّا الأول: فالظاهر اعتباره فى كلّ مورد كان منشأ الشك، هو الاختلاف فى نية العامل، نعم ليس منشأ الشك فى المقام ناشئاً من الاختلاف فى نية الدافع، بل منشؤه هو الاختلاف فى كون العقد الواقع، رشوة أو هدية و قد عرفت أن القصد تابع.

و أمّا الثانى: فللمنع من اختصاصها باليد العادية، نعم هى منصرفه عن اليد الأمانية.

و أمّا الثالث: فهو صحيح لو كان هو المستند و لكن المستند إنّما هو الأصل المسلم فى الأموال و هو الضمان حتى يدلّ دليل على خلافه، و تسانده أصالة عدم الانتقال.

و أمّا الرابع: أعنى تقديم أصالة الصحة على عموم اليد فهو غريب، لأنها أصل و القاعدة أماره و معها لا تصل النوبة إلى الأصل.

الفرع الثالث: فيما إذا لم يتفقا على وجود العقد

إذا اختلفا في أنه مبدول رشوة من غير عقد أو أنه عقد هبة صحيحة و الفرق بين الفرعين واضح، لا تفاقهما على وجود عقد مشترك بينهما في السابق غير أن الباذل يصفه بالرشوة و الآخر بالهبة بخلاف المقام للدافع لا يعترف بالعقد بل بالإعطاء رشوة، و القابض يدعى العقد الصحيح و لأجل ذلك تردّد السيد الطباطبائي في هذا الفرع في بدء الأمر فقال: فالأقوى أنه مثل الفرع السابق و قد يحتمل عدمه لعدم عقد مشترك حتى يحمل على الصحة للدافع منكر لأصل العقد لا لصحته.

ثم أورد على ما احتمله بقوله: و فيه أن تملكه محمول على الصحة و لا يلزم في

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٢٣

الحمل على الصحة أن يكون عقد مشترك، فأصالة عدم الهبة معارضة بأصالة عدم التملك رشوة. (١)

و الظاهر أن حكم هذا الفرع هو حكم السابق لعدم جريان أصالة الصحة لعدم ثبوت الموضوع أي العقد لا أصله و لا نوعه و المرجع هو الضمان في الأموال حتى يثبت خلافه لأصالة عدم انتقاله و لو قلنا بجريان أصالة البراءة في ناحية القابض، فإنما تنفع في نفى الحرمة التكليفية للقابض، و لا تنفي الحرمة الوضعية بمعنى الضمان لما عرفت من أن الأصل في الأموال هو الضمان.

و أما ما أفاده من احتمال الضمان في المقام دون السابق، لعدم الاتفاق على وجود عقد مشترك محمول على الصحة في المقام دون السابق، فغير مفيد لما عرفت أن الحق هو الضمان حتى في صورة الاتفاق على وجود عقد مشترك لأصالة الضمان في الأموال، فليس الاتفاق و عدمه مؤثراً في الضمان و عدمه.

ثم إنه حاول تصحيح تقديم قول القابض بأمرين:

١- إجراء أصالة الصحة في التملك المعترف به بالطرفين.

٢- تعارض أصالة عدم الهبة مع أصالة عدم التملك رشوة.

يلاحظ على الأول بما ذكرنا من أن الأصل الحاكم في المقام هو أصالة الضمان لا أصالة الصحة أولاً، و على فرض جريانها فإن موضوعها هو العقد، المشكوك وجوده، لا التملك ثانياً، لأنه يحصل من ضمّ اعتراف الدافع إلى القابض حيث إنهما يعترفان به غاية الأمر يختلفان في وصفه.

و يلاحظ على الثاني: بأن الأثر مترتب على الهبة لا على التملك عن رشوة فتكون الهبة مصباً للأصول يدعيها القابض و ينكرها الدافع و الأصل مع الثاني حتى يقيم القابض البيّنة، و يكفي للدافع إنكار الهبة و لا يحتاج إلى إثبات الرشوة

(١) السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٢٦.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٢٤

لأن مجرّد إنكار الهبة كاف في تقديم قوله مع اليمين من دون حاجة إلى إثبات كونه رشوة.

و بما ذكرنا يظهر حال الفرع الرابع و الخامس اللذين ذكرهما الشيخ و لا نطيل الكلام في المقام و قد طرحناهما في محاضراتنا باسم «المواهب في أحكام المكاسب» فراجعهما. (١)

المسألة الثامنة عشرة: في إحضار الخصم بطلب المشتكى

إذا التمس المشتكى، إحضار خصمه مجلس الحكم، فهل يجب مطلقاً، حاضراً كان في ولاية الحاكم أو غائباً، حرّ الدعوى أو لا، كانت بينهما معاملة أو لا، كانت فيه مشقة أو لا، أو لا- يجب مطلقاً غاية الأمر يبعث إليه و يُعلمه الموقف و يختاره بين الحضور أو الحكم عليه غائباً. أو يفصل بين الحاضر و الغائب فلا يُحضر الثاني إلا بعد تحرير الدعوى لاحتمال أن لا تكون مسموعة، و الإحضار قبل إحراز المشروعية حرج و ضرر أو يفصل بين ما يعلم أن بينهما معاملة و عدمه فلا يحضره إلا في الأول و جوه و تفاصيل و إليك

نقل الكلمات:

قال الشيخ: إذا استعدى رجل عند الحاكم على رجل و كان المستعدى عليه حاضراً، اعتدى عليه و أحضره سواء علم بينهما معاملة أو لم يعلم، و به قال الشافعي و قال مالك إذا لم يعلم بينهما معاملة لم يحضره لما روى عن علي عليه السلام أنه قال: لا يعدي الحاكم على خصم إلا أن يعلم بينهما معاملة و لا مخالف له (هذا إذا كان الخصم حاضراً).
و أما إذا ادعى رجل على غيره شيئاً و كان المستعدى عليه غائباً في ولاية

(١) المواهب: ٤١٣، ٤١٦، و قد وردا ضمن المسألة الثالثة و الرابعة فلا تغفل.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٢٥

الحاكم في موضع ليس له فيه خليفته، و لا فيه من يصلح للحكم أن يجعل الحكم إليه فيه، فإنه يحضره إذا تحرر دعوى خصمه قريباً كان أو بعيداً و به قال الشافعي. (١)
حاصله أنه يحضره مطلقاً إذا كان حاضراً و إلا فيحضره بعد تحرير الدعوى.

٢- و قال في المبسوط: إذا استعدى رجل عند الحاكم على رجل فإن كان حاضر اعتدى عليه و احضره مطلقاً و ليس في ذلك ابتذال لأهل الصيانات و المروءات فإن علياً عليه السلام حضر مع يهودى عند شريح ... هذا إذا كان المستعدى عليه حاضراً و أما إذا كان غائباً في غير ولايته، فإنه يقضى على غائب و فيه خلاف، و إن كان غائباً في ولايته فإن كان له قاض في موضع غيبته، كتب إليه و بعث بخصمه إليه ليحكم بينهما و إن لم يكن له فيه من يصلح أن يقضى بينهما قال لخصمه: حرر دواك عليه. (٢)
و مختاره في المبسوط يخالف مختاره في الخلاف في خصوص الغائب حيث اكتفى في الثاني برأى واحد و هو الإحضار بعد التحرير، و جعله في المبسوط شقوقاً ثلاثة:

الف: إذا كان خارج ولايته يقضى على غائب.

ب: لو كان في ولايته و كان هناك قاض يبعث إليه.

ج: لو لم يكن من يصلح للقضاء، يحضر بعد التحرير.

٣- و قال المحقق: إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم أحضره إذا كان حاضراً أما لو كان غائباً لم يعده الحاكم حتى يحزر دعواه و الفرق لزوم المشقة في الثاني و عدمها في الأول. هذا كله إذا كان في بعض ولايته و ليس له هناك

(١) الطوسى: الخلاف ٣/ كتاب القضاء، المسألة ٣٤٣٣.

(٢) الطوسى، المبسوط: ٨/ ١٥٥١٥٤.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٢٦

خليفته يحكم له و إلا سمع بيته و أرسل إلى خليفته و إن كان في غير ولايته أثبت الحكم عليه بالحجة و إن كان غائباً.
و ما ذكره المحقق يوافق المبسوط حيث جعل حكم الغائب شقوقاً ثلاثة فإذا كان خارج ولايته، يقضى عليه غائباً، و إذا كان داخل ولايته فإن كان في موضع إقامته نائب يرسل إليه و إلا يحضر بعد التحرير. هذا كله في الرجل و أما المرأة فقال المحقق:

و لو ادعى على امرأة فإن كانت برزة فهي كالرجل و إن كانت مخدرة بعث إليها من ينوبه في الحكم بينها و بين غريمها. (١)

٤- و قال العلامة: و إذا سأل الخصم إحضار الخصم مجلس الحكم اجيب مع حضوره و إن لم يحزر الدعوى و لا يجاب في الغائب إلا مع التحرير، و لو كان في غير ولايته أثبت الحكم عليه و إن كانت امرأة مبرزة كلفت الحضور و إلا انفذ من يحكم بينهما. (٢)
و قال الشهيد الثاني: إذا كان الخصم في البلد و جب إحضاره مطلقاً عند علمائنا و أكثر العامة و قال مالك: إن كان من أهل المرات

لم يحضره إلا أن يعرف بينهما معاملة صيانة له من الابتذال (ثم ذكر بعد بيان كيفية الإحضار) وإن كان في خارج ولايته فإن له أن يحكم عليه بشرائط القضاء على الغائب، وإن كان في داخل ولايته فإن كان له نائب لم يحضره بل يسمع البينة و يكتب إليه، فإن لم يكن هناك نائب فإن كان من يصلح للاستخلاف، استخلفه و أذن له في القضاء بينهما و إلا طوب المدعى بتحرير الدعوى فقد تكون غير مسموعة. (٣)

و ما ذكره قريب مما ذكره في المبسوط غير أنه جعل للغائب صوراً أربع.
أقول: إن المسألة مما لم يرد فيه نص و ما ذكر من الأقوال، اصطلياً من

(١) نجم الدين الحلبي: الشرائع: ٧٩ / ٤.

(٢) العلامة الحلبي: إرشاد الأذهان ١٤٢ / ٢.

(٣) زين الدين العاملي: المسالك: ٤٠٥ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٢٧
القواعد العامة و لكل ذوقه و فهمه.

أمّا الحاضر في البلد، فلا شك أن القضاء شرع لسماح الدعاوى من الطرفين و هو يقتضى إخبارها بالموضوع ليحضر حتى يسمع القاضي كلامهما في مجلس الحكم و لأجل ذلك يقول ابن سعيد الحلبي: «و ينبغي أن لا يحكم بين الخصمين إلا في مجلس حكم» (١)، و لكنه إن احرز أن الدعوى مسموعة، سواء كان صاحبها محقاً أو لا فيشرع من الإخطار إلى الإحضار و أمّا مع الشك فيها، فجواز الإحضار فضلاً عن وجوبه موضع تأمل و ذلك لأنّ الحاضر لا تخلو حاله عن أمرين إما أن يكون الحضور عليه حرجياً أو ضررياً فإيقاعه في الضرر و الحرج القطعيين بمجرد احتمال كون دعواه مسموعة، غير جائز قطعاً إذ معناه تقديم محتمل الضرر على قطعيه إلا أن يكون المحتمل أقوى، و لا يعلم إلا بعد بيان الدعوى و تحريرها و المفروض عدمه.

و أمّا غير المتضرر، فإيجاب الحضور عليه، بلا حجة (الدعوى المسموعة) يحتاج إلى الدليل و لأجل ذلك يجب أن يقيد الوجوب إما بتحرير الدعوى أو وقوف القاضي من القرائن على أن الدعوى مسموعة و إن لم يميز المحقّ عن المبطل لأنّ سماع الدعوى غير كون مدّعياً محقاً فعند ذلك يخبره و يطلب منه الحضور و إلا يحضره على نحو يجمع بين حقّ صاحب الدعوى و كرامة المستعدى عليه بخلو إحضاره من أيّ إهانته أو ابتذال و إسقاطه عن عيون الناس، و بما أن حضور الخصم مقدّم القضاء لا نفسه يتخير القاضي في الوصول إليه بين صورها المختلفة. (٢)

و الاستدلال باجتماع على عليه السلام مع أحد الرعايا مجلس شريح، لا يصلح دليلاً، لأنه عليه السلام كان مدّعياً، لا منكرًا، و كان مستعدياً لا مستعدى عليه.

هذا كله حول الحاضر بكلا قسميه من المتضرر و غيره فالشرط الوحيد هو إحراز كون الدعوى مسموعة. و لكن لما كان الحضور مقدّم للقضاء يتوصل

(١) ابن سعيد الحلبي، الجامع للشرائع: ٥٢٥.

(٢) لاحظ مجمع الفائدة: ٩٢ / ١٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٢٨

القاضي لتحصيل المقدّمة، أسهلها و أبعداها عن الوهن، و هو يختلف حسب اختلاف الأمكنة و الأزمنة فيبدأ بأسهل الطرق، و ينتهي إلى الجلب إلى المحكمة و لكل محلّه و شرطه.

و أما الغائب فسوافيك عنه البحث تبعاً للشرائع تحت عنوان «مسائل تتعلق بالحكم على الغائب». (١)

(١) لاحظ الجواهر: ٢٢٠ / ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٢٩

النظر الثالث في كيفية الحكم

إشارة

و فيها مقاصد

المقصد الأول: في وظائف الحاكم

إشارة

و هي سبع:

الأولى: التسوية في أنواع الإكرام بين المتخاصمين

من آداب مجلس الحكم رعاية القاضى التسوية بين المترافعين في أنواع الإكرام و هل هي واجبة أو مستحبة، أو يفصل بين الإنصات و العدل في الحكم فهما واجبان لأنّ الإنصات بمعنى استماع الدعوى و جوابها و هو واجب. وجوه و عبارات الأصحاب مختلفة بين ظاهرة في الوجوب، و صريحة في الاستحباب أو في التفصيل:

١- قال الشيخ: على الحاكم أن يسوّى بين الخصمين في الدخول عليه، و الجلوس بين يديه، و النظر إليهما، و الإنصات إليهما و الاستماع منهما و العدل في الحكم بينهما. روت أم سلمة أنّ النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال: من ابتلى بالقضاء بين الناس فليعدل بينهم في لحظه و إشارته، و مقعده فلا يرفعن صوته على أحدهما بما لا يرفع على الآخر، و كتب بعض الصحابة إلى قاضيه كتاباً طويلاً. فقال فيه واس بين الناس في وجهك و مجلسك و عدلك حتى لا يئأس ضعيف من عدلك و لا يطمع

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٣٠

شريف من حيفك. (١)

٢- قال المحقق: «التسوية بين الخصمين في السلام و الجلوس و النظر و الكلام و الإنصات و العدل في الحكم» (٢) و لعلّ عطف الأخيرين الواجبين على غيرهما ظاهر في كون التسوية واجباً في الجميع.

٣- قال العلامة: و تجب على الحاكم التسوية بين الخصمين إن تساويا في الإسلام و الكفر، في القيام و النظر، و جواب السلام و أنواع الإكرام و الجلوس و الإنصات و العدل في الحكم. (٣)

٤- و قال في الإرشاد: إذا حضر الخصمان بين يديه سوى بينهما في السلام و الكلام و القيام و النظر و أنواع الإكرام و الإنصات و العدل في الحكم. (٤)

و العبارتان الأخيرتان صريحتان في الوجوب و أمّا عبارة المحقق فمحتملة له، و سوافيك في الوظيفة الثالثة أنّه جوّز تخصيص الخطاب بأحد المترافعين و هو يوافق استحباب التسوية لا وجوبها و ممّن قال بالاستحباب: سلار، و ابن ادريس.

٥- قال سَلار: و ليكن نظره إليهما متساوياً و مجلسهما كذلك ... فهذا كله ندب. «٥»

٦- و قال ابن إدريس: و يستحب أن يكون نظره إليهما واحداً و مجلسهما بين يديه على السواء لا أن ذلك واجب على ما يتوهمه من لا بصيرة له بهذا الشأن. «٦»

استدل على الحكم بروايات غير نقيئة السند، لكن التعاضد و إتقان المضمون، يدل على الصدور خصوصاً ما رواه سلمة بن كهيل عن أمير المؤمنين عليه السلام: واس بين المسلمين بوجهك و منطقك و مجلسك حتى لا يطمع قريبك

(١) الطوسي، المبسوط: ٨ / ١٣٩، و المقصود من «بعض الصحابة» هو أمير المؤمنين عليه السلام على ما في رواية سلمة بن كهيل.

(٢) نجم الدين الحلبي: الشرائع: ٨٠ / ٤.

(٣) العاملي، مفتاح الكرامة: ٣٠ / ١٠، قسم المتن.

(٤) العلامة الحلبي، إرشاد الأذهان: ١٤٠ / ٢.

(٥) سَلار الديلمي، المراسم: ٢٣١.

(٦) ابن إدريس، السرائر: ١٥٧ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٣١

في حيفك و لا يياس عدوك من عدلك. «١»

يلاحظ عليه: أن في السند عمرو بن أبي المقدم، و هو لم يوثق و كون الراوي من أصحاب الإجماع كالحسن بن محبوب ليس دليلاً على كون المروي عنه ثقة كما أوضحنا حاله في كتابنا: «كليات في علم الرجال»: أضف إلى ذلك أن «واس» الذي هو لغه في «اس» بمعنى التعاون من واسى الرجل بمعنى عاونه و هو غير المساواة، على أنه غير مختص بمجلس المرافعة، و التعليل يناسب كونه مستحباً، لأن الواجب على القاضي، هو الحكم بالعدل، فلو قام بعمل طمع القريب في حيفه، و لكنه لم يحف، ليس عليه شيء. كل ذلك دليل على أن هذه الأمور مستحبة إلا ما دلّ الدليل على وجوبه كالإنصات و العدل في الحكم.

و منه يظهر حال ما رواه السكوني. «٢»

و قال المحقق الأردبيلي: إن ظاهر الرواية (السكوني) الوجوب و لكن للندرة و ضعف السند و الأصل و ورود الأمر للندب كثيراً خصوصاً في مقام بيان الآداب الأعم حملت على الندب «٣» نعم لو انتهى ترك العمل بها إلى تحقير الآخر و إهانته يحرم. و قد استثنى من ذلك أمران:

١- التسوية في الميل القلبي لأن ذلك غير مقدور.

٢- تفضيل المسلم على الكافر فلا مانع من كون الكافر قائماً و المسلم جالساً ليميزا و لكنه لا يكون دليلاً على العدول عن الحق و قضية الإمام مع يهودى حضر لدى شريح معروفة. «٤»

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١.

(٢) نفس المصدر، الباب ٣ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٣٢.

(٣) الأردبيلي، مجمع الفائدة: ٥٤ / ١٢.

(٤) الطوسي: المبسوط: ٨ / ١٤٩، و ابن قدامة، المغني: ١١ / ٤٤٤.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٣٢

قال الشيخ: إذا جلس الخصمان بين يديه لم يكن له أن يلقن أحدهما ما فيه ضرر على خصمه و لا يهدى إليه، مثل أن يقصد الإقرار فيلقنه الإنكار، أو يقصد اليمين فيلقنه ألا يحلف. «١»

قال المحقق: «لا يجوز للحاكم أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه، و لا أن يهدى لوجه الحجاج» «٢»، أى ليس له أن يعين المدعى فى ادعائه ليكون ادعاه مسموعاً، كما إذا ادعى بطريق الاحتمال فيعلمه أن يدعى بالجزم حتى تكون دعواه مسموعه، و لا أن يعين المنكر فى إنكاره. كما إذا قال له المدعى، أقرضته كذا درهماً، فأراد المدعى عليه أن يقول، بأنه أدى دينه و بما أن هذا النمط من الجواب يجعله مدعياً لا يقبل منه إلا بالبينه، يعلمه القاضى لينكر الدين من أساس. كل ذلك إدخال ضرر على الخصم و إرشاد لأحد المترافعين ليغلب على الآخر، فالجملتان «٣» فى عبارة المحقق تشيران إلى معنى واحد و دليل التحريم كونه مخالفاً لشئون القضاء و هو المحايدة و أين هى من تلقين الحجّة على أحد المتخاصمين مضافاً إلى احتمال إيراد الضرر على خصمه، و أما ما ذكره المحقق من أنه يفتح باب المنازعة و قد نصب لسدها فليس بكاف إذ لا دليل على تحريمه ما لم ينجر إلى إبطال الحقوق. نعم لا بأس بالاستفسار و التحقيق و إن استفاد منه الخصم، كما أنه لا بأس بالتلقين، إذا علم أنه الحق و لا يلزم منه فتح باب المنازعة. هذا كله فى القاضى و أما الوكيل فهو على طرف النقيض من الحيادة، فله أن يعلمه و يلقنه طريق الغلبة، ما لم يقف على فساد الدعوى و إلا فيحرم الدفاع عنه

(١) الطوسى، المبسوط: ٨ / ١٥٠.

(٢) نجم الدين الحلى: الشرائع: ٤ / ٨٠.

(٣) التلقين، و الهداية و حاول فى مفتاح الكرامة أن يفرق بينهما بوجه غير مهم فلاحظ ج ١٠ / ٣٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٣٣

الثالثة: فى عدم مواجهة أحدهما بالخطاب

قال المحقق: إذا سكت الخصمان استحب أن يقول لهما تكلماً أو ليتكلم المدعى، و لو أحسّ منهما أن سكوتهما بسبب احتشامه، أمر من يقول ذلك و يكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لما يتضمّن من إيحاش الآخر. «١» و ذكر العلامة صدر الكلام و ترك ذيله أى قوله: «و يكره أن يواجه أحدهما بالخطاب» و لو كانت التسوية واجبة لما جاز أن يخصّ أحدهما بالخطاب إلا أن يجعل ذلك قرينه، على كون التسوية لدى المحقق مستحبة. و يظهر من الشيخ أنه على الحرمة قال: «و لا يقول لواحد منهما تكلم لأنه إذا أفرد بالخطاب كسر قلب الآخر». «٢» و لكن الكراهة أظهر و قد مرّ عدم الدليل الواضح على وجوب التسوية فى غير الإنصات و العدل فى الحكم.

الرابعة: فى الدعوة إلى الصلح

قال المحقق: إذا ترافع الخصمان و كان الحكم واضحاً لزمه القضاء و يستحبّ ترغيبهما فى الصلح فإن أبا إلا المنازعة، حكم بينهما. «٣»

و قال العلامة: و إذا اتضح الحكم وجب، و يستحبّ الترغيب فى الصلح و إن أشكل آخر إلى أن يتضح. «٤» إذا ظهر للحاكم بعد تحرير الدعوى و المنازعة الحكم الحق، يجب عليه الحكم به إذا طلب المحكوم له لا مطلقاً كما سيوافيك و كونه فورياً لأجل أنه

(١) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ٨٠ / ٤.

(٢) الطوسى، المبسوط: ١٥٠ / ٨.

(٣) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ٨١ / ٤.

(٤) العلّامة الحلّى، إرشاد الأذهان: ١٤١ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلاميه الغراء، ج ١، ص: ٣٣٤

حقّ مطالب و لا مسوّغ للتأخير، كما أنّه إذا لم يظهر الحكم الحقّ، فعليه أن يتأمل و يجتهد و يطالع و يباحث العلماء حتّى يظهر الحكم. إنّما الكلام استحباب الدعوة إلى الصلح بعد ظهور الحكم و طلب المحكوم على وجه لا ينافى الفورية العرفية و ما فى المسالك من أنّ الترغيب إلى الصلح، ينافى الفورية و إلّا لم يصحّ الاشتغال عنه بالترغيب فى الصلح، ليس بتام لعدم منافاته مع الفورية العرفية. و يمكن استظهار الاستحباب مما نذكر.

١- عموماً الدعوة إلى الصلح، منها: ما رواه اسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام فى قول الله عزّ و جلّ: (وَ لَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَ تَتَّقُوا وَ تَصْلِحُوا بَيْنَ النَّاسِ) «١» قال: إذا دعيت لصلح بين اثنين فلا تقل على يمين أن لا أفعل. «٢» و معنى الآية لا- تجعلوا اليمين بالله مانعاً عن البرّ و التقوى و الصلح لئلا تبرّوا و تتقوا، نظير قوله سبحانه (يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ أَنْ تَضَعُوا... (النساء/ ١٧٦) أى لئلا تضلّوا، و الآية نزلت فى عبد الله بن رواحة حلف أن لا يدخل ... و لا يكلمه و لا يصلح بينه و بين امرأته فكان يقول إنى حلفت بهذا فلا يحلّ لى أن أفعل فنزلت الآية. «٣»

٢- لو لا الترغيب إلى الصلح ربّما يتوجّه إلى المنكر الحلف و هو مكروه و إن كان صادقاً. «٤»

الخامسة: فيما إذا زدحت جماعة من المدّعين

إذا ورد الخصوم إلى المحكمة متعاقبين و عُرف المتقدم و المتأخر بُدئ بالأول

(١) البقرة/ ٢٢٤.

(٢) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ١ من أبواب الصلح، الحديث ٥ و لاحظ روايات الباب.

(٣) الطبرسى: ٣٢٢ / ١، ط صيدا.

(٤) الوسائل: الجزء ١٦، الباب ١ من أبواب كتاب الأيمان، لاحظ أحاديثه.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلاميه الغراء، ج ١، ص: ٣٣٥

فالأول.

فإن وردوا جميعاً، أو لم يُعرّف الترتيب فقد ذكر المحقّق لحلّ مشكلة الترتيب وجهين:

١- يُفرع بينهم.

٢- تكتب أسماء المدّعين و لا يحتاج إلى ذكر الخصوم، و قيل يذكرهم أيضاً لتنحصر الحكومة و يجعلها تحت ساتر ثم يُخرج رُقعته رُقعته و يستدعى صاحبها.

ما هو الفرق بين الطريقتين و هل الطريق الثانى أيضاً نوع إقراع، و الظاهر أنّه كانت للقرعة فى الأعصار السابقة صورة خاصّة من وضع الرقاع فى بنادق «١» من طين و سترها و نحو ذلك بخلاف الصورة الثانية فإنّها ليست إلّا كتابة أسماء المدّعين فى رقاع و صبّها تحت يدى القاضى مستورة ليأخذها واحدة واحدة و يسمع دعوى من خرج اسمه فى كلّ مرتبة و هذا فى الحقيقة ضرب من القرعة لا على

الوجه المشهور. «٢».

و كان تعديهم بالصورة الأولى على حدّ نقل المحقق أنّه إنّما يعمل بالصورة الثانية إذا تعسّرت القرعة بالصورة الأولى و نسبه فى المسالك إلى المشهور.

أمّا لزوم تقديم السابق وروداً فلاجل أنّه يوجد السابق حقاً للسابق فى نظر العرف و العقلاء بحيث يرون التخلف عنه ظلماً و تعدياً و هذا كاف فى لزوم العمل به و إذا كان عندهم كذلك فليس للقاضى التجاوز عنه فيعمّه قوله سبحانه: (فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ) (ص / ٢٤) فيشمل أيضاً ما يعدّ حقاً فى نظر عامّة الناس بفطرتهم.

و أمّا إذا لم يعلم السابق فيما أنّ المقام مظنة التنازع فالإقراع، الطريق الوحيد لرفعه نعم المتقدم بالسبق أو القرعة إنّما يقدم فى دعوى واحدة فإن كان له دعوى

(١) البندق كلّ ما يرمى به من رصاص كروى و سواه.

(٢) زين الدين العاملى، المسالك: ٢ / ٤٠٥.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلاميه الغراء، ج ١، ص: ٣٣٦

غيرها، يحضر فى مجلس آخر، و يكفى فى لزوم عدم الاشتغال به. إنّ العدول عنه يعدّ تعدياً إلّا إذا لم يتوقف على صرف وقت كثير يعدّ تضييعاً لحقّ الآخرين.

هذا ما يرجع إلى السابق أمّا فى محاكم اليوم، فيراعى الترتيب حسب تسلسل ورود الشكوى لدائرة استلام المرافعات.

و مع ذلك فربّما يرى القاضى أنّ التأخير فى القضاء، يوجّه ضرراً كثيراً بالنسبة إلى أحد المترافعين أو أنّ المتهّم سوف يترك ولاية القضاء فلا تصل اليد إليه، فعند ذلك يقدم ما هو الأصلح للقضاء. أو أنّ الاشتغال بالمرافعة المتأخّرة، يكون مؤثراً فى حلّ المرافعة الأولى أو أنّ التحقيق بعد لم يتمّ من حيث تكميل ملفّ المرافعة ففى جميع ذلك يكون للقاضى، العدول عن السابق إلى اللاحق.

السادسة: فى قطع كلام المدعى بطرح دعوى جديدة

إذا كان المتقدم من المدّعين أحقّ فى طرح الدعوى و سماع القاضى منه من غيره، يترتب عليه أنّه لو قطع المدّعى عليه، دعوى المدّعى بدعوى، لم تسمع حتى يجيب عن الدعوى و تنتهى الحكومة فإنّه حينئذ مدّع متأخّر عن الأول فلا تسمع دعواه ما لم يفرغ القاضى عن الحكومة فى الاولى إلّا إذا كانت بين الدعويين صلة، ربّما تلقى الثانية ضوءاً فى حال الدعوى الأولى فلا مانع عندئذ من استماعها.

نعم بعد الفراغ، يستأنف هو دعواه الثانية إن لم يكن هناك مدّع متقدّم.

السابعة: فيما إذا سبق أحد الخصمين بالكلام

إشارة

لا- شك أنّ المدّعى هو الأحقّ بالابتداء بالكلام لأنّه المشتكى هو و إذا ترك ترك، لكن إذا تنازع الخصمان و زعم أنّ كلّ واحد منهم هو المدّعى نظر، فإن سبق أحدهما بالدعوى، لم يلتفت إلى قول الآخر الذى يقول: أنا المدعى بل عليه أن

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلاميه الغراء، ج ١، ص: ٣٣٧

يجيب ثم إن شاء طرح الدعوى.

لكن إذا لم يتدئ واحد منهما بالدعوى فلا بد في ترجيح أحدهما على الآخر، من مرجح، فقيل: يقدم من كان جالساً على يمين خصمه و يكون بالطبع أمام يسار القاضي. قال الشيخ: إذا حضر اثنان عند الحاكم معاً في حالة واحدة كل واحد منهما يدعى على صاحبه، من غير أن يسبق أحدهما بها. روى أصحابنا أنه يقدم من هو على يمين صاحبه و اختلف الناس في ذلك على ما حكاه ابن المنذر، فقال: منهم من قال: يُقرع بينهما و هو الذي اختاره أصحاب الشافعي و قالوا: لا نصّ فيها عن الشافعي، و منهم من قال: يُقدم الحاكم منهما من شاء، و منهم من قال: يصرفهما حتى يصطلحا، و منهم من قال: يستحلف كل واحد منهما لصاحبه. دليلنا: إجماع الفرقة و أخبارهم و لو قلنا بالقرعة كما ذهب إليه أصحاب الشافعي كان قوياً لأنه مذهبنا في كل أمر مجهول. «١»
فظهر أن هنا قولين:

١- يقدم قول الجالس عن يمين الخصم.

٢- يقرع، و دليل القول الثاني واضح أشار إليه الشيخ في كلامه إنما الكلام في دليل القول الأول.

فقد استدلل للأول بما رواه الصدوق بسنده عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم أن يقدم صاحب اليمين في المجلس بالكلام. «٢»

و رواه ابن الجنيد عن كتاب الحسن بن محبوب عن محمد بن مسلم «٣» و سند الصدوق إلى محمد بن مسلم غير نقي، و سند ابن الجنيد إلى الحسن بن محبوب غير

(١) الطوسي، الخلاف: ٣/ ٣١٩، كتاب القضاء، المسألة ٣٢، و لاحظ المبسوط: ٨/ ١٥٤.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٥ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٢.

(٣) المرتضى، الانتصار: ٢٤٤.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٣٨

معلوم لنا و هل المراد يمين الخصم، أو يمين القاضي و ليس صريحاً في يمين صاحبه كما عبّر به الشيخ في الكتابين. نعم على ما قرر السيد المحقق البروجردي من أن الصدوق نقل الأحاديث عن الكتب الثابتة إسنادها إلى مؤلفيها (كما صرح به الصدوق في أول الفقيه). و أن ذكر الاسناد إلى مؤلفي هذه الكتب تبرّعى لا إلزامي، يرتفع الإشكال في السند.

روى الصدوق بسند صحيح عن الحسن بن محبوب عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا تقدّمت مع خصم إلى وال أو إلى قاض فكن على يمينه يعني يمين الخصم» و الظاهر أن التفسير من الصدوق و على فرض صحته لا يدل على أنه كان مدعياً و أن له حق السبق بالكلام. و لو قيل بالقرعة أو فوّض الأمر إلى اختيار القاضي لكان أحسن أيضاً.

إذا كثر المدعون، و وردوا مجتمعين، فقد تقدّم أن القاضي يقرع بأحد النحويين، فيقدم في الاستماع من خرج اسمه لكن لو افترضنا أن بين المدعين مسافراً أو امرأة ربّما يكون تأخير سماع دعواتهما، سبباً لوقوعهما في الضرر و الحرج الشديدين فيقدم على غيرهما و ربّما يقال بعدم اقتضاء ذلك سقوط حق الآخر، و يمكن أن يقال: إنّما يرجع إلى القرعة إذا لم يكن هناك مرجح شرعي و المفروض تضررها دون الآخرين، و على ذلك لا يختص الحكم بالمسافر و لا بالمرأة بل يعم كل مورد يصاحب الضرر، لو أضر، و هل يمكن إسراء الحكم إلى ما كان المتضرر متأخراً قطعاً، أو لا؟ وجهان:

كراهة الشفاعة للقاضي

ذكر المحقق أنه يكره للحاكم أن يشفع في موردين:

١- إسقاط حق بعد ثبوته

٢- إبطال دعوى قبل ثبوتها

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٣٩

لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لِأَسَامَةَ: يَا اسَامَةَ لَا تَسْأَلْنِي حَاجَةً إِذَا جَلَسْتَ مَجْلِسَ الْقَضَاءِ فَإِنَّ الْحَقَّ لَيْسَ فِيهَا شَفَاعَةً. «١» و الحديث أجنبي عن المقام لكون البحث في شفاعته القاضي، لا شفاعته الغير عند القاضي.

وقد سبق في الوظيفة الرابعة: أنه إذا ترفع الخصمان و كان الحكم واضحاً يستحب ترغيبهما في الصلح، و عند ذلك يقع الكلام في كيفية الجمع بينهما و يمكن الجمع بوجهين:

١- إنَّ التَّغْيِيبَ إِلَى الصَّلْحِ قَبْلَ الْحُكْمِ بِالْحَقِّ وَ إِنْ كَانَ وَاضِحاً عِنْدَ الْقَاضِي بِخِلَافِ الْمَقَامِ فَإِنَّ الشَّفَاعَةَ بَعْدَهُ. «٢»

٢- إنَّ التَّغْيِيبَ إِلَى الصَّلْحِ رَاجِعٌ إِلَى حَقِّقِ النَّاسِ بِخِلَافِ الْمَقَامِ فَإِنَّهُ رَاجِعٌ إِلَى حُدُودِ اللَّهِ.

على أن القاضي إذا أعياه الأمر و لم يجد طريقاً صحيحاً للقضاء يأمر بالصلح أيضاً.

المقصد الثاني: في مسائل متعلقة بالدعوى

إشارة

و هي خمس:

الأولى: لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهولة

يشترط أن يكون المدعى به معلوماً بالجنس و النوع و الوصف و القدر كما عن الشيخ و أبي الصلاح و ابني حمزة و زهرة و إدريس و الفاضل في التحرير، و التذكرة

(١) النوري، المستدرک: الجزء ١٧، الباب ١١ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٢.

(٢) لاحظ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٠ من أبواب مقدمات الحدود.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٤٠

و الدروس فلا تسمع إذا كان مجهولاً كما إذا ادعى فرساً أو دابةً أو ثوباً أو شيئاً. «١»

١- قال الشيخ إنَّ ما يدعى به لم يخل من أحد أمرين إما أن يكون أثماناً أو غيرها فإن كان أثماناً فلا بد من ثلاثة أشياء يكون بها معلومة و هو أن يذكر القدر و الجنس و النوع، فالقدر ألف، و الجنس دراهم، و النوع راضية أو عزية.

و أمّا إذا كانت من غير الأثمان فقسّمها إلى القائمة و التالف، و القائمة إلى ما يمكن ضبطها بالصفات كالجوب و الثياب فيذكر صفاتها و إلى ما لا يمكن فليذكر القيمة، ثم قسم التالف إلى مثلي يذكر صفاته و قيمي يذكر قيمته. «٢»

٢- و قال عماد الدين الطوسي: و لا يجوز سماع الدعوى غير محرّرة إلّا في الوصية و إنّما تتحرّر الدعوى في الدين بثلاثة: قدر المال و الجنس و النوع و ربّما احتاج إلى وصف رابع إذا اختلف النوع مثل من ادعى مائة درهم فلاني و كان بين الصحيح و العلة تفاوت. «٣»

٣- و قال ابن إدريس: فإن كان أثماناً فلا بد من ذكر ثلاثة أشياء تكون معلومة و هو أن يذكر القدر و الجنس و النوع و أمّا إن كانت غير الأثمان فقد ذكر نفس ما ذكره الشيخ في المبسوط. «٤»

٤- و قال المحقق: لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهولة مثل أن يدعى فرساً أو ثوباً و يقبل الإقرار بالمجهول و يلزم تفسيره و في الأول (عدم قبول الدعوى المجهولة) إشكال. «٥»

و لعلَّ المحقِّق أوَّل من خالف الرأى السائد قبله إذ أى فرق بين الدعوى

(١) النراقى، المستند: ٢/ ٥١٤٥١٣؛ و السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/ ٣٨.

(٢) الطوسى، المبسوط: ٨/ ١٥٧١٥٦ بتلخيص.

(٣) عماد الدين، الوسيلة: كتاب القضاء ٢١٦.

(٤) ابن إدريس، السرائر: ٢/ ١٧٨.

(٥) نجم الدين الحللى: الشرائع: ٤/ ٨٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٤١

و الإقرار، فإنَّ الأول لا يقبل، و الثانى يقبل لكن يلزم بتفسيره و ربّما قيل إنَّ الفرق و هو أنَّ إقرار المقرّ يسمع إذ لو ردَّ ربّما يرجع عن إقراره فلاجل ذلك يقبل، حتى يفسره بخلاف ادعاء المدعى فيما أنه لصالحه، فلو لم يقبل يرجع و يدعى شيئاً معلوماً، إذ له داع لأخذ حقه من غيره.

يلاحظ عليه: أنَّ المهم، شمول الأدلة للمجهولة منهما أوَّلًا، و لا اعتبار بهذه الاستحسانات ثانياً.

و الأولى أن يقال: يجب أن تكون الدعوى ذات أثر شرعى فلو ادعى على رجل شيئاً لا أثر شرعى لها كما إذا قال لى عنده شىء، و هو مردّد بين ما له القيمة و ما ليس له قيمة، فلا تشمله الأدلة و أمّا إذا كان مع كونه مجهولاً، ذا أثر شرعى فيقبل و إن كان مجهولاً من جهة و معلوماً من جهة أخرى كما إذا ادعى أن له على زيد ثوباً أو دابة فيقبل الادعاء فإن قامت البيئنة على تعيين المدعى به من حيث الخصوصيات التى تختلف بها القيم، و إلّا فيلزم بالأقلّ قيمة من احتمالات الثياب أو الدواب لا الخارج عنهما و تحتمل القرعة فإذا ادعى أن له عليه ثوباً لكن نسي خصوصياته، و كان المدعى به محتملاً بين ثياب أو دواب مختلفة محدودة فإن كان موجوداً يقرع بين الثياب أو الدواب، فإن تلف فإن اتّفقا فى القيمة و إلّا، فيدفع الأقل.

الثانية: إيراد الدعوى بصيغة الجزم

إشارة

من شروط صحّة طرح الدعوى إيرادها بصيغة الجزم و عليه لفيق من الفقهاء فلا يصحّ أن يقول: أظنّ أو أتوهم كذا سواء أ كان فى قلبه جازماً أو لا:

١- قال المحقّق: و لا بدّ من إيراد الدعوى بصيغة الجزم فلو قال: أظنّ أو أتوهم لم تُسمع و كان بعض ما عاصرناه يسمعها فى التهمة و يحلف المنكر. و هو بعيد عن شبه الدعوى. «١»

(١) نجم الدين الحللى: الشرائع: ٤/ ٨٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٤٢

٢ و قال العلامة: لا يجوز أن يعتمد على خطه إذا لم يتدكّر.

و قد تتبّع المحقّق النراقى الأقوال فى المسألة و تبعه السيد الطباطبائى و هى لا تتجاوز عن ستّة.

١- لا تسمع الدعوى الظنّية و الوهميّة.

٢- تسمع مطلقاً لو كانت احتمالية.

٣- تسمع فى صورة التهمة.

٤- تسمع فى صورة الظن.

٥- تسمع فيما يخفى و يعسر الأطلاع عليه كالقتل و السرقة و نحوهما دون ما لا يخفى.

٦- تسمع عند احتمال الإقرار أو وجود البيئنة أو ادعاء المدعى أحدهما فإن تحقق و إلا سقطت، كما تسقط مع عدم احتمال شىء منهما من الأول. (١)

إن الظاهر من كلماتهم أن وجه الاشتراط أحد أمرين: إما لعدم صدق الدعوى إذا لم يكن جزم فى عرضها، أو لعدم ترتب أثرها عليه من حلف المدعى إذا رد المنكر عليه، أو القضاء بالنكول، فلا يصح للمدعى الحلف لعدم علمه بصحة الدعوى كما أنه لو قضى القاضى بالنكول لما صح له التصرف فى المدعى به للوجه المذكور، فلأجل ذينك الوجهين التزموا باشتراط الجزم فى صيغة الدعوى مطلقاً أو فى بعض الموارد كما عرفت فى الأقوال.

غير أن هذه الوجوه غير صالحة للاستدلال.

أمّا الأول فيمنع عدم صدق الدعوى مع الظن و التهمة و لا يمكن إنكاره بل تطلق عليه الدعوى فى مقام التهمة و غيرها و لأجل ذلك يجوز تحليف الأمين مع

(١) النراقى، المستند: ٥١٤/٢، و السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/٤٢ و القول الأخير لوالد النراقى، أعنى: الشيخ مهدى النراقى فى المعتمد فإذا كان للولد «المستند» فللوالد «المعتمد».

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٤٣

التهمة كما فى غير واحد من الروايات.

روى بكر بن حبيب: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: اعطيت جيبه إلى القصار فذهبت بزعمه قال: إن أتهمته فاستحلفه، و إن لم تتهمه فليس عليه شىء. (١)

كل ذلك يدل على أنه لا يشترط فى طرح الدعوى الجزم بالصيغة بل يكفى كون الدعوى مقبولة عند العقلاء.

نعم فرق بين المقام و مورد الرواية فإن الحالف فيها، هو المدعى، أعنى: القصار و الحائك اللذين يدعيان أن الثوب قد سرق، بخلاف المقام فإن الحالف لو قلنا بسماع الدعوى هو المنكر، دون المدعى و لكن وجه الاستدلال غير مبنى على التماثل بين البابين من جميع الجهات بل من جهة أنه يجوز طرح الدعوى مع عدم الجزم بهما.

و أمّا الثانى و الثالث: أى قبول اليمين المردودة من المنكر، أو القضاء بالنكول فلا نلتزم بكونها من آثار الدعوى على وجه الإطلاق لأنه إنما يحلف باليمين المردودة أو يقضى بالنكول إذا لم يكن هناك مانع و هو فى المقام موجود لأن المفروض عدم جزم المدعى بالمدعى به فكيف يحلف، أو يتصرف فيما قضى له بالنكول.

هذا هو إجمال الكلام فى المسألة و تحقيق الحق يقتضى التفصيل و هو.

لا شك أنه إذا علم بالحق، صح له طرح الدعوى على وجه الجزم كما أنه إذا علم بعدمه يحرم عليه طرح الدعوى مطلقاً إنما الكلام فيما إذا لم يكن له علم جازم أى العلم حسب اصطلاح المنطقيين فهنا صورتان:

الأولى: إذا كانت معه حجة شرعية كما إذا قامت البيئنة على كونه مديوناً أو دل الاستصحاب على كونه كذلك، أو أقر خارج مجلس الحكم، أو وجد بخطه أو

(١) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٢٩، من أبواب أحكام الإجارة، الحديث ١٦، و يلاحظ الحديث ١٧ و ١٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٤٤

خط المدعى عليه أنه مديون و أمن من التزوير فإنه حجة عقلانية بلا كلام.

الثانية: إذا لم تكن له حجة شرعية أو بينة عقلانية بل لم يكن له إلا مجرد احتمال يحتمل معه انتهاء الأمر إلى إقرار المدعى عليه بالدين و نحوه و الكلام فى كل منهما يقع فى موردين:

تارة فى جواز طرح الدعوى من جانب المدعى و عدمه و أخرى، فى جواز سماع الدعوى للقاضى و عدمه، و بعبارة أخرى يقع الكلام تارة فى الحكم التكميلى للمدعى، و أخرى فى الحكم الوضعى للقاضى من حيث وجوب السماع و اعمال قواعد القضاء فلنبحث عن الصورتين واحدة بعد الاخرى.

الأولى: إذا كانت للمدعى حجة شرعية

أما جواز طرح الدعوى فلا شك فى أنه إذا كان للمدعى حجة شرعية، أن له حق المطالبة و طرح الدعوى باحدى الصور التالية:

١- أن يطرح الدعوى بصورة الاخبار و يقول: لى على فلان دينار، من دون أن يذكر مصدرها.

٢- تلك الصورة، لكن يضم إليها ذكر المصدر، و يقول: لى على فلان دينار، لقيام البينة.

٣- أن يطرح الدعوى بصورة الإنشاء، و يقول خطاباً للقاضى: اطلب من فلان ديناراً. و إن لم يكن له علم وجدانى، إذ يكفى فى عدم صدق الكذب استناده إلى الحجة الشرعية خلافاً للمحقق الرشتى حيث زعم أنه كذب مسوغ لأجل استنقاذ الحق الذى قامت عليه أماره شرعية.

يلاحظ عليه: أن إظهار الدعوى بالجزم مع عدمه فى القلب إنما يعدّ كذباً و تدليساً إذا لم يستند إلى دليل شرعى، و أما معه فلا يوصف به، و قد أشار إليه

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٤٥

صاحب الجواهر فى ثانيا كلامه «١» و أما الكذب المضمونى فهو يتحقق مع الجزم أيضاً، كما هو واضح.

و أما سماع الدعوى فيجب على القاضى سماعها، لوجود المقتضى و هو الدعوى الصحيحة و فقدان المانع، حتى و لو علم القاضى أنه استند إلى البينة أو القواعد الشرعية و ذلك لشمول الإطلاقات للمقام و لولاه لزم إبطال كثير من الحقوق و يترتب عليه كلما يترتب على الدعوى الصحيحة من لزوم اقامة البينة على المدعى و الحلف على المنكر، فلو ردّ الحلف جاز له اليمين حسب ما قامت عليه البينة أو الأصل الشرعى و لو قضى القاضى بالنكول جاز له التصرف فى العين لنفس الدليل، و معه لا حاجة إلى الاستدلال بما ورد فى جواز إحلاف الأمانة إذا ادّعوا التلف أو إحلاف القصار و الحائك فى صورة التهمة «٢» و قد أشار صاحب الجواهر إلى هذه الصورة و قال: «إن المدعى لا يشترط جزمه فى نفس الأمر لأنه إذا كانت للمدعى بينة تشهد له بحق و هو لا يعلم به فله أن يدعى به عند الحاكم لتشهد له البينة، و كذا لو أقر له مقرّ بحق و هو لا يعلم فله أن يدعى عليه و إن لم يعلم سببه فى نفس الأمر ما هو». «٣»

الصورة الثانية: إذا كانت فاقدة للحجة الشرعية

لا شك فى أنه لا يجوز طرح الدعوى بصيغة الجزم لكونه كذباً مخالفاً لما يعتقد إذ ليس فى نفسه جازماً نعم يجوز له، إظهارها على النحو المنزه عن كذب و نفاق فقال: أظنّ أو احتمل أن لى عندك درهماً فالكلام فى وجوب السماع و ترتيب الأثر و إعمال قواعد القضاء فى حقه و عدمه، و ربّما يرجح عدمه لأنّ الدعوى يلزمها أن

(١) الجواهر: ١٥٤/٤٠، السطر ٩.

(٢) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الحديث ١٧١٦.

(٣) الجواهر: ١٥٤/٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٤٦

يتعقبها يمين المدعى إذا ردت إليه أو القضاء بالنكول و كلاهما غير ممكنين مع عدم العلم بأصل الحق، و لكنك قد عرفت أن الأمرين المذكورين ليسا من أثر مطلق الدعوى، و إنما يقوم به المدعى أو القاضى إذا كان العمل بهما ممكناً، لا ما إذا لم يكن كذلك، و الظاهر الاكتفاء بكون الدعوى أمراً مقبولاً عند العقلاء و هو كذلك إذا كان مضموناً أو متهماً أو ما إذا اكتفت الدعوى بأمر تسوُّغ إقامة الدعوى عند العقلاء فيكفى ترتب الأثر عليها من احتمال إقرار المدعى عليه على الحق، أو يمينه المسقط لحق الدعوى أو نحوهما و أقصى ما يلزم أنه إذا توقّف عن اليمين، تكون الدعوى متوقّفة و كم لها من نظير فى باب القضاء. و يؤيد ما ذكرنا أمران:

١- ما قدمناه من الروايات الواردة فى القصار و الحائك فإن الأثر المترتب عليها، هو جواز إحلاف القصار هناك و فى المقام.

٢- إنه لو بنى على سماع خصوص الدعوى القطعية لصار كثير من الحقوق خصوصاً فيما تردّد المدعى عليه من بدء الأمر بين شخصين، و لكن مهما طال التحقيق و الاستنطاق، يتجلّى الواقع، و يُميّز السارق عن الأمين.

و يمكن أن يقال إنه يجوز له الجزم فى طرح الدعوى إذا كان المحتمل أمراً مهماً يحتمل معه إقرار المدعى عليه به كالقتل و المال الطائل، بحيث لو طرحها بصورة الظن أو الوهم، يبعد اعترافه به.

ثم إن القوم قد عدّوا من الصورة الثانية ما لو وجد الوارث فى ديوان أبيه بخطه ديوناً لأبيه، أو وجد الإمام فى ديوان من لا وارث له ديوناً له، بخطه، و قد سبق أنه حجة إذا كان مأموناً من التزوير فيلحق بالصورة الأولى، و إلّا فهو من الصورة الثانية.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٤٧

المسألة الثالثة: فى طلب الجواب من المدعى عليه

تبريزى، جعفر سبحانى، نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - إيران، اول،

١٤١٨ هـ ق نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج ١، ص: ٣٤٧

إذا تمت الدعوى من المدعى هل يطالب الحاكم، المدعى عليه بالجواب أو يتوقّف ذلك على التماس المدعى؟ وجهان:

قال الشيخ: كل موضع تحرّرت الدعوى، هل للحاكم مطالبته المدعى عليه بالجواب من غير مسألة المدعى أم لا؟ قال قوم: لا يطالبه بالجواب من غير مسألة المدعى، لأن الجواب حقّ المدعى فليس للحاكم المطالبة به من غير مسألته كنفس الحقّ و هو الصحيح عندنا و قال قوم: له مطالبته به من غير مسألة المدعى لأن شاهد الحال يدلّ عليه لأنّ الإنسان لا يُحضّر خصمه إلى الحاكم ليدعى عليه، و ينصرف من غير جواب و هو قوى أيضاً. «١»

و لا يخفى أن الاستناد إلى شهادة الحال، يُرجع القول الثانى إلى الأوّل و معناه، عدم جواز المطالبة إلّا بطلبه صريحاً أو بشهادة الحال.

و قوّاه المحقّق و قال: إنه يتوقّف لأنه حقّ له فيقف على المطالبة. «٢»

و لكن الحقّ خلافه، مضافاً إلى كونه خلاف سيرة العقلاء فى المحاكم.

أنّ شاغل منّيّة القضاء إنّما نصب عليه لقطع المخاصمات، و حلّ المشكلات، فما لم يكن هناك موضوع مطروح فلا تكليف له، و أمّا بعده، فهو مأمور بالقضاء بالقواعد، فلا شأن له إلّا هذا فهو يتّبع القواعد إلى نهاية الأمر، إلّا أن يدلّ دليل خاص على لزوم التوقّف و

استفسار الأمر عن أحد المترافعين، و بما أنه لا دليل على لزوم سؤال المدعى، فى مورد مطالبة الجواب عن الخصم، لكونه على خلاف المفهوم من الأمر بالقضاء فينهى المخاصمة بالقضاء.

و هناك احتمال ثالث و هو أن الجواب حق الخصم، ليدفع عن نفسه ما

(١) الطوسى، المبسوط: ١٥٧ / ٨.

(٢) نجم الدين الحلبي: الشرائع: ٨٢ / ٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٤٨
و وجهه إليه المدعى، و هو يؤيد عدم الحاجة إلى إجازة المدعى.

المسألة الرابعة: فى الشكوى على القاضى

قد سبق أنه يشترط فى صحته الترافع أن لا يكون القاضى من أطراف المرافعة، فلا يصح إذا كان أحد المترافعين قاضياً فيها بل يجب أن يكون كأحد الرعايا و ترفع الشكوى إلى قاض آخر و المسألة عندئذ لا تخلو من الصور الآتية:

١- إذا كان هناك إمام له رئاسة كلية على الأنظمة، و منها نظام القضاء، رفعها إليه.

٢- إذا لم يكن رفع الشكوى إلى الإمام ميسوراً و كان المدعى فى غير ولاية الخصم (القاضى) رفعه إلى قاضى ولايته، و يجب على القاضى الحضور، شأن غيره ممن تكون بينه و بينه خصومة، و ذلك، لأن تعيين القاضى حق طبيعى للمدعى، فتجب على الخصم الإجابة إذا دعى إلى المحكمة.

٣- إذا كان المدعى فى بلد الخصم الذى هو قاضى ذلك البلد، فلا يصح رفع الشكوى إليه، لما عرفت من بطلان كون القاضى أحد المترافعين، لكن إذا كان له خليفة فى ذلك البلد رفعه إليه كما حضر على عليه السلام مع أحد الرعايا عند خليفته أعنى: شريحاً، و بما أن النائب يكون خارجاً عن طرف الدعوى، يكون حكمه نافذاً فى حقهما، و افتراض الخليفة عادلاً، يصدّه عن الجنوح إلى جانب المنوب عنه، إلّا جنوحاً عن لا شعور، و هو ليس بمحرّم.

و هناك احتمال آخر و هو أن يرفع الشكوى إلى قاضى بلد آخر كالصورة الثانية إذ لا دليل على لزوم الرجوع إلى قاضى البلد الذى هو و خصمه، فيه خصوصاً بعد ما عرفت من أن تعيين القاضى حق طبيعى للمدعى، فلا وجه لعدم حضوره فى المحكمة و إن كانت فى غير بلده إلّا إذا كان ضرورياً أو حرجياً، فما لم يمنعه مانع عن رفع الشكوى إلى أى محكمة من المحاكم القريبة أو النائية، فله رفع الشكوى

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٤٩

إليها، إلّا إذا كان هناك تحديد من الحاكم الأعلى للمرافعات خلافاً للشهيد الثانى، حيث منع العدول عن الترافع لدى الخليفة و قال: «و لا تجب إجابة المدعى إلى الذهاب معه إلى غيره مع وجوده لأن العدالة تمنع من التهمة» (١) و هو كما ترى.

٤- و لو لم يكن له خليفة رفعه إلى حاكم آخر فى غير ولايته.

هذا هو مقتضى الأنظمة السالفة و أمّا اليوم فللاعتراض على أحكام القضاء محكمة خاصّة، هم المعيّون لرفع التظلم عن الرعايا، نعم تختص تلك المحكمة بالنظر إلى الشكاوى المتوجهة إلى أحكامهم، لا إلى أعمالهم الخارجة عن حیطة قضاءهم فهم فى ذلك مع غيرهم سواء.

المسألة الخامسة: فى جلسة المتخاصمين

يستحب للمتخاصمين أن يجلسا بين يدي الحاكم لأنه الموافق للأدب، و ليمكن القاضي من التساوى بينهما في النظر، و قد جلس على عليه السلام مع خصمه عند شريح «٢» و لو قاما لكان أيضاً جائزاً، كل ذلك لباس للقضاء، و ليس لباً له و الحاكم يتحرى في كل زمان، الصورة المناسبة له.

المقصد الثالث: في جواب المدعى عليه

إشارة

ذكروا أن جواب المدعى عليه لا- يخلو عن ثلاثة: إمّا الإقرار أو الإنكار أو السكوت و لكل حكمه و لكن جعل الأخير من أقسام الجواب لا يخلو عن تأمل فإنه يرجع إلى عدم الجواب، و لعلّ عدّه منه لأجل اشتراكه في الإنكار في الأثر إذا أصرّ

(١) زين الدين العاملي، المسالك: ٢/٤٠٧.

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

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٥٠

عليه فيكون كالناكل في ردّ اليمين على المدعى أو القضاء بالنكول لو قلنا به، و قد نسب إلى المحقق الأردبيلي قسم رابع و هو الجواب ب «لا- أدرى» و هو جواب حقيقة، و أكثر ما يجاب به في كلام الوارث فيما إذا ادعى على مورثه من الديون فيجيب ب «لا أدرى» و عدّه قسماً من الإنكار كما ارتكبه المحقق الرشتي بحجة اشتراكهما في نفي العلم، لا في نفي الواقع، ضعيف لأنّ الإنكار، ادعاء علم بالعدم، بخلاف «لا أدرى» فهو ادعاء عدم العلم، و شتان بينهما فجعله أمراً مستقلاً أولى من إدخاله تحت الإنكار، و لأجل ذلك لا يترتب عليه حكمه من الاستحلاف على نفي الواقع. و إليك البحث عنها واحداً بعد الآخر فهنا فصول ثلاثة:

الفصل الأول في إقرار المدعى عليه

إشارة

اقرار المدعى عليه بما ادّعه المدعى موضوع للمسائل التالية:

- ١- يلزم المدعى عليه بما أقر به و هل اللزوم يتوقف على حكم الحاكم أولاً؟
 - ٢- هل يتوقف حكم الحاكم على مسألة المدعى و موافقته لصدور الحكم أو لا؟
 - ٣- لو التمس المقر له، أن يكتب له إقرار المدعى عليه، هل تجب الكتابة أولاً؟
 - ٤- ما هو صورة الحكم، إذا حاول أن يكتب؟
 - ٥- إذا امتنع المقر عن الأداء مع كونه واجداً.
 - ٦- إذا ادعى الإعسار و استبان فقره فهل يُنظر أو يسلم إلى الغرماء؟
- نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٥١
- ٧ إذا جهل حاله، فهل يحبس لتبين حاله أو لا؟
- فهذه فروع سبعة مطروحة حول الجواب بالإقرار فنبحث عن كل بعد الآخر.

الأول: إلزام المقر و التوقف على حكم الحاكم؟

إذا أقرّ يلزمه ما أقر به إذا كان جامعاً للشرائط، أى جامعاً لشرائط الإقرار و التصرف و إقراره حجّة على نفسه لما روى عن النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلم أنّه قال: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١) و هل الإلزام مقتيد بحكم الحاكم كما هو الحال فى البيّنة إذا قامت لصالح المدعى أو لا؟ ذهب العلّامة إلى عدم التوقف فى الإرشاد: «فإن اعترف الزم بأن يقول الحاكم حكمت أو قضيت أو اخرج من حقّه مع التماس المدعى و إلّا ثبت الحقّ» (٢) و فسره الأردبيلي بقوله: «و إن لم يلزمه الحاكم و يحكم عليه، ثبت».

و تبعه الشهيد الثانى فى المسالك فحكم بالثبوت و إن لم يرافقه الحكم، خلافاً للأردبيلي حيث قيد الثبوت بحكم الحاكم و قد استدلّ الشهيد و غيره على الفرق بين الإقرار و البيّنة فى أنّ الثبوت فيها منوط بحكم الحاكم دون الإقرار بوجوه:

١- إنّ البيّنة منوطه باجتهاد الحاكم فى قبولها و ردّها و هو غير معلوم بخلاف الإقرار. (٣)

يلاحظ عليه: أنّه لم يعلم الفرق بينهما من هذه الجهة فإنّ الثبوت فى الإقرار أيضاً منوط باجتهاد الحاكم فى قبوله و ردّه لأنّه ربّما لا يكون جامعاً للشرائط إقراراً

(١) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٢ من كتاب الإقرار، الحديث ٢.

(٢) العلّامة الحلّي: إرشاد الأذهان: ١٤٤ / ٢.

(٣) الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢ / ١٢٩. و الظاهر زيادة بل.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٥٢

و تصرفاً كما إذا كان محجوراً أو سفياً، و ربّما يكون غير صريح فيما يدّعيه المدعى فنفوذه يتوقف على حكم الحاكم.

٢- إنّ قبول البيّنة و ردّها يرجع إلى الاجتهاد بخلاف الإقرار. (١)

يلاحظ عليه: أنّه ليس شيئاً جديداً بل هو نفس الفرق السابق أضف إليه أنّ الإقرار مثل البيّنة ربّما لا يتوقف قبولها على حكم الحاكم إذا علم قبولها عند الحاكم و إن لم يُنشأ الحكم لمقتضاهما و ربّما تتوقف، و ليس هنا ضابطة كليّة فى أحد الجانبين دون الآخر.

٣- لا مجال لحكم الحاكم مع الإقرار إذ لا خصومة حينئذ كى يحكم بقطعها بخلاف البيّنة.

يلاحظ عليه: أنّ معناه لغويّة حكم الحاكم مع الإقرار مع أنّهم اتفقوا على صحّة الحكم إذا حكم.

٤- إنّ البيّنة حجّة لدى المدعى دون المدعى عليه فلا يحصل قطع الخصومة بإقامتها وحدها و يحتاج إلى حكم الحاكم حتّى يكون قوله قاطعاً للنزاع بخلاف الإقرار فإنّه حجّة لدى المترافعين، فلا وجه للتوقف.

يلاحظ عليه: أنّ الأثر مترتب على الإقرار الجامع للشرائط و لا يعلمه إلّا القاضى، الكاشف عنه حكمه فكيف لا- يحتاج إليه كما سيوافيك بيانه.

و أمّا ثمرة القولين فتظهر الثمرة فى الموارد التالية:

أ: إذا كان مورد النزاع عيناً من الأعيان عند المدعى عليه، فلو قلنا بعدم الحاجة يجوز للمدعى التقاض دون القول الآخر.

ب: إذا لم يكن له علم بالمدعى به إلّا عن طريق إقرار المدعى عليه، فلو قلنا بعدم الحاجة فله أن يطالبه دون القول الآخر.

(١) زين الدين العاملى، المسالك: ٤٠٨ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٥٣

ج: إنّ للحاكم الآخر إنفاذ حكم الحاكم الأوّل، فلو قلنا بعدم الحاجة فله تنفيذه و إن لم يحكم دون القول الآخر.

