



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عمر
عليه السلام

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

أسس القضاء
و الشهادة

أبى
محمد بن عبد الله بن
أبي بكر بن محمد بن
أبي بكر بن محمد بن
أبي بكر بن محمد بن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

اسس القضاء و الشهادة

كاتب:

جواد تبریزی

نشرت فی الطباعة:

دارالصديقه الشهيد

رقمی الناشر:

مركز القائمیة باصفهان للتحريات الكمبيوتریة

الفهرس

٥	الفهرس
١٧	اسس القضاء و الشهادة
١٧	اشارة
١٧	[المقدمة]
١٧	[كتاب القضاء]
١٧	اشارة
٢٠	[النظر الأول: في الصفات]
٢٠	اشارة
٢٧	[و هنا مسائل]
٢٧	اشارة
٢٧	[الأولى: يشترط في ثبوت الولاية اذن الإمام أو من فوض إليه الإمام]
٣١	[الثانية: تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه، و ربما وجب]
٣٢	[الثالثة: إذا وجد اثنان متفاوتان في الفضيلة مع استكمال الشرائط المعتبرة]
٣٣	[الرابعة: إذا اذن له الإمام في الاستخلاف جاز]
٣٦	[الخامسة: إذا ولي من لا يتعين عليه القضاء]
٣٨	[السادسة: تثبت ولاية القاضي بالاستفاضة]
٤٠	[السابعة: يجوز نصب قاضيين في البلد الواحد لكل منهما جهة على انفراده]
٤٣	[الثامنة: إذا حدث في القاضي ما يمنع الانعقاد انعزل]
٤٤	[التاسعة: إذا مات الإمام، قال الشيخ- ره- الذي يقتضيه مذهبنا انعزال القضاة أجمع]
٤٥	[العاشرة: إذا اقتضت المصلحة تولية من لم يستكمل الشرائط انعقدت ولايته]
٤٥	[الحادية عشرة: كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه]
٤٨	[النظر الثاني: في الآداب]
٤٨	اشارة

- ٤٨ أو هي قسمان: مستحبة و مكروهة].....
- ٤٨ اشارة
- ٤٨ [المستحبة]
- ٥١ [و الآداب المكروهة]
- ٥٤ [و هنا مسائل]
- ٥٤ اشارة
- ٥٤ [الأولى: الإمام يقضى بعلمه مطلقا و غيره من القضاة يقضى بعلمه]
- ٥٨ [الثانية: إذا أقام المدعى بينة و لم يعرف الحاكم عدالتهما]
- ٥٩ [الثالثة: لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال و أمر بحبسه]
- ٦١ [الرابعة: ليس على الحاكم تتبع حكم من كان قبله]
- ٦٢ [الخامسة: إذا ادعى رجل أن المعزول قضى عليه بشهادة فاسقين و جب إحضاره]
- ٦٣ [السادسة: إذا افتقر الحاكم إلى مترجم لم يقبل إلا شاهدان عدلان]
- ٦٤ [السابعة: إذا اتخذ القاضي كاتباً و جب أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً]
- ٦٥ [الثامنة: الحاكم إن عرف عدالة الشاهدين حكم]
- ٦٩ [التاسعة: لا بأس بتفريق الشهود]
- ٧١ [العاشر: لا يشهد الشاهدان بالجرح إلا مع المشاهدة لفعل ما يقدح في العدالة]
- ٧٢ [الحادية عشرة: و لو ثبت عدالة الشاهد]
- ٧٢ [الثانية عشرة: ينبغي أن يجمع قضايا كل أسبوع و وثائقه و حججه]
- ٧٤ [الثالثة عشرة: كل موضع و جب على الحاكم فيه كتابة المحضر]
- ٧٤ [الرابعة عشرة: يكره للحاكم أن يعنت الشهود إذا كانوا من ذوى البصائر و الأذهان القوية]
- ٧٤ [الخامسة عشرة: لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد]
- ٧٥ [السادسة عشرة: يكره أن يضيف أحد الخصمين]
- ٧٥ [السابعة عشرة: الرشوة حرام]
- ٧٦ [الثامنة عشرة: إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم]

- ٧٧ [النظر الثالث: في كيفية الحكم]
- ٧٧ اشارة
- ٧٧ [و فيه مقاصد]
- ٧٧ اشارة
- ٧٧ [المقصد الأول: في وظائف الحاكم]
- ٧٧ اشارة
- ٧٧ [الأولى: التسوية بين الخصمين]
- ٧٩ [الثانية: لا يجوز أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه]
- ٨٠ [الثالثة: إذا سكت الخصمان استحب أن يقول لهما تكلمما أو ليتكلم المدعى]
- ٨٠ [الرابعة: إذا ترفع الخصمان و كان الحكم واضحا لزمه القضاء]
- ٨١ [الخامسة: إذا ورد الخصوم مترتبين بدأ بالأول فالأول]
- ٨١ [السادسة: إذا قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم يسمع]
- ٨٢ [السابعة: إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى]
- ٨٣ [المقصد الثاني: في مسائل متعلقة بالدعوى]
- ٨٣ اشارة
- ٨٣ [الأولى: قال الشيخ لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهولة]
- ٨٥ [الثانية: قال: إذا كان المدعى به من الأثمان افتقر إلى ذكر جنسه و وصفه و نقده]
- ٨٦ [الثالثة: إذا تمت الدعوى هل يطالب المدعى عليه بالجواب أو يتوقف ذلك على التماس المدعى؟]
- ٨٧ [الرابعة: لو ادعى أحد الرعية على القاضى]
- ٨٧ [الخامسة: يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدي الحاكم]
- ٨٨ [المقصد الثالث: في جواب المدعى عليه]
- ٨٨ اشارة
- ٨٨ [و هو إما إقرار أو إنكار أو سكوت]
- ٨٨ اشارة

- ٨٨ [أما الإقرار]
- ٩٢ [أو أما الإنكار]
- ١١٢ [أو أما السكوت]
- ١١٦ [مسائل تتعلق بالحكم على الغائب]
- ١١٦ اشارة
- ١١٧ [الأولى: يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقا]
- ١١٧ [الثانية: يقضى على الغائب فى حقوق الناس]
- ١١٨ [الثالثة: لو كان صاحب الحق غائبا فطالب الوكيل فادعى الغريم التسليم إلى الموكل و لا بينة]
- ١١٨ [المقصد الرابع: فى كيفية الاستحلاف]
- ١١٨ اشارة
- ١١٨ [الأول: فى اليمين]
- ١١٨ اشارة
- ١٢٥ [فرعان]
- ١٢٥ اشارة
- ١٢٥ [الأول: لو امتنع عن الإجابة إلى التعليل لم يجبر]
- ١٢٦ [الثانى: لو حلف لا يجيب إلى التعليل]
- ١٢٨ [البحث الثانى: فى يمين المنكر و المدعى]
- ١٢٨ اشارة
- ١٣٤ [مسائل ثمان]
- ١٣٤ اشارة
- ١٣٤ [الأولى: لا يتوجه اليمين على الوارث ما لم يدع عليه العلم بموت المورث]
- ١٣٥ [الثانية: إذا ادعى على المملوك فالغريم مولاة]
- ١٣٥ [الثالثة: لا تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن البينة]
- ١٣٧ [الرابعة: منكر السرقة يتوجه عليه اليمين لإسقاط الغرم]

- الخامسة: لو كان له بينة فأعرض عنها و التمس يمين المنكر] ١٣٧
- السادسة: لو ادعى صاحب النصاب إبداله في أثناء الحول قبل قوله بلا يمين] ١٣٨
- السابعة: لو مات و لا وارث له و ظهر له شاهد بدين] ١٤٤
- الثامنة: لو مات و عليه دين يحيط بالتركة لم ينتقل إلى الوارث] ١٤٥
- البحث الثالث: في اليمين مع الشاهد] ١٤٧
- اشارة ١٤٧
- مسائل خمس] ١٥٥
- اشارة ١٥٥
- الأولى: لو قال: هذه الجارية مملوكتي و أم ولدي] ١٥٥
- الثانية: لو ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم دارا] ١٥٥
- الثالثة: إذا ادعى الوقفية عليه و على أولاده بعده و حلف مع شاهده] ١٥٧
- الرابعة: لو ادعى عبدا و ذكر أنه كان له و أعتقه فأنكر المتشبهت] ١٥٧
- الخامسة: لو ادعى عليه القتل و أقام شاهدا] ١٥٨
- اخاتمة تشتمل على فصلين] ١٥٨
- اشارة ١٥٨
- الأول في كتاب قاض إلى قاض] ١٥٨
- اشارة ١٥٨
- مسائل ثلاث] ١٦٣
- اشارة ١٦٣
- الأولى: إذا أقر المحكوم عليه أنه هو المشهود عليه الزم] ١٦٣
- الثانية: للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض] ١٦٤
- الثالثة: لا يجب على المدعى دفع الحجّة مع الوفاء] ١٦٤
- الفصل الثاني في لواحق من أحكام القسمة و النظر في القاسم و المقسوم و الكيفية و اللواحق] ١٦٥
- اشارة ١٦٥

- ١٦٥ [أما الأول: في القاسم]
- ١٦٩ [الثاني في المقسوم]
- ١٧١ [الثالث: في كيفية القسمة بالحصص]
- ١٧١ اشارة
- ١٧٥ [مسائل ثلاث]
- ١٧٥ اشارة
- ١٧٥ [الاولى: لو كان لدار علو و سفل فطلب أحد الشريكين قسمتها]
- ١٧٥ [الثانية: لو كان بينهما أرض و زرع فطلب قسمة الأرض حسب اجبر الممتنع]
- ١٧٦ [الثالثة: لو كان بينهما قرحان متعدده و طلب واحد قسمتها بعضا في بعض]
- ١٧٧ [الرابع: في اللواحق و هي ثلاث]
- ١٧٧ اشارة
- ١٧٧ [الأولى: إذا ادعى بعد القسمة الغلط عليه لم تسمع دعواه]
- ١٧٨ [الثانية: إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً]
- ١٧٩ [الثالثة: لو قسم الورثة التركة ثم ظهر على الميت دين]
- ١٨٠ [النظر الرابع: في أحكام الدعوى]
- ١٨٠ اشارة
- ١٨٠ [أما المقدمة فتشتمل على فصلين]
- ١٨٠ اشارة
- ١٨٠ [الأول في المدعى]
- ١٩٣ [الفصل الثاني في التوصل إلى الحق]
- ١٩٣ اشارة
- ١٩٧ [مسألتان]
- ١٩٧ اشارة
- ١٩٧ [الاولى: من ادعى مالا لا يد لأحد عليه قضي له]

- ١٩٨ [الثانية: لو انكسرت سفينة في البحر فما أخرجته البحر فهو لأهله]
- ١٩٩ [أما المقاصد]
- ١٩٩ [المقصد الأول في الاختلاف في دعوى الاملاك]
- ١٩٩ اشارة
- ١٩٩ [الاولى: لو تنازعا عينا في يدهما و لا بينة قضي بها بينهما نصفين]
- ٢٠٤ [الثانية: يتحقق التعارض في الشهادة مع تحقق التضاد]
- ٢١٣ [الثالثة: إذا ادعى شيئا فقال المدعى عليه هو لفلان اندفعت عنه المخاصمة]
- ٢١٥ [الرابعة: إذا ادعى أنه أجره الدابة و ادعى آخر أنه أودعه إياها]
- ٢١٦ [الخامسة: لو ادعى دارا في يد انسان و اقام بينة أنها كانت في يده أمس]
- ٢١٨ [المقصد الثاني في الاختلافات في العقود]
- ٢١٨ اشارة
- ٢٢٦ [مسائل]
- ٢٢٦ اشارة
- ٢٢٦ [الاولى: لو شهد للمدعى أن الدابة ملكه منذ مدة فدلّ ستها على أقل من ذلك قطعا أو أكثر]
- ٢٢٧ [الثانية: لو ادعى دابة في يد زيد و اقام بينة أنه اشتراها من عمرو]
- ٢٢٧ [الثالثة: الصغير المجهول النسب إذا كان في يد واحد و ادعى رقيته]
- ٢٢٨ [الرابعة: لو ادعى كل واحد منهما ان الذبيحة له و في يد كل منهما بعضها]
- ٢٢٩ [الخامسة: لو ادعى شاء في يد عمرو و اقام بينة فتسلمها ثم اقام الذي كانت في يده بينة أنها له]
- ٢٢٩ [السادسة: لو ادعى دارا في يد زيد و ادعى عمرو نصفها و أقاما البينة]
- ٢٣٤ [السابعة: إذا تداعى الزوجان متاع البيت قضي لمن قامت له البينة]
- ٢٣٦ [المقصد الثالث في دعوى المواريث]
- ٢٣٦ اشارة
- ٢٣٦ [الاولى: لو مات مسلم عن ابنين فتصادقا على تقدم إسلام أحدهما على موت الأب و ادعى الآخر مثله فأنكر أخوه]
- ٢٣٧ [الثانية: لو اتفقا أن أحدهما أسلم في شعبان و الآخر في غرة رمضان]

- ٢٣٧ [الثالثة: دار فى يد انسان ادعى آخر أنها له و لأخيه الغائب إرثا عن أبيهما و اقام بينة]
- ٢٣٩ [الرابعة: إذا ماتت امرأة و ابنها فقال أخوها مات الولد أو لا ثم المرأة]
- ٢٤٠ [الخامسة: لو قال هذه الأمة ميراث أبى و قالت الزوجة أصدقنى إياها أبوك]
- ٢٤١ [المقصد الرابع فى الاختلاف فى الولد]
- ٢٤٢ [كتاب الشهادات]
- ٢٤٣ اشارة
- ٢٤٣ [الأول: فى صفات الشهود]
- ٢٤٣ اشارة
- ٢٤٣ [الأول: البلوغ]
- ٢٤٥ [الثانى: كمال العقل]
- ٢٤٦ [الثالث: الإيمان]
- ٢٥٣ [الرابع: العدالة]
- ٢٥٣ اشارة
- ٢٥٩ [و هنا مسائل]
- ٢٥٩ اشارة
- ٢٥٩ [الأولى: كل مخالف فى شىء من أصول العقائد تردّ شهادته]
- ٢٦٠ [الثانية: لا تقبل شهادة القاذف (١)، و لو تاب قبلت]
- ٢٦٢ [الثالثة: اللعب بآلات القمار كلها حرام]
- ٢٦٢ [الرابعة: شارب المسكر تردّ شهادته]
- ٢٦٣ [الخامسة: مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب يفسق فاعله و تردّ شهادته]
- ٢٦٣ [السادسة: الزمر و العود و الصنج، و غير ذلك من آلات اللهو حرام]
- ٢٦٤ [السابعة: الحسد معصية، و كذا بغضه المؤمن]
- ٢٦٤ [الثامنة: لبس الحرير للرجال فى غير الحرب اختيارا محرم]
- ٢٦٥ [التاسعة: اتخاذ الحمام للأنس]

- ٢٦٥ [العاشرة: لا تردّ شهادة أحد من أرباب الصنائع المكروهة]
- ٢٦٥ [الخامس: ارتفاع التهمة]
- ٢٦٥ اشارة
- ٢٦٥ [و يتحقّق المقصود ببيان مسائل]
- ٢٦٦ اشارة
- ٢٦٦ [الأولى: لا تقبل شهادة من يجزّ بشهادته نفعاً]
- ٢٦٩ [الثانية: العداوة الدينيّة لا تمنع القبول]
- ٢٧١ [الثالثة: النسب و ان قرب لا يمنع قبول الشهادة]
- ٢٧٤ [الرابعة: لا تقبل شهادة السائل في كّفه]
- ٢٧٥ [الخامسة: تقبل شهادة الأجير و الضيف]
- ٢٧٦ [لواحق هذا الباب و هي ستّة]
- ٢٧٦ اشارة
- ٢٧٦ [الأولى: الصغير و الكافر و الفاسق المعلن]
- ٢٧٨ [الثانية: قيل: لا تقبل شهادة المملوك أصلاً، و قيل: تقبل مطلقاً]
- ٢٨٢ [الثالثة: إذا سمع الإقرار صار شاهداً و ان لم يستدعه المشهود عليه]
- ٢٨٤ [الرابعة: التبوع بالشهادة قبل السؤال يطرق التهمة]
- ٢٨٦ [الخامسة: المشهور بالفسق إذا تاب لتقبل شهادته]
- ٢٨٨ [السادسة: إذا حكم الحاكم ثمّ تبين في الشهود ما يمنع القبول]
- ٢٨٨ [السادس: طهارة المولد]
- ٢٩٠ [الطرف الثاني: فيما به يصير شاهداً و الضابط العلم]
- ٢٩٠ اشارة
- ٢٩٤ [فرع: لو سمعه يقول للكبير: هذا ابني و هو ساكت]
- ٢٩٦ [تفريع على القول بالاستفاضة]
- ٢٩٦ اشارة

- ٢٩٦ [الأول: الشاهد بالاستفاضة لا يشهد بالسبب]
- ٢٩٧ [الثاني: إذا شهد بالملك مستندا إلى الاستفاضة هل يفتقر إلى مشاهدة اليد و التصرف؟]
- ٢٩٧ اشارة
- ٢٩٨ [مسائل ثلاث]
- ٢٩٨ اشارة
- ٢٩٨ [الأولى: لا ريب ان التصرف بالبناء و الهدم و الإجارة بغير منازع يشهد له بالملك المطلق]
- ٢٩٩ [الثانية: الوقف و النكاح يثبت بالاستفاضة]
- ٣٠٠ [الثالثة: الأخرس يصح منه تحمّل الشهادة و أداؤها]
- ٣٠١ [الثالث: ما يفتقر إلى السماع و المشاهدة كالنكاح و البيع]
- ٣٠٣ [الطرف الثالث: في أقسام الحقوق]
- ٣٠٣ اشارة
- ٣٠٣ [و الأول منه: ما لا يثبت إلا بأربعة رجال]
- ٣٠٧ [أما حقوق الأدمى فثلاثة]
- ٣٠٨ اشارة
- ٣٠٨ [منها: ما لا يثبت إلا بشاهدين]
- ٣١٢ [و منها: ما يثبت بشاهدين و شاهد و امرأتين و شاهد و يمين]
- ٣١٤ [الثالث: ما يثبت بالرجال و النساء]
- ٣١٨ [مسائل]
- ٣١٨ اشارة
- ٣١٨ [الأولى: الشهادة ليست شرطا في شيء من العقود إلا في الطلاق]
- ٣٢٠ [الثانية: حكم الحاكم يتبع للشهادة]
- ٣٢٠ [الثالثة: إذا ادعى من له أهلية التحمل و جب عليه]
- ٣٢٣ [الطرف الرابع: في الشهادة على الشهادة]
- ٣٢٩ [الطرف الخامس: في اللواحق]

- ٣٢٩ اشارة
- ٣٢٩ [القسم الأول: فى اشتراط توارد الشاهدين على المعنى الواحد]
- ٣٢٩ اشارة
- ٣٢٩ [الأولى: توارد الشاهدين على الشىء الواحد، شرط فى القبول]
- ٣٣٠ [الثانية: لو شهد أحدهما أنه سرق نصابا غدوة، و شهد الآخر أنه سرق عشية]
- ٣٣٠ [الثالثة: لو قال أحدهما سرق ديناراً، و قال الآخر درهما]
- ٣٣١ [الرابعة: لو شهد أحدهما أنه باع هذا الثوب غدوة بدينار، و شهد له آخر أنه باع ذلك الثوب بعينه فى ذلك الوقت بدينارين]
- ٣٣٣ [القسم الثانى: فى الطوارى]
- ٣٣٣ اشارة
- ٣٣٣ [مسائل]
- ٣٣٣ اشارة
- ٣٣٣ [الأولى: لو شهدا و لم يحكم بهما فماتا حكم بهما]
- ٣٣٣ [الثانية: لو شهدا ثم فسقا قبل الحكم حكم بهما]
- ٣٣٤ [الثالثة: لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم]
- ٣٣٤ [الرابعة: لو رجعا عن الشهادة قبل الحكم لم يحكم]
- ٣٣٨ [الخامسة: المشهود به ان كان قتلاً أو جرحاً فاستوفى ثم رجعا]
- ٣٤٠ [السادسة: إذا ثبت أنهم شهدوا بالزور نقض الحكم و استعيد المال]
- ٣٤١ [السابعة: إذا شهدا بالطلاق ثم رجعا]
- ٣٤٣ [فروع]
- ٣٤٣ اشارة
- ٣٤٣ [الأول: إذا رجعا معا ضمنا بالسوية]
- ٣٤٤ [الثانى: لو كان الشهود ثلاثة ضمن كل واحد منهم الثلث]
- ٣٤٥ [الثالث: لو حكم فقامت بينة بالجرح مطلقاً لم ينقض الحكم]
- ٣٤٧ [مسائل]

- ٣٤٧ اشارة
- ٣٤٨ [الأولى: إذا شهد اثنان انّ الميت أعتق أحد مماليكه و قيمته الثلث]
- ٣٤٨ [الثانية: إذا شهد شاهدان بالوصية لزيد، و شهد من ورثته عدلان أنّه رجع عن ذلك و أوصى لخالد]
- ٣٤٨ [الثالثة: إذا شهد شاهدان لزيد بالوصية، و شهد شاهد بالرجوع و انه أوصى لعمرو]
- ٣٤٩ [الرابعة: لو أوصى بوصيتين منفردتين، فشهد آخران أنّه رجع عن إحداهما]
- ٣٤٩ [الخامسة: إذا ادعى العبد العتق و أقام بينة]
- ٣٥٣ تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

اسس القضاء و الشهادة

اشارة

نام كتاب: اسس القضاء و الشهادة
 موضوع: فقه استدلالى
 نويسنده: تبريزى، جواد بن على
 تاريخ وفات مؤلف: ١٤٢٧ هـ ق
 زبان: عربى
 قطع: وزيرى
 تعداد جلد: ١
 ناشر: دفتر مؤلف
 تاريخ نشر: ه ق
 نوبت چاپ: اول
 مكان چاپ: قم- ايران

[المقدمة]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على سيدنا محمد و آله الطيبين الطاهرين.

و بعد، فيقول المفتقر إلى رحمة ربه جواد بن على التبريزى غفر الله لهما:

لما فرغت من بحوث القضاء و الشهادات أردت أن أبرزها بصورة التأليف لتكون تذكرة لى و عسى أن تنفع غيرى من رواد العلم و الفضيلة و الصالحين للتصدى لمنصب القضاء و فصل الخصومة.

و قد اخترت لعناوين الأبحاث كتاب الشرائع لحفظ تراثنا و امتيازها مع إيجازها بالاشتمال على جلّ المباحث و المسائل.
 و أسأل الله سبحانه أن يوفقنى بإخراج سائر بحوثى بصورة التأليف و أن يجعلها ذخرا ليوم معادى يَوْمَ لَا يَنْفَعُ مَالٌ وَ لَا بَنُونَ، أنه سميع مجيب.

المؤلف

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤

[كتاب القضاء]

اشارة

كتاب القضاء

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ فى صفات القاضى و آدابه و كيفية الحكم و أحكام الدعاوى (١)

.....

(١) قد جعل - قدس سره - بحث القضاء أربعة أقسام، و عبر عن كل قسم بالنظر:

النظر الأول: في صفات القاضى، أى الأمور المعتبرة فى المتصدى للقضاء، ليجوز له قضاؤه تكليفا و وضعاً، بمعنى نفوذه فى حق المتخاصمين و غيرهما، و لا يخفى أن ما يعتبر فى جواز قضائه تكليفا عليه إحرازها فى نفسه، لأن القضاء فعلة و لا يفيد إحراز غيره، و ما يعتبر فى نفوذ قضائه على المتخاصمين إحرازها فيه لينفذ حكمه فى حقهما، و كذا غيرهما ممن يريد ترتيب الأثر على قضائه.

النظر الثانى: فى الآداب، يعنى الأمور المطلوبة من القاضى أو الجائزة له.

النظر الثالث: فى كيفية الحكم، يعنى بيان الأمور التى على القاضى الاعتماد عليها فى قضائه و ما يعتبر رعايته بالإضافة إلى المتخاصمين.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦

.....

النظر الرابع: فى أحكام الدعاوى، يعنى الوظائف المقررة بمقتضى أدلة الأحكام فى موارد الاختلافات و المنازعات فى الأموال و العقود و الإيقاعات و الموارىث و الأولاد.

و ينبغى قبل الشروع فى النظر الأول التعرض لمعنى القضاء و الحكم و بيان الفرق بينه و بين الفتوى، فنقول:

القضاء لغه يطلق على معان: منها الحكم كقوله سبحانه **ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ** «١» و **فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ** «٢»، و منها الإنهاء و الإتمام كقوله سبحانه **فَلَمَّا قَضَىٰ مُوسَى الْأَجَلَ** «٣» و **أَيَّمَا الْأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ** «٤»، و منها الأمر كقوله سبحانه **وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ** «٥» و منها الحتم **فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ** «٦»، و منها الفعل و الخلق: **فَقَضَاهُنَّ سَعِ سَمَاوَاتٍ** «٧» و يمكن إرجاع بعضها إلى بعض كإرجاع الأمر إلى الحكم.

و كيف كان فالمراد بالقضاء فى المقام هو إنشاء الحكم الجزئى لحصول الموضوع أو المتعلق لكليته المجعول فى الشريعة بمفاد القضية الحقيقية، أو

(١) النساء: ٦٥.

(٢) طه: ٧٢.

(٣) القصص: ٢٩.

(٤) القصص: ٢٨.

(٥) الإسراء: ٢٣.

(٦) سبأ: ١٤.

(٧) فصلت: ١٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٧

.....

الحكم بعدم الحصول فيما إذا وقعت الخصومة و المنازعة فى حصول أحدهما بين شخصين أو أشخاص، أو تعيين الحكم فى واقعة

خارجية بتطبيق الكبرى المقررة في الشرع على تلك الواقعة فيما إذا وقعت المخاصمة في حكم تلك الواقعة، إما لجهل المتخاصمين بتلك الكبرى الكلية المجعولة في الشرع أو اختلافهم في تلك الكبرى.

وقد يطلق الحكم على ما ذكر وعلى مطلق الحكم بحصول الموضوع فيما إذا وقعت الشبهة فيه بين الناس من غير مخاصمة كالحكم برؤية الهلال، كما يطلق أيضا على تعيين الوظيفة الفعلية على الناس في مورد أو موارد لرعاية المصلحة العامة الموجبة له، ويعبر عن هذا القسم بالحكم الابتدائي.

ويحتمل أن يكون إطلاق القضاء على جميع ما ذكر بمعنى الحكم ويكون من تغليب المطلق على بعض أفرادها، ويحتمل أن إطلاقه على الحكم في موارد المخاصمة بمعنى الإنهاء والإتمام، فيكون إطلاقه على غيره بالعناية أو بمعنى مطلق الحكم، ولا ينافي ذلك ما يأتي من أن الأدلة الواردة في نفوذ القضاء والحكم قاصرة عن شمولها لموارد غير المخاصمات، هذا كله في القضاء.

وأما الفتوى فهي تعيين الأحكام المجعولة في الشرع بنحو القضايا الحقيقية المستفادة من مداركها وتعيين ما يعتبر في موضوعاتها و متعلقاتها من القيود نفيًا أو إثباتًا.

وهل كما أن جواز الإفتاء لمن كان عدلا في دينه و عالما بالأحكام الشرعية من مداركها من قبيل الحكم و الموضوع كذلك جواز القضاء، أو أن جواز القضاء و الولاية عليه يحتاج إلى النصب عاما أو خاصا؟ ظاهر المشهور أن القضاء

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٨

.....

منصب يعطى، كما هو مقتضى أخذهم الولاية في تعريفه. و أنه ولاية الحكم، و لعل مرادهم ان القضاء بالأصالة منصب للنبي صلى الله عليه و آله و سلم و الإمام- عليه السلام- و قيام الغير به يحتاج إلى نصب النبي صلى الله عليه و آله و سلم أو الإمام.

جاء في صحيحة سليمان بن خالد: «أتقوا الحكومة فإنها للإمام العالم بالقضاء العادل في المسلمين لنبي أو وصي نبي» (١).

و في رواية إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: قال أمير المؤمنين- عليه السلام- لشريح: «يا شريح قد جلست مجلسا لا يجلسه إلا نبي أو وصي نبي أو شقي» (٢).

و في معتبرة سالم بن مكرم الجمال قال: قال أبو عبد الله- عليه السلام-: «إياكم أن يحاكم بعضكم بعضا إلى أهل الجور، و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم فإنني قد جعلته قاضيا فتحاكموا إليه» (٣).

و ظاهر هذه الروايات ان ولاية القضاء للرجل المزبور اعطى من قبل الإمام- عليه السلام-، و مثلها مقبولة عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله- عليه السلام- فإن فيها:

«ينظران من كان منكم ممن قد روى حدثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكما فإنني قد جعلته حاكما» (٤).

و لا ينافي ذلك ما عن المشهور أيضا بل لم ينقل الخلاف فيه من أن القضاء واجب، فإن انحصر القاضي بواحد تعين عليه القضاء، و كذا فيما إذا لم

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٣: ٧.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٢: ٧.

(٣) المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٥: ٤.

(٤) المصدر نفسه: الباب ٩ من أبواب صفات القاضي.

.....

ينحصر بواحد ولكن لم يكف الواحد بحاجة البلد، و مع تعدده و الاكتفاء بواحد يكون القضاء واجبا كفاثيا على حد سائر الواجبات الكفاثية، و علل ذلك بتوقف نظم البلاد و العدل بين الناس عليه و انّ الظلم من شيم النفوس فلا بدّ من حاكم ينتصف للمظلوم من ظالمة، و لأنّ القضاء داخل في الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر.

و الوجه في عدم المنافاة أنّه يجب على من شمله النصب العام القيام به بما ذكروا، بل يجب على الناس تحصيل ما به يعمّم النصب العام بنحو الواجب الكفاثي، نظير ما يذكر من وجوب التفقه في الدين، و يمكن أن يستفاد ذلك من قوله سبحانه **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ** «١»، حيث إنّ وجوب القيام بالقسط مقتضاه تحصيل ما يحتاج إليه في القيام بالقسط.

و لكن الاستدلال على نفوذ القضاء بالآية المزبورة، بل استفادة نفوذه من دليل وجوب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، كما ترى، مع أنّ وجوب الحكم بعنوان الأمر بالمعروف و القيام بالقسط فيما إذا أحرز أن أحد المتخاصمين يعمل المنكر مع علمه بالمنكر أو يترك المعروف مع علمه به كما هو مقتضى عدم وجوب إرشاد الجاهل و الغافل في الموضوعات، أو أحرز أن أحد المتخاصمين يظلم الآخر كما هو مقتضى الأمر بالقيام بالقسط.

و على كلّ حال سواء كان القضاء ولاية معطاءة أو كان جوازه من قبيل سائر الموضوعات و أحكامه، فلا ينبغي التأمل في نفوذ القضاء ممّن له أهليته، فإنّ

(١) النساء: ١٣٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٠

.....

النفوذ مقتضى جعله حاكما أو قاضيا، و معنى نفوذه على المتخاصمين أنّ عليهما العمل به من ثبوت المدعى به أو عدم ثبوته أو سقوط الحق و عدم سقوطه، و على السائرين بمعنى جواز ترتيب الأثر و عدم جواز العمل على خلاف مقتضى ذلك القضاء حتى ما إذا كان القضاء في موارد نشأ الاختلاف من الحكم الواقعي الكلي.

و بهذا يظهر المراد من قولهم: إنّ الحكم لا ينفض بالفتوى و لكن الفتوى تنقض بالحكم، فإذا كان رأى أحد المتخاصمين اجتهادا أو تقليدا على خلاف قضاء القاضي تكون الواقعة الخاصة خارجة عن الفتوى المعتبرة في كلى تلك الواقعة، فيعمل في تلك الواقعة على طبق القضاء، و لا- يجوز لقاض آخر نقض ذلك القضاء، حتى لو عدل القاضي المزبور عن فتواه فلا يجوز له نقض قضائه السابق بل يكون قضاؤه فيها خارجا عن الكبرى التي استنبطها عن الأدلة لاحقا، و هذا مقتضى ما دلّ على نفوذ قضائه.

نعم، تأتي بعض الموارد في جواز النقض، كما يأتي أنّ القضاء لا يغيّر الواقع عمّا هو عليه، فمن أحرز بالوجدان أنّ ما قضى به على خلاف الواقع فعليه رعاية الواقع.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١١

[النظر الأوّل: في الصفات]

إشارة

النظر الأول:

فى الصفات (١).

(١) يقع الكلام فى صفات القاضى بالإضافة إلى القاضى المنصوب و بالإضافة إلى قاضى التحكيم.
فإن القاضى على نحوين:

قاضى التحكيم، و هو أن يتراضيا- أى الخصمان- بنظر شخص فى واقعتهما و قضائه و فصل الخصومة بينهما، و هذا القاضى يعتبر علمه بالقضاء و قوانينه فى تلك الواقعة، و إلا كان حكمه و قضائه فيها من غير علم فىكون ملعونا و مع قضائه فيها بالعلم يكون قضائه نافذا، و لكن لا يترتب على هذا الشخص شؤون القاضى المنصوب من إلزامه الخصم بالحضور مع طرح أحد الخصمين الدعوى عنده أو الإجبار على العمل بحكمه بعد قضائه.

و يشهد بنفوذ قضائه عليهما صحيحة الحلبي «قال: قلت لأبي عبد الله- عليه السلام:- ربّما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعة فى الشىء فيتراضيان برجل منّا، فقال: ليس هو ذاك إنّما هو الذى يجبر الناس على حكمه بالسيف و السوط» (١).
فإن تجويز المراجعة إليه ظاهره نفوذ قضائه و حكمه، و ما فى ذيلها اشارة

(١) الوسائل: ج ١٨ الباب ١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٨: ٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٢

.....

إلى قاضى الجور المنصوب من قبل الولاة فى عصره- عليه السلام-، و قد ذكروا- عليهم السلام- أن المرافعة إليهم إيمان بالجب و الطاغوت.

و الثانى: القاضى المنصوب، و إنّما يتصور المنصوب بالنصب الخاص فى زمان الغيبة إذا كان للمتصدى لأمر المسلمين و لو فى بقعة من الأرض الولاية الشرعية للزعامة عليهم و حفظ بلادهم من كيد الأعداء و تحصيل الأمن لهم الموقوف على تعيين قاض أو قضاء فيها ممن شملهم النصب العام، و أمّا مجرد النصب العام فقد تقدم استفادة إعطاء الولاية ممّا دلّ عليه بحيث يثبت لمن يعمه النصب غير نفوذ قضائه مع تراضى المتخاصمين بالمحاكمة عنده من سائر الآثار كالتصدى لتنفيذ قضائه أو إلزام الخصم بالحضور للمرافعة مع رجوع المدعى إليه و غير ذلك مما يعد من شؤون القاضى كالحكم بثبوت موجب الحد على الشخص مشكل و ان لا يبعد الالتزام بأن من شمله النصب العام له ذلك لا- لدلالة ما دل على النصب العام عليه بل للعلم بأن هذه الأمور ممّا لا بدّ من التصدى لها مع التمكن و المتيقن من المتصدى لها من شمله النصب العام.

و دعوى استفادة كل ذلك ممّا دلّ على وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و القيام بالقسط و العدل لا يمكن المساعدة عليها، لأن أدلة الأمر بالمعروف لا تقتضى نفوذ أصل القضاء على المتخاصمين، فضلا عن دلالتها على نفوذ غيره ممّا يترتب على نفوذ القضاء، بل لا يقتضى وجوب النظر فى أمر المترافعين إلا فيما إذا علم الشخص إجمالا، بأن أحد المترافعين يعمل المنكر مع علمه بأنّه منكر أو يترك المعروف الواجب عليه مع علمه به، فيجب النظر مع هذا العلم لا- للقضاء، بل للقيام بالأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٣

و يشترط فيه البلوغ و كمال العقل و الإيمان و العدالة و طهارة المولد و العلم و الذكورة (١).

و مما ذكرنا يظهر الحال في الاستدلال بالآية المباركة فإن الآية غايتها أنها تعم القضاء، و أما نفوذه و المقدار النافذ من فعل القاضى بعد قضائه فليست ناظرة إليه، و بتعبير آخر لا يزيد شمولها للقضاء عن شمولها للشهادة، فكما لا دلالة لها على شرائط الشهادة و القيود المعتمدة في نفوذها كذلك في ناحية القضاء، و إلا جاز لكل أحد تنفيذ قضاء القاضى و لو بالتصرف في أموال المدعى عليه، بدعوى أن التنفيذ و لو بالتصرف فيها بعد قضاء القاضى بثبوت الدين مثلا قيام بالنقسط، مع أن مقتضى ما دلّ على المنع عن التصرف في مال الغير بلا طيبة نفسه كون التصرف المزبور جورا على المدعى عليه.

(١) لا- ينبغي التأمل في أن نفوذ القضاء سواء فسرت الولاية على القضاء به أم بغيره خلاف الأصل، حيث إن مقتضاه عدم الجعل فيحتاج إثبات النفوذ بمجرد أو مع جواز الإلزام بقضائه و تنفيذه إلى قيام الدليل عليه.

و قد تقدم أن الولاية على القضاء للنبي صلى الله عليه و آله و سلم و وصيه- عليه السلام-، و في صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: «أتقوا الحكومة فإن الحكومة للإمام العالم بالقضاء العادل في المسلمين لنبى أو وصى نبى» «١»، و في رواية إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله- عليه السلام- «قال أمير المؤمنين- عليه السلام- لشريح: يا شريح قد جلست مجلسا لا يجلسه إلا نبى أو وصى نبى أو شقى» «٢»،

(١) الوسائل: ج ١٨ الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٣: ٧.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ٢: ٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٤

.....

و نحوها غيرها. و يخرج عن الأصل فيما إذا اجتمع للشخص صفات.

و قد تعرض الماتن- قدس سره- أولا لما يكون اعتباره متفق عليه بين الأصحاب من البلوغ و كمال العقل و الإيمان و العدالة و طهارة المولد و العلم و الذكورة، و تعرض ثانيا لما قيل أو يمكن أن يقال باعتباره كالعرفان بالكتابة و البصر و الحرية.

و لا يخفى أنه لو بنى على عدم وفاء الأدلة اللفظية لجعل الولاية على القضاء في غير موارد التحكيم، و استفيد لزوم التصدى للقضاء الابتدائي مما تقدم من الدليل على الحسبة حفظا للنظام و انتصافا للمظلوم من ظالمة، فلا يحتاج اعتبار الأوصاف إلى دليل خاص للزوم الاقتصار على القدر المتيقن إنما أن يقوم دليل على عدم اعتبار وصف في مورد، و ادعى العلم أو الاطمئنان بعدم الفرق بين ذلك المورد و التصدى للقضاء كالامامة في الصلاة، حيث ورد فيها جواز امامة العبد و قبول شهادته، و كذا عدم اعتبار عرفان الكتابة و البصر فيهما، و لكن في التعدى منهما إلى القضاء تأمل.

و كيف ما كان فلا ينبغي الاشكال و التردد في اعتبار البلوغ و الذكورة في القاضى، سواء أ كان القاضى ابتدائيا أم قاضى تحكيم، لأنه قد ورد في معتبرة سالم ابن مكرم و في صحيحة الحلبي المتقدمتين عنوان الرجل فلا يعم العنوان للصبى و المرأة.

و دعوى أن ذكر الرجل باعتبار أن الغالب في العالم بالقضاء هو الرجل مع كون قاضى التحكيم رجلا مفروض في السؤال في صحيحة الحلبي، فلا يدل على التقييد، و على الجملة ذكر الرجل أو فرضه في السؤال لا يدل على الاختصاص

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٥

.....

ولا يمنع عن الأخذ بالإطلاق في مقبولة عمر بن حنظلة، حيث ذكر- عليه السلام- فيها: «ينظران إلى من كان منكم- إلخ»، فإنها تعم من كان منهم بلا فرق بين الذكر والأنثى.

لا يمكن المساعدة عليها، لا لضعف المقبولة سندا، كما بنينا عليه سابقا و عدلنا عنه فيما بعد، حيث إن عمر بن حنظلة من المعاريف الذين لم ينقل فيهم قدح، بل لانصرافها إلى الرجل أيضا لما علم من الشارع من إرادته الستر من المرأة وإرادته ترك مواجهتها مع الأجانب مهما أمكن، فلا يجعل لها ما يقتضى مواجهتها معهم فلم يرض الشارع بإمامتها للرجال، وقد ورد فيما رواه الصدوق بسنده عن حماد بن عمرو و انس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آباءه في وصية النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلی: «يا علی ليس علی المرأة جمعة ولا جماعة- إلى أن قال:- ولا تولى القضاء، الحديث» (١).

و مما ذكرنا يظهر أنه لو وقعت المخاصمة بين امرأتين و جعلتا امرأة أخرى قاضى التحكيم بينهما لا يكون قضاؤها نافذا في حقهما. وكذا لا- ينبغى التأويل في اعتبار كمال العقل و الإيمان حيث ورد التقييد في معتبرة سالم بن مكرم الجمال في قوله- عليه السلام:- «انظروا إلى رجل منكم»، و في المقبولة: «ينظران إلى من كان منكم»، و في صحيحة الحلبي فرض في السؤال كون الرجل المفروض قضاؤه من طائفة المتراضين، فلا يعم شيء منها غير المؤمن من المخالف أو الكافر. و مما ذكر يظهر أيضا وجه اعتبار العدالة، فإن الفاسق لا يليق بمنصب

(١) الوسائل: ج ١٨ الباب ٢ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١: ٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٦

.....

القضاء أو جعل قضاؤه نافذا بعد ما ذكر في صحيحة سليمان بن خالد و غيرها أن القضاء لا يحق للنبي أو وصى نبي، مع أنه يظهر من مقبولة عمر بن حنظلة أن اعتبار العدالة في القاضى كان مفروغا عنه في القاضى كفقاهته، حيث ذكر سلام الله عليه فيها مع اختلاف القاضيين الأخذ بالحكم الذى حكم به أعدلهما و أفقهما و أصدقهما في الحديث و أورعهما. أضف إلى ذلك أن الشارع إذا لم يجعل للفاسق الإمامة في الصلاة و لم يجعل شهادة الفاسق نافذة إلا إذا دخلت في الإقرار على نفسه، فكيف يجعل النفوذ لقضاء الفاسق مع نهيه عن الرجوع إلى قضاء الجور حتى فيما كان قضاء الجائر حقا و على طبق موازين القضاء.

و أما الاستدلال على اعتبار العدالة في القاضى، فيمكن أن يقال في توجيهه بأن الشارع إذا نهى عن الركون إلى الظالمين بالاشتراك في ظلمهم أو تأييدهم و الرضا بظلمهم فلا يحتمل أن يعطى الولاية على القضاء للظالم و فيها ما يقتضى ركون الناس إليه. و على الجملة لا- يحتمل أن يكون القضاء المقصود من تشريعه و اعتباره التحفظ على حقوق الناس و استيفائها و الانتصاف للمظلوم من ظالمة بيد الفاسق، مع ما ورد فيه من أنه ليس إلا لنبي أو وصى، و على ذلك فقياس القضاء بالرواية حيث لا يعتبر في اعتبار الرواية عدالة راويها مع الفارق، بل مقتضى ما ذكر اعتبار طهارة المولد لما ذكر من عظم أمر القضاء و الشارع لم يشرع إمامة ولد الزنا فكيف يرضى بقضائه.

و كذا يعتبر في القاضى ابتدائيا أو تحكيميا كمال العقل، و يقتضى اعتباره

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٧

فلا- ينعقد القضاء لصبي و لو مراهق و لا لكافر، لأنه ليس أهلا للأمانة، و كذا الفاسق، و يدخل في ضمن العدالة اشتراط الأمانة و المحافظة على فعل الواجبات.

و لا ينعقد القضاء لولد الزنا مع تحقق حاله، كما لا تصح إمامته و لا شهادته في الأشياء الجليلة.

و كذا لا ينعقد لغير العالم المستقل بأهلية الفتوى (١)، و لا يكفي فتوى العلماء

انصراف معتبرة أبي خديجة و غيرها عن المجنون و السفية بملاحظة ما ورد من عظم القضاء و خطره، فإن ظاهرها بملاحظة ما ذكر الرجوع إلى رجل يكون بمقتضى علمه صالحا للقضاء، و المجنون و السفية لا يناسبان القضاء خصوصا القاضي الابتدائي، حيث إن له استيفاء حقوق الناس المقتضى الولاية على التصرف في أموالهم مع توقف استيفائها عليه، و المجنون و السفية لا ولاية لهما على مالهما فكيف بأموال الناس.

(١) يعتبر في القاضي كونه عالما بالقضاء، و ظاهر الماتن اعتبار كونه مستقلا بالفتوى، و لا يكفي مجرد كونه راويا للفتوى، و لا يتحقق الاستقلال بها إلا بالاجتهاد المطلق و كونه ضابطا، لأن العلم فعلا بالأحكام لا يتحقق مع غلبة النسيان، و لذا ذكر - قدس سره -: و يدخل فيه - أى في اعتبار العلم - أن يكون ضابطا.

و ذكر في الجواهر في ذيل المتن: يعتبر في القاضي أن يكون مجتهدا مطلقا و لا - يكفي التجزى و لا - خلاف فيه، بل في المسالك الإجماع عليه بلا فرق بين حالتي الاختيار و الاضطرار.

ثم أورد على هذا الاعتبار بما حاصله: أنه يظهر من بعض الآيات و الروايات جواز الحكم بالحق من كل مؤمن كان عالما بالاجتهاد كما ذكر أم بغيره، كقوله

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٨

و لا بد أن يكون عالما بجميع ما وليه، و يدخل فيه أن يكون ضابطا فلو غلب عليه النسيان لم يجز نصبه، و هل يشترط علمه بالكتابة فيه تردد، نظرا إلى اختصاص النبي

سبحانه و إذ^١ حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل^١، و^٢ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط^٢ فإن من كون الرجل قيما بالقسط حكمه في الواقعة بالحق و العدل، و قوله سبحانه و من لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون^٣، فإن مفهومه أن الحكم بما أنزل الله ليس من الفسق بل أمر واجب، و كذا يستفاد ذلك من قوله - عليه السلام -: «رجل قضى بالحق و هو يعلم فهو في الجنة»^٤.

و على الجملة مقتضى الروايات الكثيرة المتعاضدة أن كل من تعلم أحكاما خاصة بطريق معتبر و حكم بها بين الناس يندرج حكمه في القسط و العدل و الحق و غيرها من العناوين الواردة في الكتاب المجيد، و ما في معتبرة أبي خديجة سالم بن مكرم: «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فتحاكموا إليه»، بناء على أن ذلك يعم غير المجتهد.

و الحاصل يمكن القول بأنه يندرج في الحكم بالحق و العدل و القيام بالقسط تعلم الأحكام بالاجتهاد الصحيح أو التقليد الصحيح و الحكم بما تعلم بين الناس، فلا يعتبر في القضاء أصل الاجتهاد فضلا عن الاجتهاد المطلق.

و أجاب عن ذلك بأنه يمكن أن يقال: يستفاد من الروايات اعتبار أمر آخر في جواز القضاء و الحكم بين الناس زائدا على العلم بالأحكام و هو النصب

(١) النساء: ٥٨.

(٢) النساء: ١٣٥.

(٣) المائدة: ٤٧.

(٤) الوسائل: ج ١٨، الباب ٤ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٦: ١١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٩

صلى الله عليه و آله و سلم بالرياسة العامة مع خلوه في أول أمره من الكتابة و الأقرب اشتراط ذلك لما يضطر إليه من الأمور التي لا تيسر لغير النبي بدون الكتابة.

من قبل الإمام- عليه السلام-، و استشهد على اعتباره بصحيحة سليمان بن خالد و خبر إسحاق بن عمار المتقدمين، و على ذلك يقيد إطلاق جواز الحكم بالحق و العدل و القسط بما إذا كان ذلك بالنصب، و قد ورد هذا النصب في مقبوله عمر بن حنظلة و معتبرة أبي خديجة بناء على ارادة الاجتهاد منها، كما هو ظاهر المقبوله، أو يحمل القيام بالقسط و الحكم بالحق في الآيات و الروايات المشار إليها بالقيام بالأمر بالمعروف و النهي عن المنكر المجردين عن القضاء و فصل الخصومة كما هو المراد في المقام.