و الظاهر كما مرّ مضافاً إلى حفظ النظام، و اتباع السيرة المألوفة أنّ رفع الخصومة أمر فنى لا عادى لا يقوم به إلاّ العارف بشئون القضاء، فلا يتحقّق إلاّ بحكم من يعرفها، من غير فرق بين البينة و الإقرار، و يمين المنكر أو اليمين المردودة و غيرها، فأحراز كون الإقرار جامعاً للشرائط لا يقف عليه إلاّ القاضى، و لا يعلم علمه إلاّ بحكمه.

و يظهر من المحقّق الأردبيلى، اختيار ذلك القول لكنّ علته بوجه غير تام و قال: إذ الحكم بالثبوت مشكل و لهذا لم يقدر أحد أن يشهد بثبوتة فى ذمته بل (كذا) بإقراره فليس الحكم إلاّ للحاكم لاجتهاده أنّ اقرار العقلاء على أنفسهم جائز و نحوه و للإجماع فحينئذ تجوز الحكم و أخذ الحقّ عنه لكلّ أحد بغير رضا للمقرّ له محلّ التأمل. (١)

يلاحظ عليه: أنّ عدم الحكم بثبوتة فى ذمته، لا يكون دليلاً على عدم الثبوت من دون حكم الحاكم و ذلك لأنّ الإقرار ليس أمانة على الثبوت، حتّى يتخذ دليلاً على الثبوت فى الذمّة و يشهد عليه، بل هو موضوع عقلائى للأخذ بما أقرّ به، ثبت فى ذمته أو لا. و بالجملة عدم جواز الشهادة لا يكون دليلاً على توقّف سائر الأحكام المذكورة على الحكم.

الثانى: توقّف حكم الحاكم على رضى المقرّ له

إذا أقرّ المقرّ، فهل يتوقّف حكم الحاكم على مسألة المقرّ له كما عليه الشيخ الطوسى، أو لا يتوقّف كما عليه الآخرون؟ قال الشيخ: فإذا ثبت أنّه يلزمه لم يكن

(١) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ١٢ / ١٢٩.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٥٤

للحاكم أن يحكم عليه به، إلاّ بمسألة المقرّ له، به لأنّ الحكم عليه به، حقّ له فلا يستوفيه إلاّ بأمره كنفس الحق. (١) و نسبه المحقّق فى المقام إلى «القيلى» مشعراً بتمريضه قال: «قيل لا لأنه حقّ له فلا يستوفى إلاّ بمسألته». (٢) مع أنّه ذهب فى مطالبة الجواب عن المدعى عليه، إلى لزوم مسألة المدعى كما سبق، و الفرق بين المسألتين غير واضح و الحقّ عدم الحاجة إلى المسألة فى كلا المقامين و يمكن تقريب ذلك بوجوه:

١- إنّه مقتضى إطلاق أدلّة القضاء، فالقاضى بعد رفع الشكوى إليه و حضور المتخاصمين لديه مأمور بفصل الخصومة و رفعها و لزوم السؤال فى كلتا المرحلتين، خلاف الإطلاق.

٢- و لو قلنا بأنّ الإطلاقات غير ناظرة إلى هذه الجهة حتّى يتمسك بإطلاقها، يصحّ التمسك بالإطلاق المقامى فإنّ لزوم الاستجازه من المدعى، ممّا يُغفل عنه فلو كان واجباً لزم التنبيه عليه و لو بدليل مستقلّ.

٣- إنّ فصل الخصومة و رفع النزاع من حقوق القاضى كى يطهر المجتمع من الخلاف و هو مطلوب للشارع فما لم ينصرف المدعى عن النزاع فهو مأمور بالفصل، و يعدّ من شئونه، و معه، لا وجه لتعليق الحكم برضى المدعى و هذا البيان غير التمسك بالإطلاق كما فى الوجهين الأولين.

٤- و الذى يدلّ على أنّه من حقوق القاضى لا المدعى، أنّه ربّما يكون التوقّف مزاحماً لحقّ المنكر، كما إذا حلف بطلب من المدعى، بإيقاف الحكم بعد حلفه على رضى المدعى ربّما يزاحم لحقّ المنكر، و ذهاب اليمين بحقّه و هذا و إن كان خارجاً عن محطّ البحث (الإقرار لا الإنكار) لكنّه يصلح مؤيداً للمختار.

(١) الطوسى، المبسوط: ٨ / ١٥٨.

(٢) نجم الدين الحلى: الشرائع: ٤ / ٨٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٥٥

الثالث: لو التمس المقر له، الكتابة.

إذا كان القضاء ولاية الحكم شرعاً لمن له أهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معينه (١) يظهر الفرق بين الفتوى و الحكم فى الشبهات الحكمية ففى مسألة ثبوت الشفعة لأكثر من شريكين، أو كون الحبة للولد الأكبر أو لجميع الورثة، أو فى إرث الزوجة عن الأراضى و العقار و عدمه، إذا لم يكن نزاع، يفتى المفتى بالحكم الكلى من دون نظر إلى وجود نزاع فى البين و عدمه، و أمّا معه، فهو يطبق الفتوى الكلى على المورد، بإنشاء حكم جزئى مماثل للحكم الكلى فى الجوهر و يفارقه فى الكلية و الجزئية و إليه يشير قولهم: «الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معينه» و على ذلك لا ينفك القضاء عن الحكم الجزئى هذا كله إذا كانت الشبهة حكيمه.

و أمّا إذا كانت الشبهة موضوعية فحقيقة القضاء فيها عبارة عن موازنة أدلة الطرفين و تبيين الأقوى منهما، كما يشير إليه قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان و بعضكم أحن بحجته من بعض». (٢) و بما أن الاختلاف فيها ليس فى الحكم الشرعى الكلى، بل فى الموضوع مثلاً فى أن المرأة الفلانية زوجة فلان المتوفى أولاً، أو أن العين هل هى ملك لزيد أو عمرو، أو أن زيدا مديون لشخص أو لا؟ فجهد القاضى يكون مركزاً على تبيين الموضوع، و بتبينه، يتبعه الحكم الجزئى القضائى فيحكم لها بالميراث، و بالعين بالرد، و بالخروج عن عهده الدين و بهذا تبين أن القضاء لا ينفك عن الحكم مطلقاً و لولاه لما حصل الفصل. و لو التمس المقر له أن يكتب له بالإقرار فهل يجب عليه أو لا؟ فمقتضى القاعدة عدم الوجوب، لأن الواجب عليه، هو الفصل بإصدار الحكم و قد فعل

(١) زين الدين العاملى، المسالك: ٢ / ٣٨٨.

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

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٥٦

نعم لو توقّف استنقاذ حقه على الكتابة و جب عليه، إذ ليست الغاية من القضاء مجرد إنشاء الحكم بل إثبات الحقوق و استيفائها للمستحق. نعم له مطالبة الأجر كما له مطالبة قيمة القرطاس و المداد، و ذلك لما مرّ من أنه يصح جعل للقضاء إذا لم يكن القاضى مرتزقاً من بيت المال. (١)

الرابع: فى كيفية الكتابة.

للكتابة صور: ١ إذا عرف القاضى المقرّ و المقرّ له باسمهما و نسبهما أو شهد عدلان عليهما، فلا إشكال فى أنه يكتب المحضر على النحو الذى عرفهما.

٢- إذا لم يعرفهما إلا من جهة أن أحدهما قرّر للآخر فقال الشيخ فى النهاية بعدم الجواز. قال: و إذا سأل إنسان لغيره عند الحاكم فسأل المقرّ له الحاكم أن يثبت إقراره عنده لم يجز له ذلك إلا أن يكون عارفاً للمقرّ بعينه و اسمه و نسبه أو يأتى له بينة عادلة على أن الذى أقر هو فلان بن فلان بعينه و اسمه، لأنّه لا بأس أن يكون نفسان قد تواطئا على انتحال اسم إنسان غائب و اسم أبيه و الانتساب إلى آباءه ليقرّ أحدهما لصاحبه بما ليس له. (٢)

و لكنّه قدس سرّه أجاز فى الخلاف، غاية الأمر الوصف يقوم مقام الاسم، و بأن الضبط بالحلية يمنع من استعارة النسب فإنّه لا يكاد

يَتَّفَقُ ذَلِكَ، و الذى قاله بعض أصحابنا، يحمل على أنه لا يجوز عند ما لا يعرفهما أن يكتب و يقتصر على ذكر نسبهما فإن ذلك يمكن استعارته و ليس فى ذلك نص مستند عن أصحابنا نرجع إليه «٣» و قد وافق المحقق، كلام الشيخ فى الخلاف و أجاز الكتابة بالاسم و النسب عند العرفان و بالحلية و الوصف عند عدمه. «٤»
و أظنّ عدم الخلاف فى جواز الاكتفاء بالحلية و الوصف أيضاً، و اقتصار جملة

(١) لاحظ ص ١٥٨١٤٧ من الكتاب.

(٢) الطوسى، النهاية: ٣٤٢٣٤١.

(٣) الطوسى، الخلاف: ٣، المسألة ١٦، ٣١٤.

(٤) نجم الدين: الشرائع: ٨٣ / ٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٥٧

من الأصحاب على الأول لا يقتضى الخلاف فى الثانى، و عبارة الشيخ فى الخلاف حاك عن عدم تجويزهم الكتابة بالاسم و النسب عند عدم العرفان، من غير نظر إلى جواز الكتابة بالحلية و عدمها. ثم إن صريح ابن إدريس موافقه رأى الشيخ فى الخلاف من جواز الكتابة بالاسم و النسب، و الحلية و الوصف حيث قال: الذى ذكره و ذهب إليه شيخنا فى مسائل خلافه هو الذى أقول به و أعمل عليه و يقوى فى نفسى.

لكنه ذكر بعد هذا كلاماً تلقاه العلامة فى المختلف «١» و صاحب الجواهر «٢» اعتراضاً على الاكتفاء بالحلية، مع أن صريح كلامه قبل ذلك اختيار ما ذكره الشيخ فى الخلاف، فلا بدّ من الإمعان فى العبارة فلاحظ. «٣»

و أظنّ أن الموضوع لا يحتاج إلى الإطناب، و ليست المسألة من صميم الإسلام فالذى يجب على القاضى رعاية الضوابط الراجعة فى كلّ عصر من كيفية الكتابة، على وجه لا يقع ذريعة للباطل.

قال العلامة: «و التحقيق أنه لا مشاحة هنا لأنّ القصد تخصيص الغريم و تمييزه عن غيره و إزالة الاشتباه فإن حصل ذلك بالتحلية جاز».

«٤»

الخامس: إذا امتنع المقر عن الأداء مع كونه واجداً

إذا أقرّ بالحقّ و امتنع عن الأداء فتحلّ عقوبته على وجه يهيئه لأداء الواجب من الغلظة فى الكلام، و الحبس تأديباً.

(١) العلامة، المختلف: كتاب القضاء، ١٣٩.

(٢) النجفى، الجواهر: ١٦٣ / ٤٠.

(٣) ابن إدريس، السرائر: ١٦٢ / ٢ «أى قوله» و أيضاً هذا مصير إلى أن الإنسان أن يعمل و يشهد بما يجد به مكتوباً بخطه من غير ذكر الشهادة ... الخ.

(٤) العلامة، المختلف: كتاب القضاء، ١٣٩.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٥٨

قال العلامة: فإن عرف كذبه حبس حتى يخرج من الحق «١» لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «لِيَّ الْوَاجِدُ يُحَلُّ عَقُوبَتُهُ وَ عَرْضُهُ». «٢»
«اللّٰئِي» هو التسويف بالوفاء، و فى خبر غياث بن إبراهيم عن على عليه السلام أنه كان يفلّس الرجل إذا التوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص فإن أبى باعه فقسّم بينهم «٣» و فى رواية عمار «يحبس» مكان يفلّس و هو تصحيف و المراد من الالتواء

هو التناقل. و الظاهر أنّ الحبس فى أمثال المقام للتأديب لإيجاد التهيؤ للقيام بالواجب فلو لم يؤثر يقوم الحاكم بالاداء ببيع ماله كما فى الرواية.

و لا ينافيه ما رواه زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال: «كان على عليه السلام لا يحبس فى الدين إلّا ثلاثة: الغاصب، و من أكل مال اليتيم ظلماً، و من ائتمن على أمانه فذهب بها، و إن وجد له شيئاً باعه غائباً كان أو شاهداً». «٤»

و ذلك لأنّ الحديث يحكى فعل الإمام لا قوله، و كم فرق بين حصر فعله فى الثلاثة، و حصر قوله فيها؟ و الأول لا يفيد الحصر فى الحكم الشرعى و لعلّ دائرته أوسع من الثلاثة لكن المصلحة آنذاك اقتضت أن لا يحبس غير الثلاثة و هو لا يدلّ على عدم الجواز فى غيرها.

ثمّ إنّ الشيخ الطوسى حاول الجمع بوجهين تبرعين ذكرهما الشيخ الحرّ فى الوسائل «٥» و ربّما يحاول فى إدخال الغريم الواجد المتناقل، تحت عنوان الغاصب، أو من ائتمن على أمانه ... و هو كما ترى.

(١) العلامة الحلى، مفتاح الكرامة: ٧٢ / ١٠، قسم المتن.

(٢) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٨ من أبواب القرض، الحديث ٤.

(٣) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٦ من أبواب الحجر، الحديث ١.

(٤) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢.

(٥) المصدر نفسه.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٥٩

السادس: إذا ثبت إفسار المقرّ فهل يُنظر أو يسلم إلى الغرماء أو...؟

إذا ادعى الإفسار كشف عن حاله فإن استبان فقره ففيه أقوال:

١- الإنظار إلى ميسرة.

٢- التسليم إلى الغرماء ليستعملوه أو يؤجروه، ذكره الشيخ فى النهاية بصورة الرواية.

٣- إذا لم يكن ذا حرفة خُلّي سبيله و إن كان ذا حرفة دفعه الحاكم إلى الغريم ليستعمله فما فضل عن قوته و قوت عياله بالمعروف، أخذ بحقه و هو خيرة ابن حمزة فى قضاء الوسيلة.

٤- يخلى سبيله و لكن إن كان ذا حرفة يجب عليه الكسب لأداء الدين بعد إخراج المؤنة و هو خيرته فى كتاب الدين.

أمّا القول الأول: فهو المشهور بين الفقهاء تبعاً للذكر الحكيم: (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ). (البقرة/ ٢٨٠)

قال المفيد: فإن ظهر بعد حبسه إياه أنه معدم فقير خُلّي سبيله و أمره أن يتمحل حقّ خصمه و يسعى فى الخروج ممّا عليه. «١»

١- قال ابن إدريس: فإن ذكر إفساراً، كشف عن حاله، فإن كان على ما قال، أنظر و لم يُحبس، و إن لم يكن كذلك، الزم الخروج إلى خصمه من حقه. «٢»

٢- و قال المحقق: و لو ادعى الإفسار كشف عن حاله فإن استبان فقره، أنظره. و فى تسليمه إلى غرمائه ليستعملوه أو يؤجروه روايتان أشهرهما الإنظار. «٣»

(١) المفيد، المقنعة: ٧٢٣.

(٢) ابن إدريس، السرائر: ١٦٠ / ٢.

(٣) نجم الدين الحلبي: الشرائع: ٨٤ / ٤.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٦٠

٣- وقال العلامة: فإن ادعى الإعسار و عرف صدقه بالبينه أو اعترف خصمه أنظر حتى يوسع الله تعالى عليه. «١»

٤- وقال الشهيد: فإن ثبت إعساره فهل يخلى سبيله أو يسلم إلى الغرماء؟ المشهور بين الأصحاب هو الأول لقوله سبحانه: (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ). «٢»

٥- وقال الأردبيلي: فالمشهور بين الأصحاب أنه يُنظر و يخلى سبيله حتى يوسع الله عليه و يقدر على أداء الحق أو بعضه فيؤخذ بقدر ما يقدر لقوله تعالى: (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ). «٣»

إلى غير ذلك من الكلمات المماثلة و يدل عليه بعد الذكر الحكيم كما عرفت ما رواه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه أن علياً عليه السلام كان يحبس في الدين فإذا تبين له حاجة و إفلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالاً. «٤»

و ما رواه السكوني عن علي عليه السلام إن امرأة استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها و كان زوجها معسراً فأبى أن يحبسها و قال: إن مع العسر يسراً. ٥

أما القول الثاني: فقد نسب إلى الشيخ في النهاية لكن كلامه في باب الدين موافق للقول الأول، نعم ذكره في باب القضاء فقد ذكر في آخره أخباراً و منها الخبر الدال على التسليم و لم يظهر إفتاؤه به قال في كتاب الدين: فإن حبسه ثم ظهر له بعد ذلك إعساره، وجبت تخليته ٦ نعم روى في كتاب القضايا و الأحكام عن السكوني عن جعفر عن أبيه أن علياً عليه السلام كان يحبس في الدين ثم ينظر فإن كان له

(١) العلامة، إرشاد الأذهان: ١٤٤ / ٢.

(٢) زين الدين العاملي، المسالك: ٤٠٨ / ٢.

(٣) الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٣١ / ١٢ و قد خص صاحب الوسائل، باباً في كتاب الدين للأنظار فلاحظ: الجزء ١٣، الباب ٢٥ من أبواب الدين.

(٤) ٤- ٥ الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٧ من أبواب الحجر، الحديث ١ و ٢.

(٥) ٦ الطوسي، النهاية، كتاب الدين: ٣٠٥.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٦١

مال أعطى الغرماء و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا ما شئتم. إن شئتم، ف آجروه و إن شئتم استعملوه «١» ذكره في باب أسماء «باب جامع في القضايا و الأحكام» و هو ليس دليلاً على الإفتاء به و حمله في الوسائل على من يعتاد إجارة نفسه و العمل بيده.

و لا يخفى أن الرواية مخالفة للذكر الحكيم، من الأمر بالإنظار و ما استفاض به الأخبار في كتاب الدين. «٢» و خصوص ما روينا عن غياث بن إبراهيم عن علي عليه السلام كما عرفت، مضافاً إلى بعده عن روح الإسلام من تسليط الدائن على الغريم ليستعمله.

قال المحقق الأردبيلي: و أنت تعلم أنه لا يمكن في مثل هذه المسألة العمل بمثل هذه الرواية المخالفة للعقل فإن حبس شخص قبل موجبه غير معقول، و أن تسليط شخص على آخر أي شيء شاء يفعل به مع عجزه مما يباه العقل و النقل من عموم القرآن و خصوص (فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ) و الحديث، و خصوص الرواية المتقدمة و الشهرة. «٣»

أما القول الثالث: فهو خيرة ابن حمزة قال: فإذا ثبت إعساره خلى سبيله إن لم يكن ذا حرفة يكتسب بها، و أمره بالتمحل (الصبر)، و إن كان ذا حرفة دفعه إليه ليستعمله مِمَّا فضل عن قوته أو قوت عياله بالمعروف أخذ بحقه «٤» و هو في الحقيقة أخذ ببعض مضمون

الحديث، فطرح مؤاجرته و اكتفى باستعماله و خصّ به لمن له حرفة، لا مطلق المعسر.

(١) الطوسي، النهاية، كتاب الوصايا: ٣٥٢ و لاحظ الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٧ من أبواب الحجر، الحديث ٣.

(٢) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٢٥ من أبواب الدين.

(٣) الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢/١٣٣ و مقصوده من الرواية المتقدمة رواية غياث بن إبراهيم و لا يخفى أنّ الحبس قبل ثبوت موجه (اليسار) جائز لأنه ليس تأديبياً بل استظهاراً للواقع إذ في تخلية سبيله ضرر مظنون كما لا يخفى، و قد مضى الكلام فيه.

(٤) ابن حمزة، الوسيلة، كتاب القضاء: ٢١٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٦٢

أما القول الرابع: فهو أيضاً خيرة ابن حمزة في كتاب الدين قال: و إن كان المستدين معسراً صبر على من له الدين حتى يجد، فإن كان مكتسباً أمر بالاكْتساب و الانفاق بالمعروف على نفسه و عياله و صرف الفاضل في وجه دينه و إن كان غير مكتسب خلى سبيله حتى يجب. «١» و هذا القول غير القول الثالث كما لا يخفى و قد زعم العلامة و حده القولين فذكر ما يؤيد القول الرابع لا الثالث الذي هو المشهور عن ابن حمزة، قال: و ما قاله ابن حمزة ليس بعيداً عن الصواب لأنه متمكن من أداء ما وجب عليه و إيفاء صاحب الدين فيجب (الكسب) عليه كما يجب عليه السعي في الثبوت و لأنه مع تمكنه من الكسب لا يكون معسراً لأنّ اليسار كما يتحقق بالقدرة على المال، يتحقق بالقدرة على تحصيله و لهذا منع القادر على الكسب من أخذ الزكاة. «٢»

و لأجل وجود قولين لابن حمزة اعترض المحقق الأردبيلي على العلامة بأن ما ذكره لا يؤيد مذهب ابن حمزة من تسليم المدين إلى الغريم ليستعمله، فيمكن كون ذلك كناية عن وجوب الكسب إذا كان ذا كسب و حرفة يقدر معها من تحصيل ما يصرفه في الدين و لكن لا- يكون مفوّتاً لما يجب عليه و لا يكون شاقاً لا يتحمّل مثله عادة فيكون الكسب لتحصيله واجباً كما إذا كان عنده عروض من غير جنس ما يجب عليه، يجب عليه أن يبيع و يحل ما هو من جنس ما عليه على أي وجه كان فيأمره الحاكم بذلك. «٣»

الظاهر أنّ القول الرابع هو الحقّ فإنه إذا كان ذا حرفة لاثقة بشأنه آنذاك وجب عليه التكتسب، و تعليق أداء الدين على حصول اليسار، مخالف لإطلاق الأدلة غاية الأمر خرج العاجز موضوعاً. و إن شئت قلت: إنّ العرف يرى الطبيب

(١) ابن حمزة، الوسيلة، كتاب الدين: ٢٧٤.

(٢) العلامة الحلّي، المختلف، كتاب القضاء، الفصل السادس في توابعه: ١٥٩.

(٣) الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢/١٣٤.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٦٣

و أمثاله قادراً على أداء الدين فيجب عليه.

نعم لا يجب عليه ما هو خارج عن شأنه كالاكتشاش و الاضطهاد و الاغتنام و التلصيص في دار الحرب و قتل الأبطال و سلب ثيابهم و سلاحهم، كما لا- تؤمر المرأة بالتزويج لتأخذ المهر، و لا- يؤمر الرجل بخلع زوجته فيأخذ عوضه «١» لأنّ الواجب أداء الدين و هو منصرف إلى الصورة اللائقة بحال الرجل لا الخارج عنه.

و الحاصل أنّ ما ذهب إليه ابن حمزة في كتاب الدين هو الأقوى و أما حمل الحديث عليه، فهو بعيد عن ظاهره و لأجل ذلك يقول في الجواهر: «فإنّ ذلك (قول ابن حمزة) لا يفيد إلّا وجوب التكتسب عليه و هو غير دفعه إليهم و جعلهم أولياء إن شاءوا استعملوه و إن شاءوا آجروه». «٢»

السابع: فى حبس مدعى الإعسار حتى يتبين حاله

إذا ادعى الإعسار و لم يصدقه الخصم فهل يجوز حبسه حتى يتبين الحال أو لا؟ فيه أقوال:

١- الحبس حتى تتبين حاله و هو الظاهر من المفيد و أبى الصلاح.

٢- التفصيل بين ما كان له أصل مال فيحبس حتى يثبت الإعسار و ما لم يكن لذلك قبلت دعواه و لا يكلف البيئته و للغرماء مطالبته باليمين و هو خيرة المحقق فى كتاب الحجر و المقام. «٣»

(١) الطوسى، المبسوط، كما فى مفتاح الكرامة: ١٠ / ٧٤.

(٢) النجفى، الجواهر: ٤٠ / ١٦٦ و العجب أن صاحب المسالك عند تحرير المقام لم تحضره الرواية، و أعجب منه ما احتمله الفاضل الآبى فى كشف الرموز، (ج ٢ / ٤٤٩) أن مستند هذا الحكم وراء رواية السكونى رواية زرارة عن أبى جعفر التى رواها فى الوسائل فى الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب كيفية الحكم، مع أنه لا صلة لها بهذا الحكم.
(٣) سيأتى مصدره.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٦٤

٣ لا يُحلف مدعى الإعسار، و إن كان بعد اليسار و يخلّى سبيله و لا يتوقف على إقامة البيئته، و هو خيرة الأردبيلى. «١»

قال أبو الصلاح: و إن ادعى المقرّ أو المشهود عليه إعساراً يعلمه الحاكم أو تقوم به بيئته فى الحال لم يحبسه و لكن يقرّر عليه ما يفضل من تكسبه عن قوته و عياله لغريمه و إن لم يعلم ذلك من حاله و لا قامت به البيئته حبسه و كشف عن أمره. «٢»

و قال المفيد: «و إن لم يعلم بصحة دعواه فى الإعسار كان له حبسه». «٣»

و قال المحقق: و هل يحبس حتى تتبين حاله فيه تفصيل ذكر فى باب الفلس و قال فيه: لو لم يكن له مال ظاهر و ادعى الإعسار فإن وجد البيئته قضى الحاكم بها و إن عدمها و كان له أصل مال أو كان

أصل الدعوى مالاً حبس حتى يثبت إعساره، فإن لم يعلم أصل مال (و لا كانت الدعوى الثابتة عليه مالاً) و ادعى الإعسار قبلت دعواه و لا يكلف بالبيئته و للغرماء مطالبته باليمين. «٤»

و قال العلامة فى القواعد: و إن اشتبه فإن عرف ذا مال أو كان أصل الدعوى مالاً حبس حتى يثبت إعساره، و إلا حلف على الفقر فإن نكل حلف المدعى على القدرة و حبس. «٥»

و قال فى الإرشاد: فإن ادعى الإعسار و عرف صدقه بالبيئته أو اعترف خصمه أنظر حتى يوسع الله تعالى عليه، و إلا طولب بالبيئته إن كان له مال ظاهر أو كان أصل الدعوى مالاً، و إلا حلف. «٦»

و قال الشهيد: فإن ادعى الإعسار فإن كان له أصل مال قبل ذلك أو كان

(١) سيأتى كلامه أثناء القول الثانى.

(٢) أبو الصلاح، الكافى، كتاب القضاء: ٤٤٧.

(٣) المفيد، المقنعة، كما فى مفتاح الكرامة: ١٠ / ٧٥.

(٤) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ٢ / ٢٥٠.

(٥) العاملى، مفتاح الكرامة: ١٠ / ٧٤، قسم المتن.

(٦) العلامة، إرشاد الأذهان: ٢ / ١٤٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٦٥

أصل الدعوى مآلاً كلف البينة على تلفه فإن لم يقيمها حبس حتى تبين إعساره و لو لم يعرف له أصل مال و لا كانت الدعوى مآلاً بل كانت جناية أو صدقاً أو نفقة قريب، قبل قوله: بيمينه. «١»
و قبل الخوض فى أدلة الأقوال نذكر مقتضى القاعدة:

هل المتفاهم من الأدلة أن الإعسار شرط الإنظار أو أن المتفاهم منها أن اليسار شرط جواز الإيجاب و الحبس؟
فإن قلنا بالأول، فما لم يحرز الشرط و لم يتبين كونه معسراً، لا يجب إنظاره، فتكون النتيجة جواز إجباره و حبسه.
و إن قلنا بأن اليسار شرط الإيجاب و الحبس، فما لم يتبين كونه موسراً، لا يجوز التغليظ عليه و تكون النتيجة هو وجوب الإنظار و عدم جواز الحبس.

يدل على الأول، ظاهر قوله سبحانه: (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ) حيث علق الإنظار على الإعسار، و روى عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال النبى صلى الله عليه و آله و سلم: كما لا يحل لغريمك أن يملكك و هو مؤسر فكذلك لا يحل لك أن تعسره، إذا علمت أنه معسر «٢»، فدل على أن الإعسار شرط لعدم حل التعسر و هو يلازم عدم وجوب الإنظار ما لم يحرز الشرط.

و يدل على الثانى، قوله: لى الواجد يحل عرضه و عقوبته ٣، حيث علق العقوبة على كونه واجداً و موسراً و الظاهر أن الأدلة ليست ناظرة إلى هذه الجهة و أن الإذعان بأحد الأمرين مشكل، فتصل النوبة إلى الأصول و سيوافيك أن الصور ستة لأن الحالة السابقة إما أن تكون الإيسار، أو الإعسار، أو مجهولة أو على كل تقدير إما أن يقيم المدعى البينة على الإيسار أو لا.

(١) زين الدين العاملى، المسالك: ٢ / ٤٠١.

(٢) ٢ و ٣ الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٨ من أبواب الدين، القرض، الحديث ٥ و ٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٦٦

و إليك أدلة الأقوال:

أما القول الأول أى الحبس مطلقاً حتى يثبت الإعسار فيدل عليه خبر غياث بن إبراهيم عن على عليه السلام أنه كان يحبس فى الدين فإذا تبين حاجه و إفلاس حلى سبيله حتى يستفيد مآلاً. «١»

يلاحظ عليه: أنه لا ينافى تفصيل المحقق، لأن الظاهر من الدين هو المال المقترض، أو ثمن الجنس المشتري لا مثل مهر الزوجه أو أرش الجناية، و بما أنه نقل فعل لا يمكن الأخذ بإطلاقه حتى يعم جميع الصور و عندئذ ينطبق على القسم الأول المذكور فى كلام المحقق من كون أصل الدعوى مآلاً و الاستصحاب يقتضى بقاءه، و ادعاء الإعسار يخالفه فعليه البينة و إلا يحلف المنكر أى الدائن إلا إذا تبين الإعسار.

و أما القول الثانى ففيه شقوق:

١- إذا ادعى الإعسار و لم يكن له مال ظاهر، و أقام البينة قضى بها الحاكم، مطلقاً من غير فرق بين كون الحالة السابقة هى الإعسار أو اليسار أو كانت مجهولة. فيكون حكم الجميع واحداً.

٢- إذا ادعى الإعسار و لم يكن له مال ظاهر و لم يقيم بينة فهنا صور ثلاث:

أ: إما أن تكون الحالة السابقة، اليسار.

ب: أو تكون الحالة السابقة الإعسار.

ج: أو تكون الحالة السابقة مجهولة.

أمّا الصورة الأولى كما إذا كان له أصل مال معهود سابقاً أو كان أصل الدعوى مالاً كالقرض و نحوه، حُبِسَ حَتَّى يَثْبِتَ إعساره و ذلك لأصالة بقاء المال و لو قيل بكونها أصلاً مثبتاً بالنسبة إلى اليسار، أستصحب نفس وصف اليسار

(١) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٧ من أبواب الحجر، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٦٧

حتى يثبت الاعسار فعلى المدين إقامة البيئته على عروض الإعسار و إلّا حلف المنكر و حكم عليه بأداء الدين فإن أدّى و إلّا حبس حتى تتبين حاله فإن تبين يساره، أمر بالأداء، و إلّا قام الحاكم مكانه و إن تبين عروض الإعسار خلى سبيله. و الحاصل أنّ مدعى عروض العسر بعد اليسر، يكون مدعياً، و القول قوله مخالفه و هو بقاء اليسار يمينه فعلى الأول إقامة البيئته و إلّا يحلف الثانى.

و استشكل فيه المحقق الأردبيلي «١» بأنّه لا يخلو عن شيء و قال: إذ قد لا يكون له بيئته و يكون معسراً و المال تالفاً و لم يكن ظالماً حتى يحلّ عرضه و عقوبته عاجله من غير ظهور وجهها و مجرد وجود مال عنده لا يستلزم بقاءه حتى يحبس لإعطائه فالحبس بعيد خصوصاً إذا كان ظاهر حاله إتلافه مثل أن يستقرض ليخرجه في مؤنته مع حاجته أو وجد عنده و لكن يحتاج في كلّ يوم إلى نفقه، فالظاهر من حاله أنّه أخرجه و من أنّى يأتي بالبيئته حين إخراج كلّ درهم درهم فيمكن عدم الحبس بل الإحلاف على عدم بقاءه عنده، فتأمل، و يخلّى سبيله إلى ميسرة. «٢»

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره مجرد احتمال لا يقاوم الحجّة و هو الاستصحاب، و إلّا لزم الامتناع عن القضاء في أكثر الموارد لأجل هذه الاحتمالات، نعم لو كان ظاهر حاله إتلافه كما في الاستقراض لأجل الصرف في المؤنة فهو خارج عن مصب الكلام بل يجب عندئذ إقامة البيئته على مدعى البقاء لما سيوافيك. من أنّ المدعى و المنكر من المفاهيم العرفية، فعلى مدعى البقاء مع الاعتراف بأنّه استقرض للصرف في المؤنة، إقامة البيئته نعم للعلامة في المقام كلام قيم قال: «و مع ذلك، فليس للحاكم حبسه و الغفلة عنه بالكلية، و لو كان غريباً لا يتمكّن من إقامة البيئته و كلّ القاضى من يبحث عن منشئه و منتقله، و تفحص عن أحواله بقدر الطاقة فإذا غلب على ظنّه إفلاسه شهد به عند القاضى لثلاثاً تتخلّد عليه

(١) بيان للقول الثالث الذى نوهنا به فى صدر البحث.

(٢) الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٣٥ / ١٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٦٨

عقوبة السجن. «١»

أمّا الصورة الثانية أعنى: إذا لم يكن له مال ظاهر و كانت الحالة السابقة هي الإعسار، كما إذا طلب الزوجة مهرها، ففي هذه الصورة، البيئته لمن يدعى اليسار و التمكن و إلّا يحلف مدعى الإعسار، و إن ردّ اليمين على مدعى اليسار و حلف حكم على المدين بأداء الدين فإن أدّى و إلّا حبس حتى تتبين حاله فإن تبين يساره أمره الحاكم بالأداء و إلّا يقوم عنه بالأداء و إن تبين إعساره خلى سبيله. أمّا الصورة الثالثة أعنى: إذا جهلت الحالة السابقة، فهل مدعى اليسار و القدرة يقيم البيئته و إلّا يحلف الآخر، أو أنّ الأصل في الأموال جواز المطالبة و التصديق عند العقلاء حتى يثبت الخلاف و عليه عملهم؟ و لعلّ الثانى هو الأقوى و يؤيده ما حكى من عمل الإمام على عليه السلام من الحبس من غير فصل بين الحالات.

و أمّا القول الثالث و هو خيرة المحقق الأردبيلي فقد علم وجهه ممّا نقلناه عنه استشكالاً على المحقق فلاحظ.

نعم لا يحبس الوالد و لا الوالدة للولد لمنافاة الحبس للمصاحبة بالمعروف كما قال سبحانه: (وَ صَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا) (لقمان/

(١٥).

و يدلّ عليه خبر الحسين بن أبى العلاء قال: قلت لأبى عبد الله: ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال عليه السلام: «قوته بغير سرف إذا اضطرّ إليه» قال: فقلت له: فقول رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم للرجل الذى أتاه فقدم أباه فقال له: أنت و مالك لأبيك فقال عليه السلام: «إنما جاء بأبيه إلى النبى صلّى الله عليه وآله وسلّم فقال: يا رسول الله: هذا أبى و قد ظلمنى ميراثى عن أمى فأخبره الأب أنّه قد أنفق عليه و على نفسه و قال صلّى الله عليه وآله وسلّم أنت و مالك لأبيك و لم يكن عند الرجل شىء أو كان رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم يحبس الأب للابن» و يؤيده سائر

(١) العلّامة الحلّى، التذكرة، كتاب الحجر: ٥٩ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٦٩

الأخبار الدالّة على أنّ الولد و ماله لأبيه. «١»

قال فى القواعد: و يجوز الحبس فى دين الولد. «٢»

و قال المحقّق الثانى: فى رواية الحسين بن أبى العلاء عن الصادق عليه السلام ما يدلّ على عدم الجواز، و إن كان فى الحسين قول، لكن ظاهر قوله عليه السلام: «أنت و مالك لأبيك» و مؤكّدات القرآن فى حقّ الوالدين مؤيدة لهذا الرواية، و القول بعدم الجواز لا يخلو من قوّة، و اختاره فى التذكرة. «٣»

و منه يعرف حال المريض، إذا كان الحبس ضرورياً أو حرجياً عليه فينظر حتى يبرأ.

هذا كلّه حول الإجابة بالإقرار، بقى الكلام فى الإجابة بالإنكار و السكوت أو ب «لا أدري» و إليك البحث عن الجميع واحداً تلو الآخر.

الفصل الثانى فى الإنكار

و يقع الكلام فى جهات ثلاث:

إشارة

قد تقدّم أنّ المدعى عليه إمّا أن يقرّ أو ينكر أو يسكت فقد فرغنا من البحث فى الأول فيقع الكلام فى الإنكار. ثمّ المنكر إمّا أن يحلف أو يردّ الحلف على المدعى أو ينكل فالكلام يقع فى جهات ثلاث:

(١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٧٨، من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨ و رواه الكليني و الصدوق و الشيخ.

(٢) الإيضاح: ٧٩ / ٢ و جامع المقاصد: ٣٠٢ / ٥.

(٣) التذكرة: ٥٩ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٧٠

الجهة الأولى: إذا حلف المنكر

إشارة

و هنا مسائل:

- ١- تعريف القاضى للمدعى بأن له أحد الأمرين: إقامة البيئنة أو إحلاف المنكر، جوازاً أو وجوباً.
- ٢- فى إحلاف المنكر قبل رضا المدعى.
- ٣- فى توقّف إحلاف المنكر على إذن الحاكم و عدمه.
- ٤- ما يترتب على حلف المنكر من الآثار: عدم جواز تجديد الدعوى، حرمة التقاص من ماله أو استنقاذ عينه، و حرمة مطالبه إعادة المحاكمة، لا أثر لإقامة البيئنة، أو إقامة شاهد مع اليمين.
- ٥- براءة المنكر متوقّفة على حكم الحاكم أو لا؟
- ٦- إذا اكذب نفسه و أقرّ بالحقّ بعد الحلف.

المسألة الأولى: هل يجب على القاضى تعريف المدعى بأحد الأمرين:

إقامة البيئنة أو الإحلاف عند عدمها أو لا يجب؟ لا شكّ فى جوازه و ليس من قبيل تلقين الحجّة للخصم المحرّم، و إنّما هو إرشاد، لما أعطاه الشارع من الحق أو بيان للحكم الشرعى فى المورد، و قال: البيئنة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه. «١» إنّما الكلام فى وجوبه إذا لم يكن المدعى واقفاً بالحكم أو كان واقفاً لكن يحتمل أنه ليس له إحضارها إلّا إذا طلبها الحاكم منه. و الوجوب لا يخلو من قوّة لأنّه مأمور بالفصل و لا يتمّ إلّا بتعليمه الحكم. قال السيد الطباطبائي: إذا أجاب بالإنكار وجب على الحاكم إذا لم يعلم المدعى أنّ عليه البيئنة أن يعرفه بذلك ثم يقول: أ لك

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

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٧١
بيئنة فإن لم تكن عنده وجب عليه أن يقول له، لك حقّ الحلف إذا لم يعلم ذلك. «١»

المسألة الثانية: فى إحلاف المدعى عليه قبل إذن المدعى

إذا رضى المدعى، بحلف المنكر فلا- شكّ فى نفوذ حلفه و ترتب الآثار عليه إنّما الكلام إذا أحلفه القاضى من دون سؤاله و استحصال رضاه فهل ينفذ أو لا؟ اختار الثانى، الشهيد فى المسالك «٢» و نسب إلى الفاضل فى كشف اللثام و هو صريح السيد على فى الرياض «٣»، و استدلل الشهيد ما هذا حاصله: وجود الفرق بين تعريف المدعى بأحد الأمرين، و إحلاف المنكر من دون استحصال رضاه فإنّ التعريف لا يضرمه بل ينفعه، بخلاف تحليف المنكر من دون سؤاله فإنّه يضرّ لأنّه يسقط الدعوى و تذهب اليمين بحقه، و قد يتعلّق غرض المدعى ببقائها إلى وقت آخر لعلّه يتوفّق لإقامة البيئنة أو يتحرى وقتاً صالحاً لئلا يتجرى المنكر على الحلف إلى غير ذلك من الأمور.

و قال السيد العاملى هذا موضع وفاق بين الأصحاب بل عند العامة أيضاً لأنّه حقّ للمدعى و مسقط لدعواه و قد لا يريد الإحلاف فى الحال ليتذكّر بيئته أو يعود الخصم إلى الإقرار. «٤»

و قال السيد الطباطبائي: لا يجوز للحاكم أن يحلفه من دون سؤاله المدعى، و كذا لا يجوز تبرّع المنكر به قبل سؤاله بلا خلاف بل بالإجماع الظاهر لأنّه حقّه فيتوقّف على مطالبته و ربّما تعلّق غرضه بأن لا يحلفه توقّعاً لوجود شهود أو ارتداع المنكر عن إنكاره أو طىّ الدعوى بالصلح أو نحو ذلك. «٥»

أقول: قد مرّ نظير المسألة و هو أنه إذا طرح المدعى الدعوى، فهل طلب

(١) السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٥٩ / ٢.

(٢) زين الدين العاملي: المسالك: ٤٠٨ / ٢.

(٣) الجواهر: ١٧٠ / ٤٠.

(٤) العاملي، مفتاح الكرامة: ٥٧ / ١٠.

(٥) السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٥٩ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٧٢

الجواب من المدعى عليه، مشروط بإذن المدعى أو لا؟ و أيضاً إذا أنهى الحاكم المخاصمة و تبين له الحق، فهل الحكم مشروط بإذن المدعى أو لا؟ و قد عرفت أنّ الحقّ عدم الاشتراط و أمّا المقام فالحقّ عدم الاشتراط لضعف ما استدللّ به.

أولاً: أنّ المقام من باب خلط الحكم بالحقّ فليس اليمين مثل إقامة البينة من الحقوق بل من باب الحكم الشرعي و أنّهما من أدوات القضاء، كيف و قد فسّر الحقّ بجعل السلطنة من الشارع للشخص بحيث يوجد الجعل سلطه له و ليس المقام كذلك.

ثانياً: سلّمنا أنّه من باب الحقّ، لكنّه حقّ له على المنكر، لا على القاضي فليس معناه تقييد إطلاقات أدلّة القضاء و فصل الخصومة به بل معناه أنّ للمدعى إعماله و إسقاطه. و أمّا أنّ له إيقاف أمر القضاء و تأخيره إلى وقت آخر، فلا يستفاد منه بل غايته أنّه لو أحلف، يقضى به، و إن أسقط، يحكم على المنكر بالبراءة و تكون الدعوى مختومة، و لكن ليس له وراء ذلك أمر ثالث و هو إيقاف المخاصمة و تأخيرها إلى وقت آخر للغايات المذكورة في كلامهم، لأنّها أغراض شخصية لا يكون سبباً لتقييد إطلاقات الأدلّة.

و الحاصل أنّ ما ذكر في المسالك و غيرها لا يخرج عن كونه حقاً للمدعى على المدعى عليه، و أمّا أنّ حكم القاضي مقيد بإذن المدعى فلا يستفاد منه. فالأقوى لو لا الإجماع المدعى، و ما سوافيك من الروايات، عدم توقّف إحلاف القاضي بإذن المدعى.

نعم هناك روايات ربّما يستظهر منها اشتراط الإحلاف بإذن المدعى و هي ثلاث:

١- موثقة (١) ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا رضى صاحب

(١) لوجود ابن فضال في السند، و المراد من على بن عقبه، فيه هو على بن عقبه بن خالد الأسدي الثقة، و هو يروى عن موسى بن اكيل النميري الثقة.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٧٣

الحقّ بيمين المنكر لحقه، فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قبله، ذهب اليمين بحقّ المدعى فلا دعوى له. (١)

٢- خبر خضر النخعي عن أبي عبد الله عليه السلام و فيه: ان استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً و إن تركه و لم يستحلفه فهو على حقه. (٢) فظاهر الفعل (استحلفه) هو قيامه بالإحلاف عن اختيار.

٣- خبر عبد الله بن وضّاح و قد جاء فيها: «و لو لا أنّك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك و لكنك رضيت بيمينه. و قد ذهب اليمين بما فيها». ٣

وجه الاستدلال بالروايات الثلاث هو أنّه إذا كان ذهاب الحقّ باليمين مشروطاً برضى المدعى، باليمين فيدلّ بالدلالة الالتزامية على اشتراط إحلاف القاضي أيضاً برضاه. إذ لو لم يكن إحلافه مشروطاً، برضا المدعى، كانت شرطية رضاه بحلف المنكر أمراً لغواً، لأنّ القاضي يحلفه، و هو يذهب بحقّ المدعى و إن لم يكن راضياً بيمينه هذا غاية توضيح للاستدلال بالروايات الثلاث.

و مع هذا ففي دلالة الروايات على القول المشهور إشكال فإنّ كون الحلف واقعاً عن رضاه يتصوّر على وجهين:

- ١- تصريحه بأنه راض بحلف المنكر.
- ٢- استدعاؤه من القاضى أن يحكم بينهما بالحقّ و الشرع و يُنهي الخصومة، فمعنى ذلك أنه راض بكلّ ما يقوم به طبق الضوابط الدينية أو العرفية من الأمر له بإقامة البيّنة و للآخر بالحلف، و الرضا بالكلّ رضاً بالجزء و هو الحلف و لا يتوقّف على رضاً آخر، فالحضور عنده كاف فيما هو المعترف فى الرضا.
- و بالجملة: نحن نقول باشتراط الإحلاف بالرضا، لكن ليس المقصود منه

- (١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.
- (٢) ٢ و ٣ الوسائل: الجزء ١٨ الباب ١٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١-٢.
- نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٧٤
- شيئاً سوى الحضور لدى القاضى و طلب المحاكمة منه.

المسألة الثالثة: فى توقّف إحلاف المنكر على إذن الحاكم

- الإحلاف المؤثر الذى ترتّب عليه آثار القضاء مشروط بإذن المدعى و الحاكم، و قد مرّ الكلام فى الأوّل و إليك البحث فى الثانى:
- ١- قال ابن إدريس «و متى بدأ الخصم باليمين، من غير أن يُحلفه الحاكم، لم يبرّه ذلك من الدعوى و كان متكلّفاً». (١)
- ٢- قال المحقّق: لو تبرّع هو (المدعى) أو تبرّع الحاكم بإحلافه لم يعتدّ بتلك اليمين و أعادها الحاكم إن التمس المدعى. (٢) و المقصود من تبرّع المدعى إحلافه المنكر بلا إذن صادر من الحاكم.
- ٣- و قال العلامة فى القواعد: و كذا الحالف لا يتدى باليمين من غير أن يُحلفه الحاكم فلو تبرّع الحالف أو الحاكم باليمين وقعت لاغية و لم يعتدّ بها و يعيدها الحاكم بعد سؤاله و كذا لو حلفه من غير حاكم. (٣)
- ٤- و قال فى الجواهر: نعم ذكر الشهيدان و غيرهما من غير خلاف أجده فيه أيضاً بل فى مجمع البرهان نسبتته إلى الأصحاب، أنه لا يستقلّ الغريم باليمين من دون الحاكم و إن كان حقاً لغيره لأنه وظيفته. (٤)
- ٥- و قال السيّد الطباطبائى: و كذا لا يعتدّ بإحلاف المدعى من دون إذن الحاكم بلا خلاف لأصالة عدم ترتّب الأثر. و لأنه المعهود المنصرف إليه الأخبار، و للأخبار المشتملة على قوله: «أضفهم إلى اسمى» كخبر محمد بن قيس أن نبياً من الأنبياء شكّا إلى ربّه كيف أقضى بأمر لم أخبر ببيانها؟ قال: فقال له: «رُدّهم إلىّ»

(١) ابن إدريس، السرائر: ٢ / ١٦٠.

(٢) نجم الدين الحلى: الشرائع: ٨٤ / ٤.

(٣) مفتاح الكرامة، قسم المتن: ٧٥ / ١٠.

(٤) الجواهر ١٧١ / ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٧٥

- و أضفهم إلى اسمى يحلفون به» و نحوه مرسله أبان، و صحيحه سليمان بن خالد. و الحاصل أنه يمكن أن يستظهر من الأخبار «١»، أن ذلك من وظائف الحاكم و مع قطع النظر عن ذلك ففى الإجماع و الأصل كفاية. (٢)
- يلاحظ عليه ما استدللّ به من الروايتين «٣» لا دلالة لهما على الشرطية و إنّما وردتا فى مورد إحلاف القاضى، و لا يدلّان على لغوية إحلاف ذى الحقّ من دون إذن القاضى كما هو المطلوب و أمّا كونه منصرف الروايات أو الأصل عدم ترتّب الأثر إنّما يصحّ لو لم

يكن هناك إطلاق فى روايات الإحلاف، فإن إطلاق قوله: «إذا رضى صاحب الحقّ بيمين المنكر... ذهبت اليمين بحقّ المدعى» أو قوله: «من حلف لكم فصدّقوه». ٤ يعمّ كلتا الحالتين. ولأجل ما ذكر قال فى الجواهر إن إقامة الدليل عليه إن لم يكن إجماع فى غاية الصعوبة بل لعلّ ظاهر الأدلّة الآتية خصوصاً خبر اليهودى المشتمل على تحليف الوالى المعلوم كونه ليس من أهل الحكومة، خلافه. و الأحوط لو لم يكن الأقوى سقوط حقّه إذا أحلفه فى غير حضرة الحاكم، نعم لا يترتب عليه أثر الحكم لعدمه بالفرض لو افترضنا أنّ له أثراً فى المقام من حرمة النقض و غيرها.

و العجب أنّ السيد اختار ما نقلناه عنه فى المسألة الثانية من الفصل الرابع من كتابه و لكنّه فى نفس الفصل فى المسألة السادسة بعد استظهار اختصاص الحلف المسقط للحق بما إذا كان باستحلاف الحاكم فى المرافعة قال: ما نصّه: «و إن كانت الأخبار مطلقة و الأحوط التعميم بل يستفاد من خبر عبد الله ابن وضّاح المتقدّم عدم اعتبار كون الحلف عند الحاكم الشرعى لكونه عند

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

(٢) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/ ٦٠.

(٣) ٣ و ٤ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٧٦

الوالى. «١»

المسألة الرابعة: فى ما يترتب على الحلف:

إشارة

إذا أحلف المنكر يترتب عليه أمور:

١- سقوط الدعوى.

٢- لو ظفر بمال الغريم لم تحلّ له المقاصة.

٣- و لو أعاد المطالبة أثم و لم تسمع دعواه.

٤- و لو أقام بينه بما حلف عليه المنكر لم تسمع.

٥- و لو أقام شاهداً و ضمّ إليه اليمين لم تسمع.

و إليك دراسة هذه الآثار:

أما سقوط الدعوى فإنّه لازم نفوذ حكم القاضى و إلّا يكون لغواً.

و أمّا عدم جواز التقاوس فتدلّ عليه مضافاً إلى ما تقدّم من الروايات الثلاث أعنى: موثقة ابن أبى يعفور، و خبر خضر النخعى و ابن وضّاح، صحيحة سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع لى عنده مال فكابرنى عليه و حلف، ثم وقع له عندى مال فأخذه لمكان مالى الذى أخذه و أجحده و أحلف عليه كما صنع قال: إن خانك فلا تخنه و لا تدخل فيما عتبه عليه. «٢» و فى مقابل هذه النصوص رواية أبى بكر الحضرمى و قد رويت مضمرة و مسندة أما الأولى: قال قلت: له رجل عليه دراهم فجحدنى و حلف عليها، أيجوز لى إن وقع له قبلى دراهم أن أخذ منه بقدر حقى؟ قال: فقال: نعم و لكن لهذا كلام

(١) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢٠/ ٦٢.

(٢) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٧٧

قلت: و ما هو؟ قال: تقول: «اللهم إني لا آخذه ظلمة ناخ لا و وإنما أخذته مكان مالي الذي أخذ مني، لم أزد عليه شيئاً». (١)
أمياً المسندة فروى عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: رجل كان له على رجل مال، قال: فجحده إياه و ذهب به ثم صار بعد ذلك للرجل الذي ذهب بماله مال قبله. أي يأخذه مكان ماله الذي ذهب به منه ذلك الرجل؟ قال: نعم و لكن لهذا كلام يقول الخ.
و لعل الروايتين واحدة و إن كان الدائن في الأول نفس الراوى، و في الثانية رجل، غير أن الثانية خالية عن الحلف فالتقاص عندئذ لا يكون مخالفاً لما مرّ، و أما الأولى فربما تحمل على ما إذا كان الحلف تبرعياً لا في محضر القاضي و لكنك عرفت عدم كونه شرطاً في تأثير الحلف و الأولى أن يطرح لإعراض الأصحاب عنه، و العمل بالمشهور هو المتعين.

نعم يبقى في المقام سؤال و هو أنه ما هو المقصود من ذهاب الحق باليمين فإن أريد منه الذهاب الظاهري فهو إنما يصح إذا كان المدعى شاكاً في كون العين له أو كونه مديوناً و أما إذا كان قاطعاً بالخلاف فلا موضوع للحكم الظاهري.

و إن أريد الذهاب الواقعي، فلازمه عدم التأثير إذا أقر بالحق بعد الإنكار و الحلف، لأن المفروض خروج العين عن ملك المدعى. و الجواب أن الحكم بالذهاب، حكم قضائي بأن العين للمنكر، و الحكم القضائي، لا- ظاهري حتى لا- يتصور، جعله في حق العالم بالواقع كالمدعى، و لا- واقعي حتى لا- يؤثر الإقرار بعد الإنكار في رجوع العين إلى المالك بل هو قسم ثالث تجب متابعتها تكريماً للحلف و احتراماً لمقام القضاء فهو أشبه بالأحكام الواقعية الثانوية كجواز الدخول في الصلاة بالطهارة الترابية و جواز الاقتداء بصلاة

(١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤، ٥.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٧٨

المخالف عند التقيّة، فلا يشترط في صحّة جعله الشكّ، بل يصحّ جعله و إن كان أحد الطرفين قاطعاً بالخلاف. نعم الحكم معتبر، ما لم ينكشف الخطأ لدى القاضي فإذا أقر بالحق انكشف الخطأ في حكمه، و يرجع كل شيء إلى أصله.

و هل يجوز احتساب ما في ذمّة المنكر خمساً أو زكاه ممّا لا يوجب حقاً للمدعى على المنكر أو لا؟ قال السيّد الطباطبائي: إنّ القدر المتيقن من سقوط حقّ المدعى هو عدم جواز المطالبة و عدم جواز المقاضة، و عدم سماع الدعوى منه بعد الحلف و نحو ذلك ممّا يعدّ معارضة للمنكر كبيع العين أو هبتها من غيره و بيع الدين أو صلحه من الغير و أمّا ما لا يعدّ معارضة كإبرائه من الدين أو عتق العبد أو احتساب ما عليه خمساً أو زكاه أو مظالم إذا كان من أهلها فلا مانع منه إذ الإطلاقات منصرفة عنه. (١)

و ما ذكره لا يخلو من قوّة لأنصراف الروايات إلى أنّه لا يحقّ له المطالبة و أمّا الاحتساب المذكور فلا يعدّ مطالبة بل هو إحسان له بالنسبة و إلّا يلزم عدم صحّة إبرائه و هو كما ترى.

و منه يعلم حكم فرع آخر ذكره السيّد الطباطبائي و هو شراء العين المحلوف عليها من الحالف و التصرف فيها بعده، في ظاهر الشرع و إن كان الشراء باطلاً لأنّ المفروض أنّها باقية على ملكه و كذا يجوز اتهاؤها منه بل الظاهر جواز التصرف فيها بإذنه و رضاه و إن كان إذنه بعنوان أنّها له، و هكذا نحو ذلك مما لا يعدّ معارضة. (٢)

أما حرمة مطالبة إعادة المحاكمة

إشارة

قال المحقق: و لو عاود المطالبة أتم و لم تسمع دعواه.

(١) السيّد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢ / ٦٢.

(٢) السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢، المسألة ٨ / ٦٣ فى الفصل الرابع.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٧٩

إن لمطالبة إعادة المحاكمة صورتين:

إحدهما: أن يطالبها مع عدم البيئنة سواء أعادها عند الحاكم الأول أو عند حاكم آخر. وذلك لأن المفروض ذهاب حقه باليمين، فلا حق حتى يطالبه.

ثانيهما: أن يطالبه مع إقامة البيئنة وهذا هو البحث التالى.

إذا أقام المدعى بيئته بعد حلف المنكر

المشهور أنه إذا حلف المنكر لا تسمع بيئته المدعى.

١- قال الشيخ فى الخلاف: إذا حلف المنكر ثم أقام المدعى البيئته بالحق لم يحكم له بها. و به قال ابن أبى ليلى، و داود و قال باقى الفقهاء إنه يحكم بها، دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم.

و أيضاً قوله: من حلف فليصدق، و من حلف له فليرض. و من لم يفعل فليس من الله فى شىء. «١»

٢- و ذهب فى المبسوط إلى خلاف ما فى الخلاف و قال: إذا عرض اليمين عليه فلم يخل من أحد أمرين إما أن يحلف أو ينكل فإن حلف أسقط الدعوى و ليس للمدعى أن يستحلفه مرة أخرى فى هذا المجلس و لا فى غيره اللهم إلا أن يكون له بيئته عليه فحينئذ يأتى بالبيئنة. «٢»

٣- و ذهب المفيد إلى السماع إلا إذا شرط المنكر سقوط دعواه باليمين. قال: و إذا التمس المدعى يمين المنكر فحلف له و افترقا و جاء بعد ذلك ببيئته تشهد له بحقه الذى حلف له عليه خصمه، ألزمه الحاكم الخروج منه إليه اللهم إلا أن يكون المدعى عليه قد اشترط للمدعى أن يمحو عنه كتابه عليه، أو يرضى بيمينه

(١) الطوسى، الخلاف، ج ٣، كتاب الشهادة، المسألة ٤٠.

(٢) الطوسى، المبسوط، ج ٨، كتاب القضاء / ١٥٨.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٨٠

فى إسقاط دعواه فإن اشترط له ذلك لم تسمع بيئته من بعد، و إن لم يشترط له ذلك سمعت على ما ذكرناه. «١»

٤- و قال ابن إدريس: و إن قال المدعى ليس معى بيئته، و طلب من خصمه اليمين فحلفه الحاكم ثم أقام بعد ذلك البيئته على صحه ما كان يدعيه لم يلتفت إلى بيئته و أبطلت. «٢»

٥- و قال المحقق: و لو أقام بيئته بما حلف عليه المنكر لم تسمع و قيل يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين. «٣»

٦- و قال العلامة: و إذا حلف المنكر سقطت الدعوى ... و لا تسمع دعواه و لا بيئته ثم نقل قولين:

أ: يحكم بالبيئنة إلا أن يشترط سقوط الحق باليمين.

ب: و تسمع مع النسيان. «٤»

٧- و قال فى الإرشاد: و لو أقام المدعى بيئته بعد إحلاف الخصم، لم تسمع، و إن لم يشترط سقوط الحق باليمين أو نسيها. «٥»

٨- قال فى المختلف: اختلف الشيخان فقال المفيد رحمه الله: إذا التمس المدعى يمين المنكر فحلف له و افترقا فجاء بعد ذلك بيئته تشهد له بحقه الذى حلف له عليه خصمه ألزمه الحاكم الخروج منه إليه. اللهم إلا أن يكون المدعى عليه قد اشترط للمدعى أن يمحو

عنه كتابه عليه أو يرضى بيمينه فى إسقاط دعواه فإن اشترط له ذلك لم تسمع بيئته من بعد و إن لم يشترط له ذلك سمعت على

(١) المفيد، المقنعة: ٧٣٣.

(٢) ابن إدريس، السرائر: ١٥٩ / ٢.

(٣) نجم الدين الحلّي: الشرائع: ٨٤ / ٤.

(٤) العلامة الحلّي، القواعد كما في متن مفتاح الكرامة: ٧٧ / ١٠.

(٥) العلامة: إرشاد الاذهان: ١٤٤ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٨١
ما ذكرناه.

و قال الشيخ في الخلاف: إذا حلف المدعى عليه ثم أقام المدعى البيّنة بالحق لم يحكم له بها و به قال في النهاية و المبسوط «١» و هو قول ابن الجنيد و نقله عن الباقر و الصادق عليهما السلام.

و للشيخ في المبسوط قول آخر أنه إن كان أقام البيّنة على حقه، غيره و تولّى ذلك الغير الإشهاد عليه و لم يعلم هو أو تولّى هو إقامة البيّنة و نسي فإنّه يقوى في نفسه أنه يقبل بيّنته فأما مع علمه بيّنته فلا يقبل بحال و به قال أبو الصلاح و ابن إدريس «٢» و قال ابن البرّاج في الكامل بما ذهب إليه المفيد و به قال ابن حمزة أيضاً و المعتمد ما قاله الشيخ في النهاية. «٣»

٩- و قال المحقق الأردبيلي فلو أقامها بعد إحلاف المدعى عليه لم تسمع سواء شرط سقوط الدعوى أم لا، و سواء قال: كان لي بيّنة و نسيتهما و نحو ذلك و طلبت اليمين أم لا. «٤»

١٠ و قال السيّد الطباطبائي: فإن حلف سقطت الدعوى في ظاهر الشرع، لكن لا يبرأ من الحقّ لو كان كاذباً فيجب عليه التخلّص من حقّ المدعى، و على ذلك فليس للمدعى بعد الحلف مطالبه حقه و لا مقاصّته و لا يجوز له الدعوى و لا تسمع دعواه بالإجماع و النصوص ففي ذيل صحيحة ابن أبي يعفور المتقدّمة بعد قوله: «فلا- حقّ له: قلت: و إن كان له بيّنة عادلة قال: نعم فإن أقام بعد ما استحلفه بالله، خمسين قسامه ما كان له حقّ و كانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعه قبله ممّا قد استحلفه عليه. قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «من حلف لكم بالله فصّدقوه و من سألكم

(١) قد عرفت نص المبسوط و هو على خلاف هذا النقل و لعله ذكره في موضع آخر منه.

(٢) قد عرفت نص السرائر على خلافه و لعله ذكره في موضع آخر منه.

(٣) العلامة، المختلف: الفصل الثالث من كتاب القضاء: ١٤٧.

(٤) الأردبيلي: مجمع الفائدة: ١٣٧ / ١٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٨٢

بالله فاعطوه و ذهبت اليمين بحقّ المدعى و لا دعوى له. «١»

و حصيلة الأقوال:

١- عدم السماع مطلقاً.

٢- السماع مطلقاً

٣- السماع إلّا إذا اشترط السقوط.

٤- عدم السماع إلّا إذا نسي المدعى البيّنة.

٥- عدم السماع إلّا إذا تولى الغير إقامة البيّنة أو نسى المدعى البيّنة و هو الذى نقله العلامة عن المبسوط.

هذه هى الأقوال فى المسألة و منه يعلم عدم وجود إجماع فى المسألة سوى الشهرة من عصر المحقق و لا بدّ من دراسة أدلة المسألة:

استدل لعدم السماع، بما رواه ابن أبى يعفور، أعنى قوله: «نعم و إن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه ...» (٢).

أقول: إن مقتضى القاعدة هو السماع خصوصاً إذا كان عدم الإحضار مستنداً إلى عذر مقبول عند العقلاء، كعدم حضورها أو عدم تذكّرها و ذلك بوجهين:

١- أن نسبة اليمين إلى البيّنة نسبة الأصل إلى الأمانة، فالشارع ابتكر علاجاً خاصاً لفصل الخصومة عند فقد الدليل الموصل إلى الواقع، و من المعلوم ارتفاع موضوع الأصل عند وجود الدليل فيكشف عن أنّ القضاء باليمين، لم يكن على الوجه الصحيح و إن كان القاضى معذوراً، فإذا تبين الخلاف، ينتهى أمد الحكم الأوّل. هذا هو مقتضى القاعدة. و لا يعدل عنها

(١) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/ ٦٠، المسألة ٣.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من ابواب كيفية الحكم، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلاميه الغراء، ج ١، ص: ٣٨٣

إلّا بدليل قاطع.