و ناقش في الجواب المزبور بأنه لو كان النصب معتبرا أمكن دعوى تحققة بالإضافة إلى كل مؤمن يعلم من أحكامهم- عليهم السلام- ما يقضى به في الواقعة سواء أ كان بالاجتهاد أم بالتقليد الصحيح، كما تدل عليه رواية جميل عن أبي عبد الله- عليه السلام- «قال: سمعته يقول: يغدو الناس على ثلاثة أصناف: عالم و متعلم و غناء، فنحن العلماء و شيعتنا المتعلمون و سائر الناس غناء» «١»، حيث إن ظاهرها تساوى الشيعة العالمين بالأحكام سواء أ كان تعلمهم بالمشافهة أم بالاجتهاد الصحيح أو التقليد الصحيح، كما يستفاد ذلك من خبر عبد الله بن طلحة عن أبي عبد الله- عليه السلام- أيضا الوارد في السارق الذي قتلته المرأة التي دخل بيتها ليسرق و فجر بها بالإكراه و قتل ابنها، حيث أمر الإمام- عليه السلام- السائل بالقضاء في الواقعة بما أجاب «٢».

و النهي أو الإنكار عن القضاء أو على القضاء يرجع إلى المعرضين في

(١) الوسائل: ج ١٨ الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٥: ٨.

(٢) المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٨: ٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٠

و لا يعقد القضاء للمرأة و إن استكملت الشرائط، و في انعقاد قضاء

القضاء عن التمسك بحبلهم و أحكامهم- عليهم السلام- و الأخذ بأرائهم و قياساتهم و غير ذلك من الباطل الذي لفقوه من عندهم و استغنوا بذلك عن تتبع أحكام الأئمة- عليهم السلام-، و استشهد لذلك بصحيحة الحلبي المتقدمة: «قال: قلت لأبي عبد الله- عليه السلام-: ربما كان بين رجلين من أصحابنا المنازعة في الشيء فيتراضيان برجل منا، فقال: ليس هو ذاك إنما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف و السوط» «١».

و لو سلم عدم دلالة النصوص على نصب كل شيعي عالم بأحكامهم كما ذكر فلا أقل من عدم الدلالة على عدم النصب. بل لو تأمل المتأمل في القضاء الذين كانوا زمان النبي صلى الله عليه و آله و سلم و أمر الناس بالترافع إليهم لوجد جلهم قاصرين عن مرتبة الاجتهاد و كان قضاؤهم و حكمهم بما سمعوا عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم، فالالترام بقصور من تعلم جملة من أحكامهم مشافهة أو اجتهادا أو بتقليد صحيح عن منصب القضاء خلاف الآيات و الروايات المشار إليها، و نصب خصوص المجتهد زمان الغيبة بناء على ظهور المعبرة و المقبولة فيه لا- ينافي نصب غيره للقضاء أيضا، فيكون نصب المجتهد بالنصب العام على وجه يكون للإمام- عليه السلام- من الرياسة العامة للتصرف بالقضاء و غيره من الولايات و من تلك الولايات نصب القاضي، فيجوز للمجتهد نصب مقلده للقضاء بفتواه في المنازعات المرفوعة إليه و لا تكون هذه الرياسة لغيره.

و المتحصل أن اشتراط الاجتهاد فى القاضى الموجب لعدم جواز القضاء لغيره من العالم بالأحكام بالتقليد الصحيح كاشتراط البصر و الكتابة و الحرية

(١) الوسائل: ج ١٩، الباب ٢٣ من أبواب قصاص النفس، الحديث ٢: ٤٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢١

الأعمى تردد، أظهره أنه لا ينعقد لاقتناره إلى التمييز بين الخصوم و تعذر ذلك مع

و نحو ذلك يناسب الاستحسان و القياس و نحوهما مما ذكره العامة و لا يناسب الروايات المنقولة إلينا عن الأئمة- عليهم السلام-، و دعوى الإجماع فى المسألة لا يمكن المساعدة عليها حيث حكى فى التنقيح عن المبسوط بأن فى المسألة أقوالا ثلاثة: منها جواز تصدى العامى للقضاء، بحيث أن يستفتى المجتهد ثم يقضى و إذا كان جواز التصدى من العامى قبل تعلمه قولاً فكيف يدعى عدم الجواز لمن تصدى للقضاء بعد الاستفتاء و تعلم جملة من الأحكام بحيث يقضى فى الواقعة بما يعلمه! و ذكر- قدس سره- فى آخر كلامه: و لو سلم اعتبار النصب أو غيره من الشرائط مما ذكره فى القاضى من الكتابة و البصر و نحو ذلك فلا وجه لاعتبارها فى جواز الإفتاء، حيث إن الفتوى بالاجتهاد الصحيح حكم بما أنزل الله و العدل و القسط فيجوز و يجب الأخذ بها بعد كونها مندرجة فى العدل و الحكم بما أنزل الله و القيام بالقسط و لا يحتاج إلى النصب كما هو مقتضى جوازها و وجوب الأخذ بها فيكون شروط القضاء غير شرط الفتوى، نعم يمكن استفادة اعتبار الفتوى من دليل جواز القضاء فإن الحكم الخاص الذى طبق على واقعة و يعتبر عنه بالقضاء إذا كان حقاً و عدلاً و قسطاً كانت الكبرى المنطبقة عليها حقاً و عدلاً و تلك الكبرى تعتبر- هذا ملخص كلامه الطويل العريض فى المقام.

أقول: أما قوله سبحانه يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ «١»، ظاهره و لا أقل من المحتمل كون المراد من القيام بالقسط هى الشهادة بالحق و عدم العدول عنه، و يؤيده قوله سبحانه فى سورة

(١) النساء: ١٣٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٢

العمى إلاً فيما يقل، و هل يشترط الحرية؟ قال فى المبسوط: نعم، و الأقرب أنه

المائدة يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ «١»، و على تقدير كون المراد القيمومة بالقسط فى كل مقام حتى عند القيام بالقضاء بين الناس، بأن يكون شهداء لله خبراً بعد خبر فليس لها دلالة على نفوذ القضاء من كل شخص، لعدم كونها فى مقام بيان شرائط القاضى، بل فى مقام بيان العدل و الحق فى كل الأمور و منها القضاء، كما أن الأمر بكون الناس شهداء لله لا يقتضى قبول الشهادة فى كل مقام عن كل شخص كما إذا كانت على الغير و لم يكن عادلاً.

و بتعبير آخر شمول قوله سبحانه يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ للقضاء بين الناس، مثل قوله سبحانه وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ «٢» فى مقام اعتبار القسط فى الحكم، و أمياً الأمور المعبرة فى الحاكم فلا نظره إلى ذلك، فلا يمكن التمسك بشيء منهما فى دفع احتمال بعض الأمور المحتمل اعتبارها فى الحاكم كالا جتهاد و كونه رجلاً، لاحظ قوله سبحانه وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِئَدَّتِهِنَّ «٣» فإنه ليس فى مقام بيان الأمور المعبرة فى المطلق، و لو شك فى اعتبار كون المطلق زوجاً أو يصح طلاق الولى أيضاً فلا يمكن التمسك به فى إثبات صحته طلاق الولى.

و مما ذكرنا يظهر ما عن بعض الأصحاب- قدس سره- من رفع اليد عن إطلاق الآيات بما ورد في نفوذ القضاء من كون القاضى راويا للحديث و الناظر فى الحلال و الحرام و العالم بقضايهم من العناوين التى لا تصدق على العامى و لو مع تعلّمه عددا من القضايا من مجتهدة لا يمكن المساعدة عليه.

(١) المائدة: ٨.

(٢) النساء: ٥٨.

(٣) الطلاق: ١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٣

ليس شرطا.

و الحاصل انّ الكلام فى المقام فى شرائط القاضى بحيث ينفذ حكمه لا فى شرائط حلية إبراز الحكم الشرعى و الحق فى الواقعة، و لذا لا يمكن التمسك فى المقام أيضا بقوله سبحانه و مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ «١» فإنّ مفهومه أنّه لا محذور تكليفا على الشخص إذا كان حكمه بما أنزل الله، و أما ما يعتبر فى نفوذ ذلك الحكم فلا تعرض فيه لذلك، و نظير ذلك ما ورد فى رجل قضى بالحق و هو يعلم.

نعم ربّما يستدل على عدم اعتبار الاجتهاد و لو بنحو التجزى فى قاضى التحكيم بالإطلاق فى صحيحه الحلبي «قال: قلت لأبى عبد الله- عليه السلام:- ربّما كان بين رجلين من أصحابنا المنازعة فى الشىء فيتراضيان برجل منّا فقال: ليس هو ذاك- الحديث». بعد تقييدها بكون الرجل عادلا- يعلم القضاء فى تلك الواقعة و لو تقليدا، أخذا بما دلّ على عدم نفوذ الفاسق و عدم جواز القضاء مع الجهل بالحق.

و لكن قد تقدم أنّ مدلول مقبولة عمر بن حنظلة و معتبرة سالم بن مكرم يناسب القضاء بنحو التحكيم، حيث إنّ الأمر بتوافق الخصمين فى الرجوع إلى من ذكر فيهما و الرضا بحكمه مقتضاه ذلك و لو كان المراد القاضى الابتدائى لكان تعيين المراجعة إليه بيد المدعى، لما يأتى من أنّ تعيين القاضى حق للمدعى و المدعى عليه ملزم بالاستجابة عند رجوع المدعى إلى القاضى الابتدائى، خصوصا بملاحظة ما ورد فى ذيل المقبولة من فرض تعيين كل من المتخاصمين رجلا و تراضيهما بكونهما ناظرين فى منازعتهم، و لو كان القضاء ابتدائيا لكان الحكم هو الذى عينه المدعى، و ينفذ حكمه على المتخاصمين.

(١) المائدة: ٤٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٤

[و هنا مسائل]

إشارة

و هنا مسائل:

[الأولى: يشترط فى ثبوت الولاية اذن الإمام أو من فوض إليه الإمام]

الأولى: يشترط في ثبوت الولاية اذن الإمام (١) أو من فوض إليه الإمام، و لو استقضى أهل البلد قاضيا لم تثبت ولايته، نعم لو تراضى خصمان بواحد من

أضف إلى ذلك أن المقبولة و المعتمدة لم يفرض فيهما زمان الغيبة، بل المتيقن من الأمر فيهما بالمراجعة إلى من وصفه - عليه السلام - زمان حضوره، و من الظاهر أن في ذلك الزمان لم يكن القضاء من أصحابه - عليه السلام - كالقضاء ممن له شؤون القاضى من استيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض، أو حقوق الله من العقوبات لأن هذا الاستيفاء يتوقف على القدرة و السيطرة التى كانت بيد المخالفين، و لا تحصل للشخص إلا أن يكون بيده ولاية البلاد و امارتها أو بكونه منصوبا بالنصب الخاص من قبل من يكون كذلك، اللهم إلا أن يقال: إن عدم التمكن من العمل بمقتضى الولاية لا ينافى ثبوت الولاية.

هذا كله بالإضافة إلى اشتراط الاجتهاد و عدمه فى القاضى، و أما اعتبار سائر الأمور من عرفانه الكتابة و البصر و الحرية أو غير ذلك فقد تقدم أن مقتضى الإطلاق فى دليل نفوذ القضاء عدم اعتبار شىء منها، فيكفى فى القاضى البصيرة و لا يلزم البصر و كذا فى غيره. (١) ظاهر كلامه - قدس سره - أن نصب الإمام - عليه السلام - أو من فوض إليه أمر النصب شرط فى نفوذ القضاء من القاضى الابتدائى فلا ينفذ القضاء من غير المجاز إلا بنحو التحكيم، و يعتبر فى قاضى التحكيم الشرائط المعتمدة فى القاضى الابتدائى و منها الاجتهاد كما تقدم.

ثم ذكر - قدس سره - أن مع عدم الإمام ينفذ قضاء الفقيه الجامع

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٥

الرعية و ترفعا إليه فحكم بينهما لزمهما الحكم و لا يشترط رضاها بعد الحكم، و يشترط فيه ما يشترط فى القاضى المنصوب عن الإمام و يعم الجواز كل الأحكام

لشرائط الفتوى من فقهاء أهل البيت - سلام الله عليهم أجمعين -، و تمسك فى ذلك بقول أبى عبد الله - عليه السلام - فى معتبرة أبى خديجة: «فاجعلوه قاضيا فأتى قد جعلته قاضيا فتحاكموا إليه».

أقول: إن كان المراد بالإذن الإذن الخاص، فيمكن الفرق بين قاضى التحكيم و القاضى الابتدائى بأنه ليس فى قاضى التحكيم الاذن الخاص، و لذا لا ينفذ حكمه إلا مع تراضى الخصمين بكونه حاكما فى منازعتهما، إلا أنه يرد عليه أنه كيف يمكن القاضى الابتدائى مع عدم الإمام - عليه السلام -

فان قيل: أنه لا يعتبر مع عدم حضور الإمام - عليه السلام - الاذن الخاص فى القاضى الابتدائى، فيقال: إن كان المستند لعدم اعتباره معتبرة أبى خديجة و روايه عمر بن حنظلة و غيرهما فهى تعم زمان حضور الإمام - عليه السلام - بل ذلك الزمان مقطوع من مدلولها. و على الجملة: نفوذ القضاء بلا اذن خاص فى زمان غيبة الإمام - عليه السلام - خاصة خارج عن مدلول تلك الاخبار، إلا أن يراد من عدم الإمام عدم التمكن من الرجوع إليه، سواء أ كان زمان الحضور أم زمان الغيبة.

و إن كان المراد بالإذن الأعم من الاذن الخاص، كما هو المعروف فى كلمات الأصحاب فكيف يتصور قاضى التحكيم مع اعتبار الاجتهاد فيه كالقاضى الابتدائى. و الحاصل لم يظهر لى ما يجمع شمل كلام الماتن فى المقام.

و أيضا إن أراد مّا ذكره - قدس سره - من جواز القضاء بنحو التحكيم فى جميع الأحكام تمام المرافعات و المنازعات، فهو و إن أراد استيفاء حقوق الناس

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٦

و مع عدم الإمام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت الجامع للصفات المشتركة فى الفتوى، لقول أبى عبد الله - عليه السلام -:

«فاجعلوه قاضيا فأني جعلته قاضيا

بعضهم من بعض لاستيفاء حقوق الناس و حقوق الله من العقوبات الشرعية، فمن المعلوم أنه ليس في البين ما يدل على جواز ذلك لمن يجوز له القضاء بنحو التحكيم، بل غاية ما يستفاد من صحيحة الحلبي المتقدمة نفوذ قضائه في المنازعات و المرافعات، بل استفادة العموم من معتبرة أبي خديجة و مقبوله عمر بن حنظلة أيضا مشكل.

نعم لا يبعد أن يقتضى دليل الحسبة التصدي للقضاء بنحو القاضى المنسوب الخاص، و استيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض، و اجراء الحدود و التعزيرات على مرتكبي موجباتهما، حفظا لحقوق الناس و نظام البلاد، و كون من له القضاء هو المتيقن ممن تقتضى خطابات الحدود و التعزيرات اجرائهما على المرتكبين.

ثم إنه يكفي في القاضى في واقعة علمه بحكمها، و لو بنحو التجزى في الاجتهاد، فلا يعتبر الاجتهاد المطلق، لصدق ما ورد في معتبرة أبي خديجة و مقبوله عمر بن حنظلة عليه، فإن العلم بالأحكام المتعارف في ذلك الزمان و عرفانه بها و النظر فيها كان بوصول الخطابات الشرعية إلى الشخص و عرفانه مدليلها بمقدار يعتد بها، و هذا أقل مراتب الاجتهاد، و نصب القاضى في زمان النبي صلى الله عليه و آله و سلم أو في زمان على - عليه السلام - قد وقع لهذا النحو من العالم، و استظهار جواز القضاء لمن تعبد بفهم الغير من تلك الخطابات و الروايات و ان صدق عليه أنه تعلم الأحكام من ذلك الغير مشكل جدا، لانصرافهما إلى ما إذا كان التعلم بنحو المعهود في ذلك الزمان.

بل في البين أمر آخر و هو أنه إذا فرض مع عدم حضور الإمام - عليه السلام -

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٧

فتحاكموا إليه»، و لو عدل و الحال هذه إلى قضاء الجور كان مخطئا (١).

الولاية الشرعية بتنظيم أمر البلاد و التحفظ عليها للفقير العادل الجامع لشرائط الفتوى، أو من نصبه إدخالا لأمر تنظيم أمور البلاد و التحفظ عليها في أمور الحسبة، فالتصدي للقضاء و سائر شؤون القضاء و استيفاء الحقوق و العقوبات الشرعية بلا استيذان من ذلك القائم بأمر نظام البلاد و التحفظ بها فيما إذا أوجب ذلك موجبا لبعض الاختلال فيها و ضعف القوة المركزية لحوزة الإسلام، التي تصدى لها الفقير الجامع لشرائط الفتوى أو المنسوب و المجاز من قبله مشكل إلا بنحو قضاء التحكيم، حيث لو قيل باستفادة القضاء الابتدائي من المقبوله و معتبرة أبي خديجة فلا ينبغي التأمل في أن المفروض من مدلولهما غير هذا الفرض، مع أن الأصل عدم نفوذ القضاء فلا بد في الخروج عنه من ثبوت الدليل عليه.

نعم إذا كان القائم بأمر تنظيمها و التحفظ عليها ملحقا بحكام الجور يكون أمر القضاء في المنازعات داخلا في مداليل الروايات المشار إليها.

(١) لا خلاف في عدم جواز الترافع إلى قضاء الجور مع التمكن من الرجوع إلى من هو أهل للقضاء و استيفاء حقه بحكمه.

و يقال و كذا المراجعة إلى مطلق من ليس أهلا للقضاء، و يشهد لذلك مثل معتبرة أبي خديجة المتقدمة، فإن عدم الجواز مقتضى التحذير الوارد فيها من قوله - عليه السلام -: «إياكم أن يحاكم بعضكم بعضا إلى أهل الجور»، و نحوها غيرها.

و لكن يمكن دعوى أن التحذير المزبور لا - يعم مطلق من لا - يكون أهلا - للقضاء، بل مثل القضاء في ذلك العصر ممن كانوا من أصحاب الصولة و السيطرة و مستقلين في قضاياهم و لو بالقياسات و الاستحسانات تاركين قضايا أهل بيت العصمة - عليهم السلام.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٨

و على ذلك فلا يكون فى المراجعة إلى غير أهله من العالم بقضايهم- عليهم السلام- مع فقد بعض الأمور المعتبرة فى القاضى إلاً الحكم الوضعى و هو عدم نفوذ قضائه، فلا- يحلّ له المال فيما إذا لم يحرز بحجة معتبرة من الخارج أنّه حقّه، بخلاف ما إذا أحرز ذلك، فلا يكون عليه فى أخذه أىّ محذور.

وقيل بحرمة اعانته الغير على ارتكاب الحرام فيحرم المراجعة إليه، يعنى إلى غير الأهل للقضاء لأنّ القضاء من غير الأهل محرم، و المراجعة إليه من إعانته على ارتكابه المحرم.

و لكن ذكرنا فى المكاسب المحرمة أنّ فى حرمة مجرد اعانته الغير على ارتكابه الحرام من غير كونه داخلاً فى عنوان الإعانة على الظلم على الغير و من غير كونه تعاوناً على الإثم و العدوان تأملاً، و أيضاً فى حرمة قضاء غير الأهل مع علمه بحكم الواقعة مع التزامه بعدم نفوذ قضائه تأملاً، و إنّما لا يكون قضاؤه جائزاً وضعاً، نعم القضاء من غير علم محرّم لأنّه من الافتراء و الكذب على الشارع.

و كيف ما كان فلو توقّف استنفاذ حقه المعلوم و المحرز على المراجعة إلى قاضى الجور أو من ليس أهلاً للقضاء فيجوز كما هو ظاهر الماتن- قدس سرّه- و غيره، و الوجه فى ذلك أنّ التحذير فى معتبرة أبى خديجة و غيرها منصرف إلى صورة إمكان فصل الخصومة بالمراجعة إلى من كان أهلاً- له و لو بنحو التحكيم، و لو فرض الإطلاق و عدم الانصراف يكون الجواز مقتضى قاعدة نفي الضرر الحاكمة على المحرمات، و منها المراجعة إلى أهل الجور أو حرمة الإعانة على إثم الغير و ارتكابه الحرام.

ثمّ إنّ المذكور فى كلمات جماعة من الأصحاب، بل المشهور عندهم كما قيل أنّه إن أخذ حقّه بالمراجعة إلى غير الأهل للقضاء فى فرض حرمة المراجعة إليه

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٩

.....

لا يحلّ له ذلك الحق و إن كان ثابتاً فى الواقع.

و قد ورد ذلك فى معتبرة عمر بن حنظلة التى وصفوها بالمقبولة لعمل الأصحاب بهذا الحكم الوارد فيها، و عبارة عدة من الأصحاب كعبارة الماتن خالية عن ذكر ذلك. و ناقش بعضهم فى الرواية بضعف السند لعدم ثبوت توثيق لعمر ابن حنظلة، و لكن ذكرنا أنّ الرجل من المعاريف، و لم يرد فى حقه قدح.

نعم لا موجب لعدم الحل فيما إذا كان مورد المخاصمة عينا و كان الشخص محرراً أنّها ماله، فإنّ مقتضى كونها ماله جواز تصرفه فيها و الحق الوارد فيها ينصرف إلى الدين، و الدين و ان يتعين فى المال الخارجى بإعطاء المديون بقصد الوفاء، و هذا القصد حاصل فى فرض الرواية، لكن عدم حلّ هذا للشخص لعدم علمه باستحقاقه واقعا، كما هو المفروض فى المعتبرة من كون مورد السؤال فيها الشبهة الحكيمية.

و من هنا لو كان الحق الوارد فيها ما يعمّ العين فلا بأس بالالتزام بعدم الحل، لما ذكرنا أنّ المفروض فيها الشبهة الحكيمية، و مع عدم نفوذ قضاء القاضى لا سبيل للشخص إلى إحراز حقه ليجوز له بحسب الحكم الظاهرى.

و بتعبير آخر المفروض فى المعتبرة اختلافهما فى الدين و الميراث، فالأول يختص بغير العين و الثانى يعمّ العين و الدين، و يلتزم بأنّ الشخص فيما إذا لم يحرز استحقاقه إلّا بطريق القضاء غير النافذ فلا يجوز له التصرف و لو كان محققاً فى الواقع فى موارد الدين و العين، و لو سلّم أنّ الرواية تعمّ العين و الدين حتى ما إذا كان الاختلاف فى موضوع لا الحكم الكلى، فيلتزم بعدم الحل لكنه عدم الحل فى خصوص المراجعة إلى المفروض فيها من السلطان الجائر و القاضى المنسوب من قبله.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٠

[الثانية: تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه، وربما وجب]

الثانية: تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه (١)، وربما وجب و وجوبه على الكفاية، و إذا علم الإمام أن بلداً حال من قاض لزم أن يبعث

(١) ذكر الماتن - قدس سره - استحباب تولى القضاء لمن يثق بنفسه و يجد لنفسها شرائط القضاء، و قد يجب كفاية، و يظهر من آخر كلامه أن وجوبه في موارد من جهة وجوب الأمر بالمعروف، و كأن حكم القاضى بين المتخاصمين داخل في عنوان الأمر بالمعروف فيجب حيث قال: و لو لم يعلم الإمام من يكون له شرائط القاضى مع انحصار واجدها به و جب أن يعرف نفسه طلباً لنصب الإمام، لأن القضاء من الأمر بالمعروف.

و فيه ما تقدم من أن وجوب القضاء لا يرتبط بمسألة وجوب الأمر بالمعروف، كيف و قد لا يكون من يلزم بالدين على صاحبه لإثباته ذلك الدين بالبينه معروفاً واقعاً لخطأ البينة، أو لأن المنكر قد أدى الدين، و لكن لعدم البينة له على الأداء أنكر الدين إلى غير ذلك من الموضوعات التي لا يجب فيها إرشاد الجاهل بها أو المعتقد بخلافها.

و كيف كان فالمذكور في كلام جماعة من الأصحاب أن القضاء مستحب عيني و واجب كفائي.

و يورد على ذلك بأن الاستحباب التعيني و إن يجتمع مع الوجوب التخييري كما في كفارة شهر رمضان حيث يجب عتق الرقبة تخيراً مع كونه مستحباً تعينياً، حيث إن الوجوب في موارد التخييري يتعلق بالجامع بين الخصال و لو كان ذلك الجامع أمراً انتزاعياً اعتبارياً كعنوان أحدها فلا يتعلق الوجوب بعتق

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣١

له و يأثم أهل البلد بالاتفاق على منعه و يحل قتالهم طلباً للإجابة، و لو وجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله، و لو ألزمه الإمام. قال في الخلاف: لم يكن له الامتناع لأن ما يلزم به الإمام واجب، و نحن نمنع الإلزام إذ الإمام لا يلزم بما ليس

الرقبة، بل يتعلق بالجامع و يكون العتق مصداقاً له، فلا منع في كون تطبيق الواجب عليه مستحباً تعينياً، و أمّا في موارد الوجوب الكفائي فاجتماع الوجوب الكفائي في فعل مع كون ذلك الفعل مستحباً عينياً غير ممكن، لأن التكليف في موارد الوجوب الكفائي يتوجه إلى كل واحد من المتعددين، غاية الأمر التكليف المتوجه إلى كل منهم معني بعدم حصول الفعل من الآخرين، حيث إن توجه التكليف و البعث إلى الجامع من غير أن يتوجه إلى الأشخاص غير معقول، فإن الجامع لا يقبل الانبعاث و الانزجار و لا يقاس بالأحكام الوضعية مثل ملكية الزكاة للفقير و سهم السادة للهاشمي الفقير.

و على ذلك فمع توجه التكليف الوجوبي إلى فعل الشخص، و لو مع كونه معني بعدم حصول الفعل من الآخر، كيف يكون ذلك الفعل مستحباً لذلك الشخص، خصوصاً بملاحظة أن الاستحباب أيضاً يكون كفائياً لسقوطه بحصول الفعل من الآخرين.

و قد نقل في الجواهر في الجمع بين الاستحباب العيني و الوجوب الكفائي بعض الوجوه، ككون الوجوب الكفائي قبل قيام الغير بشؤون القضاء في الواقعة و الاستحباب النفسى ممن يثق بنفسه يتعلق بالقضاء في تلك الواقعة بعد تصدى الغير و قيامه بمقدمات القضاء فيها.

و ناقش فيه بأنهم لم يقيدوا الاستحباب بما بعد سقوط الوجوب الكفائي

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٢

لأزماً، أمّا لو لم يوجد غيره تعين هو و لزمه الإجابة، و لو لم يعلم به الإمام و جب أن يعرف نفسه لأن القضاء من باب الأمر بالمعروف.

و هل يجوز أن يبذل مالا ليلى القضاء؟ قيل: لا لأنه كالرشوة.

و قيام الغير بشؤون القضاء فى واقعة، مع أن الوجوب الكفائى لا يسقط بمجرد قيام الغير بمقدمات الفعل أو تهيئة نفسه للإتيان به، و ذكر أن الأولى أن يقال: إن التولى للقضاء عن الإمام - عليه السلام - مستحب نفسى لمن يتق من نفسه و لا يجب على غير الإمام - عليه السلام - التولى على ما تقدم من الروايات و فى بعضها من أن القضاء لنبى أو وصى نبى، نعم ربما يجب التولى إذا كان مقدمة للأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، بحيث يكون الشخص مع تولى القضاء متمكنا منهما كما يجب فيما أمر الإمام - عليه السلام - بالتولى، و لعل ما ذكر المصنف - ره - يرجع إلى ذلك، انتهى.

أقول: يمكن أن يقال إن تولى القضاء بجعل نفسه فى معرض المرافعة إليه مع شمول الاذن و النصب له و إن كان واجبا كفايا مع عدم الانحصار، و عينيا مع الانحصار، حفظا للنظام و حسما للمخاصمة و المنازعة بين الناس الموجبة لانعدام الأمن و التشاجر الموجب لضياع الحقوق، إلا أن وجوب القضاء فى كل واقعة ترفع إليه غير واجب فيما إذا أمكن عرض الصلح على المترافعين أو ترغيب مدعى الحق فى العفو و الإغماض، حتى على تقدير حقه واقعا، و فى مثل ذلك إذا اطمئن من نفسه بإيصال الحق إلى صاحبه بالقضاء فيها يكون القضاء مستحبا لما فيه اعانه و سعى فى قضاء حاجة المؤمن و نحو إيصال الحق إلى صاحبه.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٣

[الثالثة: إذا وجد اثنان متفاوتان فى الفضيلة مع استكمال الشرائط المعتمدة]

الثالثة: إذا وجد اثنان متفاوتان فى الفضيلة مع استكمال الشرائط المعتمدة فيهما، فإن قلد الأفضل جاز، و هل يجوز العدول إلى المفضل فيه تردد، و الوجه الجواز (١) لأن خلله يجبر بنظر الإمام.

(١) ذكر - قدس سره - إذا كان اثنان بشرائط القاضى، و لكن اختص أحدهما بالفضيلة، يعنى بالأعلمية فى مسائل القضاء، فلو نصب الإمام الأفضل جاز، و هل يجوز له ترك الأفضل و نصب المفضل، فيه تردد، و لكن الأظهر جوازه، لأن الخلل الحاصل بترك نصب الأفضل يجبر بكون الإمام ناظرا إلى قضاء المفضل.

و أورد عليه فى الجواهر إنه قد لا - يكون الإمام - عليه السلام - قريبا ليطلع على حكم المفضل فى الوقائع المرفوعة إليه، و إن أصل فرض المسألة خال عن الثمرة، حيث إن الإمام - عليه السلام - أعلم بما يفعل مع حضوره و العمدة التكلم فى نواب الغيبة الذين بيدهم القضاء فى الوقائع، و أنه هل يجوز المرافعة إلى المفضل منهم فى القضاء أو الفتوى و لو مع العلم باختلاف الفاضل مع المفضل فى القضاء أو الفتوى و لو إجمالا؟ فاختار الجواز أخذا بالإطلاق فى أدلته النصب العام من قوله - عليه السلام - «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا»، فإنه - عليه السلام - لم يقل انظروا إلى الأفضل منكم، و إذا كان قضاء المفضل مع وجود الأفضل نافذا فلازمه اعتبار فتواه فى كلّى تلك الواقعة، لأن الحكم الكلى يكون من الحق و القسط و ما أنزل الله، فيستفاد جواز تقليد المفضل من جواز المحاكمة إليه، أضف إلى ذلك السيرة المستمرة من المشرعة، فإنها كانت جارية على الرجوع فى الوقائع المبتلى بها إلى نواب الإمام - عليه السلام - مع العلم باختلافهم فى مراتب الفضل.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٤

.....

لا يقال: لا يمكن التخيير بين الأفضل و المفضل مع العلم باختلافهما، كيف قد ورد فى بعض الروايات تعين حكم الفاضل و ترجيحه

على حكم غيره.

فإنه يقال: ان ما أشير إليه في بعض الروايات ناظر إلى ما إذا اتفق المتخاصمين على المراجعة إلى الفاضل و المفضول دفعة، فاختلفا في حكم الواقعة فإنه في هذا الفرض لا يمكن التخيير و لا ترتفع المخاصمة، فلا بد من ترجيح أحدهما، و لذا ذكر فيها أنه مع فقد الترجيح يتوقف حتى يلقي الإمام - عليه السلام -، و لا ينافي ذلك التخيير ابتداء في رفع أصل المخاصمة بين الرجوع إلى الفاضل أو المفضول، بل التأمل في أدلة النصب و منها صدر المقبولة يقضى تجويز الرجوع إلى كل منهما و نفوذ قضائه.

أقول: أمّا مسألة الرجوع إلى الأعلّم في مقام الاستفتاء فهي خارجة عن البحث في المقام، و قد تقدم أنه لا ملازمة بين نفوذ قضاء المفضول و اعتبار فتواه، و الكلام في المقام في نفوذ قضائه مع وجود الفاضل، و الأظهر بحسب معتبرة أبي مريم و معتبرة عمر بن حنظلة جواز الرجوع إلى كل منهما، و لكن بما أن نفوذ القضاء و اعتباره كنفوذ الفتوى و اعتبارها طريقيّ فلا إطلاق لهما بالإضافة إلى صورة العلم باختلاف الفاضل و المفضول في القضاء في الواقعة التي يراد رفعها إلى القضاء، و بتعبير آخر لا يدخل هذا الفرض في مدلول معتبرة أبي مريم و صدر معتبرة عمر ابن حنظلة.

نعم يستظهر من ذيل الثانية اعتبار قضاء الأعلّم، حيث لا يحتمل الفرق بين اعتبار قضائه بعد المراجعة إليه مع المراجعة إلى المفضول و بين الاتفاق

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٥

.....

على المراجعة إلى الأعلّم خاصة من الابتداء. بل مقتضى ما تقدم من لزوم التصدي للقضاء حفظاً للنظام و استيفاء لحقوق بعض الرعية على البعض الآخر المستكشف منه نفوذ القضاء أيضا نفوذ قضاء الفاضل مع إحراز اختلاف قضائه مع المفضول. بل لو قيل باعتبار النصب الخاص فيما كان في بقعة من الأرض زعامة إسلامية بحيث يمكن إحراز الولاية الشرعية للمتصدي لها فالمتعين عليه نصب الفاضل إذا كان في نصبه كفاية، لأنّ نفوذ نصبه بالإضافة إلى الأفضل محرز و غيره مشكوك. و ربّما يدل عليه ما في العهد المعروف إلى مالك الأشتر من قوله - عليه السلام -:

«اختر للحكم بين الناس أفضل رعيّتك» «١»، و لكن المراد ليس هو الأفضل المطلق بل الأفضل الموجود في البلد و ما حوله بحيث يمكن لعامة الناس في ذلك البلد أو ما حوله من الرجوع إليه، فإنّ اعتبار الرجوع إلى الأفضل المطلق نظير تقليد الأعلّم غير محتمل، حيث لا تيسّر لجميع الناس المرافعة إليه بخلاف أخذ الفتوى، فإنه يمكن الأخذ بالرجوع إلى رواة الفتوى أو الرجوع إلى رسالة الأعلّم.

نعم لا يبعد أن يكون الأمر في القضاء أيضا كذلك فيما إذا كان اختلاف المترافعين و منازعتهما ناشئة عن جهلها بالحكم الشرعيّ الثابت للواقعة التي ابتلي بها، حيث إنّ ترتفع منازعتها برجوعها إلى فتوى الأعلّم من غير حاجة إلى القضاء.

(١) الوسائل: ج ١٨ الباب ٨ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٩: ١٦٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٦

[الرابعة: إذا اذن له الإمام في الاستخلاف جاز]

الرابعة: إذا اذن له الإمام في الاستخلاف جاز و لو منع لم يجز، و مع إطلاق التولية إن كان هناك امارة تدلّ على الاذن مثل سعة الولاية التي لا تضبطها اليد الواحدة جاز الاستنابة و إلّا فلا، استنادا إلى أن القضاء موقوف على الاذن (١).

(١) ذكر- قدس سره- انه لو اذن الامام- عليه السلام- لمنصوبه الخاص في الاستخلاف للقضاء جاز له استخلاف من يجوز له القضاء مع نصبه و لو منع عن الاستخلاف لم يجرى، و مع إطلاق توليته القضاء و تفويضه إليه فإن كان في اليمين قرينة تقتضى الاذن في الاستخلاف، كما لو كان البلد وسيعا لا يتيسر فيه القضاء بوحده جاز الاستخلاف، و مع عدم القرينة فلا يجوز لأن القضاء من غير الإمام- عليه السلام- موقوف على اذنه- عليه السلام- و قد تحقق بالإضافة إلى المنصوب دون من يستخلفه.

أقول: المهم في المقام التكلم في زمان الغيبة و ان المنصوب للقضاء بالنصب العام يجوز له أن يستنوب غيره بالقضاء بالتوكيل، فيما إذا لم يكن من ينوب عنه داخلا في النصب العام كأن يوكل المجتهد مقلده البصير في أمر القضاء أن يقضى بفتاواه في الوقائع التي ترفع إليه، بأن يطبق على تلك الوقائع فتاواه التي ذكرها في رسالته أو كتابه، فيحكم بمقتضاها.

فقد ذكر في الجواهر جواز ذلك و نقله عن المحكى عن الفاضل القمي و قال: لا بأس بذلك لو لم يكن إجماع على خلافه كما لهجت بدعواه السنه المعاصرين و بعض من تقدمهم، و قال: لا يرد على ذلك باختصاص النصب العام بالمجتهد، فكيف يكون قضاء غيره نافذا، فإن اختصاص النصب العام للمجتهد يقتضى عدم نفوذ حكم غيره مستقلا، لا عدم نفوذ حكمه و لو كان بالتوكيل عن المنصوب، فإن للمجتهد الولاية على القضاء نظير ما كان للإمام- عليه السلام- على

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٧

.....

ما هو ظاهر رواية عمر بن حنظله و كما كان للإمام- عليه السلام- الاستنابة للقضاء بقضاياه- عليه السلام- كذلك للمجتهد الاستنابة و تولية الحكم بفتاواه التي هي عدل و قسط و حكم بما أنزل الله، انتهى.

و لا يخفى أن غايه ما يستفاد من النصب العام أن للعالم بقضاياهم أن يقضى في الوقائع التي ترفع إليه، و أما أن له التوكيل بأن يوكل الغير في القضاء فيها فلا.

و بتعبير آخر: ان مقتضى جعل شخص حاكما أو قاضيا كما هو مقتضى معتبره أبي خديجه و مقبوله عمر بن حنظله هو قيام مبدء القضاء و الحكم بذلك الشخص لا- الأعم من قيامه به و بمن هو من قبله، إلما أن يثبت أن القضاء نظير البيع و النكاح و الطلاق من الأمور التي تستند إلى الشخص بالتسيب و الوكالة، كما أنه لم يحرز أنه من الأفعال التي تستند عرفا إلى غير المباشر أيضا، كما في الحلق و الذبح و التصدق.

و ليس فيما ورد بمشروعيه الوكالة عموم يدخل فيه القضاء. و التمسك في مشروعيه التوكيل في القضاء بمثل روايه معاويه بن وهب و جابر بن يزيد غير صحيح، فإنها واردة في بيان حكم آخر، و هو استمرار الوكالة في أمر إلى زمان وصول العزل إلى الوكيل بعد مشروعيه الوكالة في ذلك الأمر.

و على الجملة: الثابت هو أن قضاء المجتهد قضاؤه- عليه السلام- و أما أن قضاء وكيل المجتهد قضاؤه- عليه السلام- فهذا غير ظاهر، و مقتضى الأصل عدم النفوذ.

هذا كله إذا وكل المجتهد مقلده، و أما إذا وكل مجتهدا آخر لا يجوز لذلك المجتهد الاستقلال بالقضاء، كما إذا كان مفضولا و معه الأفضل في البلد

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٨

.....

فالأمر أيضا كذلك، بل الأمر فيه أشكل فإنه وإن وكله في القضاء بعلمه فالمفروض أن القضاء عنه بعلمه غير نافذ في الواقعة، وإن وكله في القضاء بفتوى الموكل فالمفروض أن ذلك المجتهد لا يرى فتواه حكم الله و الحق و العدل فكيف يكون قضاؤه بالحق و العدل و بما أنزل الله.

و أجاب عن ذلك السيد اليزدى - قدس سره - بأن دليل اعتبار ظن المجتهد على حد سواء بالإضافة إلى المجتهدين، و لكن لم يظهر وجه صحيح لذلك الجواب، فإن مقتضاه أن يترك ما استفاده من الأدلة و الأخذ في الواقعة بفتوى الغير، و كيف يمكن لمجتهد أن يترك مقتضى خطاب الشرع بنظره و يتعبد بما يراه مقتضى خلاف ظاهره.

ثم إنه قد يقال: إذا اقتضت المصلحة تولى القضاء لغير الواجد لشرائط القاضى كغير العالم أو غير العادل فلإمام - عليه السلام - توليته، و يستدل على ذلك بنصب شريح المعروف بفقده شرائطه، و إن الاضطرار إلى فعل كما يرفع حرمة كذلك الاضطرار إلى ترك رعاية شرط يرفع اشتراطه، و على ذلك فالاضطرار إلى قضاء العالم بالحكم من غير اجتهاد أو من غير عدالة يوجب جواز المرافعة إليه، بل نفوذ قضائه و جواز نصبه.

أقول: الاضطرار، تارة: يلاحظ بالإضافة إلى ولي الرعية حيث لا يكون له خيار إلّا نصب من لا يكون واجدا للأوصاف المشروطة، كما قيل وقوع ذلك فى نصب شريح، و أخرى: بالإضافة إلى الرعية حيث يضطرون إلى المرافعة إلى قضاء غير الواجد لشرائط القاضى. و ثالثة: يلاحظ بالإضافة إلى نفس القاضى حيث يرى نفسه فاقدا لبعض شرائط القاضى كالعُدالة أو الاجتهاد، و لكن يرى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٩

.....

حاجة الرعية إلى قضائه لعدم كون الواجد لشرائط القضاء بمقدار الكفاية لحاجة الناس أو عدم تصدى الواجد لشرائطه للقضاء، عذرا أو من غير عذر.

فإن كان الاضطرار بالإضافة إلى ولي المسلمين فلا ينبغي التأمل فى أنه يجوز له الاذن لغير الواجد بالقضاء بالحق فى الوقائع المرفوعة إليها، لأن الاذن فى القضاء فى نفسه و ان كان غير جائز لغير الواجد، إلّا أن طرؤ الاضطرار إلى الاذن و النصب يجوز، كما يجوز نفي الحرج أو الضرر الحرمه الثابتة فى فعل لولا طرو هذه العناوين، و يقال من هذا القبيل اضطرار على - عليه السلام - إلى النصب فى قضية الحكّمين. و لكن لا يترتب على هذا النصب حكم وضعى، و بتعبير آخر يكون نصبه هذا من قبيل التقيّة فى بيان الحكم أو القضاء، و لعل نصب شريح كان من هذا القبيل، و لذا اشترط - عليه السلام - أن لا ينفذ قضائه حتى يعرضه عليه، و فى صحیح هاشم بن سالم عن أبى عبد الله - عليه السلام -: «لما ولى أمير المؤمنين - عليه السلام - شريحا القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه» (١).

نعم لو كان النصب بمعنى إلزام ولى المسلمين الرعية بالعمل بقضاء ذلك الفاقد و ترتيب الأثر عليه لطر و المصلحة الموجبة لذلك، فلا بأس بالإلزام بترتيب أثر القضاء الصحيح عليه، إلّا مع العلم بخطئه، أو مع العلم بصوابه، كما ربّما يلتزم بذلك بالإضافة إلى قضاء القاضى من أهل الخلاف بالإضافة إلى ثبوت هلال ذى الحجة، و يمكن استظهار ذلك مما ورد فى شأن شريح فى قضية درع طلحة.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب آداب القاضى، الحديث ١: ٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٠

.....

ولعل اشتراط أن لا ينفذ حكمه حتى يعرضه عليه- عليه السلام- لإحراز كونه على الحق، وهذا يدخل في الحكم الولائي بالإضافة إلى الرعية و بالإضافة إلى الولي من الحكم الشرعي في نصبه و أمر الرعية باتباع قضائه، حيث إن جواز النصب و جواز الأمر بالاتباع فيما إذا لم يعلم خطأ قضائه أو علم كونه على الموازين من الحكم الشرعي المترتب على ولاية الزعامة على الرعية، فيما كانت شرعية كما في الإمام- عليه السلام.

و أما اضطرار المترافعين إلى المرافعة إلى فاقد الأوصاف المعتبرة في القاضى، فقد تقدم الكلام فيه في المراجعة إلى حكام الجور و قضائهم من أنه إذا أحرز حقه و توقف استنقاذه على الترافع إلى غير الواجد للأوصاف فلا بأس لارتفاع الحرمة بأدلة نفي الضرر و نفي الحرج و للاضطرار، و لا يقتضى شىء من ذلك اعتبار قضاء الفاقد لشرائط القضاء، حيث مقتضى الأدلة الرافعة نفي التكليف الثابت لولاها لا إثبات الحكم الوضعى.

و على الجملة فالأوصاف المعتبرة في القاضى لا- يدخل في فعل المكلف ليضطر إليه فعلا- أو تركا، و إنما فعله المرافعة إلى فاقد الوصف و الرجوع إليه لو كان محرما يرتفع حرمة، و لكن لا يثبت نفوذ قضائه.

و أما اضطرار غير الواجد لأوصاف القاضى إلى القضاء فلا يتصور اضطراره إلى قضائه، فإن تولى القضاء مشروط بصفات و على غير الواجد تحصيل تلك الصفات مع تمكنه من تحصيلها ليقضى بين الناس، و مع عدم تمكنه فلا تكليف بالإضافة إلى القضاء، نعم يمكن تصوير إكراهه على القضاء، و معه يجوز له القضاء تكليفا، و لكن لا يثبت لقضائه نفوذ.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤١

[الخامسة: إذا ولي من لا يتعين عليه القضاء]

الخامسة: إذا ولي من لا- يتعين عليه القضاء فإن كان له كفاية من ماله فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال و لو طلب جاز (١) لأنه من المصالح، و إن تعين عليه القضاء و لم يكن له كفاية جاز له أخذ الرزق و إن كان له كفاية قيل: لا يجوز له أخذ الرزق لأنه يؤدى فرضا.

(١) ذكر- قدس سره- أنه إذا لم يتعين على الشخص تولى القضاء كما إذا كان التولى واجبا كفاثيا و تولى القضاء و كان له مال يكفى لمؤنته، فالأفضل أن لا يأخذ الرزق من بيت المال المجتمع من الزكوات و الخراج و المقاسمة و جزية الرؤوس و نحوها، و لعل وجه كونه أفضل توفير بيت المال و تيسير ولى المسلمين، حيث إن الامتناع عن الارتزاق منها إعانته على مهامه من صرف المال على سائر مصالح المسلمين، و لو طلب الرزق و الحال هذه جاز لأن صرفها على القضاء من صرفها على مصالح المسلمين.

و ذكر في الجواهر أن فى جواز المطالبة إشكال، و هو أنه مع وجوب تولى القضاء و لو بنحو الواجب الكفاثي لا يجوز له الامتناع عن التولى، و مع عدم الجواز كيف يجوز له المطالبة بالمال، هذا لو لم نقل بكون القضاء تعبديا و إلا يجيء فى الطلب اشكال آخر و هو أن العبادة فعل العبد ليتقرب به إلى الله سبحانه و مع أخذ العوض يلزم الجمع بين العوض و المعوض، هذا إذا كان الوجوب كفاثيا، و أمّا إذا تولى القضاء لعدم الآخر أو أمر الإمام- عليه السلام- بالتولى فيجوز أخذ الرزق مع حاجته لقيامه بمصلحة المسلمين و نظام النوع، و أمّا إذا لم يكن محتاجا فلا يجوز على قول لأن القضاء فى الفرض متعين عليه.

أقول: أمّا أخذ الرزق من بيت المال فالأظهر جوازه، سواء أ كان له مال يكفى لمؤنته أم لا، لأن بيت المال معد للصرف على مصالح المسلمين، و إذا كان فى إعطاء ولى المسلمين القاضى من بيت المال و لو مع عدم فقره ما يوجب

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٢

أمّا لو أخذ الجعل من المتحاكين فيه خلاف و الوجه التفصيل، فمع عدم التعيين و حصول الضرورة قيل يجوز و الأولى المنع و لو

اختل أحد الشرطين لم يجز.

اهتمامه و سعيه في أمر القضاء جاز له الإعطاء، كما جاز للقاضي الطلب و الأخذ.

و لا يقال: قد ورد في صحيحه عبد الله بن سنان: «سئل أبو عبد الله - عليه السلام - عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق، فقال: ذلك السحت» (١).

فإنه يقال: مع أن ظاهرها العوض على القضاء، حيث لو كان المراد مجرد الارتزاق لاكتفى السائل بقوله عن قاض بين قريتين يأخذ الرزق من السلطان، فهي منصرفة إلى قضاء الجور المعروفين في ذلك الزمان المنهى عن المراجعة إليهم من الأعوان الظلمة. و الحاصل ارتزاق القاضي و الإعطاء من بيت المال له من صرفه على مصالح المسلمين، خصوصا مع حاجته و لو للتوفير على عياله أو تأمين الأمور المرتبة على قضائه، و قد ورد في العهد المعروف إلى مالك الأشر: «و أكثر تعاهد قضائه و افسح له في البذل ما يزيح علقته و تقل معه حاجته إلى الناس» (٢).

و أما أخذ الأجرة على القضاء فقد ذكرنا في بحث أخذ الأجرة على الواجبات أن مجرد وجوب الفعل و لو كان تعديلا لا يوجب عدم جواز أخذ الأجرة عليه، لأن العادة لا توجب كون الفعل مملوكا لفاعله أو لله سبحانه بملك اعتباري ليلزم من أخذ الأجرة عليه الجمع بين العوض و المعوض، و يكفي في قصد التقرب المعتبر فيه أنه لو لم يكن أمر الشارع به لما كان يأتي به حتى مع إعطاء الأجرة عليه، بل الموجب لفساد أخذ الأجرة أحد أمرين: أحدهما: أن يكون إيجابه على المكلف بأن يأتي به مجانا، الثاني: عدم المالية لذلك الفعل، سواء

(١) الوسائل: ج ١٨ الباب ٨ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١: ١٦٢.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ٩: ١٦٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٣

امّا الشاهد فلا يجوز له أخذ الأجرة، لتعين الإقامة عليه مع التمكن، و يجوز للمؤذن و القاسم و كاتب القاضي و المترجم و صاحب الديوان و والي بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال لأنه من المصالح، و كذا من يكيل للناس و يزن، و من يعلم القرآن و الآداب.

أ كان واجبا أم مندوبا، بحيث يكون أخذ العوض عليه من أكل المال بالباطل.

و ربما يقال: إنه يستفاد عدم المالية للقضاء شرعا و إيجابه على واجد الأوصاف مجانا من صحيحه عمار بن مروان قال: «قال أبو عبد الله - عليه السلام -:

كل شيء غلّ من الإمام فهو سحت، و السحت أنواع كثيرة، منها ما أصيب من أعمال الولاية الظلمة و منها أجور القضاء و أجور الفواجر و ثمن الخمر و النبيذ و المسكر و الربا بعد البينة فأما الرشا في الحكم فإن ذلك الكفر بالله العظيم جل اسمه و برسوله» (١).

و أوجب بأنها ناظرة إلى ذلك الزمان من القضاء المتصددين للقضاء من قبل الظلمة، و إن أجورهم داخله في ما أصيب من أعمال الولاية الظلمة، كما يؤيدها تكرار لفظه منها الظاهرة في التبعض، مع رجوع الضمير إلى الموصول لا إلى الأنواع.

أقول: لم تظهر قرينه على أن الألف و اللام في القضاء للعهد و تكرار لفظه منها لا يدل على شيء لو لم يكن تأنيث الضمير قرينه على عوده إلى الأنواع، مضافا إلى أن القضاء في واقعه كالإفتاء فيها في عدم المالية، فالأحوط ترك أخذ العوض من المتخاصمين. بل مطلقا، و إن كان العهد المعروف يشير إلى جواز الأول و الاكتفاء بالارتزاق، حيث إن ما في العهد لا يخرج إلى حد الظهور في أخذ

العوض، فإنه يمكن أن يكون السؤال لكتابة القضاء، و لو كان الكاتب هو القاضى و مثل الكتابة ليس داخلا فى القضاء الواجب، كما لا يخفى.

(١) الوسائل: ج ١٢ الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٢: ٦٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٤

[السادسة: تثبت ولاية القاضى بالاستفاضة]

السادسة: تثبت ولاية القاضى بالاستفاضة (١)، و كذا يثبت

(١) الظاهر ان المراد من ولاية القاضى نصبه الخاص للقضاء و مراده من الاستفاضة شهرة خبر نصبه، بحيث يحصل منه الاطمئنان و الوثوق و سكون النفس غالبا، و لو لم يكن فى بعض الموارد لبعض الجهات كذلك و الثبوت بالشياع كذلك لا يختص بالولاية على القضاء، بل يثبت بالاستفاضة غيرها أيضا مما جرت السيرة حتى عند المتشعبة على الاعتماد عليها فيها من نسب الشخص، ككونه ابن فلان أو أختا لفلان من غير فرق من جهة الأب أو الأم و الملك المطلق ككون هذه الدار لزيد أو المزرعة لفلان، نعم خصوصية الملك ككونه بالشراء أو المصالحه أو الهبة و نحوها لا تثبت بالشياع.

و من الاستفاضة المعترية الشياخ فى موت شخص أو نكاحه من فلانه، أو كون الملك وقفا و كون العبد معتقا و نحو ذلك مما قيل فى ضابطها كل ما يعسر عليه إقامة البينة، و الوجه فى تفسير الاستفاضة فى كلام الماتن بذلك أنه لو كان المراد بالاستفاضة الشياخ المفيد للعلم و اليقين فعلا لما يكون اعتباره مختصا بالأمر المذكورة كما هو ظاهر المتن و غيره.

و فى مرسله يونس بن عبد الرحمن عن أبى عبد الله - عليه السلام - «قال: سألته عن البينة إذا أقيمت على الحق أ يحل للقاضى أن يقضى بقول البينة إذا لم يعرفهم من غير مسألة؟ فقال: خمسة أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم: الولايات و التناكح و الموارث و الذبائح و الشهادات، فإذا كان ظاهره ظاهرا مأمونا جازت شهادته و لا يسأل عن باطنه» (١).

و فى رواية الفقيه: الأنساب بدل الموارث (٢)، و لعل المراد منهما واحد،

(١) الوسائل: ج ١٨ الباب ٢٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢١٣.

(٢) الفقيه ٣: ٩، الرقم: ٢٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٥

بالاستفاضة: النسب و الملك المطلق و الموت و النكاح و الوقف و العتق، و لو لم

حيث إن المراد من الموارث موجب الإرث، أى النسب و المراد بظاهر الحكم الشياخ الموجب للاطمئنان و سكون النفس غالبا، و إن لم يكن فى بعض الموارد لوجود مقتضى الشك كذلك.

و لعل المراد من ظاهر الحكم فى عدالة الشهود و عدم السؤال عن باطنه، مع أن القاضى يفتش عن حال الشهود، و يسأل المدعى عليه عن الجراح لهم هو أنه يكفى فى عدالة الشخص إحراز حسن ظاهره و إحراز عدم القادح فى ذلك الحسن، و لا- يعتبر التفتيش و السؤال عن باطن أمره، و فى بعض نسخ التهذيب الأخذ بظاهر الحال بدل ظاهر الحكم.

و ذكر صاحب الجواهر- قدس سره- أن المراد منهما واحد لكون المراد بظاهر الحكم شيوع النسبة بين المحمول و موضوعه، و إن

النسبة بينهما فيما كانت شائعة عند الناس، بحيث ينسبون الحكم إلى ذلك الموضوع كما يقال هذه الدار وقف، أو أن فلانا ابن خالد يجوز الحكم بذلك الشيع في الأمور المتقدمة، و يحتمل أن يكون المراد بظاهر الحكم في الشهادات الأمور المربوطة بالشهادة كعدالة الشاهد و فسقه.

و استشهد لذلك بصحيحه حريز الواردة في ذم أبي عبد الله - عليه السلام - ابنه إسماعيل في دفعه مالا إلى من كان يريد السفر إلى اليمن ليشتري له بضاعة مع الشيع عند الناس بأن المدفوع إليه شارب الخمر و أنه ليس أهلا للأمانة «١»، حيث إن الصحيحه ظاهرة في اعتبار الشيع في إحراز فسق الشخص و حسن حاله فيكون العبرة بنفس الشيع لا بما يحصل منه من العلم أو الظن المتاحم أو مطلق الظن.

(١) الوسائل: ج ١٣ الباب ٦ من أبواب أحكام الوديعه، الحديث ١: ٢٣٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٦

يستفص أما لبعده موضع ولايته عن موضع عقد القضاء له أو لغيره من

بل يظهر من الصحيحه اعتبار الشيع في كل أمر و لو لم يكن من فسق شخص أو عدله أو الأمور المتقدمة، لأن سياق الصحيحه و هو الأمر بتصديق المؤمنين يأبى عن حملها على خصوص شيع الفسق لشخص و انحصار تصديق المؤمنين به، و اقتصارهم بالأمور المتقدمة في ذكر اعتبار الشيع ليس لعدم اعتباره في غيرها مع حصوله، بل لأن تحقق الشيع في غيرها أمر نادر، كيف و قد صرحوا بثبوت رؤية الهلال و غيرها بالشيع، و على ذلك فيجوز للقاضي الحكم في الواقعة المرفوعة إليه بالشيع و ظاهر الحكم عند الناس، و لا- ينافي ذلك ما ورد في أن القضاء يكون بالبينات دون غيرها و ذلك فإن ما دل على عدم اعتبار غير البينة و اليمين في القضاء بالإطلاق فيرفع اليد عنه في موارد الشيع لقيام الدليل على اعتباره.

و يحتمل أن يكون حصر القضاء بالبينات بملاحظة الغالب، حيث إن تحقق الشيع في الحكم في غالب الموضوعات أمر نادر، كما لو كان المراد من شيع الحكم أن يكون الناس على إذعان بالنسبة لا ان يكون الشيع في خبر النسبة بأن اشتهر أنه قيل ان زيدا شارب الخمر و خبر إسماعيل يشير إلى أن المراد هو شيع التصديق، فإن المناسب للأمر بتصديق المؤمنين التصديق بما هم فيه على تصديق و إذعان، انتهى.

أقول: قد تقدم ان الشيع الموجب للعلم ليس مورد المناقشة في الاعتبار فإن العلم الوجداني معتبر من أي سبب حصل، و الكلام في الشيع غير الموجب للعلم، فهل هو موضوع للاعتبار في بعض الأمور كما هو ظاهر الماتن أو أنه معتبر في كل الأمور كما هو ظاهر كلام صاحب الجواهر - قدس سره -؟

و الأظهر عدم اعتبار الشيع بنفسه فإن مرسله يونس مع ضعفها سندا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٧

الأسباب، أشهد الإمام أو من نصبه الإمام على ولايته شاهدين بصورة ما عهد

و عدم انطباق ما ورد فيها على الأمور التي ذكرها الماتن و غيره لا دلالة لها على اعتبار الشيع، فإنه من المحتمل أن يكون المراد بظاهر الحكم في الولايات المعاملة مع المتصدي لها معاملة الولي الشرعي من جواز المعاملة كما تقدم في جواز شراء الخراج و المقاسمة و الالتزام بطاعتهم طاعة الرعية على ما كان في ذلك الزمان لرعاية التقي و لو مداراة، و في النكاح و الموارث و الذبائح إسلام الشخص باعترافه بالشهادتين، و في الشهادات ما تقدم في ثبوت عدالة الشاهد.

و في صحیحہ محمد بن مسلم عن أبی جعفر- عليه السلام- قال سألتہ عن الإیمان فقال: الإیمان ما كان في القلب و الإسلام ما كان عليه التناكح و المواريث و تحقن به الدماء، و أما صحیحہ حرير فلو لم يكن فيها الاستشهاد بالآية لكانت في دعوى دلالتها على اعتبار الشيعو في ثبوت الشىء وجه، و لكن بملاحظته لا- تكون لها دلالة على أزيد من الترغيب في تصديق الناس تحفظا على الواقع و احتياطاً فيه، لا تصديقهم في ثبوته حتى بالإضافة إلى أثر يكون ترتيبه على خلاف الاحتياط، كما هو المراد من ثبوت الشىء و اعتبار الامارة.

و بتعبير آخر: ليس المدعى أن المراد من الإیمان للمؤمنين خصوص تصديق الناس فيما ينفعهم و لا يضرهم المعبر عنه بالتصديق الأخلاقى بأن لا ينسب الكذب إليهم، كما في مورد نزول الآية حيث صدق النبى الأكرم صلى الله عليه و آله و سلم النمام على إنكاره نميمته مع تصديقه الله سبحانه فيما أوحى إليه في أمر النمام فإن ارادة خصوصه ينافى مورد الصحیحة، حيث إن موردها ترتيب أثر شارب الخمر على من يذكره الناس بشرب الخمر، فالجمع بين الصحیحة و ما ورد في مورد الآية هو أن المراد من تصديق المؤمنين التحفظ في مورد اخبارهم على الأخلاق و الواقع و إن هذا من المرغوبات الشرعية.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٨

إليه (١) و سيرهما معه ليشهدا له بالولاية، و لا يجب على أهل الولاية قبول دعواه مع عدم البينة و إن شهدت له الأمارات ما لم يحصل اليقين.

و المتحصّل أنه لا- إطلاق في البين يقتضى اعتبار مجرد الشيع في ثبوت كل شىء ما لم يوجب العلم أو الوثوق و الاطمئنان، نعم الموجب للاطمئنان لا- يكون موجبا للحكم و القضاء في المرافعات و موجبات الحدود أخذاً بما دلّ على اعتبار البينة في مدرك القضاء و ما ورد في ثبوت موجبات الحد على ما يأتى في باب الشهادات، و أيضاً قد ورد في بعض الموارد أو قامت السيرة على اعتبار الشيع فيها حتى و لو لم يكن مفيدا للوثوق و الاطمئنان كشيعو نسب شخص و ثبوت حسن الظاهر له الكاشف عن عدالته، و لكن لم يظهر وجه لكون نصب القاضى منها، سواء كان المراد النصب الخاص أم ما هو الدخيل في النصب العام من اجتهاده و فقاوته.

(١) ذكر- قدس سره- أنه لو لم يكن نصبه مستفيضاً لبعده موضع تولية القضاء عن موضع عقد القضاء له، يعنى النصب، أو لجهة أخرى أشهد الإمام أو من بيده أمر نصبه بإطلاقه أو تقييده و الاشرط فيه بشاهدين و يرسلهما معه إلى موضع تولية ليشهدا له بالنصب، و لا عبرة في ثبوت النصب بغير شهادة العدلين من سائر الأمارات الظنية، حيث لم يثبت اعتبار غير شهادتهما.

و ذكر في الجواهر أن هذا بناء على عدم الحاجة في اعتبار البينة إلى حكم الحاكم على طبقها، و أما بناء على اعتبار الحكم فيحتاج ثبوت ولايته على حكم الحاكم سواء أ كان حاكم بلد آخر أم الحاكم الذى في ذلك الموضع فيما إذا كان عزله معلقاً على أن تثبت ولاية القاضى المرسل.

أقول: الظاهر عدم الحاجة في اعتبار البينة إلى حكم الحاكم في غير

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٩

[السابعة: يجوز نصب قاضيين في البلد الواحد لكل منهما جهة على انفراد]

السابعة: يجوز نصب قاضيين في البلد الواحد (١) لكل منهما جهة على انفراد و هل يجوز التشريك بينها في الجهة الواحدة؟ قيل بالمنع حسماً لمادة اختلاف

الحقوق المحتاجة إلى المرافعة و غير الحدود، لما ذكر على اعتبارها من الدليل، نعم عزل القاضى معلقاً على حدوث أمر معين كتعليق

نصبه صحيح، فإنَّ العزل و النصب يتبعان نظر ولى المسلمين فى التحفظ بصلاحيهم و أمن بلادهم، و عليه فيجوز لولى المسلمين نصب القاضى فى البلد بالإضافة إلى الواقعة المرفوعة إليها، معلقا على ما إذا كان حكمه فى الواقعة موافقا مع سائر القضاء فى سائر البلاد بحسب كلى تلك الواقعة، و هذا علاج لتشتت القضاء فى الوقائع التى تتحد فى نوعها فى الحكم، حفظا لنظام القضاء فيها.

(١) ذكر - قدس سره - أنه يجوز لولى المسلمين نصب قاضيين فى بلد واحد فيما كان نصب كل منهما فى جهة غير ما ينصب الآخر لتلك الجهة، بأن نصب أحدهما للقضاء فى الحقوق المالية و الآخر فى الدماء و الفروج، و أمّا فيما كان نصبهما فى الجهة الواحدة على الاستقلال أو أن يقضى كل منهما فى كل الجهات و القضايا على نحو الاستقلال. كما هو الحال فى النصب العام، فليل بعدم الجواز، لأنَّ مع النصب كذلك يمكن أن يختار أحد المترافعين غير ما يختاره الآخر، فيكون منشأ للنزاع و الاختلاف، و لكن الوجه الجواز، لأنَّ كلاً من القاضيين ينوب عن ولى المسلمين، فى القضاء، و النيابة تتبع اختيار المنوب عنه، نظير توكيل المالك اثنين فى بيع ماله بحيث يكون لكل منهما يبعه.

و ذكر فى الجواهر فى ذيل ذلك أنَّ مع تنازعهما فى اختيار القاضى يقدم من سبق إليه أحد المتخاصمين، و مع التقارن يرجعان فى التعيين إلى القرعة، و ذكر أيضا جواز نصب المتعدد و جواز نصب المتعدد أيضا للقضاء فى الوقائع بنحو الاشتراك و الاجتماع، كما قواه العلامة و ولده، و لكن منع عنه بعضهم لعدم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٠

الغريمين فى الاختيار، و الوجه الجواز لأنَّ القضاء نيابة تتبع اختيار المنوب.

الدليل على التشريك حتى فى الوكالة و سائر الولايات و يمكن أن يقال ان التشريك فى الوصاية و الوكالة هو عدم نفوذ تصرف أحدهما بدون رضا الآخر لا أن يكون لكل منهما نصف الولاية أو الوكالة، ففى المقام أيضا يمكن التشريك فى الحكم بهذا المعنى، لا أن يكون كل من القاضيين بمنزلة نصف القاضى، و يترتب على التشريك بمعنى عدم النفوذ بدون رضى الآخر أنه لو مات أحد الوصيين يكون تصرف الآخر نافذا، و لا يحتاج إلى ضم الحاكم شخصا آخر مكان الميت بناء على أن المراد من التشريك شرط رضى الآخر مع إمكانه.

ثم أشار - قدس سره - إلى ما قد يقال فى المقام من أنه كيف لا يجوز التشريك بمعنى إعطاء الولاية لاثنتين مجتمعين مع أنه قد وقع مثل هذا التشريك فى الولاية العامية التى هى فوق الولايات، كما فى قضية موسى و هارون - على نبينا و آله و عليهما الصلاة و السلام -، و أجاب بأن منصب النبوة كان لموسى و المراد من تشريك هارون إعطاء المنصب له، و لذا أفرد التصريح بهذا المنصب له فى بعض الآيات، و على ما تقدم فإنَّ اختلافا فى الحكم وقف الحكم و إلّا نفذا، انتهى.

أقول: لو توقف نفوذ الحكم على النصب الخاص فيمكن كون نصب كل من الاثنتين أو الأكثر بنحو الإطلاق و الاستقلال، كما يمكن كونه على تقدير و على نحو الاشتراك فى إصدار الحكم أو يوافق كل منهما على نظر الآخر قبل إصدار أحدهما الحكم.

و أمّا بالنظر إلى النصب العام فلا ينبغى التأمل فى أن مقتضى ما تقدم نفوذ القضاء ممن ترافعا عنده، و كان على الأوصاف المعبرة المتقدمة سواء تعدد من على الأوصاف فى البلد أم لا، و العمدة أن مع تعدد القاضى و نفوذ الحكم من

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥١

.....

كل منهم فهل يكون اختيار القاضى للمدعى أو من سبق إليه أحد المتخاصمين يتعين قضائه أو يرجع إلى القرعة إلّا إذا اتفقا بواحد؟ ذكر فى المستند أنه إذا كان هناك مجتهدان و أكثر، بحيث يجوز الرجوع إلى كل منهما أو منهم فمن اختاره المدعى للمرافعة إليه

يكون له القضاء في الواقعة، و يجب على خصمه الإجابة لذلك القاضي، و على ذلك الإجماع و لأن المدعى هو المطالب بالحق و لا حق للمنكر ابتداء.

و أجاب عن ذلك في ملحقات العروة بأن للمنكر أيضا حق الجواب كما أن له أن يسبق إلى حاكم فيطلب منه تخليصه عن دعوى المدعى، و مقتضى القاعدة مع عدم علمية أحد الحاكمين القرع، إلا إذا ثبت الإجماع على تقديم مختار المدعى، و ذكر في العروة أن اختيار الحاكم بيد المدعى إلا إذا كان مختار الآخر أعلم، بل الأحوط الرجوع إلى الأعم مطلقا.

أقول: ليس في البين ما يدل على ثبوت حق للمنكر قبل رجوع المدعى إلى قاض و المطالبة بحقه بطرح دعواه و كذا بعد رجوعه إليه، و ما ذكر من أن للمنكر حق الجواب، فإن أريد لزوم الجواب بالإقرار أو بالإنكار أو بغيرهما فهذا ليس حقا له بل حكم يترتب على رجوع المدعى إلى القاضي و طرح دعواه عنده و مطالبة القاضي الخصم بالجواب عن دعوى المدعى.

و أما الحق في تخليص نفسه عن دعوى المدعى فلا نعرف له مدركا، فإن المسقط لدعوى المدعى حلف المنكر و ما دام لم يطالب المدعى القاضي بالحكم لا يكون للقاضي تحليفه أو للمنكر التبرع بالحلف، بمعنى أنه لو حلف كذلك لا يسقط حق الدعوى، كما يأتي على ما يقال.

نعم هذا إذا كان المدعى مطالبا بالحق عن خصمه، و إما إذا كانت

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٢

.....

دعواه سقوط حق كان لخصمه سابقا فلا يبعد أن يكون لخصمه المنكر لسقوط حقه طرح المطالبة بحقه عند قاض، فيلزم على مدعى السقوط الحضور و إثبات دعوى السقوط. و على الجملة مقتضى مطالبة المنكر للسقوط بحقه إحضار المدعى عند أي قاض راجع إليه لاستيفاء حقه، لكن هذا لا ينافي تعيين اختيار مدعى السقوط.

و المتحصل أنه إذا كان القضاء في موارد الاختلاف في الموضوعات الخارجية فاختيار القاضي بيد المدعى سواء أ كان مختاره أعلم أم لا، فإن مقتضى إطلاق دليل نفوذ القضاء عدم اعتبار كون القاضي أعلم، كما تقدم في التكلم في معتبره سالم بن مكرم و مقبولة عمر بن حنظلة بناء على عدم انصرافهما إلى قاضي التحكيم. و بما أن للمدعى إثبات دعواه بأي طريق شرعي و لا يطالب منه خصوص طريق كما هو الحال في كل من يتصدى لإثبات أمر فله إثبات دعواه و لو بقضاء من لا يوافق عليه خصمه.

و هذا فيما إذا كانت دعوى المدعى ثبوت الحق، أما إذا كانت دعواه السقوط فاختيار القاضي أيضا بيد المدعى للسقوط لما تقدم، و لا ينافيه جواز مراجعته المنكر إلى قاض لاستيفاء حقه فيما إذا ترك المدعى المرافعة إلى قاض، هذا كله في الاختلاف في الموضوعات الخارجية.

أمّا إذا كان اختلافهما في الحكم الكلي للواقعة فيجوز أيضا ما ذكر في الاختلاف في الموضوعات، فيما إذا توقف إنهاء المخاصمة على القضاء، كما إذا كانت المنازعة بين مجتهدين مختلفين في الرأي أو بين مقلديهما، و لا يبعد تقييد مختار المدعى في الفرض، بما إذا كان أعلم، و أمّا إذا لم يتوقف إنهاؤها على القضاء

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٣

.....

فالمتمتعين الرجوع إلى الفتوى مطلقا أو فتوى الأعم، فيما إذا علم اختلاف القضاء في الفتوى و لو بنحو الإجمال، على ما هو المقرر في بحث لزوم التقليد على العامي.

ثم إن ما ذكرنا من كون تعيين القاضى بيد المدعى لا- ينافى رضاه بمن يعينه خصمه أو رضاهما بحاكمين بأن يكونا ناظرين فى أمرهما، و حينئذ مع اختلافهما فى الحكم يكون المتبع قضاء الأعلّم، كما يشهد لذلك موثقة داود بن الحصين عن أبى عبد الله- عليه السلام- «فى رجلين اتّفقا على عدلين جعلاهما فى حكم وقع بينهما فيه خلاف فرضيا بالعدلين فاختلف العدلان بينهما، عن قول أيهما يمضى الحكم؟

قال: ينظر إلى أفقهما و أعلمهما بأحاديثنا و أورعهما فينفذ حكمه و لا يلتفت إلى الآخر» (١).

و لا يخفى أنه لو أمكن فى موارد التداعى رفع الاختلاف بتقليد صحيح و هو التقليد ممن تسالما على كونه أعلم فهو، و أما مع عدمه فان اتّفقا على قضاء واحد فهو، و مع عدم اتّفاقهما يتعيّن الرجوع فى تعيين القاضى إلى القرعة من غير خلاف يعرف، بلا فرق بين الاختلاف فى الموضوع أو الحكم.

و يشهد لذلك بعض الروايات الواردة فى القرعة، فإنّها على ما قيل تعم ما إذا لم يمكن تعيين الحق أو لم يمكن العمل بالحقوق لتراحمها فى مقام العمل، ففىما ادعى الولد الأكبر عينا بأنّها حبة كالراحلة لأبيهم و ادعاها سائر الورثة إرثا، أو ادعى من زوج الأب بنته الباكّرة منه زوجيتها و ادعاها أيضا من زوج البنت نفسها منه فإن أمكن رفع الخلاف بالتقليد الصحيح و هو التقليد ممن تسالما على

(١) الوسائل: ج ١٨ الباب ٩ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٢٠: ٨٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٤

[الثامنة: إذا حدث فى القاضى ما يمنع الانعقاد انزل]

الثامنة: إذا حدث فى القاضى ما يمنع الانعقاد انزل (١) و إن لم يشهد الإمام بعزله كالجنون أو الفسق و لو حكم لم ينفذ حكمه، و هل يجوز أن يعزل اقتراحا؟

الوجه لا، لأنّ ولايته استقرت شرعا فلا تزول تشهيا، أما لو رأى الإمام أو النائب عزله لوجه من وجوه المصالح أو لوجود من هو أتم منه نظرا فإنّه جائز مراعاة للمصلحة.

كونه أعلم فهو، و أمّا مع عدم إمكانه كما إذا كان كل من الولد الأكبر و سائر الورثة مجتهدا أو مقلدا لمن يرى الحكم على طبق ما يدّعيه فإن لم يرضوا بقضاء ثالث معيّن يرجع فى تعيين القاضى إلى القرعة، بلا فرق بين كون الراحلة بيد الولد الأكبر أو سائر الورثة، و بلا فرق بين كون الزوجة تحت يد أحد الزوجين أم لا.

و ما عن المستند من التفصيل بأنّ مع كون أحدهما ذا اليد يكون مختار الآخر مقدما لأنّ الآخر هو المدعى و كذا يقدم تعيين من لا تكون المرأة تحت يده لا يمكن المساعدة عليه، فإنّه لا أثر لليد و لا اعتبار بها فى الشبهات الحكيمية و تعيين صاحبها منكر من آثار اعتبارها، و إنّما تعتبر فى موارد الاختلاف فى الموضوعات سواء أ كان الخلاف فى موجب اليد أم فى مزيل حكمها.

(١) ذكر- قدس سرّه- انزال القاضى بمعنى انحلال نصبه للقضاء بحدوث ما يمنع عن انعقاد منصب القضاء، كما إذا زالت عنه بعض الأوصاف المعتبرة فى القاضى، و إن لم يؤخذ الشاهد على عزله كحدوث جنون أو فسق فإن نصبه ما دام كونه على الأوصاف كما هو مقتضى اعتبارها ابتداء و استدامة، و على ذلك فإن قضى بعد حدوث ما يوجب انزاله لا ينفذ حكمه، حتى و إن لم يعزله الإمام و لو لعدم اطلاعه بحاله.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٥

[التاسعة: إذا مات الإمام، قال الشيخ - ره -: الذى يقتضيه مذهبنا انزال القضاء أجمع]

التاسعة: إذا مات الإمام، قال الشيخ - ره -: الذى يقتضيه مذهبنا انزال القضاء أجمع، و قال فى المبسوط: لا ينزلون (١) لأن ولايتهم تثبت شرعا فلا تزول بموته - عليه السلام - و الأول أشبهه، و لو مات القاضى الأصلى لم ينزل النائب عنه لأن

نعم الانعزال و إن كان تابعا لزوال الوصف واقعا، و لكن ما دام لم يحرز الزوال بوجه معتبر يعتبر حكمه للاستصحاب فى ناحية بقاء الوصف، و هذا من الحكم الظاهرى فى الشبهة الموضوعية فلا ينافى عدم النفوذ الواقعى.
كما أن الكلام فى أن عزل القاضى يكون بوصول خبر العزل إليه أو بحدوث إنشائه، و إن لم يبلغه خبره لا - يجرى فى فرض فقد الوصف، لما تقدم من أن مقتضى اعتبار الوصف فى القاضى ابتداء و استدامه عدم الاعتبار بقضائه بعد فقد الوصف.
و ذكر صاحب الجواهر - قدس سره - ان عود الوصف الزائل لا يفيد فى المقام بلا فرق بين عوده سريعا أو غير سريع و أنه ربما يفرق بينهما فلا يبطل النصب فى الأول دون الثانى.

أقول: لا - يبعد أن يكون مقتضى النصب الخاص إعطاء الولاية للقضاء فى زمان كان فى ذلك الزمان على الأوصاف فبعود الوصف المفقود يكون له ولاية القضاء، كما هو الحال فى النصب العام، و على الجملة لا يكون له ولاية القضاء زمان فقد الوصف خاصة.
(١) ذكر - قدس سره -: أنه إذا مات الإمام ينزل القضاء بموته عند الشيخ - قدس سره - قائلا بأن انزالهم مقتضى مذهبنا، و وجهه فى الجواهر بأن ولاية القضاء فرع ولاية الإمام - عليه السلام - التى انقضت بوفاة، و قال فى المبسوط بعدم انزالهم لأن ولاية القضاء تثبت لهم بتوليته - عليه السلام -، و الأصل بقاؤها، و لأن فى
أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٦

الاستنباه مشروطة بإذن الإمام فالنائب عنه كالنائب عن الإمام فلا ينزل بموت الواسطة و القول بانعزاله أشبه.

الانعزال ضررا عظيما لخلو البلاد من القضاء إلى أن يتجدد النصب من الإمام اللاحق.

و ذكر فى المسالك أنه يبطل النصب العام أيضا لأن الإمام الصادر عنه هذا النصب بقوله جعلته حاكما أو قاضيا قد مات، إلا أن الأصحاب متفقون على استمرار النصب العام فى زمان الغيبة، و أنه ليس من قبيل النصب الخاص، بل من قبيل بيان الحكم الكلى و اعلامه كبيان قبول شهادة العدل و كون اليد اماره الملك، و غير ذلك من الأحكام الكلية.

أقول: اخبار الإمام - عليه السلام - بالكبرى الشرعية غير إعطاء الولاية بخلاف نصب القاضى للرعية عاما أو خاصا فلا يقاس الثانى بالأول، و لو قيل بأن النصب العام فى القضاء من قبيل إعطاء المنصب و اعتبار الولاية جرى ذلك فى النصب الخاص أيضا، و ذلك فإن إعطاء الولاية و اعتبارها غير الوكالة فى القضاء، فإنه لا يكون تصرف الوكيل نافذا بعد موت الموكل، حيث إن الوكالة أخذ الغير نائبا فى الفعل القابل للاستناد إلى الشخص و لو بالتسبب فهذه النيابة تعتبر ما دام الموكل حيا، و تنقضى بموته بخلاف إعطاء الولاية و جعل المنصب للغير كجعل القيم للصغار و المتولى للوقف فمع اعتبار النصب تتم الولاية للمنصوب.

و لو قيل بأن نصب شخص قاضيا من قبيل الاستنباه فى القضاء، كما هو مقتضى ما ذكرنا عن صاحب الجواهر - قدس سره - جرى مثلها فى النصب العام أيضا، حيث إنه عن الإمام السابق، إلا أن يدعى إمضائه عن الإمام

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٧

.....

اللاحق و حتى عن إمام العصر- عجل الله تعالى فرجه الشريف- بعد وقوعه عن آبائه بنحو الوكالة الفضولية و الالتزام بالفضولية و إثبات الإمضاء كما ترى، و إن يقال بمثله في مسألة تحليل الخمس، أو يدعى أنّ الإمام- عليه السلام- لا تنقضى ولايته بموته بل ولايته ثابتة حتى أو ميتا، و على ذلك يلزم بقاء النصب الخاص أيضا و الالتزام باختلاف أحكام الوكالة بين كون الموكل هو الإمام- عليه السلام- أو غيره أيضا كما ترى.

و على الجملة نصب القاضى خصوصا أو عموما من قبيل إعطاء المنصب و اعتبار الولاية فلا تنقضى بموت الإمام- عليه السلام-، نعم فى مثل نصب الفقيه القيم للصغار أو المتولى للأوقاف و نحو ذلك كلام و هو أنّ للفقيه الولاية على النصب أو إنّه ليس له إلّا التوكيل و الاستتابة و لو كان من قبيل التوكيل ينتهى بموت الفقيه، بخلاف ما إذا كان له إعطاء المنصب فإنّ المنصب المعطى يبقى ما دام المنصوب.

و قد ذكرنا فى بحث ولاية الفقيه أنّ تصديه للأوقاف التى لا متولى لها و لأموال الأيتام التى لا قيم لهم داخل فى الأمور الحسينية التى يكون الأصل فيها عدم جواز التصرف و تصرف الفقيه فيها بالمباشرة أو بالاستتابة من باب الأخذ بالقدر المتيقن من الجواز، و أمّا ولايته على النصب فأقامه الدليل عليه مشكل، إلّا أن يدعى أنّ مجرد التوكيل فى مثل تلك الأمور غير كاف للزوم توقف التصدى و تعطيل الأموال بموت المجتهد إلى أن يحصل الاذن من مجتهد آخر، أو أنّ النصب المزبور و نحوه من شؤون القاضى، كما يظهر من بعض الروايات، و قد أعطى منصب القضاء للفقيه العادل على ما تقدم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٨

[العاشرة: إذا اقتضت المصلحة تولية من لم يستكمل الشرائط انعقدت ولايته]

العاشرة: 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 يفوّض إلى من يستقضىه و لا يرتضيه بل يشاركه فيما ينفذه فيكون هو- عليه السلام- الحاكم فى الواقعة لا المنصوب.

[الحادية عشرة: كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه]

الحادية عشرة: كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه (١) كالولد على الوالد

(١) ذكر- قدّس سرّه- أنّه لا ينفذ قضاء القاضى فيما كان قضاؤه على من لا تقبل شهادته عليه، كقضائه على والده حيث لا تقبل شهادة الولد على والده و كشهادة العبد على مولاه و شهادة أحد على آخر بينهما خصومة أى عداوة، بحيث لا توجب تلك العداوة فسق الشاهد، و إلّا يكون عدم القبول لفسق الشاهد، فإنّ القاضى إذا كان ممّن لا تقبل شهادته على الآخر فلا ينفذ قضاؤه عليه أيضا و لو مع كونه بشرائط القاضى و أوصافه، و هذا بخلاف شهادة الولد لوالده، أو شهادة الوالد على ولده أو لولده، و شهادة الأخ على أخيه أو لأخيه، فإنّ الشهادة كذلك نافذة فيما كان الشاهد عدلا و لذلك يكون قضاؤه أيضا نافذا مع كونه بشرائط القضاء و أوصاف القاضى، و الوجه فى ذلك يعنى عدم نفوذ القضاء فيما ذكر ما قيل من أنّ القضاء شهادة و زيادة و إذا لم تجز الشهادة فلا يجوز القضاء أيضا.

و لكن لا يخفى ما فيه، فإنّ أصل الحكم يعنى عدم قبول شهادة الولد على والده غير ثابت و إن نسب ذلك إلى الأشهر بل إلى المشهور، لأنّ المستند فيه هو مرسله الفقيه «١» و للإرسال و معارضتها بخبرى على بن سويد «٢» و داود بن الحصين «٣» غير صالحة

للاعتقاد عليها، فيؤخذ بإطلاق ما دلّ على ثبوت الحق

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٦ من أبواب الشهادات، الحديث ٦: ٢٧١.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٢٩.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٣٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٩

و العبد على مولاه و الخصم على خصمه و يجوز حكم الأب على ولده و له، و الأخ على

بشهادة العدلين أو بشهادة العدل و يمين المدعى و نحو ذلك.

و أما الأخذ بعموم قوله سبحانه يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ «١» كما ذكر في الجواهر و غيرها لا- يمكن المساعدة عليه، فإنه كما تقدم، حيث إن الأمر بإقامة الشهادة لا يدل على نفوذها و لزوم قبولها مطلقاً.

لا يقال: كيف تجوز شهادة الولد على والده مع حرمة العقوق و ظاهر قوله سبحانه وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا «٢»، مع أنها إظهار لكذب الوالد و إيدائه فلا يكون معروفاً بل عقوقاً.

فإنه يقال: إظهار الحق و ردّ الوالد عن باطله و تخليصه عما عليه من حق الغير معروف إليه و لو صح ما ذكر لكان مقتضاه حرمة شهادة الولد على والدته و لا تنفذ شهادته لكونه بتلك الشهادة محكوماً عليه بالفسق، و عموم قوله سبحانه:

كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ يَنْفَى تِلْكَ الْحَرْمَةَ، و إلا لما كان فرق بين الشهادة على الوالد و الشهادة على الأم، و ما قيل من جواز شهادة الولد على والده بعد موته مبنى على دعوى العقوق، ثم على تقدير قبول الأصل فكون القضاء داخلاً في الشهادة بأن يكون القضاء شهادة و زيادة ممنوع، فإنّ القضاء أخذ بشهادة الغير لا اقامة لها، نعم لو تم أمر العقوق و المصاحبة بالمعروف لما كان فرق بين أداء الشهادة و القضاء.

و من جملة من لا تقبل شهادته من يجزّ بشهادته نفعا إلى نفسه، أو يدفع

(١) النساء: ١٣٥.

(٢) لقمان: ١٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٠

أخيه و له كما تجوز شهادته.

غرامة عن نفسه، و لذا قالوا إنّ القاضى إذا كان داخلاً في الأطراف فى المخاصمة سواء كان مدعياً أم منكرًا أو كان المدعى أو المنكر متعدداً أحدهم القاضى فلا ينفذ حكمه فى تلك الواقعة و لو مع تراضى الأطراف.

و يستدل على ذلك بوجهين:

الأول: عدم قبول شهادة من يجزّ بشهادته نفعا إلى نفسه، أو يدفع غرماً عنه، و القضاء شهادة و زيادة، و فى معتبرة أبان قال: «سئل أبو عبد الله- عليه السلام- عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه، قال: تجوز شهادته إلّا فى شىء له فيه نصيب» «١» و نحوها غيرها. و فى موثقة سماعة قال: «سألته عمّا يردّ من الشهود؟ قال: المريب و الخصم و الشريك و دافع مغرم الحديث» «٢».

و لكن هذا الوجه غير تام لما تقدم من أن القضاء غير الشهادة فلا يجرى على الأول الحكم الثابت في الثاني، مع أن مقتضى الوجه المزبور أن لا ينفذ حكمه في تلك الواقعة، فيما إذا كان في الحكم الصادر جزّ نفع إلى نفسه أو دفع مغرم عنه، أمّا إذا كان في قضائه الحكم على نفسه فيكون نافذاً مع أن ظاهرهم عدم نفوذ حكمه في تلك الواقعة مطلقاً و حتى مع تراضى الأطراف.

كما هو مقتضى الوجه الثاني، و هو أن الظاهر من معتبرة سالم بن مكرم و مقبولة عمر بن حنظلة و غيرها مما ورد الأمر بالرجوع إلى رجل يعلم من قضايهاهم أو من يروى حديثهم و ينظر في حلالهم و حرامهم توجه الأمر إلى أطراف

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٧٢.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٧٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦١

.....

المخاصمة، و إذا كان القاضى من أطرافها يكون مكلفاً كسائر أطرافها بالرجوع إلى من يكون حاكماً و قاضياً.

و هذا نظير ما يذكر في باب الزكاة من أن الأمر بدفعها و الإتيان بها ظاهر الدفع إلى الغير، فلا يجوز لمالك النصاب تملك الزكاة لنفسه مع فقره، و هذا الوجه لا بأس به، و لذا لا يبعد الالتزام بعدم نفوذ القضاء حتى فيما إذا وكل القاضى الغير في المرافعة إليه مع الطرف الآخر، أو كان النزاع بين وكيله و الطرف الآخر في مال أنه ملك موكله أو للطرف الآخر، و كذا فيما كان النزاع في مال بأنه للمولى عليه للقاضى أو لشخص آخر كما إذا كان القاضى وصياً أو قيمياً للأطفال بالإيضاء إليه أو بجعل القيمومة من الميت، فإنّ القاضى المزبور في الواقعة طرف المخاصمة.

و ذكر في ملحقات العروة انّ الولاية الخاصة لا تمنع القضاء كالولاية العامة، فيما إذا وكل القاضى الغير في المرافعة إليه مع الطرف الآخر، نعم إذا لم يكن القاضى داخلاً في أطراف النزاع بحسب صورته، كما إذا نذر أحد المال للقاضى أو وقف عليه، ثم وقع النزاع بين الناظر أو الواقف و بين الغير في المال المنذور أو الوقف، فلا إشكال في قضاء القاضى بالمنذور له الموقوف عليه حيث إنّ الخطاب بالرجوع إلى من ينظر في واقعته لا يتوجه إلى القاضى المزبور.

و يظهر من المستند أنّ القاضى لا ينفذ حكمه فيما كان هو أو وكيله طرفاً في النزاع و لو في الوقائع التي يتصرف فيها القاضى بالولاية العامة بأن كان المتصدى للواقعة التي وقعت المخاصمة فيها هو القاضى أو وكيله، و أمّا إذا كان المتصدى لها شخص آخر نصبه القاضى المزبور قيمياً أو متولياً أو نصبه كذلك حاكم آخر فلا بأس بتصديده للقضاء فيها، لأنّ القاضى في فرض تصديده بالمباشرة أو

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٢

.....

بالتوكيل طرف النزاع، بخلاف ما إذا كان طرف النزاع القيم أو المتولى المنسوب من قبله أو من قبل حاكم آخر فلا يتعلّق نزاعهما بالقاضى.

و يمكن تأييد ذلك بما ورد في درع طلحة، فإنّه إذا كان راجعاً إلى بيت المال أو إلى ورثة طلحة، و باعتبار غيابهم عن المال كان المتصدى لأمره على - عليه السلام - بالولاية العامة، و قد جعل - عليه السلام - بينه و بين من كان بيده درعه شريح.

أقول: لا يخفى أنّ التأييد في غير محلّه فإنّ جعل القاضى في الواقعة كان تلبيةً لسؤال عبد الله بن قفل فلا يدلّ على عدم نفوذ قضائه - عليه السلام - فيما لو كان متصدياً للقضاء، بل ظاهر أمره - عليه السلام - بعد بيان خطأ شريح بأخذ الدرع هو نفوذ حكمه - عليه السلام -

(١).

و الحاصل أنّ دعوى الانصراف فى روايات نصب القاضى و أنّ أطراف المخاصمة مكلفون بالرجوع إلى شخص آخر ليقضى بينهم بالإضافة إلى موارد الولاية العامة غير محرز و إن كان رعايته ما ذكر مطابقا للاحتياط فى بعض الموارد.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث: ٦: ١٩٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٣

[النظر الثانى: فى الآداب]

إشارة

النظر الثانى:

فى الآداب

[و هى قسمان: مستحبة و مكروهة]

إشارة

و هى قسمان: مستحبة و مكروهة (١).

[فالمستحبة]

فالمستحبة: أن يطلب من أهل ولايته من يسأله عما يحتاج إليه فى أمور بلده، و أن يسكن عند وصوله فى وسط البلد لترد الخصوم عليه ورودا متساويا، و أن

(١) الآداب المذكورة فى المقام على نحوين، منها ما تكون رعايتها على من يكون منصوبا للقضاء بالنصب الخاص كالأخذ من الحاكم المعزول تسجيلات حجج الناس و ودائعهم، و منها ما يكون رعايتها حتى لمن قضاؤه بالنصب العام كاتخاذ وسط البلد مسكنا ليسهل لجميع أهل البلد الوصول إليه.

ثم إن من يقضى بين الناس إما أن يتخذ القضاء شأنًا و شغلا لنفسه و إما أن يتفق له القضاء من غير أن يتخذ شأنًا و شغلا، و الأمور المرغوبة إليها قد تتعلق بالأول كالسكن فى وسط البلد و القضاء فى موضع بارز و قد تعم كليهما كالتسوية بين الخصمين، و ربّما يذكر الأمور المتعلقة بما يعمهما فى كيفية الحكم و آداب القضاء، و قد لا يلاحظ ذلك و يذكر ما يعمهما فى آداب القاضى كما يقال

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٤

ينادى بقدمه إن كان البلد واسعا لا ينتشر خبره فيه إلّا بالنداء، و أن يجلس

يستحب أن يطلب حضور بعض أهل العلم قضائه مع أنّ ذلك من آداب القضاء.

و كيف ما كان فقد ذكر الماتن - قدس سره - استحباب أمور للمتصدى للقضاء، بعضها راجعة إلى شؤون القاضى المنصوب بالنصب الخاص من غير أن يدخل فى القضاء كما فى النظر إلى أمر المحبوسين و أولياء القصر و النظر فى اللقط، و بعضها داخله فى شؤون القضاء كالجلاس مستدبر القبلة أو مستقبلها، و لكن لا يتيسر إتمام كل ما ذكر بالدليل، مع أن الحكم الاستجابى و غير الإلزامى كالإلزامى يحتاج إلى مستند معتبر، لما ذكرنا فى بحث الأصول من أن قاعدة التسامح فى أدلة السنن لا أساس لها، فإن الروايات الواردة فى الثواب على عمل بلغ فيه الثواب لا تدل على أزيد من إعطاء الثواب البالغ لمن أتى بذلك العمل على طبق البلوغ، فإن كان الخبر البالغ معتبرا يكون الإتيان به بنحو الجزم و إن كان غير معتبر يؤتى به رجاء أو بعنوان الاحتياط، و أنها لا - نعم غير موارد بلوغ الخبر.

نعم يمكن أن يدخل بعض ما ذكر فى المقام فى بعض العناوين المرغوبة إليها شرعا فإن اتّخذ القاضى فى وسط البلد مسكنا و جلوسه للقضاء فى موضع بارز يسهل للناس الوصول إليه، فيدخل فى عنوان السعى فى حوائج الناس و دفع اضطرارهم فيكون مستحبا بهذا العنوان، كما أن حضور بعض أهل العلم مجلس القضاء و شهودهم الحكم فيه نوع تحفظ على الواقع و احتياط فى حقوق الناس و أموالهم، فيكون مستحبا بما دل على حسن الاحتياط فى الدين أو حقوق الناس.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٥

للقضاء فى موضع بارز مثل رحبة أو فضاء ليسهل الوصول إليه، و أن يبدأ بأخذ ما فى يد الحاكم المعزول (١) من حجج الناس و ودائعهم لأنّ نظر الأول سقط بولايته، و لو حكم فى المسجد، صلى عند دخوله تحية المسجد، ثمّ يجلس مستدبر القبلة، ليكون وجوه الخصوم إليها، و قيل: يستقبل القبلة لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «خير المجالس ما استقبل به القبلة» و الأول أظهر. ثمّ يسأل عن أهل السجن، و يثبت أسماءهم، و ينادى فى البلد بذلك ليحضر الخصوم، و يجعل لذلك وقتا، فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد، و سأله عن موجب حبسه، و عرض قوله على خصمه، فإن ثبت لحبسه موجب أعاده، و إلّا أشاع حاله، بحيث إن لم يظهر له خصم أطلقه.

(١) ظاهر كلامه - قدس سره - أنّ القاضى المنصوب يبدأ بأخذ ما بيد الحاكم المعزول من حجج الناس و ودائعهم، ثمّ ينظر فى حال المحبوسين و يفتش عن موجب حبسهم، و ينادى بهم فى البلد طلبا لخصومهم ثمّ ينظر فى حال أوصياء الأيتام و يلاحظ تصرفاتهم و موجب وصايتهم و أمر انقراض ولايتهم، ثمّ ينظر فى أمناء الحاكم الحافظين لأموال الأيتام و سائر القاصرين من الناس ثمّ ينظر فى الضوال و اللقط الموجودة بيد أمناء الحاكم.