٢- أن مقتضى إطلاق دليل حجية البيّنة، هو لزوم الأخذ بها مطلقاً، سواء حلف أم لم يحلف و بذلك يعلم ضعف ما فى المسالك: «إنّ اليمين حجّة للمدعى عليه، كما أنّ البيّنة حجّة للمدعى و كما لا يسمع يمين المدعى عليه بعد حجّة المدعى كذلك لا يسمع حجّة المدعى بعد حجّة المدعى عليه». (١) و ذلك للفرق الواضح بين الحجّتين. كما لا يخفى فعدم سماع يمين المدعى عليه، عند وجود البيّنة، لا يكون دليلاً على عدم سماعها عند وجود اليمين لكون النسبة بينهما نسبة الأصل إلى الأمانة.

و ليس فى مقابلهما سوى موثقة ابن أبى يعفور و العمل بذيلها مشكل حيث قال: «و إن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه ما كان له» فإنّ القسامه فى مورد الدم مقدّمه على الحلف فكيف لا تكون مقدّمه فى المقام فإنّ المال ليس بأهم من الدم فاللازم إرجاع علمها إليهم عليهم السّلام فالأحوط السماع و أولى منه التصالح. كما لا يخفى.

نعم ربّما يستدلّ على السماع بأنّ: «كلّ حالة يجب عليه الحقّ بإقراره، فيجب عليه بالبيّنة كما قبل اليمين» (٢) و أجاب عنه المحقق الآشتياني: «أنّ المقرّ بإقراره يخرج عن موضوع ما دلّ على عدم جواز ترتّب أثر الحقّ على المحلوف عليه كذباً، بخلاف البيّنة فإنّ الموضوع فى صورة قيامها، باق بحاله فلا يجوز سماعها و ترتيب الأثر عليها» (٣).

و لكن الإجابة ضعيفة، لما عرفت من أنّ نسبة اليمين إلى البيّنة إنّما هو نسبة الأصل إلى الأمانة فلا يكون الموضوع باقياً فى كلتا صورتين فالتفصيل بين

(١) زين الدين العاملى: المسالك: ٢/ ٤٠٩.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) الآشتياني: القضاء: ١١٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلاميه الغراء، ج ١، ص: ٣٨٤

الإقرار و البيّنة مشكل.

و أمّا القول بجواز السماع إلّا إذا اشترط سقوط الدعوى بالحلف، فمنظور فيه، إذ لو كان السماع جائزاً فاشترط سقوطه يكون على خلاف السنّة إلّا إذا رجع الشرط إلى إلزامه اختيار جانب الترك من الجواز من دون أن يمسّ الاشتراط كرامة الحكم الشرعى، كما

أوضحنا حاله فى مبحث الشروط فى الخيارات. (١)

ومنه يظهر حكم حال النسيان أو تولّى الغير بإقامة البيّنة إذ لا دليل على التفريق بين الذاكر و الناسى، أو بين تولّى النفس و الغير، إذ لو كان المستند فى السماع هو إطلاق دليل البيّنة، فلا وجه للتفريق بين صورتين، كما أنّ الحال كذلك لو كان المستند فى عدم السماع هو موثقة ابن أبى يعفور.

نعم ربّما يكون الشمول فى صورة النسيان أولى عند العقلاء كما عرفت سابقاً.

ثم إنّ صاحب الوسائل قال بعد نقل الموثقة قال: «و تقدّم فى الوصايا فى إسهاد الذميين عليها، ما ظاهره المنافاة لكنّه مخصوص بتلك الصورة».

وقد أشار بذلك إلى ما رواه فى الباب ٢١ من كتاب الوصايا من مرفوعة على بن إبراهيم من أنّ الحكم بعد إخلاف المنكر ينقض يمين المدعى فى مورد خاص، و هو غير ما نحن فيه من ترتّب الأثر على البيّنة بعد إخلاف المنكر، و لا يصحّ إسراء الحكم منه إلى ما نحن فيه إلّا بدعوى الأولوية و هى ممنوعة، لوجود قرائن فى مورد الرواية تدلّ على صدق ادعاء المدعى حيث وجدوا الآنية و القلادة عند المنكر، كما لا يخفى، بخلاف موضع إقامة البيّنة.

و مما ذكر يظهر حال ما إذا أقام شاهداً و ضمّ إليه اليمين فإنّ حكمه حكم إقامة البيّنة. و الأولى التصالح.

(١) المختار فى احكام الخيار: ص ٤٧٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٨٥

المسألة الخامسة: براءة المنكر متوقفة على حكم الحاكم أو لا؟

هل يتوقف سقوط الدعوى على إنشاء حكم من الحاكم بذلك بعد الحلف أو يكفى الحلف بعد طلب المدعى و أمر الحاكم؟ يظهر من صاحب الجواهر لزوم إنشاء الحكم. قال: «قد يتوهم من ظاهر النصوص سقوط الدعوى بمجرد حصول اليمين من المنكر من غير حاجة إلى إنشاء حكم من الحاكم بذلك، لكن التحقيق خلافه، ضرورة كون المراد من هذه النصوص و ما شابهها تعليم ما به يحكم الحاكم، و إلّا فلا بدّ من القضاء و الفصل بذلك كما أوماً إليه بقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» (١) بل لو أخذ بظاهر هذه النصوص و شبهها لم يحتج إلى انشاء الحكومة من الحاكم مطلقاً ضرورة ظهورها فى سقوط دعوى المدعى باليمين و ثبوت الحقّ بالبيّنة و نحوها. (٢)

يلاحظ بأنّه فى مقام بيان الحكم الشرعى، سواء أ كان هناك تعلم أو لا، و الدليل على ذلك أنّه اعترف به فى آخر كلامه حيث قال: «ضرورة ظهورها فى سقوط دعوى المدعى باليمين، و ثبوت الحقّ بالبيّنة» من دون نظر إلى تعليم الآخرين بكيفية القضاء.

و ذهب السيّد الطباطبائى إلى عدم لزوم إنشاء الحكم فى الموارد الثلاثة: الحلف، و الإقرار بالحقّ، و البيّنة و قد تدرج فى بيان مقصوده، فجعل محور الكلام اليمين، و أنّ البراءة لا تتوقف على حكم الحاكم إذا كان اليمين بطلب المدعى و أمر الحاكم، قائلاً بأنّ لليمين خصوصيّة و أنّها موجبة للبراءة، غاية الأمر أنّ اللزوم كونها بأمر الحاكم لا بمجرد طلب المدعى. ثمّ عطف عليه، كون الإقرار مثل اليمين و أنّه

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

(٢) النجفى، الجواهر: ١٧٥ / ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٨٦

يثبت به الاشتغال إذا حاز الشرطين من دون حاجة إلى حكم الحاكم، فلو مات الحاكم بعده وقبل الحكم لم يحتج إلى شىء. ثم احتمال كون الحكم فى البينة أيضاً كذلك. قال: «وقد يحتمل كفاية الثبوت حتى فى البينة وعدم الحاجة إلى إنشاء الحكم من الحاكم، وكون المراد من الحكم هو الثبوت عنده و يكفى إخباره به.» (١)

يلاحظ عليه: أنه إن أراد من عدم الحاجة إلى إنشاء الحكم من الحاكم، فى مجال ترتب الأحكام الواقعية على موضوعاتها فهو حق، فإذا حلف بطلب المدعى وأمر الحاكم لو قلنا بشرطيهما وقد عرفت من أن الأقوى عدمها يترتب عليه سقوط الدعوى، وحرمة التقاض، لأنهما أحكام شرعية مترتبة على اليمين، فعلى المدعى المؤمن بالشريعة، الالتزام بتلك الأحكام.

وإن أريد من عدم الحاجة إلى إنشاء الحكم من الحاكم، فى مجال الأحكام القضائية أى الأثر المترتب على حكم القاضى نفسه، فلا ريب فى توقفه عليه لو كان، كفصل الخصومة وحرمة النقض، ومنع طرح الدعوى فى محكمة أخرى فالكُل من آثار الحكم، فما ذكره من باب خلط أثر الحكم الواقعى بأثر الحكم القضائى.

ثم إن فى كلامه خطأ آخر وهو ما أفاد: «و المراد من الحكم هو الثبوت عنده و يكفى فى إخباره به» و ما ذكره مسألة أخرى لا صلة لها بما ذكرناه و هى أنه لو قلنا بلزوم حكم الحاكم يقع الكلام فى أنه هل يكفى فيه ثبوته عنده و إخباره بذلك أم لا بد من إنشاء الحكم بمثل قوله «حكمت» و القولان مبيان على تسليم لزوم الحكم، غير أنهما يختلفان فى كيفية إظهاره، فهل تكفى الجملة الخبرية، أو يتوقف على الإنشاء.

وقد ظهر بما ذكر فى الموارد الثلاثة:

(١) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/ ٦٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٨٧

١ طلب المدعى.

٢- أمر الحاكم.

٣- إنشاء الحكم.

إن الأثر الشرعى الواقعى لا- يتوقف على واحد منهما و أمّا الأثر القضائى فربما يتوقف على طلب المدعى، و إذن الحاكم و إنشاء الحكم منه.

المسألة السادسة: إذا أكذب الحالف نفسه

إذا أكذب الحالف نفسه بالإقرار فيسقط ما كان يترتب على الحلف إذا لم يكذبه من الآثار، فتجوز مطالبته و تحل مقاصته مما يجده له مع امتناعه من التسليم. و علله فى المسالك بقوله: لتصادقهما حينئذ على بقاء الحق فى ذمة الخصم فلا وجه لسقوطه. (١)

و فى مفتاح الكرامة: «لأن الإقرار أبطل ما تقدم لعموم أدلته الأخذ بالإقرار، لكن تأمل فيه بأن ظاهر الروايات المتقدمة على خلاف ذلك.» (٢)

وجه التأمل، أن النسبة بين عموم الأخذ بمقتضى الإقرار، و ما سبق من الروايات من ذهاب الحق بيمينه هو العموم و الخصوص من وجه، لصدق عموم دليل الإقرار و دونها فيما إذا أقر، و لم يكن مسبوقاً بالحلف، و صدق الروايات فيما حلف و لم يكذب نفسه، و يصدقان فيما إذا حلف و أكذب نفسه فلا وجه لتقديم عمومته على ما دلّ على ذهاب الحق باليمين.

و لكن التأمل فى غير مورده لما عرفت من أن ذهاب اليمين بحق المدعى ليس حكماً واقعياً، بل حكم قضائى يثبت ما دام الموضوع باقياً فإذا أقر بالخلاف، و صار المنكر مقراً فلا معنى لبقائه.

(١) زين الدين العاملى، المسالك: ٢ / ٤٠٩.

(٢) السيد العاملى، مفتاح الكرامة: ١٠ / ٧٧.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٨٨

أضف إلى ذلك، أن المرتكز لدى العقلاء هو الأخذ بالإقرار، و ذمّ الحالف على حلفه كاذباً و هو كاف فى تقديم عموم الإقرار. فلو كان ما ذكر مقنعاً فى تقديم عموم الإقرار و إلّا فيكفى ما رواه الصدوق عن مسمع بن أبى سيار «١» قال قلت: لأبى عبد الله إنى كنت استودعت رجلاً مالاً فيجحدنيه، و حلف لى عليه ثم إنه جاءنى بعد ذلك بستين بالمال الذى أودعته إياه فقال: هذا مالك فخذ و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فهى لك مع مالك، و اجعلنى فى حل فأخذت منه المال و أبيت أن آخذ الربح منه و رفعت المال الذى كنت استودعته و أبيت أخذه حتى استطلع رأيك فما ترى؟ فقال: «خذ نصف الربح و أعطه النصف و حلله فإن هذا رجل تائب و الله يحب التوابين». «٢»

و الراوى بصفاء ذهنه، أدرك أن له أخذ ماله، و إنما توقّف فى أخذ الربح. و مقتضى القاعدة أن الربح كله لصاحب المال، إذا أجاز ما ترتب على ما له من العقود و عندئذ يكون دفع نصف الربح إليه حكماً استجبائياً، لأجل تشويقه إلى الصدق و الصفاء و حفظ الأمانة و أما كون عمل المسلم محترماً فلا صلة له بالمقام، فإن ذلك فيما إذا كان العمل ياذن من صاحب المال، لا ما إذا قام به فضولياً. و لعل ما فى فقه الرضا، مأخوذ من هذه الرواية فقد جاء فيه: «و إذا أعطيت رجلاً مالاً فجحدك و حلف عليه ثم أتاك بالمال بعد مدّة، و ربّما ربح فيه و ندم على ما كان منه، فخذ رأس مالك و نصف الربح و ردّ عليه نصف الربح. هذا رجل تائب». «٣»

(١) سند الصدوق إلى مسمع لم يصحح، و لكن مسمعاً ثقةً، وثقه الكشى، ص ٢٤٢ و المجلسى فى الوجيزة: ١٦٧ و يظهر المدح فى حقّه عن رجال النجاشى. و الرواية معتبرة.

(٢) الوسائل: الجزء ١٦، كتاب الايمان، الباب ٤٨، الحديث ٣.

(٣) النورى، المستدرک، و هذا و أمثاله دليل على أن الكتاب (فقه الرضا)، مأخوذ من الأحاديث المروية عن الأئمة لكن بتصرف و تلخيص و تقييد و تخصيص.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٨٩

و الظاهر عدم الفرق فى إكذاب نفسه بين حضور الحاكم و عدمه بل يكفى سماع المدعى كما لا فرق بين كون التكذيب بعنوان التوبة و عدمها. كل ذلك لإطلاق دليل الإقرار و كونه المرتكز لدى العقلاء. و الحق أن يقال: إن الآثار المترتبة على الشىء بوجوده الواقعى يترتب على التكذيب مطلقاً، كالمطالبة فى غير المحكمة و التقاص. و أما الآثار المترتبة على حكم القاضى فهو باق، لأنه بعد غير منتقض عنده و إنما ينتقض إذا كان الإقرار فى محضر القاضى، حتى ينتهى حكمه بانتفاء الموضوع لدى القاضى.

الجهة الثانية: إذا ردّ اليمين على المدعى

إشارة

قد عرفت أن للمنكر حالات ثلاث، لأنه إما يحلف، أو يردّ اليمين على المدعى أو ينكل و قد عرفت حكم حلفه و لنبحث عن حكم الثانى ثم الثالث، و الكلام يقع فى الأمور التالية:

- ١- إن للمنكر ردّ اليمين على المدعى.
 - ٢- و لو ردّ و حلف ثبت حقه.
 - ٣- و إذا نكل المدعى، ينتفى حقه.
 - ٤- إن الردّ مختصّ بالحقوق المالية.
 - ٥- هل يمين المدعى بمنزلة البيئنة أو كإقرار المنكر؟
 - ٦- إن للمنكر أن يستمهل مدّة معيّنة.
- قد تضافرت النصوص على الأحكام الثلاثة الأولى، و ادعى الإجماع لو لا أن الإجماع مستند إلى النصوص. و فيها الصحيح و المعبر و الضعيف فبعضها يدلّ على الحكم الأوّل، و الأكثر يدلّ على الأحكام الثلاثة. أمّا الأوّل فتدلّ عليه روايات:
- ١- صحيحه هشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: تُردّ اليمينُ (بصيغته المجهول) نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٩٠
 - على المدعى. «١» و هل الحديث ظاهر فيما كان الرادّ نفسه أو يعمّ ما إذا كان الرادّ هو الحاكم و لعله ظاهر فى الثانى. و أمّا الثانى فتدلّ عليه:
 - ٢- صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام فى الرجل يدعى و لا بيئنة له قال: «يستحلفه، فإن ردّ اليمين على صاحب الحقّ فلم يحلف فلا حقّ له». «٢» فتدلّ على الأوّل و الثالث بالمنطوق و على الثانى بالمفهوم.
 - ٣- خبر عبيد بن زرارَةَ عن أبي عبد الله عليه السلام فى الرجل يدعى عليه الحقّ، و لا بيئنة للمدعى قال: «يُسْتَحْلَفُ أو يُرَدُّ اليمين على صاحب الحقّ فإن لم يفعل فلا حقّ له». ٣
 - و فى السند «القاسم بن سليمان و هو فى كتب الرجال مهمل لم يوثق» و يدلّ على الحكم الأوّل و الثالث و يستفاد الثانى بالمفهوم، و الظاهر أن بناء الفعلين على المجهول، أى يُستحلف الرجل الذى ادعى عليه، أو تردّ اليمين على المدعى، و التفكيك بين الفعلين بكون الأوّل مبيئياً على الفاعل و إن كان صحيحاً، لكن الثانى عندئذ يتعيّن للبناء على المفعول. نعم التفكيك على خلاف الظاهر.
 - ٤- 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 المدعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه.
 - فإن لم يحلف و ردّ اليمين على المدعى فهى واجبة عليه أن يحلف و يأخذ حقه فإن أبى أن يحلف فلا شىء له». ٤
 - و الرواية تدلّ على الأحكام الثلاثة بالمنطوق. و الوجوب فيها، و جوب وضعى

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣.

(٢) ٢، ٣، ٤ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١، ٢، ٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٩١

لا- تكلفى كما أن اللزوم فى عبارة المحقق: «و إن ردّ اليمين على المدعى لزمه الحلف» وضعى بمعنى أنه لو أراد استيفاء حقه فعليه اليمين.

٥- مرسله أبان عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام فى الرجل يدعى عليه الحقّ و ليس لصاحب الحقّ بيئنة، قال: «يستحلف المدعى عليه، فإن أبى أن يحلف، و قال أنا أردّ اليمين عليك لصاحب الحقّ، فإنّ ذلك واجب على صاحب الحقّ أن يحلف و يأخذ ماله». «١» و هى تدلّ على الحكم الثانى و الثالث.

٦- صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا أقام المدعى البيئنة فليس عليه يمين و إن لم يقم البيئنة فردّ عليه الذى ادعى

عليه، اليمين، فأبى فلا حق له. ٢

و الظاهر ان «ادعى عليه» مبنى للمجهول، و ضمير «أبى» يرجع إلى المدعى.

٧- روى عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال قلت: للشيخ خبرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق، فلم تكن له بينة بما له، قال: فيمين

المدعى عليه فإن حلف فلا حق له و إن رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له ٣

و فى السند، ياسين الضرير البصرى و الظاهر أنه إمامى و قد أهمل فى الأصول الرجالية، و نقل المامقانى أن صاحب الحاوى ضعفه و

بهذا اللفظ رواية أبى العباس البقباق. ٤

ثم إن هناك مواضع لا يمكن للمدعى الحلف أو لا يصح منه، إما لعدم الجزم بالدعوى كما فى موارد الظنة و التهمة، أو لا يكون

المورد، مجرى لليمين كما إذا حاول إثبات المال للغير بحلفه. كما فى الموارد التالية:

١- إذا كان المدعى غير جازم فى دعواه.

(١) ١ و ٢ نفس المصدر، الحديث ٥ و ٦.

(٢) ٣ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

(٣) ٤ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٩٢

٢ دعوى الولى لليتيم مالاً على آخر.

٣- دعوى الوصى على الوارث أن الميت أوصى بخمس أو زكاة أو حج و نحو ذلك مما ليس له مستحق بالخصوص و سيوافيك

الكلام فى هذه الصور فانتظر.

منصرف الروايات الحق المالى

ثم إن منصرف الروايات هو الحق المالى، ففى مثله، يجب على المنكر، الحلف أو الرّد، لا- فى غيره فلو تنازع رجل و امرأة و ادعى

الأول زوجيتها فأنكرت الثانية، فليس لها، رد اليمين على الزوج على وجه لو حلف يثبت عندئذ كونها زوجته.

هل يمين المدعى بمنزلة البيّنة أو كإقرار المنكر؟

هل اليمين المردودة، بمنزلة بينة المدعى أو بمنزلة إقرار المنكر، أو هو أمر مستقل، لا يحكم عليها، بحكم أحدهما إذا كان لكل حكم

خاص؟

وجه الأول أن الذى يُطلب من المدعى هو البيّنة، فاليمين المردودة إليه تقوم مقامها فى الإثبات.

وجه الثانى: أن امتناع المنكر من الحلف، و رده إلى المدعى مشعر باعترافه بالحق فكان كإقراره.

و يتفرّع على القولين بعض الفروع:

١- إذا حلف المدعى بعد رد الحلف إليه ثم أقام المنكر بينة على أداء المال أو على الإبراء فعلى القول بأن يمين المدعى كبيّنته، لا

مانع من قبول بينة المنكر و أمّا إذا قلنا بأنه كإقرار المنكر، فهناك مانع من قبولها لأنه بإقراره المتقدم كذب بينته المتأخرة، و لا بينة

بعد الإقرار كما مرّ.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٩٣

٢ إذا كانت يمين المدعى كبيّنته، يتوقّف ثبوت الحق بها على حكم الحاكم، بخلاف كونها بمنزلة إقرار المنكر فثبوته لا يتوقّف عليه.

بناءً على التفريق بين البيّنة والإقرار في ثبوت الحقّ فهو في الأولى يتوقّف على حكم الحاكم بخلاف الثاني. وجه الثالث: إنّ الأثر الشرعي في الفرع الأوّل يترتب على عنوان الإقرار، وليست اليمين إقراراً، وكونها بمنزلة ثبوتاً لا يكون دليلاً، على إسراء حكم المنزل عليه (الإقرار) على المنزل (اليمين) إلّا إذا كان هناك دليل على التنزيل في مقام الإثبات. ومثله الفرع الثاني، فإنّ الأثر (الحاجة إلى حكم الحاكم) مترتب على عنوان البيّنة، وليست اليمين بيّنة وكونها منزلة منزلتها، لا يكون دليلاً على إسراء حكمها إليها إلّا إذا كان دليل على التنزيل في مقام الإثبات.

و على ذلك فيلزم على الفقيه الرجوع إلى القواعد في الفرعين و ما ضاهاهما. ففي الأوّل تُسمع البيّنة، لعموم حجّية البيّنة، خرج عنه مورد واحد، وهو إذا حلف المنكر. وقد تقدّم قول الفقهاء: «لو أقام المدعى بيّنة بما حلف عليه المنكر لم تسمع».

و في الثاني، يجيء ما قلناه من أنّ كل أثر شرعي مرتّب على الواقع المنكشف، يترتب عليه، دون الأثر المترتب على حكم القاضي، فلا فرق بين قيام البيّنة والإقرار بين الأمرين كما تقدّم.

و بهذا تظهر قوّة ما أفاده صاحب الجواهر و تبعه السيد الطباطبائي من كونها أمراً مستقلاً قال السيّد الطباطبائي: و الأقوى أنّها أمر مستقل في الفروع التي فرّعوها على القولين لا بدّ من الرجوع إلى سائر الأصول و القواعد. «١»

ما هو الوجه للترديد بين الأمرين

ثمّ إنّ الداعي للترديد بين الأمرين، و عدم جعله شيئاً مستقلاً برأسه، هو

(١) الجواهر: ١٧٩ / ٤٠، ملحقات العروة الوثقى: ٦٥ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٩٤

الحصر المستفاد من قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: إنّما أفضى بينكم بالإيمان و البيّنة «١» فلو جعلنا اليمين المردودة كبيّنة المدعى لتمّ الحصر و إن جعلناه كإقرار المنكر فهو و إن كان خارجاً عن الحصر، لكنّه غير مضرّ لأنّ الحديث في مقام حصر ما به تحسم الخصومة في أمرين و الإقرار ليس حاسماً للخصومة بل هو رافع لموضوعها فلا يضرّ خروجها عن تحت الحصر.

و نظير هذا الاختلاف في تحليل الأمانة للوطء فهل هو داخل في التزويج، أو ملك يمين، لحصر الحليّة في أمرين؟ قال سبحانه: (إلّا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنّهم غير ملومين*) (المؤمنون / ٦).

يلاحظ عليه: أنّ عدم دخولها تحت الحصر مبني على تخصيص الإيمان في الرواية، بالمنكر و إلّا فلو قلنا بكونها مطلقاً يعمّ مطلق اليمين من كلا الجانبين فاليمين المردودة داخله في الحصر. و إن أبيت إلّا عن كون المراد من الإيمان، هو يمين المنكر، لا مطلقاً، فنقول إنّ الرواية محمولة على الغالب بشهادة أنّه يصحّ القضاء بيمين المدعى في موارد لا يعلم إلّا من قبل المدعى أو كان المدعى أجيراً، أو أميناً كالمستودع إذا ادّعى التلف.

على أنّ ماهية اليمين المردودة إنّما هي يمين المنكر لا غير، لكنّه رضی أن يحلف بها المدعى و أمضاها الشارع فهي مصداق ثانوي للخبر بعد تضافر الروايات على صحتها.

ثمّ إنّ هنا وجهاً آخر و هو إلحاقها بالبيّنة من جهة و باليمين من جهة أخرى فيما أنّه يثبت بها الحقّ تكون أشبه بالبيّنة، و من جهة التزام المنكر على أنّه لو حلف، لخضع على دعواه، يكون أشبه بالإقرار و على ضوء هذا يترتب عليها أثرهما.

يلاحظ عليه: مضافاً إلى أنّه قول ثالث، فإنّ القائل إمّا يلحقها بالبيّنة فقط، أو بالإقرار، لا بكليهما أنّ اجتماع الحثيتين، لا يكون كاشفاً عن إمضاء

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

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٩٥

الشارع لها بكلا الوجهين.

فإن قلت: إن مرسله يونس، جعل استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، و جعل الوجه الرابع اليمين، و من أقسامها، اليمين المردودة على المدعى. و هذا يقتضى إلحاقها بالبينه، لا بإقرار المنكر، لأن استخراج الحقوق، مختص بمقام الإنكار و الإخفاء، و الإقرار خضوع و تصديق فلا يستخدم فى مورد استخراج الحقوق. يلاحظ عليه: أن ما ذكر، لا يخرج عن حد الإشعار، لا يمكن الاحتجاج به.

إذا استمهل المدعى لإحضار البينة

قد عرفت تضافر الروايات على سقوط حق المدعى إذا نكل عن الحلف ففى صحيح محمد بن مسلم: «فلم يحلف فلا حق له». (١) و

صحيح جميل: «فأبى فلا حق له» إلى غير ذلك. ٢

أضف إلى ذلك أنه لو لا- القول بسقوط حقه لرفع خصمه كل يوم إلى القاضى. و الخصم يردّ عليه اليمين و هو لا- يحلف فيعظم الخطب و لا يتفرغ القاضى من خصومته إلى شغل. و على هذا لا يصح له طرح الدعوى فى مجلس آخر، أو فى محكمة أخرى، و يكفى فى ذلك إطلاق الروايات.

نعم استثنى الشهيد فى المسالك ما إذا ذكر سبباً عقلياً لامتناعه عن الحلف، و استمهل لإحضار البينة أو سؤال الفقهاء، أو مراجعته الحساب فلا يسقط حقه. ٣

و ما ذكر هو المتفاهم عرفاً لأن منصرفها، هو الممتنع المطلق عن الحلف لا

(١) ١ و ٢ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ و ٦.

(٢) ٣ زين الدين العاملى، المسالك: ٢/ ٤٠٩.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٩٦

من يحاول تبديلها بحجة أخرى، أو يستمهل، حتى يكون على بصيرة من أمره فما أصرّ عليه صاحب الجواهر من إطلاقات الروايات ليس بتام و لأجل ذلك اختار السيد الطباطبائى جواز الإمهال و قال: «الظاهر أن له ذلك لأنه لا يصدق حينئذ أنه لم يحلف لأن الظاهر منه ما إذا بنى على عدم الحلف مع عدم الإتيان بالبينة، كما أنه لو كان عدم حلفه استمهالاً ليرى ما الأصلح لا يكون مسقطاً لحقه». (١) و على كل تقدير، يلزم أن يكون التأخير محدداً بمدّة لأن التأخير بلا تحديد ضرر أو حرج على المنكر و هو يطلب إنهاء الخصومة بصورة قاطعة.

نعم ربّما يقال، إنه يجوز الاستمهال بلا تحديد لأن اليمين حقه و له تأخيره إلى أن يشاء كالبينه حتى يتمكن من إقامتها و هذا بخلاف المدعى عليه فإنه لا يمهل إذا استمهل لأن الحقّ فيه غيره بخلاف تأخير المدعى فإنه يؤخر حقه فيقبل إذا كان له عذر مسموع. (٢) يلاحظ عليه: أن المتبادر كون الاستحلاف حكماً شرعياً لغاية إنهاء الخصومة، لا حقاً للمدعى. كما أن الحكم الشرعى هو الإتيان بالبينة، و الإسلام بنى صرح القضاء على هذين الأمرين و قال: إنّما أفضى بينكم بالبينات و الايمان، فأراد رفع الخصومة و إنهاؤها بهذين الأمرين لا أن ادعاء المدعى، يورث حقاً له على المدعى عليه و هو الحلف على المدعى، حتى يكون حلفه إذا ردّ عليه حقاً له على المنكر و يكون له حق التأخير.

(١) السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٦٥. و لاحظ المغنى لابن قدامة: كتاب الأفضية: ١١/ ١٢٤، الطبعة الجديدة بالأفست لدار الكتاب العربي.

(٢) زين الدين العاملي، المسالك: ٢/ ٤٠٩.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٩٧

الجهة الثالثة إذا نكل المنكر

إشارة

قد سبق أن المنكر مقابل المقرّ و الساكت إذا عُرِضَ عليه الحلف، إمّا أن يحلف، أو يردّ الحلف على المدّعي، أو ينكّل، بمعنى أنه لا يحلف و لا يردّ و المقصود في المقام هو الثالث. و النكول في اللغة هو الامتناع. و هو في كلام الفقهاء، موضوع لحكمين:

١- إذا لم يحلف و لم يردّ قال له الحاكم أن حلفت أو رددت و إلّا جعلتك ناكلًا ثلاث مرّات.

٢- يقضى عليه بمجرد النكول أو بعد ردّ القاضي اليمين على المدّعي فإن حلف ثبت حقه أو إن امتنع سقط حقه.

و على كلّ تقدير فالنكول عبارة عن الامتناع عن أمرين أن لا يحلف، و لا يردّه على المدّعي و إليك كلمات الأصحاب في المقام:

١- قال الشيخ في النهاية: فإن أقرّ الخصم بدعواه، ألزمه الخروج إليه من الحقّ و إن حلف، فرق بينهما، و إن نكل عن اليمين، ألزمه الخروج إلى خصمه ممّا ادّعاه عليه. «١»

و مقصوده من النكول عن اليمين، هو الامتناع عن الحلف و الردّ، لا الأوّل وحده.

٢- قال في المبسوط: «و إن لم يحلف و نكل عن اليمين قال له الحاكم إن حلفت و إلّا جعلتك ناكلًا و رددت اليمين على خصمك فيحلف و يستحقّ عليك، يقول هذا ثلاثًا فإن حلف فقد مضى و إن لم يحلف ردّت اليمين على

(١) الطوسي: النهاية، كتاب القضايا و الأحكام / ٣٤٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٩٨

المدّعي فيحلف و يثبت له الحقّ. «١»

٣- قال في الخلاف: إذا نكل المدّعي عليه، ردّت اليمين على المدّعي في سائر الحقوق و به قال الشعبي و النخعي و الشافعي، و قال مالك: إنّما تردّ اليمين فيما يُحكم به بشاهد و امرأتين دون غيره من النكاح و الطلاق و نحو ذلك. ثمّ استدل على عموم الحكم بما روى عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم (عند ما قتل عبد الله بن رواحة بخير) أنّه قال للمسلمين: «تحلفون خمسين يميناً و تستحقّون دم صاحبكم» فقالوا من لم نشاهده كيف نحلف عليه؟ فقال: يحلف لكم اليهود خمسين يميناً فقالوا إنّهم كفّار» فنقل النبي اليمين من جانب المدّعي إلى جانب المدّعي عليهم و هذا حكم بردّ اليمين عند النكول و كانت الدعوى في قتل العمد، و الدماء لا يحكم فيها بشاهد و امرأتين. «٢»

و قد اكتفى الشيخ في النهاية بمجرد النكول، بخلاف المبسوط فرأى لزوم ردّها إلى المدّعي.

٤- قال القاضي: فإن لم يحلف (المنكر) قال له الحاكم: إن حلفت، و إلّا جعلتك ناكلًا و ردّت اليمين على خصمك فيحلف فيستحقّ عليك يقول هذا ثلاثًا. «٣»

٥- قال ابن إدريس: فإذا عرض اليمين عليه، لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يحلف أو ينكل فإن حلف أسقط الدعوى و ليس للمدّعي

أن يستحلفه مرّة أخرى في هذا المجلس أو في غيره، فإن لم يحلف و نكل عن اليمين قال له الحاكم إن حلفت و إلّا جعلتك ناكلاً و ردّدت اليمين على خصمك فيحلف و يستحقّ عليك

(١) الطوسي: المبسوط، كتاب آداب القضاء: ١٥٩ / ٨.

(٢) الطوسي. الخلاف: ٣، كتاب الشهادات، المسألة ٣٩. و لا يخفى أن الكلام في نكول المدعى عليه و نقل يمينه إلى المدعى، لا نكول المدعى و إن استحقّ اليمين كما في مورد القسامه.

(٣) ابن البرّاج، المهذب: ٥٨٥ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٩٩

إلى أن قال: و لا يجوز أن يحكم عليه بالحقّ بمجرد النكول بل لا بدّ من يمين المدعى ليقوم النكول و اليمين مقام البيّنة و قد يشتهبه هذا الموضوع على كثير من أصحابنا فيظنّ أنّ بمجرد النكول يثبت الحقّ و هذا خطأ محض. «١»

٦- و قال المحقق: و إن نكل المنكر بمعنى أنّه لم يحلف و لم يردّ قال الحاكم: إن حلفت و إلّا جعلتك ناكلاً و يكرّر ذلك ثلاثاً استظهاراً لا- فرضاً فإن أصرّ قيل: يقضى عليه بالنكول و قيل: يردّ اليمين على المدعى فإن حلف ثبت حقه و إن امتنع سقط، و الأوّل أظهر. «٢»

٧- و قال ابن سعيد: فإن قال لا بيّنة لي، و طلب اليمين، أحلفه له فإن نكل حكم عليه بالدعوى. «٣»

٨- و قال العلامة في القواعد: و لو نكل المنكر بمعنى أنّه لم يحلف و لم يردّ قال له الحاكم: إن حلفت و إلّا جعلتك ناكلاً ثلاث مرّات استظهاراً لا- فرضاً فإن أصرّ فالأقرب أنّ الحاكم يردّ اليمين على المدعى فإن حلف ثبت حقه و إن امتنع سقط و قيل يقضى بنكوله مطلقاً. «٤»

٩- و قال أيضاً في إرشاد الأذهان: و لو امتنع المنكر من اليمين و الردّ قال له الحاكم: إن حلفت و إلّا جعلتك ناكلاً ثلاثاً فإن حلف و إلّا أحلف المدعى على رأى، و قضى عليه بالنكول على رأى. «٥»

١٠ و قال الشهيد الثاني: و إن أصرّ على النكول ففي حكمه قولان:

أحدهما: و هو ما اختاره المصنّف (المحقق) و قبله الصدوقان و الشيخان و الأتباع منهم القاضي في الكامل أنّه يقضى عليه بمجرد نكوله. و ثانيهما: أنّه يردّ

(١) ابن إدريس، السرائر: ١٦٥ / ٢.

(٢) السرائر: ٨٥ / ٤.

(٣) ابن سعيد الحلبي، الجامع للشرائع: ٥٢٤.

(٤) مفتاح الكرامة: ٨٠ / ١٠، قسم المتن.

(٥) العلامة، الإرشاد: ١٤٤ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٠٠

اليمين على المدعى ذهب إليه الشيخ في المبسوط و الخلاف و القاضي في المهذب و ابن الجنيد و ابن إدريس و العلامة في أكثر كتبه و سائر المتأخرين إلى أن قال: فلا ريب أن ردّ اليمين على المدعى أولى. «١»

١- و تبعه الأردبيلي و قال: و يمكن الجمع بين الأدلّة بكون القضاء بالنكول جائزاً و الأولى الردّ. «٢» و سيوافيك كلامه.

٢- و ذهب سيدنا الأستاذ إلى ثبوته بالنكول مع ضمّ حكم الحاكم. «٣»

قال ابن قدامة: و إن قال ما أريد أن أحلف أو سكت فلم يذكر شيئاً نظرنا في المدعى فإن كان مالاً أو المقصود منه المال، قضى عليه بنكوله و لم تردّ اليمين على المدعى نصّ عليه أحمد فقال: أنا لا أرى ردّ اليمين إن حلف المدعى عليه و إلّا دفع إليه حقه و بهذا قال أبو حنيفة.

تبريزي، جعفر سبحاني، نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤١٨ هـ ق نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج ١، ص: ٤٠٠

و اختار أبو الخطاب انّ له ردّ اليمين على المدعى، إن ردّها حلف المدعى و حكم له بما ادّعاها. قال و قد صوّبه أحمد فقال: ما هو ببعيد يحلف و يستحقّ، و قال: هو قول أهل المدينة روى ذلك عن علي رضي الله عنه و به قال شريح و الشعبي و النخعي و ابن سيرين و مالك في المال خاصة و قاله الشافعي في جميع الدعاوى لما روى عن نافع عن ابن عمر أنّ النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم ردّ اليمين على طالب الحقّ رواه الدارقطني و لأنّه إذا نكل ظهر صدق المدعى، و قوى جانبه فتشعر اليمين في حقه كالمدعى عليه قبل نكوله و كالمدعى إذا شهد له شاهد واحد.

و لأنّ النكول قد يكون لجهله بالحال، و توزّعه عن الحلف على ما لا يتحقّقه أو للخوف من عاقبه اليمين أو ترفّعاً عنها مع علمه بصدقه في إنكاره و لا يتّعين بنكوله صدق المدعى، فلا يجوز الحكم له من غير دليل فإذا حلف كانت يمينه

(١) زين الدين العاملي، المسالك: ٢/ ٤١٠٤٠٩.

(٢) الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢/ ١٤٨.

(٣) الإمام الخميني، التحرير: ٢، كتاب القضاء، المسألة ١٦.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٠١

دليلاً عند عدم ما هو أقوى منها كما في موضع الوفاق و قال ابن أبي ليلى: لا أدعه حتّى يقرّ أو يحلف. «١»

و قبل الخوض في دراسة أدلّة القولين نذكر أموراً:

١- إنّ الظاهر أنّ قول الحاكم للمنكر: إن حلفت أو رددت و إلّا جعلتك ناكلاً ليس بواجب و لا مستحبّ و إنّما هو لأجل الوقوف على حاله، و أنّه هل ناكل أو لا، إذ ربّما يكون الامتناع موقّناً لأجل التفكير في م آل الأمر و لأجل ذلك لو علم أنّه ممتنع من الأمرين على وجه الإطلاق، لا وجه لتذكّر الحاكم. و مع ذلك فالأقوى إعلامه على ما يترتب على نكوله شرعاً و ذلك لعدم وجود إطلاق في دليل القضاء حتّى يعمّ كلتا صورتين فيجب الأخذ بالقدر المتيقّن و هو أنّه لو كان جاهلاً بما يترتب على نكوله شرعاً يلزم على القاضى إعلامه به و لأجل ذلك نأخذ بالمتيقّن في أكثر الموارد الآتية و ستأتى الإشارة إليه في آخر البحث.

٢- يجب على القاضى، تفهيم ما على المنكر، من الحلف أو الردّ، فلو علم بالأوّل دون الثانی فتوقّف عن الحلف، لا يكون داخلاً في المقام.

و بذلك يعلم أنّ تفصيل المحقق الأردبيلي غير تام لأنّه فصل بين ما إذا علم المدعى عليه أنّ له الردّ و لكنّه تركه تحرزاً عن إحلاف شخص حيث يُخيل أنّه قد يضرّه في الدنيا و الآخرة فيقضى بالنكول، و بين ما إذا لم يعلم ذلك فيقضى بالردّ إلى المدعى و بذلك حاول التوفيق بين أدلّة القولين. «٢»

و ذلك لأنّ القضاء بالنكول مع جهله بأنّ له الردّ، حكم ضررى، خارج عن محلّ البحث و موضع البحث إثباتاً و نفيّاً ما إذا وقف المنكر على أنّه مخير بين الحلف و الردّ، و مع ذلك نكل.

(١) ابن قدامة، كتاب الأفضية: ١٢/ ١٢٤. و السكوت في صدر كلامه، هو السكوت عن الحلف بعد الإنكار، و لا صلة له بما يأتي من القسم الثالث للمدعى عليه.

(٢) الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢/ ١٤٨.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٠٢

٣ إن البحث فيما إذا أمكن إخلاف المدعى و لم يكن من المستثنيات مثل دعوى الظن و التهمة، أو فيما لا- يصح اليمين هناك كالأولياء و الأوصياء و الوكلاء بناء على عدم صحة أيمانهم و إنما فلا- محيص عن القضاء بالنكول. و سيوافيك أن الأقوى جواز تحليفهم في خاتمة البحث.

٤- إن ظاهر صحيحة هشام بن الحكم، أن محور القضاء هو البيئات و الايمان «١»، كما أن الظاهر من صحيح جميل و هشام أن البيئة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه «٢» و على ذلك يجب أن يدور القضاء حول ذينك الأمرين ما لم يدل دليل على خلافهما، و على ذلك تكون الروايات الدالة على صحة القضاء بيمين المدعى إذا ردت إليه حاكمه على صحيحهما و مفسره لهما. و أن المراد من يمين المدعى عليه الأعم من يمين نفسه أو المردودة إلى المدعى من جانبه و على كل تقدير فاليمين يمين المدعى عليه إما يقوم بها بنفسه أو يردها إليه نعم لولاها لاقتصرنا بالأول.

٥- دلت مرسله يونس على أن استخراج الحقوق بأربعة، ثلاثة منها يرجع إلى أقسام الشاهد المذكورة في الحديث و واحد منها يرجع إلى اليمين لكن بهذا الترتيب:

الف: يمين المدعى عليه.

ب: يمين المدعى عند الرد إليه.

ج: نكول المدعى عن اليمين عند الرد.

ففي المورد الثالث يقضى بنكول المدعى عن اليمين على براءة المنكر. مع أنه ليس هناك بينة و لا- يمين فكيف يصح القضاء بالنكول، مع قوله صلى الله عليه و آله و سلم: إنما أفضى

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ و الباب ٢٥، الحديث ٣.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٠٣

بينكم بالبيئات و الايمان؟

و الإجابة سهلة، لأنه إذا كان الادعاء فارغاً عن البيئة و الحلف، فلا يقضى الحاكم بشيء بل يأمر بتركهما مجلس القضاء لا أنه يحكم بالبراءة، إذ الأصل قبل القضاء أيضاً هو البراءة فلا حاجة معه إلى القضاء و لو سلم أنه يقضى بالبراءة، و أن الحكم الكلى لا يكفي ما لم يصغ في قالب الحكم القضائي فهو أشبه بعدم القضاء بشيء و بذلك يعلم أن القضاء على الاشتغال بمجرد نكول المدعى عليه، بلا ضم يمين المدعى إليه يحتاج إلى دليل قاطع و حاسم ليخصه به، عموم ما دل على أن محور القضاء هو البيئات و الايمان، و لا يقاس بنكول المدعى من اليمين. فإن الثاني أشبه بعدم القضاء بشيء، و الأول قضاء على الاشتغال.

٦- إن المسألة خالية عن النص الصريح كما اعترف به الأردبيلي و إنما يحاول أصحاب كل من القولين تطبيق بعض الروايات على المقام و أما مقتضى الأصل مع قطع النظر عن الأدلة الاجتهادية فهو عدم صحة القضاء بالنكول فإن القضاء أمر شرعي يتوقف حصوله على تحقق سببه الشرعي و كونه سبباً مشكوك فيه. و الأصل من حيث التكليف و إن كان براءة ذمة المنكر عن الحق لكن التمسك به

تمسك بالأصل المسببى مع وجود الأصل السببى لأنّ الشك فى البراءة و الاشتغال ناش من سببىة النكول و عدمها، فإذا رفعت سببته بالأصل، فلا يبقى مجال للأجل المسببى و إن كانا متوافقى المضمون.

هذا نظير ما إذا لم يكن لدليل السببىة إطلاق، و شككنا فى تأثير السبب على وجه الإطلاق أو مع قيد آخر، فالأصل عدم التأثير و النفوذ إلّا مع القيد المشكوك.

نعم لو كان لدليل السببىة إطلاق أو عموم، فهما مقدّمان على أصله عدم التأثير.

و أمّا التمسك ببراءة ذمّية المدعى عليه ما لم يحلف المدعى، فلا يثبت كون النكول مع يمين المدعى موضوعاً تاماً للقضاء إلّا على القول بالأصل المثبت نعم

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٠٤

ذكر السيد الطباطبائى أصولاً مختلفة غير مجدية فلاحظ. «١»

إذا عرفت ما ذكرنا فلنذكر أدلة القولين:

دليل القول الأول [القضاء بالنكول]

إشارة

هذا هو الذى جعله بعضهم أظهر القولين. و هو خيرة الشيخ فى النهاية، و المحقق فى الشرائع، و ابن سعيد فى الجامع، و مال إليه الشهيد فى المسالك على ما عرفت و إن جعل الأولى ردّ اليمين على المدعى و استدلل له بوجوه:

١- قوله صلى الله عليه وآله وسلم: **البيّنة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه.**

«٢» وجه الاستدلال أنّه جعل اليمين فى جانب المدعى عليه كما جعل البيّنة فى جانب المدعى و التفصيل قاطع للاشتراك. و لا ينقض ذلك بردّ اليمين على المدعى من دون نكول حيث حكم عليه باليمين، و ذلك لما عرفت أنّه جاء من قبل الردّ لا بأصل الشرع المتلقى من الحديث. أو يقال إنّ يمين المدعى عليه، حيث رضى أن يحلف خصمه و يدفع جريمه الردّ. و إن أبيت نقول: إن مخالفة ذلك الأصل المحكم يتوقّف على دليل قاطع، و هو موجود فيما إذا لم ينكل و ردّ اليمين دون ما إذا نكل و لم يردّ فلا قيمة ليمين المدعى عندئذ إذا لم يردّها بل قام الحاكم بردّه.

يلاحظ عليه: بأنّ الرواية بصدد بيان الوظيفة الأصلية و أنّ طبع القضية يقتضى أن يتمسك المدعى بالبيّنة و المنكر باليمين و هذا لا ينافى العدول عنه فى بعض الأحيان، و سيوافيك بعض الموارد التى يحلف فيها المدعى «٣» مع أنّ وظيفته

(١) السيد الطباطبائى فى ملحقات العروة: ٦٦/٢.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ و فى الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣. البيّنة على من ادعى و اليمين على من أنكر.

(٣) كدعوى الدين على الميت إذا أثبتته بشهود حيث يحلف الحاكم المدعى على أنّه لم يستوفه هو بنفسه أو بوكيله من الميت و لا أبراه و لا أحاله و لا رضى عليه. و له نظائر.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٠٥

البيّنة.

على أن الاستدلال بها، إنما يتم لو لم يُقَمَّ فى المقام دليل على لزوم الحلف كما قام بالاتفاق فى صورة رد المنكر إلى المدعى من دون نكول، على أن الصورتين غير مختلفتين جوهرًا و الرد تارة يقوم به المنكر، و أخرى ينوب عنه الحاكم فيردّه على المدعى و لعلّ العرف يستأنس بما ورد فيه النص، لما لم يردّ فيه.

٢- صحيح محمد بن مسلم

إشارة

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه دين و أنكر و لم يكن للمدعى بينة؟ فقال: «إن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بأخرس فادعى عليه دين، و لم يكن للمدعى بينة إلى أن قال: كتب أمير المؤمنين: و الله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب و الشهادة... ثم غسله و أمر الأخرس أن يشربه فامتنع فألزمه الدين». «١»
و المتبادر منه أنه لم يردّ اليمين على خصمه و إلا لنقل و لزم تأخير البيان عن وقت الخطاب بل عن وقت الحاجة و أيضاً فقوله: «فامتنع فألزمه» يدلّ على تعقيب الإلزام للامتناع بغير مهلة لمكان الفاء و هو ينافى تخلّل اليمين بينهما و فعله عليه السلام كقوله حجّة. و توهم أنه مخصوص بالأخرس كما ترى مع أنه أحقّ للترحم بأن لا يقضى عليه بمجرد النكول بل يردّ على خصمه.

يلاحظ عليه بوجه:

أ: أن الرواية كما يدلّ عليه قوله: «كيف يحلف الأخرس إذا ادعى عليه دين، و أنكر و لم يكن للمدعى بينة» بصدد بيان كيفية تحليف الأخرس، لا- بصدد بيان كيفية ثبوت الحقّ على المنكر، فلا- يعدّ عدم ذكر الردّ على المدعى، تأخيراً للبيان و إلى ما ذكرنا أشار الأردبيلي و قال: «و يكون الغرض بيان تحليفه، كما هو المتبادر من أول الخبر...». «٢»

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

(٢) الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢/١٤٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٠٦

ب: أن القضاء بالنكول مشروط بالامتناع عن الحلف و الردّ، و المذكور هو الأوّل دون الثانى، فتأخّر البيان عن وقت الحاجة لازم على كلّ تقدير. و هذا الإشكال وارد على مجموع ما استدللّ له على القول الأوّل، حيث اكتفى فيه بالامتناع عن الحلف، دون الحلف و الردّ مع أن النكول متحقق بالامتناع عن الأمرين.
ج: إن الرواية بصدد بيان عدم سقوط الحقّ بامتناعه عن الحلف و أمّا أنه لا يشترط فى القضاء شىء آخر وراء النكول و هو ردّ الحاكم اليمين إلى المدعى، فلا تدلّ عليه.

٣- خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله:

إشارة

قلت للشيخ عليه السلام خبرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق، فلم تكن له بينة بما له؟ قال: «فيمين المدعى عليه. فإن حلف فلا حقّ له.

و إن لم يحلف فعليه». «١»

إن الشقّ الثانى من كلامه يدلّ على ثبوت الحقّ، بمجرد امتناعه من الحلف و هو معنى القضاء بالنكول.

يلاحظ عليه بوجهين:

- ١- إن الموضوع للقضاء بالنكول، ليس الامتناع عن الحلف، بل الامتناع منه و من الردّ و المذكور فى الرواية هو الأوّل دون الثانى. فكما أنّ عدم ذكر الامتناع عن الردّ لا- يضرّ بكونه فى مقام البيان فكذلك عدم ذكر ردّ الحاكم على المدعى فلعله ردّه عليه و لم يذكر لعدم العناية به.
- ٢- إنّ المقصود منها، عدم سقوط الحقّ بامتناعه و أمّا أنّه لا يشترط فى القضاء شىء آخر و هو إحلاف المدعى، من جانب القاضى فلا يدلّ على عدم اعتباره بل هو ساكت عنه.

(١) الكلينى، الفروع: ٧/ ٤١٦٤١٥ و وافقه الشيخ فى التهذيب فى كيفية النقل: ٦/ ٢٢٩.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٠٧

على أنّ الرواية ضعيفة سنداً لأجل قاسم بن سليمان لما عرفت من أنّه مهمل فى الرجال ثمّ الرواية مضطربة متناً فنقلها الكلينى حسب ما نقلناه، و نقلها الصدوق. بصورة أخرى فابدل قوله: «و إن لم يحلف فعليه» بقوله: «و إن ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حقّ» (١) و فى الوسائل (٢)، جمع بين المتنين. و على ما نقله الصدوق فلا صلة للرواية بالمقام. و هناك احتمال آخر و هو أنّ الضمير المجرور فى قوله: «و إن لم يحلف فعليه» يعود إلى المدعى، و معنى الجملة: إن لم يحلف المدعى عليه، «فاليمين على المدعى» و يكون مفاد النقلين أمراً واحداً و تكون الرواية متعرضة لصورتين:

- ١- حلف المدعى عليه.
- ٢- عدم حلفه و حلف المدعى. على وجه الإجمال من دون يكون ذكر لمستند حلف المدعى و هل هو ردّ المدعى عليه، أو الحاكم؟ و على هذا التفسير، يختلف مرجع الضمير المجرور و المبتدأ المقدر، فعلى التفسير الأوّل يرجع الضمير إلى المدعى عليه و المبتدأ المقدر عبارة عن الحقّ و المعنى و ان يحلف المدعى عليه، فالحقّ على ذمته و يكون شاهداً للقول. و على الثانى، يرجع الضمير إلى المدعى (الرجل) و المبتدأ المقدر هو الحلف: أى إن لم يحلف المدعى عليه، فالحلف على المدعى و يكون ناظراً للقول الثانى.

هذا ما ذكره بعض حضار بحثنا و تبه به أيضاً السيد الطباطبائى. (٣)

و الغريب أنّ المحقق الآشتيانى نقل عن بعضهم أنّ الرواية أخذت من كتاب «أحمد بن محمد بن عيسى» الذى أخرج جماعه من الرواة عن قم، منهم

(١) الصدوق، الفقيه: ٣/ ٣٨.

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

(٣) ملحقات العروة الوثقى: ٢/ ٦٧.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٠٨

البرقى لأجل روايتهم عن الضعفاء و بذلك حاول أن يثبت إتقان الرواية، لأنّ من يعترض على من يروى عن الضعفاء لا ينقل عنهم. يلاحظ عليه: مع أنّ اعتراضه لم يكن على أصل النقل عن الضعفاء بل لكثرة روايتهم عنهم و إلّا فالثقة قد يروى عن الضعيف، إنّ الواقع فى السند، هو محمد بن عيسى بن عبيد اليقطينى، لا أحمد بن محمد بن عيسى.

هذا كله حول الصدر و أمّا ذيلها فيمكن أن يتمسك به القائل بكفاية النكول و ذلك لأنه قال: «و إن كان المطلوب بالحقّ قد مات فاقامت عليه البيّنة. فعلى المدّعى اليمين إلى أن قال: لأنّ المدّعى عليه ليس بحيّ و لو كان حيّاً لألزم اليمين أو الحقّ أو يردّ اليمين عليه و من ثمّ لم يثبت الحقّ».

وجه الاستدلال للقول بكفاية النكول أنّه قال: «يردّ اليمين» بصيغته المعلوم و لم يذكر ردّ اليمين من الحاكم إذا امتنع عن الجميع، بل ذكر ردّ المدّعى عليه فقط.

يلاحظ عليه أوّلاً: أنّه من المحتمل أنّه بصيغته المجهول فلا يتعيّن الرادّ فيعم المدّعى عليه و القاضي.

و ثانياً: نفترض أنّه بصيغته المعلوم، و لكن القاضي وليّ الممتنع، فردّه ردّ تسيبى للمدّعى عليه، فيصدق اعتباراً أنّه ردّ اليمين إلى المدّعى. على أنّ عدم الذكر لا يكون دليلاً على التشريع.

فقد تبين ممّا ذكرنا أنّه ليس للقول بكفاية النكول عن ردّ اليمين على المدّعى دليل واضح فالمرجع هو الأصل و هو عدم سببته إلّا إذا ضمّت إليه يمين المدّعى، ليكون النكول عن الأمرين مع يمين المدّعى قائماً مكان البيّنة كما صرح به ابن إدريس في كلامه المتقدّم.

استدل للقول الثاني [أي رد الحاكم اليمين على المدعى] بوجوه غير نقيّة.

إشارة

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٠٩

١ ما رواه أهل السنّة من أنّ النبي ردّ اليمين على طالب الحقّ. «١»

يلاحظ عليه: أنّ السند غير نقي، و الرواية ليست صريحة في المورد و لعلّ ردّه صلّى الله عليه و آله و سلّم كان في صورة رضی المدّعى عليه، بيمين المدّعى فيصدق أنّه ردّ اليمين على المدّعى.

٢- ما في رواية عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: في الرجل يُدّعى عليه الحقّ و لا بينة للمدّعى قال: «يُسْتَحْلَفُ أَوْ يُرَدُّ اليمين على صاحب الحقّ فإن لم يفعل فلا حقّ له». «٢»

و الاستدلال مبني على كون الفعلين مبنيين للمجهول: و المعنى أنّه يُسْتَحْلَفُ المدّعى عليه و إن امتنع يُرَدُّ اليمين على صاحب الحقّ فيكون نصّاً في المورد.

نعم لو كان الفعل الأوّل مبتتياً للمجهول دون الثاني تكون العبارة ناظرة إلى الصورة السابقة و هو ردّ المنكر اليمين إلى المدّعى و المعنى يُسْتَحْلَفُ المدّعى عليه، أو يردّ هو اليمين على المدّعى و احتمال كون الرادّ، هو الأعم من المدّعى عليه أو القاضي لأنّ له ولاية على الممتنع و إن كان له وجه كما مرّ في توضيح ذيل رواية عبد الرحمن البصري، لكنّه مجرد احتمال لا ظهور.

٣- صحيح هشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: تردّ اليمين على المدّعى. «٣» و وجه الاستدلال التمسك بإطلاقه الشامل للمقام. «٤» يلاحظ عليه: أنّ الرواية جواب عن سؤال غير مذكور و لعلّه كان في مورد رضی المدّعى عليه أن يحلف المدّعى ففي هذا المورد ورد يُرَدُّ اليمين على المدّعى.

(١) رواه المتقى الهندي في كنز العمال: ٥/ ١٤٥٤٥، الدار قطنى، السنن: ٤/ ٢١٣.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

(٤) النجفى، الجواهر: ٤٠/ ١٨٣ لكن نكول المدّعى سبب لسقوط حقّه، و نكول المنكر سبب لإثباته يجمعها أنّه من أدوات القضاء.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤١٠

٤ وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «المطلوب أولى باليمين من الطالب». «١» وجه الاستدلال أن صيغة التفضيل تدل على وجود المبدأ في كلا الطرفين غاية الأمر وجوده في المطلوب أكد من وجوده في الطالب.

يلاحظ عليه: مع أن السند غير نقى ومع احتمال كون «أولى» في المقام مثل ما ورد في آية الميراث: (وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ). (الأنفال / ٧٥) فيكون المقصود تعيين اليمين على المطلوب وعدم جوازه للطالب، أنه لا إطلاق في الحديث، فلعله ناظر إلى ما إذا رضى المطلوب، يمين الطالب لا ما إذا امتنع من الحلف والرد.

٥- خبر ضمرة بن أبي ضمرة عن أبيه عن جدّه قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «أحكام المسلمين على ثلاثة: شهادة عادله، أو يمين قاطعه، أو سنّة ماضية من أئمة الهدى». «٢»

وجه الاستدلال أن القضاء بالنكول ليس بواحد منها.

يلاحظ عليه بوجهين:

الأول: أنه وما شابهه ناظرا إلى الطوارئ الأولى، ولا يعم الطوارئ الثانوية، مثل ما إذا أنكر، و امتنع من الحلف والرد، فلو قلنا بالقضاء بالنكول لا يكون مخالفاً له.

الثاني: الجواب بالنقض، لاتفاقهم على صحّة القضاء بنكول المدعى إذا ردت إليه اليمين.

ولكن الملاحظة الثانية، غير تامّة، لما عرفت من الفرق بين النكولين. أى فرق بين القضاء بنكول المدعى، والقضاء بنكول المدعى عليه، فإن الأول أشبه

(١) الدار قطنى، السنن: ٢١٩ / ٤.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤١١

بعدم القضاء عند نكول المدعى، و اعترافه بعدم اليئنه، فإن القاضى يرخصهما عن مجلس القضاء و يشتغل بسائر المرافعات بخلاف القضاء بنكول المنكر، فإنه قضاء بالمعنى الحقيقى و حكم باشتغال ذمته بالحق، فلا يصح قياس أحدهما بالآخر. و عندئذ ينحصر الجواب بما قلناه من أنه ناظر إلى الحالات الابتدائية دون الثانوية.

و أما التمسك بآية الوصية الواردة في سورة المائدة / ١٠٨، فلا صلة له بالمقام.

إلى هنا تبين أنه ليس لأحد القولين دليل اجتهادى قاطع، و المرجع، هو الأصل الذى عرفته.

بقى هنا شىء و هو ما أفاده صاحب الجواهر عند ذكر أدلة كفاية النكول: حيث قواه بوجهين:

١- إن ظاهر الإحلاف أنه حق المنكر فلا يستوفى إلّا بإذنه كما أنه لا يحلف المنكر إلّا بإذن المدعى.

٢- أنه كنكول المدعى عن اليمين التى هى ليست إلّا يمين المنكر فنكوله عنها إن لم يكن أولى فى سبب القضاء فهو مساو له.

يلاحظ على الأول: ما عرفت من أن الاحتجاج بالبينه و اليمين من الأحكام الشرعية و من أدوات القضاء، و ليس من مقوله الحق الاصطلاحى، و إذا كان حكماً شرعياً مفيداً لحال بعض المكلفين يقوم به الحاكم، إذا امتنع عنه المكلف، لأنه ولى الممتنع و العجب أنه أشار بما ذكرناه فى ثنايا البحث. «١»

و أمّا الثانى فهو أشبه بالقياس، لأنّ القضاء بنكول المدعى لا يكون دليلاً على القضاء بنكول المدعى عليه و إن اشتركا فى ترك الإقدام على الحلف و قد عرفت

(١) النجفى، الجواهر: ١٨٥ / ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤١٢

الفرق بين النكولين فى الأمر الخامس من المقدمات عند البحث فى مرسله يونس فلاحظ.

ثم إنه استدلل للقول الآخر أى ردّ الحاكم اليمين على المدعى بوجه آخر: أن الإحلاف هنا ليس إلّا لمصلحة المنكر بانقطاع الدعوى عنه. و ربّما جاز بدون إذنه مضافاً إلى معلومية ولاية الحاكم على كلّ ممتنع فيقوم مقامه حينئذ فى الردّ الذى يمكن نكول المدعى معه فيسقط حقّه.

يلاحظ عليه: أن الردّ كما يمكن أن يتمّ لصالح المنكر بأن ينكل عن الحلف، يمكن أن يتمّ لصالح المدعى، حيث يحلف و يأخذ حقّه و معه كيف يمكن وصفه بأنّه لصالح المنكر فقط.

بقيت هنا كلمة: و هو أنّه لو قلنا بجواز القضاء بالنكول فالمتيقّن منه، ما إذا عرض حكم النكول عليه، و لو قضى بنكوله من غير عرض فادعى الخصم الجهل بحكم النكول و دلّت القرائن على صدق قوله فالحكم بالنكول مشكل جداً لما عرفت من عدم وجود إطلاق فى دليل القضاء حتّى يُنفى وجوبّ العرض بأصالة البراءة و المرجع هو الأصل أعنى: عدم النفوذ إلّا إذا كان نفوذه متيقناً.

و يعرب عمّا ذكر أنّ الدليل المهم لجواز القضاء بالنكول هو رواية عبد الرحمن البصرى ببيان: أنّ قوله: «و لو كان حياً لألزم باليمين، أو الحقّ أو يردّ اليمين (بناء على كون الفعل (يردّ) مبنياً للفاعل) يدلّ على أنّه إذا انتفى الأمرين أى لم يحلف و لم يردّ لألزم بالحقّ»، و لكن الرواية ليست فى مقام بيان شرائط القضاء بالنكول و الإلزام بالحقّ، فلعلّ نفوذ القضاء مشروط بعلم المنكر، بالموضوع و حكمه. و المقصود من وجوب العرض هو الوجوب الشرطى لا النفسى، كما لا يخفى.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤١٣

إذا بذل المنكر اليمين بعد النكول

إنّ للمسألة صوراً يختلف حكم بعضها حسب اختلاف المبنى فى المسألة السابقة، و إليك الصور:

١- إذا بذل بعد النكول و الامتناع عن الحلف و الردّ.