و لكن لم يتضح وجه صحيح لما ذكر من الترتيب فإنّ النظر فيما ذكر حفظا للنظام و الحقوق واجب على الوالى أو القاضى على حسب العهد المرسوم لهما من ولّى الأمر، فإن تمكن القاضى المنصوب لجميع ذلك من النظر فيها و لو بمعونة أمنائه و وكلائه فى زمان واحد فهو و إلّا يبدأ بالنظر فيما كان النظر إليه أهم، فلو علم أنّ بين المحبوسين مظلوما و دفع الظلم عنه أهم لحفظ النظام يكون تقديمه متعينا، خصوصا فيما كان الأخذ بما بيد الحاكم المعزول من حجج الناس و ودائعهم غير مهمّ عنده لعدم الخوف من تأخيره.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٦

و كذا لو أحضر محبوسا فقال: لا خصم لى، فإنّه ينادى فى البلد فإن لم يظهر له خصم أطلقه، و قيل: يحلفه مع ذلك. ثمّ يسأل عن الأوصياء على الأيتام، و يعمل معهم ما يجب من تضمين، أو إنفاذ أو إسقاط ولايته، إمّا لبلوغ التيم أو لظهور خيانه، أو ضمّ مشارك إن ظهر من الوصى عجز.

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

ثم ينظر في الضوال و اللقط، فيبيع ما يخشى تلفه، و ما تستوعب نفقته ثمنه، و يسلم ما عرفه الملتقط حولا إن كان شىء من ذلك فى يد أمناء الحاكم، و يستبقى ما عدا ذلك مثل الجواهر و الأثمان، محفوظا على أربابها، لتدفع إليهم عند الحضور، على الوجه المحرر أولا.

و يحضر من أهل العلم من يشهد حكمه (١) فإن أخطأ تبهوه لأن المصيب

(١) قد تقدم أن حضور بعض أهل العلم و الفضل مجلس القضاء و الحكم نوع احتياط فى أعراض الناس و أموالهم و حقوقهم، و ما ذكر- قدس سره- من أن القاضى لو أخطأ فأتلف لم يضمن، و كان التلف على بيت المال، يستدل عليه تارة بكون القاضى محسنا، و ما على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (١) و انّ الضمان سبيل، و أخرى بما عن الفقيه بسنده إلى الأصبغ بن نباتة «قضى أمير المؤمنين- عليه السلام-:

أن ما أخطأت القضاء فى دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين» (٢)، و رواه الكلينى- قدس سره- بسند موثق عن أبى مريم عن أبى جعفر- عليه السلام.

(١) التوبة: ٩١.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٠ من أبواب آداب القاضى، الحديث ١: ١٦٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٧

عندنا واحد و يخاوضهم فيما يستبهم من المسائل النظرية لتقع الفتوى مقررة، و لو أخطأ فأتلف لم يضمن و كان على بيت المال. و إذا تعدى أحد الغريمين سنن الشرع عرّفه خطأه (١) بالرفق، فإن عاد زجره فإن عاد أذبه بحسب حاله مقتصرًا على ما يوجب لزوم التّمط.

أقول: أما قضية كون القاضى محسنا فلا يمكن الاستدلال بها فى المقام، فإنّ القاضى كان قاصدا للإحسان لا أنه محسن فعلا، و ثانيا: نفى السبيل على المحسن لو اقتضى نفى الضمان فالمنفى ضمان التلف لا ضمان الإتلاف، كما هو الفرض فى كلام الماتن- قدس سره-، فإنّ الإتلاف و لو بنحو التسبب يوجب ضمان المتلف كان قاصدا للإحسان أم لا، بل عدم ضمان التلف فى موارد الأمانة المالكية أو الشرعية مستفاد من الروايات الظاهرة فى عدم ضمان الأمين الموافقة للسيرة العقلية.

و على ذلك فمقتضى القاعدة لو كان المال المعطى للآخر بقضائه الخاطئ موجودا استردّه، و إن كان تالفا يكون الضمان أو استقراره على من تلف بيده إذا لم يكن الإعطاء له مجانا و إلّا يكون استقرار ضمانه على القاضى، حيث إنّه أتلف المال بالتسبب و لكن فيما كان الضمان على القاضى يتدارك من بيت المال لأنّ ثبوت الضمان على القاضى لا بهذا النحو يوجب الكفّ عن القضاء، مضافا إلى إمكان استفادته من الموثقة الدالة على ضمان دية القطع و الدم مع خطأ القاضى على بيت المال، فإنّه لا يحتمل الفرق بين الدية و المال فى الفرض.

(١) لو تعدى أحد الخصمين أو الغرماء سنن الشرع عرّفه الحاكم خطئه برفق فإن عاد زجره فإن عاد أذبه بحسب حاله مقتصرًا على ما يوجب النمط.

أقول: لو كان التعدى بارتكاب ما لا يجوز شرعا بأن ينسب إلى الشاهد الكذب عمدا أو إلى القاضى الجور و الميل عن الحق، أو كان فعله اهانة و إيذاء

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٨

.....

لخصمه أو الشاهد أو القاضى و غير ذلك، فإن كان ذلك لجهله بعدم جواز ذلك شرعا أو احتمال الجهل فى حقه عزفه الحاكم خطائه، لأن ذلك يدخل فى تعليم الجاهل، فإن عاد إليه بعد التعريف زجره حيث يدخل الزجر فى عنوان النهى عن المنكر، و لو عاد أدبه فإن التأديب يدخل فى عنوان المنع عن المنكر و النهى عنه عملا أو يكون من التعزير على ما ارتكبه من الحرام. و لكن ذكرنا فى بحث الأمر بالمعروف أن النهى عملا و ان يعدّ من مراتب الأمر بالمعروف إلا أنه لا يدخل فى الواجب الكفائى.

نعم ربّما يدخل الفعل فى عنوان المنع عن المنكر، إلا أنه لا دليل على وجوبه و لو بنحو الواجب الكفائى، بل لا دليل أيضا على مشروعيتها إلا بالإضافة إلى الأهل، كما هو مقتضى إطلاق قوله سبحانه قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا (١)، و فى صحيحه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: «جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقال: إنّ أمى لا تدفع يد لامس، قال: فاحبسها، قال: قد فعلت، قال: فامنع من يدخل عليها، قال: قد فعلت، قال: قيدها فإنك لا تبرّها بشيء أفضل من أن تمنعها عن محارم الله عزّ و جل»، و ما ورد فى تفسير الآية لا يدلّ على انحصار مدلولها بالأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

نعم تأديب من يرتكب محرما ليرفع يده عنه مشروع للحاكم و الوالى و لو فيما لم ينطبق عليه غير عنوان التعزير فضلا عمّا إذا انطبق عليه عنوان المنع عن إيذاء الغير أيضا أو غيره من الحرام، و فى موثقه سماعة عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: «إنّ رجلا - لقى رجلا على عهد أمير المؤمنين - عليه السلام - و قال: إن هذا افترى علىّ، قال: و ما قال لك؟ قال: إنّه احتلم بأمّ الآخر، قال: انّ فى العدل إن شئت

(١) التحريم: ٦١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٩

[و الآداب المكروهة]

و الآداب المكروهة:

أن يتخذ حاجبا وقت القضاء (١)، و أن يجعل المسجد مجلسا للقضاء، دائما و لا يكره لو اتفق نادرا، و قيل: لا يكره مطلقا التفاتا إلى ما عرف من قضاء على - عليه

جلدت ظلّه فإنّ الحلم إنّما هو مثل الظل و لكن سوجعه ضربا و جيعا حتى لا يؤذى المسلمين، فضربه ضربا و جيعا (١).

و مما ذكر يظهر أنّه يجوز للحاكم هذا التأديب بالعود بعد تعريف الخطأ، لأنّ غاية ما يستفاد ممّا ورد فى عدم ثبوت الحدّ و التعزير فى حق الجاهل بالحكم عدم مشروعية التأديب بالضرب أو بغيره قبل تعريف الخطأ، لا فى العود بعد عرفان الحكم.

(١) قد ذكر فى الكلمات أنّه يكره للقاضى أمور:

منها: اتخاذه حاجبا عند الحاجة إلى القضاء للنبوى المروى فى كلمات العامّة: «من ولى شيئا من الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب الله تعالى دون حاجته و فاقتنه و فقره» (٢)، و لسان الخبر و ان يناسب الكراهة، إلا أنّ الاعتماد عليه فى الحكم بها لضعف سنده مشكل.

و الأظهر انه لو كان الحجب بحيث يترك الناس و خصوماتهم من غير فصل فهذا غير جائز، لما تقدم من وجوب تولّى القضاء حفظا للنظام و إنهاء الخصومات باستيفاء حقوق بعضهم من بعض، و ان لم يكن الحجب موجبا

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٤ من أبواب حد القذف، الحديث ١: ٤٥٨.

(٢) السنن البيهقي ١٠: ١١٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٧٠

السلام- بجامع الكوفة، و أن يقضى و هو غضبان، و كذا يكره مع كل وصف يساوى الغضب فى شغل النفس كالجوع و العطش و الغم و الفرح و الوجع و مدافعة الأخبثين و غلبة النعاس، و لو قضى و الحال هذا نفذ إذا وقع حقا.

لذلك بأن كان مجزء التأخير فى القضاء فىكون هذا من ترك المستحب و هو السعى فى قضاء حوائج الناس كما فى صورة عدم اتخاذ الحاجب و القضاء فورا.

و منها: اتخاذ المسجد مكانا للقضاء أو القضاء فيه من غير اتخاذه مكانا، كما هو ظاهر المحكى عن الصدوق- قدس سره- و بعضهم كالمصنف- قدس سره- فصل بين جعله مجلسا للقضاء دائما فىكره، و بين القضاء فيه بعض الأحيان فلا يكره، و بعضهم أنكر الكراهة لما هو المعروف من قضاء على- عليه السلام- فى جامع الكوفة، فإن أمر دكة القضاء إلى يومنا هذا معروف.

و استدل على الكراهة بما ورد فى النهى عن بعض الأمور فى المسجد، معللا- بأن المسجد بنى لغير ذلك أو أنه بنى للقرآن، و فى معتبرة محمد بن مسلم عن أحدهما- عليه السلام- قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن سلّ السيف فى المسجد و عن برئ النبل فى المسجد و قال: إنما بنى لغير ذلك» (١)، و بمرسلة على بن أسباط عن بعض رجاله قال: «قال أبو عبد الله- عليه السلام-: جنبوا مساجدكم البيع و الشراء و المجانين و الصبيان و الأحكام و الضالة و الحدود و رفع الصوت» (٢).

و لكن لا- يخفى أنه يمكن دعوى أن القضاء من قبيل تعليم الحكم فىكون داخلا فيما بنى له المسجد، و المرسلة لضعف سندها لا تصلح للاعتماد عليها،

(١) الوسائل: ج ٣، الباب ١٧ من أبواب أحكام المساجد، الحديث ١: ٤٩٥.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٢٧، من أبواب المساجد، الحديث ١: ٥٠٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٧١

و أن يتولى البيع و الشراء بنفسه (١).

خصوصا بملاحظة معروفيه أمر دكة القضاء بجامع الكوفة. و القول بأن قضائه فى المسجد غير محرز لاحتمال خروج دكة القضاء من المسجد أو كان القضاء فيها بعض الأحيان اتفاقا لا يمكن المساعدة عليه، فإن كون دكة القضاء من المسجد كمعروفية سائر الأجزاء و المقامات فيه و لو كان قضاؤه فيها نادرا لاشتهر مكان آخر أيضا بكونه مجلس القضاء.

و منها: القضاء حال الغضب و لعل المراد بالغضب ما يخرج به النفس عن الاعتدال و اشتغالها بأمر آخر لا يناسب الدقة فى القضاء و ملاحظة موازينه، و يؤيد ذلك إلحاق كل أمر يشتغل به النفس، و فى معتبرة السكونى عن أبى عبد الله قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من ابتلى بالقضاء فلا يقضى و هو غضبان» (١)، و فى خبر سلمة بن كهيل: «و لا تقعد فى مجلس القضاء حتى تطعم» (٢)، و كيف ما كان فلو قضى و الحال هذه نفذ إذا كان على الموازين أخذنا بما دلّ على نفوذ القضاء و قصور ما دلّ على المنع عن الظهور فى عدم النفوذ بل الحرمة، فلاحظ.

(١) ذكر فى الجواهر فى ذيل هذا الكلام ما حاصله: أنه يكره للقاضى تولّى البيع و الشراء لنفسه فى مجلس الحكم و غيره، سواء أ كانت معاملته مع من يعلم أنه يحاسبه أم غيره، و لعلّ النسخة الصحيحة: مع من يعلم أنّ يحاييه أو غيره أى معاملته مع من يوقع البيع المحاباة و غيره لقوله صلى الله عليه و آله و سلم- على ما رواه بعض العامة:-

«ما عدل وال أتجر في رعيتيه أبدا» (٣)، بل في آخر: «لعن إمام يتجر في رعيتيه» (٤).

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١: ١٥٦.

(٢) المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١: ١٥٥.

(٣) الجامع الصغير للسيوطي ٢: ١٤٦، المغني لابن قدامة ١١: ٤٣٩.

(٤) الجامع الصغير للسيوطي ٢: ١٤٦، المغني لابن قدامة ١١: ٤٣٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٧٢

.....

ولأنّ في حال تولى القضاء يكون البيع أو الشراء موجبا لتشويش خاطره خصوصا إذا كان ذلك في مجلس الحكم فإنّه المانع من التوجه بتمام قلبه إلى الخصومة المرفوعة إليه، ولاحتمال أن يقع البيع أو الشراء منه على وجه المحاباة بأن يبيع الآخر المال منه بأقل من قيمته السوقية أو يشتري منه بأكثر منها بحيث يوجب ذلك جلب محبة القاضي و ميله إليه، وقد يحصل الخوف لخصم من يعامل القاضي من ميل القاضي إلى ذلك المعامل فيمتنع عن المرافعة إليه فيكون القاضي موضع التهمة إلى غير ذلك.

وقد عمّم - قدس سرّه - الحكم فالحق سائر المعاملات بالبيع و الشراء و قال:

بل يكره للقاضي النظر في نفقة عياله و ضعته و غير ذلك ممّا يشغل قلبه فالأولى للقاضي أن يوكل من لا يعرفه الغير أنّه و كيله للبيع و الشراء، ثم نقل ما روى عن بعض كتب العامة أنّ عليا - عليه السلام - امتنع عن شراء القميص ممن عرفه إلى ان انتهى إلى من لا يعرفه فاشترى منه (١).

أقول: ليس فيما ذكر وجه يصح الاعتماد في الحكم بکراهة تولى القاضي البيع و الشراء لنفسه، و إنّما الممنوع ميل القاضي إلى أحد الخصمين للحكم له، كما تشهد لذلك صحيحة أبي حمزة الثمالي، نعم معاملة القاضي ممن يبيعه أو يشتري منه محاباة لجلب رضاه ليحكم له عند المخاصمة إليه داخل في الرشوة، فيما إذا علم القاضي أنّ يبيعه أو الشراء منه كذلك، فلا تجوز له تلك المعاملة لأنها من الرشوة في الحكم، كما ذكرنا ذلك في المكاسب المحرّمة، و أمّا تولى البيع و الشراء في مجلس الحكم بحيث يوجب تشويش البال فقد تقدم كراهة الحكم حال اشتغال القلب، و هذا داخل فيه سواء أ باع أو اشترى لنفسه أم للغير.

(١) السنن للبيهقي ١٠: ١٠٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٧٣

و كذا الحكومة (١) و أن يستعمل الانقباض المانع عن اللحن بالحجّة (٢).

(١) أي و كذا يكره توليه الحكومة لنفسه بأن يقف مع خصمه عند قاض آخر، بل الأولى أن يوكل من يرافع مع خصمه عند قاض آخر، و في نهج البلاغة «إنّ للخصومة قحما»، قال ابن أبي الحديد في ذيل هذا الكلام: قالها أمير المؤمنين حين وکل عبد الله بن جعفر في الخصومة عنه، و روى أنّه - عليه السلام - وکل عقيلاً في خصومته و قال: إنّ للخصومة قحما (١).

أقول: لو تمّ ذلك لم يكن هذا من آداب القاضي، بل يكره لكل خصم تولى الخصومة بنفسه و أنّ الأولى التوكيل في المخاصمة إلى القاضي، و قد ورد في بعض الروايات المروية بطرقنا أنّ أمير المؤمنين (٢) - عليه السلام - بل قبله النبي (٣) - صلى الله عليه و آله و سلم - توليا الخصومة بنفسهما، و يقال إنّ ذلك لا ينافي الكراهة و إنّما كان ذلك لبيان بعض الأحكام الشرعية التي أخطأ فيها من نصب

قاضيا للناس، كما فى قضية درع طلحة أو لغير ذلك من المصالح.

(٢) ذكروا أن إظهار القاضى الانقباض فى وجه الخصوم المانع عن لحنهم بالحجة و التفطن بها و تحريرها على وجه الكمال مكروه. أقول: ينبغى أن يراد من الانقباض ما لم يكن بحيث كان فيه مهانة المؤمنين و التجبر عليهم، فإن هذا أمر فى نفسه غير جائز، سواء أ كان من القاضى أم غيره. و إذا لم يكن كذلك فيمكن أن يقال أنه لا يجوز للقاضى فعل ما يوجب دهشة

(١) شرح النهج لابن أبى الحديد ١٩: ٢٦٠.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦: ١٩٤.

(٣) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢٠٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٧٤

و كذا يكره اللين الذى لا يؤمن معه جرأة الخصوم، و يكره أن يرتب للشهادة قوما (١) دون غيرهم، و قيل: يحرم لاستواء العدول فى موجب القبول و لأن فى ذلك مشقة على الناس بما يلحق من كلفه الاقتصار.

المترافعين إليه بحيث يغفلان أو يغفل أحدهما عن ذكر ما هو دخيل فى الإفصاح عن مورد منازعتهم، فإن هذا ينافى مشروعية القضاء و إيصال الحق لأهله و فى غير ذلك فلا موجب للكراهة أيضا.

و مما ذكرنا يظهر الحال فى اللين الخارج عن المتعارف و الموجب لجرأة المتخاصمين على ما فيه نوع مهانة للقاضى أو لقضائه.

(١) لا يخفى أن ترتيب قوم للشهادة إن كان بحيث لا تقبل الشهادة من غيرهم حتى مع التمكن من إحراز عدالتهم، فهذا إبطال لحقوق الناس و تضييع لها و قد جعل القضاء لرعاية حقوق الناس و استيفائها، و إن كان المراد أنه يطلب من الناس أن يجعلوا لمعاملاتهم و حقوقهم شهودا منهم دون غيرهم فلاستجابة لذلك لا لزوم لها على الناس، و لكن لا كراهة فيه فيما إذا لم يكن فى تعيينهم لجعل غيرهم من العدول موضع التهمة، بل كان التعيين لتسهيل أمر القضاء و عدم تأخيرها إلى تعديل الشهود، و قيل: إن أول من رتب للشهادة قوما بعض القضاء من العامة.

و كيف ما كان فليس مراد الشيخ - قدس سره - من منعه الصورة التى ذكرنا عدم الكراهة فيها أيضا، فلاحظ كلامه المنقول عنه فى مبسوطه تجده موافقا لما ذكرنا.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٧٥

[و هنا مسائل]

إشارة

و هنا مسائل:

[الأولى: الإمام يقضى بعلمه مطلقا و غيره من القضاء يقضى بعلمه]

الأولى: الإمام يقضى بعلمه مطلقا (١) و غيره من القضاء يقضى بعلمه فى

(١) وجوب اتباع حكم الإمام - عليه السلام - على الرعية و نفوذه بعد كون طاعته سلام الله عليه كطاعة النبي صلى الله عليه وآله و سلم من أصول مذهبنا و لم يخالف فيه أحد منا، و أما جواز قضائه بعلمه فهو أيضا مما لا ينبغي التأمل فيه، فإن القضاء المزبور داخل في القضاء بالحق و الحكم بالعدل فيدخل في قوله سبحانه و إن حكمت فاحكم بينهم بالقسط، و لقول علي - عليه السلام - لشريح في قضية درع طلحة: «ويحك - أو: ويلك - إن إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا» (١)، و لقتله - عليه السلام - خصم النبي صلى الله عليه وآله و سلم قضاء بعلمه (٢).

بل يظهر من بعض الروايات المعتبرة أن حكم النبي صلى الله عليه وآله و سلم بعلمه كان مفروغا عنه بين الناس كصحيحه محمد بن قيس و في خبر حسين بن خالد أو صحيحه عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «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» (٣)، و في ذيله دلالة على أن ذلك بالإضافة إلى حقوق الله، و أما حقوق الناس فاستيفاء الحق فيها يكون بمطالبة صاحبه.

و كيف كان فلا موجب لتطويل الكلام في المقام، و ما نقل السيد - قدس سره - عن أبي علي ابن الجنيد من الخلاف لا يعنى به، فإن خلافه مبنى على

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦: ١٩٤.

(٢) المصدر نفسه: الباب ١٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢٠٠.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٣: ٣٤٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٧٦

حقوق الناس و في حقوق الله سبحانه على قولين أصحهما القضاء (١)، و يجوز أن يحكم في ذلك كله من غير حضور شاهد يشهد الحكم.

اجتهاده المخدوش، و هو أن الله سبحانه قد أوجب للمؤمنين حقوقا لم تثبت بينهم و بين الكفار و المرتدين كالمناكح و الموارث و الذبائح و غير ذلك و وجدنا الله تعالى قد أطلع نبيه على من يبطن الكفر و يظهر الإسلام فكان يعلمه و لم يبين النبي صلى الله عليه وآله و سلم أحوال هؤلاء الأشخاص لسائر المؤمنين ليمتنعوا عن مناكحتهم و إرثهم و ذبائحهم إلى غير ذلك.

و وجه الخدشة أن الكفر باطنا لا يمنع عن الحكم بالإسلام، فإن الموضوع لترتيب الحقوق المزبورة هو الاعتراف بالشهادتين من غير إظهار الخلاف بتكذيب نفسه في اعترافه.

(١) صريح كلام السيد - قدس سره - جواز الحكم من الحاكم بعلمه في حقوق الناس عند الإمامية و لو من غير الإمام - عليه السلام -، حيث ذكر في الجواب عن الإشكال بأنه كيف تدعون الإجماع على جواز الحكم مع أن أبا علي ابن الجنيد يصرح بالخلاف، بأن خلاف ابن الجنيد لاجتهاد مخدوش و أنه لا يخفى اتفاق الإمامية على الإنكار على أبي بكر، حيث طلب البيئته من الزهراء - سلام الله عليها - على دعواها بأن فدك نحلة أبيها مع علمه بصدقها لعصمتها - سلام الله عليها.

و المتحصل جواز قضاء غير النبي صلى الله عليه وآله و سلم و غير الإمام - عليه السلام - بعلمه في حقوق الناس أيضا من القطعيات في كلمات جملة من الأصحاب، و قد نقل الإجماع عليه و على جوازه في حقوق الله في الانتصار و الخلاف و الغنية و السرائر.

و على كل حال يقع الكلام في المقام في جواز الحكم من القاضي بعلمه تكليفا، و في نفوذ ذلك الحكم على المتخاصمين و غيرهما و ضعاً، و أنه يجوز

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٧٧

.....

للقاضى اجراء حدود الله على مرتكبى موجباتها فيما إذا كان ثبوتها بعلمه، و الكلام فى الأولين فيما إذا كانت المخاصمة فى الموضوعات، و أما فيما إذا كان من الشبهات الحكيمية فلا كلام فى جواز الحكم و نفوذه على ما تقدم سابقا.

فنقول: الحكم بعلمه فى حقوق الناس داخل فى الحكم بالعدل و القضاء بالقسط فيجوز بل ينفذ لإطلاق قوله - عليه السلام -: جعلته حاكما أو قاضيا، بعد عدم الدليل على تقييد ذلك بكون الحكم بغير علم و كذا الحال فيما إذا كان حكمه فى حدود الله أخذا بقوله سبحانه الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ (١) و غيره بعد كون الخطاب للحكام على ما يأتى.

و ما يقال فى المقام فى وجه المنع إما راجع إلى عدم جواز الحكم من القاضى بعلمه كما قيل بأن الحكم بعلمه يجعل القاضى موضع التهمة، و إما راجع إلى الحكم الوضعى بدعوى أن الطريق المألوف فى القضاء فى حقوق الناس و غيرها غير علمه، كما يستفاد ذلك من صحيحة هشام بن الحكم عن أبى عبد الله - عليه السلام - «قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إنما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان» (٢)، و ما ورد فى الرجل الذى رأى الفجور بزوجه (٣).

و لكن شيئا من ذلك لا يصلح مانعا، فإن قضيته جعل الحاكم موضع التهمة، فلا مورد لها فيما إذا عرف القاضى بالديانة و تعصبه فى دين الله، بل مطلقا بعد عرفان عدالته، و إلا لكان تعديله الشاهد بعلمه أو تجريحه غير جائز للتهمة الموهومة، مع أن الظاهر عدم الخلاف و المناقشة فى مسألة جرحه و تعديله بل

(١) النور: ٢.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٩.

(٣) الوسائل: ج ١٨، الباب ٤٥ من أبواب حد الزنا، الحديث ١: ٤١٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٧٨

.....

لا بد من انتهائهما بعلمه كما لا يخفى.

و أما قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم»، فقد تقدم جواز قضاء النبى بعلمه و وقوعه، و قضايا مولانا أمير المؤمنين - عليه السلام - مشهورة معروفة عند العوام فضلا عن الخواص، فيكون الحصر فى الصحيحة غالبا، و الصحيحة ناظرة إلى عدم تغير الواقع بحكمه صلى الله عليه و آله و سلم على طبق البينات و الأيمان كما يشهد بذلك ذيلها، و قد يكون القضاء باعتراف الخصم و إقراره، مع أن الحكم به لا يكون داخلا فى شىء من البينة و الأيمان.

أضف إلى ذلك احتمال كون البينة فى الصحيحة بمعناها اللغوى، فتعم علم القاضى كما يفصح عن ذلك غير واحد من الآيات كقوله سبحانه قُلْ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّنْ رَبِّي (١) و قوله فَقَدْ جَاءَكُمْ بَيِّنَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ (٢) و أَرَأَيْتُمْ إِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّنْ رَبِّي * (٣) إلى غير ذلك مما استعمل فيه البينة بمعنى موضح الواقع و الأمر و الحق.

لا يقال: لا يحتمل كون البينة فى الصحيحة بالمعنى اللغوى، و إلا لم يصح إفراد الأيمان عن البينات حيث إن الأيمان أيضا من موضح الحق و الواقع.

فإنه يقال: عطف الأيمان على البينات لا ينافى كونها بمعنى موضحات الأمر حيث إن البينة ظاهرها موضح الأمر، و الواقع مع قطع النظر عن مقام القضاء و لا يكون الأيمان كذلك فإنها موضحات بلحاظ مقام القضاء فى حقوق الناس،

(١) الأنعام: ٥٧.

(٢) الأنعام: ١٥٧.

(٣) هود: ٢٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٧٩

.....

و ما ورد فيمن رأى الفجور بزوجه ناظر إلى عدم جواز الحدّ لغير الحاكم، و أنّه لا بدّ من ثبوت الفجور عنده، نعم يمكن أن يستفاد منه أنّه لا بأس بالرجل أن يقتل من فجر بامرأته بعد ثبوته عند الحاكم.

و على الجملة فليس في البين ما يمنع عن القضاء بالعلم بأن يكون له طريق مألوف لا يدخل فيه علم القاضى بل اعتبار البينة في حق القاضى العالم بالحق و الواقع غير ممكن.

و ما يقال بأنّه: لا يجوز الحكم في حقوق الله بالعلم لأنّ حقوق الله مبتنية على المسامحة، و يدل عليها ما روى عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم في قضية الملاعة: «و لو كنت راجما بغير بينة لرجمتها» (١)، و لذا حكى عن بعض اختصاص الجواز بحقوق الناس، لا يمكن المساعدة عليه فإنّه لم يثبت في حقوق الله إلّا أنّ للقاضى المنع من ثبوت موجب الحدّ باعتراف المرتكب، لا أنّ علم القاضى لا يكون طريقا لثبوته.

و ربّما يستدل على جواز القضاء بالعلم بأنّه إذا طلق الرجل امرأته عند القاضى ثلاث مرات بحيث لا يجوز له الرجوع إليها إلّا بعد النكاح من المحلل، ثم جحد الرجل الطلاق و لم تتمكن زوجته من اقامة الشهادة على طلاقها كذلك فإنّه يتوجه اليمين إلى الزوج، فإنّ حكم الحاكم المزبور بكون المرأة زوجته فهذا حكم بالباطل و الزور، و إن لم يحكم بشيء لزم ترك القضاء، و قد تقدم وجوبه عينا أو كفاية، فيتعين القضاء بعلمه و إن ترك القضاء بالعلم مستلزم لعدم إنكار المنكر و عدم وجوب إظهار الحق مع إمكانه. و إذا لم يجز ذلك يتعين الحكم بعلمه.

أقول: يمكن المناقشة فيما ذكر بأنّه لو ثبت انحصار طريق القضاء

(١) سنن البيهقي ٧: ٤٠٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٨٠

.....

بالبينة و الحلف و الإقرار يمكن للقاضى العالم بحقيقة الحال أحد أمرين:

الأول: ان يحوّل الواقعة إلى قاض آخر، و يحضر عنده ليشهد بما علمه من أمر الطلاق أو غيره، إذا كان معه شاهد آخر.

تبريزي، جواد بن على، أسس القضاء و الشهادة، در يك جلد، دفتر مؤلف، قم - ايران، اول، ه ق

أسس القضاء و الشهادة؛ ص: ٨٠

الثاني: أن يأمر الزوج باعترافه بالطلاق و التوبة و الرجوع عن إنكاره، و يعزّره على كذبه و إنكاره، حتى يعترف بالحال، و نذكر ان

شاء الله تعالى ان ما يذكر من أن الإقرار بالإكراه لا يكون نافذا لا يشمل الفرض مما يعلم القاضى ان إقراره و لو بإكراهه مطابق للواقع. وقد يقال فى وجه عدم جواز القضاء بالعلم: بأن العلم إنما يكون طريقا بالذات إلى متعلقه بالإضافة إلى العالم، فيكون علم القاضى طريقا إلى الواقع بالإضافة إلى نفسه، و جواز القضاء ليس من أثر الواقع، بل أثر إحرازه كما يفصح عن ذلك قوله- عليه السلام- فى تقسيم القضاة: «رجل قضى بالحق و هو يعلم» (١)، و قوله- عليه السلام-: «من أفتى الناس بغير علم لعنته ملائكة السماء» (٢) لعدم احتمال الفرق بين الإفتاء و القضاء من هذه الجهة، و إذا كان إحراز الواقع موضوعا لجواز القضاء فيمكن أن يختص الموضوع بما إذا كان الإحراز بالبينه أو الحلف، كما هو مقتضى قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان»، و لا يمكن التعدى إلى العلم بالقضاء بعلمه الوجدانى، فضلا عن دعوى الأولوية لاحتمال الخصوصية فى البينة لكونها طريقا إلى الواقع مطلقا لا بالإضافة إلى شخص دون شخص، بخلاف العلم، فإنه طريق بالإضافة إلى العالم فقط أضف إلى ذلك ما تقدم من أن القضاء بعلمه يجعله موضع التهمة.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٤ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٦: ١١.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٤ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١: ٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٨١

.....

أقول: كون الموضوع لجواز القضاء و الإفتاء إحراز الواقع لا نفس ثبوت الشىء واقعا صحيح، لكن هذا لا يمنع عن حكمه بعلمه فكما ان علمه طريق إلى الواقع بالإضافة كذلك البينة فى موارد قضائه بها و إلّا ربّما يكون كل من المتخصصين جازما بما يدعى أو ينكر فلا- يكون اعتبار بالبينه بالإضافة إليهما، و أما دلالة الحصر فقد تقدم أنه إضافى و قد ذكر للدلالة على تغيير الواقع بالقضاء بها أو بالحلف كما تقدم الجواب عن كون القضاء بالعلم يجعل القاضى موضع التهمة، كما فى موارد قضائه فى اختلاف المترافعين فى واقعة لاختلافهما فى الحكم الشرعى لكلى تلك الواقعة فتدبر.

و بتعبير آخر كما أن حكم القاضى فى موارد اختلاف المتخصصين فى حكم كلى الواقعة لا يكون بالبينه و اليمين كذلك فى مورد اختلافهما فى الموضوع مع علم القاضى بواقع الأمر، حيث إن القاضى فى موارد عدم علمه بواقع الأمر عند اختلافهما فى الموضوع يتمسك بالحجة المعتبرة فى حق الشاك، و يجعل من يكون قوله موافقا لتلك الحجة المعتبرة المدعى عليه و من يكون قوله مخالفا لها المدعى فيطلب من الثانى البينة و مع عدمها تصل النوبة إلى طلب الحلف من المدعى عليه، و مع علم القاضى بالواقع لا تكون لتلك الحجة موضوعا، بل يكون قضاؤه فى الواقعة بإحرازه الصغرى و الكبرى كما فى موارد الخصومة للاختلاف فى حكم كليهما فيعنه قضائه فيها ما دل على مشروعية القضاء بالسنة العادلة كما لا يخفى.

ثم إنه قد ذكر فى المسالك أنه بناء على عدم جواز قضاء القاضى بعلمه يستثنى موارد: منها تزكية الشهود و جرحهم لثلا يلزم الدور أو التسلسل، و منها الإقرار فى مجلس القضاء و ان لم يسمع ذلك الإقرار غير القاضى، بل قد يقال باستثناء إقرار الخصم مطلقا و لو لم يكن فى مجلس القضاء، و منها العلم بخطأ

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٨٢

[الثانية: إذا أقام المدعى بينه و لم يعرف الحاكم عدلتهما]

الثانية: إذا أقام المدعى بينه و لم يعرف الحاكم عدلتهما فالتمس المدعى حبس المنكر ليعدّلهما، قال الشيخ- ره-: يجوز حبسه (١)

لقيام البينة بما ادعاه، وفيه

الشهود و كذبهم، و منها أن يشهد مع الحاكم آخر فإنه لا يقصر الحاكم عن شاهد، و منها تعزير من أساء أدبه في مجلسه، و إن لم يعلم به غيره.

أقول: أما قضية التعديل و الجرح فقد تقدم الكلام فيه، و إن القاضي يعمل فيهما على طبق علمه لا محالة، و تقدم أيضا أن علمه بإقرار الخصم سواء أ كان في مجلس القضاء أم غيره موجب للحكم، و يظهر ذلك من بعض الروايات، خصوصا الواردة في ثبوت بعض موجبات الحدود، و كذلك الحال في علمه بخطأ الشهود أو كذبهم.

و أما أن الحاكم يحسب شاهدا و أنه إذا شهد معه آخر يجوز الحكم فلا يمكن المساعدة عليه فيما إذا كان المراد ان يقضى بشهادته مع آخر، لأن ظاهر الأدلة كون الشاهدين غير القاضي، و خروج القاضي عن الشاهدين كخروج المدعى و المدعى عليه عنهما.

(١) إذا أقام المدعى بدين له على غيره شاهدين و لم يعرف الحاكم عدالتهما، و احتاج المدعى إلى إثبات عدالتهما، فالتمس من الحاكم حبس المدعى عليه حتى تثبت عدالتهما، قال الشيخ- قدس سره -: يجوز للحاكم الإجابة بحبس المدعى عليه لقيام البينة بدعواه، و استشكل الماتن- قدس سره- بأنه لم يثبت بشهادتهما الدين ليحبس المديون لأدائه أو ثبوت إعساره.

و بتعبير آخر إنما يجوز حبس المديون بالدين الحال عليه ليؤديه أو يحزر عسره كما يدل على ذلك مثل موثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه: «أن عليا- عليه السلام- كان يحبس في الدين فإذا تبين له حاجة و إفلاس خلّى سبيله حتى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٨٣

اشكال من حيث لم يثبت بتلك البينة حق يوجب العقوبة.

يستفيد مالا» (١)، و إذا لم يثبت الدين فلا موجب لجواز حبسه بعد كون الأصل براءة ذمة المدعى عليه.

و وجه في الجواهر كلام الشيخ بأنه يرى ثبوت الدين بالبينة التي لم يعرف فسقها، و إن جاز للحاكم طلب المدعى بتزكية الشاهدين لاسترايته أو التماس الغريم أو للاستظهار أو نحو ذلك، ثم قال: إنّ المعبر في الشاهد العدالة، و لا يكفي مجرد عدم ظهور الفسق، و أنه ما لم يثبت الدين فلا يجوز حبس المدعى عليه و لا مطالبة الكفيل.

و فيه: إن توجيه كلام الشيخ بما ذكر لا يرجع إلى محصل. فإنه لو كان الأصل في الشاهد العدالة أو أن المعبر في الشهادة عدم ظهور فسق الشاهد لا يكون للحاكم مطالبة المدعى بتزكية الشاهدين و إثبات حالهما واقعا، فإن طلب ذلك منه يكون كطلبه بإثبات نسبهما و غير ذلك من الأمور الراجعة إليهما، مما لا يجب على المدعى الاستجابة لطلبه.

و أما ما ذكره- قدس سره- من أنه ما دام لم يثبت الدين لم يجز مطالبة المدعى عليه بالكفيل، فلا يمكن المساعدة عليه فإن مطالبة بالكفيل لا تتوقف على ثبوت الدين، بل يجوز مطالبة الكفيل من المدعى عليه ليحضر مجلس الحكم لانتهاء المخاصمة و فصلها سواء أ كان الحكم فيه بثبوت الحق أم براءة المدعى عليه و قد اعترف- ره- في باب الكفالة بمشروعيتها في الحقوق و منها حق الدعوى، و لعل مراده في المقام عدم جواز مطالبة الكفيل بالدين لا بحق الدعوى.

(١) الوسائل: ١٣، الباب ٧ من أبواب الحجر، الحديث ١: ١٤٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٨٤

الثالثة: لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال و أمر بحبسه، فعند حضور الحاكم الثانى ينظر (١) فإن كان الحكم موافقا للحق للزم و إلّا أبطله، سواء كان مستند الحكم قطعيا أو اجتهاديا، و كذا كل حكم قضى به الأول و بان للثانى فيه

(١) ذكر - قدس سره - فى المسألة أموراً ثلاثة:

الأول: إن الحاكم الأول إذا حكم على أحد بضمان مال و حبسه لاستيفاء المال يجب على الحاكم الثانى النظر فى أمر المحبوس، فإن كان الحكم الأول حقاً ألزم عليه المال، و إن لم يكن حقاً أبطل الحكم الأول و خلّى سبيل المحبوس سواء أ كان مستند حكم الحاكم الثانى قطعياً أم اجتهاداً.

الثانى: إنّه إذا حكم الحاكم الأول بحكم و فصل الخصومة فى واقعة لا يجب على الثانى النظر فيها، و لكن لو نظر و بان له خطأ الأول فى حكمه أبطله.

الثالث: إنّه لو حكم هو بنفسه فى واقعة بحكم ثم بان له خطائه فى حكمه نقضه و يستأنف الحكم فيها بما يراه حقاً.

وقد ذكر فى الجواهر فى ذيل الأمر الأول أنّه و ان جزم بوجود النظر فى المسالك بل يظهر من عباراتهم عند تعرضهم لكون النظر فى المحبوسين من آداب القاضى تسالمهم عليه، إلّا أنّه مع ذلك يشكل وجوب النظر لنفوذ القضاء الأول و يعمّه ما دلّ على عدم جواز ردّه و يحمل على الصحيح، فيكون حبس الحاكم الثانى و استيفاء المال منه نظير التصرف فى المال الذى أخذه الشخص المزبور بحكم الحاكم الأول فى أنّه لا يجب النظر فى أمر ذلك المال و التفيتش عن صحّة الحكم الأول، بل لا يجوز النظر مع امتناع المحكوم له عن المرافعة عنده، لكن الأقوى عدم البأس بتجديد المرافعة مع تراضيهما، و ينفذ الحكم الثانى و لو كان مستنده اجتهاداً.

أقول: إذا تحقق الحكم من الحاكم الأول على طبق موازين القضاء

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٨٥

الخطأ فإنّه ينقضه، و كذا لو حكم هو ثم تبين الخطأ فإنّه يبطل الأول و يستأنف الحكم بما علمه حقاً.

عنده يعمّه ما دلّ على نفوذ الحكم، فيجوز للحاكم الثانى تنفيذ ذلك الحكم فيما إذا لم ينفذه الحاكم الأول و يكون تنفيذه لكونه عملاً بالحكم المزبور الذى يعمّه خطاب النفوذ، بل لا يجوز له إيقافه، فإنّ إيقاف تنفيذه ردّ للحكم المشروع، نعم يجوز للثانى النظر فى تلك الواقعة تكليفاً فيما إذا رضى المحكوم له بالحضور، و لكن لا يكون الحكم من الثانى بخلاف الأول مشروعاً و نافذاً إلّا إذا تبين للحاكم الثانى خطأ الأول بأن ظهر له عدم رعاية الأول موازين القضاء، كما إذا كان فى المسألة دليل بحيث لا يقبل الاجتهاد على خلافه و لا يكون الحكم المزبور إلّا بالتقصير و عدم رعاية موازين القضاء، فإنّ فى هذا الفرض ينقض ذلك الحكم و لا يجوز له تنفيذه لأنّ الحكم المزبور ليس من حكمهم، بل حكم بالجور و الباطل حتى و لو احتمل مطابقته للحكم الواقعى.

نعم إحراز التقصير فى القضاء و الغفلة عن موازين القضاء لا يتيسر غالباً إلّا فيما كان فى البين مثل الدلالة القطعية التى يصل إليها الفاحص بالفحص القليل، أو يكون من الحاكم الأول الغفلة الظاهرة فى ملاحظة موازين القضاء، بحيث لا يحتمل الاجتهاد على خلافها.

و ممّا ذكرنا يظهر أنّه لا يسقط نفوذ القضاء الأول و لو تراضى المتخاصمين إلّا فيما ذكرنا و عدم النفوذ فيه لا يحتاج إلى رضاهما كما لا يخفى، كما ظهر أنّ على الحاكم الثانى تنفيذ ما حكم به الحاكم الأول فى موارد نفوذه، حيث إنّ مقتضى ما دلّ على نفوذه عدم الفرق بين المتخاصمين و الحاكم الثانى.

و على الجملة نظر الحاكم الثانى لا اعتبار به فى الواقعة التى انتهت الخصومة فيها بالحكم من الحاكم الأول أو بالحكم منه أولاً.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٨٦

[الرابعة: ليس على الحاكم تتبع حكم من كان قبله]

الرابعة: ليس على الحاكم تتبع حكم من كان قبله لكن لو زعم المحكوم عليه بالجوهر لزمه النظر فيه (١)، و كذا لو ثبت عنده ما يبطل

(١) ذكر في المسألة أموراً ثلاثة:

الأول: عدم وجوب النظر على الحاكم الثاني في القضاء الصادر عن الحاكم الأول.

الثاني: أنه لو ادعى المحكوم عليه بقضاء الحاكم السابق جوهره عليه في قضائه وجب على الثاني النظر في قضائه.

الثالث: أن كل حكم من الحاكم السابق ينقض على تقدير ظهور خطئه في قضائه للحاكم الثاني، من غير فرق بين حقوق الناس و حقوق الله، مشيراً إلى خلاف بعض في حقوق الناس، حيث قالوا أن النقص في حقوق الناس يحتاج إلى مطالبته المستحق.

و ذكر في الجواهر في وجه الأمر الأول أن عدم وجوب النظر على الحاكم الثاني مقتضى حمل قضاء الحاكم الأول على الصحة.

أقول: ما تقدم من الماتن - قدس سره - من وجوب النظر في أمر المحبوس بالقضاء من الحاكم السابق لا ينافي ما ذكر في المسألة من عدم وجوب النظر على الحاكم الثاني، في حكم القاضى الأول، و ذلك فإن وجوب النظر في أمر المحبوس باعتبار أن استيفاء الدين منه يتوقف على ثبوت الحق عليه عند الحاكم الثاني، و لذا يجب النظر في أمره، حيث إن مجرد ثبوت الحق عند القاضى الأول لا يوجب كون الثاني ولياً على الاستيفاء، بخلاف ما ذكر في هذه المسألة فإن المفروض فيها انتهاء الواقعة السابقة حكماً و استيفاءً، و لكن قد عرفت ما في الفرق

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٨٧

حكم الأول أبطله، سواء كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس.

فلا نعيد.

و أما ما ذكر صاحب الجواهر - قدس سره - في وجه عدم وجوب النظر على الحاكم الثاني، فيمكن أن يقال بعدم الحاجة إلى إجراء أصالة الصحة في القضاء السابق، بل لو لم تكن أصالة الصحة فيه لما كان النظر فيه واجبا على الحاكم اللاحق، لأن العمدة في وجوب النظر و القضاء هو وجوب القيام بأمر إنهاء المنازعة بين الناس و استيفاء الحقوق لذويها ممن عليه، و لذا ذكرنا سابقاً أنه لو أمكن فصل الخصومة بترغيب المتخاصمين بالمصالحة لما وجب القضاء.

و عليه فالوقائع السابقة التي انتهت المخاصمة فيها بالقضاء النافذ بين المتخاصمين بالقضاء فيها خارج عن وظيفة القاضى الثاني، سواء أ كان قضاؤه فيها صحيحاً أم خطأ عنده، و لذا ذكرنا أنه لا يجوز له نقض حكمه و أن حكمه نافذ حتى على القاضى الثاني.

نعم لو نظر و وجد حكمه بغير ما أنزل الله و بغير موازين القضاء من جهة تقصيره يجوز له النقض بل يجب، و لعل مراده - قدس سره - من الحمل على الصحة نفى هذا القسم من الفساد، هذا بالإضافة إلى المخاصمات.

و أمّا بالإضافة إلى حقوق الله و الحدود فليس فيها إلماً أن للحاكم إجراءاتها بعد ثبوت موجباتها عنده، و لا دليل على نفوذ قضائه و حكمه فيها بالثبوت أو النفي، و عليه فإن أراد الحاكم إجراء الحد على من حكم الأول بثبوت موجه في حقه فاللازم عليه إحراز ثبوته.

اللهم إلاً أن يقال: أن الحكم بثبوت الموجب من شؤون القاضى و لو لم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٨٨

.....

يكن حكمه بالثبوت نافذا في حق الغير لما جاز للحداد اجراء الحد بأمر القاضي إلا مع إحرازه ثبوت الموجب.

و ذكر في وجه الأمر الثاني: انّ دعوى المحكوم عليه بأنّ الحاكم السابق قد حكم عليه بالجور مسموعة فإنه يعمه قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه» (١)، من غير ان يكون في البين ما يوجب رفع اليد عن العموم.

لا- يقال: دعوى الجور على القاضي الأوّل و كذا استئناف القضاء في تلك الواقعة ردّ على القاضي الأوّل فلا يجوز، و أيضا لو جاز دعوى الجور على القاضي الأوّل لجاز دعواه في قضاء الأخير أيضا، و هذا سدّ لباب فصل الخصومة بالقضاء، و القول بأنّ دعوى القضاء بالجور تسمع فيما إذا كانت الدعوى بعد عزل القاضي الأوّل بحيث تكون الدعوى عليه بعد انقضاء ولايته على الحكم نظير دعوى المولى عليه بعد بلوغه على وئيه بالإضافة إلى بعض ما وقع أيام ولايته، لا يمكن المساعدة عليه، فإنه لو كان السماع ردّا للقضاء فلا- يجوز قبل العزل و بعده، و إن لم يكن ردّا فلا- وجه لعدم سماعه حتى على القاضي الأخير أيضا، مع أنّ مسألة العزل لا تجرى بالإضافة إلى من كان قضاؤه بالنصب العام.

و الظاهر أنّه ليس بردّ، فإن منصرف الرد إنكار الحكم على القاضي عملا مع كون قضاؤه على الموازين، و لا يعمّ ما إذا كانت الدعوى خطأه و خروجه عن موازين القضاء في قضاؤه.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٥: ١٧١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٨٩

[الخامسة: إذا ادعى رجل أن المعزول قضي عليه بشهادة فاسقين وجب إحضاره]

الخامسة: إذا ادعى رجل أن المعزول قضي عليه بشهادة فاسقين وجب إحضاره (١) و إن لم يقم المدعى بينه، فإن حضر و اعترف به ألزم، و إن قال: لم أحكم إلّا بشهادة عدلين قال الشيخ: يكلف البينة لأنّه اعترف بنقل المال و هو يدعى بما يزيل الضمان عنه، و يشكل بما أنّ الظاهر استظهار الحكام في أحكامهم فيكون القول قوله مع يمينه لأنّه يدعى الظاهر.

(١) حاصل ما ذكره- قدّس سرّه- في المسألة أنّ دعوى المحكوم عليه عند الحاكم الثاني بأنّ الحاكم الأوّل قد حكم عليه بشهادة فاسقين مسموعة سواء أقام بينه على دعواه أم لا، فإنه ليس من شرط سماع الدعوى إقامة البينة بها، و لا خصوصية للمقام ليمتاز بها عن سائر الدعاوى.

و على ذلك فعلى الحاكم الفعلي إحضار الحاكم الأوّل، فإن اعترف بما يدعيه المحكوم عليه ألزم بالمال إن أخذه أو استوفى بحكمه و إن لم يعترف بأنّ ذكر أنّه لم يحكم إلّا بشهادة العدلين، فقال الشيخ- قدّس سرّه-: يكلف الحاكم المزبور بإقامة البينة بما ذكره لأنّه يعترف بأخذ المال من المحكوم عليه و يدعى عدم ضمانه في ذلك، و يلزم على ذلك أنّه لو لم يقم البينة يحلف المحكوم عليه و يلزم الحاكم بضمان المال.

و لكن مقتضى أصالة الصّحة في حكمه تجعله منكرا، فعلى المحكوم عليه المدعى إقامة البينة بما يدعيه، و لعل هذا هو المراد من قول الماتن- قدّس سرّه-:

إنّ الظاهر استظهار الحكام في أحكامهم، و أيضا إلزام الحاكم بالمال مع اعترافه ينحصر بما إذا كان اعترافه بما يوجب الضمان، كما إذا اعترف بأنّه حكم مع علمه بفسق الشاهدين أو عدم إحرازه عدلتهما.

و ممّا ذكرنا يظهر أنّه تسمع دعوى المحكوم عليه على القاضي الأوّل، فيما إذا ادعى أنّه حكم عليه بشهادة الفاسقين مع علمه بفسقهما

أو عدم إحرازه

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٩٠

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

السادسة: إذا افتقر الحاكم إلى مترجم لم يقبل إلا شاهدان عدلان (١) و لا يقع

عدالتهما، فإنه في هذا الفرض لو اعترف القاضى بما يدعيه الزم بالمال و يمكن للمحكوم عليه المخاصمة مع المحكوم له أيضا فيما إذا ادعى أنه كان يعلم بأن حكم القاضى بشهادة فاسقين أو بشهادة من لم يكن عدالتهما محرزا له عند حكمه، و في غير ذلك لا مورد لسماح الدعوى، و الله سبحانه هو العالم.

(١) ذكر - قدس سره - أنه لو احتاج الحاكم إلى مترجم يعتبر التعدد فيه بأن يكونا رجلين عدلين لا يكتفى بالعدل الواحد، لأن كفاية المتعدد متفق عليه و كفاية الواحد غير محرز. و ربما يقال بأن كفاية الواحد و عدمها مبنيان على كون الترجمة من قسم الشهادة أو من قبيل الرواية فيعتبر التعدد على الأول و يكتفى بالواحد على الثانى.

فالعمدة التكلم فى المائز بين الشهادة و الخبر ليرى دخول الترجمة فى أى منهما، و قد قيل ان الشهادة قسم من الخبر و كل مورد ثبت فيه اعتبار التعدد فيؤخذ فيه التعدد و فى غيره يكتفى بالواحد كما هو مقتضى ما دل على اعتبار خبر العدل.

و أورد على ذلك فى الجواهر بأن الرواية غير الشهادة فى العرف و ليس للشارع حقيقة شرعية و لا يكون اعتبار التعدد و عدمه مائزا بينهما عند العرف بحيث يكون إطلاق الشهادة دائرا مدار اعتبارها، و ان الظاهر دخول الترجمة فى الشهادة بعضا كما أنها قد تكون رواية، فإنه إن كان المقصود من الترجمة إثبات ما يترتب عليه حكم الحاكم كشهادة الشاهد فتكون شهادة كالشهادة بالبيع أو النكاح أو الزنا و شرب الخمر فيعتبر التعدد.

و أما إذا كان المقصود ترجمة دعوى المدعى أو جواب المدعى عليه و نحو ذلك، كترجمة فتوى المفتى لمقلديه أو ترجمة سؤال السائل عن المجتهد فيكتفى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٩١

بالواحد عملا بالمتفق عليه.

فيه بالواحد، و على الجملة الميزان فى تمييز أفراد الشهادة عن أفراد الرواية المقابلة فى العرف فما كان من الأول يعتبر فيه التعدد، و فى غيره يكتفى بالواحد أخذا بقوله سبحانه و أشهدوا ذوى عدل منكم «١» فى الأول و بما دل على اعتبار خبر العدل فى الثانى، و لو اشتبه فرد بينهما فيلحق بالشهادة عملا بالمتفق عليه، و لا دلالة لآية النبيا على اعتبار قول العدل و نبئه مطلقا بحيث لا يعتبر فيه التعدد لأن غاية مدلولها عدم اعتبار التبين فيه فى مقابل اعتبارها فى العمل على نبا الفاسق، و من الظاهر عدم منافاة ذلك مع اعتبار التعدد كما هو مورد نزول الآية.

ثم ذكر فى آخر كلامه - قدس سره - أنه يمكن أن يقال باعتبار التعدد فى كل ما له دخل فى القضاء أخذا بقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات»، و قوله - عليه السلام - : «استخراج الحقوق بشهادة رجلين - إلخ» «٢»، و على ذلك فيعتبر فى الترجمة التعدد لا - باعتبار أنها ترجمة، بل من حيث إنها ترجمة للشهادة أو دعوى المدعى أو اعتراف الخصم إلى غير ذلك مما له دخل فى موضوع القضاء - انتهى.

أقول: لا ينبغي التأمل فى أن الشهادة قسم من الخبر، فإن الشاهد يخبر بالواقعة الخارجية فيكون راويا و مخبرا بها، و لكن يعتبر حضوره

الواقعة التي يخبر بها، و لو كان حضور الواقعة بمشاهدتها يعتبر المشاهدة، و فيما كان الحضور لها بسماعها يعتبر سماعها إلى غير ذلك و الاستعمالات الشائعة في الكتاب المجيد و غيره، مثل قوله سبحانه وَ لِيَشْهَدَ عَدَاِبُهُمَا طَائِفَةٌ ﴿٣﴾ و

(١) الطلاق: ٢.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٤: ١٧٦.

(٣) النور: ٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٩٢

.....

مَا كُنْتُ قَاطِعَةً أَمْرًا حَتَّى تَشْهَدُونِ ﴿١﴾ و أَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴿٢﴾ إلى غير ذلك تفصح عن اعتبار الحضور و الاخبار عن حس. و ليس المراد ان الشهادة لا تستعمل في الخبر بالشيء بمجرد الاعتقاد و العلم كقول القائل: أشهد ان لا إله إلا الله و نحوه، بل المراد انصراف الشهادة إلى ما ذكر من قسم الخبر، و يعتبر في الخبر بالشيء العلم به، و إلا لدخل القول المزبور في الكذب أو في مثل قوله سبحانه لَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ﴿٣﴾ إلا أن مجرد العلم و إحراز الشيء لا يوجب دخول الخبر به في عنوان الشهادة به، بل يعتبر في صدقها العلم بالواقعة بحضورها.

فكل واقعة اعتبر في ثبوتها الشهادة يعتبر في المخبر بها التعدد و العلم بها حسيًا، و فيما لا يثبت فيه إلا اعتبار خبر العدل و الثقة يعتبر الخبر بها سواء أ كان بحس الواقعة أم الاخبار بها مع الواسطة. و لا يعتبر الخبر فيما كان المنشأ للعلم مجرد الحدس إلا فيما إذا اندرج الخبر المزبور في قول أهل الخبرة.

ثم لا يخفى أن المترجم لا يشهد بالواقعة التي شهد بها الشاهدان، لأنه لم يحضر تلك الواقعة و تقبل ترجمته العدلين شهود الزنا، و لا تكون أيضا من الشهادة على الشهادة، حيث إن الترجمة تقبل في الشهادة بحدود الله مع أنه لا يسمع في الحدود الشهادة على الشهادة، بل الترجمة تفسر لشهادة الشاهد و الإتيان بالمرادف لكلامهما.

(١) النمل: ٣٢.

(٢) الطلاق: ٢.

(٣) الإسراء: ٣٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٩٣

[السابعة: إذا اتخذ القاضي كاتبًا وجب أن يكون بالغًا عاقلًا مسلمًا عدلًا]

السابعة: إذا اتخذ القاضي كاتبًا وجب أن يكون بالغًا عاقلًا مسلمًا عدلًا بصيرًا ليؤمن انخداعه (١)، و إن كان مع ذلك فقيها كان حسنا.

و ما في كلام الجواهر - قدس سره - من أن الظاهر اعتبار التعدد في المترجم لأن الترجمة نظير شهادة الفرع لا يمكن المساعدة عليه، و كذا ما ذكره أخيرا من اعتبار التعدد في كل ما له دخل في القضاء أخذًا بقوله صلى الله عليه و آله و سلم، و ذلك فإن ظاهره حصر فصل الخصومة في الواقعة المتخاصم فيها بالبينه، و أما تعيين الواقعة و تمييز المدعى و المنكر فيها فلا دلالة على كون ذلك بالبينه. و المتحصل أن المترجم للشهادة الواقعة عند الحاكم و لغيرها لا يدخل في البينة و الشاهد للمدعى أو غيره ليعتبر فيه التعدد، بل

مقتضى السيرة العقلانية الاعتماد فى الترجمة على الثقة العارف بلغة الشاهدين أو غيرهما، والله سبحانه هو العالم.

(١) ذكر- قدس سره- إن القاضى إذا اتخذ كاتباً فيعتبر كونه مسلماً بالغاً عاقلاً عادلاً بصيراً لئلا ينخدع، ومجرد كونه مسلماً عاقلاً بالغاً عادلاً غير كاف، بل يعتبر كونه بصيراً بحيث لا ينخدع، فإن الكاتب أمين القضاء، فيعتبر كونه على الصفات المزبورة، ولو كان فقيهاً أيضاً لكان حسناً لأن الفقيه كمال للشخص.

و أضاف فى الجواهر أنه ينبغي أن يكون جيد الكتابة بلا خلاف أجده فى شيء من ذلك، ثم قال: ولكن قد يقال: لا موجب لاعتبار الأوصاف فى الكاتب لأن كتابه القضاء لا تكون حجة بنفسها لا للقاضى المزبور ولا لغيره، بحيث يعتمد عليها فى الحكم ثانياً، فيما إذا امتنع المحكوم عليه عن إنفاذ القضاء بدعوى عدم الحكم عليه، وعلى الجملة ثمره الكتابة يتذكر القاضى بقضائه فإن تذكر قضائه فلا يحتاج إلى الأوصاف، وإن لم يتذكر فلا تفيد الأوصاف،

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٩٤

[الثامنة: الحاكم إن عرف عدالة الشاهدين حكم]

الثامنة: الحاكم إن عرف عدالة الشاهدين حكم (١) و إن عرف فسقهما طرح

و أجاب عن ذلك بأن ثمره الكتابة لا تنحصر بما يكون التذكر فيه دخيلاً بل ربما تكون الكتابة مراسلة إلى قاض آخر أو أمراً أو نهياً للسائرين ممّا يكون فيه تغيير و زيادة و نقيصة، و إذا كان القاضى بحيث لا- يتمكن من ملاحظتها ثانياً فلا بدّ من أن يكون كاتبها بالأوصاف المزبورة.

أقول: يمكن تزوير قضاء القاضى و كتابته بتحريف فتكون ذريعة لدعوى المحكوم عليه بطلان قضائه و كونه على خلاف الموازين و لو مستقبلاً فاعتبار الأوصاف فى الكاتب منع عن وقوع ذلك.

(١) ذكر- قدس سره- فى هذه المسألة أموراً لعلها لا تناسب آداب القاضى بل تناسب كيفية الحكم.

فمنها: إن القاضى إذا عرف عدالة الشاهدين سواء أ كان عرفانه عدالتهما بشهادة الشاهدين بعدالتهما من غير ثبوت جرح أم باختلاطه مع الشاهدين و عرفانه عدالتهما وجدانا يحكم على طبق شهادتهما، كما أنه لو عرف فسقهما كما ذكر طرح شهادتهما، و إذا لم يعلم حالهما من حيث الفسق و العدالة يبحث عن حالهما حتى يتحقق أحدهما.

و لكن ذكر الشيخ- قدس سره- فى الخلاف جواز الحكم بشهادة من علم إسلامه و لم يعلم فسقه، و به رواية شاذة لم يعمل بها معظم الأصحاب، و يستفاد من كلامه- قدس سره- إن الفحص عن عدالة الشاهدين وظيفه الحاكم و أنه لا يطالب المدعى بالتعديل.

و يقال بأنه يظهر ذلك ممّا ورد فى حكاية فعل النبى صلى الله عليه و آله و سلم فى التفسير المنسوب إلى الحسن بن على العسكرى: و أنه كان يرسل شخصين من قبله لا يعلم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٩٥

و إن جهل الأمرين بحث عنهما، و كذا لو عرف إسلامهما و جهل عدالتهما توقف حتى يتحقق ما يبنى عليه من تعديل أو جرح، و قال فى الخلاف: يحكم و به رواية

أحدهما الآخر يسألان قبيلتهما عن حالهما، فإن جاء بمدح و ثناء حكم، و إن جاء بشرّ ستر عليهما و دعا الخصمين إلى الصلح، و إن لم يكن لهما قبيلة سأل الخصم عنهما فإن زكاهما حكم و إلّا طرحهما «١».

و فيه أن الرواية لضعف السند غير قابلة للاعتماد عليها و لا دلالة لها أيضاً على أن الفحص عن عدالة الشاهدين وظيفه الحاكم لأن فعله

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لَعَلَّه لَتَسْهِيلِ الْأَمْرِ لِلْمَدْعَى الْمَكْلُوفِ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى دَعْوَاهُ. فَإِنَّ ظَاهِرَ مَا وَرَدَ فِي أَنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمَدْعَى أَنَّ عَلَيْهِ إِثْبَاتٌ أَنَّهُمَا شَاهِدَانِ عَدْلَانِ، وَ أَيْضًا مَا وَرَدَ فِي ذَيْلِهَا مِنْ حُكْمِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ مَعَ تَرْكِيَةِ الْخَصْمِ لَا يَلْتَزِمُ بِهِ، فَإِنَّ مَجْرَدَ تَرْكِيَتِهِ لَا تَكْفِي فِي إِحْرَازِ كَوْنِ شَهَادَتِهِمَا بَيْنَهُ، كَمَا لَا يَكُونُ اعْتِرَافًا مِنَ الْخَصْمِ بِمَا يَشْهَدَانِ بِهِ لِيُقَالَ ثُبُوتُ الدَّعْوَى لِاعْتِرَافِ الْخَصْمِ بِهَا، فَإِنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَزْكِيَهُمَا وَيَخْطِئَهُمَا بِمَا يَقُولَانِ، وَ عَلَى كُلِّ تَقْدِيرٍ فَإِنَّ بَحْثَ الْحَاكِمِ وَ ثَبَتَ عِنْدَهُ عَدَالَةَ الشَّاهِدِينَ يَحْكُمُ بِمَا شَهِدَا بِهِ، وَ مَعَ عَدَمِ ثُبُوتِهَا لَا يُمْكِنُ الْحُكْمُ بِشَهَادَتِهِمَا سِوَاءِ أَظْهَرَ الْجَرْحِ أَمْ لَا، وَ كَذَا لَوْ عَلِمَ إِسْلَامُهُمَا بَلْ وَ إِيْمَانُهُمَا وَ لَمْ يَعْرِفْ عَدَالَتَهُمَا، فَإِنَّ مَجْرَدَ الْإِيْمَانِ مَعَ عَدَمِ إِحْرَازِ الْفَسْقِ لَا تَكُونُ عَدَالَةً، وَ دَعْوَى أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْمُؤْمِنِ الْعَدَالَةُ لَا أُسَاسَ لَهَا وَ إِنْ قَالَ بِهِ الشَّيْخُ - قَدَّسَ سِرَّهُ - وَ حَكَى عَنِ الْإِسْكَافِيِّ وَ الْمَفِيدِ - قَدَّسَ سِرَّهُمَا. وَ قَدْ يُقَالُ فِي وَجْهِ ذَلِكَ إِنَّ الْإِسْلَامَ وَ الْإِيْمَانَ مَعَ عَدَمِ ظُهُورِ الْفَسْقِ عَدَالَةٌ، أَوْ أَنَّهُ لَا يَشْتَرُطُ فِي قَبُولِ الشَّهَادَةِ الْعَدَالَةَ بَلِ الْمَعْتَبَرُ فِي الشَّاهِدِ الْإِسْلَامَ وَ الْإِيْمَانَ مَعَ عَدَمِ ظُهُورِ الْفَسْقِ، كَمَا هُوَ مُقْتَضَى قَوْلِهِ سَبْحَانَهُ:

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٩٦

شاذة و لو حكم بالظاهر ثم تبين فسقهما وقت الحكم نقض حكمه (١).

وَ اسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ «١»، فَإِنَّ مَدْلُولَهُ كِفَايَةُ الشَّاهِدِينَ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَ آيَةُ النَّبِيَا قَدْ دَلَّتْ عَلَى الْإِغَاءِ خَيْرِ الْفَاسِقِ سِوَاءِ أَوْ كَانَ فِي مَقَامِ الشَّهَادَةِ أَوْ غَيْرِهَا، وَ اسْتَصْحَابِ عَدَمِ الْفَسْقِ يَدْخُلُ الشَّاهِدَ فِي عَمُومِ الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ، لَا يُقَالُ: قَوْلُهُ سَبْحَانَهُ: وَ اسْتَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ «٢» مُقْتَضَاهُ اعْتِبَارَ الْعَدَالَةِ فِي الشَّاهِدِ وَ بِهِ يَقْتَدِرُ الْإِطْلَاقُ فِي الْآيَةِ الْأُولَى، فَإِنَّهُ يُقَالُ: لَا دَلَالَةَ لِلآيَةِ عَلَى كَوْنِهَا مُقْتَدِرَةٌ لِأَنَّ الْوَصْفَ لَا مَفْهُومَ لَهُ.

أقول: لَا يَخْفَى مَا فِيهِ فَإِنَّ صَحِيحَةَ ابْنِ أَبِي يَعْفُورِ الْآيَةِ قَدْ عَلَّقَتْ قَبُولَ الشَّهَادَةِ عَلَى عَدَالَةِ الشَّخْصِ الْمُنْكَشَفَةِ بِحَسَنِ الظَّاهِرِ، كَمَا أَنَّهَا تَنَافَى كَوْنُ الْعَدَالَةِ إِسْلَامَ الشَّخْصِ وَ عَدَمَ ظُهُورِ فَسْقِهِ، كَمَا أَنَّهَا تَنَافَى كَوْنُ الْأَصْلِ فِي الْمُسْلِمِ أَوْ الْمُؤْمِنِ الْعَدَالَةَ، وَ كَذَا غَيْرِهَا مِنَ الرِّوَايَاتِ، وَ حَمَلَ فِعْلَ الْمُسْلِمِ عَلَى الصَّحَّةِ بِمَعْنَى أَنَّهُ لَا يَعْصِي اللَّهَ سَبْحَانَهُ فِيمَا أُمْكِنَ أَمْرٌ آخَرَ وَ لَا يَرْتَبُ بِمَسْأَلَتِهِ تَرْتِيبَ آثَارِ الْعَدَالَةِ عَلَى الْفَاعِلِ، وَ مَا ذَكَرَ - قَدَّسَ سِرَّهُ - مِنَ الرِّوَايَةِ الشَّاذَّةِ سَوْفَ نَتَعَرَّضُ لَهَا فِي بَحْثِ الشَّهَادَاتِ، وَ سَنَذَكُرُ أَنَّهَا مُعَارِضَةٌ بِمَا أَشْرْنَا إِلَيْهَا مِنَ الرِّوَايَاتِ وَ مُوَافِقَةٌ لِلْعَامَّةِ فَتَطْرَحُ.

(١) لعل المراد أنه إذا حكم القاضي في واقعه بشهادة شاهدين قد أحرز عدالتهم بوجه معتبر كما كان في البين بينة بعد التهمة أو باعتقاده عدالتهم الحاصل بالخلطة أو غيرها، ثم بان بعد الحكم فسقهما عند الحاكم، فإنه ينقض حكمه و يتمكن المحكوم عليه من ترك العمل بقضائه، فيحتاج إلى تجديد الدعوى، و الوجه في النقض انكشاف عدم كون الحكم بالبينة العادلة فلا يكون نافذاً،

(١) البقرة: ٢٨٢.

(٢) الطلاق: ٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٩٧

.....

فيلزم إنشاء الإلغاء و إعلانه لثلاث يفوت على المحكوم عليه حق أو يتوجه إليه ضرر.

وقد يناقش في النقض بأنه غير جائز، لأنَّ الحكم كان على موازين القضاء بنظر القاضى حين قضائه، وبتعبير آخر الموضوع لنفوذ حكمه كونه بشهادة رجلين قد أحرز عدالتهما عند حكمه لا العدالة الواقعية، فيكون نظير جواز الاقتداء، حيث إنَّ الموضوع له إحراز عدالة الإمام عند الاقتداء بصلاته لا عدالته الواقعية، ولذا لا يكون انكشاف فسق الإمام موجبا لبطلان صلاة المأموم.

ولكن لا يخفى أنَّ الموضوع للحكم النافذ كونه بالبينه أى بشهادة العدلين، ونظر القاضى وإحرازه طريق إلى ما هو الموضوع لنفوذ حكمه و جوازه، و بانكشاف عدم عدالة الشاهدين يعلم عدم تحقق الحكم النافذ، ودعوى أن العدالة إحرازها شرط لم يعلم لها وجه صحيح، بل الأمر فى الائتمام أيضا كذلك حيث إنَّ الموضوع لجواز الائتمام عدالة الإمام.

وما فى بعض الروايات: «لا تصلَّ إلَّا خلف من تثق بدينه» (١)، لا يدل على كون الموضوع لجواز الائتمام الوثوق بعدالة الإمام، حيث إنَّ ظاهره أخذ الوثوق والعلم ونحوهما فى خطاب الحكم بما هو طريق لا لدخله فى موضوع الحكم، ولا أقل من حمله على ذلك جمعا بين الروايات وعدم إعادة الصلاة بعد انكشاف بطلان الجماعة لحديث لا تعاد، و الرواية الواردة لا تتعدى عن مدلول الحديث. هذا كله فيما إذا انكشف فسق الشاهدين أو أحدهما حال الشهادة، أمّا إذا انكشف طريان الفسق بعد الحكم أو قبله و بعد الشهادة فلا موجب لجواز

(١) الوسائل: ج ٤، الباب ١٠ من أبواب صلاة الجماعة، الحديث ٢: ٣٨٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٩٨

.....

النقض، لأنَّ الحكم كان بالبينه العادلة، وكذا فيما لم يعلم طريان الفسق حال شهادتهما أو بعده، فإنَّ مقتضى الاستصحاب فى عدالتهما حال شهادتهما مقتضاه نفوذ القضاء بشهادتهما، بل يمكن الأخذ بأصالة الصحة فى حكمه كما لا يخفى.

وقد ذكر فى الجواهر أن ما ذكر فيما إذا اتفق العلم للحاكم بفسق الشاهدين، أمّا إذا عثر المحكوم عليه بعد القضاء على جارح الشاهدين و أراد تجديد الدعوى فإنه لا يجوز التجديد فإنَّ جوازه يناقض نفوذ القضاء وفصل الخصومة، ويكشف عن ذلك قولهم بأنه يمهل ثلاثة أيام لو ادعى وجود الجارح، فإنَّ مقتضاه أنه لا يفيد الظفر بالجارح بعد تلك المدّة فيما حكم الحاكم، ولا يوجب دعواه الجارح بعد المدّة توقف الحاكم عن حكمه.

أقول: هذا فيما إذا قيل بأنَّ الإتيان بالجارح وظيفه المحكوم عليه، وإذا لم يأت به وقت الحكم و حكم القاضى فى الواقعة فلا ينقض الحكم، نظير ما إذا حكم فى واقعة بحلف المنكر مع عدم إتيان المدعى بالبينه ثم ظفر بالبينه فإنَّ الظفر عليها لا يفيد بعد الحكم، كما يشهد بذلك بعض الروايات، وكذا فيما إذا قيل بأنَّ الفحص عن الجارح وظيفه الحاكم وقد فحص عنه بالمقدار اللازم.

أمّا إذا ادعى المحكوم عليه ترك القاضى الفحص عن الجارح مع وجوده حال الحكم أو تمكن الحاكم من إحراز حال الشاهدين للشياخ المفيد للعلم بفسقهما فهذا يدخل فيما تقدم من دعوى المحكوم عليه أن الحاكم قد حكم عليه مع فسق الشاهدين أو عدم ثبوت عدالتهما.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٩٩

ولا يجوز التعويل فى الشهادة على حسن الظاهر (١)، و ينبغى أن يكون

(١) حاصله عدم جواز الشهادة بعدالة شخص اعتمادا على حسن ظاهره، بأن لا يرى المعاصر له فى غير خفاياه إلّا الخير و المواظبة على وظائفه الشرعية كالصلاة فى أوقاتها، لأنَّ العدالة كإعسار الشخص يمكن اختلاف خفايا الشخص مع ظاهره، و ربَّ شخص ظاهره

الفقر و فقد المال و باطنه على خلاف ظاهره، و كذا الحال في العدالة خصوصا في ما إذا كان متصديا لبعض ما هو من شؤون العادل، كالإمامة في الصلاة، بل يعتبر في إحراز عدالة الشخص المعرفة المتقدمة بباطنه، بأن يعرف أن باطنه و خفاياه أيضا حسن كظاهره فتكون المعرفة كذلك بطول المعاشرة ليتمكن له إحراز ملكة العدالة، هذا بحسب إحرازها.

و أما بحسب أداء الشهادة بها فتكفي الشهادة بها مطلقاً، أي بلا حاجة إلى تفسير عدالته بأن يصرح له ملكة اجتناب الكبائر التي هي عبارة عن المعاصي الفلانية و انه يترك الإصرار على الصغائر التي هي عبارة عن المعاصي الفلانية، فإن التفسير كذلك لا يحتمل اعتباره لعسره نوعا و ينبغي للحاكم أن يسأل الشاهد بعدالة الشاهد سراً لأن السؤال و أداء الشهادة سراً يجعل الشاهد بالعدالة بعيدا عن التهمة، بأنه يشهد بالعدالة حياء أو خوفا و تقيّة، أو لغير ذلك من الدواعي، هذا كله في التعديل.

و أما الجرح فلا بدّ من تفسيره في مقام أداء الشهادة، لعدم العسر، حيث يكفي في الجرح ذكر سبب واحد للفسق، خلافا للشيخ - قدس سرّه -، حيث اكتفى فيه أيضا بالإطلاق لعدم حاجة معرفة فسق الشخص إلى المعرفة الباطنة المتقدمة لحصول الفسق بفعل واحد و كفاية إحرازه به.

أقول: لا ينبغي التأمل في أن حسن الظاهر طريق معتبر إلى عدالة الشخص، و مع إحراز القاضي حسن ظاهره بالوجدان يقبل شهادته، فيكون

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٠٠

السؤال عن التزكية سراً فإنه أبعد من التهمة و يثبت مطلقاً (١)، و يفتقر إلى المعرفة

قيام البينة بالحسن كعلمه وجدانا بها كما هو ظاهر صحيحه ابن أبي يعفور «١»، و في موثقه سماعه بن مهران عن أبي عبد الله - عليه السلام - «قال: من عامل الناس فلم يظلمهم، و حدّتهم فلم يكذبهم، و وعدهم فلم يخلفهم كان ممن حرمت غيبته و كملت مروته و ظهر عدله و وجبت اخوته»، و لا تنافي بينها و بين الصحيحة لتعدد حسن الظاهر المجعول كل منهما طريقا إلى عدالة الشخص. ثم إنه بما أن حسن الظاهر طريق إلى العدالة فلا يعتبر في صورة العلم بباطن الشخص و كون خفاياه على خلاف ظاهره، كما أنه لا يسقط هذا الطريق عن الاعتبار بالعلم إجمالا بأنه قد صدر عن الشخص في خفاياه بعض الحرام و لو صغيرا في بعض الأوقات. لأنّ مع احتمال التوبة يكون حسن ظاهره معتبرا لاحتمال اصابة حسن الباطن و لو قلنا كما هو الصحيح بأن الصغيرة أيضا بلا توبة كالكبيرة بدونها قادمة في العدالة كما هو غير بعيد، على ما يأتي في بحث العدالة في مباحث الشهادات.

(١) قيل في وجه التفرقة بين التزكية و الجرح باعتبار التفسير في الثاني دون الأول بأن التفسير في الأول يحتاج إلى تعداد الكبائر و الإصرار على الصغائر و الشهادة بالترك بالملكة الحاصلة له و ترك ما ينافي المروءة، و هذا أمر حرجي على المزكي لا يحتمل اعتباره، بخلاف الجرح فإنه يكفي في ثبوته سبب واحد، و لأنّ الاختلاف في كون بعض المعاصي كبيرة أم لا - يوجب بيان السبب ليرى الحاكم إنه موجب للفسق أم لا.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٤١، من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٠١

الباطنة المتقدمة و لا يثبت الجرح إلّا مفسرا، و في الخلاف يثبت مطلقا.

و أورد على ذلك في الجواهر بما حاصله: إن الاختلاف في كون بعض المعاصي كبيرة كما أنها توجب فسق فاعلها عند من يراها كبيرة، كذلك أنها لا تقدح في العدالة مع عدم الإصرار عليها عند من لا يراها كبيرة، و إذا شهد المزكي بالعدالة و احتمل القاضي أن

الشخص يرتكب ما يراه كبيرة مما لا يراه المزكى أنها كبيرة فكيف يقبل شهادته بالعدالة المطلقة و لا يقبل شهادته بالفسق بلا تفسير. ثم قال: الأقوى كفاية الإطلاق في الشهادة بالعدالة و الفسق، لا- لأنّ الحاكم يحرز انّ كلّاً من المزكى و الجارح عارف بالمعاصي الكبيرة و الصغيرة و ما ينافي المروءة و ما لا ينافيها، و إلّا لم يصحّ لهما الشهادة بالعدالة بالفسق و مع إحرازه كذلك لا موجب لسؤاله عنهما التفسير، و ذلك فإنّ الإحراز فيما إذا علم الحاكم بأنّ كلّاً من المزكى و الجارح يعرف أسباب الجرح و التعديل على طبق مذهبه بأن كانا مقلدين للحاكم المزبور أو من يوافقه في الفتوى، بل الوجه في كفاية الإطلاق ما هو معلوم من طريقه الشرع من حمل شهادة المزكى و الجارح على العدل و الفسق الواقعيين، و لو مع اختلاف الاجتهاد في الواقع، نظير سائر الموارد من الشهادة بالملك أو الطهارة أو الزواج و غير ذلك من موارد الشهادة بالمسببات مع وقوع الاختلاف في بعض أسبابها.

و أنكر بعض الأعظم هذا الكلام و ذكر أنّ السيرة على قبول الشهادة بالعدل أو بالفسق أو الملك أو غيرها ممّا وقع الخلاف في أسبابه مطلقاً غير محرز، بل المحرز ثبوتها فيما لا اختلاف في الأسباب أو علم بالقرائن اتفاق المذهبيين. أقول: مقتضى السيرة هو الحمل على الواقع إلّا مع إحراز الاختلاف،

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٠٢

و لا يحتاج الجرح إلى تقادم المعرفة و يكفى العلم بموجب الجرح، و لو اختلف الشهود في الجرح و التعديل قدّم الجرح لأنّه شهادة بما يخفى على الآخرين، و لو تعارضت البيّنات في الجرح و التعديل قال في الخلاف: وقف الحاكم، و لو قيل: يعمل على الجرح كان حسناً (١).

و معه لا يفرق بين التعديل و الجرح.

ثمّ إنّ ظاهر كلماتهم اعتبار البيّنة في التعديل و الجرح. و لكن لا يبعد دعوى اعتبار خبر العدل الواحد، لأنّه طريق معتبر في الأحكام و الموضوعات التي لا يدخل في عنوان الدعوى و بعض الموضوعات التي اعتبر الشارع في ثبوتها طريقاً خاصاً، و لذلك يمكن للحاكم في التعديل و الجرح الاعتماد على الاستصحاب، و لو كانت عدالة المخبر أو الشاهد من قبيل الدعاوى لما أمكن اعتماده عليه فيهما، و أيضاً يشكل التعديل أو الجرح فيما إذا تعارضت البيّنة و خبر العدل، كما هو الحال في تعارض خبر عدل في الأحكام مع خبر عدلين آخرين.

(١) و مراده- قدّس سرّه- إنّ الجرح شهادة بما يخفى على الآخرين و المزكى في الغالب يشهد بأنّه لم ير من الشاهد المعصية و الجارح يشهد بأنّه يراها منه، و لا منافاة بين عدم رؤية شخص و رؤية شخص آخر.

و في الجواهر: أنّه يتم فيما إذا لم يعين الجارح وقت المعصية، و أمّا مع التعيين و شهادة المزكى أنّه كان في ذلك الوقت في المسجد أو غيره من الأمكنة فيقع التعارض لا محالة.

أقول: مع أنّه قد يقدم قول المزكى كما إذا ذكر الجارح أنّه رأى منه المعصية الفلانية و قال المزكى أنّه عدل فعلاً و أنّه لو وقع منه ما ذكرت فقد تاب منه

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٠٣

[التاسعة: لا بأس بتفريق الشهود]

التاسعة: لا بأس بتفريق الشهود (١)، و يستحب فيمن لا قوة عنده.

فعلاً، و لكن مع تعارض ما أخبرا به أيضاً تكون النتيجة تقديم قول الجارح، لأنّه إذا لم تتم البيّنة على المدعى عليه تصل النوبة إلى

استحلافه.

وعن الشيخ - قدس سره - في الخلاف أنه مع اختلاف الشهود في التزكية و الجرح توقف الحاكم عن الحكم، و يأمر المتخاصمين بالمصالحة، و لا يتوجه اليمين إلى المنكر، لاحتمال كون الشهادة بالدعوى بينة و معها لا تصل النوبة إلى اليمين.

و فيه أنه لو تم ذلك لاقتضى التوقف عن الحكم أيضا فيما كان لدعوى المدعى شاهدان لم يثبت عدالتهما لعدم المزكى لهما. و الحلّ إنّ شهادة العدلين أتما تكون بينة فعلا- للحاكم فيما إذا تمكن من إحراز عدالتهما، مع أنه يمكن إحراز عدم عدالتهما بالاستصحاب الجارى في عدم حدوث ملكة العدالة أو حسن الظاهر أو الاستقامة في الدين لهما، لأنّ كلّ ذلك من الأمر الحادث المسبوق بعدم، و لا يعارض باستصحاب عدم حدوث الفسق، حيث أنّ الفسق لا أثر له في المقام، و أنّ الموضوع و المستند لحكم القاضى عدالة الشاهدين كما تقدم.

(١) ذكر في الجواهر أنه لا- يجوز للقاضى تفريق الشهود و السؤال عن كل واحد من غير علم الآخر عن خصوصيات الواقعة التى يشهدون بها ليعلم صدقهم باتفاق كلمتهم أو كذبهم باختلاف قولهم و تشتت كلامهم أو بغير ذلك، و يستحب ذلك في مورد الريبة، كما إذا لم يكن للشاهد قوة عقل بحيث يحتمل تلبس الأمر عليه أو توافق الشهود على الشهادة غلطا، كما يشهد بذلك فعل أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٠٤

.....

دانيال- عليه الصلاة و السلام- في شهود الزنا «١»، و ما فعل داود- عليه الصلاة و السلام- في منكرى قتل صاحبهم و أخذهم ماله «٢»، أضف إلى ذلك قوله سبحانه لنبىه صلى الله عليه و آله و سلم من الأخذ بهداهم بقوله [□]فَبِهْدَاهُمْ أَقْتَدَهُ «٣».

لا يقال: قد نسخت الأحكام الثابتة في الشرائع السابقة بشريعتنا، فاستحباب التفريق في شرعهم لا يقتضى الاستحباب في شريعتنا، فإنه يقال ليس المراد من نسخ الشرائع السابقة بشريعتنا نسخ كل واحد واحد من تلك الأحكام، و لا ينافى الأمر ببعض ما كان في تلك الشرائع. و أيضا يلاحظ المروى من فعل على- عليه السلام- في سبعة خرجوا في سفر و لم يرجع واحد منهم من تفريق الستة الراجعين «٤»، بل يظهر منه أنه يجوز للقاضى التوسل إلى معرفة الحق بكل وسيلة مباحة في نفسها كالتكبير في الناس و نحوها. و في المسالك أنّ التفريق قبل أن تتم البينة في الواقعة و قبل طلب الحكم، كما إذا كان التفريق قبل تزكية الشهود، و إلّا لم يجز ترك الحكم و التفتيش عن الحق حتى في فرض ثبوت الريبة. فإنّ مجرد الريبة لا تمنع عن الحكم بعد تمام مقدمات الحكم و طلب المدعى، و دعوى أنه لا دلالة في البين على وجوب الحكم على القاضى مع ثبوت الريبة و إن طلب المدعى الحكم، كما عن بعض، لا يمكن المساعدة عليها.

و على ذلك فاللازم حمل جواز التفريق و استحبابه في كلام المصنف

(١) الكافي ٧: ٤٢٥، التهذيب ٦: ٣٠٨.

(٢) الكافي ٧: ٣٧٢.

(٣) الأنعام: ٩٠.

(٤) الكافي ٧: ٣١٧، و الوسائل: ١٨، الباب ٢٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢٠٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٠٥

.....

- قدس سره- إلى ما قبل تمام مقدمات الحكم، أو على مقام أداء الشهادة، حيث إن أداء الشهادة تفرقة أحد فردى الأداء، و القاضى مخير بينهما، و يستحب الأداء التفرقة مع ثبوت الرية، انتهى.

أقول: إذا تمت مقدمات الحكم و طلب المدعى القضاء فلا دليل على عدم جواز تأخير القضاء فيما إذا كان فى البين رية إذا احتمال القاضى تدارك المظلمة و العلم بالواقع مع التأخير و تفرقة الشهود و السؤال من كل واحد منهم من غير اطلاع الآخرين، فإن هذا التأخير لا- ينافى القيام بالقسط و الحكم بما أنزل الله، و لا الدليل السابق المذكور على وجوب القضاء حفظاً للأمن و استيفاء حقوق بعض الناس من بعضهم الآخرين.

نعم المنقول من دانيال- عليه السلام- ظاهره تفرقة أهل الدعوى فى سماع دعواهم، و لكن صدر الرواية الواردة فى قضاء على- عليه السلام- فى قضية اليتيم من قبيل تفرقة الشهود، إلا أن الزنا حيث لا يثبت بشهادة النساء منفردة فيمكن أن يكون تفرقة لتوسل إلى الواقع و دفع المظلمة المحتملة من غير أن يكون فى البين تأخير القضاء.

و يستفاد من المروى فى قضية داود- على نبينا و عليه الصلاة و السلام- أنه يجوز للقاضى محاكمة المتهم بنظره لتدارك المظلمة المحتمل وقوعها، و إن لم يكن دعوى من ذى الحق لعدم جزمه بدعواه.

و يقوى هذا الجواز فيما كان فى البين اقتضاء التحفظ على أمر النظام و أمن البلاد، و الله سبحانه هو العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٠٦

[العاشره: لا يشهد الشاهدان بالجرح إلا مع المشاهدة لفعل ما يقدح فى العدالة]

العاشره: لا يشهد الشاهدان بالجرح إلا مع المشاهدة لفعل ما يقدح فى العدالة أو أن يشيع ذلك فى الناس شياعاً موجبا للعلم (١)، و لا يعول على سماع

(١) لا- يخفى أن الفسق كغيره من الأمور يعتبر فى الشهادة به من إحرازه حسياً، و المراد حس المشهود به أو حس ما لا- ينفك عن المشهود به عادة، و لذا تمكن الشهادة بالشىء اعتماداً على الاستفاضه الموجبه للعلم به عادة، حيث لا تنفك هذه الاستفاضه عن ثبوته، بخلاف الشهادة بالشىء اعتماداً على استصحابه أو خبر العدل به و نحو ذلك مما لا يكون حساً بذلك الشىء و لا علماً به عادة، نعم لو كان ذلك الشىء مما يعتبر فيه الخبر به فيمكن الاعتماد على الاخبار به، و قد تقدم أن عدالة الشاهد يعتبر فيه الخبر به و لا يتعين الشهادة به، و لذا يمكن للقاضى الاعتماد على استصحاب عدالة الشاهد، كما يعتمد فى تعديل الرواه و توثيقهم على نقل القدماء من أهل الرجال فى تشخيص حال الرواه.

و دعوى الإجماع على اعتبار الشهادة فى ثبوت العدالة، كما عن جماعة، لا يمكن المساعدة عليها، و كيف تمكن هذه الدعوى مع تصريحهم بجواز اعتماد القاضى على الاستصحاب فى عدالة الشاهد.

نعم يعتبر فى ثبوت الفسق الموجب للحد أو التعزير الشهادة، على ما تقرّر فى بحث الحدود.

ثم إن ما ذكرنا من اعتبار الحس فى الشهادة هو القاعدة الأولى. و قد يقال بجواز الشهادة ببعض الأمور مع عدم الحس بها كالشهادة بالملك اعتماداً على اليد و بالعدالة اعتماداً على حسن الظاهر، و نحو ذلك مما قيل بأن ذلك مقتضى الأدلة الخاصية الواردة فى مواردنا، و يأتى البحث فى بعضها أو جلها فى بحث الشهادات ان شاء الله تعالى.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٠٧

ذلك من الواحد و العشرة لعدم اليقين بخبرهم.

وقد ذكر في الجواهر أنه لا يكفي في الشهادة بالفسق مجرد مشاهدة الفعل المحرم، بل يعتبر العلم بصدوره عنه على وجه المعصية، ولا اعتبار بالظن بصدوره عنه كذلك، ودعوى أن للأفعال ظهورا كالأقوال، فكما يمكن الاعتماد على الظهور في الثاني يعتمد على الظهور في الأول لا يمكن المساعدة عليها، فإن الفعل بما هو ليس له ظهور وإنما يحصل الظهور من بعض المقارنات، فإن أفاد تلك المقارنات العلم فهو، وإلا فلا يجوز الشهادة بالفسق، لأنه من الظن الذي لا يغني عن الحق شيئاً، نعم لا عبرة بالاحتمال الذي لا يعتد به ولا ينافي الجزم في العادة.

أقول: دلالة الفعل كدلالة اللفظ بالإضافة إلى مدلول الفعل إنشاء أو إخباراً بالدلالة العرفية فإعطاء المال الفقير ظاهره تملكه إياه، فيجوز له تملكه الغير مجاناً أو بلا عوض، وأما كون الفاعل ملتفتاً إلى عنوان الفعل حين الارتكاب أو غافل عنه أو أنه كان مكرهاً على ارتكابه أو مضطراً أم لا، فمثل ذلك لا تدخل في دلالة الفعل لا عقلاً ولا عرفاً، فلا بد من إحراز ذلك من الخارج. بقي في المقام أمور:

منها: أن الشاهدين في الواقعة إذا كانا عدلين عند القاضي ولكن اعترف المدعى بفسقهما فهل يجوز للحاكم الحكم بشهادتهما؟ فقد يقال بجوازه فإن ميزان القضاء إحراز القاضي كون شهادتهما بينة والمفروض تحقق ذلك فلا اعتبار بإحراز المدعى أو اعترافه كما لا اعتبار بنظر خصمه، وقد يقال: بأنه لا يصح له الحكم لاعتراف المدعى بعدم الأثر لشهادتهما، حيث إن الاعتبار في القضاء عدالة الشاهدين واقعا، وإحراز القاضي يعتبر طريقاً، لا أنه تمام الموضوع لجواز القضاء.

أقول: إحراز القاضي عدالة الشاهدين وإن كان موضوعاً لجواز القضاء

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٠٨

[الحادية عشرة: و لو ثبت عدالة الشاهد]

الحادية عشرة: و لو ثبت عدالة الشاهد حكم باستمرار عدالته حتى يتبين ما ينافيها، وقيل: إن مضت مدة يمكن تغير حال الشاهد فيها استأنف البحث عنه ولا حد لذلك بل بحسب ما يراه الحاكم.

[الثانية عشرة: ينبغى أن يجمع قضايا كل أسبوع و وثائقه و حججه]

الثانية عشرة: ينبغى أن يجمع قضايا كل أسبوع (١) و وثائقه و حججه و يكتب

بشهادتهما تكليفاً إلا أن المدعى مع عدم إحرازه ثبوت حقه واقعا لا يمكن أن يرتب على قضائه أثر الواقع و القضاء النافذ، فلا يجوز له مطالبة القاضي بحبس المدعى عليه بالدين الذي شهد به الشاهدان، كما يجوز للمدعى عليه الامتناع عن أداء الدين المزبور أخذاً باعتباره فسق الشاهدين و كون القضاء ليس على الموازين.

ومنها: ما ذكره جماعة أنه يجوز للحاكم الحكم مع عدم إحراز عدالة الشاهدين بالاعتماد على تصديق المدعى عليه عدالتهما، لأن اعترافه بعدلتهما اعتراف بثبوت الحكم النافذ بشهادتهما، ويدل على ذلك ما عن تفسير العسكرى - سلام الله عليه - من فعل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم و إقباله على المدعى عليه و سؤاله ما تقول فيهما؟ فإن قال: ما عرفنا إلا خيراً غير أنهما قد غلطا فيما شهدا على أنفذ شهادتهما (١).

ولكن تقدم أن الرواية لا يمكن الاعتماد عليها كما تقدم، وإن نفوذ الحكم فرع جوازه تكليفاً و إذا لم يحرز القاضي عدالة الشاهدين بوجه معتبر فلا يجوز له القضاء تكليفاً ليكون ذلك الحكم نافذاً على المدعى عليه باعتباره أو بدونه.

(١) المراد من جمع قضايا كل أسبوع جمعها في الكتابة و ضبطها في ديوان الحكم بأن يكتب و لو بأمره كاتبه كل واحد من الوقائع المرفوعة إليه و أربابها

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٠٩

عليها، فإذا اجتمع ما لشهر كتب عليه قضاء شهر كذا، فإذا اجتمع ما لسنة جمعه

بأسمائهم و حكمه فيها، و أنه قد حكم في الواقعة الفلانية بكذا بالبينة الفلانية أو بإقرار المدعى عليه أو بيمين المنكر أو اليمين المردودة، ثم يجمعها و يكتب عليها أنها قضايا القاضى فلان بن فلان في أسبوع كذا من شهر كذا و من سنة كذا. و إذا جمع قضايا الشهر يكتب عليها إنها قضايا فلان بن فلان في شهر كذا من سنة كذا، و إذا جمع قضايا الشهور يكتب عليها أنها قضايا القاضى فلان بن فلان في سنة كذا، كل ذلك لتسهيل المراجعة إلى الواقعة المرفوعة إليه و حكمه فيها عند الحاجة منه أو من غيره، يعنى القاضى الذى يجىء من بعده، فإن الكتابة و إن لم تكن من شرط القضاء و نفوذه، إلا أنها من آدابه و مستحباته، لأن بها نوع سعى فى حوائج الناس و تحفظ على حقوقهم.