٢- إذا بذل بعد النكول و حكم القاضى بالحقّ بعده.

٣- إذا بذل بعد النكول، و ردّ القاضى اليمين إلى المدعى و قبل حلفه.

٤- تلك الصورة و لكن بعد حلفه.

و البحث عن الصورتين الأولتين على القول بكفاية النكول فى الحكم، بخلاف الأخيرتين فإنّما يطرحهما من يقول بعدم كفاية النكول و لزوم ردّ اليمين.

لا شكّ فى لزوم الالتفات فى الصورة الأولى (قبل صدور الحكم) و إن قلنا بأنّ النكول موضوع تام له و لأجل ذلك أدخل صاحب الجواهر لفظ الحكم فى عبارة الشرائع حتّى تتمحض فى الصورة الثانية.

و أمّا الثانية، فالحكم بعدم الالتفات مبنى، على ما هو المختار فى المسألة السابقة، من جواز الحكم بالنكول فلا يلتفت لحرمة نقض حكم القاضى.

و أمّا الصورة الثالثة أى إذا بذل قبل حلف المدعى اليمين المردودة فالظاهر لزوم الالتفات من غير فرق بين كون الردّ منه أو من الحاكم خصوصاً إذا كان مع رضا المدعى، لأنّ قول الحاكم له «احلف» ليس قضاء بل تمهيد له، فإذا لم يحلف و رضى فلا وجه لعدم الالتفات.

بل و لو لم يرض و حلف، مع كون المنكر مستعداً للحلف و ذلك لما عرفت من خلوّ دليل مطلق يدلّ على القضاء فى هذه الصورة إلّا

الأصل الحاكم بالأخذ بالقدر المتيقن، ولازمه هنا، هو الالتفات بيمين المنكر، لأن المقطوع بالقضاء بيمين نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤١٤
 المدعى إذا بقى المنكر على نكوله حتى يتم حلف المدعى لا مطلقاً و إن رجع قبل يمين المدعى.
 و أما الصورة الرابعة فعدم الالتفات هو المتعين، لكونه هو القدر المتيقن.

مسائل

إشارة

الأولى: إذا كانت للمدعى بينة فهل يجوز للحاكم أن يقول احضرها أو لا يجوز؟
 الثانية: إذا كانت البينة حاضرة فهل يجوز سؤالها قبل التماس المدعى، أو لا يجوز؟
 الثالثة: فإذا سألها و تبين الواقع فهل يجوز الحكم قبل التماس المدعى، أو لا يجوز إلا بعد التماسه؟

أما الأولى: [إذا كانت للمدعى بينة فهل يجوز للحاكم أن يقول احضرها أو لا يجوز؟]

فقد نقل عن جماعة الجواز مطلقاً، و عن جماعة أخرى عدمه كذلك و عن بعضهم التفصيل بين علم الحاكم بمعرفة المدعى بكون المقام مقام بينة فلا يجوز، و جهله بذلك فيجوز. و استحس المحقق الجواز.

أما الثانية: [الثانية: إذا كانت البينة حاضرة فهل يجوز سؤالها قبل التماس المدعى، أو لا يجوز؟]

فقد اختار المحقق عدم الجواز و قال: «و مع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدعى» و علله صاحب الجواهر بقوله: «لأنه حقه فلا يتصرف فيه من غير إذنه» (١) و قال العلامة فى القواعد: «إذا أراد السؤال فليقل من كانت عنده شهادة فليذكر إن شاء و لا يقول لهما اشهدا. ٢ و علله فى الجواهر بأنه أمر لهما بالشهادة و قد لا تكون عندهما شهادة. ٣

أما الثالثة: [فإذا سألها و تبين الواقع فهل يجوز الحكم قبل التماس المدعى، أو لا يجوز إلا بعد التماسه؟]

فقال المحقق: «لا يحكم إلا بمسألة المدعى أيضاً» و علله فى

(١) ١ و ٢ الجواهر: ١٩٢ / ٤٠.

(٢) ٣ مفتاح الكرامة، قسم المتن: ٨٨ / ١٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤١٥

الجواهر بأن ذلك حق له، و ربما كان له غرض فى عدم الحكم و لو فرض جهل المدعى بتوقف حكم الحاكم على طلبه بينه له، و

نقل عن بعضهم: أن له الحكم و إن لم يسأله المدعى لأن ذلك منصبه و وظيفته و مفروض المسألة عدم رفع يد المدعى عن دعواه. أظن أن حكم المسائل الثلاث من الوضوح بمكان، و ذلك بيان أمرين:

الأول: إن الاحتجاج بالبينه، أو دفع الدعوى باليمين من أدوات القضاء في الإسلام. و من الأحكام الشرعية فقد أوجب سبحانه على القاضى أن يحكم بكذا و كذا، و ليس من الحقوق و إن كانت البينه لصالح المدعى، و اليمين لصالح المنكر، و ليس كل ما تم لصالح الإنسان معدوداً من الحقوق، فقد أحل الله البيع و الطيبات، مع أن الحليه فيهما ليست من الحقوق.

الثانى: إن القضاء أمر عرفى و قد كان رائجاً قبل الإسلام بين الناس، و إيقاف القضاء بهذه الأمور ربّما يعرقل أمر القضاء و يأخذ من وقت القاضى شيئاً كثيراً. نعم ليس للقاضى دعوة الناس إلى الترافع و إنهاء الخصومه ما لم يرفع المترافعان الأمر إليه، فإذا رفعاً، يصير القاضى مخاطباً بالقضاء و إنهاء الخصومه، و كلما يعدّ مقدمه لرفع المخاصمه يكون جائزاً له فيسأل عن بينته، و على فرض وجودها يأمر بالإحضار، و إذا حضر يسألها عن حقيقه الحال و إذا تمت المقدمات، يحكم، و ينهى القضاء و يُرخص المترافعين و إن أرادا أو أراد أحدهما تحرير المحضر، يكتب لهما محضراً. و جواز كل ذلك يعلم من الخطاب المتوجه إلى القاضى بفصل الخصومه.

و ما ذكر في مقاله القائل بالتوقف من أنه ربّما يكون للمدعى غرض فى عدم الحكم غير تام لأن القاضى أمر بإنهاء الخصومه، لا بتأمين غرض المدعى، على أنه ربّما يتعلّق غرض المنكر بالحكم، و فصلها و إن كان غرض الآخر إبقاءها بحالتها فلا وجه لتقديم أحد الغرضين على الآخر.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤١٦

الرابعة: فى إحلاف المنكر مع إمكان إقامة البينه

إن القضاء باليمين (مع وجود البينه للمدعى سواء أ كانت حاضرة فى مجلس القضاء أم لا و لكن أمكن إحضارها بسهولة)، يحتاج إلى إطلاق فى دليل القضاء باليمين و إلّا فشان المدعى، إقامة البينه، لا التحليف، و القدر المتيقن منه ما إذا لم تكن له بينه.

إنّ ما ذكرناه هو مقتضى القاعدة و مع ذلك ذهب المحقق النراقى فى المستند إلى خلاف ما ذكرناه فقال:

لا يتعين على المدعى إذا كانت له بينه، إحضارها، و لا حاضرة، إقامتها، بل يجوز له الإحلاف حينئذ أيضاً بمعنى أن المدعى الذى له بينه، مخير بين إقامة البينه و التحليف، و للحاكم تخيره و صرح به فى التحرير، و نفى بعض مشايخنا عنه الخلاف فى صورة عدم حضور البينه ثم قال: بل ذكر جماعة من دون خلاف بينهم ثبوت الخيار للمدعى بين إحلافه و إقامة البينه و لو كانت حاضرة لأن الحق له، فله أن يفعل ما يشاء منها. و نسب بعض فضلائنا المعاصرين تخيره مطلقاً إلى الاستفادة من الأدلة قال: فلا يتوهم أنه مع إمكان البينه لا يجوز التحليف. (١)

أقول: إنّ المستدل جعل المدعى نفس الدليل. فمن أين ثبت أن للمدعى حقّ التحليف مع إمكان إقامة البينه. و قد سبق منّا مراراً بأن قولهم: «البنه للمدعى و اليمين على من ادعى عليه» فى مقام بيان وظيفة القاضى، لا بصدد بيان حقّ المدعى فقد ورد فى غير واحد من الروايات أن نبياً اشتكى إلى ربّه فقال: يا رب! كيف أفضى بما لم تر عينى و لم تسمع أذنى؟! فقال: اقض عليهم بالبينات و أضفهم إلى اسمى يحلفون به. (٢)

(١) النراقى، مستند الشيعة: ٥٢٩ / ٢.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤١٧

نعم استدلل النراقي بإطلاق روايات أخرى، و تبعه السيد الطباطبائي في ملحقات العروة و إليك تبين دلالتها:

١- صحیحة ابن أبي يعفور: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه، فاستحلفه فحلف أن لا- حق له قبله، ذهب اليمين بحق المدعى فلا دعوى له، قلت له: و إن كانت له بينة عادلة؟ قال: نعم و إن أقام بعد ما استحلفه بالله، خمسين قسامه ما كان له، و كانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما استحلفه عليه». (١) و الاستدلال مبنى على وجود إطلاق في قوله: «و إن كانت له بينة» شامل لما كانت له بينة قبل الحلف و بعده.

يلاحظ عليه: بأنّ الذيل دليل على أنّ المراد ما إذا تمكّن منها بعدها لا ما إذا كانت موجودة من أول الأمر، بشهادة قوله: «و إن أقام بعد ما استحلفه بالله... فإنّ الإقامة كناية عن التمكّن منها بعد ما لم يكن متمكناً منها» ضرورة أنّه لو كانت له بينة حين القضاء، لما عدل عنها إلّا في الفرض النادر الذي تنصرف عنه الرواية.

٢- إطلاق رواية محمد بن قيس في حديث اشتكى نبي إلى ربّه إلى أن قال له: «ردّهم إليّ و اضعفهم إلى اسمي يحلفون به». (٢) يلاحظ عليه: أنّ الحديث ليس في مقام البيان حتّى يؤخذ بإطلاقه و إنّما هو بصدد بيان كيفية القضاء و الإجابة على سؤال النبي بأنّه كيف يقضى فيما لم تره عينه و لا سمعه أذنه.

و مع ذلك فإنّ هنا روايات تردّ القول بالتحخير و إن حاول النراقي تأويلها و إليك الإشارة العابرة إليها:

١- صحیحة سليمان بن خالد في اشتكاء بعض الأنبياء و ما أجيب به فقد

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

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤١٨

جاء فيها: «أضعفهم إلى اسمي فحلفهم به و قال هذا لمن لم تقم له بينة». (١) وجه الاستدلال، أنّ الظاهر أنّ مرجع اسم الإشارة في هذا هو مشروعية القضاء باليمين لا تعيينه، فما احتمله النراقي من كونها بصدد بيان أنّ تعيينه لمن لم تقم له بينة غير تام.

و قد عرفت أنّ عدم قيام البينة كناية عن عدم وجودها، لا وجودها و عدم إحضارها فما احتمله النراقي في هذا المورد من أنّ الشرط أعم من عدم الوجود أو عدم الإقامة غير تام. لأنّ غاية ما يمكن أن يقال أنّ قوله: «لم تقم له بينة» يراد منه الأعم من عدم الوجود أو عدم الوصول إليه، لا ما إذا كانت متيسرة حاضرة في المحكمة أو خارجها لكن يمكن إحضارها.

٢- مرسله يونس فجاء فيها: «فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه». (٢) فالظاهر تبين مشروعية القضاء بها بمعنى أنّه لا تصل النوبة إليها إلّا بعد عدم الشاهد. و بذلك يعلم ضعف ما يقال بأنّ جزء الشرط هو كون اليمين متعيناً أو لازماً على المدعى عليه.

٣- ما في تفسير الإمام: «و إن لم يكن له بينة حلف المدعى عليه» (٣) و بذلك يعلم أنّ المراد من قوله في صحیحة سليمان بن خالد: «لم تقم له بينة» هو عدم وجودها، كما في هذه الرواية.

و بذلك تقف على مدى صحّة قول السيد الطباطبائي حيث يقول بعد ما نقل لبّ ما ذكره النراقي: و بالجمله لا ينبغي التأمل في تحخير المدعى بين إقامة البينة و إحلاف المنكر خصوصاً إذا كان في إقامتها صعوبة عليه أو لم يعلم أنّ الحاكم يقبل بينته أم لا، نعم يشكل العدول عن البينة المعترية بعد إقامتها إلى

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

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

(٣) ٣ و ٤ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤١٩

الحلف مع عدم البعد فيه أيضاً. «١»

الخامسة: سؤال القاضى المدعى عليه عن الجارح

إذا أقام المدعى البيئته و زكّاهها عدلان فهل يجب على القاضى سؤال المدعى عليه عن الجارح أو لا؟

قال الشيخ: قال الحاكم للمدعى عليه قد عدّلا عندي هل عندك جرح؟ فإن قال: نعم أنظره لجرح الشهود ثلاثة. «٢»

قال المحقق: «بعد أن يعرف القاضى عدالة البيئته يقول: هل عندك جرح».

و الظاهر من العلمين كونه من وظائف القاضى و لأجل ذلك، استدرك صاحب الجواهر على المحقق و قال: «و فى وجوب ذلك إشكال»، و هناك من فصل بين علم القاضى بعدالة البيئته و ثبوت عدالتها بالتركيه فلا يجب فى الأول بخلاف الثانى و هو خيرة السيد الطباطبائى، قال فى المسألة الرابعة: «إذا علم عدالتها و جامعيتها للشرائط لم يحتج إلى التركيه لجواز العمل بعلمه خصوصاً فى مسألة عدالة الشاهد و لا يلزم سؤال المدعى عليه فى أنه هل له جارح أو لا»، و قال فى المسألة التاسعة: «إذا أقام المدعى على التركيه بيئته مقبولة و جب على الحاكم أن يبين للمدعى عليه أن له حق الجرح إذا لم يكن عالماً به». «٣»

و الظاهر وجوب السؤال مطلقاً إذا لم يكن عالماً بأن له حق الجرح، لأنه القدر المتيقن من دليل القضاء و ليس له إطلاق يعم صورة جهل الخصم بجواز الجرح بل اللازم أوسع فى ذلك، إذ يلزم سؤاله عن كل ما أقيم عليه، من الأسناد و المحاضر و التقارير المكتوبة بخطه، لاحتمال كونه مزوراً و أن له المقدره على

(١) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٧٠ / ٢، المسألة ٢.

(٢) الطوسى، المبسوط: ١٥٩ / ٨.

(٣) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢، المسألة ٤ و ٩.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٢٠

إثبات التزوير و عليه يدور القضاء فى المحاكم العالمية و أمياً علم القاضى بعدالتهما شخصياً، فلا ينفى وجوب السؤال، لأن العلم بعدالتهما لا ينافى وجود الاشتباه فى شهادتهما و لعل فى وسع الخصم أن يثبت خطئهما فى الشهادة.

السادسة: إذا استعمل المدعى عليه فى إحضار الجارح

إذا استعمل المدعى عليه فى إحضار الجارح فهل يجب الإنظار أو لا، و على فرض الوجوب فهل المدة محدّدة بثلاثة أيام أو لا؟

أمياً الأول فقد استدلل له باحتمال صدق الخصم، و الأولى الاستدلال، بأن القضاء أمر عرفى و الإطلاقات ناظرة إلى المتعارف منه و المتعارف هو الإمهال على وجه لا- ينتهى إلى الإهمال فى أمر القضاء و المسامحة فيه و ما نقله عن كاشف اللثام من أن الحاكم ينفذ حكمه و الخصم على حجته إذا ثبت الفسق «١» غير تام. و ذلك لأنّ صحّة القضاء فرع تمامية ميزان القضاء لأنه إذا كان احتمال المعارض أمراً عقلياً فالقول بتمامية ميزان القضاء أمر مشكل خصوصاً إذا كان إحضار الجارح أمراً سهلاً، لا يعدّ تعطيلاً للقضاء، و لا مسامحة فيه، بل إمعاناً و دقة.

و أما مدة الإنظار فقد نسب إلى المشهور أنه ثلاثة أيام من غير تفصيل بين بعد المسافة و قربها.

ثم إنَّ الدليل على وجوب الإنظار ما ذكرناه من انصراف دليل القضاء إلى المتعارف نعم استدل للإمهال بمرسله سلمة بن كهيل عن علي عليه السلام: «و اجعل لمن ادعى شهوداً غُيباً أمداً بينهما فإن أحضرهم أخذت له بحقه و إن لم يحضرهم أوجبت عليه القضية».

«٢»

(١) الجواهر: ١٩٣/٤٠، نقلًا عن كشف اللثام.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٢١

و مورد الحديث في إمهال المدعى لأن يحضر الشهود الغُيب و العرف يساعد، إلغاء الخصوصية و شموله لإمهال المدعى عليه لإحضار شهوده الغُيب للجرح و عدم التقييد بثلاثة دليل على أنه تختلف مدّة الإنظار حسب بعد المسافة و قربها و إمكان التوصل بها. اللهم إلاً أن يقال بتوقف الإحضار على مرور زمان، لا يتحمل به عادة ففي مثله يصحّ أن يقال أنه يقضى، و الخصم على حجته.

السابعة: لا حلف مع إقامة البينة

إشارة

اتفق الأصحاب على أنه لا يُستحلف المدعى مع البينة القابلة لإثبات الحق.

قال الشيخ: و لم يستحلف المدعى مع بينته و قال بعض من تقدّم: لا يحكم له بالبينة حتى يستحلفه معها. «١»

و يكفي في ذلك ما تضافر عن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم: أن البينة للمدعى و اليمين على من ادعى عليه أو من أنكره و التفصيل قاطع للشركة. و يدلّ على الحكم مضافاً إلى ما عرفت غير واحد من الروايات. «٢»

نعم ورد في مرسله سلمة بن كهيل: «و ردّ اليمين على المدعى مع بينته فإنّ ذلك أجلى للعمى و أثبت للقضاء» «٣»، و هذا الموضع منها مرفوض لم يعمل به أحد، و سلمة بن كهيل زیدی بتری، لا يؤخذ بما تفرّد به.

نعم يستثنى منه، ما إذا كانت الدعوى على ميت فقد تفرّد اثنان من القدماء على ضمّ اليمين إلى البينة أحدهما الصدوق فقد عقد باباً لهذا و قال: «باب الحكم

(١) الطوسي، المبسوط: ١٥٩/٨.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢١.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٢٢

باليمين على المدعى على الميت هنا بعد إقامة البينة» «١» و الآخر الشيخ في المبسوط. «٢» و لم نجد من نصّ على الحكم من عصر الشيخ (٤٦٠٣٨٥ هـ) إلى عصر المحقق (٦٧٦٦٠٢ هـ) نعم اشتهر القول به من عصره و إليك بعض الكلمات:

قال المحقق: و لا يُستحلف المدعى مع البينة إلا أن تكون الشهادة على ميت فيستحلف على بقاء الحق في ذمته استظهاراً. «٣»

و قال العلامة: و لا يستحلف المدعى مع البينة إلا أن تكون الشهادة على ميت أو صبي أو مجنون أو غائب فيستحلف على بقاء الحق استظهاراً يميناً واحدة و إن تعدّد الوارث. «٤»

و قال الشهيد الثاني: و إن كانت الدعوى على ميت فالمشهور بين الأصحاب لا يظهر فيه مخالف أن المدعى يستحلف مع بينته على

بقاء الحق فى ذمة الميت و لكن تردد فى كون الحكم إجماعياً. «٥»

و قريب منه فى مجمع الفائدة و إن ناقش فى مستند الحكم سنداً و دلالة و خرج باستحباب الحلف فى النتيجة كما سيوافيك. «٦»
و الغور فى كتب الأصحاب يوقفنا على مكانة المسألة و أنه ليس هناك إجماع و من العجب ادعاء صاحب الجواهر فيها الإجماع حيث
قال: لم يصرح به أحد قبل المصنف غير الشيخ إلا أن ذلك غير قادح فى تحصيل الإجماع على بعض طرقه المقررة فى الأصول و لذا
حكاه الصيمرى عليه هنا فلا ريب فى الاستدلال به بناء على حجته مثله. «٧»

(١) الصدوق، الفقيه: ٣٨ / ٣، الباب ٢٦.

(٢) الطوسى، المبسوط: ١٥٩ / ٨.

(٣) نجم الدين الحلى: الشرائع: ٨٥ / ٤.

(٤) العلامة، إرشاد الأذهان: ٢ و قريب منه عبارة القواعد لاحظ مفتاح الكرامة: ٨٩ / ١٠.

(٥) زين الدين العاملى، المسالك: ٤١٠ / ٢.

(٦) الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٦٠ / ١٢.

(٧) النجفى، الجواهر: ١٩٥١٩٤ / ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٢٣

أقول: إن ادعاء الإجماع لا يصح على تمام المبانى فى ادعائه إلا الادعاء على وفق القاعدة، و أنهم قدس الله أرواحهم لو كانوا ملتفتين
لمصدر الحكم كما التفتنا، لأفتوا به و هو كما ترى و هذا مما يسيئ الظن بكثير من الإجماعات المدعاة.

و الدليل عليه روايات ثلاث:

الأولى: خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الرحمن البصرى

قال: «و إن كان المطلوب بالحق قد مات، فأقيمت عليه البيئة فعلى المدعى، اليمين بالله الذى لا إله إلا هو لقد مات فلان و أن حقه
عليه، فإن حلف و إلا فلا حق له لأننا لا ندرى لعله قد أوفاه بيئته لا نعلم موضعها أو غير بيئته قبل الموت فمن ثم صارت عليه اليمين مع
البيئة، فإن ادعى بلا- بيئته فلا حق له، لأن المدعى عليه ليس بحى، و لو كان حياً لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثم لم
يثبت الحق». «١»

و قد أمعن النظر فيها المحقق الأردبيلي و ذكر أنه يستفاد منها أحكام (ثمانية) على خلاف القاعدة ثم ضعف الرواية بالوجه التالية:

١- فى سندها محمد بن عيسى بن عبيد اليقطينى.

٢- و ياسين الضرير المهمل فى الرجال.

٣- من أين نعلم أن المراد من الشيخ هو الإمام الكاظم عليه السلام؟

٤- عدم التصريح بتعدد البيئة. «٢»

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

(٢) عبارة المجمع فى المطبوع هكذا: لعدم التصريح بتعدد البيئة و هو تصحيح «تعدد» البيئة كما هو كذلك فى مفتاح الكرامة و عبر
عن الإشكال فى الجواهر بقوله: «لا احتمال لإرادة غير الشاهدين من البيئة».

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٢٤

٥ ظاهرها وجوب اليمين المغلظ و لا قائل به.

٦- يمكن حمل اليمين على التقيّة أو الاستحباب. «١»

و الحقّ أنّ هذه المناقشات دون مقام الأردبيلى و لأجل ذلك قال صاحب الجواهر: لا يستأهل للردّ فإنّ دفعها واضحة جدّاً و أوجب عنها فى مفتاح الكرامة على وجه التفصيل. «٢» فلاحظ.

الثانية: صحیحة محمد بن الحسن الصفار:

إشارة

كتب إلى أبى محمد الحسن بن على عليهما السّلام.

أ: هل تقبل شهادة الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع عليه السلام: «إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى اليمين».

ب: و كتب أ يجوز للوصى أن يشهد لوarith الميت صغيراً أو كبيراً و هو القابض للصغير و ليس الكبير بقابض؟ فوقّع عليه السلام: «نعم و ينبغى للوصى أن يشهد بالحقّ و لا يكتّم الشهادة».

ج: و كتب أو تُقبل شهادة الوصى على الميت مع شاهد آخر فوقّع: «نعم من بعد يمين». «٣»
و الاستدلال يتوقف على دراسة الأسئلة الثلاثة الواردة فيه.

تحليل السؤال الأول:

الظاهر من قوله: «للميت بدين له على رجل» أنّ الميت من له الدين،

(١) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ١٢ / ١٦٠.

(٢) السيد العاملى، مفتاح الكرامة: ١٠ / ٩٠.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٨ من أبواب الشهادات، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٢٥

و الرجل الظاهر فى كونه حيّاً من عليه الدين، و قام شاهدان أحدهما الوصى و الآخر غيره. ففى مثله، فرض اليمين على المدعى، و هل المدعى هو الوصى، أو أولاد الميت و ورثته، الظاهر هو الثانى، و على كل تقدير فلا يخلو هذا الشق من تأملات:

١- كيف تقبل شهادة الوصى فيما هو وصى فيه خصوصاً إذا كان وصياً للميت و قيماً للصغير فإنّ الشهادة عندئذ تجزّ نفعاً لجواز أكل الوصى من ماله حسب الحاجة؟ «١»

أقول: يمكن أن يقال: إنّ الوصى ليس من الشهود و ذلك بوجهين:

أ: احتمال رجوع ضمير «معه» فى كلام الإمام إلى «الشاهد الآخر العدل» الوارد فى كلام الراوى و عندئذ يخرج الوصى عن كونه شاهداً.

ب: نفترض أنّ الضمير فى «معه» يرجع إلى الوصى، و المعنى إذا كان مع الوصى، شاهد آخر عدل «فعلى المدعى اليمين» و ذلك لعدم الاعتبار بشهادة الوصى بل الاعتبار بالشاهد الآخر، و يمين المدعى. نعم عند ذاك تصير لفظة «معه» زائداً و مستدركاً لعدم العبرة بشهادة الوصى بل بيمين المدعى سواء كان وصياً أو ولد الميت.

٢- إذا قامت البيّنة على الدين، فما الحاجة إلى يمين المدعى، مع كون المدعى عليه حيّاً؟

أقول: الإشكال متوجه على ما افترضناه فى الفرض الأول و هو العبرة بشهادة الوصى و العدل الآخر و أما على الفرض الثانى، من كون الحجة هو العدل و اليمين فلا.

(١) لقوله سبحانه: (وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَ بَدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا، وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْغَفِرْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) (النساء / ٦).

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٢٦

على أنه يمكن تصحيحه على الفرض الأول، إذا افترضنا، كون المديون ميتاً و اليمين للاستظهار إذ لعله وفى دينه فيكون دليلاً على المقام أيضاً.

تحليل السؤالين: الثانى و الثالث

أما السؤال الثانى فهو يشمل على جواز شهادة الوصى فيما هو وصى فيه. و هى غير معتبر لجزّ النفع كما عرفت.

و أما الثالث: فالمفروض فيه خلاف الصورة الأولى، فقد افترض الميت مديوناً لدائن فلا تقبل الشهادة على الميت إلا بعد يمين. و عندئذ يتوجه السؤال التالى:

المشهور أن للوصى قضاء دين الميت إذا كان عالماً به مع أن ظاهر الرواية (الجواب الثالث) عدم جوازه إلا مع يمين المدعى.

و يمكن أن يكون وجه التعليق على يمين المدعى عدم علم الوصى بالبقاء، و الظاهر أن المراد من اليمين هو يمين المدعى و هو فى المقام غير المدعى فى الأول.

و بذلك يندفع ما ربّما يقال من أن ظاهرها أنه لا يجوز للوصى أن يقضى دين الميت مع علمه به و إن كان مع عدل إلا مع يمين المدعى و هو خلاف ما تقرّر. «١»

و ذلك لاحتمال عدم علمه بالبقاء أو لدفع التهمة عن نفسه و على كل تقدير يمكن أن يكون مؤيداً لهذا الاستثناء.

ثم إن للصغار صحيحة أخرى جاء فيها تنفيذ الشهادة على الميت من دون ضمّ يمين فتكون مخالفة لما ذكر.

روى أنه كتب إلى أبى محمّد عليه السلام رجل أوصى إلى ولده و فيهم كبار قد أدركوا و فيهم صغار أ يجوز للكبار أن ينفذوا وصيته و يقضوا دينه لمن صحّ على الميت

(١) مجمع الفائدة: ١٢ / ١٦١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٢٧

بشهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار فوقّع عليه السلام: «نعم على الأكبر من الولد أن يقضوا دين أبيهم و لا يحسبوه بذلك». «١»

و يمكن الجواب بأنه إذا كان التعارض، تعارض الإطلاق و التقييد، تقييد الثانية بالأولى و لا إشكال. و لا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة.

الثالثة: سليمان بن حفص المروزي

إنه كتب إلى أبى الحسن عليه السلام فى رجل مات و له ورثة فجاء رجل فادّعى عليه مالاً و أن عنده رهناً فكتب عليه السلام:

١- «إن كان له على الميت مال و لا بينة له عليه فليأخذ ماله بما فى يده و ليردّ الباقي على ورثته».

٢- «و متى أقر بما عنده، أخذ به و طوَّب بالبيئة على دعواه و أوفى حقه بعد اليمين».

٣- «و متى لم يقر البيئة و الورثة ينكرون، فله عليهم يمين علم يحلفون بالله ما يعلمون ان له على مئتهم حقاً». (٢)

إن الإمام في الفقرة الأولى يرشده إلى كيفية استنفاذ ماله.

كما أنه في الفقرة الثانية، يبين الحكم الشرعي و أن من أقر بمال عنده للغير يؤخذ منه المال، و يُطالب بالبيئة بالنسبة إلى الدين الذي يدعيه و عندئذ شقان:

١- إن أقام البيئة، فلا بد من ضم اليمين إليه و هو ظاهر قوله في الفقرة الثانية: «و أوفى حقه باليمين» بالبناء على المجهول.

٢- إذا لم يقر البيئة، فهذا ما جاء في الفقرة الثالثة و حاصله أنه ليس للمرتهن

(١) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٥٠ من كتاب الوصايا، الحديث ١.

(٢) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٢٠ من أبواب الرهن، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٢٨

على الورثة سوى التحليف بنحو يمين علم، لا حلفاً على أن الواقع كذلك لأن المفروض عدم علمهم به.

و بعد دراسة الروايات الثلاث، تبين لزوم اليمين و وجوبه، و إن ذهب الأردبيلي إلى خلافه. و حمله على الاستحباب أو التقيء، و الثاني لا وجه له و الأول على خلاف الظاهر فتدبر.

و ليعلم أن محلّ البحث ما إذا ادعى المدعى اشتغال ذمة الميت بالدين إلى زمان الموت، و لكن شهدت البيئة على أصل الاشتغال، لا على بقائه إلى حينه. و أما إذا قامت البيئة على الاشتغال إلى زمانه فهو خارج عن موضوع الروايات، لقيام الحجّة الشرعية على الاشتغال إلى حينه و لا موضوع للاستظهار حتى يُكلّف باليمين فقوله في رواية البصري: «لعله قد أوفاه بيئته لا يعلم موضعها، أو غير بيئته قبل الموت» غير صادق في هذه الصورة و ليكن هذا ببالك فإنه يفيدك في المستقبل ففي كثير من الكلمات خلط بين الصورتين.

التعدّي عن مورد النصوص إلى غيره

إشارة

إن هنا موارد للمسألة غير منصوصة يجب استنباط حكمها منها أو من غيرها و ذلك لأن المنصوص في السؤال الثالث يشتمل على قيود يكفى في كون المورد خارجاً عن النصوص، ارتفاع قيد منها فالقيود الواردة فيه عبارة:

١- احتمال براءة ذمة الميت لأجل احتمال الإيفاء فهل يتعدى منه إلى ما إذا كان احتمال البراءة مستنداً إلى غير الإيفاء، كالإبراء و محاسبته من باب الحقوق؟

٢- إن المدعى في النص هو صاحب الحق، فهل يتعدى فيه إلى وارثه أو وصيه؟

٣- إن المدعى به في النص هو الدين فهل يتعدى منه إلى ما إذا كان العين؟

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٢٩

٤- إن المثبت للحق في النص هو الشاهدان فهل يتعدى منه إلى ما كان المثبت هو الشاهد و اليمين؟

٥- إن المدعى عليه في النصوص هو الميت فهل يتعدى منه إلى من هو بمنزلة كالمجنون و الصغير و الغائب؟ و إليك البحث عن هذه الموارد واحداً بعد الآخر.

٦- إذا استعمل المدعى لإحضار البيئة.

الأول: إذا احتل الإبراء

إذا علم عدم الوفاء ولكن يحتمل الإبراء أو أداء الغير أو الوصية بإيفاء الورثة، مع وفاتهم. و بعبارة أخرى: إذا علم عدم الوفاء ولكنه يحتمل أن المدعى قد أبرأه فى زمان أو حاسبه من باب الحقوق الواجبة أو غيره فالظاهر لزوم اليمين بنفس العلة الواردة فى رواية عبد الرحمن البصرى و احتمال الوفاء من باب المثال.

الثانى: إذا كان المدعى وارث الميت

إذا كان المدعى على الميت وارث صاحب الحق أو وصيه فله صور أربع حسب اتفاقهما على أصل الدين أو على بقائه إلى زمان الموت أو اختلافهما فى ذلك.

أ: أن يدعى أصل الدين، و شهدت البيئته على أصل الدين.

ب: أن يدعى بقاء الدين إلى زمان الموت و شهدت البيئته على بقائه إلى حين الموت.

ج: إذا ادعى الوارث بقاءه إلى حين الموت و شهدت البيئته على أصل الدين.

د: عكس الصورة الثالثة.

يعلم حكم الأولين مما ذكرنا فى الفرع الأول فلا يقضى فى الأولى إلّا باليمين

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٣٠

دون الثانية لقيام الحجّة التامة على الاشتغال فيها فلا حاجة إلى اليمين.

إنما الكلام فى كيفية الحلف فى الصورة الأولى، فهل يحلف الوارث حلفاً بئياً اعتماداً على الاستصحاب و الحكم الظاهرى أو يحلف على نفى العلم بالوفاء، و الإبراء، أو تسقط اليمين و يدخل تحت عمومات حجّية البيئته، أو يدخل تحت روايات المسألة غاية الأمر لا يقضى بشئ لعدم التمكن من الحلف و إن كان فيه معذوراً، و جوه.

احتمل صاحب الجواهر أن يكون له الحلف على البتّ، على مقتضى الاستصحاب، كما يجوز الحلف على مقتضى اليد لأن سقوط الحقّ مع وجود البيئته مناف لمذاق الفقه. «١» و لكنّه غير تام كما اعترف به لانصراف الروايات إلى الحلف مع العلم، لا الحلف مع الشك.

و مثله الصورة الثانية، إذ ليس فى عدم علمه بالوفاء و عدمه، اختلاف بين الطرفين فتكون اليمين بهذا النحو لغواً، نعم لو ادعى على الوارث بعلمه بالوفاء لكان له وجه، لكنّه خلاف المفروض.

و الظاهر هو الاحتمال الثالث لبعده سقوط الحقّ مع وجود البيئته، و اليمين فى جانب المدعى على خلاف القاعدة فتختصّ بمورد الإمكان فىكون المرجع هو إطلاق حجّية البيئته، و اختار السيد الطباطبائى الوجه الرابع قائلاً بأنّ حاله حال مورثه، فكما أنّه لو لم يجزم ببقاء الحقّ و عدم الوفاء لا يجوز له أن يحلف و لا يثبت حقه، فكذا لا يجوز له و حينئذ لا يثبت الحقّ لعدم تمامية الحجّة. «٢»

يلاحظ عليه: أنّ القدر المتيقن فى المخصّص لمدعى البيئته فيما إذا أمكن له الحلف، كما فى المورث، دون ما لا يمكن فالأخذ بإطلاق الأدلّة أولى من إهمالها. و إن كان التصالح أحسن.

(١) النجفى، الجواهر: ١٩٨/٤٠.

(٢) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٨٢/٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٣١

و فى الصورة الأولى هل تكفى يمين واحدة أو تعدّد حسب تعدّد المورد؟ وجهان: اختار صاحب الجواهر كفاية اليمين الواحدة قائلاً

بأن مقتضى إطلاق النص، اعتبار يمين واحدة فى تمامية حجية البيئته. «١» و ذهب السيد الطباطبائى إلى تعددها و أنه لا بد من حلف كل منهم على بقاء مقدار حقه من الإرث و لا يكفى حلف بعض منهم عن الجميع نظير إثبات الحق بالشاهد و اليمين مع تعدد المدعين فلو لم يحلف بعضهم لعدم علمه لم يثبت مقدار حقه. «٢» و الحاصل أن صاحب الجواهر اختار أن اليمين تتمم لحجية البيئته و ليست جزء مثبتاً للحق، بخلاف السيد فإنه جعله جزءاً للحجة.

و الظاهر عدم الفرق بين المبنيين، إذا كانت لليمين مدخليه فى الإثبات سواء كان جزء مثبتاً أو متمماً، و الأولى أن يقال إنه تكفى يمين واحدة، لأجل كونها استظهارية، تحرراً من إيفائه من دون أن تطلع عليه البيئته. و إلا فالبيئته، حجة تامة، و تكفى فى الاستظهار يمين واحدة و إن كان الأولى التعدد.

و مما ذكرنا يعلم حكم الصورة الثالثة فيحلف المدعى على وجه البت و فى الصورة الرابعة يقضى بلا يمين لتمامية الحجية.

الثالث: هل يقتصر على الدين أو يتعدى إلى العين؟

هل يختص الحكم بالدين أو يشمل العين أيضاً بل كل دعوى على الميت سواء كانت عيناً أو ديناً، أو منفعة أو حقاً كحق الرهانة و حق الخيار؟ قال الشهيد: يجب الاقتصاد على ما دل عليه من كون الحلف على المدعى مع دعواه الدين على الميت كما يدل عليه قوله: «و أن حقه لعله و إنا لا ندرى لعله أو فاه»، فلو كانت الدعوى عيناً فى يده بعارية أو غصب، دفعت إليه مع البيئته من غير يمين. و لو لم يوجد فى التركة و حكم بضمائها للمالك ففى إلحاقها حينئذ بالدين نظراً

(١) النجفى، الجواهر: ١٩٨ / ٤٠.

(٢) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ١٩٧ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٣٢

إلى انتقالها إلى الذمة أو العين نظراً إلى أصلها وجهان: أجودهما الثانى «١» و تبعه النراقى فى المستند و نسبه إلى العلامة فى القواعد، و الفاضل المقداد فى التنقيح، لاختصاص النص بالدين قال:

أما الصحيحة (صحيحة الصفار) فلتصريحها بالدين و أما الرواية (عبد الرحمن بن أبى عبد الله) فلظهورها فيه لمكان لفظ «الحق»، و «لعله» و «أوفاه»، نعم رويت الصحيحة فى الكافى مجردة عن لفظ «بدين» و أما النسخ المصححة عندى فكلها مشتملة على لفظ «بدين» و أما ما قيل «أن النص و إن كان مخصوصاً بالدين إلا أن مقتضى التعليل المنصوص و هو الاستظهار، العموم» ففيه ان العلة هى احتمال الإيفاء و هو فى العين التى بيده غير جار بل الجارى فيه احتمال النقل و نحوه. و غير ذلك من التعليل، مستنبط لا يعاب به. «٢»

و إليه ذهب صاحب الجواهر و حاصل النزاع أن المرجع هو عموم حجية البيئته، أو الأخبار الثلاثة الخاصة فالمشايع يرجحون كون المرجع، هو عموم أدلة حجية البيئته و لكن يمكن ترجيح القول الثانى بأن ذكر الوفاء فى رواية البصرى من باب المثال، كالدين فى صحيحة الصفار، و أن الميزان، احتمال أمر، موجب لبراءة ذمة الميت من وفاء أو نقل جديد و قد تقدم أنه لو احتمل الإبراء أو المصالحة، فهما أيضاً يلحق باحتمال الوفاء و أنه جىء به بعنوان المثال لكونه الغالب. و التعليل بأمر ارتكازى لا تعبدى فيكون جميع الاحتمالات المتشابهة سواسية من غير فرق بين بقاء العين أو تلفه و من غير فرق عند التلف بين تلفه فى حياة القابض، أو بعد موته، و ما يظهر من صاحب الجواهر «٣» من التفريق بين التلفين و أنه لو تلف فى زمانه فهو داخل تحت الخبر (البصرى و الصفار) و لو تلفت بعده فالخبران قاصران عن شموله، غير تام.

(١) زين الدين العاملى، المسالك: ٤١١ / ٢.

(٢) النراقي، المستند: ٢ / ٥٢١.

(٣) النجفي، الجواهر: ٤٠ / ٩٨.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٣٣

و مع ذلك كله فالحق هو عدم الإلحاق مطلقاً و ذلك لأنَّ البيئنة لا تخلو إمَّا أن تشهد على كون العين باقية على ملك المدعى إلى حين موت القابض أو تشهد على أنها كانت ملكاً له. من دون الشهادة، على بقائها إلى حينه، فعلى الأول يقضى بها من دون يمين لعدم الحاجة إلى الاستظهار بعد قيام البيئنة على كونها باقية في ملك المدعى، و أمَّا على الثاني فلا تفي البيئنة بإثبات بقائها ملكاً للمدعى إلَّا بضم اليمين اعتماداً على الاستصحاب و هو محكوم بقاعدة اليد و ليس للقاضي الاعتماد على الاستصحاب و القضاء به، مع كون المدعى عليه ذات اليد. و توهم عدم حجية اليد في تلك الموارد كما ترى.

فتحصل أنَّ العين لا يلحق بالدين، إمَّا لعدم الحاجة إليه، و إمَّا لعدم تامة ميزان القضاء كما لا يخفى.

الرابع: هل يقتصر على الشاهدين أو يتعدى منه إلى الشاهد و اليمين؟

الظاهر من المحقق الآشتياني أنَّ القضاء بالشاهد و اليمين على الميت ممَّا لا غبار عليه إمَّا الكلام في كفاية اليمين الواحدة أو لزوم الحاجة إلى يمينين قال: «ثمَّ الكلام فيهما ليس من حيث كونهما كالبيئنة في ثبوت الحقَّ بهما فإنَّه ممَّا لا إشكال فيه و إمَّا الكلام فيها من حيث الاحتياج إلى يمينين أو كفاية يمين واحد فقد يقال بلزوم تعدد يمينين نظراً إلى تعدد موجبهما و الأصل عدم التداخل و قد يقال بكفاية اليمين الواحدة نظراً إلى تأتي المقصود منها لها فلا داعي للتعدد.

و قد يفصل في المسألة بين ما إذا شهد الشاهد بالحقَّ الفعلي و باشتغال الذمَّة فعلاً، و بين ما إذا شهد باشتغال الذمَّة سابقاً كما إذا شهد على سبب الاشتغال فيحكم في الثاني بالتعدد و في الأول بكفاية الواحد.» (١)

(١) الآشتياني: القضاء ١٤٤.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٣٤

و اختاره السيّد الطباطبائي و قال: الأظهر وجوب الضمِّ إذا كانت اليمين مع الشاهد، على أصل ثبوت الحقَّ من غير تعرُّض لبقائه لأنَّ اليمينين متغايران إحداهما على أصل الاستحقاق و الأخرى على بقائه، و إن كانت على الاستحقاق فعلاً ففيه وجهان من تغايرهما من حيث هي، و من عدم الفائدة في تكرارهما. و الأظهر الأول و هو الأحوط إذ يكفي في تغايرهما في حدِّ نفسيهما فلا وجه للتداخل. (١)

يلاحظ على ما ذكره من أنه إذا شهد بالحقَّ الفعلي، فهو خارج عن موضوع الروايات، إذ بعد تامة الحجَّة التامة على الاشتغال بالفعل لا حاجة إلى الاستظهار باليمين.

ثمَّ إنَّ كفاية الشاهد و اليمين مطلقاً حتَّى في مورد الدعوى على الميت، يتوقَّف على وجود الإطلاق في الروايات و هو غير بعيد فقد تصافر عن رسول الله أنه قضى بشاهد و يمين. (٢)

و بما أنَّ اليمين في المقام استظهارى و اليمين الواحدة تفيد فائدة الاثنتين، فلا وجه للتكرار و إن كان الأحوط عدم التداخل.

الخامس: إذا شهدت البيئنة على صبي أو مجنون أو غائب

إذا شهدت البيئنة على صبي أو مجنون أو غائب فهل تُضمُّ اليمين إلى البيئنة أو لا؟ فقال المحقق: «أشبهه أنه لا يمين» (٣) و استقرب العلّامة في القواعد ضمَّها و قال: «و لو كانت الشهادة على صبي أو مجنون أو غائب فالأقرب ضمُّ اليمين

(١) السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢ / ٨٦.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم.

(٣) نجم الدين الحلّي: الشرائع: ٤ / ٨٥.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٣٥

و يُدفع الحاكم من مال الغائب بعد التكفيل. «١» و ذكر الشهيد في المسالك، أن في المسألة قولين أشبههما عند المصنّف العدم وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع النصّ و ذهب الأكثر إلى تعدّي الحكم لمشاركتهم للميت في العلة، و هو أنه ليس للمدعى عليه لسان يُجيب به فيكون من باب منصوص العلة، و لأنّ الحكم في الأموال مبنّى على الاحتياط التام و هو يحصل بانضمام اليمين، ثمّ اختار هو القول الأوّل. و قد استدل على عدم الإلحاق بوجوه:

١- ما ذكره صاحب المسالك من أنّ مورد النصّ و هو الميت أقوى من الملحق به لأنّ جوابه قد انتفى مطلقاً و ليس في دار الدنيا و الصبيّ و المجنون و الغائب لهم لسان يرتقب جوابهم. «٢»

يلاحظ عليه: أنّ الموضوع الواقعي من لا- يستطيع على الدفاع حين القضاء لا- بعده و الميت ذكر بعنوان المثال و الغائب على فرض تسليم الحكم فيه خرج بالدليل كما سيوافيك و عندئذ يكون الملحق و الملحق به في التعليل سيان إذ ليس التعليل خروجه من الدنيا، أو لا يرجى جوابه حتّى يصحّ ما ذكره من الفرق، بل الحكم على شخص غير قادر على الدفاع في مجلس القضاء.

٢- إنّ التعليل عبارة عن احتمال صدور عمل من الميت صار موجباً لفرغ ذمّته، و هو غير متصوّر في حقّهما.

يلاحظ عليه: أنّ الوفاء من باب المثال و المقصود سبق عمل موجب للبراءة و إن لم يكن مستنداً إلى المدعى عليه، كالإبراء و المحاسبة من باب الحقوق.

و الحاصل أنّه يجب أن يكون التعليل بأمر ارتكازي و هو في المقام مركّب من أمرين صدور شيء من الطرفين موجب للبراءة سواء كان إبراءً أو وفاءً، مع كون

(١) السيد العاملي، مفتاح الكرامة: ٩٢ / ١٠، قسم المتن.

(٢) زين الدين العاملي، المسالك: ٢ / ٤١١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٣٦

المحكوم عليه غير قادر على الدفاع في مجلس القضاء و بذلك يندفع كلا الدليلين.

هذا كلّه في المجنون و الصغير و أمّا الغائب فقد ورد فيه النصّ من القضاء بالبينّة بلا ضمّ يمين، فعطفه عليها، في غالب الكلمات غير صحيح.

روى الشيخ بسند صحيح عن جميل بن درّاج عن جماعة من أصحابنا، عنهما عليهما السلام قال: الغائب يُقضى عليه إذا قامت عليه البينّة و يباع ماله، و يُقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجّته إذا قدم. قال: و لا يدفع المال إلى الذي أقام البينّة إلّا بكفلاء. «١» و المراد من الكفلاء هو مطلق الضامن و لا يشترط فيه التعدّد كما هو المتبادر في المقام.

و رواه الشيخ أيضاً عن محمّد بن مسلم و زاد: «إن لم يكن ملياً» و مقتضى التعليل المنصوص هو ضمّ اليمين، لأنّه قضاء على إنسان غير مستطيع على الدفاع، غير أنّ الكفيل قام مقام اليمين كما أنّ قوّة حضور الغائب، في المحكمة في المستقبل و الاعتراض على الحكم، هوّن الأمر و لم يقيد باليمين على خلاف المجنون لاحتمال عدم إفاقته، و الصبي لاحتمال عدم ذكره.

إنّ هذا كلّه إذا ادعى شخص ديناً له على هؤلاء و أمّا إذا ادعى وليّ الطفل و المجنون ديناً لهما على ميت، فلا يقضى إلّا ببيّنة و يمين لأنّه ادعاء على الميت فيدخل في المنصوص و قد عرفت أنّ المراد بصاحب الحقّ هو الأعم من الأصيل و غيره فاليمين على الولي كما

أنّ عليه إقامة البينة.

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١، وفي السند جعفر بن محمد بن إبراهيم، وهو من مشايخ الإجازة، و عبد الله بن نهيك وهو عبد الله بن أحمد بن نهيك الثقة ذكره في مفتاح الكرامة لاحظ: ٩٤/١٠ و بذلك يندفع تضعيف المحقق الأردبيلي.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٣٧

السادس: إذا استعمل المدعى لإحضار البينة

إذا رفع الشكوى إلى القاضي و قال القاضي له: هل لك بينة؟ فقال: نعم لى بينة غائبة، فهل يجب الإمهال، أو يقضى بيمين المنكر أو خيّر بينهما؟ و لو اختار الإنظار، فهل تلزم على القاضي مطالبة الكفيل من المدعى عليه أو لا؟

قال الشيخ في الخلاف: إذا ادعى على غيره حقاً فأنكر المدعى عليه، فقال المدعى لى بينة غير أنها غائبة، لم يجب له ملازمة المدعى عليه و لا مطالبته بكفيل إلى أن تحضر البينة و به قال الشافعي. و قال أبو حنيفة: له المطالبة بذلك و ملازمته ثم استدل الشيخ على مختاره بأن الأصل براءة الذمة و من أوجب ذلك فعليه الدلالة، و روى سماك عن علقمة بن وائل بن حجر عن أبيه أن رجلاً من كندة، و رجلاً من حضرموت أتيا النبي صلى الله عليه و آله و سلم فقال الحضرمي: «هذا غلبني على أرضي و ورثتها من أبي و قال الكندي في يدي أذرعها، لا حقّ له فيها فقال النبي صلى الله عليه و آله و سلم للحضرمي: أ لك بينة؟ قال: لا، قال: لك يمينه، قال: إنه فاجر لا يُبالي على ما حلف، إنه لا يتورع من شيء فقال النبي: ليس لك منه إلّا ذاك» فمن قال له الملازمة و المطالبة بالكفيل فقد ترك الخبر. (١)

و قال في المبسوط: و إن كانت البينة غائبة قال له الحاكم: ليس لك ملازمته، و لا مطالبته بالكفيل، و لك يمينه أو يرسل حتى يحضر البينة و قال قوم له ملازمته و مطالبته بالكفيل حتى يحضر البينة و الأول أصحّ و الثاني أحوط لصاحب الحق. (٢)

و قال المحقق في الشرائع: و لو ذكر المدعى أن له بينة غائبة خيره الحاكم بين

(١) الطوسي، الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ٣٦؛ لاحظ صحيح مسلم، كتاب الأيمان: الجزء الأول، الباب ٦١، برقم ٣٣ و ٢٢٤.

(٢) الطوسي، المبسوط: ٨ / ١٤٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٣٨

الصبر و إحلاف الغريم و ليس له ملازمته و لا مطالبته بكفيل. (١)

و في النافع اختيار الإمهال و قال: لو قال: البينة، غائبة أُجَل بمقدار إحضارها و في تكفيل المدعى عليه تردّد، و يخرج من الكفالة عند انقضاء الأجل. (٢)

أمّا التخيير بين الصبر و القضاء بالبينة، و إحلاف الخصم فقد عرفت خلافه و أنّه مع إمكان الاحتجاج بالبينة لا يحتجّ بالحلف، إلّا أن يكون الإحضار أمراً حرجياً للمدعى فيحتجّ بالحلف، و تؤيده رواية سلمة بن كهيل «و اجعل لمن ادعى شهوداً غائباً أمداً بينهما فإن أحضرهم أخذت له بحقه و إن لم يحضرهم أوجبت عليه». (٣)

إنّما الكلام في أخذ الكفيل و الضامن، فربّما يقال بلزوم أخذه، لأنّ في إطلاقه ضرراً على المدعى.

يلاحظ عليه: أنّ معنى حكومة لا ضرر، أنّه يرفع الحكم الشرعي الضروري في المورد و ليس الحكم بجواز إطلاقه حكماً ضرورياً، بل فيه

احتمال الضرر، و مثله ما لو فسّر بما هو المختار عندنا من أنّ النفي بمعنى النهى و أنّه ليس لأحد، الإضرار على الغير، إذ ليس فيه إلّا احتمال الإضرار على المدعى، مضافاً إلى أنّ فى حبه و ملازمته ضرراً حتماً على الخصم. و ربّما يقال بأنّ الأمر دائر بين أحد الضررين، اما ضرر المدعى بإطلاق الخصم، و إما ضرر المدعى عليه، بحبه أو طلب الضمان أو الكفالة منه فتجب على القاضى مراعاة أقلّ الضررين.

(١) نجم الدين الحلى: الشرائع: ٨٥ / ٤.

(٢) المختصر النافع: ٢٨١ ط مصر.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب آداب القاضى، الحديث ١٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٣٩

يلاحظ عليه: أنّ مورد المراعاة إذا أكره الإنسان بالإضرار على شخص بأحد أمرين لا تساوى قيمتهما فعلى المورد، ارتكاب أقلهما، لا ما إذا كان هناك ضرر يدور أمره بالإيراد على أحد الشخصين، فلا يصحّ تحميل الضرر القليل على شخص، لدفع الضرر الكثير عن الآخر. بل لا بدّ من ملاحظة ضابط آخر محرّر فى مبحث لا ضرر.

نعم لو دلّت القرائن على صحّة مقالة المدعى و كان الضرر المحتمل، معظماً و كان الخصم فى مظنة الهرب و الفرار، كان له أخذ الضمان ولاية و إلى ما ذكرنا يشير الفاضل المقداد قال: و يقوى أنّ التكفيل موكول إلى نظر الحاكم فإنّ الحكم يختلف باختلاف الغرماء فإنّ الغريم قد يكون مطلقاً غير مأمون فالمصلحة حينئذ تكفيله و إلّا لزم تضييع حقّ المسلم و قد لا يكون كذلك بل يكون ذا مروءة و حشمة و مكنة فلا- حاجة إلى تكفيله لعدم ثبوت الحقّ و الأمن من ضياعه و ربّما يكون المدعى محتالاً يكون طلبه للتكفيل وسيلة إلى أخذ ما لا يستحقّه. «١»

لا شكّ أنّ أخذ الضامن قبل ثبوت الحق، حكم ضررى لكن هذا المقدار من الضرر أمر لا بدّ منه فى باب القضاء، و الأدلّة منصرفه عنه و لأجل ذلك لا يعدّ إحضار المنكر إلى المحكمة و السؤال عن الموضوع أمراً ضرورياً لأنّ القاضى مأمور بإحقاق الحقوق و ليس له طريق إلّا هذه الأمور. و بالجملة باب القضاء فى الإسلام موضوع على هذا النوع من الضرر فلا يرتفع بالقاعدة. و منه يعلم حكم ما لو أقام شاهداً و استمهّل إلى إقامة شاهد آخر فمقتضى القاعدة عدم وجوب أمر على الخصم إلّا ما عرفت.

(١) الفاضل المقداد، التنقيح الرائع: ٢٥٣٢٥٢ / ٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٤٠

الفصل الثالث: فى سكوت المدعى

إشارة

قد تقدّم أنّ المدعى عليه، إمّا أن يُقرّ، أو يُنكر أو يسكت، و قد مضى الكلام فى الأولين و بقى الكلام فى الثالث،

فإذا سكت و لم يجب بإثبات و لا نفي فهو على قسمين:

إشارة

إمّا أن يسكت عمداً و عناداً أو يسكت لآفة فيه من طرش أو خرس. و الكلام فى القسم الأوّل.

[القسم الأوّل السكوت عمداً أو عناداً]

إشارة

ثمّ إنّ السكوت إمّا مع وجود البيّنة للمدعى أو مع عدمها، لا خلاف فيما إذا أقام بيّنة فإنّ القاضى يحكم بها و إن سكت المدعى عليه إذ مع قيام الحجّة يجب القضاء على القاضى، غاية الأمر يلزم عليه إلفات نظر المدعى عليه إلى أنّ له جرح بيّنة المدعى أو نقد ما أقام من دليل فإذا سكت فقد عمل القاضى بواجبه فيتمحض الكلام فى السكوت عن عمد، مع عدم البيّنة للمدعى.

ثمّ الأقوال فيه مختلفة:

- ١- يُلزم بالجواب فإن أصرّ حُبس حتى يجيب.
- ٢- يُجبر حتى يجيب من غير حبس بل يضرب و يبألغ معه فى الإهانة إلى أن يحصل الغرض.
- ٣- يقول له الحاكم ثلاثاً: إن أجبت و إلّا جعلتك ناكلاً و رددت اليمين على خصمك. على القول بعدم القضاء بمجرّد النكول، و إلّا فيقضى عليه بلا حاجة إلى ردّ اليمين.

و الأوّل هو المشهور، و الثانى لا قائل به و الثالث خيرة الشيخ فى المبسوط و ابن

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٤١

إدريس فى السرائر. «١»

و يظهر من العلامة قول رابع فى التحرير و هو أنّه قيد الحكم بالنكول بالقول عليه باللطف و الغلظة أوّلماً حتى ينتهى إلى القضاء بالنكول. «٢»

كما أنّه يظهر من الشهيد فى الروضة «٣» قول خامس و هو التخيير بين الحبس و النكول برّد اليمين على المدعى و هو خيرة ابن البراج أيضاً. «٤»

ثمّ الظاهر من كلمات الفقهاء أنّه يكفى الحبس من دون شىء معه، لكن صاحب الرياض قدّم اللطافة بالرفق، ثمّ بالإيذاء و الشدة متدرّجاً من الأدنى إلى الأعلى على حسب مراتب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، فإن أجاب و إلّا حبسه. «٥» و هذا يكون قولاً سادساً و ليس نفس القول الثانى، فإنّه مبنى على الضرب حتى يجيب. و إليك نقل بعض الكلمات:

- ١- قال المفيد: إن كان صحيحاً و إنّما يتجاهل، و يعاند بالسكوت، أمر بحبسه حتى يُقرّ أو ينكر إلّا أن يعفو الخصم عن حقّه عليه. «٦»
- ٢- قال الشيخ الطوسى: إذا ادعى على غيره دعوى فسكت المدعى عليه أو قال: لا أقرّ و لا أنكر فإنّ الإمام: يحبسه حتى يجيبه بإقرار أو بإنكار و لا- يجعله ناكلاً و به قال أبو حنيفة و قال الشافعى: يقول له الحاكم ثلاثاً إمّا اجبت على المدعى و إلّا جعلناك ناكلاً و رددنا اليمين على خصمك، و قال: دليلنا أنّ الأصل البراءة و ردّ اليمين فى هذا الموضوع و جعله ناكلاً يحتاج إلى دليل و ليس فى الشرع ما يدلّ عليه. «٧»

(١) الطوسى، المبسوط: ٨، آداب القضاء ١٦؛ ابن إدريس، السرائر: ٢/ ١٦٢.

(٢) العلامة، تحرير الأحكام: ٢/ ١٨٩.

(٣) زين الدين العاملى، الروضة البهية: ١ / ٢٨٥، كتاب القضاء، ط عبد الرحيم.

(٤) ابن البراج، المهذب: ٢ / ٥٨٦.

(٥) السيد على الطباطبائى، الرياض: ٢ / ٣٤٣.

(٦) المفيد، المقنعة: ٧٢٥.

(٧) الطوسى، الخلاف: كتاب القضاء، المسألة ٣٧.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٤٢

٣ و قال فى نهايته: أمر بحبسه حتى يُقر أو يُنكر إلا أن يعفو الخصم. «١»

٤- و قال ابن حمزة: إذا سكت عن الجواب تعتتاً يحبسه الحاكم حتى يُقر أو يُنكر إلا أن يعفو الخصم. «٢»

٥- و قال ابن سعيد: «و إن لم يجب و هو صحيح حبس حتى يجيب». «٣»

٦- و قال ابن البراج بالتخير بين جعله ناكلاً و الحبس و إن كان الأول أولى قال: فإن سكت أو قال: لا أقرّ و لا أنكر، قال الحاكم له أن

أجبت عن الدعوى و إنما جعلتك ناكلاً و ردّدت اليمين على خصمك، و ذكر أنّه يحبسه حتى يجب إما بإقرار أو بإنكار و لا يجعله

ناكلاً و ما ذكرناه أوّلاً هو الظاهر من مذهبنا و لا بأس بالعمل بالثانى. «٤»

٧- و قال الشيخ فى المبسوط بالقول الثالث أى جعله ناكلاً. «٥»

٨- و قال ابن إدريس: و الصحيح من مذهبنا و أقوال أصحابنا و ما يقتضيه المذهب أنّه فى المسألتين (إذا سكت أو أقر بشىء و لم

يبين) أنّه يجعله الحاكم ناكلاً و يرّد اليمين على المدعى. «٦»

دليل القول بالحبس

استدل للقول الأوّل بوجهين:

١- إنّ الجواب حقّ للمدعى فيتوصل فى تحصيله إلى حبسه كما إذا ثبت الحقّ بإقراره أو بيّنه، مع إنكاره فيحبس حتى يؤدى.

يلاحظ عليه: أنّه ممنوع صغرى و كبرى.

(١) الطوسى، النهاية: كتاب القضاء و الأحكام.

(٢) ابن حمزة، الوسيلة: ٢١٢.

(٣) ابن سعيد الحلّى، الجامع للشرائع: ٢٥٤.

(٤) ابن البراج، المهذب: ٢ / ٥٨٦.

(٥) الطوسى، المبسوط: ٨، فى آداب القضاء ١٦.

(٦) ابن إدريس، السرائر: ٢ / ١٦٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٤٣

أمّا الأولى فإنّ كون الجواب حقاً، يتوقف على وجود دليل عليه من شرع أو عرف، و الأوّل غير موجود و الثانى إنّما يصحّ إذا ترافعا

إلى القاضى بالرضا و الرغبة، أو كانت بين الشخصين صلة تجارية أو غير ذلك بما يصحّ فى نظر العرف لزوم الإجابة على المدعى

عليه.

و أمّا الثانى: فلو سلّمنا أنّه حقّ و لكن لا دليل بوجه كلى يدلّ على جواز حبس من عليه الحقّ إذا أمسك عن مثل هذا الحقّ (الجواب)

خصوصاً إذا أمكن للمدعى التوصل إلى تحصيله بطريق أسهل و أخفّ كما فى كلام سيد الرياض.

٢- النبوى المعروف: «لئى الواجد أو مطلقه يُجَلَّ عقوبته و عرضَه» و فى آخر «حبسه» المعتضد بما فى النصوص الواردة حول حبس أمير المؤمنين عليه السلام الغريم باللى و المطل من دون ضرب أو إهانة. يلاحظ عليه: مضافاً إلى أن الوارد من طرفنا هو «لئى الواجد بالدين يُجَلَّ عرضه و عقوبته» «١»، أن لفظ الواجد منصرف عن هذا النوع من الوجدان. و الظاهر أن المراد واجد المال.

دليل القول بالإجبار

استدل للقول الثانى أى الإجبار بالضرب بأنه مقتضى الأمر بالمعروف. يلاحظ عليه: أنه لو تمّ لدلّ على قول صاحب الرياض من تقديم اللطافة بالرفق ثم الإيذاء و الشدة متدرجاً من الأولى إلى الأعلى و أين هو من الابتداء بالضرب؟!