بل لا يبعد و جوبها إذا طلبها ولي الأمر الذى نصبه للقضاء رعايه للأمن و حقوق الناس، و مع عدم الأمر يستظهر مطلوبيتها و استحبابها من معتبرة عقبه ابن خالد عن أبى عبد الله - عليه السلام - حيث سأل - عليه السلام - غيلان بن جامع قال:

«كيف تقضى يا غيلان؟ فأجاب: أكتب هذا ما قضى به فلان بن فلان لفلان بن فلان يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا ثم أطره فى الدواوين، قال: قلت: هذا هو الحتم من القضاء» (١). بل يستظهر من قوله سبحانه إذ ﴿تَدَايْتُمْ بِدِينِ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَ لِيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ الْآيَةَ (٢)﴾، بدعوى أن القضاء أولى بالتحفظ عليه من الدين، و إذا كانت كتابة الدين للتحفظ مطلوبه فهى فى أمر القضاء أولى.

(١) الكافى ٧: ٤٢٩.

(٢) البقرة: ٢٨٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١١٠

و كتب عليه قضاء سنة كذا.

هذا بالإضافة إلى الكتابة للإيداع فى الديوان، و أما إذا طلب المحكوم له كتابته لتكون حجة عنده فلا دليل على وجوب الإجابة، حتى فيما إذا بذل الملتمس المال، و ان نسب و جوبها إلى الأشهر، إلا أنه لا دليل عليه فضلا عن وجوبها مجانا، و التمسك فى ذلك بقوله تعالى ﴿وَ لَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ (١)﴾ لا يمكن المساعدة عليه، فإن الوجوب فى مورد الآية غير ثابت فضلا عن التعدى عنه إلى المقام، حيث إن الكتابة ليست شرطا فى الدين و لا واجبا فيه.

نعم إذا توقف وصول المحكوم له إلى حقه عليها، كما إذا نصب ولى الأمر لانفاذ القضاء شخصا آخر لا يعلم الحق إلا بالكتابة أو شرط عليه فى الإنفاذ كتابة القاضى لزم الكتابة، و هذا أمر آخر، و يجوز للقاضى أخذ الأجرة على الكتابة كما تقدم سابقا، و الوجه فى اللزوم أن القضاء بغير إنفاذه لا يثمر فى أمن البلاد و استيفاء بعض الناس حقوقهم من بعضهم الآخر و لكن الواجب الكتابة لا إعطاء القرطاس و المداد و نحوه.

نظير ما يقال من أن الواجب هو تكفين الميت لا إعطاء الكفن فإنه مقتضى قاعدة نفي الضرر، وأيضا الواجب نفس الكتابة لا الكتابة مجانا، وقد ذكرنا في بحث أخذ الأجرة على الواجبات أن مجرد وجوب فعل على مكلف لا يمنع عن أخذه الأجرة عليه ممن يستفيد من ذلك الفعل، بل المانع عدم المالية لذلك الفعل أو إلغاء الشارع المالية بإيجابه على المكلف مجانا، حيث يدخل بذلك أخذ الأجرة عليه في أكل المال بالباطل.

(١) البقرة: ٢٨٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١١١

[الثالثة عشرة: كل موضع وجب على الحاكم فيه كتابة المحضر]

الثالثة عشرة: كل موضع وجب على الحاكم فيه كتابة المحضر فإن حمل له من بيت المال ما يصرفه في ذلك وجب عليه الكتابة، وكذا ان أحضر الملتمس ذلك من خاصته ولا يجب على الحاكم دفع القرطاس من خاصته.

[الرابعة عشرة: يكره للحاكم أن يعنت الشهود إذا كانوا من ذوى البصائر والأذهان القوية]

الرابعة عشرة: يكره للحاكم أن يعنت الشهود (١) إذا كانوا من ذوى البصائر والأذهان القوية مثل أن يفترق بينهم، لأن في ذلك غضاضة لهم، ويستحب ذلك في موضع الريبة.

[الخامسة عشرة: لا يجوز للحاكم أن يتعنت الشاهد]

الخامسة عشرة: لا يجوز للحاكم أن يتعنت الشاهد (٢)، وهو أن يداخله في

(١) الاعنات: إدخال المشقة والأمر الشاق ولو بملاحظة حال الشخص، كما لو كان الشاهدان من أهل البصيرة والذهن والقوى، فيكون التفريق بينهما في مقام أداء الشهادة والاستفسار والاستقصاء من خصوصيات المشهود به، بحيث يوهم كون شهادتهما مورد الريبة مكروها، بخلاف ما إذا كان الشاهد في شهادته مورد الريبة، فإن التفريق والسؤال عن خصوصيات المشهود به مرغوب إليه كما تقدم.

(٢) حاصله أنه لا يجوز للحاكم أن يتعنت الشاهد بأن يتداخل أثناء شهادة الشاهد بكلام ليتكلم به في شهادته، أو يعرض عما يريد التكلم به، أو يتكلم الحاكم بكلام عند تمام شهادته ليجعله الشاهد تنمة لشهادته، كل ذلك بقصد إيقاع الشاهد وهدايته إلى شهادة تنفع المدعى أو تضره، ولو بأن تكون مسموعة أو مردودة.

وعن المسالك عدم الفرق في عدم جواز ذلك بين كون الشاهد مريدا للتكلم به في ضمن شهادته أو تعقيبها به أم لا، وقرره في الجواهر فيما كان قصد الحاكم من مداخلته ما ذكر من انتفاع المدعى أو تضرره وكون شهادته مسموعة أو مردودة، وأضاف إليه عدم الفرق فيما ذكر بين مداخله القاضى وغيره سوى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١١٢

التلفظ بالشهادة أو يعقبه بل يكف عنه حتى ينتهى ما عنده وان يتردد ولو تردد في الشهادة لم يجز له ترغيبه في الاقدام على الإقامة و لا- ترهيده في إقامتها، وكذا لا يجوز إيقاف عزم الغريم عن الإقرار لأنه ظلم لغريمه، ويجوز ذلك في حقوق الله فإن الرسول صلى

اللّٰه عليه وآله و سلّم قال لما عز عند اعترافه بالزنا: لعلك قبلتها لعلك لمستها، و هو تعريض بإيثار الاستتار.

الخصم حيث يجوز له المداخلة.

و الوجه في عدم الجواز أنّ في المداخلة المزبورة تضييع حق و ترويج باطل و نحوهما ممّا هو معلوم حرمة من غير الحاكم فضلا عن الحاكم.

نعم إذا لم يكن في المداخلة المزبورة تضييع حق أو ترويج باطل أو غيرهما من الحرام بل كان من الإعانة على إبراز مقصده و نحو ذلك فيشكل الحكم بحرمة و الأصل الجواز.

و أيضا لو تردد الشاهد أثناء شهادته لم يجز للحاكم ترغيبه في الشهادة بإقامتها أو إكمالها، كما لا يجوز ترهيدته في الشهادة و إيقاعه في الشك في المشهود به بعد كونه جازما بالشهادة به.

و الوجه في عدم الجواز بأنّ الأوّل أمر بالمنكر، حيث لا يجوز الشهادة مع التردد، و في الثاني نهى عن المعروف أى إقامة الشهادة، و لا يختص هذا بالشاهد، بل لا يجوز إيقاف الخصم عن إقراره بحق المدعى فإنّه ظلم لغريمه، نعم يجوز هذا الإيقاف في حدود اللّٰه،

كما يظهر ذلك ممّا فعله النبي صلّى اللّٰه عليه و آله و سلّم في قضية ماعز عند اعترافه بالزنا: «لعلك قبلتها» (١) على المروى فيها.

أقول: يظهر ذلك من صحيحة مالك بن عطية و غيرها أيضا من المرويات في الحدود.

(١) سنن البيهقي ٨: ٢٢٦، نيل الأوطار ٧: ١٠٤، باب استفسار المقر بالزنا.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١١٣

[السادسة عشرة: يكره أن يضيّف أحد الخصمين]

السادسة عشرة: يكره أن يضيّف أحد الخصمين دون صاحبه (١).

[السابعة عشرة: الرشوة حرام]

السابعة عشرة: الرشوة حرام (٢) على أخذها و يأثم الدافع لها إن توصل بها إلى الحكم له بالباطل و لو كان إلى حق لم يأثم، و يجب على المرتشى إعادة الرشوة إلى صاحبها و لو تلفت قبل وصولها إليه ضمنها له.

و ما ذكر من عدم جواز الترغيب في إقامتها فيما إذا لم يحرز الحاكم إنّه عالم بالحق و الواقع و إنّه كان حاضرا في الواقعة و إنّ تردده في إقامتها بسبب تردده في بعض الخصوصيات التي لا دخل لها في ثبوت الموضوع كزمان الواقعة و مكانها فالأظهر في مثل ذلك جواز الترغيب، فإنّه داخل في الأمر بالمعروف، و كذا يجوز ترهيدته فيما إذا احتمل أنّ إقامتها لعدم التفاته فعلا بما يجب على الشاهد رعايته كالعلم بالواقعة بالحسّ خصوصا إذا كان الترهيد قبل إقامتها، فإنّ هذا الترهيد غير داخل في النهي عن المعروف.

(١) يكره للقاضي أن يضيّف أحد الخصمين دون صاحبه، لما في ذلك تهمة ميل القاضي إليه. و في معتبرة السكوني: «إنّ رجلا نزل

بأمير المؤمنين - عليه السلام - فمكث عنده أيّاما ثمّ تقدم إليه في خصومة لم يذكرها له، فقال له: أخصم أنت؟

قال: نعم، قال: تحوّل عنا فإنّ رسول اللّٰه نهى أن يضاف الخصم إلّا و معه خصمه» (١)، و مناسبة الحكم و الموضوع مقتضاها الكراهة،

لأنّ الضيافة المزبورة لا دخل لها في الخصومة و القضاء إلّا نحو إيهام الميل إليه كما لا يخفى.

(٢) قد تكلمنا في المكاسب المحرمة في حكم الرشا في الحكم، بالإضافة إلى الراشى و المرتشى تكليفا و في حكمه وضعاً و بيان مصاديقه، و كذا في حكم الهدية للقاضي، و لا حاجة إلى إعادته في المقام.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من آداب القاضي، الحديث ٢: ١٥٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١١٤

[الثامنة عشرة: إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم]

الثامنة عشرة: إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم أحضره (١) إذا كان حاضراً، سواء كان حرّ المدعى دعواه أو لم يحضرها، و أمّا لو كان غائباً لم يعده الحاكم حتى يحضر دعواه، و الفرق لزوم المشقة في الثاني و عدمها في الأول، هذا

(١) و حاصله أنّه إذا طلب أحد الخصمين من القاضي إحضار خصمه مجلس الحكم و كان ذلك الخصم حاضراً في البلد لزم على الحاكم الإجابة بإحضاره، بلا فرق بين التماسه قبل تحرير دعواه أو بعده، و بلا فرق بين كون خصمه من ذوى الشرف و المروآت و عدمه، و بلا فرق بين كون الإحضار بكتابة يدفعا إلى المدعى أو إلى غيره من أعوانه أو أعوان الحكومة، و مع امتناعه عن الحضور استعان بهم على إحضاره، كل ذلك مقتضى إطلاق كلامه - قدس سرّه - و ادعى على وجوب الإجابة لالتماس الخصم و لو قبل تحرير الدعوى في صورة كون الخصم حاضراً في البلد الإجماع، و ان خالف الإسكافي فيما إذا كان الخصم من أهل الشرف و المروات. و أمّا إذا لم يكن الخصم حاضراً في البلد فلا يجب على الحاكم أن يعده أى أن يمهل للحضور إلماً مع تحرير الدعوى و وجدان القاضي دعواه مسموعة، و الفرق بين حاضر البلد و الغائب عنه تيسر الحضور في الحاضر و عدم تيسره في الغائب.

و الإحضار بعد تحرير الدعوى يختص بما إذا كان الغائب في موضع يدخل في ولاية القاضي و لم يكن فيه للقاضي خليفة، و لو كان فيه خليفة له يقال تسمع القاضي بينه المدعى إن كانت، و أرسل إلى خليفته أن يحكم في واقعتها. و إن لم يكن ذلك البلد داخلاً في ولايته حكم في الواقعة مع غياب الخصم ان كانت للمدعى بينه كما سيأتى في القضاء على الغائب، و إن رضى المدعى بالحضور إلى ذلك البلد ليحكم القاضي في ذلك البلد بينهما أرجع الواقعة إلى أسس القضاء و الشهادة، ص: ١١٥

إذا كان في بعض مواضع ولايته و ليس له هناك خليفة يحكم، و إن كان في غير ولايته أثبت الحكم عليه بالحجة و إن كان غائباً، و لو ادعى على امرأة فإن كانت برزة فهي كالرجل، و إن كانت مخدرة بعث إليها من يثق به في الحكم بينها و بين غريمها.

ذلك الحاكم.

هذا كله فيما إذا كان الخصم رجلاً أمّا إذا كانت امرأة فإن كانت برزة يعنى من النساء التي من عاداتهن البروز لحوائجهن و حضور مجالس الرجال فهي كالرجل فيما ذكر، و أمّا إذا كانت مخدرة تمتنع من الخروج إلى حوائجها من غير ضرورة و لا تخرج إلى مجالس الرجال بعث إليها من يثق به ليحكم بينها و بين غريمها.

أقول: لا موجب على القاضي في توجيه الطلب إلى الخصم بالحضور مجلس الحكم قبل تحرير المدعى دعواه من غير فرق بين حضور الخصم و غيابه، لأنّه ما دام لم يثبت كون دعواه مسموعة لا يثبت للمدعى حقّ الدعوى و من الظاهر أنّ تيسر الحضور و عدمه لا يوجب الحق في الأول دون الثاني، مع أنّه ربّما يكون الحضور للمخاصمة أمراً صعباً و حرجياً للخصم، كما إذا كان من أهل المروءة و معروفاً بعدم اعتدائه على الناس في حقوقهم و أموالهم، و لذا قيل إنّه لا يوجه إليه الطلب.

نعم لو علم القاضى بأن دعوى المدعى مسموعة بقريته حاله يمكن دعوى لزوم إحضار خصمه مع إمكانه سواء أ كان حاضرا فى البلد أم غائبا عنه، كما أنه لا فرق بين المرأة و الرجل، حيث يمكن للمرأة المخدرة أو الرجل الذى من أهل المروة و الشرف التوكيل فى المخاصمة.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١١٦

.....

ثم إن ثبوت ما ذكر فى حق القاضى المنسوب بالنصب الخاص، أما من يحكم فى الواقعة المرفوعة إليه بالنصب العام فوجوب الإجابة له عند طلب الخصم منه إحضار خصمه مع تمكنه عليه لا يخلو من قوة، بناء على ما تقدم من وجوب القيام بأمر بالقضاء بين الناس و فصل الخصومة بينهم، و استيفاء حقوق بعضهم من بعض، و الله سبحانه هو العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١١٧

[النظر الثالث: فى كيفية الحكم]

إشارة

النظر الثالث:

فى كيفية الحكم

[و فيه مقاصد]

إشارة

و فيه مقاصد:

[المقصد الأول: فى وظائف الحاكم]

إشارة

المقصد الأول: فى وظائف الحاكم، و هى سبع:

[الأولى: التسوية بين الخصمين]

الأولى: التسوية بين الخصمين (١) فى السلام و الجلوس و النظر و الكلام

(١) ذكر- قدس سره- أنه يجب على القاضى التسوية بين الخصمين فى السلام بدءا أو ردًا، و الجلوس بأن يجلسهما فى مكان لا يعدّ مكان أحدهما أعلى المجلس و الآخر أسفله، بل مقتضى عبارته أنّهما لو جلسا كذلك كلفهما بالجلوس سواء، كما هو ظاهر التسوية

بينهما اللزامة رعايتها على القاضى، و يدخل فيها التسوية فى النظر إليهما بأن لا يختص نظره إلى أحدهما أو يكون أكثر منه إلى الآخر، و فى الكلام معهما سواء أ كان الكلام راجعا إلى المشاجرة أم غيرها، و فى الإنصات و الاستماع إليهما عند تكلمهما، كما يجب على القاضى العدل فى الحكم بينهما.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١١٨

و الإنصات و العدل فى الحكم، و لا تجب التسوية فى الميل بالقلب لتعذره غالبا، هذا

أقول: العدل فى الحكم بينهما ممّا لا ينبغي التأمل فى اعتباره لقوله سبحانه:

وَ إِذِ انبأ حَكْمَتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ «١»، و لكن لا يعرف من العدل فى الحكم إلّا الحكم على موازين القضاء و ترك الجور فيه و إلّا يكون الحكم باطلا غير نافذ.

أمّا غيره من التسوية فى السلام و الجلوس و النظر و الكلام و الإنصات فوجوبها منسوب إلى الصدوقين و إلى الأشهر أو المشهور بين المتأخرين بل مطلقا، كما يجد الناظر فى كلمات الأصحاب، و يستدل على ذلك بمعتبرة السكونى عن أبى عبد الله - عليه السلام -: «قال: قال أمير المؤمنين - عليه السلام -: من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم فى الإشارة و فى النظر و فى المجلس» «٢». و قد تقدمت معتبرته فى إضافة أحد الخصمين «٣»، و لعل ما ذكر فى المعتبرة من باب المثال و المراد التسوية بينهم و لو فى غير ذلك من كيفية المعاشرة و الإكرام، لثلا يتوهم أحدهما ميل القاضى إلى الآخر، و أنه يقضى له و لو بالجور عليه، كما يظهر ذلك ممّا ورد فى خبر سلمة بن كهيل من قول على - عليه السلام - لشريح: «ثم واس بين المسلمين بوجهك و منطقتك و مجلسك حتى لا يطمع قريبك فى حيفك و لا يياس عدوك من عدلك» «٤».

و الظاهر أنّ الإيهام المزبور حكمه فى رعاية التسوية، فيعم لزومها حتى ما إذا عرف القاضى بأنه لا يعدل عن الحق و الحكم على موازين القضاء حتى مع أقرب الناس إليه، و أيضا يختص التسوية بما إذا كان المتخاصمان مسلمين، و لو كان

(١) النساء: ٥٨.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب آداب القاضى، الحديث ١: ١٥٧.

(٣) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب آداب القاضى، الحديث ٢: ١٥٧.

(٤) الوسائل: ج ١٨، الباب ١ من أبواب آداب القاضى، الحديث ١: ١٥٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١١٩

كله مع التساوى فى الإسلام أو الكفر، و لو كان أحدهما مسلما جاز أن يكون الذمى قائما و المسلم قاعدا أو أعلى منزلا.

أحدهما مسلما فلا يجب رعايتها، نعم يتعين الحكم بالعدل و عدم الجور لما تقدم و عدم رعاية التسوية لعدم كون الكافر أهلا للإكرام و لا يكون مساويا للمؤمن، و فى المروى عن على - عليه السلام -: «أنه جلس فى جنب شريح فى حكومة له مع يهودى فى درع و قال: لو كان خصمى مسلما لجلست معه بين يديك و لكن قد سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقول: لا- تساوؤهم فى المجلس» «١».

كما أنّ التسوية تختص بالأفعال و لا تعم الميل القلبى بأن لا يحب أن يكون الحق و الحكم على طبق موازين القضاء لصالح فلان من المتخاصمين و أن يظهر التسوية بالإضافة إلى ذلك أيضا من صحيحة أبى حمزة الثمالى عن أبى جعفر - عليه السلام - فى حكاية قاض فى بنى إسرائيل «٢».

و الوجه في عدم الوجوب كون التكليف في التسوية في الميل القلبي أمرا حرجيا و شاقا، و لا- يمكن أن يعتمد على الصحيحة في الحكم بلزوم التسوية في الميل القلبي بالإضافة إلينا بل غايتها ثبوت ذلك في بني إسرائيل، و تصدى الإمام- عليه السلام- لنقلها لا يدل على بقاء ذلك الحكم بحده بل يكفي بقاء أصل مطلوبيتها و قد كان في بني إسرائيل من التكاليف الشاقة و ليكن هذا منها خصوصا بملاحظة قوله سبحانه مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ «٣».

و المتحصل أن الموجب لهلاك القاضى ميله عن موازين القضاء في حكمه.

و في معتبرة السكونى عن أبى عبد الله- عليه السلام- «قال: قال أمير المؤمنين- عليه السلام-:

(١) المغنى لابن قدامة ١١: ٤٤٤.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٩ من أبواب آداب القاضى، الحديث ١: ١٦٤.

(٣) الحج: ٧٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٢٠

[الثانية: لا يجوز أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه]

الثانية: لا يجوز أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه (١) و لا أن يهديه لوجه الحجاج، لأن ذلك يفتح باب المنازعة و قد نصب لسدها.

يد الله فوق رأس الحاكم ترفرف بالرحمة، فإذا حاف و كله الله على نفسه «١»، بناء على أن المراد بالحاكم القاضى أو ما يعمله، بل يكفي في ذلك قوله سبحانه كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ و لَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَىٰ آلَا تَعْدِلُوا «٢».

و لكن الإنصاف أن التسوية في الجلوس و النظر و الكلام و الإنصات و غير ذلك من حسن المعاشرة من الآداب المستحبة للقاضى، كما نقل ذلك عن الديلمى و العلامة و غيرهما، و لا يتعين رعايتها، لأن الظاهر أن الأمر بها لدفع إيهام أحد المتخاصمين إنّه يراعى جانب الآخر و يعدل عن الحكم بالحق، و هذا ليس من الملاك الملزم، خصوصا بعد ما علم المتخاصمان من القاضى العدل في حكمه، و أنّه لا يعدل عن القضاء بموازينه في أى قضية ترفع إليه.

(١) ذكر- قدس سره- أنّه لا يجوز للقاضى أن يلقن أحد الخصمين ما يضر خصمه بأن يلقنه ما يكون موجبا لسماع دعواه، كما إذا قال المدعى إن له بيد خصمه مالا فسكت قال له الحاكم لا بدّ من أنك رأيت المال المزبور و تتمكن من توصيفه و تعيينه و الداعى له إلى هذا القول تلقين المدعى أن يضم تعيين المال إلى دعواه، ليتمكن سماعها، أو يلقن أحد الخصمين طريق الاحتجاج، كأن يقول لمن يريد إنكار الدين عليه بدعوى الأداء: أنك ما اقترضت من مدعى المال عليك بداعى تلقينه أن له مع علمه بفرغ ذمته إنكار أصل الاقتراض لجواز الكذب فيما إذا توقف عليه دفع الضرر و لو كان ماليا، و الوجه في عدم الجواز أن القاضى جعل

(١) المائدة: ٨.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٩ من أبواب آداب القاضى، الحديث ١: ١٦٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٢١

[الثالثة: إذا سكت الخصمان استحب أن يقول لهما تكلما أو ليتكلم المدعى]

الثالثة: إذا سكت الخصمان استحب أن يقول لهما تكلما (١) أو ليتكلم المدعى، و لو أحسّ منهما باحتشامه أمر من يقول ذلك. و يكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لما يتضمن من إيحاش الآخر.

لسد المنازعة، و تلقينه في الأول فتح لبابها، كما أن تلقينه طريق الاحتجاج إضرار أو فيه ضرر لخصمه فإن مقتضى الاستصحاب بقاء الدين على عهده مدعى الأداء.

أقول: تلقينه طريق الاحتجاج لا يجوز فيما إذا لم يحرز القاضى صدق مدعى الأداء، أما مع علمه بالتلقين المزبور اعانته للمظلوم و انتصار له، و ما قيل من أنه مع إحراز الصدق لا يحتاج إلى التلقين فإن للحاكم أن يحكم بعلمه يدفعه إمكان المانع عن حكمه من غير إنكار المنكر، فيكون تلقينه طريق الاحتجاج مقدمة لإيصال الحق إلى صاحبه.

و أيضا تلقينه ما يصحح دعوى المدعى لم يعلم عدم جوازه فإن التلقين المزبور و إن يوجب فتح باب المرافعة، و لكن مجرد ذلك ليس مانعا عن جوازه، لأن القاضى جعل لفصل المنازعة لا لسدها، كما لا يخفى.

(١) ذكر - قدس سره - أنه إذا سكت الخصمان الحاضران مجلس القضاء استحب للقاضى أن يوجه إليهما الخطاب بقوله تكلما أو ليتكلم المدعى منكما، و لو أحسّ القاضى إن الخصمين قد دخلاهما الخجل و الاستحياء من القاضى، يقول لمن يقول لهما تكلما أو ليتكلم المدعى منكما، و يكره للقاضى أن يوجه خطابه إلى أحدهما بقوله تكلم، لأن توجيه الخطاب إلى أحدهما بخصوصه إدخال الآخر في الوحشة.

أقول: لم يعلم الوجه في ترتب أمره لمن يقول لهما ذلك على إحساسه بأن
أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٢٢

[الرابعة: إذا ترفع الخصمان و كان الحكم واضحا لزمه القضاء]

الرابعة: إذا ترفع الخصمان و كان الحكم واضحا لزمه القضاء و يستحب ترغيبهما في الصلح (١) فإن أبا إله المنازعة حكم بينهما.

سكوتهما لاحتمامه. و لعل توجيه الخطاب إليهما داخل في عنوان المعاشرة بالمعروف، و يستحب بذلك العنوان، و لكن قوله - قدس سره -: و يكره توجيه الخطاب إلى أحدهما ينافي ما سبق من وجوب التسوية بين الخصمين في الكلام و دعوى استثناء ذلك من العموم المزبور كما ترى! و كيف ما كان فقد تقدم عدم الدليل على عدم الجواز فيكون توجيهه إلى أحدهما تركا للاستصحاب.

(١) يستحب للقاضى دعوة المتخاصمين قبل الحكم للصلح بينهما، لأنه داخل في الأمر بالمعروف، بل الصلح و الإصلاح في نفسه أمر مستحب، و في صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «لأن أصلح بين اثنين أحب إلي من أن أتصدق بدينارين» (١)، و يمكن أن يستظهر ذلك من قوله سبحانه:

وَلَا تَجْعَلُوا لِلَّهِ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَتَتَّقُوا وَتُصَلِّحُوا بَيْنَ النَّاسِ (٢)، و إذا سئل المدعى المنازعة حكم بينهما على ما تقدم من وجوب القضاء و فصل الخصومة بين الناس.

و إذا أشكل الحكم بينهما لعدم إحراز القاضى المدعى من المنكر في الواقعة أو عدم تشخيصه الكبرى فيما كان منشأ اختلافهما الاختلاف في الكبرى فلا يجوز له الحكم، لأنه من القضاء بغير علم، فيؤخر القضاء في الواقعة إلى وضوح الحكم و خروج قضائه عن

القضاء بغير علم و عن كونه قضاء بغير موازينه.

(١) الوسائل: ج ١٣، الباب ١ من أحكام الصلح، الحديث ١: ١٦٢.

(٢) البقرة: ٢٢٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٢٣

[الخامسة: إذا ورد الخصوم مترتبين بدأ بالأول فالأول]

الخامسة: إذا ورد الخصوم مترتبين بدأ بالأول فالأول (١)، فإن وردوا جميعا قيل:

يقرع بينهم، و قيل: يكتب أسماء المدعين و لا يحتاج إلى ذكر الخصوم، و قيل: يذكرهم أيضا لتحصير الحكومة معه و ليس معتمدا، و يجعلها تحت ساتر ثم يخرج رقعة رقعة و يستدعى صاحبها، و قيل: إنما يكتب أسماءهم مع تعسر القرعة بالكثرة.

(١) قيل إن البدء بالأول لكونه أحقّ بالسبق، و على ذلك فإن كان السابق واحدا تعين و ان لم يحرز السابق أو وردوا جميعا يقرع بينهم بكتابة اسم كل واحد منهم في رقعة و جمع القاضى تلك الرقع تحت الساتر و يخرج واحدا واحدا و إذا خرج اسم واحد أجرى الحكم بينه و بين خصمه، بعد سماع دعواه و مطالبته القضاء بينهما، و لا يحتاج إلى كتابة أسماء الخصوم مع أصحاب الدعوى لأنّ القضاء و مطالبته حق للمدعى.

و قيل بذكر الخصوم معهم لتحضروا مع أصحاب الدعوى للحكم، و لكنه ضعيف لما تقدم من عدم كونهم أهل الحق ليخرج الحق لهم بالقرعة، و ربما قيل: إن كتابة أسماء المدعين كما ذكر بعد تعذر القرعة أو تعسره لكثرة المدعين و إلّا يقرع بينهم بما هو المعروف من وضع الرقاع في بنادق من طين و نحوه و سترها، و لكن لا يخفى إن كلالا- النحوين من القرعة فيما بينهم، فلا- يتوقف اختيار كتابة الأسماء كما ذكر على تعذر الأول أو تعسره.

نعم الكلام في تعين أصل القرعة و عدم تخير القاضى في اختيار الأول، فالأول فيما وردوا جميعا، بل مع ورودهم مترتبين، فإنّ الورود أولا- لا- يوجب الحق الملزم للسابق حتى تجب القرعة لإخراجه و ما تقدم من لزوم التسوية على تقدير القول به لا ينافى التخير في المقام، فإنها بالإضافة إلى المتخاصمين في واقعة لا بين الخصم في واقعة و بين خصم للآخر في واقعة أخرى، و هذا فيما إذا لم يشترط على القاضى في نوبته تقديم السابق، و إلّا فعليه رعايته مع إحراز السابق، و الله سبحانه هو العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٢٤

[السادسة: إذا قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم يسمع]

السادسة: إذا قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم يسمع (١) حتى يجيب عن الدعوى و تنتهى الحكومة ثم يستأنف هو.

(١) إذا قطع الخصم دعوى خصمه بدعوى أخرى لا تسمع منه حتى يجيب عن الدعوى و يحكم القاضى فيها. و كذا إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى، بمعنى أنه لا- تسمع دعوى خصمه حتى يجيب عن تلك الدعوى بالإنكار أو بالافتقار أو بغيرهما و يحكم القاضى فيها، و كلّ ذلك بملاحظة ان السابق و المبادر بطرح دعواه لسبقه في دعواه أحقّ بالقضاء بناء على ما تقدم من كون

ذلك موجبا للحق الملزم ولا يبعد كون ذلك من الأدب إلا إذا احتمل القاضى الارتباط بين الدعويين، بحيث يظهر من الاستماع إلى الثانية الحال فى بعض الخصوصيات فى الدعوى الأولى.

ولو ابتدرا معا فالذى على يمين خصمه أولى بالدعوى، وقد حكى على ذلك الإجماع عن السيد و الشيخ - قدس سرهما - و يستدل على ذلك بخبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر - عليه السلام - «قضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن يقدم صاحب اليمين فى المجلس بالكلام» (١)، و صحیحة عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: «إذا تقدمت مع خصم إلى وال أو إلى قاض فكن عن يمينه» (٢).

ولكن لا يخفى أن الخير لضعف سنده و عدم تمام دلالته لا يمكن الاعتماد عليه، فإنّ سند الصدوق - قدس سره - إلى محمد بن مسلم فيه على بن أحمد بن عبد الله عن أبيه، و ابن الجنيد و ان روى الخبر عن كتاب الحسن بن محبوب و لكن سنده إلى كتابه غير معلوم لنا، مع أن المراد بصاحب اليمين من كان جالسا يمين خصمه لا يمين القاضى غير ظاهر.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٥ من أبواب آداب القاضى، الحديث ٢: ١٦٠.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٥ من أبواب آداب القاضى، الحديث ١: ١٦٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٢٥

[السابعة: إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى]

السابعة: إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى، و لو ابتدرا بالدعوى سمع من الذى عن يمين صاحبه، و لو اتفق مسافر و حاضر فهما سواء (١) ما لم يستضرّ أحدهما بالتأخر، فيقدم دفعا للضرر، و يكره للحاكم أن يشفع فى إسقاط حق أو إبطال (٢).

أمّا صحیحة عبد الله بن سنان فلا- دلالة لها على حكم طرح الدعوى و أحقيته صاحب اليمين فى طرحها، لأنّ المحتمل أن يكون الجلوس بيمين الخصم مستحبا فى نفسه، و لذا ذكر فى الوسائل عنوان الباب: استحباب القيام عن يمين الخصم و يستحب للقاضى أن يقدم الذى عن يمين خصمه بالكلام، و أمّا دعوى الإجماع فيظهر الحال فيها بمراجعة كلمات الأصحاب، و عدم كونه على تقديره مدرکيا.

(١) يعنى إذا كان أحد المدعين حاضرا و الآخر مسافرا، فلا يكون المسافر أحقّ بالقضاء بينه و بين خصمه من الحاضر، فيقرع بينهما فى سماع الدعوى ما لم يكن تأخير المسافر مضرا بحاله، و إلاّ يقدم.

وقيل: ان تضرر المسافر لا يوجب سقوط حق الحاضر، كما فى الازدحام على سائر الحقوق المشتركة، و يجب بأنّ التخيير فى المقام حق القاضى و ترجيحه، و مع عدم المرجح الشرعى يرجع إلى القرعة فى حق تخييره و لزوم الضرر على أحدهما دون الآخر مرجح شرعى فى حق تخييره، و مثل المسافر المرأة التى تضرر بالتأخير عن بيتها.

ولكن لا يخفى أن لزوم الممانعة عن تضرر الآخر مطلقا غير محرر.

(٢) ذكر - قدس سره - أنه يكره للقاضى الشفاعة إلى أحد الخصمين فى إسقاط حقه بعد ثبوته بحكمه أو إبطاله حقه فى الدعوى على خصمه قبل حكمه، و يستدل على ذلك بما عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم حيث سأله أسامة حاجة لبعض من خاصمه

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٢٦

[المقصد الثاني: في مسائل متعلقة بالدعوى]

إشارة

المقصد الثاني: في مسائل متعلقة بالدعوى، و هي خمس:

[الأولى: قال الشيخ لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهولة]

الأولى: قال الشيخ لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهولة (١)، مثل أن يدعى

إليه فقال: «يا أسامة لا تسألني حاجة إذا جلست مجلس القضاء فإنَّ الحقوق ليس فيها شفاعاً» (١).

وعلى ذلك فقد يترأى التنافي بين ذلك وبين ما تقدم من أنه يستحب للقاضي ترغيب المتخاصمين في الصلح الموجب للإغماض عن بعض الحق، وربما يجمع بينهما بجعل الصلح أمراً متوسطاً بين الإسقاط وعدمه أو ترغيبهما في الصلح ببعث القاضي شخصاً في ترغيبهما، أو كون الترغيب إلى الصلح مستثنى من الحكم المزبور لكون الصلح أمراً مرغوباً إليه وكون إصلاح ذات البين أفضل من الصدقة، خصوصاً فيما كان الترغيب قبل ثبوت الحق، حيث إنَّ ظاهر الرواية مع ضعف طريقه الشفاعه بعد ثبوته كما لا يخفى.

(١) المحكى عن الشيخ وأبي الصلاح وبنى حمزة وزهرة وإدريس والعلامة في التحرير والتذكرة لا تسمع الدعوى فيما إذا كان المدعى به مجهولاً لم يعينه المدعى أو لم يصفه بما يرفع جهالته، كما إذا ادعى أن له على الآخر فرساً أو ثوباً من غير ذكر خصوصياته وأوصافه، وعلل ذلك بعدم الفائدة في سماعها، حتى فيما لو أقر به خصمه، حيث لا يمكن أخذ المعترف بشيء معين.

وأورد على ذلك بأنهم ذكروا سماع الإقرار بالمجهول، ويكلف المعترف بالتفسير، فإن فسره بشيء تعين أخذه به لنفوذ إقراره على نفسه، ومع عدم تفسيره يؤخذ بما يصدق عليه عنوان المدعى به، وعلى ذلك فاللازم سماع دعوى المدعى

(١) المستدرک: ج ١٧، الباب ١١ من أبواب القاضى، الحديث ٢: ٣٥٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٢٧

فرساً أو ثوباً و يقبل الإقرار بالمجهول و يلزم تفسيره، و فى الأول إشكال، و أمّا لو كانت الدعوى وصية سمعت و إن كانت مجهولة لأن الوصية بالمجهول جائزة،

لإمكان اعتراف خصمه به، فيلزم لسماع الإقرار بالمجهول سماع الدعوى المجهولة.

و دعوى الفرق بين الإقرار بالمجهول و الدعوى المجهولة حيث إنه لو لم يسمع الإقرار بالمجهول لأدى ذلك فى بعض الأحيان إلى رجوع المعترف عن اعترافه، و فيه ذهب حق الغير، بخلاف الدعوى المجهولة، فإن إلزامه بالتفسير لا يوجب رفع يده عن دعواه أو ذهب حق الغير عليه، و لكن لا يخفى ما فيها، حيث إنَّ المدعى قد لا يتمكن من تفسير دعواه و تعيين المدعى به لنسيانه، فعدم سماع دعواه يوجب رفع يده عنها، و ان يضع حقه على الغير.

وقال بعض: أنه لو كانت الجهالة فى الدعوى بحيث توجب خروج ما يذكره عن عنوان الدعوى على الغير فى بعض احتمالاتها فلا تسمع، إلما مع رفعه ذلك الاحتمال. و إذا قال إنه ألتف على ثوبا و احتمال كونه ممّا لا مالیه له فلا تسمع دعواه، بخلاف ما إذا قال

أُتلف على ثوبا من أموالى، و قال بعض آخر: أنه لو كان المدعى به من القيميات و فرض تلفه فيعتبر فى سماع دعواه تعيين القيمة التى يدعيها على خصمه، و إن كان مثليا فيعتبر تعيين أوصافه بما يعتبر فى بيعه سلفا و لا يعتبر تعيين القيمة و إن كان من الأثمان فيعتبر جنسه و وصفه و نقده و قدره.

قال فى الدروس تبعا للشيخ - قدس سره -: لا يعتبر فى بيع شىء بثمن تعيين نقده لانصرافه إلى نقد البلد بخلاف الدعوى فإنه يعتبر فى سماعها تعيين النقد لأن الدعوى اخبار عن الماضى فيحتمل النقود المختلفة بخلاف البيع حيث أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٢٨

و لا بد من إيراد الدعوى بصيغة الجزم (١) فلو قال: أظن أو أتوهم لم يسمع، و كان

إنه إنشاء و إيجاب فى الحال ينصرف إطلاقه إلى نقد البلد، و أما دعوى الوصية فإنها تسمع و ان كانت الوصية المدعى بها لم تعين لصحة الوصية بالمجهول.

أقول: لا يعتبر فى سماع الدعوى ارتفاع الجهالة عنها، بل لو كانت الدعوى بحيث مع إقرار الخصم يلزم بالتفسير، و مع اعتذاره عن التفسير بالنسيان و نحوه يلزم بما يصدق عليه عنوان المدعى به، كان هذا كافيا كما تقدم، و لا دليل على اعتبار الأزيد من ذلك، و مما ذكر يظهر وجه المناقشة فيما ذكره فى الدروس و لا حاجة إلى الإعادة.

(١) ذكروا فى سماع الدعوى بالزام الخصم بالجواب كون دعواه جازمة، فلا تسمع فيما كانت على وجه التردد أو الظن، كما إذا قال: احتمل أو أظن أن لى عند زيد أو عليه مالا، و يقال فى وجه اعتبار الجزم تارة بعدم صدق الدعوى بدونه.

فإنها الإخبار الجازم، و أخرى بأن من لازم الدعوى شرعا أنه إذا رد المنكر اليمين على المدعى أو نكل أن يتمكن من الحلف عليها. و لكن لا يخفى ما فى الاستدلال بهما، فإن صدق المنازعة و المخاصمة، بل صدق الدعوى فى موارد الاتهام ظاهر، و جواز رد الحلف أو الرد بالنكول يثبت فى غير موارد الجزم أيضا، غاية الأمر لا يجوز للمدعى فى تلك الموارد الحلف بحقه لعدم علمه، فيلزم إيقاف الدعوى أو سقوطها كما يأتى.

نعم قد يستدل على عدم سماع الدعوى مع عدم الجزم بوجه آخر، و هو: أن الامارة أو الأصل الجارى فى الواقعة عند القاضى يعتبر فى حق المدعى المزبور أيضا لفرض عدم علمه بالواقع، و مقتضى الاعتبار فى حقه أيضا عدم جواز إلزام خصمه بشىء.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٢٩

بعض من عاصرناه يسمعونها فى التهمة و يحلف المنكر، و هو بعيد عن شبه الدعوى.

و لكن هذا الاستدلال لا يوجب عدم سماع دعواه فيما إذا كان فى البين بينه، أو يحتمل أن يعترف بحقه لو كان خصمه ملزما بالجواب لاحتماله علمه بالواقع و ثبوت حقه. اللهم إلا أن يقال إن مع البينة بحقه تكون دعواه جازمة لأنها علم بالواقع، و أما مع عدمها فاحتماله علم خصمه بحقه على تقديره لا يفيد شيئا فى سماع دعواه حيث ان الامارة أو الأصل حجة لعدم ثبوت الحق له ليطالب به الآخر أو يدعى عليه.

نعم لا- يجوز لمن لا- جزم له بحقه و لكن كان مقتضى الأصل المعتبر ثبوت حقه أن يوجه الدعوى إلى غريمه اعتمادا عليه، كما إذا استدان منه آخر و شك فى أنه أدى ما عليه من الدين أم لا فيجوز له الأخذ باستصحاب بقاء الدين على عهده و يوجه إليه الطلب بالوفاء، فالقول بعدم سماع الدعوى على الغير فى هذه الصورة بلا وجه، و كذا ما كان له عند غيره مالا فاحتمل عدم رده عليه و نحو ذلك، و على الجملة فالقول باعتبار الجزم فى سماع الدعوى على الإطلاق لا يمكن المساعدة عليه.

ثم إنه لا- يجوز له فى موارد عدم سماع الدعوى بغير جزم إبراز الدعوى بصورة الجزم فإن الاخبار عن جزم يدخل فى الكذب، و

التورية لا- تنفعه مع عدم حزمه، فلو علم القاضى أنه غير جازم فى دعواه و أنه أبرزها بصورة الجزم فلا يرتب عليه أثرا، نعم مع عدم علمه بذلك يكون ظاهر قوله معتبرا فى كونها على نحو الجزم كان كاذبا أو موريا، و هذا بخلاف موارد الدعوى اعتمادا على الأصل المعتبر، فإنه يجوز فيها الدعوى بنحو الجزم مع كون مفاد الأصل التعبد بالعلم.

و قد يقال: انّ عدم سماع الدعوى مع عدم الجزم يختص بما إذا كان من يدعى عليه مأمونا، و أمّا إذا كان متّهما فتسمع الدعوى فى موارد الاتهام، كما فى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٣٠

[الثانية: قال: إذا كان المدعى به من الأثمان افتقر إلى ذكر جنسه و وصفه و نقده]

الثانية: قال: إذا كان المدعى به من الأثمان افتقر إلى ذكر جنسه و وصفه و نقده، و إن كان عرضا مثليا ضبطه بالصفات و لم يفتقر إلى ذكر قيمته و ذكر القيمة

دعوى القتل و السرقة و نحوهما فيما كان المدعى عليه غير مأمون، و عن بعضهم تخصيص السماع فى المال الذى يكون بيد المدعى عليه للعمل فيه للمدعى أو استيفائه منه حقه أو بوجه العارية و الوديعة، فإنّ صاحب المال إذا اتهمه بالخيانة بإمساك المال أو إتلافه أو الإفراط و التفريط فيه و كان متهما غير مأمون تسمع دعواه، و إن لم يكن اتهامه على نحو الجزم.

أقول: مدلول الروايات التى وردت فى ضمان الأجير غير المأمون لا يرتبط بسماع الدعوى، بل مفادها أنّ الأجير ضامن لما تلف بيده، إلّا إذا أقام بينه أنه لم يحصل منه إفراط و تفريط و إتلاف من غير توقف الضمان على حلف المالك. و هذا الحكم و ان التزم به جماعة و لم يلتزم به الأكثر بل المشهور ببعض الروايات الظاهرة فى خلافه، إلّا أنه على كل تقدير خارج عن البحث فى المقام.

بقى فى المقام أمر، و هو أنه إذا تردد المدعى عليه بين اثنين أو أكثر كما إذا قال: قتل ابنى أحد هذين، أو سرق أحدهما مالى، أو أنّ أحدهما مديون لى، فهل على القاضى سماع الدعوى بمطالبتهما بالجواب أو أنه يعتبر فى سماعها تعيين المدعى عليه؟

فقد يقال بعدم السماع لعدم وجوب الجواب على كل منهما لعدم توجه الدعوى إليه بل لعدم فائدة الجواب لو قال كل منهما نعم واحد منّا كذلك، حيث إنّ الإقرار كذلك لا يوجب على المقر شيئا، فإنه ليس من الإقرار على النفس، بل الإقرار المزبور جامع بين الشهادة على الغير و الإقرار على النفس، بل لو كان للمدعى بينه على دعواه، و شهدت تلك البيّنة بالحق من غير تعيين من عليه الحق لا- تفيد شيئا، إذ البيّنة لا تزيد على علم القاضى بالحال و أنه لا يمكن له الحكم على أحدهما بذلك العلم الإجمالى إلّا فى موارد خاصة، كتقسيم الديّة عليهما أخذا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٣١

أحوط، و إن لم يكن مثليا فلا بدّ من ذكر القيمة و فى الكل إشكال ينشأ من مساواة الدعوى بالإقرار.

بما ورد فى الميت يوجد بين أهل قرية و نحوها.

و يظهر من المحقق فى باب القصاص السماع فى مثل دعوى القتل، قال:

و لو قال قتله أحد هذين سمع، إذ لا ضرر فى إحلافهما و لو أقامت بينه سمعت لإثبات اللوث. و فى المسالك: الوجه فى سماع هذه الدعوى عدم تضررها بإحلافهما بخلاف عدم سماع الدعوى، حيث إنّ المدعى يتضرر بذهاب حقه لاختفاء القاتل قتله غالبا حتى لا يدعى عليه غالبا، و كذلك غير القتل من السرقة و الخيانة و الإتلاف فإنه فى أمثال هذه تسمع الدعوى على المرّد بخلاف دعوى

القرض و البيع و نحوهما ممّا لا يكون في الغالب إلّا ظاهراً فإنّه لا تسمع في هذه الموارد الدعوى على المرّد و احتمال السماع حيث أنّ الإنسان عرضة للنسيان و لا يتوجّه من سماع الدعوى ضرر على المدعى عليهم و لا يثبت بالبينة بالمرّد الحق على أحدهم بل يثبت اللوث يعنى التهمة و يتعين من عليه الحق بالحلف.

أقول: لو ثبت أنّ مع ثبوت الحق على المرّد بين محصورين يقسّط ذلك الحق عليهم أو يخرج من عليه الحق بالقرعة تسمع الدعوى على المرّد، حيث يثبت التقسيط أو الإخراج بالقرعة بإقرارهم، و كذا مع نكولهما أو ردهما اليمين على المدعى، و أمّا إذا لم يثبت التقسيط و الإخراج بالقرعة كما هو كذلك بالإضافة إلى التقسيط في غير مورد القتل، و كذا الإخراج بالقرعة لو لم تتم دعوى استفادته من بعض ما ورد فيها، بل من الآية المباركة الواردة في قضية يونس - على نبينا و آله و عليه الصلاة و السلام. فمقتضى الأصل من ناحية عدم ثبوته على كل واحد منهما أو منهم كما ذكروا في مثل الجنابة المرّدة بين شخصين عدم مطالبه أى منهما أو منهم بشيء.

لا يقال: لا يجرى في المقام الأصل في ناحية عدم الاشتغال في حق كل واحد لكون جريانه كذلك ضرر على المدعى، فكما أنّ حديث نفى الضرر ينفي

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٣٢

[الثالثة: إذا تمت الدعوى هل يطالب المدعى عليه بالجواب أو يتوقف ذلك على التماس المدعى؟]

الثالثة: إذا تمت الدعوى هل يطالب المدعى عليه بالجواب أو يتوقف ذلك على التماس المدعى؟ فيه تردد (١) و الوجه أنّه يتوقف لأنّه حق له فيقف على المطالبة.

الأحكام الواقعية عند كونها ضرورية كذلك تنفى الأحكام الظاهرية الموجبة للضرر، و بتعبير آخر حكومة قاعدة نفيه على حدّ سواء بالإضافة إلى الأحكام المجعولة واقعية كانت أو ظاهريّة.

فإنّه يقال: لو سلم ذلك فمن المقرّر في محلّه أنّه لا حكومة لقاعدة نفى الضرر في موارد تعارض الضررين الموجب لعدم كون الرفع امتناناً و المقام منه، فإنّه كما أنّ في جريان الاستصحاب في حقّ كل منهما ضرراً على المدعى فرفع الاستصحاب أيضاً فيه ضرر على المدعى عليهم.

و ممّا ذكرنا يظهر الحال في سماع الدعوى مع التردد في صاحب الحق، كما لو ادعى اثنان أنّ لأحدهما على فلان حقّ كذا، و أنّه بناء على التقسيط أو الإخراج بالقرعة تسمع الدعوى، بل السماع في الفرض أظهر، حيث يمكن أن يوكل أحدهما الآخر في الدعوى عليه، و مع هذا التوكيل يمكن للتوكيل توجيه الدعوى الجازمة إليه، غاية الأمر مع استيفاء الحق باعترافه أو بنكوله أو برده اليمين يقسط ذلك الحق لهما، أو يخرج صاحبه بالقرعة، و الله سبحانه هو العالم.

(١) ذكر - قدس سرّه - أنّه إذا تمت الدعوى من المدعى فهل على القاضى أن يطالب المدعى عليه بالجواب أو أنّ مطالبته يتوقف على التماس المدعى، ففي ذلك تردد، فإنّ الشيخ - قدس سرّه - حكى عنه قولان، و لكن الوجه أنّه يتوقف على التماسه فإنّ الجواب يرجع إلى حق المدعى فيتوقف على مطالبته.

و ذكر في الجواهر: أنّ الأوجه خلاف ذلك، و أنّ مطالبته الحاكم لا يتوقف على التماس المدعى للأصل، و أنّ الجواب حق للحاكم فإنّه المكلف على فصل الخصومة المتوقف على المطالبة بالجواب.

و عن الشهيد الثانى وجه آخر لعدم التوقف و هو قيام القرينة الحالية على

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٣٣

[الرابعة: لو ادعى أحد الرعية على القاضى]

الرابعة: لو ادعى أحد الرعية 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 (١).

مطالبة المدعى و إرادته الجواب؛ إذ الإنسان لا يحضر بخصمه مجلس الحكم إلا لإرادته فصل الخصومة المتوقف على سماع القاضى جواب خصمه، و أورد فى الجواهر فى هذا الوجه بأن مقتضاه توقف المطالبة بالالتماس و لو كان ذلك الالتماس بشاهد الحال. أقول: إن كان المراد بالأصل الأصل العملى فلا ينبغى التأمل فى أن مقتضاه عدم وجوب مطالبة المدعى عليه بالجواب عند التماس المدعى حيث إن الوجوب فى الفرض محرز و مع عدم التماسه مدفوع بأصالة البراءة. و إن كان المراد منه الإطلاق فى مثل قوله سبحانه كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ «١» فقد تقدم أن وجوب القضاء على القاضى مشروط بمطالبتة منه، و لا- يجب عليه إحضار المتخاصمين من غير مراجعتهم إليه أو التماس المدعى القضاء، و على ذلك فمع مطالبة القضاء فعلى القاضى أن يطالب خصمه بالجواب التماس المدعى أو لم يلتمس.

(١) حاصله أنه إذا كان لأحد الرعية دعوى مال أو حق على القاضى تسمع تلك الدعوى على القاضى كما تسمع دعوى أحد الرعية على مثله، كما يشهد بذلك ما نقل عن على - عليه السلام - من حضوره مع خصمه عند شريح، و ثبوت منصب القضاء لا ينافى ما ثبت فى الشرع من كون البينة على المدعى و اليمين على من ادعى عليه. و على ذلك فإن كان فى البين أمام رفع الرعية المزبورة المحاكمة إليه، و إن لم

(١) النساء: ١٣٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٣٤

[الخامسة: يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدي الحاكم]

الخامسة: يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدي الحاكم (١) و لو قاما بين يديه كان جائزا.

يكن الإمام فى تناول يده، و كان المدعى فى غير ولاية خصمه رفع دعواه إلى قاضى ذلك البلد و يجب على القاضى المخاصم الحضور إلى ذلك القاضى و لو بوكيله، أما إذا كان المدعى فى بلد خصمه رفع دعواه إلى خليفه خصمه، و لو طالب المدعى خصمه بالحضور إلى غير خليفته من قاضى بلد آخر لم يجب عليه الإجابة، لأن قضاء خليفته نافذ فى حقهما لخروج الخليفة عن طرف المخاصمة، كما أنه ليس و كيلا عن القاضى ليجرى عليه حكم موكله، كما يشهد بذلك حضور على - عليه السلام - مع خصمه عند شريح.

أقول: قد تقدم إن تعيين القاضى للمدعى، حيث إنه صاحب الدعوى، فله إثبات حقه بأى طريق و عليه لو كان للقاضى المدعى عليه خليفه فله طرح دعواه عند قاضى بلد آخر، و يجب على القاضى المدعى عليه الحضور عنده مع عدم كونه ضروريا أو حرجيا، و يكون

قضائه نافذا في حقهما، وإن فرض نصب ذلك القاضى لأهل ذلك البلد لأن المراد بالأهل من حلّ فيه. وإن كان وطنه غيره، كما في المسافرين، و يجرى ذلك في اختلاف أحد رعيه مع مثله، و لا فرق فيما ذكر بين كون الدعوى على القاضى المال و غيره من الحق أو القضاء عليه بالجور بما يوجب ضمانه و لو من بيت المال، و قد تقدم الكلام في ذلك آنفا.

(١) قيل: إنّ الجلوس كذلك يوافق الأدب فيستحب، كما أنّه لو قاما بين يديه جاز، لأنّه ليس في القيام بين يديه ما ينافى كرامه القاضى، و ربّما يؤيد الجلوس بين يديه بالمروى عن على - عليه السلام - في قضية مخاصمته مع اليهودى و جلوسه بجنب شريح: «لو كان خصمى مسلما لجلست معه بين يديك» «١»، و النقل ضعيف كما تقدم، و لذا يصلح للتأييد.

(١) المغنى لابن قدامة: ١١ / ٤٤٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٣٥

[المقصد الثالث: في جواب المدعى عليه]

إشارة

المقصد الثالث: في جواب المدعى عليه.

[و هو إما إقرار أو إنكار أو سكوت]

إشارة

و هو إما إقرار أو إنكار أو سكوت (١).

[أما الإقرار]

أما الإقرار: فيلزمه (٢) إذا كان جائز التصرف.

(١) إدخال السكوت في جواب المدعى عليه لا يخلو عن المسامحة، و لذا ذكر أنّ المراد بالجواب ما يصدر عن المدعى عليه بعد الدعوى عليه فإنّ الجواب بهذا المعنى يطلق على السكوت أو أنّ السكوت مع الإصرار عليه يجعل المدعى عليه ناكلا فيردّ معه اليمين على المدعى، فالسكوت مع الإصرار عليه كالإنكار و كأنه بمنزلة الجواب بالإنكار و ترك اليمين.

أقول: إطلاق الجواب على السكوت لا يخرج عن المسامحة و كونه مع الإصرار عليه كالإنكار و النكول عن اليمين يدخله في الإنكار حكما فيكون إطلاق الجواب عليه بالعناية، و أيضا لا ينحصر الجواب بما ذكر، بل يمكن أن يجيب بلا أدري و سيأتى الكلام فيه فيما أجاب به فلا وجه لحذفه عن أقسام الجواب، اللهمّ إلا أن يقال المهم في المقام الجواب المترتب عليه الأثر و الجواب بلا أدري لا أثر له كما يأتى.

(٢) ذكر - قدس سرّه - أنه إذا أجاب الخصم بالإقرار بالمدعى به يثبت الدعوى به، فيما إذا كان المقرّ واجد لشرائط نفوذ الإقرار. و يبقى الكلام في أنه يجوز الحكم في الواقعة بمجرد سماع الحاكم إقرار المدعى عليه أو يتوقف على التماس المدعى، قيل و القائل

الشيخ- قدس سره- في المبسوط عدم جواز الحكم إلّا بعد مطالبة المدعى لأنّ الحكم حق للمدعى فيتوقف على مطالبته. أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٣٦
.....

أقول: ينبغي التكلّم في المقام في جهات: نفوذ إقرار المدعى عليه و الحاجة بعد الإقرار إلى حكم الحاكم و ما يترتب على الحكم بعده.

أمّا الجهة الأولى: فلا ينبغي التأمّل في نفوذ إقرار الشخص على نفسه إذا كان المعترف على الأوصاف المعترّبة فيه المذكورة في باب الإقرار، كما يشهد بذلك استقرار السيرة العقلانية على أخذ المقر على نفسه باعترافه من غير ثبوت الردع، بل المنقول عن النبي صلى الله عليه و آله و سلّم قوله: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» «١»، و قد ورد في الروايات المتفرقة في أبواب مختلفة ما يشهد على نفوذ اعتراف الشخص على نفسه، كالتى وردت فيمن أقرّ بارتكابه موجب الحد، و كالتى وردت في اعتراف بعض الورثة بالوصية للغير، و ما ورد في عدم سماع الإقرار مع الإكراه على المقرّ، و ما ورد في عدم سماع شهادة الفاسق إلّا على نفسه إلى غير ذلك. و أمّا الجهة الثانية فقد يقال في المقام: بأنّ ثبوت الحق بالإقرار لا يتوقف على حاكم الحاكم، و أنّه إذا كانت العين بيد المقرّ فيجوز له أخذها من يده بمجرد اعترافه، كما أنّه لو كان من قبيل الدين فيجوز له المطالبة به بخلاف البيّنة فإنّ اعتبارها بالإضافة إلى الحاكم خاصة لأنّ المدعى عالم بحقّه كما هو فرض دعواه و خصمه منكر لحقه و لما يشهد به البيّنة و لو بادعائه خطأ الشاهدين، و بتعبير آخر البيّنة بنفسها لا ترفع الخصومة بين الخصمين بخلاف اعتراف الخصم، فإنّ مع الاعتراف لا خصومة ليحتاج فصلها إلى الحكم. أقول: ربّما يكون جواب الخصم اعترافا بالحق بنظر القاضى و لا يلتفت إليه المدعى، و ربّما يكون اعترافه مع عدم الشرائط أو بعضها بنظر القاضى، و ربّما

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب الإقرار، الحديث ٢: ١٣٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٣٧

و هل يحكم به عليه من دون مسألة المدعى (١)؟ قيل: لا لأنّه حق له فلا يستوفى إلّا بمسألته.

يدعى المعترف أنّ اعترافه كان بنحو الاشتباه فيمتنع عن إيصال حق المدعى إليه فالقطع لكل ذلك يكون بحكم الحاكم، كما أنّه إذا حكم الحاكم في الواقع يكون حكمه نافذا حتى بالإضافة إلى السائرين ممّن لم يعلموا بإقرار الخصم للمدعى. و ممّا ذكرنا يظهر الحال في صحّة حكم الحاكم و نفوذه حتى فيما إذا اعترف الخصم بالدين عليه و أداه إلى المدعى بعد اعترافه و قبل حكم الحاكم، لأنّ حكم الحاكم بالدين و أنّه أداه قاطع لنشوب المنازعة و المخاصمة بينهما بعد ذلك و لو بدعوى أنّ الاعتراف و الدفع وقع منه خطأ.

أمّا الكلام في الجهة الثالثة: فقد تقدم أنّ المترتب على قضاء القاضى إنهاء المخاصمة، ثمّ إنّ للقاضى أن يتصدى بعد القضاء لتنفيذه إذا وجد المدعى عليه ممتنعا عن العمل بمقتضاه، لأنّ هذا داخل في الأمور الحسبية التي من شؤون الفقيه إذا تمكن عليه، كما هو الحال في القاضى المنسوب بالنصب الخاص، بل يظهر من بعض الروايات أنّ التنفيذ يدخل في شؤون القاضى بأن يتصدى لبيع مال المديون الممتنع في أداء دينه و نحو ذلك على نحو ما يأتي.

نعم لو كان في البين من هو منصوب ممّن له ولاية شرعية لاستيفاء الحقوق و تنفيذ قضاء القاضى لم يكن للقاضى التصدى للتنفيذ، بل عليه إيصال قضائه في الواقعة إليه و لو بالكتابة كما تقدم.

(١) لم يثبت أن الحكم في الواقعة بعد رفعها إلى القاضى للحكم حق للمدعى، بأن لا يجوز ولا ينفذ قبل مسألته، بل مقتضى ما ورد في ميزان القضاء جواز الحكم بعد تمامه، فيعمه ما دلّ على نفوذه من غير فرق بين تمام الميزان أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٣٨

و صورة الحكم أن يقول: ألزمتك أو قضيت عليك أو ادفع إليه ماله (١).
و لو التمس أن يكتب له بالإقرار لم يكتب حتى يعلم اسمه و نسبه أو يشهد

بالإقرار النافذ أو غيره من تمام البيّنة التي أقامها المدعى بدعواه أو استحلاف المدعى عليه، كما إذا لم يقيم بيّنة على دعواه. و على الجملة جواز الحكم يترتب على تمام ميزانه بعد رفع الواقعة إليه للحكم فيها، سواء أ كان المنتفع بالحكم المزبور هو المدعى أو المدعى عليه، و كما أن الحكم مع انتفاع المدعى عليه أو عدم انتفاعه من حق المدعى عليه كذلك الحال بالإضافة إلى المدعى. (١) قد ذكرنا سابقا الفرق بين الفتوى و القضاء، و أن الإفتاء هو تعيين المجتهد الكبرى الشرعية المجعولة المستفاد بنظره من مدارك الأحكام، فيعتبر هذا التعيين بالإضافة إلى العامى على ما هو المقرر فى باب الاجتهاد و التقليد، و يكون تطبيقها على موارد يده. و أن القضاء - سواء أ كانت المخاصمة فى الواقعة الخارجية ناشئة عن الاختلاف فى تعيين الكبرى الشرعية كما إذا اختلفت الزوجة مع سائر الورثة فى إرثها من العقار بأن قالت: إنها ترث منها، و أنكر ذلك سائر الورثة، أم كانت ناشئة عن الاختلاف فى تحقق الموضوع أو المتعلق كما فى دعوى امرأة أنها زوجة أبيهم المتوفى و نفيم كونها زوجته - هو تعيين الحكم الجزئى فى الواقعة، سواء أ كان بتطبيق الكبرى الكلية المجعولة فى الشرع بتلك الواقعة أم بتعيين الموضوع و المتعلق لتمام المثبت أو النافى لهما بقصد إنهاء الخلاف و قطع الخصومة.

و الظاهر عدم الفرق بين أن يكون إنشاء الحكم الجزئى بالتلفظ أو بالكتابة و كان إنشاؤه بالدلالة المطابقة أو الالتزامية، و كذا الحكم بتحقيق الموضوع أو المتعلق بقصد انائها.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٣٩

شاهدا عدل (١)، و لو شهد عليه بالحلية جاز و لم يفتقر إلى معرفة النسب و اكتفى بذكر حليته.
و لو ادعى الإعسار (٢) كشف عن حاله فإن استبان فقره أنظره و فى تسليمه

(١) يظهر ممّا تقدم الحال فى كتابة القاضى حكمه بعد إنشائه أو كتابة إقرار المعترف بوجه، حيث ذكرنا أن الكتابة بعد الحكم لا تدخل فى القضاء، و لكن إذا توقف تنفيذه على كتابته أو التمس بها المحكوم له حتى لا- يتمكن خصمه من تجديد المخاصمة بدعوى عدم القضاء و أراد القاضى كتابته مباشرة أو تسبباً فعليه أن يكتب بنحو يؤمن من التزوير بأن يكتب فيها اسم المقر و نسبه و كذا فى كتابة الحكم فيكتب: أن فلان بن فلان قد اعترف عندى بكذا، و يشهد على اسمه و نسبه شاهدا عدل و لو عيّن القاضى المقر مع عدم معرفته باسمه و نسبه و عدم قيام شاهدى عدل بوصفه المميز له عن غيره، بنحو لا يمكن الاشتباه عادة كفى، كأن يكتب أنه اعترف عندى من يكون عينه اليسرى مقلوعه و لونه أسود و رجله اليمنى مقطوعة بكذا و كذا لفلان بن فلان. كل ذلك للأمن من التزوير أو خوف تجديد المخاصمة.

و قد تقدم أيضاً أن الكتابة و لو فى مورد توقف إنهاء المخاصمة خارجاً و تنفيذها عليها لا يمنع عن أخذ الأجره عليها، لأن مجرد الوجوب لا يمنع عن أخذ الأجره، نعم إذا كان القاضى منصوباً و اشترط عليه كتابة القضاء أو أمر بها ولى الأمر لزم رعاية الشرط و الأمر.

(٢) ثم إن الموسر إذا امتنع عن أداء ما عليه بعد الحكم أجبر عليه، و مع مماطلته أو إصراره على الامتناع فالمذكور فى كلام جملة من

الأصحاب جواز عقوبته بالتغليظ عليه في القول، و لو التمس غريمه حبسه حبس، بل ادعى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٤٠

إلى غرمائه ليستعملوه أو يؤاجروه روايتان أشهرهما الانظار حتى يوسر، و هل يحبس

بعضهم عدم الخلاف في ذلك.

و لعل الظاهر منهم ان للحاكم التخيير بين حبسه و تصديده للأداء من ماله، و لكن في موثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه: «أن علياً- عليه السلام- كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص فإن أبي فيقسم بينهم» (١)، و في بعض النسخ «كان يحبس الرجل إذا التوى» و لعله الصحيح، فالمتيقن من صورة تصديده الأداء عدم إمكان إجباره و لو بالحبس و التغليظ له و حبسه لمماطلته و منعه عن المنكر و إلزامه بأداء ما عليه من مال الغير.

و لو ادعى الإعسار فقد ذكر الماتن- قدس سره- أنه كشف الحاكم حاله، فإن ظهر فقده المال أمهله، و لا يجوز مع ظهور فقره تسليمه إلى غريمه ليستعمله بإزاء الدين أو يوجره و لو مع مطالبته بهذا التسليم، و أن يظهر ذلك و لو مع عدم المطالبة من روايته إلا أن الأشهر هو الانظار.

و لعل الأخذ برواية الانظار لموافقها الكتاب المجيد قال الله سبحانه و إن كان ذو عسيرة فنظره إلى ميسرة (٢)، و في موثقة 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 مالا» (٣)، و في معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي- عليه السلام-: «ان امرأة استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها و كان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه و قال «إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا» (٤).

و لكن مع ذلك عن الشيخ في النهاية أنه يدفع إلى غرمائه ليوجروه أو

(١) الوسائل: ج ١٣، الباب ٦ من أبواب الحجر، الحديث ١: ١٤٧.

(٢) البقرة: ٢٨٠.

(٣) الوسائل: ج ١٣، الباب ٧ من أبواب الحجر، الحديث ١: ١٤٨.

(٤) الوسائل: ج ١٣، الباب ٧ من أبواب الحجر، الحديث ٢: ١٤٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٤١

حتى يتبين حاله؟ فيه تفصيل ذكر في باب المفلس.

يستعملوه، لمعتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه «أن علياً- عليه السلام- كان يحبس في الدين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم أجروه، و إن شئتم استعملوه» (١)، و قد ظهر مما تقدم ضعفه.

أضف إلى ذلك ان الأصل عدم ولاية الحاكم عليه بالتسليم و عدم ولاية الغريم بالإيجار، نعم لو كان المديون من أرباب الحرف و الصناعة و طلب الغريم استيجاره للعمل و جب على المديون القبول إذا كان في العمل له أداء دينه كلاً أو بعضاً، بخلاف العمل لغيره، و لا- يبعد جواز إجباره على الإجارة المزبورة، لأن المراد بإخلاء السبيل إطلاقه عن الحبس ليستفيد مالا، فلا ينافي الإيجار عليها مع إطلاقه عن الحبس.

ثم هل للحاكم حبس المديون المدعى الإعسار حتى يتبين حاله؟ عن جماعة منهم المصنف في كتاب المفلس التفصيل، و هو أنه إذا

أحرز المال لمدعى الإعسار سابقا و لو بثبوت دعواه عليه كما إذا كانت مخاصمة مع غريمه و قد أثبت الاقتراض على خصمه ففى مثل ذلك لا تقبل دعوى إعساره بل يحبس حتى يظهر حاله و لو بقيام البينة بإعساره بتلف أمواله أو تلف ذلك المال و يخلى سبيله، و أما إذا لم يعلم المال له سابقا كما إذا ادعى عليه أنه قتل دابته فأقر به و ادعى إعساره، و فى الفرض لا يحبس و لعله لاستصحاب عدم المال، غاية الأمر لو ادعى غريمه عليه أنه موسر و نكل عن الحلف على عدم يساره يحسبه الحاكم مع ردّ اليمين على مدعى يساره أو بمجرد نكوله على الخلاف فى جواز الحكم بمجرد النكول أو أنه

(١) الوسائل: ج ١٣، الباب ٧ من أبواب الحجر، الحديث ٣: ١٤٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٤٢

.....

يكون بعد ردّ اليمين.

و لكن عن بعض أن مقتضى موثقه غياث بن إبراهيم المتقدمة عدم الفرق فى جواز الحبس إلى تبين العسر بين الفرضين، و دعوى عدم الإطلاق لها فإن مدلولها نقل الفعل و لعلّ الفعل كان فى فرض إحراز المال للمديون سابقا أو فى فرض دعوى المال بالاقتراض و نحوه يدفعها أن الحكاية لبيان وظيفة القاضى و لو كان ذلك فى بعض الفروض تعرّض - عليه السلام - لذكره. أضف إلى ذلك أن ما قيل من أن استصحاب عدم المال له لا يثبت عسره، فإن الاستصحاب المزبور ينفع فى مثل إعطاء الزكاة، حيث إن الفقر المعتبر فى مستحق الزكاة عدم ملكه قوت السنة و عدم الحرفة له، بحيث يتمكن معها على تحصيل قوتها، و يمكن إثبات عدم الملك و عدم الحرفة كذلك بالاستصحاب، بخلاف العسر، فإنّه العجز عن أداء الدين اللانزم لعدم المال، و لا- يمكن ذلك بالاستصحاب.

و هل حبس المديون يختصّ بما إذا كان رجلا أو يعم المرأة أيضا؟ يمكن دعوى الإطلاق فيما تقدم، نعم لا يحبس الوالد لدين ولده، بل الوالدة لدين ولدها، لمنافاة طلب حبسهما لمصاحبتهما بالمعروف، و فى صحيحة الحسين بن أبى العلاء قال: «قلت لأبى عبد الله - عليه السلام - ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف - إلى أن قال: - أو كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يحبس الأب للابن».

و كذلك يشكل جواز حبس المديون المريض مع كون الحبس مضرا بحاله بناء على تأخير إقامة الحد على المريض حتى برئه، كما سيأتى فى باب الحدود، و كذا فيما إذا كان فى البين مانع آخر ككونه أجيرا للغير و يكون الحبس منافيا للعمل لذلك الغير.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٤٣

[و أما الإنكار]

و أما الإنكار:

فإذا قال: لا حق له على، فإن كان المدعى يعلم أنه موضع المطالبة بالبينة (١) فالحاكم بالخيار، إن شاء قال للمدعى أ لك بينة، و إن شاء سكت و أما إذا كان

(١) إذا أجاب المدعى عليه بالإنكار فعلى المدعى إثبات دعواه بالبينة، و يطلبها الحاكم مقدمة لحكمه بالثبوت، نعم إذا علم المدعى أن إقامة البينة بدعواه وظيفته لا يجب على القاضى سؤال البينة عنه، بل يجوز له أن يسكت، كما هو ظاهر المصنّف - قدس سرّه - و

لكن لا يبعد لزوم المطالبة مطلقاً، لأن القضاء فصل الخصومة و إنهائها و مع عدم المطالبة يبقى في البين اعتذار المدعى لتجديدها، بأنه كان لى بينة فلم أحضرها أيضاً انتظارا لمطالبة الحاكم.

نعم لو كان المدعى عالماً بأن إحضارها أيضاً لا- يتوقف على مطالبة الحاكم لا يجب على القاضى سؤالها و إن يحتمل ذلك في موارد أيضاً سدا لباب تجديد المنازعة بدعوى المدعى الجهل بأن وظيفته إقامة البينة أو إحضارها بلا مطالبة القاضى و لكنه ضعيف كما يظهر ذلك بالتأمل، نعم لو احتتمل القاضى جهله ذكر له أن عليه إحضار البينة.

و أما إذا لم تكن للمدعى بينة، أى لم يقيم البينة بدعواه بعد المطالبة، و المراد من البينة المثبت لحقه، سواء كان شاهدي عدل أم غيرهما، كشهادة العدل و يمينه، كما إذا كانت الدعوى مالا، يذكر الحاكم للمدعى أن له استحلاف المدعى عليه إذا لم يعرف أن له ذلك، فإنه يعتبر في القضاء بحلف المنكر استحلاف المدعى، فإذا تبرع المنكر بالحلف أو أحلفه الحاكم بلا مطالبة المدعى فلا يجوز الحكم، كما عليه المشهور قديماً و حديثاً، بل قولاً واحداً.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٤٤

المدعى لا يعلم أنه موضع المطالبة بالبينة و جب أن يقول الحاكم ذلك أو معناه، فإن لم تكن له بينة عرفه الحاكم أن له اليمين.

و يشهد لذلك موثقة عبد الله بن أبى 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. قلت له: و إن كانت عليه بينة عادلة؟»

قال: نعم و إن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه ما كان له و كانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعاها قبله مما قد استحلفه عليه» (١). و فى خبر خضر بن عمرو النخعى عن أبى عبد الله - عليه السلام - فى الرجل يكون له على الرجل المال فيجحد؟ قال: «ان استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً، و إن تركه و لم يستحلفه فهو على حقه» (٢).

لا- يقال: ظاهر الموثقة و إن كان ما ذكر من كون الاستحلاف حق للمدعى فلا ينفذ حكم الحاكم بتبرع المدعى عليه بالحلف أو بمجرد إحلاف الحاكم، و كذا خبر النخعى، إلا أن ظاهرهما أن ما يترتب عليه سقوط الحق هو يمين المدعى عليه بعد استحلاف المدعى، من غير حاجة إلى حكم الحاكم. و بتعبير آخر ظاهرهما عدم الحاجة إلى حكم الحاكم فى إنهاء الخصومة و سقوط حق الدعوى.

فإنه يقال: ظاهر الموثقة و نحوها بيان وظيفه الحاكم عند حلف المنكر باستحلاف المدعى، و أنه يحكم بانقضاء الخصومة و انهائها، خصوصاً بملاحظة

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٨.

(٢) المصدر نفسه: الباب ١٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٤٥

ولا- يحلف المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعى لأنه حق له فيتوقف استيفاؤه على المطالبة، و لو تبرع هو أو تبرع الحاكم بإحلافه لم يعتد بتلك اليمين و أعادها الحاكم إن التمس المدعى.

قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان» (١)، و ليست ناظرة إلى عدم الحاجة إلى الحكم بمجرد حصول الحلف، كما أن ما دلّ على ثبوت الحق بالبينة لا- ينفى التوقف على الحكم فى موارد المخاصمة. و المتحصل أن طلب اليمين حق

للمدعى على المنكر، فمع عدم إقامته البينة بدعواه فله مطالبة المنكر باليمين، و له حق تأخير الواقعة و إيقافها كما هو ظاهر الموثقة. و لا- يبعد أن يقال: إن هذا فيما إذا كانت دعواه ثبوت الحق له، كما هو ظاهرها و ظاهر غيرها. و أما إذا كانت دعواه سقوط ما كان عليه من حق الغير، كما إذا ادعى أداء ما كان من دين الغير عليه الثابت باعترافه أو بالبينة، و أنكر الدائن أدائه فإن لم يقم البينة بالأداء و لم يرض بيمين الدائن لإرادته تأخير الواقعة و إيقاف الحكم فللحاكم إحلاف الدائن على عدم الأداء و حكمه ببقاء الدين. و فى صحیحة سليمان بن خالد عن أبى عبد الله- عليه السلام- قال: فى كتاب على- عليه السلام-: «إن نبيا من الأنبياء شكّا إلى ربّه فقال: يا ربّ كيف اقصى فيما لم أر و لم أشهد؟ قال: فأوحى الله إليه: احكم بينهم بكتابى و أضفهم إلى اسمى فحلّفهم به، و قال: هذا لمن لم تقم له بينة» (٢) فإنّ ظاهرها كظاهر غيرها أنّ التحليف وظيفه الحاكم مع عدم إقامة المدعى البينة، فيرفع اليد عن الإطلاق بمطالبة المدعى فيما كان دعواه ثبوت حق له على الغير و يؤخذ فى غيره بالإطلاق.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٩.

(٢) المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٤٦

ثمّ المنكر إمّا أن يحلف أو يردّ أو ينكل، فإذا حلف سقطت الدعوى و لو ظفر المدعى بعد ذلك بمال الغريم لم تحلّ له المقاصّة (١) و لو عاود المطالبة أثمّ و لم

(١) أمّا سقوط الدعوى و عدم سماع تجديدها فقد تقدم الكلام فيه و أنّه مقتضى نفوذ القضاء و عدم سماع البينة بعده، و أمّا عدم جواز المقاصّة من مال الغريم فتدل عليه موثقة ابن أبى يعفور المتقدمة حيث ذكر- عليه السلام- فيها: «و كانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعاه قبله ممّا استحلّفه عليه»، و لكن بما أنّ القضاء يحلف المنكر أو غيرها لا يغيّر الواقع عمّا هو عليه لقول رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان، و بعضكم ألحن بحجّته من بعض آخر، فأیما رجل قطع له من مال أخيه شيئا فإنّما قطعت له به قطعة من النار» (١).

يقال: إنّ المراد بذهاب الحق ذهابه فى دار الدنيا، بمعنى أنّه لا يجوز له فى دارها ترتيب آثار الحق له من جواز المطالبة و التقاص به، و فى خبر خضر النخعى المتقدم: «و ان استحلّفه فليس له أن يأخذ شيئا و ان تركه و لم يستحلّفه فهو على حقه»، و نحوه ما فى خبر عبد الله بن وضاح قال: «كانت بينى و بين رجل من اليهود معاملة فخانى بألف درهم- إلى أن قال:- فكتب أبو الحسن- عليه السلام-: لا تأخذ منه شيئا إن كان ظلمك فلا تظلمه و لولا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك و لكنك رضيت بيمينه- الحديث» (٢)، و لكن مورد الخبر القضاء غير النافذ كما لا يخفى.

و فى صحیحة 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 آخذه لمكان مالى

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٩.

(٢) المصدر نفسه: الباب ١٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ١٨٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٤٧

تسمع دعواه، و لو أقام بيته بما حلف عليه المنكر لم تسمع، و قيل يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين.

الذى أخذه و أجحده و أحلف عليه كما صنع؟ قال: إن خانك فلا تخنه و لا تدخل فيما عتبه عليه» (١).

و لكن فى معتبرة أبى بكر الحضرمى قال: «قلت له: رجل لى عليه دراهم فجحدنى و حلف عليها، أ يجوز لى إن وقع له قبلى دراهم أن آخذ منه بقدر حقى؟

قال: فقال: نعم و لكن لهذا كلام- الحديث» (٢).

و لكن لا يخفى أنّ المعتبرة بناء على نقل الشيخ مضمرة، و على رواية الكلينى و الصدوق- قدس سرهما- مسنده، و عن أبى عبد الله- عليه السلام- و لكن ليس على نقلهما فرض حلف و على تقديره أيضا تكون موثقة ابن أبى يعفور موجبة للجمع بين صحيحة سليمان بن خالد و المعتبرة، حيث يحمل الصحيحة على صورة الحلف بالاستحلاف و معتبرة أبى بكر على الحلف تبرعا.

و دعوى بما أنّ الحلف لا- يوجب ذهاب حق المحق واقعا فالموثقة ناظرة إلى ذهابه من حيث الدعوى و المطالبة فلا دلالة لها على عدم جواز المقاصة، و صحيحة سليمان بن خالد ظهورها يناسب الكراهة فلا تنافى معتبرة أبى بكر لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ حمل الموثقة على ما ذكر خلاف ظاهرها فإنّ ظاهرها تفريع نفي حق الدعوى على ذهاب ما يدعيه من الحق، و يلزم على ذلك عدم جواز المقاصة فلاحظ.

ثمّ إنّ الظاهر عدم جواز المقاصة من مال الغريم بعد استحلافه بلا فرق

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٨٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٧: ٢٠٤.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ٤: ٢٠٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٤٨

وقيل: إن نسي بينته سمعت و إن أحلف و الأول هو المروى، و كذا لو أقام بعد الإحلاف شاهدا و بذل معه اليمين و هنا أولى، و أمّا لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته (١) و حلّ مقاصته مما يجده له مع امتناعه عن التسليم.

بين كون ما ادّعه المدعى من الحق له دينا أو عينا. بل الظاهر عدم جواز الإمساك فيما لو ظفر المدعى بعد ذلك بنفس العين التى ادّعاها على ذى اليد الحالف، فإنّه و إن لم تخرج العين عن ملكه واقعا فيما لو كان صادقا فى دعوا و أنّ القضاء لا- يبطل الملكية الواقعية، كما يشهد بذلك صحيحة هشام المتقدمه و غيرها: «فأيا رجل قطعت له من مال أخيه شيئا فإنما قطعت له به قطعاً من النار»، إلّا أنّه لا يجوز له تكليفا بل وضعا ما ينافى القضاء و يعدّ معارضة للمنكر الحالف.

نعم يجوز للمدعى المزبور ما لا- ينافى نقضه و لا يعدّ معارضة له، كما إذا استعار العين المزبورة من الحالف المنكر من يعتقد أنّها ملك المدعى، فإنّ الاستيدان من المدعى و الاذن للمستأذن لا يعدّ نقضا و لا معارضة للمنكر و الله سبحانه هو العالم.

(١) بلا- خلاف ظاهر، فإنّ جواز مطالبة المنكر بالمال عليه مع تكذيبه نفسه و لو بعد الحلف و القضاء مقتضى نفوذ إقراره، و يبطل اليمين الذى حكم بها بذهاب حق المدعى.

لا يقال: ما دلّ على نفوذ الإقرار مع ما دلّ على أنّ الحلف من المدعى عليه يذهب بحق المدعى متعارضان بالعموم من وجه لافتراقهما فى الإقرار غير المسبوق بالحلف و فى الحلف غير الملحق بالإقرار و يجتمعان فى الإقرار المسبوق بالحلف على النفى و يتعين الأخذ بما دلّ على أنّ اليمين يذهب بها الحق، لعدم عموم لفظى معتبر أو إطلاق كذلك فى ناحية نفوذ الإقرار، بل العموم مأخوذ من موارد مختلفة

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٤٩

و إن ردّ اليمين على المدعى لزمه الحلف (١) و لو نكل سقط دعواه.

فيكون اصطيا ديا فلا يكون محرزا مع الإطلاق أو العموم اللفظي على خلافه، و دعوى انصراف ما دلّ على أنّ اليمين يذهب بها الحق عن صورة تكذيب الحالف نفسه بعد ذلك لم يعلم لها وجه غير ما قيل من أنّ المرتكز في أذهان المتشرعة و غيرهم إلزام المقرّ على نفسه باعترافه.

فإنّه يقال: مضافا إلى ما ذكر في وجه الانصراف أنّه يتعين الأخذ بمقتضى تكذيب نفسه و اعترافه بحق المدعى، سواء أ كان تكذيبه و اعترافه عند الحاكم أم عند المدعى، كما يشهد بذلك معتبرة مسمع بن أبي سيار قال: «قلت لأبي عبد الله - عليه السلام -: إنني كنت استودعت رجلا مالا فجدني و حلف لي عليه، ثمّ أنّه جئني بعد ذلك بستتين بالمال الذي أودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذ و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فهي لك مع مالك و اجعلني في حلّ، فأخذت منه المال و أبيت أن أخذ منه الربح و أوقفت المال الذي كنت استودعته و أتيت حتى أستطلع رأيك، فما ترى؟ فقال: خذ نصف الربح و أعطه النصف و حلّه فإنّ هذا الرجل تائب و الله يحب التوابين» (١)، فإنّها كالصريح في جواز الأخذ بالحق مع اعتراف الحالف المنكر، و لو كان اعترافه برد المال أو غيره كما لا يخفى.

(١) لا خلاف في أنّه يجوز للمدعى عليه ردّ اليمين على المدعى في الجملة، و أنّه إذا ردّها عليه فإنّ حلف المدعى على حقه ثبت و ان نكل سقط حقه و دعواه.

و يشهد لذلك غير واحد من الروايات، كصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما - عليهما السلام - في الرجل يدعى و لا بينة له؟ قال: «يستحلفه، فإنّ ردّ اليمين

(١) الوسائل: ج ١٦، الباب ٤٨ من أبواب الايمان، الحديث ٣: ٢١٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٥٠

.....

على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له» (١)، و صحيحه جميل عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «إذا أقام المدعى البينة فليس عليه يمين، و إن لم يقيم البينة فردّ عليه الذي ادعى عليه اليمين فأبى فلا حق له» (٢)، و في رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: «قلت للشيخ: خبّرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينة بماله، قال: فيمين المدعى عليه فإنّ حلف فلا حق له و ان ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له» (٣)، و لا يبعد اعتبار هذه سندا كما يأتي و نحوها غيرها، و مدلولها كما ذكرنا أنّ نكول المدعى عن اليمين المردودة كاف في حكم الحاكم بسقوط حقه، سواء أ كان نكوله للبراء عن الحلف و ان كان صادقا أم كانت دعواه بنحو التهمة و عدم العلم كما في دعوى التفريط على من كان ماله بيد الآخر عارية أو وديعة على ما تقدم.

و قد يقال: إنّ حلف المنكر حق للمدعى لا أنّه حكم شرعي فيجوز للمدعى إسقاطه بمعنى إبراء المدعى عليه من الحلف نظير إبراء الدائن لمدينه، و هذا الإبراء و الإسقاط بمنزلة الاستيفاء فيجوز معه الحكم ببراءة عهدة المدعى عليه عمّا كان يدعى عليه سواء أ كان دينا أم عينا.

و لكن لا- يخفى ما فيه، فإنّ مقتضى مثل قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «إنّما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان» لزوم اليمين في القضاء، و كذا الإطلاق في مثل قوله - عليه السلام -:

«إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قبله ذهب اليمين بحق المدعى» (٤)، حيث لو كان الإبراء عن الحلف كالحلف لزوم

- (١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٦.
- (٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦: ١٧٦.
- (٣) المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٣.
- (٤) المصدر نفسه: الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٥١

.....

تقييد فاستحلفه بذكر العدل كقوله أو أبرأه، و بتعبير آخر المستفاد من الروايات كون رضا المدعى بحلف المنكر شرط في صحته الحلف يعنى جواز الحكم معه، نظير رضا الأب في نكاح الباكرة، لا أن الحلف المزبور كالدين على المديون حق للمدعى، و لذا لا يترتب على عدم استحلافه إلّا إيقاف الواقعة لو لم يسقط حق دعواه.

و توهم أن عدم استحلاف المدعى بنفسه يوجب سقوط دعواه فلا يجوز له تجديد الدعوى بعد ذلك استنادا إلى معتبره عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «في الرجل يدعى عليه الحق و لا بينة للمدعى، قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلا حق له» (١)، بدعوى أن ضمير الفاعل يرجع إلى المدعى، فاسد فإن ظاهرها رجوع الضمير إلى المدعى عليه، و لا أقل من احتمالها و مقتضى ما دل على أن القضاء بالبينه و الأيمان عدم سقوط الدعوى و عدم حصول القضاء بترك الاستحلاف، و لا ينافى ذلك القضاء بنكول المدعى عن اليمين المردودة لقيام الدليل عليه كما تقدم.

بقي في المقام أمر، و هو أن الظاهر اختصاص جواز رد اليمين على المدعى بما إذا كانت الدعوى مالئية، حيث يجوز للمكلف أن يتحمل الضرر المالي احترازا عن اليمين، و لو كان صادقا أمّا إذا كانت الدعوى عليه غير المال كما إذا ادعى رجل على امرأة أنها زوجته فأنكرتها فعلى المرأة الحلف على نفى الزوجية، و لا- يجوز له رد اليمين على المدعى لأن ما ورد في تخيير المدعى عليه بين الحلف و رده على المدعى واردة في دعوى الحق الظاهر في المال، غاية الأمر سواء أ كان دينا أم عينا.

- (١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٥٢

و إن نكل المنكر بمعنى أنه لم يحلف و لم يرد، قال الحاكم (١): إن حلفت و إلّا

و لا- يبعد أن يقال لا دليل على كون اليمين المردودة من مدرك القضاء في غير دعوى المال أخذا بقولهم - عليهم السلام -: «البينة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه» (١) فإن مقتضاه كما أن البينة من المدعى عليه لا تكون مدركا للقضاء كذلك اليمين من المدعى حتى ما لو كانت مردودة برد المدعى عليه و قد رفع اليد عن ذلك في دعوى الأموال.

و دعوى الإطلاق في بعض الروايات كقوله - عليه السلام - في صحيحه هشام عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «ترد اليمين على المدعى» (٢)، لا يمكن المساعدة عليها فإن مقتضاها جواز رد اليمين على المدعى تكليفا أيضا مع أنه ذكرنا عدم إمكان الالتزام بجواز الرد تكليفا في مثل دعوى الزوجية حتى يؤخذ بلازمه، و هو نفوذ القضاء باليمين المردودة، و الله سبحانه هو العالم.

(١) إذا لم يحلف المدعى عليه المنكر و لم يرد اليمين على المدعى، فظاهر المصنف - قدس سره - أنه يجب على الحاكم أن يقول للمنكر ما مضمونه ان حلفت أو رددت اليمين فهو، و إلّا يجرى عليك حكم الناكل، و ان القول المزبور مرة لازم و تكراره ثلاث

مرات مستحب استظهارا لنكوله، و عن بعض التصريح باستحباب القول المزبور و لا- يجب حتى مرّة أقول: اللازم أن يعلم المنكر ان عليه اليمين أو ردّها إلى المدعى، أما إذا لم يفعل فماذا يفعل القاضى فلا يعتبر علم المنكر بذلك، بل استحباب القول المزبور أيضا لا يخلو عن الاشكال.

و دعوى أن استحبابه للتسامح فى أدلة السنن لفتوى جماعة، يدفعها أن أدلة

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٠.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣: ١٧٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٥٣

جعلتك ناكلا و يكرز ذلك ثلاثا استظهارا لا فرضا، فإن أصرّ قيل: بل يقضى

التسامح لا تثبت استحباب الفعل، و على تقديره فلا تعمّ إلّا موارد بلوغ الخبر المتعارف عن المعصوم- عليه السلام. و يمكن أن يقال نفوذ الحكم مع نكول المنكر مروى كما يأتى و مقتضى إطلاقه عدم اعتبار القول المزبور و النكول المستفاد من المروى هو امتناع المنكر عن الحلف و الرد كما يأتى.

و كيف ما كان، فإذا نكل المنكر أو أصرّ عليه يحكم بثبوت دعوى المدعى كما عليه جماعة من قدماء أصحابنا و متأخريهم، بل هذا هو المنسوب إلى الأشهر أو المشهور، و عن جماعة أخرى أنّ الحاكم يردّ اليمين معه على المدعى فإن حلف على الحق له حكم بالثبوت و إلّا فلا حقّ له، بل نسب ذلك أيضا إلى الأكثر و عن الخلاف و الغنية الإجماع عليه.

و يستدلّ على الأوّل بوجوه:

الأوّل: إنّ مقتضى الأصل عدم اشتراط حكمه بحلف المدعى مع نكول المنكر، و الثانى أنّه مقتضى ما دلّ على أنّ البيّنة على المدعى و اليمين على المدعى عليه هو عدم مطالبة المدعى باليمين و يرفع اليد عن ذلك فيما إذا ردّ المدعى عليه اليمين عليه.

و لا- يخفى أنّ شيئا من الوجهين لم يتم، فإنّ مقتضى الأصل عدم نفوذ الحكم بدون ردّ اليمين على المدعى و حلفه عليه فإنّ جواز الحكم و نفوذه معه متيقّن و بدون غير محرز، و مقتضى الأصل عدم نفوذه و اعتباره، نظير ما يشكّ فى اعتبار شيء فى معاملة لم يكن لدليل اعتبارها إطلاق أو عموم يدفع به اعتباره فيها و لا يقاس المقام كالمعاملات بالشرط فى اعتبار شيء فى متعلّق التكليف، حيث إنّ

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٥٤

عليه بالنكول و قيل يرد اليمين على المدعى فإن حلف ثبت حقّه و إن امتنع

مقتضى الأصل العملى فيه عدم الاشتراط كما هو المقرر فى بحث الأصول العمليّة من علم الأصول.

تبريزى، جواد بن على، أسس القضاء و الشهادة، در يك جلد، دفتر مؤلف، قم - ايران، اول، ه ق

أسس القضاء و الشهادة؛ ص: ١٥٤

و كذا مقتضى ما دلّ على أنّ البيّنة على المدعى و اليمين على المدعى عليه هو عدم اعتبار يمين المدعى، إلّا أنّ ما دلّ على عدم القضاء إلّا بالبيّنة و اليمين مقتضاه عدم جواز القضاء بدون يمين المدعى عليه، فيرفع اليد عنه ما إذا ردّ المدعى عليه اليمين على

المدعى أو ردها الحاكم عليه. و بدونه يؤخذ بمقتضاها معا و هو عدم نفوذ الحكم بلا بينة و لا يمين و لو كانت مردودة من المدعى عليه أو الحاكم.

و الوجه الثالث صحيحة محمد بن مسلم الواردة في كيفية إحلاف الأخرس، حيث ورد فيها «أنّ عليّاً- عليه السلام- كتب الحلف ثم غسله و أمر الأخرس بشربه فامتنع فألزمه الدين» (١)، حيث إنّ مقتضاه جواز حكم الحاكم بمجرد امتناع المنكر عن الحلف.

لا- يقال: مقتضى ما ورد في كيفية إحلاف الأخرس جواز الحكم بمجرد امتناع المدعى عليه عن الحلف و لو لم يمتنع عن ردّ اليمين على المدعى.

فإنّه يقال: على تقدير هذا الإطلاق يرفع اليد عنه بما دلّ على أنّ للمنكر ردّ اليمين على المدعى عليه، فإن حلف فهو و إن أبى سقطت دعواه و بطل حقه.

أقول: الصحيح في الجواب عن الاستدلال بالصحيحة منع إطلاقها، و أنّه بمجرد نكول المدعى عليه للحاكم أن يحكم عليه، فإنها وردت في مقام بيان كيفية إحلاف المدعى عليه الأخرس لا في مقام جميع ما يلزم في الحكم على الأخرس

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢٢٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٥٥

سقط، و الأوّل أظهر و هو المروى.

المدعى عليه، و الواقعة قضية خارجية، فلعلّ الإمام- عليه السلام- بعد تركه شرب الحلف أمره برد اليمين على المدعى فحلف، أو ردها عليه الإمام- عليه السلام- فحلف، ثم ألزمه بالدين.

و قد يقال: غاية دلالة الصحيحة على جواز الحكم بمجرد نكول المنكر أنّها بالإطلاق يعنى عدم ورود ردّ الإمام- عليه السلام- اليمين على المدعى و لكن مقتضى صحيحة هشام عن أبي عبد الله- عليه السلام- «قال: تردّ اليمين على المدعى» (١)، هو لزوم ردها على المدعى في الحكم كان ذلك بردّ المدعى عليه أو الحاكم، و قد تقدم أنّ الرد ابتداء للمدعى عليه.

و على الجملة مقتضى صحيحة محمد بن مسلم الواردة في إحلاف الأخرس جواز الحكم مع نكول المدعى عليه، و لكن مقتضاها ذلك بإطلاق، و مقتضى إطلاق صحيحة هشام لزوم ردّ اليمين في الحكم و لو من الحاكم، و بعد تساقط الإطلاقين يرجع إلى مقتضى الأدلة الأولية التي ذكرناه في الجواب عن الوجه الثاني، و قلنا بعدم جواز الحكم بلا ردّ اليمين على المدعى و لو من الحاكم، و لو فرض عدم تمامه أيضا يرجع إلى مقتضى الأصل العملى، و قد ذكرنا في الجواب عن الوجه الأوّل أنّه الاشتراط.