دليل القول بجعله ناكلاً

إشارة

استدل للقول الثالث برواية عبد الرحمن بن أبى عبد الله تارة بصدرها

(١) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٨ من أبواب القرض، الحديث ٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٤٤ و أخرى بذيلها.

أما الصدر قال: خبىنى عن الرجل يدعى قِبَلِ الرجلِ الحَقَّ فلم تكن له بينة بما له، قال فيمين المدعى عليه فإن حلف فلا حق له. و إن لم يحلف فعليه. «١»

و قد تقدّم أنّ للحديث تفسيرين:

١- إن لم يحلف المدعى عليه فعليه «الحق»، فضمير المجرور يرجع إلى المدعى عليه، و المبتدأ المحذوف، هو الحق و عليه لا يحتاج إلى ردّ اليمين بل يقضى بالنكول.

٢- إن لم يحلف المدعى عليه، فعلى المدعى اليمين و هذا يدلّ على عدم كفاية النكول بل يتوقف على الردّ إلى المدعى.

يلاحظ عليه بوجهين:

أولاً: أنّ الصدوق نقل مكان الفقرة الثانية قوله: «و إن ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلاحق». «٢» و على هذا فلا دلالة للحديث للمقام على وجه القطع.

و ثانياً: أنّ منصرف الحديث المنكر و لا يعمّ الساكت.

و أما الذيل: فقوله: «و لو كان حياً لألزم اليمين، أو الحق، أو يردّ اليمين.

فانه يدلّ على أنه يجب على المدعى عليه أحد الأمور الثلاثة:

١- اليمين، أو الإلزام بالحق (المدعى به) أو الإلزام بردّ اليمين، و حيث امتنع الأول و الثالث بسكوته، يتعين الإلزام بالحق هذا كله على أنّ الفعل (يرد) مبنى للفاعل، و إلّا فيتوقف على ردّ الحاكم اليمين إلى المدعى.

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

(٢) الصدوق، الفقيه: ٣٨ / ٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٤٥

و قد اختاره من المتأخرين السيد الطباطبائي قال: فإنه (ذيل الحديث) يدل على إلزامه بالحقّ إذا سكت و لم يحلف و لم يردّ بل الظاهر من الموضوعين (الصدر و الذيل) من الخبر، الإلزام بالحقّ، بمجرد عدم الحلف و عدم الردّ من غير حاجة إلى ردّ الحاكم اليمين على المدعى. (١)

يلاحظ عليه: مضافاً إلى انصرافه عن الساكت، أنه مبنى على تفسير قوله: «بالحقّ» بالذى ادعى عليه، مع أنه من المحتمل أنه يُلزم بالحقّ الذى اعترف به و يدلّ على ذلك أنه لو كان المراد منه الحقّ الذى ادعى عليه يجب تأخيره عن قوله: «يردّ اليمين» لأنّ إلزام القاضى إياه بدفع الحقّ إنّما يصحّ إذا لم يحلف و لم يردّ و طبع الحال حينئذ يقتضى أن يقال:

يلزم على المدعى عليه، إمّا أن يحلف أو يردّ اليمين على المدعى و إمّا فعليه الحقّ الذى ادعى عليه، و بعبارة أخرى: يجب عليه أن يدافع عن نفسه بأحد الحلفين و إمّا فيدفع ما ادعى عليه مع أنه ذكر بين الحلفين و هذا يدلّ على أنّ المراد هو الحقّ الذى اعترف به.

و ربّما يستدلّ على هذا القول بأنّ الساكت فى قلبه إمّا مقرّ أو منكر فلو كان مقرّاً فلا إشكال فى إلزامه بالحقّ، و إن كان منكرّاً فهو بسكوته ممتنع عن الحلف و الردّ فيلزم بالحقّ إذا كان النكول كافياً أو بعد ردّ اليمين إلى المنكر إذا لم يكن الردّ كافياً.

يلاحظ عليه: أنه إنّما يتمّ لو كان الموضوع هو الأعم من الظاهرى و القلبى فيكون حكم الإقرار و الإنكار القلبيين، حكم الظاهريين منهما و أمّا لو قلنا بأنّ الموضوع هو الظاهرى منهما فيكون الساكت قسماً ثالثاً فلو ثبت للمنكر و المقرّ حكم فلا يثبت للساكت. و بما أنّ العنوان غير محرز و الموضوع غير معلوم فلا يمكن

(١) السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ١٠٣ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٤٦

القطع بالحكم.

ثمّ إنّه قد يعترض على القول الثالث بأنّه لو اقتضى السكوت ردّ اليمين على المدعى لاقتضى ذلك فى الصغير و المجنون و الغائب و الميت و عندئذ يلزم صحّة القضاء على هؤلاء بدون البيّنة و الاكتفاء باليمين المردودة. (١)

يلاحظ عليه: أنّ الفارق وجود النصّ فى الادعاء على الميت حيث دلّ على لزوم البيّنة مع يمين المدعى دون المقام، أضف إليه وجود الفرق بين المقام و الميت و ما أشبهه و هو أنّ المدعى عليه فى المقام قادر على الإجابة و لكنّه لا يجب و هذا بخلاف هؤلاء فإنّهم بين غير قادر كالميت و الغائب و من لا يترتب الأثر على جوابه كالصبيّ و المجنون.

و الأولى أن يقال: بعد عدم دليل واضح لواحد من هذه الأقوال إنّ الظاهر تفويض الأمر إلى القاضى فى انتخاب الأسلوب الناجح فى حمل الساكت إلى التكلّم و هو يختلف حسب اختلاف الظروف و تعيين الطريق الخاصّ فى ذلك المجال لا يلائم أصول مذهبنا. و ذلك لأنّ الإسلام دين عالمى و خاتم لعامة الشرائع، فلازم ذلك بيان اللب و ترك القشر و لباس الحكم و كيفية إجراءاته على مقتضى الزمان، و ربّما يقتضى الورود من باب اللطف و أخرى من باب الخشونة و لكلّ أقسام.

نعم القضاء على الساكت بالنكول أو بعد ردّ اليمين على خلاف القاعدة فيكون منحصرّاً بمورده و لا يتجاوز عنه إلّا بدليل.

القسم الثانى: السكوت المستند إلى الآفة

إذا كان السكوت لأجل آفة فى المدعى عليه من طرش أو خرس قال

(١) الجواهر: ٢١٠ / ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٤٧

المحقق: «توصل إلى معرفة جوابه بالإشارة المفيدة لليقين» أى اليقين بكونه مقرراً أو منكرًا.

وجهه: ان اشارته قائمة مقام اللفظ لغير ذوى الآفة و لا يصح القضاء فى غير ذوى الآفة إلا بعد القطع بالمراد من كلامهم و لا يكفى الظن به و المقصود من القطع بالمراد، هو المراد الاستعمالى منه، لا- المراد الجدوى إذ ليس للفظ دور، سوى الدلالة على المراد الاستعمالى، لا- المراد الجدوى إذ الوقوف عليه على عاتق سائر الأصول و القرائن و لذلك ذهبنا فى الأصول عند البحث عن حجية الظواهر إلى أن دلالتها على المراد الاستعمالى قطعية لا ظنية و المجمل و المتشابه خارجان موضوعاً عن الظواهر و التفصيل فى محله. و بذلك يعلم عدم تمامية ما أفاده صاحب الجواهر من إلحاق إشارة الأخرس باللفظ الذى يكتفى بالظن بالمراد منه. «١»

قال المحقق: «و لو استغلقت إشارته بحيث يحتاج إلى المترجم لم يكف الواحد و افتقر فى الشهادة بإشارته إلى مترجمين عدلين» و ما ذكره مبنى على أن الترجمة من باب الشهادة لكن متلقى العرف غير ذلك بل يراه نقلًا لكلام الغير فيعتبر أن يكون عارفاً بلسانه و ثقته كالوسائل الواردة فى أسانيد الحديث. نعم لا يكون قول المترجم حجةً إلا إذا ادعى القطع بالمراد من الإشارة.

الجواب بلا أدري و لا أعلم

إذا أجاب المدعى عليه بقوله: «لا أدري» و هو بظاهره قسم رابع من الجواب، ليس إقراراً و لا إنكاراً و لا سكوتاً بل يدعى عدم العلم بصحة ما يدعيه المدعى.

و أما الأقوال فلا تتجاوز عن أربعة:

١- إنه منكر و يحلف بعدم العلم يظهر من المحقق الأردبيلي، حيث

(١) النجفى، الجواهر: ٢١١ / ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٤٨

قال: و يحتمل الاكتفاء فى الإسقاط، بيمينه على عدم علمه بذلك للأصل و عدم ثبوت ما تقدم و التأمل فيه، فتأمل. «١» و صرح صاحب الجواهر و قال: فهو منكر، ضرورة عدم كونه إقراراً، كضرورة عدم كونه سكوتاً فليس إلا الإنكار. «٢»

٢- يعامل معه معاملة الناكل فيؤخذ منه الحق مطلقاً، أو بعد رد اليمين إلى المدعى و حلفه و إن لم يرد، فالحاكم يردّها لأنه ولى الممتنع ذكره الأردبيلي و قال: لو قال المنكر: إني ما أحلف على عدمه فإني ما أعلم بل أحلف على عدم علمى بثبوت حقك فى ذمتى، لا يكفى، بل يؤخذ بالحق بمجرد ذلك حينئذ، إن قيل بالقضاء بالنكول أو بعد رد اليمين على المدعى إن لم نقل به «٣» و هو خيرة المحقق الآشتياني و قال: الذى يظهر من الأ- كثر حتى من كثير ممن يقول بالقضاء بالنكول، القضاء عليه بعد رد اليمين إلى المدعى إمّا من المدعى عليه أو من الحاكم بعد امتناعه من الرد، من غير أن يكتفى عنه بالحلف على نفي العلم من دون ادعاء العلم عليه. «٤»

٣- إيقاف الدعوى إن لم يدع عليه العلم و إلا فيجب عليه اليمين على نفي العلم بمثل ما حكموا فى الدعوى على فعل الغير كالدعوى على الوارث و غيره و هو خيرة السيد الطباطبائي فى ملحقات العروة. «٥»

٤- يحلف على نفي الاستحقاق لا- على نفي علمه به نظراً إلى الأصل و هو مبنى على جواز الحلف اعتماداً على الأصل، كالشهادة و

الحلف استناداً إلى اليد، و لكن الفرق بين الأصل و الأمانة واضح و القياس بجامع وجود الحجّة باطل. هذه هي الوجوه المذكورة في كلماتهم و لندرس بعضها:

(١) الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢ / ١٩١.

(٢) النجفي، الجواهر: ٤٠ / ٢١٢.

(٣) الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢ / ١٩١.

(٤) الآشتياني، القضاء: ١٥٤.

(٥) السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢ / ١٠٤، الفصل الثامن، المسألة ٤.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٤٩

أمّا الوجه الأوّل فقد حاول صاحب الجواهر إدخال هذا القسم تحت عنوان المنكر و حاصل ما أفاده بتوضيح منّا: أنّه بالإضافة إلى الواقع و إن لم يكن منكرًا لعدم علمه به و لكنّه بالإضافة إلى استحقاق المدعى فعلًا، منكر له لأنّ الاستحقاق الفعلي فرع العلم، و المفروض عدمه و بذلك يكون منكرًا لا- يتوجّه إليه إلّا اليمين لموافقته الأصل و غيره و أمّا ما يظهر من الأصحاب من اعتبار الحلف على البتّ فهو منزّل على الصورة الغالبة و الشاهد عليه أنّه قد يحلف على عدم العلم نحو يمين الوارث بالنسبة إلى ديون الميت. يلاحظ عليه: أنّه يجب أن يتوارد الادّعاء و الإنكار على شيء واحد. حتّى يقال إنّ مدّع لما ينكره الآخر و على هذا فإن ادّعى المدعى علم الآخر بالدين فعندئذ يتواردان على موضوع فهو مدّع لما ينكره الآخر، فيكون منكرًا حقيقه فيحلف على عدم العلم و إلّا فيردّها إلى المدعى، أو يردّها الحاكم. و يترتب عليه كل ما يترتب على الحلف من الآثار المذكورة، فيما سبق من عدم سماع البيّنة بعد الحلف، أو عدم جواز التقاض من ماله أو تجديد المحاكمة ممّا مرّ.

و على ذلك إذا كان متعلّق الادّعاء و الإنكار، هو العلم و عدمه يكون المدعى عليه منكرًا حقيقه، لا تأويلًا و لا بملاحظة أنّه ينكر الاستحقاق الفعلي كما ارتكبه صاحب الجواهر. و بالجملة فهذا القسم من المسألة يعمّه ما دلّ على أنّ البيّنة على المدعى و اليمين على من أنكرو و إنّما الكلام في القسم الآتي أعني إذا صدّقه في عدم علمه بالواقع أو سكت عنه. فالادّعاء و الإنكار لا يتواردان على موضع واحد. فالمدعى يدعى كونه مديونًا في الواقع، و المدعى عليه، يدعى عدم علمه به و أمّا الواقع فهو لا يثبت و لا ينكره فيكف يدخل في عداد المنكرين. و يترتب عليه أثر المنكر.

و بالجملة ما اختاره صحيح فيما ادّعى عليه العلم بالواقع لا ما إذا وافقه في عدم العلم أو لم يذكر فيه شيئاً و على هذا فلا يتوجّه إليه الحلف، و لا يصحّ له

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٥٠

الردّ، لعدم تمكنه منه حتّى يرد، فلا محيص عن إيقاف الدعوى حتّى يأتي بالبيّنة كما سيوافيك في البحث الثاني.

و أمّا الوجه الثاني أي إجراء حكم النكول عليه و هو الذي ذكره المحقّق الأردبيلي و اختاره الآشتياني فهو غير تامّ بوجهين:

١- إنّ التفصيل في الحديث النبويّ قاطع للشركة و عليه، فوظيفه المدعى، البيّنة و واجب المنكر هو اليمين، و قيام يمين المدعى منزلة بيّنته، يردّه التفصيل القاطع للشركة، فلا يعدل عنه إلّا بدليل، كما في غير هذا المورد.

٢- إنّ الظاهر من روايات ردّ اليمين، هو الردّ إذا أمكن له الحلف و بعبارة أخرى إذا كان مخيّرًا بين الأمرين: الحلف و الردّ، و أمّا إذا لم يتمكّن من الحلف، فلا و المقام من هذا القبيل فإنّه لأجل عدم علمه، ممنوع من الحلف فكيف يكون مجازًا في الردّ، نعم لا بأس به إذا ادّعى عليه العلم بالواقع و هو ينكره، فإنّ الحكم فيه لا يفترق عن سائر الموارد.

و الذي ينبغي أن يقال و ربّما يستفاد ممّا سبق هو أنّه إذا ادّعى عليه العلم بالدين و هو ينكره، ينطبق عليه أصل المدعى و المنكر، فلو

حلف، و إلا يردّ اليمين على المدعى، أو ينوب عنه الحاكم إذا امتنع.

و أمّا إذا صدّقه فى عدم العلم أو شكّ فى صدقه و كذبه، فلا مجال للحلف، لا تفاههما على أنه لا علم له بالواقع و مع التسليم، لا موضوع للحلف، فتكون الدعوى غير مسموعة، و يُلَفّ المَلَفّ إلى أن يأتى بالبيّنة. و يؤيده بعض الروايات:

١- صحيحه عبد العزيز بن المهتدى «١» سألت الرضا عليه السلام قلت: جعلت فداك أن أخى مات و تزوجت امرأته فجاء عمى فادعى أنه كان تزوجها سرّاً فسألتها عن ذلك فأنكرت أشدّ الإنكار و قالت ما كان بينى و بينه شىء، فقال:

(١) قال النجاشى: عبد العزيز المهتدى الأشعرى القمى ثقة روى عن الرضا عليه السلام له كتاب.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٥١

«يلزمك إقرارها، و يلزمه إنكارها». «١»

٢- صحيح زرعه بن محمّد، عن سماعه قال: سألته عن رجل تزوّج جارية أو تمّعت بها فحدّثه رجل ثقة أو غير ثقة فقال: إن هذه امرأتى و ليس لى بينه فقال: «إن كان ثقة فلا يقربها، و إن كان غير ثقة فلا يقبل منه». ٢

٣- خبر يونس قال: سألته عن رجل تزوّج امرأة فى بلد من البلدان فسألها، لك زوج؟ فقالت: لا فتزوّجها ثم إن رجلاً أتاه فقال: هى امرأتى فأنكرت المرأة ذلك، ما يلزم الزوج؟ فقال: «هى امرأته إلا أن يقيم البيّنة». ٣

وجه الاستدلال بهذه الروايات أن الزوجة و إن كانت منكراً على وجه البتّ، و لكن الزوج غير عالم بالواقع فلم يُكَلّف بشىء من اليمين. هذا و تمام الكلام يأتى فى البحث الثانى عند البحث عن يمين المنكر و المدعى.

إذا كان متعلّق الدعوى عيناً

هذا كلّ إذا كان متعلّق الدعوى ديناً و أمّا إذا كان متعلّقه عيناً فى يده منتقله إليه بشراء أو إرث من ذى يد متصرّف فيها بدعوى الملكية. فإنّ للمسألة صورتين:

الأولى: أن يذكر مصدر مالكيته و أنه اشتراه من زيد أو اتّهبه منه أو ورثه من مورّثه إلى غير ذلك من أسباب النقل فى مثلته يحلف على عدم كون المدعى مالكاً اعتماداً على يد من انتقلت منه إليه. و يدلّ عليه خبر حفص بن غياث الدال على جواز الحلف على مالكية ذى اليد. روى حفص بن غياث عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال: له رجل: إذا رأيت شيئاً فى يدى رجل يجوز لى أن أشهد أنه له؟ قال: «نعم»، قال الرجل: أشهد أنه فى يده، و لا أشهد أنه له فلعلّه لغيره فقال أبو عبد الله عليه السلام: «أ فيحلّ الشراء منه؟» قال: نعم فقال أبو عبد الله عليه السلام: «فلعلّه لغيره من أين جاز

(١) ١ و ٢ و ٣ الوسائل: الجزء ١٤، الباب ٢٣ من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد، الحديث ٣١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٥٢

لك أن تشتريه و يصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك هو لى و تحلف عليه، و لا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك» ثم قال أبو عبد الله: «لو لم يجز هذا لم يقيم للمسلمين سوق». «١»

فقوله: «تقول بعد الملك هو لى و تحلف عليه» يدلّ على جواز الحلف على الملك إذا كان تحت اليد. غاية الأمر أنه إذا ادعى المدعى أنه له، يحلف على أنه ليس له، لا- أنه له، حفظاً لوحدة الموضوع فى الادعاء و الإنكار. و يتوارد النفى و الإثبات على مكان واحد.

الثانية: إذا كانت فى يده و لم يذكر مبدأ مالكيته، و أنّها له فعلاً أو لا، بل يرى نفسه مستولياً على العين فله أيضاً أن يحلف على عدم

كونه ملكاً للغير أخذاً بإطلاق الخبر. نعم استشكل النراقى فى المستند فى جواز الحلف قائلاً بأنه يشترط فى دلالة اليد على الملكية عدم اعتراف ذبيها بعدم علمه بأنه له أو لا. «٢»

أقول: لا- دليل على هذا الشرط و إطلاق قوله: «و من استولى على شىء منه فهو له» «٣» و غيره من روايات حجية اليد، يشمل هذه الصورة و إنما ذهب المحقق النراقى إلى هذا الشرط فى العوائد «٤» مستنداً بالانصراف و بروايات أهمل الإمام فيها اليد، و لم يترتب عليه الأثر و لكن الانصراف مع كثرة الابتلاء به ممنوع، و أمّا الروايات التى استدلت بها، فهى واردة فى المنازل التى يتردد عليه، غير المالك كثيراً كبيوت مكّة، و الصندوق الذى، يدخل يد غيره فيه و لو بوضع شىء فيه أمانة و لا يعم ما ليس كذلك. و قد أوضحنا حال هذه الروايات فى الأصول عند البحث عن قاعدة اليد فلاحظ. «٥»

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢.

(٢) النراقى، المستند: ٥٣٧/٢.

(٣) الوسائل: الجزء ١٧، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ٣.

(٤) النراقى، العوائد: ٢٥٨.

(٥) المحصول فى علم الأصول: ٢٧٨٢٧٧/٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٥٣

مسائل فى الحكم على الغائب

المسألة الأولى: إذا حضر الخصمان و ترفعا عند القاضى و تم الترافع و لكن آخر القاضى الحكم إلى موعد آخر

فحضر أحد المتخاصمين دون الآخر، فأنه يجوز الحكم على الغائب بلا خلاف لتمامية موازين القضاء و التأخير فى الحكم لا يحدث شيئاً.

إنما الكلام إذا رفع أحد الخصمين الخصومة إلى القاضى دون الآخر، و أقام بينة فلا شك أنه يجوز الحكم فى الجملة و إليك كلماتهم:

١- قال الشيخ فى الخلاف: القضاء على الغائب جائز و به قال الشافعى و مالك و الأوزاعى و الليث بن سعد و ابن شبرمة، و قال ابن شبرمة: أحكم عليه و لو كان خلف حائط و به قال أحمد و اسحاق، و قال الثورى و أبو حنيفة و أصحابه: لا يجوز القضاء على الغائب حتى يتعلق الحكم بخصم حاضر شريك أو وكيل له و الحاكم عندهم يقول: حكمت عليه بعد أن ادعى على خصم ساغ له الدعوى عليه.

و تحقيق هذا، أن القضاء على الغائب جائز بلا خلاف و لكن هل يصح مطلقاً من غير أن يتعلق بخصم حاضر أم لا؟ عندنا يجوز مطلقاً و عندهم لا يجوز مطلقاً حتى قال أبو حنيفة: من ادعى على عشرة، واحد حاضر و تسعة غيب و أقام البينة قضى على الحاضر و على غيره من الغائبين.

ثم استدلت الشيخ مضافاً إلى الأخبار المروية عن أنمة أهل البيت عليهم السلام بما روى أبو موسى الأشعري قال: إذا حضر عند رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم خصمان فتواعدا لموعد فوفى أحدهما و لم يف الآخر قضى للذى وفى، على الذى لم يف. و معلوم أنه ما قضى عليه بدعواه، ثبت أنه قضى عليه بالبينة. «١»

(١) الطوسي: الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ٣٨.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٥٤

٢ و قال الشيخ في المبسوط: إذا حضر رجل عند الحاكم فادعى على غائب حقاً سمع الحاكم دعواه لجواز صدقه فيما يدعيه كما لو كان حاضراً فإن أقام البيئته بما يدعيه سمعها الحاكم إلى أن قال: فأما إن سأله أن يقضى له على هذا الغائب بما ثبت عنده، أجابه إلى ذلك بعد أن يستحلفه عن حقه الذي شهد الشاهدان أنه ثابت إلى وقتنا هذا فإذا حلف حكم عليه و كتب به كتاباً و هكذا قولهم في القضاء على الصبي و المجنون و الميت و الكل واحد. لأن كل واحد لا يعبر عن نفسه إلى أن قال: و أما إن كان حاضراً في البلد غير ممتنع من الحضور فهل له أن يقضى عليه و هو غائب عن مجلس الحكم أم لا؟ قال قوم: له ذلك لأنه غائب عن مجلس الحكم و الصحيح أنه لا يقضى عليه لأنه مقدور على إحضاره و القضاء على الغائب إنما جاز لموضع الحاجة و تعذر إحضاره فالقضاء على الغائب يجوز عندنا في الجملة و عند جماعة. «١»

٣- و قال ابن البراج: «و إن كان (المستعدى عليه) غائباً في غير ولايته، مثل أن يكون الحاكم ببغداد فغاب إلى البصرة، و هي في غير ولايته فإنه يقضى على غائب». «٢»

٤- و قال ابن حمزة: «إذا ادعى المدعى على حاضر يعبر عن نفسه أو على غائب أو ميت أو حاضر لا يعبر عن نفسه مثل الموالي عليه فالأول قد ذكر حكمه و الثاني يحكم له بشرطين إقامة بيئته عادلة الخ». «٣»

٥- و على ذلك تضافرت الفتوى غير أن ابن سعيد، شرط كون الغائب في مسافة تقصر فيه الصلاة قال: و يجوز الحكم على الغائب (و حد الغيبة ما يقصر في مثله) من غير و كيل حاضر و يحلف خصمه مع البيئته. «٤»

(١) الطوسي، المبسوط: ٨ / ١٦٢، باب القضاء على الغائب.

(٢) ابن البراج، المهذب: ٢ / ٥٨٤.

(٣) ابن حمزة، الوسيلة: ٢١٤.

(٤) ابن سعيد، الجامع للشرائع: ٢٧.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٥٥

٦ و قال المحقق: يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً مسافراً كان أو حاضراً و قيل يعتبر في الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم. «١» و القائل هو الشيخ و تقدم كلامه في المبسوط و نسب إلى تعليق الإرشاد.

تبريزي، جعفر سبحاني، نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - إيران، اول،

١٤١٨ هـ ق نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج ١، ص: ٤٥٥

٧- و قال الشهيد الثاني: «مذهب أصحابنا جواز القضاء على الغائب في الجملة و هو مذهب أكثر العامة كالشافعي و مالك و أحمد و جماعة من الفقهاء و خالف فيه أبو حنيفة إلا أن يتعلّق بخصم حاضر كشريك أو وكيل و الحجية على جوازه فعل النبي و هو حجة كقوله في الخبر المستفيض عنه أنه قال لهند زوجته أبي سفيان الخ». «٢»

فتلخص أن الأقوال بين أهل السنة، لا تتجاوز عن اثنين فغير الاحناف يقول بالجواز مطلقاً، و هؤلاء لا يجوزون مطلقاً، إلا إذا حضر في المحكمة من يتعلّق بالخصم كالوكيل أو واحد من المدعى عليهم و أما أقوال أصحابنا فهي ثلاثة:

١- يجوز الحكم على الغائب عن مجلس الحكم مطلقاً، سواء كان مسافراً أم حاضراً في البلد، أمكن إحضاره أم تعذر و هو المشهور.

٢- يجوز إذا كان الغائب فى مسافه تقصر فيها الصلاة و هو قول ابن سعيد.

٣- يجوز مطلقاً سواء كان الغائب عن مجلس الحكم، مسافراً أم حاضراً فى البلد و لكن تعذر حضور الحاضر فيه فى مجلس الحكم و هو كلام الشيخ فى المبسوط.

أقول: ما اعتمد عليه الشيخ فى الخلاف من حديثى امرأة أبى سفيان و أبى موسى الأشعري، غير تامى الدلالة و لو افترضنا صحه سندهما.

أما الأول فقد أجاب النبى عن مسأله فقهيه من دون أن يكون هنا نزاع و قضاء و أنه يجوز للزوجه أن تأخذ من مال زوجها و أما أن زوجته هل كانت صادقه

(١) نجم الدين الحلى: الشرائع: ٨٦ / ٤.

(٢) زين الدين العاملى، المسالك: ٤١١ / ٢.

نظام القضاء و الشهاده فى الشريعة الإسلاميه الغراء، ج ١، ص: ٤٥٦

أولاً، و هل كانت لها بينه أو لا؟ فلم يكن هذا الأمر مطروحاً فى زمن السؤال فالاستدلال به على مورد القضاء غير صحيح.

و أما ما رواه أبو موسى فمن المحتمل أن الخصمين حضرا عند النبى مره، و أن النبى سمع كلامهما و أقام المدعى البيئه غير أن النبى أخر إصدار الحكم إلى موعد آخر، و مثل هذا لا يكون دليلاً لما لم يحضر أحد الخصمين مطلقاً عند القاضى. فانحصر الدليل لما روى من طريقنا و هو: صحيح جميل عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيئه و يباع ماله و يقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجته إذا قدم و لا يدفع المال إلى الذى أقام البيئه إلا بكفلاء» (١) و هذه هى الحجته الفريده فى المسأله و لكن تجب دراسه مقدار دلالتها على الجواز لكن بعد ملاحظه أمر، و هو:

أن القضاء كان أمراً دارجاً بين العقلاء قبل الإسلام و بعده و الأمر به فى الروايات منصرفه إلى الصورة الدارجه بينهم و من المعلوم أن القضاء نوع اجتهاد من القاضى فى تشخيص الحق و هو فرع سماع كلام المتخاصمين عن كذب، ثم الاجتهاد فى الوصول إلى الحق و هو لا- يتحقق إلا بحضورهما عند القاضى و الإدلاء بحجتهما. هذا من جانب، و من جانب آخر، ربما تقضى الضرورة القضاء على الغائب و لو أخر القاضى القضاء يكون هناك ضرر على المترافع أضف إلى ذلك أنه لو كانت الغيبه مسوغه لإيقاف القضاء، لسلك المتخلف هذا الطريق و غاب عن أعين القاضى.

و مقتضى الجمع بين الأمرين هو الأخذ بالقول الوسط الذى لا تتجاوز عنه صحيحه جميل عن محمد بن مسلم فإن قوله: «و يكون الغائب على حجته إذا قدم» ظاهر فى أن الخصم الآخر كان مسافراً و غائباً من البلد، لا حاضراً فيقتصر على الغائب عن البلد و من الغائب من تطول غيبته، بحيث يؤدي

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهاده فى الشريعة الإسلاميه الغراء، ج ١، ص: ٤٥٧

تأخير الحكم إلى تضرر المدعى فيحكم عليه بأخذ الكفيل كما فى الروايه إذ من المحتمل أن يكون للمنكر حجه فى الخروج عن الدين المدعى عليه، فمقتضى الجمع بين الحقيين، هو الدفع من ماله بشرط أخذ الضامن.

و يلحق بالمسافر، مجهول المكان، أو الحاضر المتوارى فى بيوت البلد الهارب من القضاء عليه، بإلغاء الخصوصيه و أما الغائب الذى سيعود إلى البلد، أو الحاضر المستعد للحضور عند القضاء فلا تعمه الروايات لا دلالة و لا ملاكاً و ما قاله ابن شبرمه من أنه يحكم على الغائب و إن كان خلف حائط فليس بشيء و لعل خيره الشيخ فى المبسوط أقرب من جميع الأقوال و الأقرب منه ما ذكرناه.

و الفرق بين ما ذكره فى المبسوط و ما ذكرناه هو أنه إن جَوَزَ فى المسافر مطلقاً و فى الحاضر إذا تعَدَّرَ، و نحن نخص الجواز بالمسافر الذى تطول غيبته بحيث تورث الضرر على المدعى.

و لعل ما روى عن أبى البخترى عن على «لا يقضى على غائب» (١) محمول على من لا تطول غيبته، أو يسهل إعلامه للحضور. ثم إن موضع النصوص ما إذا كان هناك جحود و إنكار و أما لو كان هناك اعتراف بكونه مديوناً، فلا موضوع للقضاء فليس عليه إلّا الصبر إلّا إذا كان ضرورياً أو حرجياً، فيرجع إلى الحاكم و هو يقوم بواجبه. و فى نهاية المطاف نقول: ربّما يستدلّ فى المقام بصحيفة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال: «كان على عليه السلام يقول: لا يحبس فى السجن إلّا ثلاثة: الغاصب و من أكل مال اليتيم ظلماً و من ائتمن على أمانه فذهب بها و إن وجد له شيئاً باعه غائباً كان أو شاهداً». ٢ و لا صلة لها بما نحن فيه. إذ لا نزاع فيها بين الشخصين و قد ثبت الموضوع لدى القاضى بنحو من الأنحاء و لعلهما ترافعا إليه و حكم على

(١) ١ و ٢ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٥٨
المدعى عليه بشهادة أنه سجنه و عندئذ يجوز بيع ماله و هو فى السجن.

المسألة الثانية: يقضى على الغائب فى حقوق الناس دون حقوق الله

إشارة

يظهر من كلام غير واحد من الأصحاب من أنّ القضاء على الغائب مختصّ بحقوق الناس و لا يعمّ حقوق الله. قال المحقق: يقضى على الغائب فى حقوق الناس كالديون و العقود و لا- يقضى فى حقوق الله كالزنا و اللواط. و علّله المحقق بأنّ الأولى غير مبنيّة على التخفيف بخلاف الثانية.

أقول: هنا بحثان:

الأول: فى عموم الحكم لمطلق حقوق الناس.

الثانى: ما هو الوجه لعدم شموله لحقوق الله؟

أما الأول، فنقول الحكم على الغائب على خلاف الأصل فيقتصر على موضع النصّ و هو الديون. حيث قال: «يقضى عنه دينه» فإسراء الحكم إلى مطلق حقوق الناس مثلما إذا أقام البيّنة على أنّ رجوعه إلى زوجته المطلقة كان فى أيام العدة، أو أنّ المال المعين عنده رهن للدين المحرز، يحتاج إلى دليل و ليس إلّا ادّعاء إلغاء الخصوصية بين الدين و سائر الحقوق فلو ساعده العرف و إلّا فالتوقف مجال.

و أما عدم شمولها لحقوق الله كالحدود، فليس الوجه ما ذكره المحقق و أوضحه صاحب المسالك و غيره من أنّ حقوق الله مبنيّة على التخفيف، و ذلك لأنّ ابتنائها عليه لا يدلّ على الإغماض إذا ثبتت حسب الموازين كما فى صورة إقامة البيّنة عليها، بل الوجه ما ذكرنا من اختصاص الدليل بحقوق الناس، كما عرفت.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٥٩

نعم عدّ الزنا و اللواط من حقوق الله مطلقاً قابل للتأمل بل ربّما يكون من حقوق الناس كما إذا ادّعت المرأة أنّ رجلاً زنا بها عن عنف أو ادّعى ولى الصغيرة أنّ رجلاً زنا بها فيأتى ما ذكره الأصحاب فى مثل السرقة.

إذا كان الحكم مشتملاً على حَقين

قال المحقق: و لو اشتمل الحكم على الحَقين قُضى بما يخصّ الناس كالسرقة يقضى بالغرم و في القضاء بالقطع تردّد «١» و لكن غيره لم يتردّد في عدم الثبوت قال في المسالك: و باقى الأصحاب قطعوا بالفرق و انتفاء القطع نظراً إلى وجود المانع من الحكم بأحدهما دون الآخر. «٢»

و التعبير بوجود المانع غير جيّد بل الأولى التحليل بفقد المقتضى، لما عرفت من عدم الدليل. و لعلّ وجه تردّد المحقق في التفريق بين الغرم و القطع لأجل أنّهما معلولا علمه واحدة و هو ثبوت السرقة و المفروض ثبوتها فلا وجه للتبعيض.

و ربّما يجاب عنه بأنّ العلل الشرعية معرّفات لا- علل حقيقيه و هو و إن كان صحيحاً، لكنّه لا يدفع الإشكال لأنّه إذا جعل شيء موضوعاً للحكمين فإثبات أحدهما دون الآخر، يرجع إلى التناقض في الاعتبار و هو لا يصدر عن العاقل. و الأولى أن يقال: إنّ وجود الدليل في القضاء على الغائب في حقوق الناس دون غيرها يكشف عن كون الموضوع للغرم هو ثبوت السرقة و للقطع هو الثبوت بحضور المدعى عليه، فليس الموضوع واحداً.

(١) نجم الدين الحلبي، شرائع الإسلام: ٨٦ / ٤.

(٢) زين الدين العاملي، المسالك: ٤١٢ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٦٠

المسألة الثالثة: لو كان صاحب الحق غائباً، و له وكيل فطالب الوكيل الغريم فادعى الغريم التسليم إلى نفس الموكل

فلو أقام البيّنة على التسليم فلا كلام، إنّما الكلام إذا ادعى التسليم و ليست له بيّنة قال المحقق ففي الإلزام تردّد.

١- الوقوف في الحكم، لاحتمال الأداء.

٢- الحكم و إلغاء دعواه لأنّ التوقف في الحكم يؤدّي إلى تعذّر طلب الحقوق بالوكلاء.

ثمّ قال المحقق: و الأوّل أشبه و الظاهر أنّ مراده من الأوّل هو أوّل الوجهين فينطبق على التوقف في الحكم، لكن صاحب المسالك و تبعه صاحب الجواهر فسره بالإلزام الوارد في قوله: ففي الإلزام، لكنّه خلاف الظاهر.

و لا بدّ من فرض المسألة فيما إذا كان وكيلاً في إقامة الدعوى و إلّا فليس له ذلك الحقّ.

و الظاهر: أنّ الوجه الثاني في كلامه أشبه و ذلك لأنّ الوكيل في إقامة الدعوى بمنزلة نفس الموكل، فكما أنّه لا يسمع الدفع إليه بعد الاعتراف بأصل الدين، فهكذا المقام. و على ذلك فغاية الأمر أنّ لمدعى الدفع، حلفاً على الوكيل و حلفاً على الموكل. أمّا الأوّل فإنّ ادعى علم الوكيل بالدفع و انكر، يحلف الوكيل على عدم العلم، و إلّا فيسقط إحلافه لاتفاقهما على عدم علمه بالدفع. و أمّا الثاني فهو ما إذا جاء فإن اعترف بالأخذ يرجع الدافع إلى الوكيل و إن أنكر و حلف، فهو و إن نكل عن اليمين أو أقام الدافع البيّنة استعيد المال. و الأحوط أخذ الضامن عند الدفع إلى الوكيل كما مرّ في الدعوى على الغائب لوحدة الملاك و إن كانت المسألتان مختلفتين موضوعاً لأنّ الغائب فيما سبق من عليه الحكم و في هذه المسألة من له الحكم و لكن الملاك واحد.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٦١

المقصد الرابع: في كيفية الاستحلاف

إشارة

و فيه بحوث ثلاثة:

البحث الأول: فى اليمين و أحكامها

و قبل الخوض فى المقصود نذكر أقسام اليمين الوارد فى الكتاب و السنة:

الأول: اليمين لجلب تصديق المخاطب لما يقوله الحالف

كأن يقول: «و الله كان الأمر كذا و كذا».

الثانى: الحلف على فعل شيء أو تركه

كأن يقول: و الله لأفعلنّ كذا أو لا أفعلنّ كذا.

الثالث: اليمين اللغو و هو الذى لا يقصد صاحبه منها شيئاً

كقوله: لا و الله بلى و الله.

الرابع: الحلف فى مقام المرافعة.**إشارة**

و تحقيق الكلام يتوقف على البحث فى مقامين:

١- حكم الحلف بغير الله تكليفاً فى المواضع الأربعة.

٢- حكم الحلف بغير الله وضعاً أى فى إيجاب الحقّ و إسقاطه.

و إن كان البحث عن المقام الأول فى كلمات الأصحاب جانيباً، غير أنّ المحقق النراقي، طرحه مستقلاً، كما بحث عنه الأشتياني

كذلك أما الأول فلنذكر كلمات الفقهاء.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٦٢

المقام الأول: حكم الحلف بغير الله تكليفاً**إشارة**

أما فقهاء أهل السنة فالمعروف بينهم هو الكراهة إلّا الحنابلة فإنهم يذهبون إلى الحرمة. قالوا:

«لا ينعقد اليمين بغير الله تعالى كالحلف بالنبي والكعبة وجبريل والولي وإذا قصد الحالف بذلك إشراك غير الله معه في التعظيم، كان ذلك شركاً، وإذا قصد الاستهانة بالحلف بالنبي كفر، أما إذا لم يقصد شيئاً من ذلك، بل قصد اليمين ففي حكمه تفصيل في المذاهب».

الحنفية قالوا: يكره الحلف بنحو أبيك ولعمرك ونحو ذلك.

الشافعية قالوا: يكره الحلف بغير الله تعالى، إذا لم يقصد شيئاً مما ذكر.

المالكية قالوا: الحلف بمعظم كالنبي والكعبة ونحوهما فيه قولان: الحرمة والكراهة، والمشهور الحرمة.

وقال الحنابلة: ويحرم الحلف بغير الله تعالى وصفاته ولو نبي أو ولي. (١)

وقال القسطلاني: المشهور عند المالكية الكراهة وعند الحنابلة التحريم وجمهور الشافعية أنه للتنزيه وقال إمام الحرمين: المذهب

القطع بالكراهة وقال: غيره بالتفصيل، فإن اعتقد فيه من التعظيم ما يعتقده في الله، حرم وكفر بذلك الاعتقاد، وإن حلف لاعتقاد

تعظيم المحلوف به على ما يليق به من التعظيم فلا يكفر. (٢)

وأما فقهاء الشيعة فقد اختلفت كلماتهم في الجواز والمنع وإليك بعض نصوصهم:

قال الشيخ في المبسوط: تكره اليمين بغير الله كاليمين بالمخلوقات: النبي،

(١) الفقه على المذاهب الأربعة: ١، كتاب اليمين، ص ٧٥.

(٢) القسطلاني: إرشاد الساري، الجزء التاسع، ص ٣٥٨.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الضراء، ج ١، ص: ٤٦٣

والكعبة ونحوها وكذلك بالآباء كقوله: وحق أبي، وحق آبائي ونحو ذلك كل ذلك مكروه.

وروى أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «لا تحلفوا بآبائكم ولا بالأنداد، ولا تحلفوا إلا بالله ولا تحلفوا إلا وأنتم صادقون».

وروى أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم سمع عمر بن الخطاب يحلف بأبيه فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «إن الله ينهاكم

أن تحلفوا بآبائكم» قال عمر: فوالله ما حلفت بها بعد، ذاكراً ولا أثراً يعني ولا روايته عن غيري وحكاية عنه.

وروى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «من حلف بغير الله فقد أشرك وفي بعضها فقد كفر بالله».

وقيل في قوله: «فقد أشرك» تأويلان: أحدهما الشرك الحقيقي وهو أن يعتقد تعظيم ما يحلف به ويعتقده لازماً كاليمين بالله فمن

اعتقد بهذا فقد كفر والتأويل الثاني لا يكفر به وهو أن يشارك في اليمين فيحلف بغير الله كما يحلف بالله.

وقوله: «فقد كفر» لا تأويل له غير الكفر الحقيقي وأن يعتقد تعظيم ما يحلف به كما يعتقده في الله تعالى ذكره. (١)

أقول: الظاهر أنه لا حاجة إلى التأويلين، أما النهي عن الآباء فكانت قضية خارجية كان آباؤهم شركين فالحلف بهم، كان تعظيماً

لشرك فنهى عنه بقوله: «لا تحلفوا بآبائكم ولا بالأنداد» يريد من الأنداد، الأوثان والأصنام.

وأما النهي عن الحلف بغير الله فالظاهر هو الحلف بالآلهة المكذوبة للعرب فإن الحلف بها كشف عن كون الحالف معتقداً بعظمتها و

ليس معنى لها إلا الاعتقاد بأنها الآلهة والأنداد. قال سبحانه: (وَمِنَ النَّاسِ مَن يَتَّخِذُ مِنْ دُونِ اللَّهِ

(١) الطوسي، المبسوط: ٦، كتاب الإيمان، ص ١٩٢١٩١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الضراء، ج ١، ص: ٤٦٤

أنداداً يُحِبُّونَهُمْ كَحُبِّ اللَّهِ) (البقرة/ ١٦٥). (١)

و على كل تقدير فحكم الحلف بغير الله عند الشيخ هو الكراهة كما صرح به في بدء كلامه.

- ٢- قال المفيد: و لا يجوز أن يحلف الإنسان برسول الله و لا بأمر المؤمنين و لا بأحد من الأئمة فإن حلف بواحد ممن ذكرناه فقد أخطأ و عليه أن يفى بما حلف إلا أن يكون باطلاً أو غيره أفضل منه و إن لم يف فليستغفر الله عز و جل و لا كفارة عليه. «٢»
- ٣- قال ابن البراج: اليمين الشرعية عند أهل بيت رسول الله لا تكون إلا بالله أو بأحد أسمائه و كل يمين كانت بغير ما ذكرناه فليست يميناً صحيحة و لا يستقر لها حكم من حث و لا كفارة فلو حلف بالنبي أو بالكعبة أو بما أشبه ذلك من المخلوقات كله أو بالبراءة من الله تعالى أو من النبي أو الأئمة أو أحدهم أو من القرآن أو ما يجرى مجرى ذلك لم يكن يميناً صحيحة. «٣»
- و كلامه ظاهر فى المقام الثانى أى اليمين لفصل الخصومة و لعل الذيل دال على حكم المقام الأول أيضاً أى عدم الحرمة تكليفاً فإن نفى الصحة دليل على الجواز التكليفى، فتأمل.
- ٤- قال يحيى بن سعيد: فإن حلف بالكعبة و النبى صلى الله عليه و آله و سلم و المسجد أثم و لم ينعقد يمينه و كذلك سائر المخلوقات. «٤»
- ٥- و قال المحقق: و لا يجوز الإحلاف بغير أسماء الله سبحانه كالكتب المنزلة و الرسل المعظمة و الأماكن المشرفة ... «٥» و هل يريد عدم الاعتداد بالحلف بها و عدم صحتها و جواز الفعل فى نفسه كما استظهره فى المسالك أو يريد الحرمة التكليفية؟

(١) لاحظ البقرة: ٢٢، إبراهيم: ٣٠، سبأ: ٣٣، الزمر: ٨، فصلت: ٥.

(٢) المفيد، المقنعة، كتاب الأيمان: ٥٥٨.

(٣) ابن البراج، المهذب: ٢، كتاب الأيمان، ٤٠٣.

(٤) ابن سعيد الحلبي، الجامع للشرائع: ٤١٥.

(٥) نجم الدين الحلبي: الشرائع: ٨٧٦ / ٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٦٥

- ٦ و قال العلامة: و كذا لا ينعقد بالطلاق و لا بالعتاق و لا بالظهار و لا بالتحريم و لا بالكعبة و لا بالمصحف و لا بالنبي. «١»
- ٧- قال العلامة فى التحرير: و لا يجوز الإحلاف بشيء من ذلك لأنه بدعة و كذا لا يجوز بالقرآن و لا بالبراءة من الله و لا من رسوله و لا من أحد من الأئمة «٢»
- ٨- قال الشهيد عند التعليق على قول المحقق: «و لا يجوز الإحلاف بغير أسماء الله» و المراد بعدم الجواز هنا بالنظر إلى الاعتداد به و فى إثبات الحق أمراً جواز الحلف فى نفسه بمعنى عدم الإثم به ففيه وجهان: من إطلاق الأخبار المنهى عنه المقتضى للتحريم و من إمكان حمله على الكراهة. «٣»
- ٩- و قال فى الجواهر: الانصاف عدم وجه معتد به للتردد فى ذلك (الحلية) خصوصاً بعد السيرة المستمرة فى سائر الأعصار و الأمصار من العلماء و العوام من القسم بغير الله فى نحو ذلك. «٤»
- ١٠ قال السيد الطباطبائي: يظهر من جملة من الأخبار أن الحلف بغير الله مضافاً إلى عدم الأثر عليه فى قطع الدعوى و وجوب الكفارة، يكون حراماً مطلقاً، بل أسنده فى المستند إلى الأشهر بين الطائفة قال: بل قيل إنه مقتضى الإجماعات المنقولة و صرح به جماعة منهم المحقق الأردبيلي و صاحب المفاتيح و شارحه و بعض مشايخنا المعاصرين، لكن يظهر من صاحب الجواهر عدم القائل بالحرمة حيث إنه بعد نقل الأخبار الدالة على المنع قال: «و لذا تردد بعضهم فى أصل جواز الحلف بغير الله تعالى لكنه فى غير محله للسيرة القطعية على جوازه مضافاً إلى الأصل و وجوده فى النصوص» ثم نقل جملة من الأخبار المشتملة على حلف بعض الأئمة عليهم السلام و بعض الأصحاب فى حضور الإمام عليه السلام بغير الله «قلت» و الأقوى عدم الحرمة كما قال (و) لما قال، فالأخبار المانعة محمولة على الكراهة و يشعر بها احتمال

(١) العلامة الحلى، إرشاد الأذهان: ٨٥ / ٢.

(٢) الجواهر: ٢٢٧ / ٤٠، نقلًا عن التحرير.

(٣) زين الدين العاملى، المسالك: ٤١٢ / ٢.

(٤) الجواهر: ٢٢٨ / ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٦٦

بعضها على قوله عليه السلام: «و لو حلف الناس بهذا و أشباهه لترك الحلف بالله» و يمكن حمله على محامل آخر. هذا، و أمّا مثل قوله: سألتك بالقرآن أو بالنبي صلى الله عليه و آله و سلم أو بأمر المؤمنين عليه السلام أن تفعل كذا، فلا إشكال فى عدم حرمة لأنه ليس حلفاً بل هو من باب الاستشفاع و التوسيط. «١»

١ - ١ و قال السيد الاصفهاني: الأقوى أنه يجوز الحلف بغير الله و إن لم يترتب على مخالفته إثم و لا - كفارة كما أنه ليس قاطعاً للدعوى و المرافعات. «٢»

إذا وقفت على الأقوال فالحق، ما أفاده السيد الاصفهاني، لدلالة لفيق من الروايات على الجواز فقد حلف الإمام بقرابته من رسول الله «٣» و بيت الله الحق ٤ و حلف الراوى بحضرته بحق رسول الله ٥ و حق الإمام ٦ و حياته ٧. ثم إن فى الأحاديث النبوية، و كلمات الإمام على عليه السلام حلفاً بغير الله كثيراً نذكر منه ما يلى:

الحلف بغير الله فى الحديث النبوى

١- «جاء رجل إلى النبي فقال: يا رسول الله أى الصدقة أعظم أجراً؟ فقال: أما و أيبك لتبأته: أن تصدق و أنت صحيح صحيح تخشى الفقر و تأمل البقاء». ٨

٢- «جاء رجل إلى رسول الله من أهل نجد، يسأل عن الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: خمس صلوات فى اليوم و الليل، فقال: هل على غيرهن؟ قال: لا،

(١) السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢٠٠ / ٢.

(٢) الاصفهاني، الوسيلة: كتاب الايمان و النذور، ص ٢٠٥.

(٣) ٣-٧ الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٣١ من أبواب الايمان، الحديث ٧، ٨، ٦، ١، ١٤.

(٤) ٨ صحيح مسلم، كتاب الزكاة، الجزء ٣، باب أفضل الصدقة، ص ٩٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٦٧

إلا أن تطوع، و صيام شهر رمضان، فقال: هل على غيرهن؟ قال: لا، إلا أن تطوع، و ذكر له رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم الزكاة فقال: هل على غيرهن؟ قال: لا، إلا أن تطوع، فأدبر الرجل و هو يقول و الله لا أزيد على هذا و لا أنقص منه، فقال رسول الله: أفلح و أيبه إن صدق. أو أذخل الجنة و أيبه إن صدق. «١»

٣- «فلعمري إن تكلم بمعروف و تنهى عن منكر خير من أن تسكت». «٢»

٤- «فلعمري من أكل بريقه باطل، لقد أكلت بريقه حق». «٣»

٥- «فلعمري ما أتم الله عز و جل حج من لم يطف بين الصفا و المروة». «٤»

٦- «و لعمري لو أن كلكم صلى فى بيته لتركتم سنن نبيكم». «٥»

الحلف بغير الله فى الحديث العلوى

- ٧- «وَلَعَمْرَى مَا عَلَى مِنْ قِتَالٍ مَنْ خَالَفَ الْحَقَّ ... مِنْ إِذْهَانٍ وَلَا إِيْهَانٍ». «٦»
 ٨- «وَلَعَمْرَى لَوْ كُنَّا نَأْتِي مَا آتَيْتُمْ، مَا قَامَ لِلدِّينِ عَمُودٌ». «٧»
 ٩- «وَلَعَمْرَى مَا تَقَادَمَتْ بِكُمْ وَلَا بِهِمُ الْعُهُودُ». «٨»
 ١٠ «وَلَعَمْرَى لَئِنْ كَانَتْ الْإِمَامَةُ لَا تَتَعَقَّدُ حَتَّى تَخْضُرَها عَامَةُ النَّاسِ، فَمَا إِلَى ذَلِكَ مِنْ سَبِيلٍ». «٩»

(١) صحيح مسلم، الجزء الأول، باب ما هو الإسلام و بيان خصاله، ص ٣٢.

(٢) مسند احمد بن حنبل: ٥ / ٢٢٥.

(٣) مسند احمد بن حنبل: ٥ / ٢١١.

(٤) سنن ابن ماجه: ٤ / ٩٩٥.

(٥) سنن ابن ماجه: ١ / ٢٥٥.

(٦) نهج البلاغه: الخطبة ٢٣.

(٧) نهج البلاغه: الخطبة ٥٦.

(٨) نهج البلاغه: الخطبة ٨٥.

(٩) نهج البلاغه: الخطبة ١٦١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلاميه الغراء، ج ١، ص: ٤٦٨

١١ «لَعَمْرَى يَهْلِكُ فى لَهْبِهَا الْمُؤْمِنُ». «١»

٢- ١ «فَلَعَمْرَى لَقَدْ فَوَّقَ لَكُمْ سَهْمَ الْوَعِيدِ». «٢»

٣- ١ «وَلَعَمْرَى يَا مُعَاوِيَةَ، لَئِنْ نَظَرْتَ بِعَقْلِكَ دُونَ هَوَاكَ، لَتَجِدَنِي أَيْرَأَ النَّاسِ مِنْ دَمِ عُثْمَانَ». «٣»

٤- ١ «وَلَعَمْرَى لَئِنْ لَمْ تَنْزِعْ عَنِّيكَ وَ شِقَاقِكَ». «٤»

٥- ١ «وَلَعَمْرَى مَا كُنْتُمْ بِأَحَقَّ الْمُهَاجِرِينَ بِالتَّقِيَّةِ وَ الْكِتْمَانِ». «٥»

أدلة القول بالتحريم

قد تعرّف على القول بالحرمة من خلال الكلمات المنقولّة، و نقل عن المستند أنّه اختار القول بالتحريم و لم أقف على كلامه بعد الفحص حتّى أنّ الشيخ الآشتياني ردّ دلاله السيرة المستمرّة على الحلف بغير الله التى استدل بها صاحب الجواهر على الجواز بالأخبار الناهية و قال: و قد يستدل على الجواز بالسيرة المستمرّة من زماننا إلى زمان الأئمة و النبى عليهم السّلام و فى هذا الاستدلال نظر لا يخفى وجهه و قد ذكر فى التعليقة بأنّ الأخبار الناهية صالحة للردع. «٦»

فإذا كانت الأخبار بهذه المثابة فلا محيص من نقلها و دراستها و تقييم دلالتها على الكراهة أو الحرمة، أو نفى الحكم الوضعى من عدم كفايتها فى إيجاب الحقّ، أو إسقاط الواجب أو عدم ثبوت الكفّارة فلا يمكن الحكم و القضاء فيها إلّا بالإمعان فيها. فنقول:

١- روى على بن مهزيار قال قلت: لأبى جعفر الثانى عليه السلام قول الله عزّ و جلّ (وَ اللَّيْلِ إِذْ يَغْشَى * وَ النَّهَارِ إِذْ تَجَلَّى) (الليل / ١

و ٢) و قوله عزّ و جلّ: (وَ النَّجْمِ

(١) نهج البلاغة: الخطبة ١٦٨.

(٢) نهج البلاغة: الخطبة ١٨٢.

(٣) نهج البلاغة: الخطبة ١٨٧، (القاصعة).

(٤) نهج البلاغة: الرسالة / ٩.

(٥) نهج البلاغة: الرسالة / ٥٤.

(٦) الآشتياني، القضاء: ١٦٩.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٦٩

إِذْ قَالَ هُوَ ﴿النجم / ١﴾ و ما أشبه هذا فقال: «إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ يُقَسِّمُ مِنْ خَلْقِهِ بِمَا شَاءَ وَ لَيْسَ لَخَلْقِهِ أَنْ يَقْسِمُوا إِلَّا بِهِ عَزَّ وَ جَلَّ». «١»
 ٢- روى الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آباءه عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ فِي حَدِيثِ الْمَنَاهِي أَنَّهُ نَهَى أَنْ يَحْلِفَ الرَّجُلُ بِغَيْرِ اللَّهِ وَ قَالَ: «مَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ وَ نَهَى أَنْ يَحْلِفَ الرَّجُلُ بِسُورَةٍ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ وَ قَالَ: مَنْ حَلَفَ بِسُورَةٍ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ فَعَلِيهِ بِكُلِّ آيَةٍ مِنْهَا كِفَارَةٌ يَمِينٍ فَمَنْ شَاءَ بَرَّ وَ مَنْ شَاءَ فَجَرَ وَ نَهَى أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ لَا وَ حَيَاتِكَ وَ حَيَاةَ فُلَانٍ». ٢

٣- روى محمد بن مسلم قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام قول الله عزَّ و جلَّ: (وَ اللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى) (وَ النَّجْمِ إِذَا هَوَى) و ما أشبه ذلك فقال: إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ أَنْ يَقْسِمَ مِنْ خَلْقِهِ بِمَا شَاءَ وَ لَيْسَ لَخَلْقِهِ أَنْ يَقْسِمُوا إِلَّا بِهِ. ٣

٤- روى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لَا أَرَى لِلرَّجُلِ أَنْ يَحْلِفَ إِلَّا بِاللَّهِ فَأَمَّا قَوْلُ الرَّجُلِ لَا أَبَ لَشَانِيكَ فَإِنَّهُ قَوْلُ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ وَ لَوْ حَلَفَ النَّاسُ بِهَذَا أَوْ أَشْبَاهَهُ لَتَرَكَ الْحَلْفَ بِاللَّهِ». ٤

٥- و روى سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام مثله أيضاً. ٥

٦- روى العياشي في تفسيره عن زرارة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله (وَ مَا يُؤْمِنُ أَكْثَرُهُمْ بِاللَّهِ إِلَّا وَ هُمْ مُشْرِكُونَ) (يوسف / ١٠٦) قال: «مَنْ ذَلِكَ قَوْلُ الرَّجُلِ: لَا وَ حَيَاتِكَ». ٦

٧- و روى عن أبي جعفر عليه السلام: «شَرِكٌ طَاعَةٌ، قَوْلُ الرَّجُلِ لَا وَ اللَّهِ وَ فُلَانٍ». ٧

٨- و عن العلاء قال: سألته عن قوله: (فَلَا أُقْسِمُ بِمَوَاقِعِ النُّجُومِ) (الواقعة / ٧٥) قال: «عَظُمَ إِثْمٌ مِنْ حَلْفِ بِهَا». ٨

(١) ١- ٣ الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٣٠ من أبواب الأيمان، الحديث ١، ٢، ٣.

(٢) ٤- ٨ الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٣٠ من أبواب الأيمان، الحديث ٤، ٥، ١١، ١٢، ١٥.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٧٠

٩ روى العياشي عن محمد بن مسلم: كل يمين بغير الله فهي من خطوات الشيطان. «١»

١٠ روى عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل حلف أن ينحر ولده قال: «هذا من خطوات الشيطان» و قال: «كل يمين بغير الله فهي من خطوات الشيطان». ٢

١- ١ روى زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت قوله تعالى: (فَاذْكُرُوا اللَّهَ كَذِكْرِكُمْ آبَاءَكُمْ أَوْ أَشَدَّ ذِكْرًا) قال: «إِنَّ أَهْلَ الْجَاهِلِيَّةِ كَانَ مِنْ قَوْلِهِمْ كَلًّا وَ أَيْبِكْ، وَ بَلَى وَ أَيْبِكْ فَأَمَرُوا أَنْ يَقُولَ: لَا وَ اللَّهِ وَ بَلَى وَ اللَّهِ» ٣

هذه هي الروايات الناهية، و لعل هنا ما يؤيدها تحريماً أو كراهة. إلا أن الشأن في تركيزها على موضوع واحد و يمكن أن يقال:

إنّ النهي في الحديث الأوّل و الثالث و الثامن لأجل أنّ الحلف بالأجرام السماوية مظنة الشرك فالنهي عنها نهياً تحريمياً أو تنزيهياً، لا يكون دليلاً على حرمة الحلف بسفير التوحيد و مبلّغه و آله الأطهار.

و أمّا الحديث الثاني فهو معرض عنه إذ لم يقل أحد بالكفارة فيما إذا حلف بسورة من كتاب الله ثمّ خالف، مضافاً إلى ما في سننه من الضعف.

و أما التاسع و العاشر، فهما محمولان على الحلف بأمر محرّم كنحر الولد، أو الطلاق و العتاق و صدقة ما يملك و يشهد على ذلك ورود قوله: «كلّ يمين بغير الله فهي من خطوات الشيطان» في مورد الحلف على العتاق و الطلاق. ٤
و ما بقى من الروايات يحمل على الكراهة خصوصاً ما ورد من النهي على الحلف بالآباء، و لعلّه قضية خارجيّة، لا حقيقيّة و سبب النهي، كون آباؤهم مشركين.

(١) ١-٣ الوسائل: الجزء ١٦، الباب ١٥ من أبواب الأيمان، الحديث ٤، ٥، ٦.

(٢) ٤ الوسائل: الجزء ١٦، الباب ١٤ من أبواب الأيمان، الحديث ٣، ٤، ٥.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٧١

المقام الثاني: حكم الحلف بغير الله وضعاً

اتفقت كلمتهم على أنّه لا يستحلف لإيجاب الحقّ أو إسقاطه إلّا بالله تعالى شأنه و أنّ الحلف بغير الله، لا يثبت حقاً، و لا يسقطه و إليك نصوصهم:

١- قال المفيد: و لا يستحلف بغير أسماء الله عزّ و جلّ. «١»

٢- قال ابن البرّاج: استحلف بالله الذي لا إله إلّا هو أو بشيء من أسمائه و لا يجوز استحلافه بغير ذلك. «٢»

٣- و قال ابن حمزة: و لا يمين بغير الله تعالى و بغير أسمائه الحسنی و صفاته العلياء. «٣»

٤- و قال ابن سعيد: و اليمين إنّما يكون بالله و أسمائه الخاصّة. «٤»

٥- و قال العلّامة: و لا ينعقد اليمين الموجبة للبراءة من الدعوى إلّا بالله تعالى. «٥»

٦- و قال: و لا يصحّ اليمين إلّا بالله تعالى «٦»، إلى غير ذلك من الكلمات المماثلة.

و تدلّ على عدم الاعتداد روايات:

١- روى سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في كتاب على عليه السلام إنّ نبياً من الأنبياء شكّا إلى ربّه فقال: يا ربّ كيف أقضى فيما لم أشهد؟ قال: فأوحى

(١) المفيد، المقنعة: ٧٣١.

(٢) ابن البرّاج، المهذب: ٥٨٩ / ٢.

(٣) ابن حمزة، الوسيلة: ٢٢٨.

(٤) ابن سعيد الحلّي: الجامع للشرائع: ٥٢٥.

(٥) السيد العاملي: مفتاح الكرامة: ٩٦ / ١٠، قسم المتن.

(٦) العلّامة الحلّي، إرشاد الأذهان: ١٤٥ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٧٢

الله إليه: احكم بينهم بكتابي و أضفهم إلى اسمي فحلّفهم به. «١»

٢- روى سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يحلّف الرجل اليهودي و لا النصراني و لا المجوسي بغير الله». «٢»

٣- روى جراح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: لا يُحلف بغير الله، و قال: اليهودى و النصرانى و المجوسى لا تحلفوهم إلا بالله عز و جل. ٣

٤- روى سماعة عن أبى عبد الله قال: سألته هل يصلح لأحد أن يحلف أحداً من اليهود و النصرانى بالهتيم؟ قال: «لا يصلح لأحد أن يحلف أحداً إلا بالله عز و جل». ٤

٥- روى الحلبي قال سألت أبى عبد الله عليه السلام عن أهل الملل يُستحلفون فقال: «لا تُحلفوهم إلا بالله عز و جل». ٥
و الاستدلال، بغير الأولى من الروايات الواردة فى أهل الكتاب، مبنى على ظهورها فى كون المضمون حكم الله المشترك بين الناس. ثم إن صاحب الجواهر لخلطه بين المقامين السابقين استدلل ببعض الروايات التى لا مساس له بالمقام كرواية محمد بن مسلم و صحيح الحلبي و النبوى ٦ فأنها نظرة إلى المقام الأول.

و هذه الروايات دلت على أن أتباع الشرائع كلهم كالمسلمين يحلفون بالله، إنما الكلام فى المنكر للصانع فهل يحلف به أو لا؟ قال فى المبسوط: و إن كان وثياً

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

(٢) ٢- ٥ الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٣٢، الحديث ١، ٢، ٣، ٥. و قد روى الحرّ العاملى، عن الحلبي فى ذلك الباب روايات ثلاثة كان الجميع رواية واحدة فلاحظ الرقم ٣، ٦، ١٤ من الباب ٣٢ من أبواب الأيمان.

(٣) ٦ الجواهر: ٢٢٧ / ٤٠؛ لاحظ الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٣٠، الحديث ٣، ٤؛ المستدرک، الباب ٢٤ من كتاب الأيمان، الحديث ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٧٣

معطماً أو كان ملحداً يجحد الوحداية لم يُغَلظ عليه باللفظ و اقتصر على قوله: «و الله» فإن قيل كيف حلفته بالله و ليست عنده يميناً، ليزداد اثماً و يستوجب العقوبة «١» و اختاره السيد الطباطبائى مستدلاً بالإطلاقات التى مقتضاها عدم الفرق فى الكفار بين من يعتقد بالله و من يجحد. «٢»

أقول: يجب أن يكون مفروض الشيخ المعاهد الذى لا يجوز التعرض لنفسه و ماله، و إلا فلو كان محارباً فلا حرمة لنفسه فضلاً عن ماله فيجوز أخذ حقه منه من دون إقامة الدعوى و إحلافه. نعم لو كانت الظروف لا تساعد على ذلك فلو أقام الدعوى عليه فإن أقام البيئة أو اعترف الكافر، و إلا فيسقط الحلف و ذلك لأن الغاية منه إيجاد الردع فى الحالف حتى يستعظم الإله و يرتدع و لا يحلف كاذباً فإذا كان جاحداً لله سبحانه فالإحلاف يكون لغواً و ما ذكره الشيخ من أن الغرض من الإحلاف هو زيادة الإثم، فهو ليس غرضاً للشارع و لا للمحلف و الأولى القول بسقوط الحلف كما فى سائر الموارد التى لا يتمكّن المدعى من الإحلاف كالدعوى على الميت. ثم إن مقتضى الإطلاقات، كفاية الحلف بلفظ الجلالة من غير فرق بين المجوسى و غيره لكن قال الشيخ فى المبسوط: إن كان مجوسياً حلف: و الله الذى خلقنى و رزقنى لثلاث يتناول بالله وحده، النور فإنه يعتقد النور إلهاً فإذا قال: خلقنى و رزقنى زال الإبهام و الاحتمال. «٣»

و ما ذكره مخالف لمقتضى الإطلاق، أضف إليه أن لفظ الجلالة علم لخالق النور و الظلمة و لو افترضنا صحه إطلاق الإله على النور و لكن لفظ الجلالة لا يطلق إلا على الإله الأعلى عندهم الذى هو خالق النور و الظلمة و الآلهة

(١) الطوسى، المبسوط: ٢٠٥ / ٨، فصل فى موضع اليمين.

(٢) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ١٩٩ / ٢.

(٣) الطوسى، المبسوط: ٢٠٥ / ٨.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٧٤

ثم إن مقتضى بعض الروايات جواز حلف أهل الكتاب بغير لفظ الجلالة و هي:

- ١- ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام إن أمير المؤمنين عليه السلام استحلف يهودياً بالتوراة التي أنزلت على موسى. «١»
 - ٢- روى محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام سألته عن الأحكام فقال: في كل دين ما يستحلفون. ٢ و الظاهر أن روايتي ٣ محمد بن مسلم رواية واحدة. كما أن روايتي السكوني، مع مرسله الصدوق ٤ متحدتان.
- و التعارض بين الطائفتين واضح، و حمل الطائفة الثانية على أنه مخصوص بالإمام إذ رأى ذلك أردع لهم، أو على من يرى الحلف بذلك و لا يعتقد الحث في الحلف بالله، أو المراد الحلف بمن أنزلها، أو الغلط بذلك مع الحلف بالله، جمع تبرعى لا يصار إليه. و لعل المحقق لما رآهما متعارضين، لا يرجح أحدهما على الآخر أخذ بالقول بالتخيير في المقام و قال: «و لو رأى الحاكم إحلاف الذمى بما يقتضيه دينه أردع جاز».

ثم إن نسبة هذه الروايات مع رواية سليمان بن خالد الأولى و إن كان عموماً و خصوصاً مطلقاً لكن بالنسبة إلى غيرها متباينتان، لأن الموضوع في كلتا الطائفتين أهل الكتاب، و الترجيح مع الطائفة الأولى إذ رواية السكوني في الطائفة الثانية تحكى الفعل و وجهه غير معلوم و قد عرفت أنها بنفسها مرسله الصدوق، بقيت رواية محمد بن مسلم و هي لا تقابل ما سبق. فالأولى هو عدم الاكتفاء بغير المتيقن. و بالجملة الروايات المانعة ترجح على المجوزة بكثرة عددها و علو شأن

(١) ١ و ٢ الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٣٢ من أبواب الأيمان، الحديث ٤، ٧، و لاحظ أيضاً ٨، ٩، ١٠.

(٢) ٣ المذكورتان في الوسائل: برقم ٧ و ٩ في الباب ٣٢.

(٣) ٤ المذكورتان في الوسائل: برقم ٤ و ١٠ في ذلك الكتاب.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٧٥

رواتها، و إعراض المشهور عن المجوزة، و قد حققنا في محلّه أن إعراض المشهور يسقط الرواية عن الحجية.

هل المراد من الأخبار السابقة هو الحلف بلفظ الجلالة فقط أو يكفي ما يعادله في سائر اللغات بل يكفي الأسماء المختصة كالخالق و الرازق و ربّما يؤيد الثاني بأن المراد من الأخبار الحاصرة هو نفي الحلف بغيره سبحانه لا أن يكون بخصوص اللفظ و تؤيده رواية سليمان بن خالد، من إيحائه سبحانه إلى أحد أنبيائه من إضافة اسمه، و الخالق و الرازق من اسمائه سبحانه و لأن الغاية هو الارتداع عن الحلف كاذباً و هو موجود في جميع الأسماء و قد عرفت أن المفيد صرح بجواز الحلف بكل اسمائه و إن كان الأحوط هو التحليف بلفظ الجلالة، لا بغيره.

أُمور حول الاستحلاف

إشارة

ذكر المحقق أمورا حول الاستحلاف و أرسلها إرسال المسلم فنذكرها واحداً تلو الآخر:

١- تقديم العظة على اليمين

قال يستحب تقديم العظة على اليمين و التخويف من عاقبتها.

استدل له بما ورد فى الروايات من الآثار الموقفة لليمين الكاذبة. «١» و لكن لا صلة لها باستحباب تقديم العظة. و مثلها ما ورد من الأمر بالاحتياط فى حقوق المسلمين، فإنه لا يتجاوز عن كونه أمراً إرشادياً لا يثبت به استحباب العظة فلم يبق سوى ما ورد من رواية الحضرمي حيث ادعى على كندى فى أرض من اليمين، أنه اغتصبها ابو الكندى فتهاى الثانى لليمين فقال صلى الله عليه و آله و سلم: «لا يقطع رجل مالا يمينه

(١) الوسائل: الجزء ١٦، لاحظ الباب ٤ من أبواب كتاب الايمان.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٧٦

إلا لقي الله يوم يلقاه و هو أجذم فقال الكندى: هى أرضه «١» و فى سنده ما لا يخفى و مثله دلالة إذ لعل النبى كان واقفاً على كذبه، فقدّم العظة حتى يرتدع و لا يكون دليل على استحبابه مطلقاً، كما لا يخفى.

٢- يكتفى فى رفع الخصومة مطلق اليمين

يكفى فى رفع الخصومة و إنهاؤها مطلق اليمين لأن مقتضى إطلاق الأدلة، هو كفاية الحلف بالجلالة و حسبه أن يقول و الله ماله قبلى حق قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «البينة على المدعى، و اليمين على المدعى عليه». «٢»

٣- أسباب تغليظ اليمين

إن للتغليظ أسباباً مختلفة، فتارة يكون بالقول كما إذا قارن حلفه بالبراءة من حوله سبحانه و قوته «٣» و أخرى بالمكان كالتحليف عند قبر النبى، و تحليف اليهود و النصارى فى بيعهم و كنائسهم «٤» و ثالثة بالزمان كما قوله: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدِكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذُو عَيْدٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسَبُوهُمَا مِنْ بَعْدِ الضَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ ارْتَبْتُمْ لَأَنْشُرِي بِهِ نَمْنًا وَ لَوْ كَانَ ذُو قُرْبَىٰ وَ لَا نَكُتُمْ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنْآ إِذَا لَمِنَ الْأَثِمِينَ) (المائدة/ ١٠٦).

قال الطبرسى: تحبسونهما من بعد صلاة العصر و هو المروى عن أبى جعفر إن ارتبتم فى شهادتهما و خشيتم أن يكونا قد غيرا أو بدلا أو كتما أو خاننا و الخطاب

(١) البيهقى، السنن: ١٠ / ١٨٠.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ و ٤.

(٣) الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٣٢، الحديث ٣١.

(٤) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٧٧

فى تحبسونهما للورثة و يجوز أن يكون خطاباً للقضاء فيحلفان بالله لا نشترى به ثمناً و لا نطلب بالحلف الثمن و لو كان المشهود له ذا قربي. «١»

٤- هل الإحلاف باليمين المغلظة مستحب للحاكم؟

إشارة

المشهور أنّ الإحلاف باليمين المغلظة مستحب للحاكم استظهاراً للحكم: غير أنّ المهم وجود الدليل على الاستحباب قال الشهيد: هذا هو الحكم المشهور بين الأصحاب و ذكروا أنّه مروى و ما وقفت على مستنده. «٢»
و قال العلامة: «و ينبغي التخليط بالقول في الزمان و المكان في الحقوق كلّها» «٣» و لعلّه لأجل عدم وجود دليل خاص، عبّر بلفظ «ينبغي» و لم يقل يستحب.
و قال السيد الطباطبائي: لا خلاف و لا إشكال في أنّه يكفي في الحلف الاقتصار على قوله: «و الله ليس لفلان عليّ، كذا مثلاً» و لكن ذكروا أنّه يستحب للحاكم التخليط. «٤»

و استدل له بروايات سبع:

١- منا ورد في تحليف الأخرس كما في صحيحه محمد بن مسلم كتب أمير المؤمنين عليه السلام: «و الله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب و الشهادة، الرّحمن الرّحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الذي يعلم السر و العلانية...» «٥» و الرواية مشتملة على حكم شاذ و هو القضاء على الممتنع عن الحلف من دون ردّه

(١) الطبرسي، مجمع البيان: ٢/٢٥٧.

(٢) زين الدين العاملي، المسالك: ٢/٤١٣.

(٣) السيّد العاملي، مفتاح الكرامة: ١٠/٩٩، قسم المتن.

(٤) السيّد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/٢٠٢، المسألة ٧.

(٥) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٧٨

على المدعى و مع ذلك، فخصوصية المورد كالأخرس تمنع عن إلغاء الخصوصية.

٢- ما ورد في يمين الاستظهار كما في رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله «و إن كان المطلوب بالحقّ قد مات فاقمت عليه البيّنة فعلى المدعى اليمين بالله الذي لا إله إلا هو...» «١» و يرد عليه ما أورد على السابق من وجود خصوصية في المورد، لأنّ المدعى عليه ميت، و المدعى حيّ و لعلّ المطلوب فيه التخليط لأنّ المدعى عليه لا يستطيع الدفاع عن نفسه.

٣- فعل على عليه السلام في أهل الكتاب حيث كان يستحلف النصارى و اليهود في بيعهم و كنائسهم و المجوس في بيوت نيرانهم و يقول: شدّدوا عليهم احتياطاً للمسلمين. «٢»

و يلاحظ على الاستدلال بمثل ما تقدّم مضافاً إلى بُعد وجود بيوت النار في الكوفة في عصر الإمام عليه السلام.

٤- ما ورد في إحلاف الظالم من التخليط في حديث صفوان الجمال «٣» و كلام الإمام في نهج البلاغة: «احلفوا الظالم إذا أردتم يمينه بأنّه بريء من حول الله و قوّته». «٤» و المروى عن الإمام الرضا عليه السلام. «٥» و ما ورد في تحليف النبي عبد الله بن سوريا اليهودي على وجود حكم الرجم في التوراة ٦ لكن استحباب التخليط في مورد الظالم لا يكون دليلاً على استحبابه في عامّة الموارد. و مثله تحليف الحبر اليهودي، فإنّ حساسية الموقف الجأ النبي على تحليفه باليمين المغلظة.

و لأجل ضعف الاستدلال قال صاحب الجواهر: لم يقف على عموم يقتضى استحبابه كذلك على كل أحد. و على ما ذكرنا فلا يستحب التغليظ إلا فى مورد

- (١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.
 (٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢.
 (٣) ٣-٦ الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٣٣ من أبواب كتاب الإيمان، الحديث ١ و ٢ و ٣. مجمع البيان: ٢/١٩٣ ط صيدا، تفسير الآية ٤١.
 نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٧٩
 النص فاحفظه ينفعك فيما يأتى.

٥- التغليظ إلا إذا كان المال دون نصاب القطع

لما اختار المحقق استحباب التغليظ مطلقاً، استثنى منه صورة واحدة و قال: و يستحب التغليظ فى الحقوق كلها و إن قلت، عدا المال فإنه لا- يغلظ فيه بما دون نصاب القطع قال الشيخ: لا تغلظ اليمين بأقل مما يجب فيه القطع، و لا يراعى بلوغ النصاب الذى تجب فيه الزكاة و به قال مالك و قال الشافعى: لا تغلظ بأقل مما تجب فيه الزكاة إذا كانت يمينا فى المال أو المقصود منه المال و إن كان يمينا فى غير ذلك غلظ على كل حال و قال ابن جرير: يغلظ فى الكثير و القليل ثم استدل بإجماع الفرقة. «١»
 و يدل عليه خبر محمد بن مسلم و زرارة عنهما عليهما السلام جميعاً قالوا: لا يحلف أحد عند قبر النبى صلى الله عليه و آله و سلم على أقل مما يجب فيه القطع. «٢»

٦- الامتناع عن الإجابة إلى التغليظ

قال المحقق: لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لم يجبر و لم يتحقق بامتناعه نكول.
 أقول: هنا مقامان:

الأول: هل تجب الإجابة على المنكر إذا دعاه القاضى إلى اليمين المغلظة أو لا؟
 الثانى: هل يتحقق النكول بالامتناع عن الحلف المغلظ دون غيره أو لا؟
 أما المقام الأول: فقال الشيخ: التغليظ بالمكان و الزمان استحباب دون أن

- (١) الطوسى: الخلاف: الجزء ٣، كتاب القضاء، المسألة ٣٢.
 (٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.
 نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٨٠
 يكون ذلك شرطاً فى صحه الأيمان و وافقنا فى الأزمان و الألفاظ الشافعى. و المكان على قولين: أحدهما مثل ما قلناه و الثانى أنه شرط. و استدل على مختاره بأن كونه شرطاً يحتاج إلى دليل و أيضاً قوله: اليمين على المدعى عليه و البيئه على المدعى و لم يذكر الزمان و المكان و ما ذكرناه من الأدلة محمول على الاستحباب. «١»
 و قال العلامة: «و لو امتنع الحالف من التغليظ لم يجبر عليه». «٢»

و حكى عن كشف اللثام التفصيل بين التغليظ القولى فلا يجبر و التغليظ بالزّمان و المكان فيجبر عليهما. فتلخص أن الأقوال ثلاثة: ١ عدم الوجوب؛ ٢ التفصيل بين الألفاظ و الأزمان فلا يجب و الأمكنة فيجب التغليظ كما عليه الشافعى فى بعض أقواله؛ ٣ التفصيل بين الألفاظ فلا يجب و أما الأزمان و الأمكنة فيجب كما هو المحكى عن كاشف اللثام. قد عرفت أن القول بالتغليظ لم يثبت إلّا فى موارد ثلاثة، فلو قيل بالاستحباب للحاكم فى خصوص تلك الموارد لكان له وجه و أمّا احتمال الوجوب للحالف فلا دليل على وجوبه فيها لكفاية مطلق الحلف فى إنهاء الخصومة حسب مقتضى الإطلاقات و إلزام المدعى عليه حتى فى الموارد التى ثبت جواز التغليظ، يحتاج إلى دليل. و ربّما يستدلّ على وجوب الإجابة بأمرين:

١- إذا كان التغليظ مستحباً للحاكم، تجب الإجابة على الحالف و إلّا تلزم اللغوئية. يلاحظ عليه: إنّما تلزم اللغوئية إذا كان الامتناع من جانب الحالف دائماً،

(١) الطوسى: الحلاف: الجزء ٣، كتاب القضاء، المسألة ٣٣.

(٢) العاملى، مفتاح الكرامة: ٩٩ / ١٠، قسم المتن.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٨١

لا اتّفاقاً. فيكفى فى رفعها أن لفيماً من الحالفين، يصدر عن التغليظ لداع من الدواعى و هذا يكفى فى تشريع الاستحباب للحاكم على الوجه الكلى.

٢- الحلف حقّ للمدعى فله أن يختار أى قسم من أقسام اليمين.

يلاحظ عليه: أنّ الحلف حكم شرعى لرفع الخصومة و إنهاء النزاع و قد قلنا سابقاً، أنّ كون شىء حقاً يحتاج إلى ارضية تجعله حقاً، كالسبق إلى مكان، فهو أحقّ به و ليس ادعاء أحد على أحد، بلا شاهد و دليل، موجباً لكون المدعى ذا حق على المدعى عليه و ربّما يكون من حيث المكانة الاجتماعية أرفع منه بكثير. و لولا- حكم الشارع باليمين لُخلى المنكر سبيله، كما هو الحال فى المحاكم العالمية.

أما المقام الثانى فهو عبارة عن ثبوت النكول بالامتناع عن التغليظ فنقول:

إذا امتنع عن الحلف المغلظ، فهل يحكم عليه بالنكول أو إذا توقّف عنه و عن الردّ؟ مقتضى القاعدة هو الثانى كما سبق غير أنّه يمكن استظهار خلافه من روايتين:

أحدهما: رواية عبد الرحمن بن أبى عبد الله الواردة فى حلف المدعى على الميت بعد إقامة البيّنة قال: «فإن كان المطلوب بالحقّ قد مات فأقيمت عليه البيّنة فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله إلّا هو لقد مات فلان و أنّ حقّه لعليه فإن حلف و إلّا فلا حقّ له...». (١) ثانيهما: رواية محمّد بن مسلم فى الأخرس كما مرّ. (٢)

و مع ذلك كلّ ففى الاستدلال بهما على ثبوت النكول نظر أمّا الأولى فلأنّ المدعى عليه فيها ميت، فليس بعد امتناع المدعى عن الحلف إلّا إيقاف الدعوى إذ لا يمكن الردّ على الطرف المقابل فلا يكون الحكم بالنكول فيه دليلاً على غيره.

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٤.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٨٢

و أمّا الرواية الثانية فقد مرّ احتمال أن الإمام ردّه على المدعى و أنّه حلف، و عدم ذكره فى الرواية، لأجل كونه خارجاً عن المقصد

الأصلى لأنه بصدد بيان كيفية حلف الأخرس، لا كل ما يرتبط بالواقعة.

أضف إلى ذلك: أن الناكل من يمتنع عن الحلف بتاتا لا من يمتنع عن قسم خاص منه ففي صحیحه أبي أيوب الخزاز عن أبي عبد الله عليه السلام: «من حلف بالله فليصدق». وفي حديث أبي حمزة عن رسول الله: «ولا تحلفوا إلا بالله و من حلف بالله فليصدق». (١) فقد خرجنا بالنتائج التالية:

- ١- لم يثبت استحباب الإحلاف باليمين المغلظة إلا في موارد خاصة.
- ٢- لا يجوز جبر المدعى عليه بها حتى في الموارد التي ورد فيها الدليل.
- ٣- لا يثبت النكول بالامتناع عنها.

٧- هل تحل يمينه على ترك التغليظ باختيار الحاكم؟

لو حلف على أنه لا يُغلظ يميناً و اختار الحاكم التغليظ يقع الكلام في موردين:

- ١- هل تنعقد اليمين على ترك التغليظ أو لا؟
 - ٢- إذا صححت يمينه فهل تحل باختيار الحاكم التغليظ أو لا؟
- أمّا الأول فالظاهر من الروايات الواردة في الأبواب الثلاثة الأول من كتاب الأيمان، كون اليمين الصادق مكروهاً قال رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلم: «من أجّل الله أن يحلف به أعطاه الله خيراً ممّا ذهب منه». (٢) و قال الصادق عليه السلام: «لا تحلفوا بالله صادقين و لا

(١) الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٦ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ١٣.

(٢) الوسائل: الجزء ١٦، الباب ١ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ٣.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٨٣

كاذبين» (١) الى غير ذلك من الروايات فإذا كان مطلق اليمين مكروهاً فالمغلظ أشد كراهة، و في تركها، أكثر إجلالاً له فتصحح اليمين و ربّما أشكل على الانعقاد بوجهين:

١- إذا كانت إجابته الحاكم واجبة، يلزم الحلف على ترك الواجب.

يلاحظ عليه: أنه لم يدل دليل على وجوب الإجابة و أقصى ما يمكن أن يقال، هو الوجوب الوضعي بمعنى أنه لو تخلف عن الإجابة، يترتب عليه أثره الوضعي من النكول و غيره، لا أنه واجب عليه تكليفاً و قد مرّ نفى كلا الأمرين.

٢- التغليظ مستحب، و اليمين على ترك المستحب، يمين على ترك الراجح فلا ينعقد.

يلاحظ عليه: بأنّ الثابت هو استحبابه على الحاكم، لا على الحالف بل المستحبّ عليه ترك الحلف و دفع ما ادعى عليه إذا بلغ مقدار ثلاثين درهماً. (٢) و قد عرفت عدم المنافاة بين استحبابه عليه، و عدم وجوبه أو عدم استحبابه على المدعى عليه و أنه لا تلزم اللغوياً. و ما ربّما يقال من تصوير استحباب التغليظ في حقّ الحالف لأجل طروء عنوان خارجي عليه و هو الإجابة لالتماس المؤمن، فيكون الحلف على تركها مرجوحاً، غير تام.

لأنه حلف على ترك اليمين المغلظ، و هو في حدّ نفسه أمر راجح و لم يحلف على تركها سواء التمسها المؤمن أم لا، حتى يقال إنّ مفاد الإطلاق، هو اليمين على ترك الراجح و قد قلنا في محلّه أنّ الإطلاق ليس إلاّ رفض القيود لا الجمع بين القيود فاليمين المغلظة بما هي هي مكروهة و قد حلف على تركها، لا أنه حلف على تركها

(١) الوسائل: الجزء ١٦، الباب ١ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ٧.

(٢) الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٣ من أبواب كتاب الأيمان. الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٨٤

في صورة التماس الأخ المؤمن لها و على ضوء ذلك، فلو التمس المؤمن قبل حلفه، على الترك، استجبت إجابته و إلا فلا موضوع لإجابة التماسه لأنه في أمر جائز لا في أمر محرم.

و أمّا المورد الثاني فقد ظهر ممّا ذكرنا عدم انحلالها باقتراح الحاكم و ذلك لأنّ التخليط ليس واجباً و لا مستحباً عليه، فكيف تنحل باقتراح الحاكم؟!

و لو حاكمهما القاضى يوم الجمعة في المسجد، فأمر بالحلف فلا يعدّ حلّاً لليمين، لأنّ المحلوف عليه ترك اليمين المغلظة إذا تمكّن من غيرها، كما إذا طلب منه أن يحلف يوم الجمعة، مع كون المحاكمة يوم الخميس، أو يحلف في المسجد مع كونها في غيره و أمّا إذا كانت المحاكمة من بدء أمرها في الأزمته و الأمكنة الخاصة التي تعدّ من أسباب التخليط، فليس أمامه فرد آخر حتى يترك. اللهم إلا أن يقال إنّ أمامه الفرد الآخر، و هو ردّ اليمين على المدعى فلا يكون ذلك مسوّغاً لنقض اليمين كما سيوافيك في القسم التالي.

و منه يعلم حكم من حلف على ترك اليمين مطلقاً، فلو كان مورد الدعوى أمراً مالياً، فالحلف منعقد، لإمكانه ترك الحلف و رده إلى المدعى و أمّا إذا كان المدعى به أمراً غير مالى كما إذا ادّعى رجل زوجته امرأة، و قد حلفت هي على ترك اليمين، فليس أمامها سوى الحلف شيئاً آخر، إذ ليس لها الردّ إلى المدعى. لما مرّ من أنّ مورد الردّ هو الأمور المالية.

٨- في حلف الأخرس

ذكروا في حلفه وجوهاً:

١- بالإشارة المفهومة كغيره من إنشائه عقداً أو إيقاعاً و إقراراً.

٢- وضع يده على اسم الله في المصحف أو يكتب اسمه سبحانه و يوضع يده عليه.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٨٥

٣ تكتب اليمين في لوح و تغسل و يؤمر بشربه بعد إعلامه. (١)

أمّا الأوّل فليس له دليل خاص سوى ما ورد في تلبيته و تشهده و قراءته في الصلاة بضميمة تحريك لسانه ففي رواية السكوني: عن

أبي عبد الله عليه السلام قال: تلبية الأخرس و تشهده و قراءته القرآن في الصلاة، تحريك لسانه و إشارته بإصبع. (٢)

و نسب الأوّل إلى الشيخ في النهاية و الموجود فيها هو الجمع بين الإشارة و وضع يده على اسم الله في المصحف (٣) و نسب الثاني

إلى ابن حمزة و الموجود في الوسيلة هو التخيير بين الأولين و الثالث. (٤)

و وردت في صحّة طلاقه، كتابته الطلاق و الإشهاد عليه إذا عرف الكتابة، أو وضع مقنعتها على رأسها و اعترالها. (٥)

و يمكن أن يقال: إنّ مجموع ما ورد في مورد الأخرس يدلّ على عدم وجود تعيّد في المورد و على هذا يلزم انتخاب ما هو أقرب

الطرق، و بما أنّ الإشارة مع تحريك اللسان أقرب و أصرح اكتفى على ما في رواية السكوني بها و لازم ذلك في خصوص مورد

الحلف هو الجمع بين الإشارة المفهومة و وضع اليد على المصحف و لأجل ذلك قال الإمام في مورد طلاقه بعد ما ذكر الراوى أنّه لا

يكتب و لا يسمع كيف يطلقها قال: بالذى يعرف به من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته و بغضه لها.

و أمّا ما ورد في الصحيحة من كتابة اليمين و غسلها و شربها فيحمل على ما إذا أريد التخليط.

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

(٢) الوسائل: الجزء ٤، الباب ٥٩ من أبواب القراءة، الحديث ١.

(٣) الطوسى: النهاية: ٣٤٧.

(٤) ابن حمزة، الوسيلة: ٢٢٨.

(٥) الوسائل: الجزء ١٥، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ١ و ٥.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٨٦

٩- لا يستحلف إلا فى مجلس القضاء

١٠- يشترط المباشرة فى الإحلاف

قال المحقق: و لا يستحلف الحاكم أحداً إلا فى مجلس قضائه إلا مع العذر كالمريض المانع و شبهه فحينئذ يستتبع الحاكم من يحلفه فى منزله و كذا المرأة التى لا عادة لها بالبروز إلى مجمع الرجال، أو الممنوعة بأحد الأعذار. «١»
و قال العلامة: و لا يستحلف الحاكم إلا فى مجلس حكمه إلا لعذر فيستتبع الحاكم للمريض و المخدّر، من يحلفهما فى منزلهما. «٢»
أقول: هنا مسألتان:

١- هل تعتبر وحدة مجلس الحلف و القضاء، و لا أثر لحلفه فى غير ذلك المجلس، و إن كان مع حضور الحاكم؟

٢- يشترط فى الإحلاف مباشرة القاضى و لا تصح الاستنابة إلا فى موارد خاصة.

و لو أريد من المستثنى منه (لا يستحلف الحاكم...) فى كلام المحقق، وحدة مجلس القضاء و اليمين يترتب عليه أمران:

أ: عدم صحّة الاستثناء (إلا مع العذر...) إذ لم يسبق لزوم المباشرة حتى تستثنى منه الموارد الخاصة.

ب: يلزم عدم صحّة الدعوة إلى التعليل فى الأماكن الشريفة و نحوه إذا كان القضاء فى غيرها

و لما حمل الشهيد الثانى كلاً من المستثنى منه و المستثنى على بيان أمرين

(١) نجم الدين الحلى: الشرائع: ٨٨ / ٤.

(٢) مفتاح الكرامة: ١٠٣ / ١٠، قسم المتن.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٨٧

ماضيين و بذلك صحح الاستثناء و لكن حمل أمر الوحدة على يمين غير مغلظ و أمّا فيها فلا مانع من التعدد.

و يمكن أن يقال إن المراد من مجلس القضاء أو الحكم، مجلس القاضى و الحاكم.

و أن العبارتين ناظرتان إلى بيان معنى واحد، و هو كناية عن مباشرته للإحلاف إلا فى موارد العذر و عندئذ تنسجم العبارة بلا إشكال.

و على كلّ تقدير فلنأخذ بدراسة المسألتين:

أمّا شرطية وحدة مجلس الحكم و اليمين فلا دليل عليها، إذ لا مانع من أن يحلفه فى مكان أو يسمع بينة المدعى فى مكان، و القضاء

فى مكان آخر بعد مباشرة القاضى للأمر. بل الدليل على خلافه كما إذا استحلفه فى الأماكن المقدّسة.

أمّا اشتراط المباشرة و أن الإحلاف لا يقبل النيابة فقد استدل عليه فى مفتاح الكرامة بعد الإجماع بأنّه المتبادر إلى الفهم من

الاستحلاف فى الروايات و أنه من تتمه الحكم و لا حكم لغيره لأنه العالم بالكيفية لا غير «١» و استظهرها صاحب الجواهر من قوله: «أضفهم إلى اسمى يحلفون به» الظاهر فى مباشرة ذلك بنفسه فلا تصح الاستنابة فيه حينئذ.

يلاحظ على الجميع بأن استحصال الإجماع مشكل و على فرض وجوده غير كاشف عن النص و استظهار المباشرة من الأدلة غير تام بشهادة الفرق الواضح بين الحلف و الاستحلاف فإن الأول لا يقبل الوكالة قطعاً، و ليس الاستحلاف مثله عرفاً. و كونه من تتمه الحكم منظور فيه بل هو من مقدماته و يجوز التوكيل فى مقدماته كما إذا احتاج القاضى إلى ترجمة كلامى المدعى و المنكر، أو كتابة أقاريرهما فى ملف، إنما القضاء هو الحكم بأن الحق هو الاشتغال أو البراءة. و الذى يوضح ذلك، أنه لو لم تقبل الاستنابة، لما جازت فى الموارد المذكورة فى

(١) السيد العاملى، مفتاح الكرامة: ١٠٣/١٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٨٨

كلام المحقق إذ لازم عدم القبول، هو مباشرة القاضى بالإحلاف و لو بالذهاب إلى بيوتهم لو لم يكن أمراً حرجياً لا- إلغاء قيد المباشرة.

و الحق، أنه لا دليل على وحدة مجلس الحلف و القضاء، كما لا دليل على المباشرة بل تكفى الاستنابة كما لا يخفى، إذا كان النائب عارفاً بأحكامه.

البحث الثانى فى يمين المنكر و المدعى

إشارة

عقد المحقق المقصد الرابع للبحث عن أمور ثلاثة أولها اليمين و قد مضى الكلام فيها و ثانيها، البحث فى يمين المنكر و المدعى، و ثالثها فى اليمين مع الشاهد فلنأخذ بالبحث عن الثانى:

قال المحقق: اليمين يتوجه على المنكر تعويلاً على الخبر، و على المدعى مع الرد و مع الشاهد الواحد. و قد تتوجه مع اللوث فى دعوى الدم.

الدعوى حقيقة عرفية لا- تحتاج إلى التعريف و هى، لا- تقبل بحكم الفطرة إلا مع الدليل قال سبحانه: (قُلْ هَاتُوا بُرْهَانَكُمْ إِن كُنْتُمْ صَادِقِينَ*) (البقرة/ ١١١) و لم يُعهد عند العقلاء إثبات المدعى باليمين ابتداءً و إلا لزمتم الفوضى إذ ما أكثر من يحلف عن كذب فيستولى على أموال الناس عن كذب و دجل و إذا لم تقترن الدعوى بالبينه قطع القضية يقتضى إيقاف المخاصمه حتى يأتى بالدليل، غير أن الشرائع السماوية ابتكرت إنهاء الخصومة بحلف المنكر قال رسول الله: البينة للمدعى و اليمين على من أنكر. و لأجل ذلك لا تتوجه اليمين إلا على المنكر نعم استثنى منه الموارد التالية:

١- إذا رد المنكر على المدعى.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٨٩

٢ مع الشاهد الواحد كما سيوافيك تفصيله فى البحث الثالث.

٣- فى دعوى الدم إذا كانت القرائن الظنية دالة على كون الرجل قاتلاً مع عدم البينة و هى المعروفة بالقسامه.

و هناك موارد لم يذكرها المحقق نظير:

٤- اليمين الاستظهارى على ما سبق من الادعاء على الميت. «١»

٥- إذا ادعى شيئاً لا يعلم إلّا من قبله كما إذا ادعت الطمث عند طلاقها.

٦- دعوى الأمين تلف العين المأمونة وقد اشتهر: «ليس على الأمين إلّا اليمين».

٧- دعوى الغاصب التلف.

٨- يمين الزوج الصغير (و مثله الزوجه) إذا بلغ و وقف على أنّ الولي زوجته من صغيرة توفيت قبل بلوغه و تركت مالاً فيحلف على أن رضاه بالعقد ليس لأجل التركة بل لو كانت حية لرضى بعقدها و زوجيتها، على ما حرّر فى محلّه.

كان مقتضى القاعدة فى هذه الموارد العمل بأصل البراءة و إيقاف الدعوى حتّى يقيم البيّنة، لكن عدم العمل به، لأجل أحد أمرين: إمّا دلالة القرائن على صدق المدعى كما فى مورد الشاهد الواحد، أو مورد الدم أو لصيانة الحقوق عن الضياع كما فى سائر الموارد ففى إيجاب الحلف على المؤمن نوع تحفظ على الحقوق.

قال المحقق: «فلا يمين للمنكر مع بيّنة المدعى لانتفاء التهمة».

توضيحه: أنّ المحقق علّل توجه اليمين على المنكر بالأخبار الدالّة على أنّها للمنكر. كما علّل عدم توجهها على المدعى إذا كانت معه بيّنة بانتفاء

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلاميه الغراء، ج ١، ص: ٤٩٠

التهمة. و معنى ذلك أنّه لو كانت البيّنة متهمّة يجب أن تضمّ إليه اليمين و هو كما ترى، لما عرفت من أنّ التفصيل، قاطع للشركة فالبيّنة للمدعى، و اليمين على من أنكر و لا تضمّ اليمين إلى البيّنة، إلّا فى مورد، أو موردين.

نعم إذا كانت البيّنة متهمّة، كان على القاضى، الفحص و التفتيش، كما لا يخفى لا ضمّ اليمين إليها.

نعم فى رواية شاذة ضمّ اليمين إلى البيّنة و هى مهجورة «١» مضافاً إلى إرسال فى السند. كما سبق.

الحلف على الواقع أو على نفي العلم

إذا توجه الحلف على المنكر، أو على المدعى يقع الكلام فى كيفية الحلف و أنّه هل يحلف على البتّ و القطع، أو على نفي العلم، أو يُفصّل بين فعل نفسه إثباتاً و نفيّاً فبالبتّ و فعل الآخر إثباتاً و نفيّاً فنفي العلم أو يُفصّل فى فعل الغير بين إثباته فبالبتّ، و نفيه فنفي العلم، و جوه:

قال الشيخ فى الخلاف: الحالف إذا حلف على فعل نفسه حلف على القطع و البتات نفيّاً كان أو إثباتاً و إن كان على فعل غيره فإن كان على الإثبات كانت على القطع و إن كانت على النفي كانت على نفي العلم و به قال الشافعى. و قال الشعبى و النخعى كلّها على العلم. و قال ابن أبى ليلى كلّها على البتّ.

قال: دليلنا أنّ النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم حلف رجلاً فقال: قل و الله ما له عليك حقّ، فلمّا كان على فعل نفسه استحلفه على البتّ، و لأنّها إذا كانت على نفسه احاط علمه بما يحلف عليه، فكلف بما يقدر عليه، و هكذا إذا كانت على الإثبات على فعل الغير لأنّه لا يثبت شيئاً حتّى يقطع به، فإذا كانت على النفي لفعل الغير لم يحط علمه

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلاميه الغراء، ج ١، ص: ٤٩١

بأنّ الغير لم يفعل كذا لأنّه قد يفعله و لا يعلم. «١»

هذا التفصيل و إن كان حسناً في بادئ النظر، لكن لا يخلو من إشكال، فإنَّ الإنسان و إن كان بصيراً على نفسه و فعله، لكن ربّما ينسى ما قام به، في مجال الإثبات و النفي و إزماءه على الحلف على الواقع مع عدم استحضاره له كما ترى، كما أنَّه ربّما يقف على فعل الغير إثباتاً و نفيّاً كما إذا بيّت مع زيد و شاهد أنَّه لم يؤدِّ النفل أو الفرض. أو الدين أو الرهن و على ذلك فلا بدّ من مقياس آخر، يعيّن كيفية الحلف.

و هناك قول رابع و هو الفرق بين مورد يسهل الاطلاع على الواقع، فبالبتّ و ما يعسر عليه فنفي العلم، من غير فرق بين الحلف على فعل الشخص أو فعل الغير.

كيفية الحلف تتبع كيفية الإنكار

و الذي يمكن أن يقال أنّ وزان اليمين في مقام الإنكار، وزان البيّنة في مجال الإثبات، فكما أنَّه يشترط في الاحتجاج بالبيّنة مطابقتها، للمدّعي بأن تثبت ما يدعيه المدّعي فهكذا الحلف فالمنكر، يُحتج بحلفه على صدقه في الإنكار، فلا بدّ أن يكون مطابقاً، لإنكاره حدوّ مطابقة البيّنة للدّعاء. و على ضوء ذلك فلو كان الإنكار متعلّقاً بالواقع بمعنى أنكر أن يكون مديوناً كذلك، فعليه الحلف على البتّ و القطع، فلو قال المدّعي: بعثتك شيئاً بثمان كذا أو أقرضتك كذا أو جنيت على كذا، و أجاب المنكر لم يكن واحد منه، فيحلف على البتّ و اليقين، و على عدم وقوع شيء منه لما ذكرنا من أنّ شأن اليمين تأكيد ما ينكره المنكر، كما أنّ شأن البيّنة إثبات ما يدعيه المدّعي فلا محيص عن التطابق.

و لو كان الإنكار متعلّقاً بنفي العلم و أنّه لا يذكر شيئاً و كان المدّعي يكذّبه،

(١) الطوسي، الخلاف: الجزء ٣، كتاب الشهادات، المسألة ٣٤.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٩٢

و يدّعي علمه بالواقع، فعليه الحلف على نفي العلم.

و لو صدّقه على عدم علمه و أنّه صادق في قوله: «أنّه غير ذاكر»، فيسقط الحلف لعدم الحاجة إليه فصارت الأقسام ثلاثة يحلف في واحد على البتّ، و في واحد آخر على عدم العلم، و في ثالث يسقط الحلف بتصديق المدّعي، عدم ذكر المنكر.

و على ما ذكر من أنّ وزان يمين المنكر، وزان بيّنة المدّعي، تستغنى المسألة عن إقامة أيّ دليل.

و احتمال المحقّق الأردبيلي في صدر كلامه كون الواجب هو الحلف على البتّ، مطلقاً لأنّه الوارد دون غيره حيث حلّف أمير المؤمنين الأخرس على عدم ثبوت الحقّ عليه، لا على نفي العلم. «١» و كذا ما تقدّم من الدعوى على الميت مع البيّنة فإن الحلف هناك كانت على الثبوت و الجزم. «٢» و ما تقدّم في صحيحة ابن أبي يعفور حيث حلف أن لا حقّ له قبله. «٣»

ثمّ إنّه ربّما على ما ذكره أنّه لو قال المنكر: إنّي ما أحلف على عدمه فأنّي ما أعلم، بل أحلف على عدم علمي بثبوت حقّك في ذمتي، لا يكفي بل يؤخذ بالحقّ بمجرد ذلك حينئذ إن قيل بالقضاء بالنكول، أو بعد ردّ اليمين على المدّعي إن لم نقل به ثمّ احتمال عدم القضاء بالنكول و إن قيل به في غيره بل يجب الردّ، بل احتمال الاكتفاء في الإسقاط بيمينه على عدم علمه بذلك للأصل. «٤»

يلاحظ عليه أولاً: بأنّ الروايات المذكورة لا تثبت ضابطة كلية، فإنّ المورد فيها قابل للحلف على الواقع فلا تكون دليلاً على ما لا يقبل.

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

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

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

(٤) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ١٢ / ١٩١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٩٣

و ثانياً: كيف يمكن الحكم بالنكول إذا لم يحلف على الواقع لعدم قدرته على الحلف؟ أو كيف يمكن أن يرد اليمين التي ليس مالكا لها، فإن القضاء عليه بالنكول أو بالرد، ثابت، فيما إذا تمكّن من الحلف و لم يحلف أو لم يرد، لا ما إذا لم يتمكّن؟ نعم لو رد المنكر الحلف على المدعى فيما يصح له الحلف فليس للمدعى إلّا الحلف على البت، لأنه يريد أن يتصرّف فى مال الغير، و لا يتصرّف فيه إلّا بالعلم بكونه محقّقاً. و كم فرق بين المنكر الذى ربّما يُكتفى فيه باليمين بعدم العلم، و المدعى الذى لا يكتفى فيه إلّا بالحلف البت، فإن المنكر معه أصل البراءة، و هو يمينه مدعم له، بخلاف المدعى، فالأصل مخالف لأدعائه و لا يعدل عن الحجّة إلّا بالحجّة أى العلم بالاشتغال.

الحلف البت اعتماداً على الأصل

إشارة

ثم إن الوارد فى غير واحد من الروايات، عدم الحلف إلّا عن علم، ففى صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله: «لا يحلف الرجل إلّا على علمه» (١) و فى خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لا يستحلف الرجل إلّا على علمه» ٢ و غيرهما. و الكل متفق على أن الرجل يحلف أو يستحلف على ما علم أو بمقدار ما علم. و على ضوء هذا فلا يحلف إلّا عن علم أو ما نزله الشارع منزلة العلم، و جعله حجّة أو أمضى عمل العقلاء به لأجل كونه طريقاً إلى الواقع، فيشمل ما إذا قامت البيّنة عليه، أو خبر العدل على القول بحجّيته فى الموضوعات أو اليد و قد ورد بها النصّ فى حديث حفص بن غياث ٣ و أمّا الحلف اعتماداً على أصالة

(١) ١ و ٢ الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٢٢، من أبواب كتاب الإيمان، الحديث ٢١ و انظر الحديث ٣ و ٤ من هذا الباب.

(٢) ٣ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٥، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٩٤

الصحة أو الاستصحاب فمشكل جداً و إن قال المحقّق: و تجوز الشهادة على الاستصحاب كما سيوافيك فى بابها.

فروع تمرينية

ذكر المحقّق فى الشرائع و الشهيد فى المسالك و النجفى فى الجواهر فروعاً تعدّ مسائل تمرينية بالنسبة إلى الضابطة التي قدّمها المحقّق و غيره لكيفية الحلف و الجميع تبتنى على الفرق بين فعل النفس، فبالبت و فعل غيره فبنفى العلم خلافاً لما حققناه و لأجل عدم صحّة الضابطة ندرس هذه الفروع و نأتى بما ذكره القوم بنصه ثم نذكر ما هو المختار. قال المحقّق:

١- لو ادعى عليه ابتياع شيء أو قرض أو جناية فأنكر.

٢- لو ادعى على أبيه الميت.

٣- لو ادعى قبض وكيله ما عليه من الدين.

فذكر: في الأول أنه يحلف على الجزم و في الثاني لم يتوجه عليه اليمين بالبت ما لم يدع عليه العلم، فيكفيه الحلف أنه لا يعلم و مثله الثالث.

و ما ذكره مطابق لما اختاره من الفرق بين فعل النفس فيحلف على البت، و فعل الغير، فلا- يحلف إلما على نفى العلم و أمّا على ما ذكرناه فتتبع كيفية الحلف، كيفية الإنكار من غير فرق بين فعل النفس و فعل الغير فيصح في الأول، الحلف على نفى العلم، إذا قال لا علم لي بما تقول، و في الثاني و الثالث، على نفى الواقع، إذا أنكر كون أبيه جانياً أو وكيله آخذاً، و أنه عالم بالعدم كما ربّما يتفق. و هذه الفروع هي التي ذكرها المحقق و إليك ما ذكره الشهيد الثاني و غيره:

٤- لو ادعى عليه أن عبده جنى على المدعى ما يوجب كذا فأنكر قالوا فيه وجهان:

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٩٥

أحدهما: أنه يحلف على نفى العلم لأنه حلف متعلق بفعل الغير.

الثاني: أنه يحلف على البت لأن عبده ماله و فعله كفعل نفسه و لذلك سُمعت الدعوى عليه.

و ربّما بنى الوجهان على أن أرش الجناية يتعلّق بمحض الرقبة أم يتعلّق بالرقبة و الذمة جميعاً حتى تُتبع «١» بما فضل بعد العتق فإن قلنا بالأول حلف على البت لأنه يحلف و يخاصم لنفسه و إن قلنا بالثاني فعلى نفى العلم لأن للعبد على هذا ذمة تتعلّق بها الحقوق، و الرقبة كالمرتبهة بما عليه «٢»

لا يذهب عليك أن بناء الأحكام الشرعية على هذه الوجوه لا يصح على أصولنا فالأولى أن يقال إن كيفية الحلف تتبع كيفية الإنكار. سواء عدّ فعل العبد فعل نفسه أو لا، إذ لو لم يكن عالماً بالواقع و افترضنا كون فعله فعل نفسه كيف يحلف على البت، و لو افترضنا علمه به يحلف على الواقع، و إن لم يكن فعله، فعل المولى.

٥- ما إذا ادعى عليه أن بهيمته اتلفت زرعاً أو غيره حيث يجب الضمان بإتلاف البهيمه فأنكر قيل يحلف على البت لأن البهيمه لا ذمة لها، و المالك لا يضمن بفعل البهيمه و إنما يضمن بالتقصير في حفظها و هذا أمر يتعلّق بنفس الحالف.

و الظاهر عدم الفرق بين كون مصب الدعوى تقصيره في حفظها، أو إتلافها الزرع أو غيره مع اجتماع سائر شروط الضمان فالإتلاف في كلتا صورتين يستلزم الضمان فعليه الحلف، فتتبع كيفية الإنكار.

(١) المسالك: ٢/ ٤١٤، الظاهر أن الفعل مؤنث مبنى للمفعول و الضمير يرجع إلى الذمة أي تكون ذمة العبد هي المسئولة لأرش الجناية الزائد على قيمة العبد. فالمولى هو المسئول بمقدار قيمته، و أما الزائد عليها فعلى ذمة العبد يؤديها بعد العتق.

(٢) زين الدين العاملي، المسالك: ٢/ ٤١٤.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٩٦

٦- لو نصب البائع و كيلاً ليقبض الثمن و يُسَلِّمَ المبيع فقال له المشتري أن موكلك أذن في تسليم المبيع و أبطل حق حبس المبيع و أنت تعلم فوجهان أنه يحلف على نفى العلم و يديم الحبس إلى استيفاء الثمن لأنه حلف على فعل الغير، و الثاني يحلف على البت لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع.

و أنت تعلم، أنه إذا أنكر الوكيل إذن الموكل من رأس لما ذا يحلف على نفى العلم، ثم كيف يحلف على البت فيما إذا لم يكن واقفاً على الواقع، و الحق أن كيفية الحلف تتبع كيفية الإنكار.

٧- لو طوّل البائع بتسليم المبيع فادعى حدوث عجز عنه و قال للمشتري: أنت عالم به، قيل يحلف على البت لأنه يستبقى بيمينه و جوب تسليم المبيع إليه، و يحتمل الحلف على نفى العلم لأن متعلقه فعل الغير.

و فى كلا- الوجهين ما لا- يخفى، لأنه كيف يحلف بالبتّ على نفي العجز، إذا لم يكن له علم عليه، أو لما ذا يحلف على نفي العلم، بعدم العجز، إذا كان عالمًا بالعجز.

٨- إذا مات عن ابن فى الظاهر فجاء آخر فقال: أنا أخوك فالميراث بيننا، فأنكر قيل يحلف على البتّ لأنّ الاخوة رابطة جامعة بينهما، و يحتمل قوياً حلفه على نفي العلم. «١»

و يعلم ضعفه ممّا ذكرناه فى الفروع السابقة و الميزان هو ما ذكرناه ثمّ إنّ المحقّق ذكر فروعاً قد تبين أو تقدّم حكمها و قال:

١- أما المدعى و لا شاهد له فلا يمين عليه: لقوله صلى الله عليه و آله و سلم البيّنة للمدعى و اليمين على من أنكر «٢» لما تقدّم من أنّ التفصيل قاطع للشركة.

(١) زين الدين العاملى: المسالك: ٢/ ٤١٤.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣، من أبواب كيفية الحكم.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٩٧

٢ إذا نكل المدعى عليه عن الحلف أو ردّ، تتوجه اليمين على المدعى، و يحلف على الجزم. و قد مضى ما هو الحقّ و أنّه لا يكفى النكول، بل يتوقف على الردّ و لا- يكفى الحلف على نفي العلم، لأنه يدعى الحقّ على الطرف الآخر على وجه الجزم فيحلف طبق ادّعاءه، و بعبارة هو يدعى أمراً على خلاف الأصل فلا يعدل عنه إلّا بحجّة قطعية.

٣- لو ردّ المنكر اليمين، ثمّ بذلها قبل الحلف، و قد مضى الكلام فيه. «١»

ما هو المحلوف عليه

إشارة

قد عرفت أنّه يشترط أن يكون الحلف مطابقاً للإنكار من حيث البتّ و عدمه و لا نعيد، و يقع الكلام فى مطابقتة المحلوف عليه لأحد الأمرين: ادّعاء المدعى، أو جواب المنكر قبل الحلف أو عدمها، فهناك احتمالات ثلاثة:

الأول: الحلف وفق الادّعاء

لو ادّعى عليه أمر مطلق كما إذا قال: لى عليك مائة دينار فيجب أن يكون المحلوف عليه نفس ما جاء فى كلام المدعى و أمّا إذا قال لى: عليك من ثمن مبيع أو أجره أو غضب كذا دينار، فيلزم أن يكون المحلوف عليه وفق ما ادّعى عليه، سواء أجاز فى مقام الإنكار، بنفى المسبب أى الاستحقاق من دون ذكر أى سبب، أو نفى السبب كما إذا قال لم أغضب أو لم أستأجر.

و هذا الاحتمال و إن لم يذكره المحقّق و شراح الشرائع لكنّه أوفق بمقام القضاء فإنه أمر عرفى فإذا ادّعى عليه شىء فالجواب الحقيقى لدى العرف، هو نفي ما ادّعى عليه و لو أحلفه الحاكم، يجب أن يحلف على نفي ما ادّعى عليه و لو افترضنا أنّه أجاز بنفي الاستحقاق، فيعدّ الجواب انحرافاً عن الجواب الحقيقى،

(١) لاحظ ص ٤١٣ من كتابنا هذا.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٩٨

فلا يصح الحلف عليه بعد الاعتراف بالانحراف.

و مثله ما إذا ادعى عليه بالجنائية، فالإجابة بنفي الاستحقاق لا يعدّ جواباً حقيقياً، فكيف يصح الحلف عليه. و هذا الوجه و إن لم يذكر في كلامهم لكنّه هو القدر المتيقّن من أدلّة الحلف، و ليس في الروايات دليل خاص حتّى يؤخذ بمضمونه.

و أمّا رواية تحليف الأخرس الذي ادعى عليه دين و لم يكن للمدعى بينه، فحلفه الإمام بالنحو التالي: ليس قبل فلان أعنى الأخرس حق، و لا طلبه بوجه من الوجوه و لا سبب من الأسباب. فلا يعدّ مثل ذلك مخالفاً لما ذكرناه فإنّه نفى جميع الأسباب التي منها الدين. و النفي الاستغراقي أتمّ في نظر العرف من نفي خصوص الدين على أنك عرفت ضعف الحديث.

هذا و لكن الذي يصدّنا عن الافتاء به، هو أنّ إلزام المنكر، على الإجابة وفق الادعاء ربّما يجزّ الضرر، كما إذا ادعى المدعى، الدين عليه و كان المنكر قد أداه بلا شاهد. فلو ألزم على الحلف على وفق الادعاء بأن يقول: «ما استدنت» يلزم الحلف على الكذب، و إن اعترف بالدين لكن ضمّ إليه القول بالأداء، يلزم الانقلاب، و يكون المنكر مدّعياً، و لم يتوجّه اليمين إليه ابتداءً إلّا إذا ردّ المدعى إليه اليمين.

فلأجل ذلك المحذور هناك طريقتان:

١- يحلف على نفي الادعاء لأجل الضرورة لدفع الضرر. ٢ ليس للقاضي إلزام المنكر رعاية ادعاء المدعى، و الجواب و الحلف على إنكاره.

الثاني: الحلف وفق الجواب

إنّ المنكر قبل أن يحلف، يجيب بشيء، ثمّ يؤمر بالحلف و هناك صور نذكرها:

١- إذا لم يذكر السبب في الادعاء و لا في الجواب بأنّ لي عليك مائة دينار

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٩٩

و أجب بنفي الاستحقاق، فلو حلف على نفي الاستحقاق كان الحلف وفق الجواب، بل وفق الادعاء أيضاً.

٢- إذا ذكر السبب كالقرض و الغصب، و نفي السبب المدعى في الجواب، و حلف على نفي السبب الوارد في الجواب، كان الحلف وفق الجواب بل الادعاء.

٣- إذا ادعى غصباً أو إجارة و أجب بنفي الاستحقاق، كان عليه رعاية الجواب و الحلف على نفي الاستحقاق لكون الملاك كون الحلف وفق الجواب و لا خلاف في هذه الصور الثلاث.

٤- نعم إذا ادعى عليه سبب خاص كالغصب و الإجارة و أجب بنفي السبب الخاص و حلف على نفي الاستحقاق فنقل عن الشيخ لزوم كون الحلف على وفق الجواب، و لا- يكفي نفي الاستحقاق و لكن عبارته في المبسوط لا تدلّ على التعيين بل ذكر القولين بلا ترجيح قال:

إذا ادعى عليه رجل حقاً بجهه خاصية بأن يقول: غصبتني على كذا أو اشتريت منه كذا أو أودعته كذا فإن قال: لا حقّ له على فإنه يحلف على ذلك و لا يحلف على أنه ما غصب و ما أودع. (الصورة الثالثة في كلامنا).

فإن قال الجواب: ما غصبت و لا أودعت قال: قوم يحلف عليه (و هو الذي نسبه المحقق إلى الشيخ) و قال آخرون: يحلف على أنه لا حقّ له عليه. «١»

الثالث: كفاية الحلف على نفي الاستحقاق

و هذا خيرة المحقق قدس سره، قال فى حق الصورة الرابعة: و إن اقتصر على نفي الاستحقاق كفى. و قدرته على الحلف على الخاص (كما يظهر من جوابه قبل الحلف) لا يثبت تعيينه و ربما يتعلّق الفرض بتغيّر المحلوف عليه.

(١) الطوسى: المبسوط: ٢٠٧ / ٨.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٠٠

صيورة المنكر مدعياً

قال: و لو ادعى المنكر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب المنكر مدعياً، و المدعى منكراً فيكفى المدعى (الأول) اليمين على بقاء الحق و لو حلف على نفي ذلك كان أكد لكنه غير لازم.

هذا هو المعروف المطابق للقاعدة و لا- كلام فيه إنما الكلام فى بعض صور المسألة و هو أنه إذا أتى المدعى بالبينه أو استمهل القاضى فى إحضار البيّنه، و إلّا فيكون مدعياً و المدعى الأول منكراً و لكن للقاضى إحلاف المدعى الأول رضى المدعى الثانى به أو لا، أما إذا رضى فواضح و أما إذا لم يرض و أراد إيقاف الدعوى بحجة أنه صار مدعياً و الحلف حق للمدعى أوّلاً و له الانصراف عن دعواه و إيقافها ثانياً، فلا تسمع لبطلان دليله أما الأول فلما مرّ من أن الحلف حكم شرعى و أداة شرعية لإنهاء الخصومة، و المخاطب به هو القاضى، فله طلب البيّنه من المدعى، و الحلف من المنكر حتى تنتهى الخصومة و أما كون الاستحلاف حقاً للمدعى فلم يثبت كما مرّ نعم له أن يرغب عن استمرار المحاكمة و يرفع اليد، لا أنه حق له و سيأتى الكلام فى إعراضه عن استمرارها فى المقام. و ما فى صحيحة عبد الله بن يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه، فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهب اليمين بحق المدعى فلا دعوى له» (١) فليس ظاهراً فى أنه حق للمدعى، بل مفاده أنه لو أراد استمرار المحاكمة، فله إحلافه لا أن الإحلاف حق له غاية الأمر له الإعراض عن استمرارها فينتفى الحلف لا لإعراض صاحب الحق عن حقه، بل لانتفاء الموضوع.

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١، و قريب منه حديث النخعى فى الباب ١٠ من تلك الأبواب الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٠١

و أمّا الثانى أى الإعراض عن الاستمرار فى المقام فالقدر المتيقن منه ما إذا كان المدعى بادئاً، لا ما إذا كان منكراً، ثم صار مدعياً بادعاء سقوط الحقّ و بعبارة أخرى، حقّ الإعراض لمن يدعى ثبوت الحقّ، لا سقوطه و إلّا يلزم الفوضى فى القضاء الإسلامى و كلّ منكر بسلوك هذا الطريق يُنهى المخاصمة لصالحه و هو كما ترى.

كلما تسمع الدعوى بلا بينة يتوجه معه اليمين

إنّ الدعوى على قسمين: قسم لا- تسمع بلا- بينة كالحدود، فليس فيها اليمين و قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم: «ادروا الحدود بالشبهات، و لا شفاعه و لا كفالة و لا يمين فى حد». (١) و قسم تسمع الدعوى بلا بينة و يجب على المدعى عليه، الجواب

بنحو من الأنحاء السابقة: الإقرار، الإنكار، أو عدم العلم به.

ولكن قد سبق أن سماع الدعوى على وجه الإطلاق و لو فيما دلت القرائن على بطلانها مشكل جداً مثلًا لو ادعى أَرذَل الناس، حقًا على أشرفهم بحيث تشهد مكانة المدعى عليه على أنه أرفع من الدعوى التى أُقيمت عليه، فما دل على سماع الدعوى منصرف عن هذه الصورة و ربّما يكون غرض المشتكى من إقامة الدعوى إهانة الطرف الآخر.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه إذا توجّه اليمين على المنكر، فله أن يحلف، و إلبا فإن نكل أو ردّ اليمين على المنكر، فيحلف المدعى. و هذا ممّا لا غبار عليه فى الجملة:

ثم إن هنا اختلافًا فى القضاء باليمين فى موردين:

الأول: فى القضاء باليمين المردودة مطلقًا أو فى بعض الموارد.

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٤ و لاحظ روايات الباب.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٠٢

توضيحه: أن واجب المدعى تارة هو الإتيان بشاهدين و لا يكفى الإتيان بشاهد و امرأتين، و أخرى، يكفى كل واحد منهما و عندئذ يقع الكلام فى يمينه فهل تقوم يمينه، مقامها فى كلال-القسمين أو تقوم مكان القسم الأخير و أمّا ما لا يقضى فيه إلّا بشاهدين، فلا تكفى فيه اليمين المردودة.

الثانى: هل تختص اليمين المردودة بالأموال أو تعمّ الحقوق؟ و إليك الكلام فى الأمرين:

أمّا الأول، فقد قال الشيخ:

إذا نكل المدعى عليه، ردّت اليمين على المدعى فى سائر «١» الحقوق و به قال الشعبى و النخعى و الشافعى. و قال مالك إنمّا تردّ اليمين فيما يحكم به بشاهد و امرأتين دون غيره من النكاح و الطلاق و نحوه.

ثم استدلل الشيخ بما ورد فى قتل عبد الله بن رواحة فى خيبر لما ادّعت الأنصار على أن اليهود قتلوه فقال لهم النبى: تحلفون خمسين يمينًا و تستحقون دم صاحبكم فقالوا من لم نشاهده كيف نحلف عليه فقال: «يحلف لكم اليهود خمسين يمينًا فقالوا إنهم كفّار» فنقل النبى من جانب المدعى إلى جانب المدعى عليه و هذا حكم بردّ اليمين عند النكول و كانت الدعوى فى قتل العمدة. و الدماء لا يحكم فيها بشاهد و امرأتين. «٢»

أمّا الثانى: فهل هى حجة فى مورد الأموال، أو يعمّها و الحقوق كدعوى العتق و النسب و النكاح و الطلاق و الرجعة و الفيئة فى الإيلاء ذهب المحقق إلى حجيتها فى الأموال و الحقوق و قال: «و كلّ ما يتوجّه الجواب عن الدعوى فيه، يتوجّه معه اليمين» أى كلّ مورد تسمع الدعوى بلا بينة و يستحقّ بها الجواب عن الخصم يتوجّه اليمين على المنكر، و الحقوق كالأموال تسمع فيها الدعوى بلا بينة.

(١) الظاهر أن السائر: بمعنى الجميع.

(٢) الطوسى: الخلاف: الجزء ٣، كتاب الشهادات، المسألة ٣٩.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٠٣

و قال العلامة: و يحلف الكامل فى إنكار المال و الولاء و الرجعة و النكاح و الظهار و الإيلاء.

قال السيد العاملى فى شرح عبارة العلامة: أنه يحلف فى كلّ ما تتوجّه فيه الدعوى و تصحّ فى حقوق الناس و يُلزم المدعى عليه بالجواب بالإقرار و الإنكار بحيث لو أقرّ بمطلوبها ألزم به إلى أن قال: و تبه بهذه الأمثلة على خلاف بعض العامة لأنّ منهم من لا يرى اليمين فى غير المال و منهم من لا يراها إلّا فيما لا يثبت إلّا بشاهدين ذكرين. «١» و قد عرفت ضعف التفصيل فيه و أمّا التفصيل بين

الأموال و الحقوق، فترده إطلاقات الباب. «٢» نعم ورد فى بعض روايات الباب إن الله حكم فى دماءكم بغير ما حكم به فى أموالكم، حكم فى أموالكم إن البينة على المدعى، و اليمين على المدعى عليه ... «٣» لكن المراد من الأموال هو غير الدماء بشهادة أن اليمين على المدعى مختصة بالدماء.

استدل الخصم على أنها مختصة بالأموال، قالوا إن المطلوب من التحليف، الإقرار أو النكول ليحكم به، و النكول نازل منزلة البذل و الإباحة و لا مدخل لهما فى هذه الأبواب أى غير باب الأموال.

أقول: ما ذكره اجتهاد فى مقابل الإطلاقات.

و على كل تقدير، فإنكار النسب و الحلف عليه إنما تصح إذا ترتب عليه أثر كوجوب النفقة و التحريم و الإرث لا مطلق النسب و أما الظهار و الإيلاء، فإن ادّعتها المرأة فتسمع، لتضمّنها الأثر و هو أنها تطلب حقّها كالدخول فى أربعة أشهر و يتوجه عليه الجواب بأحد الوجوه الماضية و إن ادّعاها الزوج فتسمع بلا بينة لأنه ممّا يرجع إليه و من ملك شيئاً ملك الإقرار به.

(١) العاملى، مفتاح الكرامة: ١٠/١٠٧.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٠٤

و أما الطلاق فإن ادّعت الزوجة فلا تسمع بلا بينة و يتوجه الجواب على الزوج بأحد الوجوه و أما إذا ادّعا الزوج فتسمع بلا بينة لأنه من ملك شيئاً ملك الإقرار به.

و مع ذلك كله فالقضاء باليمين فى مطلق الحقوق ابتداءً و ردّاً لا يخلو من منع و قد أشرنا إليه سابقاً، و إليك الإشارة لبعض الموارد الممنوعة:

١- إذا ادّعى رجل زوجية امرأة فأنكرت كان عليها الحلف لا الردّ لأنّ ردّها إلى الرجل تعبير آخر عن الالتزام بزوجيتها للمدعى إذا حلف، مع أنها تعتقد بكونها أجنبية.

٢- القضاء بنكول المرأة عند الحلف على عدم كونها زوجة للمدعى فإنّ القضاء بالنكول على القول به إنّما يصحّ إذا صحّ الردّ، لا ما إذا كان فى الردّ محذور كما فى المقام فلا يقضى بالنكول.

٣- إذا ادّعى الزوج الرجعة فى العدة بعد انقضاءها و أنكرت، فلها الحلف و ليس لها الردّ لاشتماله على المحذور السابق.

٤- إذا ادّعت الطلاق و أنكر الزوج، فليس للزوج ردّ اليمين فإنّ فى ردّها إلى الزوجة نوع اعتراف بطلاقها و أنه يجوز لها التزويج من رجل آخر إذا حلفت، مع أنه يدعى زوجيتها.

فإن قلت: كيف جاز للمنكر ردّ اليمين إلى المدعى فيما إذا كان المدعى به ديناً أو عيناً مع أن فيه أيضاً نوع اعتراف على أن الحقّ حقّه و أنه مديون...؟

قلت: إذ غاية ما يلزم من ردّ اليمين إلى المدعى تخليه السبيل للمدعى الحالف لأن يتصرّف فى ماله فلو كان هناك عصيان فإنّما يتوجه على المدعى الحالف، لا على المنكر الرادّ، و هذا بخلاف ما إذا ردّت المرأة المنكرة للزوجية اليمين على الزوج، فإنّ مرجعه إلى تسليم نفسها للمدعى للتمتع المحرّم القائم بها.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٠٥

المسألة الأولى: في الدعوى على الوارث

١- إذا ادعى على الوارث، بالدين على مورثه، فصحة الادعاء واقعا تتم بتحقيق شروط أربعة:

١- موت المورث؛

٢- اشتغال ذمته بالدين؛

٣- كون المدعى عليه وارثا له؛

٤- تركه مالا في يده. فلو فُقِدَ واحد من هذه الشروط لما صحَّ الادعاء واقعا و منه تعلم حال مقام الإثبات، فلا تصحَّ إقامة الدعوى عليه، إلما بادعاء العلوم الأربعة على الوارث: أنه عالم بموته، و دينه للمدعى، و كونه وارثا له، و تركه مالا في يده، و لو جهل واحدا منها و صدق المدعى جهله به لما صحَّت إقامة الدعوى عليه.

و هنا سؤال و هو أنه ما الفرق بين إقامة الدعوى على الميت، و الدعوى على الوارث، حيث إنه لا- تتوجه اليمين على الوارث في الصورة الأولى، بخلاف الثانية، فإنه لا يترك الوارث إلا باليمين على عدم كون مورثه مديونا.

و الجواب واضح، ففي الأولى يُصدَّق المدعى، جهل الوارث بأحد الشروط السابقة و بالأخص كون المورث مديونا فلأجله، لا يتوجه الحلف على الوارث لعدم النزاع في عدم علمه و يتوقف تنجز الدعوى على البيئته و حلف المدعى على ما في الخبر «١»، بخلاف المقام فالمدعى علم الوارث بدينه و سائر الشروط و تصحَّ عندئذ إقامة الدعوى عليه و إن لم يكن مع المدعى بيئته و لا يمين و لأجل ذلك قال المحقق: «و لو ساعد المدعى على عدم أحد هذه الأمور لم يتوجه» و قال في الجواهر:

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٠٦

لم يتوجه له عليه دعوى فضلا عن اليمين.

٣- إن المحقق حسب مختاره في المسألة السابقة، فصل في كيفية الحلف بين فعل الغير كموته و اشتغال ذمته بالدين، و فعل النفس ككون المال في يده، فاكتفى في الأول بالحلف على نفي العلم دون الثاني فألزم الحلف على الميت، و قال: لو ادعى عليه العلم بموته، أو بالحق كفاه الحلف أنه لا يعلم. نعم لو أثبت الحق و الوفاء و ادعى في يده مالا حلف الوارث على القطع. «١»

يلاحظ عليه: بما ذكرناه سابقا و هو أن كيفية الحلف تتبع كيفية الإنكار من غير فرق بين فعل النفس و فعل الغير، و كون المحلوف عليه فعل الغير، لا يلزم عدم العلم به، كما أن كونه فعل النفس لا يلزم العلم به.

تبريزي، جعفر سبحاني، نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - إيران، اول،

١٤١٨ هـ ق نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج ١، ص: ٥٠٦

و بما أنه لا تصحَّ إقامة الدعوى على الوارث إلا بادعاء العلم عليه، يصحَّ الحلف على عدم العلم، حلفا بيئيا حسب ما يُدعى عليه. و إلى ما ذكرنا يشير صاحب الجواهر بقوله: «بل لا يبعد في الوارث و غيره الإلزام بيمين البت التي هي الأصل لو فرض الجواب به على وجه ادعى أنه عالم بذلك و يترتب عليه حكم النكول». «٢»

٤- قد علمت أن تنجز الدعوى يتوقف على ثبوت الأمور الأربعة و علم الوارث به فعندئذ فهل تجب عليه، أيان متعددة، حسب تعدد الادعاء أو تكفي اليمين الواحدة؟ و الظاهر هو الثاني، لكفاية نفي واحد منها في سقوط الدعوى عن التنجز من دون حاجة إلى التعدد.

المسألة الثانية: الدعوى فى الحدود

قال المحقق: لا تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن البيئته.

(١) نجم الدين الحلى: الشرائع: ٩٠ / ٤.

(٢) الجواهر: ٢٥٢ / ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٠٧

و ذلك لأن من شرائط الدعوى أن يكون المدعى مستحقاً لموجب الدعوى كأن يكون مالكا، أو ولياً أو وكيلاً أو وصياً على نحو يُصحح إقامة الدعوى و أما الحدود فإنها حق الله تعالى، و لا صلة لها بالناس، و المستحق لم يأذن فى الدعوى و لم يطلب الإثبات بل أمر بالخلاف حيث قال: ادروا الحدود بالشبهات. «١» و قال: فوالله لتوبته فيما بينه و بين الله أفضل من إقامتي عليه الحد «٢» و لا يعدّ قبولها مع البيئته دليلاً على صحته إقامة الدعوى بل القبول لأجل ثبوتها بها.

و هنا وجه آخر لعدم سماع الادعاء فى الحدود مجرداً عن البيئته، و ذلك لأن قبوله بلا بيئته يستلزم توجه الحلف على المنكر، مع أنه تضافت الروايات على عدم اليمين فى الحدود. «٣»

أقول: كان على المحقق استثناء موردين:

١- من عليه إصلاح البلاد و تطهيرها من الفساد كالمحتسب المتولى من السلطان العادل فإن وظيفتهم فوق وظيفته المتطوع للأمر بالمعروف و النهى عن المنكر فإذا شاهدوا ديب الفساد فى المجتمع، و إن كان تحت الستار، فعليهم سدّ الفساد بالأسباب الشرعية التى منها إقامة الدعوى على رجال العيث و الفساد، لغاية تطهير الأرض من الضلال، فلو لم يكن لغيرهم حق إقامة الدعوى، لكن لهؤلاء بما أنه انيط بهم إصلاح العباد و البلاد، حق إقامة الدعوى ثم الإتيان بالشهود، و إن لم يكن لغيرهم مثل هذا الحق. نعم إذا لم يكن شهود يخلّى المدعى عليه سبيله بلا يمين.

و إن شئت قلت: إنهم أمناء الله فى أرضه و نوابه بين الناس فهم مأذونون من صاحب الحق فى إقامة الدعوى قال الإمام: «اللهم إنك تعلم أنه لم يكن الذى

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٢.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٦ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٢ و غيره.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الحدود.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٠٨

كان من منافسة فى سلطان، و لا التماس شىء من فضول الحطام، و لكن لنرى المعالم من دينك، و نظهر الإصلاح فى بلادك فىأمن المظلومون من عبادك، و تقام المعطلة من حدودك. «١»

٢- إذا كان العمل المحرم جناية على المشتكى كما إذا زنى بها بعنف أو عن طوع و كانت المرأة ذات بعل، فكون حد الزنا من حقوق الله لا يمنع الزوج عن إقامة الدعوى فى المحاكم و قد عرفت أن لولى الصغير إقامة الدعوى لصالحه عند التعدى عليه، و لو كان الزوج و سائر الناس فى المورد سواء، فكيف جاز له قتل من زنى بزوجه و إن كان الزنا عن طوع من زوجته. «٢»

قال المحقق: «و لا يتوجه اليمين على المنكر» و يدل على غير واحد من الروايات الدالة على ذلك فى حديث إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام عن أبيه: «إن رجلاً استعدى علياً عليه السلام على رجل فقال: إنه افتري على فقال علي عليه السلام للرجل: أ فعلت

ما فعلت؟ قال: لا، ثم قال للمستعدى: ألك بينة؟ فقال: ما لى بينة فأحلفه لى فقال على عليه السلام: ما عليه يمين. «٣»
 هذا إذا كان الحق مختصاً بالله سبحانه. و أما لو كان الحق مشتركاً بين الله و الآدمى كالقذف فالظاهر عدم الحلف لإطلاق روايات الباب. فلو ادعى على رجل أنه قذفه فأنكر، فلا تتوجه عليه اليمين، فيكفى عدم الثبوت بالبينه ارتفاع أحكام القذف الثلاثة الواردة في الآية المباركة قال سبحانه: (وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) (النور/٤).

(١) نهج البلاغة، الخطبة ١٢٧، و قد روى نظيره عن سيد الشهداء الحسين بن على عليهما السلام. لاحظ تحف العقول: ١٧٢ طبعه بيروت.

(٢) الوسائل: الجزء ١٩، الباب ٢٣ من أبواب القصاص، الحديث ١.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٠٩

و نقل المحقق عن الشيخ في المبسوط أنه قال: جاز أن يحلف ليثبت الحد على القاذف.

أقول: لم نعر على كلام الشيخ في المبسوط و لكن المحكى يحتمل وجهين:

١- ليس المراد الحلف الابتدائي بل الحلف الذى يرد القاذف، فلو ادعى على رجل أنه قذفه، فلو حلف المدعى عليه (القاذف)، يسقط الحد عن ذمته، و لو رد عليه اليمين فحلف ثبت حد القذف على المدعى عليه.

٢- المراد الحلف الابتدائي للمقذوف به، و تصويره هو أنه استعدى رجل على آخر بأنه قذفه فلما حضرا لدى الحاكم، فبدل أن ينكر، ثارت ثورته و ادعى عليه بالزنا واقعا فانقلب المنكر مدعياً، و المدعى للقذف منكرًا لما أتتهم به فإن حلف المنكر (المقذوف به) يثبت حد القذف به و إن رد اليمين على المدعى (القاذف) و حلف يسقط الحد عن نفسه، و لا يثبت الزنا على المقذوف به، لأنها لا تثبت إلا بأربعة شهداء كما فى الآية.

و ما ذكرنا مجرّد احتمال لكلامه و فى الوقت نفسه غير صحيح.

أما الأول، أى اليمين المردودة، فليست فى الحدود يمين، حتى يتوجه إلى القاذف ثم يردّها إلى المقذوف به.

و أما الثانى، فإن ظاهر الآية أن القاذف يحكم بأحكام ثلاثة واردة فى الآية و ليس ورائها حكم آخر، من الحلف المذكور و ردّه كما لا يخفى.

المسألة الثالثة: منكر السرقة يتوجه عليه اليمين

السرقة مشتملة على حق آدمى، و هو ردّ العين أو بدلها عند تلف العين المسروقة، و حق إلهى و هو القطع.

أما الثانى، فقد رتب على عنوان السارق و السارقة

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥١٠

قال سبحانه: (وَ السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَ اللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) (المائدة/٣٨) و من المعلوم أن العوانين لا يثبتان باليمين، بل الثبوت رهن العلم أو ما أقام الشارع مقامه من الشاهدين.

و أمّا اشتغال ذمته بردّ العين أو البدل فشأنه شأن سائر الأمور فيثبت بالبينات و الايمان فلو أقام البينة، يحكم بها و إلا يحلف المدعى عليه و إن ردّ الحلف و حلف المدعى يثبت الضمان، دون القطع و التفكيك بين المتلازمين إنما يعدّ محالاً، إذا كان التلازم تكوينياً

كالنار بالنسبة إلى الحرارة و الضوء دون ما إذا كان اعتبارياً، فإن إثبات كل حكم رهن ثبوت موضوعه، فإذا لم يثبت موضوع القطع، أى عنوان السارق، كان المجال بالنسبة إلى الثانى نفيًا إن حلف المدعى عليه، و إثباتاً إن ردّ اليمين إلى المدعى و حلف. و نظير المقام إذا توضحاً بأحد الماعين المشبهين، فالأعضاء تكون محكومة بالطهارة و الإنسان محكوماً بالحدث أخذاً بالاستصحاب فى كل منهما، مع العلم بأن أحد الاستصحابين باطل إذ لو كان الماء طاهراً فهو طاهر الأعضاء و إن كان نجساً، فالأعضاء أيضاً نجسة. فكيف يحكم باحدى الطهارتين دون الأخرى؟! و منه يظهر ما لو أقام شاهداً مع اليمين، فلا يكفى فى ثبوت القطع لعدم ثبوت الموضوع باليمين و لو جزءاً.

المسألة الرابعة: فى طلب اليمين مع إسقاط البيّنة

لو كانت للمدعى بيّنة فاعرض عنها و التمس يمين المنكر أو قال: اسقطت البيّنة و قنعت باليمين فهل له الرجوع أو لا؟ أقول: هل الاحتجاج بالبيّنة كالاحتجاج بسائر الأسباب التى يُحتجّ بها العباد على الآخرين أو هو من الحقوق غير القابلة للإسقاط كحقّ الولاية

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥١١

و الحضانه أو من الحقوق القابلة للإسقاط. فعلى الأولين فالمجال للاحتجاج بالبيّنة باق ما لم يحلف المدعى عليه، دون الثالث فلو أسقط فلا يرجع إليها.

و الظاهر من الأدلة كون الاحتجاج بها من باب الحكم الشرعى بدليل التعبير عنه بلفظة «على» قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: البيّنة على من ادعى، و اليمين على من ادعى عليه و مثله غيره «١» فإذا كان الاحتجاج حكماً شرعياً فلو لم يقيم البيّنة، فلا يحتجّ بها، لعدم الموضوع فإذا أقام و لو بعد الإعراض و الإسقاط، فالحكم يتبع وجود موضوعه و لو بعد حين على أنك قد عرفت أن من جازت له، إقامة الدعوى، تجوز له إقامة البيّنة و طلب الحلف مختيراً بينهما.

المسألة الخامسة: فى الموارد التى تقبل دعوى المدعى بلا بيّنة

إن الضابطة فى القضاء الإسلامى هى البيّنة على المدعى، و اليمين على المدعى عليه «٢» و معناه أنه لا تقبل الدعوى من المدعى بلا بيّنة، لكن استثنيت موارد، تقبل فيها الدعوى من المدعى بلا بيّنة من غير فرق بين وجود المعارض و عدمه، و وجود الدعوى فى البين و عدمه لا كلام فى القبول بلا بيّنة إنما الكلام فى القبول بلا يمين أيضاً، ظاهر المحقق و غيره هو عدم الحاجة إليه لكنّه غير تام كما سيوافيك و قد ذكر المحقق موارد ثلاثه، و ذكر الشهيد فى المسالك موارد أخر نأتى بها:

١- لو ادعى صاحب النصاب إبداله فى أثناء الحول لينفى عنه الزكاة قبل قوله و قد روى عن الصادقين عليمهما السّلام: «كل ما لم يحل عليه الحول عند ربّه فلا شىء

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١، ٢، ٣، ٥، ٦.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥١٢

عليه فيه، فإذا حال عليه الحول وجب عليه «١».

- ٢- لو خرص عليه فادعى النقصان فى الثمرة المخروصة لينقص عنه ما قُدِّر عليه من الزكاة.
- ٣- لو ادعى الإسلام قبل الحول ليتخلص من الجزية بناء على وجوبها عليه إذا أسلم بعد الحول «٢».
- ٤- لو ادعى بنوة الصغير و أن اللقيط ابنه و لا منازع.
- ٥- لو ادعى كونه من أهل الكتاب لتؤخذ منه الجزية.
- ٦- لو ادعى تقدم الإسلام على الزنا بالمسلمة حذراً من القتل.
- ٧- لو ادعى فعل الصلاة و الصيام خوفاً من التعزير.
- ٨- لو ادعى إيقاع العمل المستأجر عليه إذا كان من الأعمال المشروطة بالتيه كالحج و الصلاة.
- ٩- دعوى الولى إخراج ما كلف به من نفقة و غيرها.
- ١٠ دعوى الوكيل بفعل ما وكل فيه.
- ١- ١ دعوى مالك الدار لو نازعه المستعير و المستأجر فى ملكية الكنز على قول مشهور:
- ٢- ١ دعوى من أحرز الطعام، أنه للقوت و إن زاد، لا للاحتكار.
- ٣- ١ قول المدعى مع نكول المنكر على القول بالقضاء به.
- ٤- ١ لو ادعى أنه أعطى الزائد عن الحق اشتباهاً لا للتبرع.
- ٥- ١ دعوى المحللة الإصابة.

(١) الوسائل: الجزء ٦، الباب ٨ من أبواب زكاة الأنعام، الحديث ١.

(٢) و قد ذكر المحقق فرعاً آخر يرجع إليه بعد الفراغ عن الأمثلة المذكورة فى الشرائع و المسالك.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥١٣

١٦ دعوى المرأة فيما يتعلق بالحيض و الطهر فى العدة و غيرها.

٧- ١ دعوى الظئر أنه الولد.

٨- ١ لو ادعى المتهم بالسرقة بأن المالك و هبه ليسلم من القطع و إن ضمن المال، لاعترافه بأنه مال الغير و لكن يدعى انتقاله إليه

بالبهبة فيضمن ما لم يثبت الهبة، لكنه يخلص بهذا، نفسه عن قطع اليد.

٩- ١ لو ادعى الإكراه أو الجهالة مع إمكانهما فى حقه فى سبب الحد.

٢٠ لو أنكر القذف بناء على عدم سماع دعوى مدعيه بدون البيينة.

١- ٢ لو ادعى ردّ الوديعة.

٢- ٢ لو ادعى تقدم العيب مع شهادة الحال «١» إلى غير ذلك من الأمثلة.

ثم إن قبول قول مدعى هذه الأمور إذا لم يكن هناك معارض و منازع مما لا إشكال فيه، إنما الكلام فيما إذا كان هناك معارض و

منازع فظاهر المحقق و غيره أنه يقبل قوله بلا يمين أياً.

أقول: إن القضاء البات فى هذه المسائل يتوقف على دراسة كل مورد مستقلاً و لو اغمضنا عن ذلك، فنقول: إن هذه الموارد تختلف

أحكامها فمنها ما لا تقبل الدعوى إلا بالبيينة، و لا تكفى نفس الدعوى و لا ضمّ اليمين إليها و منها ما لا تقبل إلا باليمين و هو أكثرها و

منها، ما تقبل، بلا بيينة و لا يمين لخصوصية موجودة فى المورد كما إذا استظهر الحال. ثم إن البحث فيما إذا كان هناك منازع و إلا

فهو خارج عن كتاب القضاء كما إذا تبني صغيراً، لا ينازعه أحد.

أما القسم الأول كما إذ ادعى، صاحب النصاب إبداله أثناء الحول فلا تقبل دعوى مدعى التبديل بلا بيينة، و ذلك، لأن أخذ الزكاة من

وظائف النبي و الإمام بعده قال سبحانه: (خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ

(١) زين الدين العاملي: المسالك: ٤١٧/٢.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥١٤

إِنَّ صِيْلَاتِكَ سَكَنٌ لَهُمْ) (التوبة/١٠٣) فإذا كان الحاكم مبسوط اليد، و له مقدرة على جمع الزكوات كان الحاكم ولياً للفقراء، في حيازة أموالهم، و إقامة الدعوى على من يخس حقوقهم و عندئذ فلا معنى لقبول قول من يدعى بتدليل النصاب حتى يدفع عن نفسه غرامة الزكاة و بالجملة الحاكم الإسلامي لا تقصر ولايته في حقوق المسلمين و أموالهم، عن ولاية الفرد بالنسبة إلى أمواله فكما إذا ادعى المديون، فراغ الذمة لا يقبل منه بلا بينة فهكذا المقام.

نعم لو لم تكن هناك حكومة إسلامية، أو لم يكن الحاكم الإسلامي قادراً على جمع الحقوق و تفريقها بين المستحقين، ففي مثل هذه الصورة، لا- عامل و لا- منازع و لا- مطالب و إليه ترشد رواية جابر إن أبا جعفر عليه السلام جاءه رجل بماله من الزكاة مقدار خمسمائة درهم و قال فضعها في مواضعها فإنها زكاة مالي، فقال أبو جعفر عليه السلام: «بل خذها أنت فضعها في جيرانك و الأيتام و المساكين و في إخوانك من المسلمين، إنما يكون هذا إذا قام قائمنا فإنه يقسم بالسوية و يعدل في خلق الرحمن البر منهم و الفاجر» (١).

فإن قلت: قد ورد في غير واحد من الروايات أن الإمام أوصى لعامله بأنه يأتي رب المال فيقول له: يا عباد الله أرسلني إليكم ولي الله لآخذ منكم حق الله في أموالكم فهل لله في أموالكم من حق فتودوه إلى وليه فإن قال لك قائل لا، فلا تراجع» (٢). قلت: إن هذه الرواية و نظائرها كرواية غياث بن إبراهيم ناظرة إلى ما لم يكن تعلق الزكاة معلوماً فعند ذلك، أمر الإمام المصدق، قبول قوله، و أتى هو، من العلم بوجود النصاب، غير أن صاحبه يدعى التحول أثناء الحول ليدفع بزعمه عن نفسه الزكاة.

(١) الوسائل: الجزء ٦، الباب ٣٦ من أبواب المستحقين للزكاة، الحديث ١.

(٢) الوسائل: الجزء ٦، الباب ١٤ من أبواب زكاة الانعام، الحديث ١، و لاحظ الحديث ٥.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥١٥

و الحاصل أنه مع وجود الدولة الإسلامية، أو كون الحاكم في قطر من الأقطار، ذا مقدرة على جمع الحقوق و تقسيمها بين المستحقين، إذا بعث عاملاً أو نصب مصداقاً، أو خارصاً، ففي جميع هذه الموارد يعامل الحاكم مع ما تحت يده في الحقوق معاملة المالك الشخصي فكما أنه لا ترفع اليد عن حقه إلا بالبينه فهكذا ما هو النازل منزلته و بذلك تظهر الحال في الفرع الأول و الثاني، و الثالث و الخامس، فإذا كانت الدعوى تحمل سلب حق أو مال عن المستحقين له، فليس للحاكم الإغماض و قبول الدعوى بلا بينة أو مع اليمين لاستلزامه احتمال الضرر على الفقير و ليس المقام من موارد جريان البراءة و قد قلنا أن كل مورد يسهل للإنسان، تحصيل العلم بالواقع بلا مشقة فهو خارج عن منصرف أدلتها. و هذه الموارد، مضافاً إلى أن الحاكم مأمور بحيازة حقوق المستحقين مما يسهل له تحصيل العلم بالواقع فلا وجه للاغماض.

و أمياً القسم الثاني فهو ما لا يتضمن سلب حق أو مال عن المستحقين، و إنما هو بصدد جر نفع إلى نفسه كما في إعطاء الزائد عن الحق فيدعى أن الدفع كان عن سهو لا عن تبرع، أو دعوى المرأة المحللة، الإصابة، أو دعوى الظئر الولد، ففي هذه الموارد، يطلب من المدعى اليمين، و ذلك لأن القضاء بين المتخاصمين إما بالبينه أو باليمين فإذا لم يمكن الأول، يتعين الثاني، فالقضاء بلا بينة و لا يمين أمر غير معهود و خارج عن الحصر الوارد في النبوي المعروف.

و أمياً القسم الثالث فهو ما إذا اقترن ثبوت الحد بالشبهة الدارئة، فتقبل الدعوى، لا بما أنها تقبل بلا بينة بل لأجل أن درء الحدود

بالشبهات من الأصول المسلمة فى الفقه.

و منه يعلم حكم الفرع السادس و التاسع عشر.

ثم إنَّ المحقق ذكر فرعاً رابعاً فى كلامه: و هو أنه لو ادعى الحربى أنَّ الإنبات كان بعلاج لا بالطعن فى السن ليتخلص بذلك من القتل الذى هو حدّ من حدود

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥١٦

الله فهل يقبل قوله أو لا؟ قال المحقق: فيه تردد و لعل الأقرب أنه لا يقبل إلا مع البيّنة.

أقول: فى المسألة أقوال: ثلاثة:

الأول: ما استقر به المحقق من عدم السماع إلا بالبيّنة أخذاً بإطلاق ما دلّ على أنَّ الإنبات علامة للبلوغ فيقتل شأن كل حربى سبى فى أثناء الحرب.

الثانى: سماع قوله بلا يمين أخذاً بالقاعدة فى باب الحدود من درئها بالشبهات «١» و هو الأحوط و عدم صحّة توجّه اليمين عليه لاستلزامه الدور، لأنَّ صحّة اليمين موقوفة على البلوغ فلو كان البلوغ موقوفاً على اليمين لدار. أضف إلى ذلك، أن مقتضى صحّة اليمين هو عدم البلوغ، لأنه يحلف على أنه لم يبلغ و أن إنبات الشعر كان بعلاج.

الثالث: سماع قوله مع الحلف عند القطع بالبلوغ لأنّ قطع الدعوى لا بدّ أن يكون بالبيّنة و اليمين، و سماع حلفه بما أنه مستلزم للدور يقتضى إيقاف الحكم و تأخيره إلى القطع ببلوغه، حتى يحلف، و هذا هو الأقرب.

نعم قال الشهيد فى الدروس أنَّ اليمين موقوفة على إمكان بلوغه لا على بلوغه «٢» و هو كلام مجمل و أوضحه السيّد الطباطبائى بقوله بأنّ بلوغه متوقف على اليمين و لكن يمينه موقوفة على قاعدة قبول قول من ادعى ما لا يعلم إلا من قبله عنه مع احتمال صدقه. لكن احتمال اختصاص الكبرى بمن ادعى شيئاً لا يعلم إلا من قبله و هو بالغ، يوجب عود الدور أيضاً، إلا أن يقال، أن سبب السماع ليس هو البلوغ، بل كونه مما لا يعلم إلا من قبله، و لا يتفاوت فيه البالغ و غيره، و أن ملاك القبول كونه لا يعلم إلا من قبله.

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٤، من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٤.

(٢) السيّد الطباطبائى: ملحقات العروة: ٢/٢٠٨٢٠٧.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥١٧

المسألة السادسة: فيما لا يمكن رد اليمين فيه

ذكر الشيخ مسائل ثلاث «١» و جعل عنوان الجميع قوله: «ثلاث لا يمكن ردّ اليمين فيها» ثم ذكر كل مسألة على تفصيل و إليك نصّه فى كل واحدة.

إحداها: أن يموت رجل و لا يخلف وارثاً مناسباً، فالمسلمون ورثته، فوجد الحاكم فى روزنامته ديناً له على رجل أو شهد شاهد واحد بذلك، فأنكر من عليه الدين، فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف سقط الحقّ و إن لم يحلف، لم يمكن ردّ اليمين لأنّ الحاكم لا يمكنه أن يحلف عن المسلمين و المسلمون لا يتأتى منهم الحلف لأنهم لا يتعيّنون.

وقال بعضهم يحكم بالنكول و يلزمه الحقّ لأنه موضع ضرورة، و قال آخرون و هو صحيح عندهم أنه يجبس حتى يحلف أو يقرّ، و الذى يقتضيه مذهبنا أنه يسقط هذا لأنّ ميراثه للإمام، و عندنا أنه لا يجوز أن يحلف أحد عن غيره و لا بما لا يعلمه، فلا يمكنه اليمين مع أن الإمام لا يحلف، فيجبس المدين حتى يعترف فيؤدّى أو يحلف و ينصرف.

وحاصله: أن المدعى عليه إن حلف فقد خلص، وإن نكل، فلا يصح رد اليمين فى المقام لأن المفروض أنه لا وارث له، و وارثه إما الإمام أو المسلمون و الإمام لا يحلف لأنه لا يجوز أن يحلف أحد عن غيره، و لا بما لا يعلمه، و أن شأن الإمام أرفع من أن يحاكم و يحلف هذا كله حول الإمام و أما المسلمون الوارثون فهم غير متعينين، فبقى هنا احتمالان:

١- الحكم بالنكول و يلزمه الحق لأنه موضع ضرورة.

٢- يحبس حتى يحلف أو يقر هذا كلام الشيخ فى المبسوط فى الفرع الأول.

(١) الطوسى: المبسوط: ٢١٤ / ٨.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥١٨

و إليك نصه فى الفرع الثانى: قال الثانى: إذا مات رجل و أوصى إلى رجل فادعى الوصى على الورثة أن أباهم أوصى بشىء للفقراء و المساكين، فأنكروا ذلك، فالقول قولهم، فإن حلفوا سقطت الدعوى، و إن نكلوا لم يمكن رد اليمين، لأن الوصى لا يجوز أن يحلف عن غيره و الفقراء و المساكين لا يتعينون، و لا يتأتى منهم الحلف، فما الذى يفعل؟ قال قوم يحكم بالنكول و يلزم الحق، لأنه موضع ضرورة، و قال آخرون يحبس الورثة حتى يحلفوا أو يعترفوا و هو الذى نقوله.

وحاصله نفس ما ذكرناه فى الفرع الأول، و هو أن المدعى عليه إن حلف فقد خلص، و إن لم يحلف فلا يمكن رد اليمين إلى الوصى لأنه لا يجوز أن يحلف عن غيره (الفقراء) و أمّا حلف الفقراء و المساكين فهم غير متعينين و لا يتأتى منهم الحلف فبقى احتمالان:

١- القضاء بالنكول.

٢- أو الحبس حتى يقر، أو يحلف.

٣- و أما الفرع الثالث فلم يذكره المحقق و سيوافيك نص الشيخ بعد الفراغ عن الكلام فى الفرعين الأولين.

ثم إن المحقق أورد على الشيخ و قال: إن السجن عقوبة لم يثبت موجبها و أوضحه الشهيد بقوله: لأن الحق لا يثبت بالشاهد الواحد فينزل هذه الدعوى منزلة ما لا بينة فيه فإن حلف، أو نكل و قضينا بالنكول و إلّا وقف الحق لعدم تيسير القسم الأخير و هو حلف المدعى.

و أجاب عنه صاحب الجواهر و قال: إن موجبها، اقتضاء الدعوى المسموعة من المنكر، اليمين أو الأداء بعد تعذر الرد «١». و لعله يريد، أن المجوز لسماع الدعوى، هو المجوز لحبسه حتى يحلف أو يقر و بعبارة أخرى أن إطلاق أدلة استحقاق المدعى اليمين على المنكر يقتضى إلزامه عليه و بما أنه مستنكف عنه

(١) الجواهر: ٢٦٥ / ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥١٩

يحبس حتى يؤدى.

هذه هى الكلمات الواردة فى المقام. و لنا أن ندرس الاحتمالات الثلاثة:

١- الرد على الحاكم و الوصى

قد عرفت سابقاً أنه إذا أمكن الرد فلا وجه للقضاء بالنكول لكن المهم هو ثبوت عدم إمكان الرد فالوجه المذكورة فى كلمات الشيخ و صاحب الجواهر لا يتجاوز عن الأمور التالية المذكورة فى كلام الشيخ، ١- لا يجوز أن يحلف عن غيره، ٢- و لا بما لا يعلمه، ٣- أن الإمام لا يحلف و إليك دراسة الأدلة الثلاثة:

أمّا الأول أعنى أنه لا يجوز الحلف عن الغير فأنما يصحّ إذا لم تكن للحالف صلة بالموضوع، ولا أى مبرّر لإقامة الدعوى، كالجار بالنسبة إلى مال جاره و حقوقه، و أمّا إذا كان الغير على منزلة تصحّ له إقامة الدعوى و رفع الشكوى إلى المحكمة، فلما ذا لا يصحّ له الحلف على ما يدّعيه و بهذا يعلم أنه يجوز للحاكم و الوصى، الحلف على ما يدّعيه، و ذلك لأنّ لهما الولاية على أموال المسلمين و حقوقهم و لاية عامة كالحاكم أو خاصّة كالوصى، فكما يصحّ لهما إقامة الدعوى، يصحّ لهما، الحلف إذا كانا عالمين للمحلول به.

و أمّا الثانى، و هو لا يختصّ بالمقام بل يعمّ كلّ مورد لا يكون للحالف علم بالمحلول به، أضف إلى ذلك أنه لم لا يجوز أن يحلف بمقدار ما علم كحلفه بأنّه وجد فى روزنامته، أنه مديون، أو شهد شاهد بأنّه كذا، على أن المفروض فى كلامه علم الوصى بكونه مديوناً، و ربّما يحصل للحاكم علم بالصدق برؤيته فى روزنامته.

و أمّا الثالث أعنى أن الإمام لا يحلف، فقد أوضحه فى الجواهر و قال: نعم مع فرض علمهما (الحاكم و الوصى) تتوجّه اليمين من الوارث غير الإمام مع الشاهد، بخلاف الإمام عليه السلام المعصوم من الخطأ و الزلل و إن استعمل الموازين نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٢٠

الشريعة و الأصولية المرعية لكنّه مسدّد فى خصوصياتها التى استعملها، عن الخطأ بخلاف غيره. «١»

المسألة السابعة: لو كان الدين مستغرقاً للتركة و للميت دين على الغير:

اختلفت كلماتهم فى أنه إذا مات إنسان و عليه دين مستغرق محيط بالتركة، فهل تنتقل التركة إلى الوارث، و تكون من المال المحجور على مالكة التصرف و يكون الدين متعلّقاً بها تعلق الرهانة أو تبقى على حكم مال الميت و فى المسالك و المفاتيح نسبته إلى الأكثر، و فى وصايا السرائر: إذا كان على الميت؟ دين يحيط بالتركة، فإنها بلا خلاف بيننا لا تدخل فى ملك الغرماء و لا ملك الورثة، و الميت قد انقطع ملكه و زال فينبغى أن تكون موقوفه على انقضاء الدين «٢».

و لكن المشهور، هو القول الأول و يؤيده ارتكاز العقلاء، خلافاً للمحقّق حيث اختار الوجه الثانى و تظهر الثمرة فى النماء، فعلى الأول فهو للورثة، و لا يتعلّق به حقّ الديان إذا كان الدين أزيد من أصل التركة، بخلاف ما إذا قلنا بالثانى فيكون متعلّقاً للدين و باقياً على حكم مال الميت.

ثمّ إنّ هنا فروعاً مستخرجة من كلام صاحب الجواهر نبحت عنها على رأى المحقّق من بقاء التركة على حكم مال الميت، لا على القول المشهور و هى:

١- لو كان الدين محيطاً بالتركة و ادّعى الوارث ديناً للميت على ذمّة آخر على وجه لو استحصل يرجع إلى الديان، فيقع الكلام فيمن تجوز له إقامة الدعوى، فهل هو الوارث أو الدائن؟

لا- كلام على القول الأول أنه الوارث، لانتقال الملك إليه، لكن الكلام على القول الثانى أعنى خيرة المحقق فقال المحقّق: هو الوارث لأنّه قائم مقامه.

(١) الجواهر: ٢٤٧/٤٠.

(٢) الجواهر: ٨٤/٢٦.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٢١

يلاحظ عليه: أنه قائم مقامه فيما جعله الشارع ولياً، كالتجهيز و غيره و أمّا المقام فهو و الدائن متساويان لأنّ الدين باق على ملك الميت كالأعيان الخارجية، و لو استحصل لاستولى عليه الدائن فلا وجه لتقديم واحد على الآخر و قد عرفت الميزان فيمن تصحّ له

إقامة الدعوى.

٢- لو كان هناك شاهد على الدين، قال فى الجواهر: «حلف الوارث دون الدائن نعم فى القواعد لو امتنع كان للدائن إحصاف المديون لتعلق حقه بالتركة».

يلاحظ عليه: أنه إذا كان الدين ملكاً للميت أو فى حكم ملكه فالوارث و الدائن بالنسبة إلى الأخذ متساويان و قد عرفت عدم ولاية الوارث بالنسبة إلى ما بقى فى حكم ملكه، و ما يتبادر إلى الذهن من أن الوارث أولى من الدائن فإنما هو لأجل أن المرتكز فى الأذهان هو انتقال التركة إلى الوارث فيكون هو المتعين و لكن الكلام على مبنى المحقق، و بذلك يظهر النظر فى كلام القواعد حيث علق إقدام الدائن على امتناع الوارث بل هما فى درجة واحدة.

٣- و لو أقام الوارث الدعوى و حلف الغريم برأ من الوارث و الدائن.

٤- و لو أقام الدائن الدعوى و حلف الغريم برأ منهما، (خلافاً للجواهر حيث قال بأن براءة ذممة الغريم بالنسبة إلى المحلف) و ما هذا لأن هنا حقاً واحداً، يجوز لكل من الوارث و الدائن استحصاله، فإذا حلف واحد منهما فقد ذهب اليمين بالحق على ما فى الروايات فلا يبقى للآخر، موضوع.

و بذلك يعلم أنه لو أقام الدائن الدعوى و حلف الغريم له، ثم أقام الوارث، و لكن لم يحلف الغريم له بل رد اليمين إلى الوارث، فحلف، ليس للوارث أخذه فضلاً عن أخذ الدائن حقه.

كل ما ذكرنا، على مبنى المحقق و أمياً على القول بالانتقال، فالمرجع فى إقامة الدعوى و الإحصاف و حلف اليمين المردودة هو الوارث لا غير نعم لو امتنع الوارث من إقامة الدعوى جاز للحاكم إقامة الدعوى لصالح الدائن لأنه ولي الممتنع.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٢٢

البحث الثالث القضاء بالشاهد و اليمين

إشارة

اتفقت كلمة الأصحاب على صحة القضاء بالشاهد مع اليمين فى الجملة و وافقهم فى ذلك لفيف من غيرهم قال الشيخ: يحكم بالشاهد و اليمين فى الأموال عندنا و عند الشافعى و مالك على ما سنبينه، و يحكم عندنا بشهادة امرأتين مع اليمين دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم. «١»

و قال فى المبسوط: عندنا يجوز القضاء بالشاهد الواحد مع يمين المدعى و به قال جماعة و أباه آخرون، و قال بعضهم الترتيب ليس شرطاً بل هو بالخيار إن شاء حلف قبل شاهده و إن شاء بعده كالشاهدين من شاء شهد قبل صاحبه. و الصحيح أنه على الترتيب يشهد له شاهده ثم يحلف فإذا ثبت جواز ذلك فالكلام بعده فيما يقضى بها فيه و ما لا يقضى و جملته كل ما كان مالاً أو المقصود منه المال فالمال كالقرض و الغصب و الدين و قضاء الدين و أداء مال الكتابة و أمياً المقصود منه المال فعقود المعاوضات كالبيع و الصرف و السلم و الصلح و الإجارة و القراض و المساقاة و الهبة و الوصية و الجناية التى توجب المال كالخطأ و عمد الخاطئ و عمد يوجب المال كما لو قتل ولده أو عبد غيره ... «٢».

و قال ابن قدامة فى المغنى: و أكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد و يمين روى ذلك عن أبى بكر و عمر و عثمان و على رضى الله عنهم، و هو قول الفقهاء السبعة و عمر بن عبد العزيز و الحسن و شريح و ياس و عبد الله بن عتبة

(١) الطوسى: الخلاف: الجزء ٣، كتاب الشهادات، المسألة ٧.

(٢) الطوسي: المبسوط: ١٨٩ / ٨.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٢٣

و أبي سلمة بن عبد الرحمن و يحيى بن يعمر و ربيعة و مالك و ابن أبي ليلى و أبي الزناد و الشافعي.

و قال الشعبي و النخعي و أصحاب الرأي و الأوزاعي: لا يقضى بشاهد و يمين و قال محمّد بن الحسن: من قضى بالشاهد و اليمين نقضت حكمه لأن الله تعالى قال: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ أَمْرَاتَانِ) «١» فمن زاد في ذلك فقد زاد في النص، و الزيادة في النص نسخ و لأن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال: «البينة على المدعى و اليمين على من أنكر» فحصر اليمين في جانب المدعى عليه كما حصر البينة في جانب المدعى.

و لنا ما روى سهيل عن أبيه عن أبي هريرة قال: قضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم باليمين مع الشاهد الواحد. رواه سعيد بن منصور في سننه و الأئمة من أهل السنن و المسانيد، قال الترمذى: هذا حديث حسن غريب و في الباب عن علي و ابن عباس و جابر و مسروق، و قال النسائي: إسناده حديث ابن عباس في اليمين مع الشاهد إسناده جيد، و لأن اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه و قوى جانبه و لذلك شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنته بها و في حق المنكر لقوة جنته فإن الأصل براءة ذمته و المدعى هاهنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه.

و لا حجة لهم في الآية لأنها دلّت على مشروعية الشاهدين و الشاهد و المرأتين و لا نزاع في هذا و قولهم إن الزيادة في النص نسخ غير صحيح لأن النسخ الرفع و الإزالة، و الزيادة في الشيء تقرير له لا رفع و الحكم بالشاهد و اليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين و لا يرفعه و لأن الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه و لم تكن نسخاً و كذلك إذا انفصلت عنه. و لأن الآية واردة في التحمل دون الأداء و لهذا قال: (أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا

(١) البقرة: ٢٨٢. ذكره أيضاً، الحكم بن عتيبة، و سلمة بن كهيل لأبي جعفر و هو أجاب عن الاستدلال لاحظ الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٢٤

فَتَذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى) و النزاع في الأداء و حديثهم ضعيف «١» و ليس هو للحصر بدليل أن اليمين تشرع في حق المودع إذا ادعى ردّ الوديعة و تلفها و في حق الأمانة لظهور جنائتهم، و في حق الملاعن و في القسامه و تشرع في حق البائع و المشتري إذا اختلفا في الثمن، و السلعة قائمة و قول «محمد» في نقض قضاء من قضى بالشاهد و اليمين يتضمن القول بنقض قضاء رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و الخلفاء الذين قضاوا به و قد قال الله تعالى: (فَلَا وَ رَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَ يُسَلِّمُوا تَسْلِيماً) «النساء / ٦٥» و القضاء بما قضى به محمّد بن عبد الله صلى الله عليه و آله و سلم أولى من قضاء محمّد بن الحسن المخالف له. «٢»

و قد تضافرت الروايات عن أئمة أهل البيت عليهم السلام على صحة القضاء بشاهد و يمين و حكوا قضاء رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم به و سيوافيك قسم منها. و المسألة عندنا إجماعية لا خلاف في أصلها.

نعم يقع الكلام في أمور:

١- هل يشترط تقدّم الشهادة على اليمين أو لا؟

قد عرفت نصّ الشيخ على الترتيب و قال المحقق: و يشترط شهادة الشاهد أولاً، و ثبوت عدالته ثمّ اليمين و لو بُدئ باليمين وقعت لاغية و افتقر إلى إعادتها بعد الإقامة. «٣»
و الظاهر عدم دليل صالح لإثبات شرطية التقدّم غير وجوه ذوقية أشبه بالاستحسان أما النصوص فلسان أكثرها، شهادة رجل واحد و يمين، بتقديم الرجل على اليمين «٤» و لفيف منها على العكس: باليمين مع الشاهد

(١) الحديث ليس بضعيف، نعم هو ليس بحاصر.

(٢) المغنى: ١٠ / ١٢.

(٣) نجم الدين الحلى: الشرائع: ٩٢ / ٤، و اختاره ابن ادریس أيضاً فى السرائر لاحظ: ١٤٠ / ٢.

(٤) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم: الحديث ١٢١، ١٤، ١٧، ١٨.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٢٥

الواحد «١» و قد جاء الشاهد فى لسان أبى حنيفة متقدماً على اليمين تارةً و متأخراً أخرى «٢».

و هذا يعرب، عن عدم تبادل الترتيب مضافاً إلى الإطلاقات المتضافرة فلو كان الترتيب شرطاً، لكان على القائل البيان، و إنكار كون المتكلم فى هذه الروايات الكثيرة فى مقام البيان، كما ترى خصوصاً فى معتبرة داود بن الحصين «٣».

أضف إلى ذلك، أنّ العناية باليمين مع الشاهد الواحد، هو لأجل كسب الاطمئنان بصدق المدعى فإنّ الإيمان بالله، ربّما يصدّ الإنسان عن الحلف بالكذب، و على هذا لا فرق بين تقدّم اليمين أو تأخره.

و مع ذلك فقد ذكروا وجوهاً لشرطية الترتيب نظير:

أ المدعى وظيفته البينة لا اليمين بالأصالة فإذا أقام شاهداً صارت البينة التى هى وظيفته ناقصة و تتممها اليمين بالنصّ بخلاف ما لو قدم فإنّه ابتدأ بما ليس وظيفته و لم يتقدمه ما يكون متمماً له. «٤»

يلاحظ عليه بوجهين:

١- أنه محجوج بالإطلاقات، الدالة على عدم الفرق.

٢- أن أساس الاستدلال، كون اليمين متمماً له، و أمّا إذا كان فى عرض الشاهد، كما هو مقتضى بعض التعبيرات، فلا و قد عرفت أنّ العناية باليمين بكسب الاطمئنان بصدق مقالة المدعى، و عندئذ لا فرق بين التقدّم و التأخر.

ب إذا قدم الشاهد يقوى جانب المدعى، و إنّما يحلف من يقوى جانبه

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم: الحديث ١٣، ١٥، ١٦، ١٩، ٢٠.

(٢) المصدر نفسه الحديث: ١٣، ١٧.

(٣) الوسائل: ١٨ الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣٥.

(٤) زين الدين العاملى: المسالك: ٤١٨ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٢٦

كما أنّه (المدعى) يحلف إذا نكل المدعى عليه لأنّ النكول قوَى جانب المدعى.

يلاحظ عليه: أنّه مبنى على كون الشاهد أصلاً و اليمين فرعاً حتى يتقوى الشاهد باليمين و أمّا إذا كان كلّ على وزان واحد فلا و الحقّ

أن هذه الوجوه التي لم نذكر بعضها لا تعدّ دليلاً قاطعاً أمام الإطلاقات الماضية التي لم يرد فيها لزوم الترتيب. ثم إنه تظهر الثمرة فى كون اليمين أصلاً أو تبعاً فيما لو رجع الشاهد عن شهادته فعلى القول بأصالة كل من الشاهد و اليمين يغرم الشاهد النصف، و لكن على القول بأصالة الشهادة و أن اليمين شرط أو متمم، فيغرم الكل، شأن كل شاهد يرجع عن شهادته، بعد صدور القضاء.

٢- تحديد حجيتهما من حيث المورد:

إشارة

قد اختلفت كلماتهم فى تحديد المورد، إلى أقوال:

فمن قائل باختصاصهما بالدين، إلى قائل بشمولهما العين، إلى ثالث (كالطوسى فى المبسوط) بعموميتهما لما كان مائلاً أو يقصد منه المال كالدين و القرض و الغصب و الالتقاط و الاحتطاب و الأسر و ما يقصد به المال كما فى المعاوضات كالبيع و الصرف و الصلح و الإجارة و القراض و الهبة و الوصية و الجنائية الموجبة للدية كالخطأ المحض، و عمد الخطأ و قتل الوالد ولده، و الحرّ العبد، و كسر العظام، و ضابطه ما كان مائلاً أو المقصود منه المال فلا يشمل القصاص، إلى رابع، بشمولهما لحقوق الناس كلّها فى مقابل حقوق الله و لا بأس بنقل بعض الكلمات و قد مرّت بعضها:

قال ابن الجنيد: و قد روى أن النبىّ قضى بشاهد واحد و يمين المدعى و أزم الحقّ المدعى عليه و ذلك فى الأموال و ما جرى مجراها دون الحدود. (١)

(١) المختلف: ١٨٢ / ٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٢٧

قال المفيد: و يجب الحكم بشهادة الواحد مع يمين المدعى فى الأموال بذلك قضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم. (١)
قال الشيخ: إذا شهد لصاحب الدين شاهد واحد، قبلت شهادته، و حلف مع ذلك و قضى له به و ذلك فى الدين خاصة، و لا يجوز قبول شهادة واحد و الحكم بها فى الهلال و الطلاق و الحدود و القصاص و غير ذلك من الأحكام. (٢)
و قال فى الاستبصار عند محاولة الجمع بين الروايات: فلا تنافى بين هذه الأخبار، و الأخبار الأولى لأنّ هذه الأخبار و إن كانت عامّة فى أنّ رسول الله قضى بذلك و لم يبين فيما فيه قضى فينبغى أن نحملها على الأخبار المتقدمة المفصلة بأن نقول إنه قضى بذلك فى الدين على ما تضمنته الروايات الأولى و الحكم بالمفصل أولى منه بالمجمل. (٣)

و قد عرفت كلام الشيخ فى الخلاف و المبسوط حيث صرح فيهما على حجيتهما فى المال أو المقصود منه المال.

و قال الحلبي: و يقوم شهادة الواحد و يمين المدعى فى الديون خاصة مقام الشهادة الكاملة. (٤)

و قال سلار: و شهادة واحد، و هو فى رؤية هلال شهر رمضان، و فى الديون مع يمين المدعى. (٥)

و قد نسب القول بالاختصاص إلى ابن زهرة فى الغنية (٦) و الكيدرى فى

(١) المفيد: المقنعة: ٧٢٧.

(٢) الطوسى: النهاية: ٣٣٤، و ذيل العبارة شاهد على أن مراده من الدين، هو المال حيث استثنى أمثال الهلال و الطلاق، لا البيع و الإجارة.

(٣) الطوسى: الاستبصار باب ما يتحوّر فيه شهادة الواحد مع يمين المدعى: ٣٣ / ٣.

(٤) الحلبي: الكافي: ٤٣٨.

(٥) سَلار: المراسم: ٢٣٣ طبع بيروت.

(٦) ابن زهرة: الغنية المطبوع ضمن الينابيع: ١١ / ١٩٥.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٢٨

الأصباح «١» و قد عبرا عن المسألة بعبارة واحدة و هى:

«و إن احضر شاهداً واحداً، أو امرأتين قال له الحاكم تحلف مع ذلك على دعواك...» و ليس فيها أى إشارة إلى المورد فضلاً عن التصريح بالدين.

و قال ابن ادریس: تقبل شهادة الشاهد الواحد مع يمين المدعى فى كل ما كان مألماً أو المقصود منه المال «٢».

و قال العلامة: و أعلم أنه لا منافاة بين كلام شيخنا فى النهاية و غيرها لأن مقصوده من الدين المال فإذا قبل فى المال قبل فيما كان المقصود منه المال و كان ذريعة إلى تحصيله. «٣»

و يتسرب هذا الاحتمال إلى كلام الحلبي و الديلمي و يكون القول الثالث هو المتفق عليه. كما لا يخفى.

و على كل تقدير فالاختلاف فى المسألة مستند إلى الروايات و لا بد من دراستها. ثم نتخذ موقفاً حاسماً فى المسألة.

أقول: إن لسان الروايات على وجوه:

الأول: ما يدل أو يستظهر منه أن القضاء به يختص بمورد الدين

و إليك ما يدل عليه:

١- روى محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال كان رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم يجيز فى الدين شهادة رجل واحد و يمين صاحب الدين و لم يجز فى الهلال إلا شاهدى عدل. «٤»

(١) الكيدرى: اصباح الشيعة: ٥٣٣.

(٢) ابن ادریس: ١٤٠ / ٢ و نسب إلى الشيخ أنه عدل عما فى النهاية، فى استبصاره بل عدل فى خلافه و مبسوطه.

(٣) العلامة: المختلف: ١٨٤ / ٤.

(٤) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٢٩

٢- روى حماد بن عثمان قال سمعت أبا عبد الله يقول: «كان على عليه السلام يجيز فى الدين شهادة رجل و يمين المدعى» «١» و الحق أن الدين فيهما من قبيل المورد، و هو لا يختص، نعم هناك ما يدل على اختصاص الحكم بالدين.

٣- روى أبو بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له عند الرجل الحق و له شاهد واحد قال: فقال: «كان رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم يقضى بشاهد واحد و يمين صاحب الحق و ذلك فى الدين». ٢

٤- روى القاسم بن سليمان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم بشهادة رجل مع يمين الطالب فى الدين وحده. ٣

فإن قوله: «و ذلك فى الدين» أو قوله: «فى الدين وحده» يدل على اختصاص الضابطة به و إلا لكان يعبر بما فى الأولين.

٥- ما رواه داود بن الحصين عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث مفصل يقول فقلت: فانى ذكر الله تعالى: (فَرَجُلٌ وَ أَمْرًا تَانِ) فقال:

«ذلك في الدين إذا لم يكن رجلاً، فرجل و امرأتان، و رجل واحد و يمين المدعى إذا لم تكن امرأتان قضى بذلك رسول الله و أمير المؤمنين بعده عندكم». ٤

و بما ذكرنا يعلم ضعف ما ربما يقال بأن المورد غير مخصّص و أنّ القضاء بهما في الدين أو جوازه لا يقتضى عدم القضاء و لا عدم جوازه بغيره ٥ فإنّ ما ذكره إنّما يناسب الأوليين، دون غيرهما فإنّ لسانهما، لسان التحديد و الحصر لو كان الدين بالمعنى المقابل للعين.

الثاني: ما يدل على الجواز في العين.

روى عبد الرحمن بن الحجّاج عن أبي جعفر في حديث مفصّل أنّ علياً وجد

(١) ٣-١ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣، ٥، ١٠.

(٢) ٤ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣٥.

(٣) ٥ الجواهر: ٢٧٤/٤٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٣٠

درع طلحة في يد عبد الله بن قفل التميمي فقال له عليّ: هذه درع طلحة اخذت غلواً يوم البصرة فرضياً بقضاء شريح فلما حضرا عنده قال شريح لعلي عليه السلام: هات علي ما تقول بينه فأتى الحسن فقال شريح: هذا شاهد واحد و لا أقضى بشهادة شاهد حتى يكون معه آخر إلى أن قال فغضب علي عليه و قال ... ثم أتيتك بالحسن فشهد فقلت هذا واحد و لا أقضى بشهادة واحد حتى يكون معه آخر، و قد قضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بشهادة واحد و يمين. «١»

و معنى ذلك أنّه كان علي شريح القضاء في مورد الدرع الذي هو العين، بشاهد و يمين، و ما أفاده صاحب الجواهر من أنّ الإمام أنكر علي إطلاق قول شريح: «ما أقضى إلّا بشاهد آخر معه» لا على عدم قضائه في المورد بهما، ضرورة عدم كون خصوص المقام مما يكتفى فيه بالشاهد و اليمين من الوالي. «٢» غير تام لكونه على خلاف ظاهر الرواية لأنّ ظاهرها هو تنديد الإمام بعدم تطبيقه الضابطة على المورد و ما في ذيل الرواية من قوله: «ويلك أو ويحك أنّ إمام المسلمين يؤمن من أمورهم علي ما هو أعظم من هذا» لا يدلّ على أنّ ذمّ الإمام كان متوجّهاً على إطلاق كلام شريح، لا على عدم قضائه بهما في المورد، و ذلك لأنّه لا منافاة أن يكون الذم لأجل أمرين ذكرهما الإمام تدريجاً و إن كان الخطب حسب الوجه الثاني أعظم، و لأجل ذلك قال في الجواهر أنّ شريحاً كان مخظناً أزيد من وجوه ثلاثه (و هذا رابعها) و أنّ اقتضاره عليه السلام على الثلاثة حسب فهم شريح.

و مع ذلك يمكن رفع الاختلاف بين اللسانين بأنّ المراد من الدين هو المال، فإنّ الدين و إن كان يطلق في مقابل العين في مصطلح الفقهاء لكن لا يبعد، أن يراد منه مطلق المال. قال ابن منظور في اللسان: «كل شيء غير حاضر دين» فيعمّ العين الغائب، و قال الطريحي: «اقض عني الدين: حقوق الله و حقوق العباد»

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

(٢) الجواهر: ٢٧٣/٤٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٣١

فاستعمل الدين في الحقوق، قال سبحانه: ﴿بِأَيِّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذْ تَدَائِبْتُمْ بِدِينِ اللَّهِ أَجَلٌ مُّسَمًّى فَانكَبُوا وَ لِيَكْتَبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَ لَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَ لِيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَ لِيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَ لَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئاً إِلَى أَنْ قَالَ: إِلَّا أَنْ

تَكُونُ تِجَارَةً لِّحَاضِرَةٍ تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا (البقرة / ٢٨٢).

فقد فسّر الدين بالسلم و القرض. «١» و قال الطبرسى: «و ظاهر الآية يقع على كل دين مؤجل سلماً كان أو غيره و عليه المفسرون و الفقهاء و قال ابن عباس باختصاص الآية بالسلم». «٢» و غير الحاضر فى السلم، هو العين و ربّما يكون موجوداً فى المخزن دون المجلس و بذلك يرتفع الخلاف، و قد تقدّم عن العلامة أنّه فسّر الدين فى كلام الشيخ بالمال. و بذلك رفع الخلاف بين كلماته.

الثالث: ما جاء فيه لفظ «مع يمين صاحب الحق»

روى منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «كان رسول الله يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق» «٣». و هذا القسم من الروايات قابل للحمل على صاحب المال حملاً للظاهر على الأظهر، أو المطلق على المقيد و يؤيده ما ورد فى باب رد المنكر اليمين على المدعى «٤» فقد ورد فيه صاحب الحق و اريد به، المال، الأعم من الدين و العين و قال سبحانه: (فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا) (البقرة / ٢٨٢) فالمراد منه صاحب المال.

الرابع: ما يحدّد الموضوع بحقوق الناس، أو فى مقابل الهلال

و على هذا فالموضوع أوسع مما ذكر سابقاً و يؤيده وجوه.

١- روى محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «لو كان الأمر إلينا أجزنا

(١) تفسير الجلالين: ٦٣.

(٢) الطبرسى: مجمع البيان: ٣٩٧ / ١.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢ و لاحظ الحديث ٨، ١٤.

(٤) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٣٢

شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله عزّ و جلّ أو رؤية الهلال فلا. «١» فإن مقتضى هذا القسم بل القسم السابق إذا لم يفسر بصاحب المال، عموم ذلك لكل حقّ للناس حتّى القصاص و حقّ الشفعة و الخيار و نحوها لا خصوص المال، نعم تخرج الشهادة على الهلال الذى لا وجه للحلف عليه من حيث أنّه كذلك من أحد، و كذا غيره من الموضوعات العامّة التى لا- حقّ بالخصوص فيها لأحد مثل حقوق الله تعالى التى هى أيضاً لا دعوى لأحد بالخصوص فيها «٢».

٢- ما جاء فى رواية محمد بن مسلم كان رسول الله يجيز فى الدين شهادة رجل واحد و يمين صاحب الدين و لم يجز فى الهلال إلّا شأهدى عدل «٣» فإنّ هذا الحديث يستثنى الهلال، و الحديث السابق استثنى حقوق الله، و كأنّهما يدلّان على أنّ الباقي يثبت بهما.

٣- ما مضى فى القسم الثالث من الروايات، حيث حدّد الموضوع بيمين صاحب الحقّ.

٤- 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 المدعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه. «٤» فالمتبادر منه أنّ الشاهد و اليمين مثل ما تقدّم يثبت بهما، ما يثبت بما تقدّم.

٥- يستفاد من التأمل فى النصوص أنّ اليمين الذى مع الشاهد، هو يمين

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٢.

(٢) الجواهر: ٢٧٤ / ٤٠.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم الحديث ١.

(٤) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم الحديث ٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٣٣

المنكر الذى إن شاء ردّها على المدعى و حينئذ يكون الميزان ما يثبت بهما «١».

و لكن المساعدة مع إطلاق الوجه الرابع مشكلة، إذ من القريب أن يكون المقصود من حقوق الناس هو الأمور المالية فلا تشمل الحقوق المحضة كحق الحضانه و الوارد فى الرواية الأولى لمحمد بن مسلم و إن كان هو حقوق الناس لكن الوارد فى ثابتهما هو «صاحب الدين» و عند ذلك تنطبق الروايات على الضابط المشهور: ما كان مالاً أو المقصود منه المال. «٢»

نعم سيوايكم أن الضابطه أوسع ممّا ورد فى هذه العبارة و إن لم يكن على سعة الوجه الرابع فانظر.

ثم إن كل من رد القضاء بالشاهد و اليمين، كالحكم بن عتيبه، و سلمه بن كهيل و أبى حنيفه و تلميذه محمد بن الحسن، استدّلوا بأنّ الوارد فى الذكر الحكيم هو العدلان أو الرجلان أو رجل و امرأتان قال سبحانه: (فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَ أَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ وَ أَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ) (الطلاق / ٢) و قد استدّل بها ابن عتيبه و ابن كهيل كما فى الرواية «٣» و قال سبحانه: (وَ اسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى) (البقرة / ٢٨٢) كما استدّل بها محمد بن الحسن الشيباني أيضاً على ما نقله ابن قدامة فى المغنى «٤».

و الجواب عن الاستدلال بهما من وجهين:

الأول: إن مورد الآيتين، هو مقام التحمل، لا الأداء، و يشهد لذلك مضافاً

(١) استخرجنا هذه الوجوه من كلام صاحب الجواهر لاحظ: ٢٧٤ / ٤١.

(٢) نجم الدين الحلّي: الشرائع: ٩٢ / ٤.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

(٤) ابن قدامة، المغنى: ١٠ / ١٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٣٤

إلى قوله: (وَ أَشْهَدُوا) و (اسْتَشْهَدُوا)، قوله سبحانه: (أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى).

الثانى: ما قاله الإمام فى جواب الرجلين عند الاستدلال بالآية الأولى حيث قال قول الله: (وَ أَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ) هو لا تقبلوا شهادة واحد و يمينا؟ و كأنه يريد أن التشريع الأول لا ينفى التشريع الثانى فمن الممكن أن يكون كلاهما نافذين، و به أيضاً أجب ابن قدامة، استدلال الشيباني كما نقلناه و يحتمل أن يكون كلامه عليه السلام ناظراً إلى ما ذكرناه فى الجواب الأول من أن الآية ناظرة إلى مقام التحمل لا إلى مقام الأداء، و القضاء بشهادة رجل و يمين، راجع إلى المقام الثانى، فلا صلة للآية بمقام الأداء.

المقياس فى كون الدعوى مالية:

ثم بعد القول باختصاص الأدلة بالأمور المالية فقط يقع الكلام فى تحديد الدعوى المالية التى يثبت بهما فهنا وجهان:

الأول: لو ادعى مالاً على شخص بسبب من الأسباب، سواء كان السبب يقصد منه المال نوعاً أو لا، بل يكفى كونه مستتباً له فى ذلك

المورد فى تلك الموارد يحتج بالشاهد و اليمين. و على ذلك، يثبت بهما دعوى الدين و الغصب، و البيع و الإجارة، القراض و الهبة، حتى النكاح و الخلع و الطلاق و الرجعة و العتق و التدبير و الكتابة و النسب و الوكالة و الوصية إليه و عيوب النساء بشرط أن يدعى أمراً مالياً لأجل ادعاء هذه العناوين من غير فرق بين كون المدعى نفس المال كالدين و الغصب، أو يقصد منه المال نوعاً، كالبيع و الإجارة و الهبة أو لا يقصد منه إلا استبعاداً كالنكاح و الخلع و الطلاق، و ذلك أخذاً بإطلاق الأدلة و هذا هو الأظهر عندنا.

الثانى: ما ذكره الشيخ الطوسى فى المبسوط و المحقق فى الشرائع من

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٣٥

تخصيصه بما إذا كان مائلاً أو كان المقصود منه مائلاً نوعاً، و أما إذا لم يكن المقصود منه المال و إنما يستتبع المال فلا.

و على ضوء ذلك تقسم العناوين إلى أربعة:

١- يكون المدعى نفس المال كالدين و القرض و الغصب أو ما يقصد به المال (نوعاً)، كما فى المعاضات كالبيع و الصرف، و الصلح، و الإجارة، و القراض و الهبة و الوصية له و الجنائية الموجبة للدية كالخطأ و عمل الخطأ و قتل الوالد لولده و كسر العظام، و الجائفة و المأمومة.

٢- ما يتردد بين كونه داخلياً فى الضابطة أو خارجاً كالنكاح فيما أن المقصود منه التنازل و سكون النفس فهو خارج عن المقسم، و بما أن المدعى إذا كان زوجة فهى بطرح الزوجية تدعى المهر و النفقة.

٣- ما هو خارج عن الضابطة كالخلع و الطلاق، و الرجعة و العتق و التدبير و الكتابة و النسب و الوكالة و الوصية إليه و عيوب النساء.

٤- ما استشكل فى خروجه و دخوله كالوقف، لأجل الشك فى أن الوقف هل ينتقل إلى الموقوف عليهم، أم ينتقل إلى الله، أو التفصيل بين الانحصار فالأول و عدمه فالثانى، أو يبقى فى ملك الواقف.

و الظاهر عدم الدليل على الضابطة الواردة فى كلام المحقق «ما كان مائلاً أو كان المقصود منه مائلاً» بل الضابط كل ادعاء مالى يستند إلى سبب من الأسباب، سواء كان السبب مما يقصد منه المال نوعاً، أو لا يقصد منه إلا استبعاداً و على ضوء ذلك فلو ادعت الزوجة النكاح، لغاية طلب النفقة و المهر، يثبت بهما و إن كان النكاح ما لا يقصد منه المال نوعاً، و مثله إذا ادعى الزوج الخلع لأجل تملك المهر، أو ادعت المرأة الرجعة لغاية النفقة و بذلك تقف على أن التقسيم الرباعى الوارد فى كلامه غير مفيد. بعد عمومية القاعدة، لكل ادعاء مالى مستند إلى ادعاء سبب، سواء كان السبب مخصصاً فى ثبوت المال أو لا.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٣٦

و لأجل عدم الدليل على الضابطة ذكر صاحب الجواهر أنها فى غاية التشويش و السبب فيه هو أن الضابط المزبور لم نجده فى شىء من النصوص و إنما الموجود فيها عنواناً للحكم «حقوق الناس» بعد عدم تقييدها بنصوص الدين.

بقى هنا أمران:

الأول: هل الشاهد و اليمين يثبت بهما المال فقط أو يثبت العناوين من البيع و الإجارة و غيرهما؟ الظاهر هو الأول، لظهور الأدلة فى ثبوته خاصية و على ذلك لو ادعى أنه باع حيواناً بثمن كذا، و أقام شاهداً مع اليمين يثبت الثمن على ذممة المشتري و لا يثبت الخيار المختص بالحيوان و ممن التفت إلى ذلك، الشهيد فى الروضة قال: «ينبغى القطع بثبوت المال كما لو اشتملت الدعوى على الأمرين فى غيره كالسرقة فإنهم قطعوا بثبوت المال». «١» و هو متين و لو قلنا بسعة دليل الشاهد مع اليمين و شموله لكل ادعاء مالى على ما عرفت و عدم اختصاصه بالضابطة التى ذكرها المحقق، فإنه لا يثبت بهما العناوين، كالنكاح و الزوجة و النسب حتى يترتب عليها آثارها.

الثانى: قد عرفت أن المحقق استشكل فى الوقف و ذكرنا وجه تردده لكن الحق هو التفصيل بين الوقف العام كالوقف على الفقراء و الطلاب و الزوار، و الوقف الخاص كالوقف على الأولاد، فالمالك فى الأول هو العناوين الكلية لا الأفراد الخارجية منهم، و لذلك لا

يصحّ لهم إقامة الدعوى على العين الموقوفة، لأنهم ليسوا بالمالكين ولا متولين، نعم يصحّ للحاكم إقامة الدعوى وإثباتها بشاهد و يمين و ليس عمل الحاكم من قبيل إثبات مال الغير بحلفه، لما عرفت من ولايته على أموال الفقراء و غيرهم.
و أما الوقف الخاص، فيصحّ حلفهم لكونهم مالكين للأصل و المنفعة، غاية الأمر ليس لهم بيع الموقوفة و تبديلها، و من ثمّ صحّ لهم الحلف.

(١) الجواهر: ٢٧٩ / ٤٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٣٧

إذا ادّعت جماعة مع الشاهد الواحد

إذا ادّعت جماعة مالاً عند رجل انتقل إليهم بسبب خاص كالإرث، يكفى الشاهد الواحد فى المقام لأنّ شهادته تنحلّ إلى شهادات حسب تعدّد الأفراد، و أمّا الحلف، فلا يكفى حلف واحد منهم، و إنّما يثبت حقّ الكلّ بحلف الجميع، لأنّها تنحلّ إلى دعاوى متعدّدة. و قد نقل صاحب الجواهر عن المقدّس البغدادي كفاية الحلف الواحد و يُحمل على ما إذا كان المدعى وليّاً، أو حاكماً حيث إنّ له حقّ إقامة الدعوى للموّلّى عليه واحداً كان أو كثيراً و إلّا فهو بظاهره غير صحيح.

و لو افترضنا حلف البعض دون الأمر يثبت بمقدار سهم الحالف و هل المأخوذ له، أو لا؟ فهنا وجوه و احتمالات:

١- يكون المأخوذ مشاعاً و مشتركاً بين الحالف و الناكل سواء كان المدعى به عيناً، أو ديناً.

٢- التفصيل بين العين فيكون المأخوذ مشاعاً، دون الدين بل يختصّ بالحالف.

٣- يختصّ بالحالف و يُحرّم الناكل مطلقاً، سواء كان المدعى به عيناً أو ديناً.

و لكلّ وجه:

أما الأول: فإنّه لا إشكال فى الاختصاص بالحالف إذا باع سهمه من المدعى عليه أو وهبها من غيره أو أبرأ ذمّة الغريم منه، إنّما الكلام فيما إذا قبض حصّته من العين أو الدين فيما أنّه يعترف بالشركة يكون المقبوض مشاعاً بينه و بين الناكل و بالجملة هو يعترف بأنّ ما يأخذه جزء من المال أو الدين المشاع بينه و بين غيره و معه كيف يختصّ بالحالف!؟

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٣٨

و أما الثانى و هو التفصيل بين العين و الدين فوجهه أنّ العين مشتركة بينهما، و إفراز الغريم، لا يخرجها عن الإشاعة من دون رضا الشركاء فتبقى على إشاعتها، و هذا بخلاف الدين فإنّ ذمّة الغريم مشغولة بكلّ واحد من الشركاء على نحو الاستقلال إفراز سهم واحد منهم، يتوقّف على نيّة الدافع، و ذلك لأنّ المفروز ملك للدافع بالأصله، و إنّما يخرج عن ملكه إذا أداه بتيّة الدين، فلو أخرجته عن ملكه بتيّة أنّه سهم الحالف يكون ملكاً له، و يتشخصّ جزء من الدين الكلى فى المقبوض.

و الحاصل فرق بين العين و الدين، فإنّ تقسيم الأولى، و تشخصّ مال كلّ واحد فى المقبوض يتوقّف على رضا المشاركين و لا يكفى رضا الدافع، إذ لا دور له فى إفراز مال الغير المشخصّ، و هذا بخلاف الدين فإنّ ذمّته مشغولة بكلّ واحد منهم بمقدار سهمه، و ليس إفراز ذمّته بالنسبة إلى واحد منهم، متوقّفاً على إفرازها من الفرد الآخر و تعيّن جزء من ماله، يتوقّف على تملكه و المفروض أنّه ملكه للحالف، دون الآخر و كون أصل الدين مشتركاً أو مشاعاً، لا يمتنع تعيّن ما دفعه للحالف.

و أمّا الثالث: فما ذكر فى الدين لا غبار عليه، لكن الكلام فى اختصاص المقدار المقبوض من العين للحالف و وجهه أنّ العين و إن كانت مشاعاً و لا تخرج عن الإشاعة بتيّة الدافع، لكن لما كان فى وسع الناكل أن يحلف و يستنقذ سهمه و لكنّه امتنع بلا وجه يكون

حكم الحاكم فى مورد تمت الحجة فيه للحالف، تقسيماً قهرياً للعين المشاعة لأن المفروض أنه يحكم بأن المقبوض للحالف، دون الناكل، و معنى صحه الحكم هو التقسيم القهرى.

أضف إلى ذلك أنه لولاه يلزم الضرر على الحالف لعدم إمكان أخذ حقه بدون إذن الشركاء.

و ما ذكرناه من تعين المأخوذ للحالف من الدين يطابق القاعدة و لا يخالفه

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٣٩

ما ورد فى باب الشركة من أنه إذا قبض أحد الشريكين ما جعل له، شاركه الآخر فيما قبضه أعنى ما روى عن أبى جعفر عليه السلام سئل أبو جعفر عن رجلين بينهما مال، منه بأيديهما. و منه غائب عنهما فاقتهما الذى بأيديهما، و أحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب فاقضى أحدهما و لم يقتض الآخر قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله. «١»

و ذلك لأن القدر المتيقن من الرواية ما إذا أدى الدافع بما أنه مال للشركة و عندئذ لا يتشخص للقابض و إلا فلو أدى بما أنه سهمه دون سهم الآخر، لكان المقبوض له.

ثم إن نكول الشريك الآخر، من الحلف ليس مثل نكول المدعى من الحلف حيث يكون حكم الحاكم فيه بمعنى براءة ذمة المدعى عليه من الدين و هذا بخلاف المقام، فإن الامتناع من الحلف بمعنى إيقاف المحاكمة و تأخيرها إلى وقت آخر حتى يأتى بالشاهد الثانى و لأجل ذلك لو مات الناكل، قام وارثه مقامه فلو حلف مع سبق الشهادة يثبت حقه. و لا يضّر الفصل.

شرائط نفوذ اليمين فى القضاء بالشاهد و اليمين

ذكر المحقق لنفوذ اليمين شرطين:

أحدهما: أن يحلف بما يعرفه يقيناً.

ثانيهما: لا يثبت باليمين مالاً لغيره.

أما الأول فقد تضافرت الروايات على أنه لا يحلف الرجل إلا على علمه «٢»

(١) الوسائل: الجزء ١٣، كتاب الشركة، الباب ٦، الحديث ١.

(٢) الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٢٢ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ٤١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٤٠

إنما الكلام فى معنى العلم، فهل المراد منه العلم الوجدانى أى العلم حسب اصطلاح المنطقيين و هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع أو المراد الأعم منه و من الحجية الشرعية كالبينة، و اليد و الاستصحاب، و إن استشكل صاحب الجواهر فى الأخير و قال: «لعدم العلم المعترف فى الحلف الذى لم يثبت قيام نحو ذلك مقامه فى الفرض بل لعل الثابت خلافه». «١» و قد أفتى المحقق بجواز الشهادة تعويلاً على الاستصحاب و على ذلك لا فرق بين الحلف و الشهادة خصوصاً إذا قلنا بأنه من الأصول التنزيلية، التى ينزل فيها المؤدى منزلة الواقع. و الله العالم.

و أما الثانى فدليلة انصراف أدلة اليمين مطلقاً و خصوص قوله عليه السلام فى المقام: «مع يمين صاحب الحق أو مع يمين طالب الحق» «٢» إلى ذلك أى كون اليمين لصالح الحالف، لا لغيره.

و قد فهم المحقق و غيره من هذه الروايات إثبات الملك لنفسه، و لكن أن الموضوع أوسع منه بل كل من تصح منه إقامة الدعوى، يصح منه الحلف سواء أثبت الملك لنفسه أو لغيره الذى له صلة به فى مورد الدعوى و على ضوء ذلك يصح الحلف من ولي الطفل

والمجنون و متولّى الوقف و الحاكم بالنسبة إلى الأموال العامّة، كالزكوات و الأخماس و الإمام و أمّا التعبير عن الحالف بصاحب الحقّ و طالبه فهو وارد مورد الغالب أو المراد منه من له صلة له بحيث يعدّ صاحبه و طالبه و الشاهد على ذلك، إن الإمام أقام الدعوى على من استولى على درع طلحة، بما أنّه ولى أمور المسلمين و أموالهم، و لو كان شريح واقفاً بالضابطة و طلب من الإمام الحلف بعد إقامة الشاهد الواحد، لما امتنع الإمام منه، مع أنّه لم يكن يثبت الملك لنفسه و بما ذكر تنحل مشكلة المدير العامل فى الشركات الكبيرة، حيث يتمتع باختيارات منها إقامة الدعوى لصالحها فلو أقام شاهداً

(١) الجواهر: ٢٨٢ / ٤٠.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٨ و ٩.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٤١

و حلف، فلا يثبت المال لنفسه بل للشركة بما أنّه مديرها و متولّيها، كلّ ذلك يعرب عن أنّ المناط صحّة إقامة الدعوى و أن لا يكون الحالف بالنسبة إلى مورد الدعوى أجنبيّاً فاقداً للمسئولية و بذلك يظهر أنّ ما أفاده السيد الطباطبائي فى ملحقات العروة غير تامّ. قال: إذا كان المدعى قيم الصغير أو المجنون و أقام شاهداً واحداً ليس له الحلف بل يتوقّف إلى أن يبلغ الصغير و يفيق المجنون و إن اقتضت المصلحة طى الدعوى بالمصالحة مع المدعى عليه جاز. «١» و من المعلوم أنّ الإيقاف ربّما ينتهى إلى ضرر المولّى عليه.

لو ادعى غريم الميّت مالاً له على آخر

لو ادعى غريم «٢» الميّت مالاً له على آخر مع شاهد.

أقول: إنّ للمسألة صوراً:

١- أن يكون الدين غير مستوعب.

٢- أن يكون الدين مستوعباً و قلنا بانتقال التركة إلى الورثة غاية الأمر تكون التركة رهناً فى مقابل الدين.

٣- بقاء التركة فى ملك الميّت أو فى حكم ملكه.

فعلى الأوّل و الثانى يتوجّه اليمين إلى الوارث لأنّه صاحب الحقّ و طالبه و مالكة و لا تصل النوبة إلى الغريم (الدائن) و الحلف لأجل إثبات الملك للحالف و أمّا على الثالث فالوارث و الغريم بالنسبة إلى الدين متساويان كما مرّ و توهم عدم نفوذ يمين الوارث لأنّ المحلوف به إثبات المال للغير (الميّت) لا يضرّ لما

(١) السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٩٥ / ٢.

(٢) المراد من الغريم هنا هو الدائن، و يستعمل أحياناً بمعنى المديون و قد نصّ الجوهري فى الصحاح و الفيروز آبادى فى القاموس على أنّه من الأضداد.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٤٢

عرفت من كفاية كون الحالف مأموراً بالأخذ و الدفع، فإنّ المتولّى لأموال الميّت و تحصيل دينه و صرفه فى مواضعه هو الولد، فيجوز حلفه و لأجل ذلك يجوز له أداء الدين من الخارج و إن كان الدين مستوعباً و لأنّه إذا أبرأه الغريم يكون الدين له.

و مثله الغريم، فيصحّ له الحلف لأنّ الغاية من إثبات الملك للميّت هو تملكه و لأجل ذلك يجب اقتران الحلف على مالكيّة الميّت للدين، بشىء يدلّ على أنّ له حقّاً فى ذمّة الميّت حتّى يكون الدين المحلوف به، له فى النهاية و بذلك يظهر إتقان ما ذكره السيد

الطباطبائى حيث صحح يمين كل من الوارث و الغريم و قال بجواز حلف الوارث مطلقاً مستوعباً كان الدين أو لا و لو قلنا ببقاء ما يقابل الدين على ملك الميِّت أو على حكم ملكه فى الدين غير المستوعب، فضلاً عن المستوعب الذى يكون الكل على ملكه ثم علل جواز حلف الوارث بأن له تعلقاً إلى أن قال إن ما ذكر من عدم جواز حلف الغريم إنما هو إذا حلف على أن المال للميِّت و أما إذا حلف على أن له حقاً فى استيفاء دينه من هذا المال فلا نسلم عدم جوازه، لأنه حينئذ حلف على حق نفسه و إن لم يثبت به كونه مالاً للميِّت. (١)

كما ظهر الضعف فى كلام المحقق حيث قال: و إن امتنع الوارث لم يحلف الغريم. و قد عرفت أنهما فى مقابل الدين المستوعب سواسية.

نعم لو امتنع الوارث فى الدين غير المستوعب فهنا وجهان:

١- يحلف الغريم.

٢- يقوم الحاكم مكان الوارث و يحلف، و ذكر فى الجواهر احتمالاً ثالثاً و هو أنه للغريم إحلاف المدعى عليه، لأن له تعلقاً بذلك فإن أحلفه برأ من

(١) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٩٦ / ٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٤٣

الغريم، و لم يبرأ من الوارث. (١)

إذا ادعى الورثة ديناً لمورثهم على أحد (٢)

إذا ادعى الورثة ديناً لمورثهم على أحد و أقاموا شاهداً واحداً و حلفوا ثبت حصصهم، و إن امتنع البعض عن الحلف، لم يشارك الباقين، لما عرفت من تعيين الحصص فى مال مشخص، يتوقف على تية الدافع، و المفروض أنه دفع بما أنه سهم الحالف، لا السهم المشترك بين الحالف و الناكل و قد تقدم.

و لو كانت للميِّت وصية فى مورد الدين يثبت بالحلف (٣) و ذلك لأنها من غير فرق بين كونها عهديه أو تمليكية.

أمّا الأولى كأن يوصى بشيء من تركته لزيد، و يلحق بها الإيضاء بالتسليط على حق و أمّا الثانية كأن يوصى بما يتعلق بتجهيزه أو باستثمار الحج أو الصلاة أو نحوهما. نعم لا موضوع للقسم الثالث للوصية و هو الوصية الفكيية كأن يوصى بفك ملك كالإيضاء بالتحريم، لأن المفروض أن المشهود به، هو الدين لا العين حتى يتحقق فيها الإيضاء الفكيية.

ثم إن الموصى له لو كان شخصاً معيناً، أو أشخاصاً معينين، يحلفون و يأخذ كل حصته و إن كانوا غير محصورين كما إذا كان الموصى له هو نوع الفقراء، فمن المحتمل، حلف الحاكم إذا كان عالماً و اختار السيد الطباطبائى أنه لا بد من ثبوتها بشاهدين أو رجل و امرأة. لخروج المورد عن الضابطة و فيه تأمل يعلم ممّا سبق.

و لو كان بين الورثة مولى عليه لصغر و نحوه قال المحقق: يوقف نصيبه فإن كمل و رشد حلف و استحق المال و إن امتنع لم يحكم له. و إن مات قبل ذلك

(١) الجواهر: ٢٨٣ / ٤٠.

(٢) قد تقدم نظير المسألة فى قوله: «إذا ادعت جماعة مع الشاهد الواحد».

(٣) أى حلف الموصى له.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٤٤

كان لوارثه الحلف و استيفاء نصيبه «١».

يلاحظ عليه: مضافاً إلى انتهاء ذلك إلى ضياع حق الصغير أنه يكفى فى الحلف كون الحالف مسئولاً فى مورد المال، كالوصى و اليتيم و الحاكم فيكفى حلفهم.

مسائل ثلاث:

إشارة

ذكر المحقق فى المقام مسائل خمس و نحن نذكر منها ثلاثاً، لخروج الباقي عن مورد الابتلاء فى زماننا هذا.

المسألة الأولى: فيما إذا ادعى بعض الورثة وقفية الدار للأولاد

إذا كان الوارث جماعة فادعى بعضهم أن المورث وقف عليهم بعض أعيان التركة كالدار مثلاً و أقاموا شاهداً واحداً ليضموا إليه اليمين و قلنا بثبوت الوقف كما سيوافيك بشاهد و يمين فله صور سيأتى بيانها و لنذكر أموراً تلقى الضوء على المسألة:

١- ربما يتصور أن الحاجة للحلف لأجل وجود من ينكر الوقف من الورثة فى جميع الصور و ذلك لأنه لو كانوا متفقين على الوقف ثبت الوقف عليهم بلا- يمين لصحة إقرارهم بما فى أيديهم و إليه أشار الشيخ فى المبسوط قال: و إنما تفرض المسألة إذا كانت مع البنين (المدعين) غيرهم لأنه لو لم يكن غيرهم يثبت الدار وقفاً عليهم بلا يمين. «٢»

قلت: إن الحاجة إلى اليمين لأجل دفع تعلق الديون و الوصايا بها، و اتفاقهم على الوقفية لا- يغنى عن الحلف. و على ذلك يمكن تصوير الصور الآتية

(١) المحقق الحلى، الشرائع: ٩٣ / ٤.

(٢) الطوسى، المبسوط: ١٩٥ / ٨.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٤٥

بلا منكر.

٢- إن الداعى لادعاء الوقفية ربما يكون علمهم بكون الدار وقفاً و خوفهم من الله إذا سكتوا أو أنكروا و ربما يكون الداعى قطع يد الديان أو الأوصياء عنها حتى لا يتعلق بها حقهم، و يؤدى الديون من سائر التركة لو كانت.

٣- إن الكلام فى المقام على القول بكفاية الشاهد و اليمين فى إثبات الوقف قال الشيخ: فمن قال ينتقل إلى الموقوف عليه قال يثبت بالشاهد و اليمين، لأنه نقل ملك من مالك إلى مالك، و من قال ينتقل إلى الله لا إلى مالك قال: لا يثبت إلا بشاهدين لأنه إزالة ملك إلى الله كالعتق. «١» و قد مر إثبات كفايتهما فى إثبات المال دون العنوان (الوقف) و لكن لما كان إثبات المال فى المقام متحداً مع إثبات العنوان، لا بأس بثبوتيه بهما و إن لم نقل بالإثبات فى سائر العناوين.

٤- إن الوقف ينقسم إلى وقف الترتيب و وقف التشريك، فلو قالوا إنه وقف علينا، و بعدنا على أولادنا فهو وقف ترتيبى و لو قالوا

وقف علينا وعلى أولادنا بحيث يشارك أولادُ الأولاد مع الطبقة الأولى فهو وقف تشريكي.

٥- قد قدّم المحقق الكلام في الأول (وقف الترتيب) ونحن نقتفيه و جعل للمسألة صوراً ثلاثاً:

الف: إذا ادّعى بعض الورثة، ولكن في مقام الحلف حلف الجميع.

ب: إذا ادّعى بعض الورثة، و امتنع الجميع عن الحلف.

ج: إذا ادّعى بعض الورثة، فمنهم من حلف و منهم من لم يحلف.

و إليك الكلام في جميع الصور:

الصورة الأولى: قال المحقق: فإن حلف المدّعون مع شاهدهم قضى لهم. «٢»

و يترتب على ذلك خروج الدار عن تعلق حقّ الديان بها، و لا يقضى منها

(١) الطوسي، المبسوط: ٨ / ١٩٥.

(٢) المحقق الحلّي، الشرائع: ٩٣ / ٤.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٤٦

الوصايا فإن كانت للميت تركه غيرها، تتعلق الديون و الوصية بها و يُقسم الباقي على أسهم الإرث.

ثم إذا انقضوا فهل تحتاج الطبقة الثانية إلى الحلف أو تثبت عليهم و على سائر الطبقات بحلف الطبقة الأولى؟ قال في المسالك: وجهان مبنيان على أنّ البطن الثاني يتلقون الوقف من البطن الأول أو من الواقف فإن قلنا بالأول و هو الأشهر فلا حاجة إلى اليمين كما إذا أثبت الوارث ملكاً، بشاهد و يمين ثم مات فإن وارثه يأخذه بغير يمين إلى أن قال: و إن قلنا بالثاني، لم يأخذ إلّا باليمين كالبطن الأول. «١»

يلاحظ عليه: بأنّ الظاهر أنّ كلّ طبقة يتلقى من الواقف و ما ذكره من أنّ الأشهر الأخذ من الطبقة الأولى لما تحقّقه و مع ذلك كلّه يكفي حلف الطبقة الأولى، و ذلك لأنّ المحلوف به هو الوقف الدرّي و هو أمر واحد مستمرّ و على ذلك جرى المحقق حيث قال في أوائل المسألة الثالثة: «و لا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفة لأنّ الثبوت الأول أغنى عن تجديده» و لعلّ مقصوده من الثبوت الأول هو ما ذكرناه من أنّ الوقف أمر مستمرّ، و ثبوته عين ثبوت الاستمرار و لأجل ذلك أضاف المحقق و قال: «و كذا إذا انقضت البطون و صار إلى الفقراء أو المصالح» وجه عدم الحاجة هو أنّ ثبوت الوقفية يلازم الاستمرار فإذا كان المحلوف به هو كون البيت وقفاً لهم ثمّ على الفقراء بعد انقراض النسل، يثبت كونه وقفاً لهم فلا حاجة إلى اليمين.

الصورة الثانية: و هي ما إذا نكل الجميع عن اليمين قال المحقق: و إن امتنعوا حكم بها ميراثاً يقضى منه الديون و الوصايا و كان نصيب المدّعين (الجميع) وقفاً نعم لو كان بين الورثة منكر، فلا يكون تحت يده وقفاً و لو ماتوا تكون حصية كلّ واحد وقفاً أخذاً بإقرار آبائهم بأنّ البيت وقف و عدم حلفهم لا

(١) زين الدين العاملي، المسالك: ٢ / ٤٢٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٤٧

يضرّ بإقرارهم فلا- يحتاج إلى اليمين لأنّ الواصل إلى كلّ مدع للوقفية أمر لا منازع فيه فيكفي الإقرار من كلّ بطن بأنّ ما في يده وقف، و يكون حجة للبطن الآخر.

و من هنا يعلم عدم الحاجة إلى عنوان فرع آخر و هو ما في المسالك قال: و هل للأولاد أن يحلفوا على أنّ جميع الدار وقف؟ وجهان من كون الأولاد تبعاً لآبائهم فإذا لم يحلفوا لم يحلفوا، و من أنّهم يتلقون الوقف من الواقف فلا تبعية «١»، لما عرفت من أنّ الإقرار بلا

منازع يكون حجة على الإنسان و من خلفه إلا أن يكون الحلف لأجل قطع يد الدين و غيره.

الصورة الثالثة: و هي ما إذا اختلفوا في اليمين (لا في ادعاء الوقفية) فمنهم من حلف و منهم من لم يحلف قال المحقق: ثبت نصيب الحالف وقفاً، و كان الباقي طلقاً يقضى منه الديون و يخرج الوصايا، و ما فضل يكون ميراثاً. و ما يحصل من الفاضل للمدعين، يكون وقفاً.

و كلامه هذا يشير إلى أمور:

١- نفترض أن الوراث ثلاثة بين حالف و ناقلين، فميراث الحالف يكون وقفاً، لأنه أقام شاهداً و حلف و لا يتعلّق به الدين و الوصايا.
٢- الباقي كالثلاثين إذا كان الناكلاّن ذكّرين يكون ميراثاً لهما حسب الظاهر يخرج منه الديون و الوصايا و ادعاء الناقلين الوقفية لا يؤثر في منع إخراج الديون و الوصايا، ما لم يحلفوا فلأجل ذلك، تقدّم الديون و الوصايا على التقسيم، و أمّا باقى التركة ففيها احتمالات:

أ: يقسّم بين الناقلين حسب سهامهم فلو كانوا إخوة، يقتسمان ثنائياً و ليس للناقلين التصرف فيما بأيديهم حسب إقرارهم و إلى ذلك يشير المحقق بقوله: و ما يحصل من الفاضل للمدعين يكون وقفاً ..

(١) زين الدين العاملي، المسالك: ٢ / ٤٢٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٤٨

ب: يُقسّم بين الجميع حتّى الحالف، قال في الجواهر: كما هو ظاهر بعض بل عن بعضهم التصريح به لاعتراض غيرهم من الورثة باشتراكهم بينهم أجمع فيؤخذون بإقرارهم و يقسّم على الحالف و غيره.

يلاحظ عليه: كما في الجواهر أنّهم إنّما يعترفون بالاشتراك في الجميع و أنّ ما أخذه الحالف بالوقفية إنّما استحقه بالإرث، و الحالف أيضاً معترف لهم بذلك، فلا وجه لاشتراكه في الباقي. و الحاصل أنّ اعترافهم بالشركة مقيد، يكون ما أخذه الحالف جزء من الشركة، فإذا استولى عليه أحد الوراث و لو باسم الوقف، فقد أخذ حقه في نظر الباقيين فليس لهم اعتراف في هذه الحالة.

ج: يقسم بين الناقلين، لكن لو زاد نصيبهما إرثاً على نصيبهما وقفاً يكون الزائد مجهول المالك، كما إذا كان الحالف ذكراً، و الناكلاّن اثني فلو كانت الدار وقفاً تقسّم بين الثلاثة بالسوية و يكون لكل واحد ثلثها و لو كانت الدار ميراثاً، تقسم أرباعاً، فللحالف ربعان، و لكل واحد من الناقلين ربع فيزيد سهم كلّ من البنّتين على الوقف عمّا تستحقان على الإرث، فلو افترضنا الدار اثني عشر سهماً، يكون سهم كلّ بنت على الوقفية أربعة سهام و على الميراث ثلاثة، فكلّ سهم من سهام البنّتين يكون مجهول المالك لأنّ كلّاً من الحالف و الناقلين يرده أمّا الحالف لأنّه يدعى الوقفية و قد أخذ سهمه و عليها تقسّم الدار بالسوية و أمّا الناكلاّن فيدعيان الميراث، فميراث كلّ بنت بمقدار الربع و هو أقلّ من الثلث.

٣- إذا مات أحد الناقلين انتقل ما أقرّ بوقفيته، إلى الحالف دون ورثتهما، لأنّه مقتضى إقرارهما بالوقف الترتيبي.

٤- إذا مات الحالف انتقل ما أثبتته من ثلث الدار إلى الناقلين.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٤٩

المسألة الثانية: في ادعاء وقف التشريك

إذا ادعى بعض وقف التشريك و أنّ المورث وقف البيت على أولاده و أولاد أولاده بحيث لو كان له أولاد ثلاثة، و تولد لبعضهم

ولد يكون شريكاً مع الأعمام و الأب فى المنافع فعندئذ يقع الكلام فى أنّ البطن الثانى يفتقر إلى اليمين أو لا. اختار المحقق فى المقام لزوم الحلف على خلاف ما اختاره فى الوقف الترتيبى قائلاً: بأنّ البطن الثانى بعد وجودها تعود كالموجودة وقت الدعوى، ضرورة تلقى الجميع من الواقف و لا يثبت حقّ أحد منهم بيمين غيره. و قد مرّ أنّه قدّس سرّه اختار فى الوقف الترتيبى عدم حاجة البطن الثانى إلى اليمين قائلاً بأنّ الثبوت الأوّل أغنى عن تجديده، بمعنى الاكتفاء بثبوتة فى حقّ الأولين عن إثباته فى حقّ البطن الثانى. و على هذا يبقى بيان الفرق بين القسمين بعد اشتراكهما فى أخذ الوقف عن الواقف و إليك بيانه:

إنّ البطن الثانى فى الوقف الترتيبى فى طول البطن الأوّل، فإذا ثبت كون البيت وقفاً كلّه و لو للبطن الأوّل يكفى للبطن الثانى أيضاً، و هذا بخلاف التثريكى فإنّ البطن الثانى، عدل للبطن الأوّل فحلفهم لا يكفى لمن هو عدل لهم و فى عرضهم.

و لكن الفرق غير واضح، و ذلك: لأنّ البطن الثانى و إن كان فى عرض البطن الأوّل، لكن بعد وجوده و تولّده و أمّا قبله فقد ثبت كون البيت كلّه وقفاً، فهذا الثبوت أغنى عن تجديده. و الحاصل أنّ البطن الثانى فى كلا القسمين يتلقون الوقف من الواقف غير أنّهم فى الترتيبى لا- ينتفعون بالوقف ما دام الأوّل موجوداً، بخلاف التثريكى، و أمّا وقفية البيت كلّه فتثبت قبل البطن الثانى وجوداً أو انتفاعاً فإن كان يكفى الثبوت الأوّل، فلازمه الكفاية مطلقاً و إلّا فلا و التفريق غير واضح.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلاميه الغراء، ج ١، ص: ٥٥٠

و قد عرفت منّا أنّ ماهية الوقف أمر مستمرّ غير منقطع فثبوتة نفس ثبوت الاستمرار، فلا حاجة إلى تجديده و على ضوء ذلك إذا صار لأحد الإخوة ولد، يشاركهم منذ تولّده بلا حاجة إلى اليمين و بهذا يُستغنى عن الفرع الذى ذكره المحقق فى ضمن المسألة الثالثة إذ هو مبنى على لزوم حلف البطن الثانى فى التثريكى بعد البلوغ و قد عرفت عدم لزومه و إليك كلامه قدّس سرّه: لو ادعى إخوة ثلاثة أنّ الوقف عليهم و على أولادهم مشتركاً فحلفوا مع الشاهد ثمّ صار لأحدهم ولد فقد صار الوقف أرباعاً (بعد ما كان أثلاثاً) و لا تثبت حصّة هذا الولد ما لم يحلف لأنّه يتلقى الوقف عن الواقف فهو كما لو كان موجوداً وقت الدعوى و يوقف له الربع. «١»

ثمّ يقع الكلام فى أنّه إذا عزل فهل يدفع إلى وليه أو إلى أمين حتى يبلغ؟

و هناك احتمال آخر و هو أنّه إذا قلنا بلزوم حلفه، فلما ذا لا يحلف عنه وليه كما فى سائر المقامات و ليس هذا حلفاً لإثبات الملك لشخص أجنبى، و إنّما هو حلف لما هو تحت ولايته و قيمومته، و من المعلوم أنّ الصبر و الانتظار يؤدّى إلى ضياع الحقّ. و قد عرفت أنّا فى غنى عن هذا الفرع، و الفرع الذى ذكره بعد. قال: «فإن كمل (بالبلوغ و الرشد) و حلف، أخذ الربع و غلّته المتجدّدة بعد ولادته. و إن امتنع فقد ذكروا لمصرفه وجوه:

- ١- قال الشيخ: يرجع ربه على الإخوة لأنهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم و الولد بامتناعه جرى مجرى المعدوم، و أورد عليه باعتراف الإخوة بعدم استحقاق الربع فكيف يجوز لهم أخذه؟!
 - ٢- صرفه إلى الناكل لاعتراف الإخوة باستحقاقه.

(١) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ٩٤ / ٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلاميه الغراء، ج ١، ص: ٥٥١

٣- أنّه وقف تعدّر مصرفه.

إلى غير ذلك من الوجوه المحتملة.

و لكننا فى غنى عن هذه الآراء و عن عقد الفرع، كما فى غنى عن الفرع التالى أيضاً، و هو:

لو مات أحد الإخوة قبل بلوغ الطفل، عزل له الثلث من حين وفاة الميت لأنّ الوقف صار أثلاثاً و قد كان له الربع إلى حين الوفاة فيضاف إليه نصف سدس ١٢ / ١ فإن بلغ و حلف أخذ الجميع و إن ردّ ففيه وجوه.

لأن كل ما ذكر مبنى على لزوم اليمين عليه و قد عرفت عدم الحاجة و الله العالم.

المسألة الثالثة: فى ثبوت الدية و عدمها

ثبت بالشاهد الواحد مع اليمين الدية فيما إذا ادعى عليه القتل خطأ أو عمد الخطأ، لما عرفت من عموم حجيتهما فى إثبات المال، و أما إذا ادعى عليه القتل الموجب للقصاص كما إذا كان عمداً فلا يثبت بهما. و أقصى ما يفيد الشاهد الواحد كونه موجباً لاحتمال صدق المدعى للقتل، و يصير الموضوع صالحاً للقسامه كما حرر فى محله نعم لو قلنا باعتبارهما فى مطلق حق الناس، لثبت بهما و قد عرفت عدم صحته و اختصاصهما بالأموال و عدم إثبات العنوان.

[خاتمة تشمل على فصلين]

[الفصل الأول] فى كتاب قاض إلى قاض

و قبل الخوض فى المقصود تقدم أموراً:

إشارة

١- إن الداعى لإبلاغ الحكم إلى قاض آخر أحد الأمور التالية:

أ: إعلامه بإنهاء الخصومة و قطع المنازعة، حتى لا يتصدى القاضى الثانى نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٥٢ بفصلها، لأنها فصلت فصلاً شرعياً.

ب: استيفاء الحقوق بإجرائه حكم القاضى الأول، إذ ربما لا يستطيع الأول، للإجراء، لتباعد الغرماء عن أصحاب الحقوق.

ج: ربما يكون حكم الحاكم الأول قضاء على الغائب، و الغائب على حجته، فله أن يرفع الشكوى إلى القاضى الآخر، فيبلغه حكمه حتى يكون على اطلاع من صدور حكم عليه فيأخذ حذره.

٢- إن الهدف من إنهاء الحكم إلى قاض آخر ليس طلب القضاء و إصدار الحكم على وفق حكمه، و ذلك لأن صدور الحكم رهن قيام البيئنة و الأيمان عند القاضى الثانى، و لم تقم عنده فيكون الحكم على وفق حكمه من قبيل الحكم بما لا يعلم، بل المقصود، هو أحد الأمور السابقة قال سيدنا الأستاذ: الظاهر أن إنفاذ حكم الحاكم أجنبي عن حكم الحاكم الثانى فى الواقعة، لأن قطع الخصومة، حصل بحكم الأول، و إنما أنفذه و أمضاه الحاكم الآخر ليجريه الولاية و الأمراء، و لا أثر له بحسب الواقعة فإن إنفاذه و عدم إنفاذه بعد تمامية موازين القضاء فى الأول سواء و ليس له الحكم فى الواقعة لعدم علمه، و عدم تحقق موازين القضاء عنده. (١)

٣- لا ينفذ الحكم و لا تفصل الخصومة إلا بالإنشاء لفظاً و لا عبرة بالإنشاء كتباً و سيوافيك البحث فيه.

٤- قد ذكر المحقق أن إنهاء الحكم إما بالكتابة أو القول أو الشهادة، و اللازم هو البحث عن كل واحد على سبيل الاستقلال، و بما أن الإنهاء عن طريق الكتابة بما هى هى، لم يقل به أحد من الفقهاء، ذهب جماعة إلى كفايتها إذا ضم إليها البيئنة أو الشهادة و لأجل ذلك ربما يحصل التداخل فى نقل الأقوال بين الأول

(١) تحرير الوسيلة ٢، كتاب القضاء، خاتمة فيها فصلان: الفصل الأول، المسألة ٣.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٥٣
و الثالث خصوصاً في كلمات الشيخ في الكتابين و مع ذلك نسعى أن نأخذ كل واحد بالبحث على وجه الاستقلال.

أقوال الفقهاء في إنهاء الحكم بأقسامه الثلاثة:

قال الشيخ: لا يجوز الحكم بكتاب قاض إلى قاض و خالف جميع الفقهاء في ذلك و أجازوه إذا ثبت أنه كتابه. و قال أيضاً: لا يحكم بكتاب قاض إلى قاض سواء كان على صحته بيّنه أو كان مختوماً فإنه لا يجوز العمل به ثم نقل عن سائر الفقهاء قولين:
١- قال أهل العراق و الشافعي: يعمل به إذا قامت البيّنة على ثبوته و لا يعمل به إذا لم تقم و إن كان مختوماً.
٢- و قال قضاة البصرة: إنه إذا وصل مختوماً حكم و أمضاه و هو إحدى الروايتين عن مالك.
ثم القائلون بكفاية الكتابة المقرونة بالبيّنة اختلفوا في تحمّل الشهادة. «١»
فقال أبو حنيفة و الشافعي: لا يصح إلا بعد أن يقرأ الحاكم الكتاب على الشهود، و يُشهدهم على نفسه بما فيه و لا يصح أن يدرجه ثم يقول لهما اشهدا على بما فيه و لا يصح هذا التحمّل و لا يعمل به.
و قال أبو يوسف: إذا ختمه بختمه و عنونه جاز أن يتحمّل الشهادة عليه مدرّجاً يُشهدهما أنه كتابه إلى فلان فإذا وصل الكتاب إليه شهدا عنده بأنه كتاب فلان فيقرؤه و يعمل بما فيه. «٢»
فتلخص من كلامه أن سائر الفقهاء كفقهاء الشيعة لا ينفذون كتاب قاض

(١) من هنا يحصل الخلط بين الطريق الأول: الكتابة و الطريق الثالث: الشهادة فتذكر.

(٢) الطوسي، الخلاف: الجزء ٣، كتاب القضاء، المسألة ٢٢٢٠.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٥٤

إلى قاض بمجرد الكتابة لكن قضاة البصرة يكتفون في الثبوت بأحد الأمرين: البيّنة أو كونه مختوماً و لكن أهل العراق يقتصرون بالبيّنة وحدها.

لو أرادوا من البيّنة، الشهادة على حكم القاضي لا الشهادة على أنه خطه فقد اختلفوا في كيفية تحمّل الشهادة، فمنهم كأبي حنيفة و الشافعي اشترطا تحمّل الشهادة تفصيلاً بقراءة القاضي أو كاتبة الكتاب لهما، لكن أبا يوسف قال بكفاية التحمّل و لو إجمالاً.
و لكن الشيخ لا ينفذ و لا يجيز كتاب قاض إلى قاض على أي وجه و لكنّه قدس سرّه، أظهر المرونة في كتاب المبسوط بالثبوت فيما تحمّل الشهادة تفصيلاً لا إجمالاً و إليك نصّه:

فإذا ثبت فكتب قاض إلى قاض كتاباً لم يجز أن يحكم بما فيه و لا يمضيه حتى يثبت عنده بالبيّنات أنه كتاب فلان إليه سواء وصل مختوماً أو غير مختوم، و قال قوم إذا وصل مختوماً حكم به و أمضاه. فإذا ثبت أنه لا يقبل و لا يعمل عليه إلا بالشهادة فالكلام في فصلين: في كيفية التحمّل و كيفية الأداء.

أمّا التحمّل فإذا كتب القاضي كتابه استدعى بالشهود و قرأه هو عليهم أو دفعه إلى ثقة يقرأه عليهم فإذا قرأه عليهما أو قرأه الآخر فعليه أن يقول لهما: هذا كتابي إلى فلان و قد أشهدتكما ما فيه إلى أن قال فإذا وصل الكتاب معهما إليه قرأه الحاكم أو غيره على الحاكم و عليهما فإذا سمعاه قالا هذا كتاب فلان إليك و لا بد أن يقول: قد أشهدنا على نفسه بما فيه، و سواء وصل الكتاب مختوماً أو غير مختوم معنونا أو غير معنون، الباب واحد فإن الاعتماد على شهادتهما لا على الخط و الختم. إلى أن قال: فأما إن كتب الكتاب فأدرجه

و ختمه ثم استدعى بهما فقال هذا كتابى قد أشهدتكما على نفسى بما فيه لم يجرز و لا يصح هذا التحمل. (١)

(١) الطوسى، المبسوط: ٨ / ١٢٤١٢٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٥٥

هذه كلمات الشيخ، و أما كلمات سائر الفقهاء فمن أراد الاطلاع عليها فليرجع إلى المغنى لابن قدامة (١).

الإنهاء بالكتابة

إذا عرفت ما ذكرنا فاعلم أن إنهاء حكم الحاكم إلى الآخر إما بالكتابة أو القول أو الشهادة فلنأخذ كل بالبحث مفرداً. أمّا الإنهاء بالكتابة فالمشهور كما عرفت عدم العبرة بها لإمكان التشبيه و التزوير، و لكن الحق الاعتماد عليها إذا حصل الاطمئنان بالقصد و عدم التزوير و يؤيده السيرة المستمرة بين العقلاء فى المقام و غيره و قد حَقَّق المسألة صاحب الجواهر، و قال: بل يمكن دعوى الضرورة على ذلك خصوصاً مع ملاحظة عمل العلماء فى نسبتهم الخلاف و الوفاق و نقلهم الإجماع و غيره فى كتبهم المعول عليها بين العلماء. (٢)

على أن محور القضاء و إبلاغ الأحكام إلى متولّى الإجراء، كلّها تتم بالكتابة المختومة المصونة عن التزوير، فلو اسقطنا الكتابة عن الاعتبار، لعرقت القضاء خطى عن الإجابة على حاجات العصر.

الإنهاء بالقول

و هذا هو الطريق الثانى للإنهاء، كأن يقول القاضى الأول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت قال المحقق: ففى القضاء به تردّد نصّ الشيخ فى الخلاف أنه لا يقبل و لكن الحق كفاية المشافهة فيما يترقّب من إعلام القاضى الثانى بحكمه و قد عرفناك الآثار التى يربتها الثانى على قضاء القاضى الأول فى صدر البحث و لا تقتصر المشافهة على الإبلاغ بشاهدى عدل.

(١) ابن قدامة، المغنى: ١١ / ٤٧٢٤٦٩.

(٢) النجفى، الجواهر: ٤٠ / ٣٠٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٥٦

الإنهاء بالشهادة

إشارة

هذا هو الطريق الثالث يبحث فيه عن جهتين:

الأولى: حجية الشهادة:

و قد استدل المحقق على قبولها بوجوه أربعة مختلفه فإليك بيانها:

١- إن ذلك ممّا تمسّ الحاجة إليه إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها فى البلاد المتباعدة غالب و تكليف شهود الأصل التنقل متعذر أو متعسر «١» فلا بدّ من وسيلة إلى استيفائها مع تباعد الغرماء و لا وسيلة إلّا رفع الأحكام إلى الحكام. لا يقال: يتوصّل إلى ذلك بالشهادة على شهود الأصل لأننا نقول: قد لا يساعد شهود الفرع على التنقل. و الشهادة الثالثة لا تُسمع.

٢- لو لم يشرع إنهاء الأحكام بطلت الحجج مع تطاول المدد.

٣- لأنّ المنع من ذلك يؤدّى إلى استمرار الخصومة فى الواقعة الواحدة بأن يرافعه المحكوم عليه إلى الآخر، فإن لم ينفذ الثانى ما حكم به الأوّل، اتّصلت المنازعة.

٤- لأنّ الغريمين لو تصادقا إنّ حاكماً حكم عليهما، ألزمهما الحاكم ما حكم الأوّل، فهكذا لو قامت البيّنة لأنها تثبت ما لو أقرّ الغريم به، لزم. «٢»

و لا يذهب عليك أنّ مفاد الأدلّة الثلاثة الأوّل هو إثبات مشروعية حكم الحاكم الآخر، بإنفاذ ما حكم به الأوّل و هذا هو المقصود فى المقام.

و أمّا الآخر، فسيق لإثبات حجّية البيّنة فى إثبات حكم الحاكم و هو ليس

(١) بخلاف الشاهدين اللذين يستخدمهما القاضى للإرسال و ربّما يكونان من موظفى المحكمة أو خارجها و مستعدّين للسفر حتّى يشهدا بما رأيا و سمعا.

(٢) الشرائع: ٩٦/٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلاميه الغراء، ج ١، ص: ٥٥٧
بمطروح فى المقام لافتراض الإطلاق فى حجّيتها فلا حاجة إلى الدليل الرابع.

الجهة الثانية: كيفية تحمّل الشهادة

إشارة

إنّ لتحملها صوراً نشير إليها:

١- أن يحضرا شاهداً الإنهاء خصومة الخصمين و سمعا ما حكم به الحاكم و أشهدهما الحاكم على حكمه ثم شهدا بالحكم عند الآخر فيثبت بشهادتهما حكم ذلك الحاكم لينفذ أو يثبت عنده ما حكم به على الغائب و هذه الصورة من التحمّل هى الصورة التامة.

٢- أن يحضرا خصومة الخصمين و يسمعا ما حكم به الحاكم من دون أن يشهدهما القاضى على حكمه بل كان هناك استماع فقط و هذه الصورة كالأولى فى الإثبات و لم يذكرها المحقق.

٣- أن لا يحضرا خصومة الخصمين، بل حضرا صدور الحكم من القاضى.

٤- أن لا يحضرا شيئاً ممّا يرجع إليهما غير أنّ القاضى حكى لهما الواقعة و صورة الحكم و سمى المتحاكمين بأسمائهما و آبائهما و صفاتهما و أخبرا بهما حكمه و قد سبق البحث عنه فى الطريق الثانى و قلنا بالكفاية و قال المحقق فيه تردد و القبول أولى لأنّ حكمه لما كان ماضياً كان إخباره ماضياً و قد مضى الكلام فيه.

٥- لو لم يحضرا الواقعة و إنّما أشهدهما على أنّه ثبت عنده كذا و كذا، قال المحقق: لم يحكم به الثانى و علّله فى الجواهر بأنّ الثبوت ليس حكماً، و ليس بملازم معه.

هذه صورة التحمّل، و تكفى عامّة الصور فى إثبات صدور الحكم عن القاضى الأوّل، إلّا الأخير.

و للشاهدين أن يقصا ما شاهدا، من الواقعة و ما سمعاه من لفظ الحاكم

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج 1، ص: 558

و يقولوا: «و أشهدنا على نفسه أو شهدنا» على كذا و كذا.

فى تغيير حال أحد الحاكمين

لو تغير حال الحاكم الأول بموت أو عزل، لم يقدح ذلك فى العمل بحكمه، لكونه واجداً للشرائط عند الصدور نعم لو فسق ففیه التفصيل، فلو كان عادلاً حين الصدور و حين الإنهاء، (و إن فسق حين الوصول إلى القاضى الثانى أو وقت تنفيذه) كفى بخلاف ما لو افتقد العدالة فى أحد الطرفين الأولين.

و لو تغير حال المكتوب إليه، فلا يضّر، لأنّ قضاء الأول حجة على كل من كانت عنده البيّنة بأنّ الأول حكم على كذا.

مسائل ثلاث:

المسألة الأولى: ينبغى أن يكون كتاب القاضى إلى قاض مثله، مشتملاً على خصوصيات الطرفين

بأن يشتمل على اسم المحكوم له و المحكوم عليه و اسم أبيهما، و مهنتهما، و اسم عائلتهما و رقم الهوية إلى غير ذلك من المواصفات التى بها يتعرّف على المحكوم عليه. ثم الشاهدان، تارة يشهدان على العين و أنّ الرجل الخارجى محكوم عليه و أخرى على الأوصاف الكليّة، و على الأول، ينفذ فى حقه الحكم سواء أقرّ بأنه المحكوم عليه أو لا، لقيام البيّنة على الشخص الخارجى إنّما الكلام إذا شهدا على الأوصاف و انطبقت على شخص فحينئذ إن أقرّ، فيكون مثل الشهادة على العين و إن أنكر أن يكون هو المقصود من الأوصاف الواردة فى الكتاب فله صورتان.

الأولى: إذا كانت الأوصاف و الشهادة عليها على وجه يحتمل الاتفاق

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج 1، ص: 559

و الشركة غالباً كما إذا اقتصر القاضى على الاسم من دون أن يشير إلى اسم العائلة و غيره كأحمد بن محمّد. فهناك وجهان:

1- بطلان الحكم من أصل و هو خيرة صاحب المسالك قال: أما إذا اقتصر على إني حكمت على محمّد بن أحمد، مثلاً فقل «1» يبطل الحكم لأنّ المحكوم عليه منهم لم يتعين بإشارة و لا وصف حتى لو حضر رجل و اعترف بأنه محمّد بن أحمد و أنّه المعنى فى الكتاب لم يلزم ذلك، لبطلان الحكم فى نفسه إلّا أن يُقرّ بالحقّ بخلاف ما استقصى الوصف و لم يقصّر و ظهر الاشتراك و اتفق اشتباهه «2» و مال إليه فى الجواهر و حكى عن العلامة فى القواعد و التحرير.

2- صحّة القضاء غاية الأمر، يرجع فى تعيين المحكوم عليه إلى قواعد القضاء و عليه هنا صور ثلاث:

أ: إذا حضر رجل و ادعى أنّه محمّد بن أحمد و أنّه المعنى بالكتاب يلزم بالأداء و لا يتوقف على الإقرار بالحقّ.

ب: لو أنكر أنّه المعنى به و أقام المدعى البيّنة على أنّه المعنى به، يؤخذ و يلزم بالأداء.

ج: و إن لم يقم المدعى البيّنة لزم على المنكر اليمين على أنّه ليس بمقصود.

الثانية: ما إذا استقصى القاضى الأوصاف و لم يقصر على وجه يعدّ احتمال الاشتراك فيها نادراً، و عندئذ فإن أقامت البيّنة على أنّه اسمه و نسبه أو صدق المدعى عليه أنّه اسمه و اسم أبيه و صار كل ما جاء فى الكتاب منطبقاً عليه و لم يوجد هناك من يشاركه فى الاسم و الصفات المذكورة، لزمه الحكم لأنّ الظاهر أنّه المحكوم عليه. و لا يلتفت إلى إنكاره، لو أنكر.

نعم لو ادعى أن فى البلد رجلاً يساوى اسمه فى الاسم و النسب يكلف

(١) القائل هو الشهيد فى الدروس.

(٢) زين الدين العاملى، المسالك: ٢/ ٤٢٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٦٠

بتعريفه و إثبات أن اسمه و نسبه مساويان معه، فيحضر المشارك فإن اعترف بالحق طوالب به و يُخَلِّص الأَوَّل و إن أنكر وقف الحكم حتى ينكشف و يتبين، للعلم الإجمالى، بأن أحد الرجلين محكوم بالأداء فيوقف الحكم عن التنفيذ فى تمييز المحكوم عليه. و أمّا إذا كان المساوى فى الاسم و الوصف مميّناً فلو دلّت القرائن على براءة المييت كما إذا لم يعاصره المدعى، أو كان تاريخ الحق متأخراً عن موته، فيلزم الحى بالدفع و إلّا وقف الحكم حتى يتمييز المحكوم عليه كما فى صورة حياتهما.

المسألة الثانية إذا شهدت البينة على رجل بدين أو عين لآخر أو اعترف بذلك ابتداء فهل له الامتناع من الدفع أو الرد حتى يشهد القابض بالأخذ أو لا؟

وجوه:

١- يجوز له الامتناع دفعاً للضرر المحتمل، إذ ربّما يدعى عليه بعد الأخذ و ليس له شاهد على الأداء.

٢- لا يجوز له الامتناع إذ مضافاً إلى أن الإمساك ضرر على المالك أن أمامه أحد الأمرين حسب اختلاف المورد. الأول: عدم الاعتراف بالأصل و ادعاء براءة ذمته ممّا يدعيه مع اليمين الصادقة و لا- ضرر فيها، أو الاعتراف بالأصل مع اليمين كما فى مورد الودعى حيث يقبل ادعاء الرد معها.

٣- التفصيل بين ما لو كان بالحق شاهد فالأول و إلّا فالثانى.

و اختار المحقق القول الأول قائلاً بأن المنازعة و توجه اليمين ممّا ينبغى دفعه خصوصاً عن ذى المروءات فيكون حسم مادتها بالإشهاد عذراً فى تأخير الحق إلى أن يحكمه.

أقول: إن الموضوع فى كلام المحقق المشهود عليه، حيث قال: للمشهود عليه

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٦١

أن يمتنع من التسليم، و عليه ففيما لا يكون هناك شاهد بالحق خارج عن موضوع البحث فيكون البحث مركزاً على ما إذا كان بالحق شاهد فلا يبقى موضوع للتفصيل بين ما يكون بالحق شاهد و عدمه لأنّ الثانى خارج عن البحث و العرف يساعد على الامتناع إذا كان بالحق شاهد و يرى الممتنع محققاً و بعبارة أخرى أنه مأمور بالدفع و الأداء و أمّا الكيفية فمتروكة إلى قضاء العرف و العقلاء، و هم يرون الدفع بلا إشهاد عملاً غير عقلاى و إلقاء للنفس فى الخسران، نعم لو لم يكن بالحق شاهد فهو كما عرفت.

المسألة الثالثة إذا استدان جنساً أو باعه سلماً و أخذ الثمن و دفع الحجة، فهل للمدين أو بائع السلم أن يستردا الحجة عند الأداء أو لا؟

قال المحقق: لا يجب على المدعى (الدائن و المشتري) دفع الحجة مع الوفاء و ذلك لوجهين:

الأول: لأنها حجة له لو خرج المقبوض مستحقاً للغير، و لا ينحصر فائدها فى زمن ملكه بل يحتاج إليها بعد البراءة و خروج الملك عنه ليكون حجة على الدرك.

الثانى: لأنها ملك لمن هى فى يده ولا يجب عليه دفع ملكه إلى غيره وإن لم يكن له منفعة. «١»
 وضعف الثانى واضح، لأنَّ الحجية لو كانت سنداً مكتوباً فهو غالباً يكون من قبل المديون أو بايع السلف فيكون ملكاً له. فإذا قام بالوفاء يجب عليه دفعه إليه، لأنه لا يتجاوز عن الرهن، الذى يجب رده إلى الراهن بعد أخذ الدين.
 و أما الامتناع عن الدفع، باحتمال كون المقبوض مال الغير، فلا يكون مجوزاً للامتناع، غاية الأمر أن لاأخذ أن يستشهد لما قبض و أنه فى مقابل الدين، بحيث

(١) زين الدين العاملى، المسالك: ٢ / ٤٢٥.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٦٢

لو تبين كونه مال الغير، كانت له الحجية على العود إلى الدافع. أضف إلى ذلك أنَّ العرف يرى الحجية كالرهن لدى الدائن و المشتري، فإذا أدى العين أو خرج عن العهدة تستردَّ الحجية، كالعين المرهونة و فى بعض الروايات أنَّ الإمام على بن الحسين عليهما السلام قرض و دفع خيطاً من عباءته باسم الحجية، فلما بلغ أجله، و أراد الإمام الوفاء طلب الخيط و لم يدفعه حتى أخذه.
 و لو اشترى داراً و باعها من آخر و طلب المشتري الثانى كتاب الأصل قال المحقق: لا- يجب التسليم لوجهين كونها ملكاً للمشتري الأول و لأنه حجة له على البائع الأول لو خرج مستحقاً للغير.

يلاحظ على الدليل الأول أنَّ كتاب الأصل ربما يعدّ من توابع البيت كالمفتاح، فيكون له قسط من الثمن فلا يصح الامتناع من الدفع كما أنَّ الدليل الثانى لا يمنع من التسليم، لإمكان الاستشهاد على ابتياعه من البائع الأول.
 و أمّا الرائج اليوم فإذا تمّ ثبت البيت فى دائرة الأملاك، يدفع إلى صاحبه دفتر يسجل فيه اسم المالك و هويته، و يحدّد فيه حدود الملك و يتوارد البيوع المتأخرة عليه فلا مناص عن دفع السند الأول إلى المشتري.

و أما إذا لم يسجل البيت فى دائرة الأملاك أو سيجل و لكن لا بصورة كاملة فيكتفى بسند عادى أو رسمى دالّ على البيع من ثالث، من دون الزام على دفع سند الأصل، و ربما لا يتمكن من الدفع إذا كان سنداً عاماً لكثير من البيوت و الأراضى.
 نجز الكلام فى الجزء الأول من كتاب القضاء

و يتلوه الجزء الثانى بإذن الله

مبتدئاً بأحكام القسمة.

و الحمد لله أولاً و آخراً

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهدوا بأموالكم و أنفسكم فى سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون (التوبة/٤١).

قال الإمام على بن موسى الرضا - عليه السلام: رحِمَ اللهُ عبداً أحيا أمرنا... يتعلم علوماً و يعلمها الناس؛ فإنَّ الناس لو علموا محاسن كلامنا لأتبعونا... (بناذر البحار - فى تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عيون أخبار الرضا(ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١ / ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافى بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادى" - "رحمه الله" - كان أحداً من جهابذة هذه المدينة، الذى قد اشتهر بشغفه بأهل بيت النبى (صلوات الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام على بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحه صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، فى سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة كم ينطفى مصباحها، بل تتبع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمة" للتحرى الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشطته من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامى - دام عزه - ومع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميه و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، فى 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 التحرى الأذق للمسائل الدينيه، تخليف المطالب النافعه - مكان البلايتي المبتدله أو الرديئه - فى 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 هواه برامج العلوم الإسلاميه، إناله منابع اللازمه لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة فى الجامعه، و...

- منها العداة الاجتماعيه: التى يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثه متصاعده، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - فى آكناف البلد - و نشر الثقافه الإسلاميه و الإيرانيه - فى 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 فى الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثيه الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...

(د) إبداع الموقع الانترنتى "القائمة" www.Ghaemiyeh.com و عدده مواقع أخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض فى القنوات القمرية

(و) الإطلاع 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 فى الجلسه

(ى) إقامة دورات تعليميه عموميه و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيله السنه

المكتب الرئيسى: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد" / "ما بين شارع "پنج رمضان" و "مفترق" و فائى" / "بنايه" القائمية"

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهويه الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونى: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتى: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠٢٣-٢٣٥٧٠٢٣ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجاريه و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيته، تبرعته، غير حكوميته، و غير ربحية، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافي الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينية و العلمية الحالية و مشاريع التوسعة الثقافية؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقية 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
أصبحان
الغائمي

WWW



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