و قد يقال: في وجه ردّ الحاكم اليمين على المدعى بأنّه ولى الممتنع و المنكر فيما إذا امتنع عن ردّ اليمين فيردها الحاكم ولاية عليه، و لا يخفى ما فيه، فإنّ الثابت من حق المدعى على المنكر الاستحلاف فله أن لا يطالبه بالحلف كما تقدم، أمّا ردّ اليمين على المدعى فهو مسقط لحق المدعى على المدعى عليه، و لذا لو امتنع

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣: ١٧٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٥٦

و لو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت إليه (١).

المدعى عن الحلف بعده أو قال لا أريد ردّ الحلف سقطت دعواه، و ولاية الحاكم على الممتنع فيما كان ذلك حقا للغير على الممتنع.

بقي في المقام أمر، و هو أنه ربما يستدل لجواز الحكم بمجرد نكول المدعى عليه بخبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله «قال: قلت للشيخ - عليه السلام -: خبرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلا يكون له بينة بماله، قال: فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلا حق له و إن لم يحلف فعليه - الحديث» «١»، فإن مدلوله جواز الحكم على المدعى عليه بمجرد تركه ما عليه من الحلف غاية الأمر ترفع اليد عن إطلاقه صورة رده اليمين المدعى فلم يحلف.

وفيه: أن الرواية في سندها ياسين الضرير البصرى و لم يوثق، و لم يثبت كونه من المعاريف، مع أن الصدوق - قدس سره - نقل في الفقيه بعد قوله: فإن حلف فلا - حق له، و ان رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا - حق له بل نقل في الوسائل عن الكافي كما في الفقيه «٢» و جعل: و إن لم يحلف فعليه، نسخة، و على ذلك فلا يمكن الاعتماد عليها حيث لم يثبت النقل.

و قد تقدم أن مقتضى الإطلاق في صحيحة هشام تعين الرد على المدعى كان الراد هو المدعى عليه أو الحاكم، بل لزوم الرد مع امتناع المنكر عن الحلف و الرد مقتضى الأصل، و الله سبحانه هو العالم.

(١) قيل: هذا بناء على كفاية نكوله في حكم الحاكم، أمّا بناء على رد الحاكم اليمين على المدعى فيقبل بذله ما دام لم يحلف المدعى، و لا يبعد ذلك، فإنه قد

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٣.

(٢) الكافي ٧: ٤١٥، التهذيب ٦: ٢٢٩، الفقيه ٣: ٣٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٥٧

.....

تقدم أن مع حلف المدعى باليمين المردودة يثبت ميزان القضاء بالحق و ان ما دلّ على أن ميزان القضاء البينة من المدعى و مع عدم إقامتها اليمين من المنكر يرفع اليد عن إطلاقه بما إذا دلّ على أن حلف المدعى على حقه بعد رد اليمين عليه ميزان لثبوت و إبائه موجب لسقوطه، و إذا لم يحصل هذا الحلف و الإباء فيؤخذ بالإطلاق المزبور، و مقتضاه نفوذ بذل اليمين من المنكر.

و دعوى أنه إنما يفيد بذل اليمين من المنكر إذا لم يحكم الحاكم بكونه ناكلا و إلّا فلا فائدة لبذل المنكر اليمين لا يخفى ما فيها، فإن المفروض أنه لم يثبت أن نكول المنكر ميزان القضاء بل الثابت أن حلف المدعى بعد الرد عليه و إبائه ميزان القضاء بثبوت الحق أو سقوطه و إذا لم يحصل هذا الميزان الذي اعتبره في طول عدم حلف المدعى عليه و حلف المدعى عليه على نفي الحق ثبت ميزان القضاء بسقوط الحق و النكول بنفسه ليس مورد المخاصمة ليكون حكم القاضى فيه فاصلا.

و ممّا ذكرنا يظهر الحال فيما إذا رجع المنكر عن رد اليمين على المدعى و حلف على نفي الحق قبل حلف المدعى على ثبوتها فإن مقتضى قوله صلوات الله و سلامه عليه: «البينة للمدعى و اليمين على من أنكر»، نفوذ هذا الحلف من المنكر، و في موثقة ابن أبي يعفور: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له» «١»، فإنّ عمومها يعمّ المقام.

و نظير ذلك ما إذا لم يقم المدعى البينة بدعواه، و لكن قبل حلف المدعى

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٥٨

.....

عليه على نفى حقه أقامها كما إذا حضر مجلس القضاء اتفاقاً شاهدان كان كل منهما عالماً بحقه فشهدا، فإنَّ شهادتهما في الفرض داخله في قوله - عليه السلام - : «البينة على المدعى» و أنَّها ميزان القضاء بثبوت الحق .
بقي في المقام أمور :

منها: ما إذا طلب المنكر الإمهال في اختيار الحلف أو ردَّ اليمين، فهل يجوز للحاكم أو يتعين عليه الإمهال له أو لا يسمع طلب؟ فنقول: لا ينبغي التأمل في جوازه فيما إذا رضی المدعى بالتأخير، لأنَّ الحلف فيما إذا كانت دعواه ثبوت الحق على الغير حق له فيكون له التأخير في المطالبة، أمَّا إذا لم يرض بذلك فالإمهال من الحاكم مشكل فيما إذا كان بمدَّة طويلة يكون تأخير القضاء إليها موجبا لتضرر المدعى، كما إذا كان في الحضور ثانياً نفقة السفر ونحوها، بل لا يبعد أن يكون مقتضى مثل معتبرة عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله - عليه السلام - : «في الرجل يدعى عليه الحق ولا بينة للمدعى؟ قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق» (١) «عدم الحق للمنكر في الاستمهال.

ومنها: ما هو المنسوب إلى الشهرة من أن ردَّ المنكر اليمين على المدعى فيما إذا كانت دعواه لنفسه و كونها جزئية، أمَّا إذا كانت لغيره كما إذا كان المدعى ولياً أو وكيلاً أو وصياً و ادعى على الغير مالا للمولَّى عليه أو لموكله أو الوصية بالمال الذي بيد الوارث و أنكرها الغير أو الوارث فإنه لا يكون مورد لردِّ الحلف، بل يتعين على المنكر الحلف على نفى الحق، و إلَّا فيحكم الحاكم بثبوتها بمجرد نكوله و امتناعه عن الحلف، و كذا فيما كانت دعواه غير جزئية كدعوى التهمة في إتلاف

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ١٧٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٥٩

.....

ماله الذي كان بيد الغير أمانة أو عارية أو إجارة.

و الوجه في ذلك أن ما ورد في أن البينة على المدعى و اليمين على من أنكر مقتضاه تعين اليمين على المدعى عليه، غاية الأمر قد رفع اليد عن دلالتها على تعينها عليه بما دل على أن له ردَّ اليمين على صاحب الحق المدعى، و إذا لم يكن المدعى صاحب الحق كما في دعوى الولي و الوصي و الوكيل فلا- موضوع لرد اليمين، و كذا ما ورد في ردَّ اليمين فظاهره أن للمنكر ردَّ اليمين إلى المدعى الذي يرى نفسه صاحب الحق، و الدعوى فيما إذا كانت بنحو التهمة لا يرى المدعى نفسه صاحب الحق، بل غايته أنه يظن أن له الحق على المدعى عليه.

و في صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما - عليهما السلام - : «في الرجل يدعى ولا بينة له؟ قال: يستحلفه، فإن ردَّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا- حق له» (١)، و في معتبرة عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله - عليه السلام - : «في الرجل يدعى عليه الحق ولا بينة للمدعى؟ قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلا حق له» (٢)، إلى غير ذلك ممَّا ظاهره الردَّ على المدعى الذي يرى نفسه صاحب الحق، و في غيره يؤخذ بما تقدم ممَّا يكون مقتضاه تعين الحلف على المدعى عليه.

أقول: الأظهر جواز ردَّ اليمين على المدعى في موارد كونه ولياً أو وصياً أو حتى إذا كان وكيلاً، و ذكر صاحب الحق في أكثر الروايات الواردة في ردِّها لا يمنع عن الرد عليهم فإنَّ ظاهرها صاحب الحق أصالة أو بالولاية و الوصاية أو حتى بالوكالة، و يجوز لهم الحلف باليمين المردودة فإنه لا يعتبر في الحلف إلَّا العلم بما

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٦.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ١٧٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٦٠

.....

يحلّف عليه، و لو ادعى عدم ظهورها في العموم و اختصاصها بصاحب الحق بالأصالة لكان طلب الحلف من المنكر فيما إذا كان المدعى وليا أو وصيا مشكلا، لأنّ الوارد في موثقة عبد الله بن أبي يعفور: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق قبله ذهب اليمين بحق المدعى».

أضف إلى ذلك إطلاق صحيحة هشام المتقدمة عن أبي عبد الله - عليه السلام -:

«قال: ترد اليمين على المدعى» (١)، فإنّه و إن قلنا سابقا إنّ لا يمكن الأخذ بإطلاقها بالإضافة إلى موارد الدعوى في غير الأموال، إلّا أنّ الأخذ بإطلاقها من حيث كون المدعى فيها صاحب المال بالأصالة أو بالولاية و الوصاية أو الوكالة بلا مانع.

و لا يبعد أيضا أن يقال في موارد كون المدعى و كيلا يكون الرد عليه ردا على الموكل أيضا، و إذا ردّ المنكر الحلف عليه فإن حضر الموكل و حلف على حقه ثبت حيث إنّ التوكيل يوجب استناد الدعوى إلى الموكل أيضا، فيكون سقوط حقه بإباء الوكيل و الموكل عن اليمين المردودة و ثبوته بحلف أحدهما.

و أمّا في موارد الدعوى على الغير تهمّة فيما إذا كان المال بيد الغير فلا مورد لردّ المنكر اليمين على المدعى، بل المنكر فيها إذا أقام البينة بعدم الخيانة و تلف المال بلا-تفريط أو حلف عليه فهو ان كلّا منهما تسقط دعواه و إن لم يقيم بينة أو لم يحلف فهو ضامن للمال.

و هذا كما ذكرنا استفيد ممّا ورد في ضمان الأجير و في صحيحة عبد الله بن مسكان عن أبي بصير، كما تقدم، قال: «لا يضمن الصانع و القصار و لا الحائك

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣: ١٧٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٦١

و لو كان للمدعى بينة لم يقل الحاكم أحضرها (١) لأنّه حق له، و قيل

إلّا أن يكونوا متهمين فيجئون بالبينة و يستحلف لعلّه يستخرج منه شيء» مع ملاحظة ما ورد في أنّهم إن أقاموا البينة فهو و إلّا فيضمنون حيث تقيّد الثانية بالأولى فتكون النتيجة لزوم إقامة البينة بالتلف من غير إفراط أو الحلف عليه و إلّا فيضمن.

نعم الموارد التي أشرنا إليها من سماع الدعوى فيها بنحو عدم الجزم مع عدم كون من بيده المال أجيرا، كدعوى التهمّة على الودعى و المرتهن و المستعير و الوكيل و عامل المضاربة، يمكن القول فيها بأنّه لا يستفاد الحكم فيها ممّا ورد في أنّهم الأجير بل هي باقية في دعوى المال على الغير مع فرض كونه أمينا من قبل المدعى فيجرى عليها ردّ اليمين على المدعى، غاية الأمر إذا لم يحلف المدعى على حقه و لو لعدم علمه بالحال سقطت دعواه، كسقوط دعواه بيمين الأمين، و لكن لا يبعد التعدى منها إلى موارد كون من بيده المال متّهما بلا فرق بين الأجير و غيره، و يؤيده ما ورد في دعوى المرتهن تلف الرهن.

(١) نسب عدم الجواز إلى الأ-كثر و إلى جماعة كالشيخ في المبسوط و ابن إدريس في السرائر، كما نسب الجواز إلى بعض كظاهر المذهب، و عن بعضهم التفصيل كالعلامة في المختلف و الشهيد في الدروس بين علم المدعى بأنّ له حق الإحضار فلا يجوز، و بين

جهله فيجوز.

و يظهر من تعليل عدم الجواز بأن إحضارها حق للمدعى كون المراد بقوله أحضرها أمر المدعى و إلزامه بإحضار البينة، و من الظاهر أن إلزامه بإحضارها غير جائز سواء أ كان عالما بأن له حق الإحضار أم لا، حيث أن الممتنع عن أداء حق يؤمر و يجبر عليه، و لكن الممتنع عن استيفاء حقه و الانتفاع به لا يجبر عليه.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٦٢

يجوز و هو حسن.

و مع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدعى، و مع الإقامة بالشهادة لا يحكم إلّا بمسألة المدعى أيضا.

نعم إذا كان الأمر بنحو الإرشاد إلى أن للمدعى إحضار البينة و إقامة الشهادة بدعواه لا بأس به بالإضافة إلى المدعى العالم، و يجب بالإضافة إلى الجاهل، لأن في تعليم الجاهل تمكينا له على الوصول إلى حقه، و قد شرع القضاء له.

و أما الإلزام فلا يجوز، لأن له العدول عن دعواه أو رضاه بحلف خصمه، و لو مع تمكنه على إثبات دعواه بالبينة، كما يدل عليه ما في موثقة عبد الله بن أبي يعفور من قوله: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لا حق له قبله ذهب اليمين بحق المدعى» (١).

نعم لا أثر لحلف المنكر أو استحلافه بعد إحضار البينة و شهادتها، لمثل قوله- عليه السلام- في صحيحة سليمان بن خالد الواردة في الإحلاف: «هذا لمن لم تقم له بينة» (٢) فإن ظاهره تمام الشهادة و حصول ملاك القضاء، لا مجرد إحضار البينة.

و إحضارها مجلس الحكم و قوله هذه بيتي كاف في وجوب الشهادة على الشاهدين، كما هو مقتضى قوله سبحانه و أقيموا الشهادة لله (٣)، و لا تأب الشهادة إذ ما دُعوا (٤) فللحاكم طلب الشهادة منهما و لا دليل على كون الطلب حق المدعى، كما لا يكون حكم الحاكم بعد تمام الشهادة حقا للمدعى أخذا بقوله

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٩.

(٢) المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٧.

(٣) الطلاق: ٢.

(٤) البقرة: ٢٨٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٦٣

و بعد أن يعرف عدالة البينة يقول هل عندك جرح (١)، فإن قال: نعم و سأل الانظار في إثباته أنظره ثلاثا فإن تعذر الجرح حكم بعد سؤال المدعى.

سبحانه كوثوا قوامين بالقسط (١) و لوجوب القضاء و فصل الخصومة و استيفاء حقوق الناس لبعضهم من بعض، فلا يكون أداء الشهادة و الحكم بعده من حق المدعى.

و لكن لا بأس بالصلح بينهما بعد أداء الشهادة بل بعد الحكم حيث إن الصلح جائز بين المسلمين كما إن للمدعى إسقاط حقه قبل أداء الشهادة أو بعدها و كذا قبل حكم الحاكم و بعده.

و على الجملة ما ذكر الماتن- قدس سره- من أن الحاكم لا يسأل الشهادة إلّا بعد التماس المدعى و كذا لا يحكم إلّا بعد التماسه، لا يمكن المساعدة عليه فإن ذلك من وظائف الحاكم و أداء الشهادة وظيفته الشاهد مع طلب الشهادة منه.

(١) إذا كان القاضي عالماً بعدالة الشاهدين و بعد أدائهما شهادتهما يتمّ عنده ميزان القضاء فله الحكم بثبوت الدعوى و لا يعتنى بشهادة الجارح فضلاً عن احتمال وجوده لأنّ مع علم القاضي بعدالة الشاهدين لا تكون بينة الجرح معتبرة في حق القاضي، أما إذا لم يعلم القاضي بعدالتهما، و إنّما يقبل شهادتهما لوجود بينة التزكية أو حسن الظاهر.

فقد يقال: يجوز له الحكم أيضاً لحصول ملاك ميزان القضاء و أصالة عدم الجارح. غاية الأمر يكون للخصم دعوى فسق الشاهدين و إثبات فسقهما و مع إثباته و لو بعد الحكم ينقض الحاكم حكمه، لأنّ عدم نقض الحكم بالبينة القائمة بعد الحكم فيما إذا كان الحكم السابق برضى المدعى بحلف المنكر.

(١) النساء: ١٣٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٦٤

.....

و لكن المنسوب إلى المشهور أنه لو ادعى الخصم وجود الجارح أنظره الحاكم ثلاثة أيام من غير تفصيل بين بعد المسافة و قربها.

و في رواية سلمة بن كهيل عن علي - عليه السلام - من قوله: «و اجعل لمن ادعى شهوداً غيباً أمداً بينهما» (١)، و ظاهرها جعل الإنظار بحيث يناسب إحضارها فيكون الإنظار بالثلاثة بلا مستند يصلح الاعتماد عليه.

كما أنّ رواية سلمة بن كهيل لا يمكن الاعتماد عليها لضعف سندها و عدم دلالتها على حكم المقام، فإنّ المقام في الإمهال فيما إذا ادعى الخصم البينة له بالجرح، و ظاهر الرواية إمهال المدعى إذا كان له شهود غيب بحقه.

و لا يبعد أن يقال: إنّ مع تمام ميزان القضاء بشهادة شاهدين المحرز عدالتهما بالبينة لا موجب لوقف القضاء، حتى إذا ادعى الخصم أنّ له بينة الجارح، غاية الأمر إذا ظهر فسق الشاهدين و خلاف بينة التزكية يلغى الحكم، لانكشاف كون الحكم لم يكن بالبينة العادلة، و لا يقاس بقيام البينة بالحق بعد الحكم بحلف المنكر أو نكول المدعى عن اليمين مع ردّها عليه، لما تقدم من سقوط الحق باليمين المزبورة و إنّ هذا اليمين ثبت الحق إذا ردت على المدعى، و مع نكوله تكون موجبة لسقوط حقه.

و بتعبير آخر لم يكن إحضار المدعى البينة بعد تمام الحكم بالحلف كاشفاً عن عدم كون الحكم السابق عند صدوره بميزان القضاء بخلاف صورة العلم بفسق شاهدي الدعوى أو قيام بينة الجارح لهما في زمان شهادتهما بحق المدعى.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٥٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٦٥

و لا يستحلف المدعى مع البينة إلّا أن تكون الشهادة على ميت (١)،

(١) لا خلاف بين أصحابنا أنه لا اعتبار بيمين المدعى مع إقامته البينة بدعواه و يشهد لذلك مثل قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «البينة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه» (١)، حيث إنّ التفصيل قاطع الشركة، و في صحيحة محمد بن مسلم «قال: سألت أبا جعفر - عليه السلام - عن الرجل يقيم البينة على حقه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» (٢)، و في خبر أبي العباس عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «إذا أقام الرجل البينة على حقه فليس عليه يمين - الحديث» (٣).

و نقل عن بعض العامية اعتبار اليمين مع بينة المدعى، و يوافق ذلك ما في خبر سلمة بن كهيل من قوله - عليه السلام - لشريح: «و ردّ اليمين على المدعى مع بينته فإنّ ذلك أجلى للعمى و أثبت في القضاء» (٤) و مع ضعفه سنداً، و معارضته مع ما تقدم، و كونه على

وفاق العامة لا- يمكن الاعتماد عليه. بل في حمله على الاستحباب حتى مع طلب المدعى عليه و رضا المدعى مشكل، لظهوره في الحكم الوضعي و اعتباره في القضاء.

و كيف كان فقد استثنى الأصحاب من الحكم الدعوى على الميت بالدين عليه فإنه لو أقام المدعى البيئته بدعواه يعتبر في ثبوتها انضمام يمين المدعى بالبيئته، و مع عدم أحدهما لا تثبت الدعوى، و قد يقال: بعدم تعرض الأصحاب لهذا الاستثناء قبل المصنّف غير الشيخ- قدّس سرّه.

و يدلّ على اعتبار ضم اليمين صحيحة الصفار إلى أبي محمد- عليه السلام:-
«هل تقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوَّع:

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٠.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٧.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٧.

(٤) المصدر نفسه: الحديث ٤: ١٧٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٦٦

فيستحلف على بقاء الحق في ذمته استظهارا.

إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين و كتب: أ يجوز للوصي أن يشهد لوارث الميت صغيرا أو كبيرا و هو القابض للصغير و ليس للكبير بقابض؟ فوَّع- عليه السلام-: نعم و ينبغي للوصي أن يشهد بالحق و لا يكتم الشهادة، و كتب: أو تقبل شهادة الوصي على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوَّع- عليه السلام-: نعم من بعد يمين» (١).

و الاستدلال بما في الذيل، حيث إنّ ظاهره اجتماع شرط الشاهد في الوصي من غير جهة كونه وصيا و جوابه- عليه السلام- بقبول شهادته مع شهادة عدل آخر من بعد يمين مقتضاه اعتبار يمين المدعى، كما ذكر في صدرها، و لا يضّر ما في الصدر من اعتبار اليمين في الدعوى للميت على الحي، لأنّ عدم إمكان الأخذ بما في الصدر لما دلّ على عدم اعتبار اليمين مع البيئته للمدعى لا يوجب طرح غيره من الحكم الوارد فيها.

لا يقال: لا يمكن الأخذ بما في ذيلها أيضا لمعارضته بصحيحة أخرى للصفار «قال: كتبت إلى أبي محمد- 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 بشهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار؟ فوَّع- عليه السلام-: نعم على الأكبر من الولد أن يقضوا دين أبيهم و لا يحبسوه بذلك» (٢)، حيث إنّ ظاهر هذه آداء الدين على الميت في صورة إثبات مدعيه بشهود عدول و لو كان ضم اليمين مع الشهود العدول معتبرا تعرض- عليه السلام- لاعتبار الضم في الجواب.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٨ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٧٣.

(٢) المصدر نفسه: ج ١٣، الباب ٥٠ من أبواب الوصايا، الحديث ١: ٤٣٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٦٧

.....

فإنه يقال: غاية دلالة هذه الصحيحة على عدم اعتبار ضم اليمين إلى البينة في الدعوى على الميت بالإطلاق بعدم ذكر ذلك في الجواب فيرفع اليد عنه بالتقييد الوارد في صحيحته المتقدمة، مع أن من المحتمل جدا أن يكون ما في كلام السائل بشهود عدول قيذا لقضاء الكبار.

و يظهر اعتبار الضم من رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله «قال: قلت للشيخ - عليه السلام -: إلى أن قال: - قال - عليه السلام -: و إن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله إلا هو لقد مات فلان و إن حقه لعليه فإن حلف و إلا فلا حق له، لأننا لا ندري لعله قد أوفاه بيئته لا نعلم موضعها أو غير بيئته قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينة فإن ادعى بلا بيئته فلا حق له لأن المدعى عليه ليس بحق و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه فمن ثم لم يثبت الحق» (١). و لكن فى سندها ياسين الضرير، و لم يثبت له توثيق، و ربما يناقش فيها بعدم ثبوت ان المسؤول فيها هو الإمام - عليه السلام - و لعله غيره، و بان اعتبار اليمين بالله على النحو الوارد فيها غير معتبر.

و مثلها رواية سليمان بن حفص المروزي قال: كتبت إلى أبي الحسن - عليه السلام - فى رجل مات و له ورثة فجاء رجل فادعى عليه مالا - و ان عنده الرهن، فكتب - عليه السلام -: إن كان له على الميت مال و لا بيئته له عليه فليأخذ ماله بما فى يده و ليرد الباقي على ورثته و متى أقر بما عنده أخذ به و طولب بالبيئته على دعواه و أوفى حقه بعد اليمين و متى لم يقم البيئته و الورثة ينكرون فله عليهم يمين علم يحلفون بالله ما

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٦٨

.....

يعلمون أنه على مئتهم حقا» (١)، و الوجه فى كونها مثل السابق عدم ثبوت توثيق لسليمان بن حفص.

و الظاهر ان المذكور فى صدر الجواب هو أن مثل هذا الشخص، إذا لم يمكنه إثبات الدين على الميت يأخذ ما عنده من الرهن تقاضا و رد الزائد عن حقه على الورثة من غير إقرار بأن ما عنده كان رهنا لأبيهم، و إلا يؤخذ بإقراره بالرهن من غير أن يثبت له حق على الميت.

ثم إنه قد وقع الكلام فى أن اعتبار يمين المدعى فى الدعوى على الميت مطلقا أو أنه يختص بما إذا كان المدعى على الميت يدعى عليه الحق لنفسه فلو كان المدعى عليه وصى ميت آخر. كما إذا قال لوصى ميت أن من أوصى إليّ له مال كذا على مئتمكم و أقام البيئته بما ادعاه فإنه لو كان ثبوت الدين على ميت موقوفا على اليمين مطلقا حتى فى مثل الفرض لم يثبت الدين عليه، لأن يمين الوصى لا يفيد شيئا حيث لم يعهد ثبوت مال لآخر بيمين شخص ثالث، و إنما المعهود ثبوته يمين صاحب الحق خاصة كما قيل.

و كذا فيما كان المدعى على الميت ورثة ميت آخر كما إذا قالوا: لمئتنا على مئتمكم مقدار كذا من المال و أقاموا البيئته بمدعاهم، فإنه لا يمكن للورثة المدعين الحلف على بقاء المال على عهدة الميت المدعى عليه، حيث إن غاية الأمر أنهم يعلمون بثبوت الدين عليه لا ببقائه. و من المحتمل أن الميت الدائن قد أبرأ الميت المديون.

و احتمال جواز الحلف للورثة اعتمادا على الاستصحاب فى الدين كجواز

(١) الوسائل: ج ١٣، الباب ٢٠ من أحكام الرهن، الحديث ١: ١٤٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٦٩

.....

الشهادة بالملك اعتمادا على قاعدة اليد بلا وجه، لأنّ منصرف أدلة اعتبار اليمين بالعلم كونه بنحو الجزم و البت لا بنحو التعبد، و جواز الشهادة بقاعدة اليد لم يثبت، و على تقدير القول به فهو لدليل خاص كما يأتي.

و ذكر في الجواهر- قدس سرّه- أنّ ثبوت الدين على الميت كثبوت الدين على الحيّ يكون بالبينه و يعتبر يمين المدعى استظهارا لبقاء دينه فيما إذا كان المدعى على الميت صاحب الحق و أنّ عدم ثبوت المال بالبينه مخالف للذوق الفقهي، و يفصح عن كون اعتبار اليمين استظهاريا لبقاء الدين الثابت بالبينه قوله- عليه السلام- في قوى عبد الرحمن: «فعلى المدعى اليمين بالله الذي لا إله إلاّ هو لقد مات فلان و أنّ حقهّ لعليه فإن حلف و إلاّ فلا حق له» «١» و أنّ هذا الحلف للمدعى أنّه صاحب الحق على الميت فلا يعم غيره، و حمل المفروض فيه على المثال كما عن بعض غير ظاهر.

أقول: دعوى دلالة رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله على عدم الحاجة إلى ضم اليمين فيما إذا لم يكن المدعى دعواه الحق لنفسه على الميت لا- يمكن المساعدة عليها، فإنّ غاية القول أنّها لا تدل على ضمّ اليمين إلى البينه في الفرض أيضا، فيؤخذ بالإطلاق من صحیحة الصفار المتقدمة، و مقتضاه اعتبار الضم مطلقا.

نعم دلالتها على ثبوت الدين أيضا على الميت بالبينه و اعتبار ضم اليمين لاحتمال عدم بقاء الدين الثابت فلا حاجة إلى ضم اليمين مع العلم ببقائه على ذمته على تقدير الثبوت و أنّه لا بدّ من يمين المدعى إذا ثبت الدين على ميتهم

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٧٠

.....

بإقرارهم و لكن قالوا نحتمل عدم بقائه لاحتمال الأداء و الإبراء قبل موته، كما هو مقتضى تعليل اعتبار ضم اليمين فيها تامّة و دعوى أنّ ما ورد فيها حكمه لا تعليل لا يمكن المساعدة عليها، لعدم القرينة على أنّ الوارد فيها حكمه، إلاّ أنّها لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها.

و مقتضى صحیحة الصفار المتقدمة أنّ سقوط الاستصحاب في بقاء الدين عن الاعتبار فيما إذا ثبت الدين بالبينه و لا تعم ما إذا ثبت بإقرار الورثة أو علمهم بأصل ثبوت الدين، كما أنّ مقتضاها اعتبار ضم اليمين إلى البينه حتى لو اعترف الورثة و الوصى ببقاء الدين على الميت على تقدير الثبوت، كما لا يخفى.

و على ذلك فتسمية اليمين من المدعى استظهاريا بمعنى أنّ اليمين تعتبر فيما إذا احتل براءة عهدة الميت بالوفاء و نحوه قبل موته و أنّ اليمين تعتبر في موارد إقرار الورثة بأصل ثبوت الدين كما لو قالوا نحتمل الوفاء أو الإبراء قبل موت ميتهم أو شهدت البينه على إقرار الميت بالدين كما تقدم، لا يمكن المساعدة عليها كما التزم بذلك و أنّه يعتبر الضم مطلقا صاحب المستند- قدس سرّه-، لكن لا لما ذكره من كون ما ورد في رواية عبد الرحمن حكمه لا تعليل، بل لما ذكرنا من ضعف سندها.

بقي في المقام أمور:

الأوّل: قد ذكرنا أنّ العمدّة في القول باعتبار ضم اليمين من المدعى إلى بينته هو صحیحة الصفار المتقدمة، و أنّها لا تعم موارد ثبوت الدين بعلم الحاكم أو اعتراف الوصى و الورثة و الشيع المفيد للعلم، فهل يمكن في هذه الموارد حكم الحاكم بثبوت الدين على الميت فعلا بحيث يخرج عن تركته فيما إذا احتل الحاكم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٧١

.....

أو المعترف بأصل الدين حصول الإبراء أو الوفاء قبل موت الميت أو أنه لا يصح للحاكم هذا الحكم؟
الأظهر هو الثاني، لأن مقتضى قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «إنما أقتضى بينكم بالبينات والأيمان» (١)، منضمًا إلى قولهم - عليهم السلام -: «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» (٢) عدم جواز القضاء بمجرد الاستصحاب أو غيره من القواعد المقررة للشاك، بل يتعين أن يكون مدرك القضاء البينة أو اليمين غاية الأمر رفعنا اليد عن ذلك فيما إذا علم القاضى جزما بثبوت الحق و صحة دعوى المدعى أو كان عالما بالواقع أو حصل الاعتراف من الخصم بدعوى المدعى و ثبوت الحق له فعلا، و من المفروض أنه مع احتمال البقاء و الارتفاع لا يحصل شيء من ملاك حكمه.

و على ذلك فيصح فى الموارد المزبورة الحكم بأنّ الدين كان ثابتا على الميت و بعد ثبوت الدين السابق بالحكم كما فى موارد علم القاضى أو بإقرار الوصى و الوارث يجب العمل من الوارث و الوصى على طبق الاستصحاب فللحاكم إلزامهما بالعمل به، كما تقدم فى موارد عدم سماع الدعوى مع عدم الجزم فلو ظفرا و لو بعد ذلك بالبينة على الوفاء أو الإبراء أو قد علما بأحدهما فلهما الترفع مع المدعى لعدم حصول القضاء بالدين على الميت عند موته ليقال عدم انتقاض هذا الحكم، كما أنّ المدعى على الميت إذا وجد البينة على الدين فله إثباته بها منضمًا إلى يمينه، لما ذكرنا من عدم كون كل ذلك من تجديد المخاصمة بعد فصلها.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٩.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب الحكم، الحديث ٥: ١٧١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٧٢

.....

الثانى: يقع الكلام فى أنّ ضم اليمين إلى بينة المدعى على الميت يختص بما إذا كانت الدعوى عليه دينًا فلا يحتاج إلى ضم اليمين فيما كانت دعواه العين التى كانت بيد المورث أو المنفعة أو الحق كحق الخيار.

فقد يقال بالاختصاص لاختصاص رواية عبد الرحمن بن أبى عبد الله بالدين، حيث ورد فيها الحلف على أنه مات و حقه عليه، و ظاهر بقاء الحق عليه هو الدين، و كذا ما ورد فيها من التعليل بأنه لا ندرى لعله أوفاه و دعوى أنّ ذكر احتمال الوفاء بالدين من باب المثال، و المعيار احتمال عدم ثبوت مال أو حق على الميت أو عند الميت عند موته لا يمكن المساعدة عليها، خصوصا بملاحظة الفرق بين البينة القائمة بالدين و القائمة بكون العين للغير. فإنّ بينة الدين تعتمد غالبا فى بقائه على الاستصحاب بخلاف الشهادة بكون العين للغير.

لا يقال: قد تقدم ضعف الرواية سندًا و ان المستند فى اشتراط الضم هو صحیحة الصفار و مقتضاها توقف ثبوت الدعوى على الميت على ضم اليمين، من غير فرق بين كون الدعوى دينًا أو غيره.

فإنّه يقال: لا يمكن أن يستفاد من الصحیحة أيضا اعتبار الضم فى غير الدين فيكون المرجع فى غيره إطلاق ما دلّ على ثبوت الدعوى و حصول ميزان القضاء بالبينة، و الوجه فى عدم إمكان الاستفادة أنّ الصدوق - قدس سرّه - رواها هكذا: «أو تقبل شهادة الوصى على الميت بدين مع عدل آخر، قال - عليه السلام -:

نعم من بعد يمين» (١). و مقتضى الاختلاف بين النقلين بالزيادة و النقيصة الأخذ بالزيادة و لا أقل من إجمال الصحیحة من هذه الجهة.

(١) الفقيه ٣: ٤٣ / ١٤٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٧٣

.....

بل لا- يبعد أن يقال: انّ على نقل الكليني- قدّس سرّه- أيضا ظاهرها دعوى الدين على الميت حيث تكون الدعوى فى العين على الوارث لوقوع العين بيدهم و انحلال العارية و نحوها التى كانت موجبة لجريان يد الميت عليها فالشهادة على الميت و الدعوى عليه ظاهرها موارد الدين لا العين و نحوها و قد تقدم أنّ المناقشة فى التمسك فى اعتبار ضم اليمين بصحيحة الصفار باحتمال أن يكون المراد من اليمين فيها يمين الشاهد لا المدعى غير صحيحة فإنه قد ذكر فى صدرها فى شهادة الوصى للميت يمين المدعى و ظاهر الذيل اعتبار تلك اليمين فلاحظ.

و قد تحصل مما ذكرنا أنّه لو شهدت البيّنة بأنّ العين التى كانت بيد الميت كانت عارية عنده أو وديعة أو غصبا إلى أن مات يحكم القاضى على العين بأنّها ملك المدعى بلا حاجة إلى ضم يمينه.

أمّا إذا شهدت أنّها كانت للمدعى فى السابق و لا تدرى ما كانت عليه عند موت المورث يثبت بالبيّنة الملك السابق، فيحكم به و يلزم الورثة العمل بمقتضى الاستصحاب فيما إذا اعترفوا بالملك السابق و احتملوا الانتقال بعد ذلك لسقوط يد الميت عن الاعتبار مع اعترافهم بالملك السابق للمدعى.

أمّا إذا قالوا مع قيام البيّنة بالملك السابق للمدعى أو مع اعترافهم بملكه السابق بأنّ العين عند موت مورثهم كان ملكا له لا للمدعى فلهم على المدعى الحلف على عدمه لانقلاب الدعوى بالبيّنة المزبورة أو بالاعتراف، و أن لا يخلو الانقلاب فى صورة البيّنة بالملك السابق عن المناقشة. و إذا لم تكن فى البين إلّا دعوى المدعى العين و جواب الورثة بعدم علمهم بالحال، فيأتى الكلام فى ذلك أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٧٤

.....

فى جواب المدعى عليه بلا أدرى ان شاء الله تعالى.

الثالث: المنسوب إلى المشهور أنّ الدين على الميت كالدين على الحيّ يثبت بشهادة واحد و يمين المدعى، و عليه اختلفوا فى الحاجة فى ثبوت دعوى الدين على الميت بشاهد و يمين المدعى إلى يمين أخرى من المدعى على بقاء الدين عليه إلى أن مات أو أنّه لا حاجة مع ثبوت الدعوى بشاهد و يمين إلى الأخرى للتداخل، فقد يقال بالحاجة لأنّ اليمين الأولى مع شهادة عدل تثبت أصل الدين و اليمين الأخرى لاستظهار بقاء الدين عليه إلى موته كما يقال إذا كانت شهادة الشاهد و اليمين أول مرة على الدين على الميت إلى أن مات ففى الحاجة إلى اليمين الأخرى اشكال للزوم تكرار اليمين بلا فائدة.

أقول: لو ثبت أنّ حلف المدعى مع شهادة عدل بينه فلا يبعد أن يقال بلزوم تكرار اليمين، حيث يعمه قوله- عليه السلام- ما فى رواية عبد الرحمن، و ان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيّنة فعلى المدعى يمين، فيكون كما إذا ثبت الدين على الميت بشاهد عدل و امرأتين عادلتين، كما هو ظاهر ما ورد فى سماع شهادة النساء مع الرجال فى المالىات أو الدين خاصة.

و أمّا إذا قيل بعدم قيام دليل على التنزيل فلازم ذلك عدم ثبوت الدين على الميت بشاهد واحد، و لو مع يمين المدعى بأكثر من مرّة لقوله- عليه السلام- فى ذيل الرواية: «فإن ادعى بلا بينة فلا حق له» (١).

لا- يقال: ما ورد فى ثبوت دعوى المال بشهادة الواحد مع يمين المدعى مقتضاه ثبوت الدين بهما فى الفرض أيضا، بل ظاهره أنّهما

بينه، خصوصا بملاحظة

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٧٥

.....

ما ورد من أنّ البيّنة على المدعى و اليمين على المدعى عليه، و أنّ الحكم باليمين فيما إذا لم يقيم المدعى البيّنة بدعواه. فإنّه يقال: نعم ما ورد في ثبوت الدين أو مطلق المال بشهادة عدل مع يمين المدعى أو بشهادة رجل و امرأتين أو بشهادة امرأتين و يمين المدعى ظاهره كون ما ذكر بيّنه، إلّا أنّ مقتضى صحيحة محمد بن يحيى اعتبار تعدد الشاهد في البيّنة على دين الميت، و ذلك فإنّ الدين عليه لو ثبت بشهادة عدل و يمين المدعى و لو مع تكرار اليمين لم يكن وجه لتقييد قبول شهادة الوصى على الميت بما إذا كان معه عدل آخر و يمين المدعى، فمقتضى الصحيحة أنّ قبول شهادة الوصى مع عدل آخر يحتاج إلى يمين المدعى، و هذا نوع تخصيص في أدلته اعتبار البيّنة في دعاوى، و لذا يحتاج إلى ضمّها حتى ما لو علم أنّ الميت على تقدير كونه مديونا لم يوفيه و أنّه قد مات و الدين عليه، فدعوى كون اليمين استظهاريا، كما هو ظاهر خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله المتقدمة لا يمكن المساعدة عليها.

نعم لو كان في البين خطاب يكون مدلوله تنزيل يمين المدعى في موارد دعوى المال أو الدين على الغير منزلة شهادة عدل لأنّ القول بكفاية شهادة واحد و يمين المدعى في الدعوى على الميت أيضا أخذًا بعموم التنزيل.

و لكن يمكن المناقشة في الجواب بأنّ كون شهادة عدل آخر مع شهادة الوصى لم يؤخذ قيدا في جواب الإمام- عليه السلام- ليكون مقتضاه أنّ شهادة الوصى بدون انضمام شهادة عدل آخر و لو مع يمين المدعى لا يثبت الدين على الميت، بل قد ذكر ذلك في كلام السائل بفرضه شهادة الوصى مع شهادة عدل آخر فذكر- عليه السلام- أنّ شهادتهما لا تفيد إلّا مع يمين المدعى على الدين على الميت.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٧٦

.....

نعم ذكر ذلك قيدا في الجواب في صدر الرواية في فرض الدعوى للميت على الحيّ فذكر- عليه السلام- تثبت الدعوى إذا انضم إلى شهادة الوصى شهادة عدل آخر مع يمين المدعى، و من الظاهر أنّ الصدر غير معمول به فإنّه لا يعتبر في دعوى الورثة على حيّ بالدين لمورثهم عليه مع شهادة العدلين يمين الورثة فلا بد من أن يترك أو يحمل على عدم قبول شهادة الوصى مطلقا أو في صورة اختلال بعض شرائط الشاهد فيه.

و المتحصل: أنّه لا يبعد القول بثبوت الدين على الميت بشهادة عدل و يمين المدعى، كثبوته بهما على الحيّ و الفرق بينهما أنّ الدين على الحيّ يثبت بشهادة العدلين و لكن الدين لا يثبت على الميت بمجرد شهادتهما بل لا بدّ من ضم اليمين.

و ممّا ذكرنا يظهر أنّه لو ادّعى الوارث على ميت بدين لمورثهم و كان بينهم عدلان يثبت الدين على الميت المدعى عليه بشهادتهما مع اليمين من كل واحد منهم، فإنّ دعوى العدلين بالإضافة إلى سهام الوارث يحسب بينة فتثبت سهامهم بضم اليمين منهم كما إذا دعوى كل منهما بالإضافة إلى دعوى الآخر يحسب شهادة عدل واحد يضمّ إليهما يمينه.

و بتعبير آخر كل من الوارث بالإضافة إلى سهمه من الدين على الميت مدّع، و دعواه بالإضافة إلى سهام الآخرين شهادة. لكن هذا

مبنى على أن المأخوذ لا يكون مشاعا بين جميع الورثة بأن يختص كل واحد من الورثة بما يأخذه من الدين بمقدار سهمه، وإلا تدخل شهادة العدلين من الورثة في شهادة الشريك لشريكه و هي غير مسموعة كما يأتي في الشهادات.

الرابع: أن ما تقدم من توقف ثبوت الدين على الميت على ضم يمين المدعى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٧٧

و لو شهدت على صبي أو مجنون أو غائب ففي ضم اليمين إلى البينة تردّد أشبهه أنه لا يمين (١).

لا- يجرى إذا كان ثبوت الدين عليه بإقرار الميت بالدين له عليه قبل موته، حيث إن اعترافه قبل موته نافذ. نعم إذا كان اعترافه في مرض موته و كان متهما في إقراره فلا ينفذ ذلك الإقرار، كما يشهد بذلك غير واحد من الروايات كصحيحه منصور ابن حازم قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً؟ فقال: إن كان الميت مرضياً فأعطه الذي أوصى له» (١)، و تمام الكلام في كتاب الوصية.

(١) المنسوب إلى الأكثر بل إلى المشهور الحاجة إلى ضم يمين المدعى بالبينة في موارد دعوى الدين على مثل الميت ممن لا لسان له كالصبي و المجنون و الغائب، و عن جماعة بل عن أكثر المتأخرين عدم الحاجة، و يستدل على الحاجة بالتعليل الوارد في رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله «٢» المتقدمة، و لكن لا- يخفى أن الصبي و المجنون ليسا من أهل الوفاء ليندرج احتمال وفائهما في التعليل المزبور، بل الدعوى متوجهة إلى وليهما.

و الغائب و إن لم يكن له لسان إلا أنه على حجته إذا جاء، ففي صحيحه جميل: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينة و يباع ماله و يقضى عنه دينه و هو غائب، و يكون الغائب على حجته إذا قدم، و لا يدفع المال إلى الذي أقام البينة إلا بكفلاء». و على الجملة الميت لا لسان له أصلاً و الغائب لا لسان له فعلاً، فلا يمكن التعدي مما ورد في الأول إلى الثاني.

(١) الوسائل: ج ١٣، الباب ١٦ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ١: ٣٧٦.

(٢) المصدر نفسه: ج ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٧٨

و يدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال (١).

هذا مع ضعف الرواية سندا و العمدة في دعوى الدين على الميت صحيحه محمد بن يحيى الواردة في شهادة الوصي، و لم يرد فيها تعليل.

(١) قد ذكر هذا الحكم في كلماتهم و يستدل على ذلك بصحيحه جميل عن جماعة من أصحابنا، عنهما - عليهما السلام - قال: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينة و يباع ماله و يقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجته إذا قدم، قال: لا يدفع المال إلى الذي أقام البينة إلا بكفلاء» (١).

و الشيخ - قدس سرّه - و إن رواها بسند فيه ضعف «٢»، إلا أن السند الآخر صحيح، حيث روى عن جعفر بن محمد بن قولويه عن أبيه عن سعد بن عبد الله عن أيوب بن نوح عن محمد بن أبي عمير عن جميل، أضيف إلى ذلك أن له - قدس سرّه - إلى جميع كتب محمد بن أبي عمير و رواياته التي منها هذه الرواية طريق صحيح، على ما ذكره في الفهرست، و لا يضّر باعتبارها التعبير عنها بالمرسلة، فإن الإرسال يمثل ما في الرواية من التعبير بالعدة و الجماعة و غير واحد ظاهره عدم انحصار راويها بواحد أو اثنين، و مع كثرة روايته لا يخلو روايته عن الثقة و العدل، كما يظهر بوضوح بملاحظة من روى عنه جميل. و فيما رواه بسند آخر عن جميل بن دراج عن محمد

بن مسلم عن أبي جعفر - عليه السلام - مثله إلا أنه «زاد إذا لم يكن ملياً» (٣).
ومقتضى الجمع بين الكفالة وعدم ملاءة المدعى إن المراد بالكفالة التكفيل

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢١٦.

(٢) التهذيب: ٦/ ٢٩٦، الاستبصار: ٣/ ٤٧.

(٣) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢٠٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٧٩

.....

بمعنى ضمانه المال المدفوع إليه و إلا فبمجرد الكفالة لا تفيد في تدارك ما يفوت على الغائب أحياناً إلا أن السند في تقييد الكفالة بعدم الملائة لا يخلو عن الضعف و مناسبة المقام موجبة لرفع اليد عن اعتبار الكفالة بمعناها الظاهر المعروف.
و ما يقال من أنه لا يمكن الأخذ بظاهر مرسله جميل فإن مقتضاها اعتبار تعدد الكفيل لا يمكن المساعدة عليه، فإن ظاهرها بمناسبة الحكم و الموضوع ارادة الجنس من الجمع المحلى باللام، فلا- مجال في الحكم في المقام، و إن كان لا يبعد كما تقدم أن يكون المراد من الكفيل فيه هو الكفيل بالمال.

و ممياً ذكرنا يظهر أنه لا مجال للتوقف في الحكم بما في رواية أبي البختری عن جعفر عن أبيه عن علي قال: «لا يقضى على غائب» (١)، فإنه مضافاً إلى ضعف سنده مطلق قابل للتقييد بما إذا لم يكن للمدعى كفيل.

بقي في المقام أمر، و هو أنه إذا كانت دعوى المدعى على الغائب سقوط حق الغائب عنه، كما إذا طالب و كيل الغائب الدين لموكله عن المدين و ادعى المدين أنه أداه لموكله فإن كان للمدعى بينة بالأداء أو بالإبراء فهو و إلا يجب عليه الأداء إلى الوكيل و ليس له إحلاف الوكيل على عدم الأداء أو الإبراء، نعم لو ادعى عليه علمه بالأداء و الإبراء فله إحلاف الوكيل على عدم علمه.
و يمكن أن يقال: أنه مع عدم البينة له بالأداء أو الإبراء و إن يكلف بالأداء إلى الوكيل إلا أنه للأخذ بإقرار المدين بالدين عليه للموكل و عدم إثباته الأداء و الإبراء لا لثبوت القضاء في الواقعة و عليه يبقى له على الموكل حق دعوى الأداء.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٤: ٢١٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٨٠

و لو ذكر المدعى أن له بينة غائبة خيره الحاكم بين الصبر و بين إحلاف الغريم (١) و ليس له ملازمته و لا مطالبته بكفيل.

[و أمّا السكوت]

و أمّا السكوت: فإن اعتمده الزم بالجواب فإن عاند حبس حتى يبين (٢)،

(١) إذا كان للمدعى بينة حاضرة بحيث حصل القضاء بها و ثبت الدين على المنكر فلا كلام، أمّا إذا ذكر المدعى أن له بينة غائبة بدينه خيره الحاكم بين إحضار البينة و بين إحلاف المنكر لأنّ كلّاً من إحضارها و استحلاف الغريم حق للمدعى فله اختيار أحدهما و قد تقدم أنّ حلف المنكر مدرك للقضاء مع عدم إقامة المدعى البينة بدعواه لا مع عدمها، و لكن لو لم يستحلف و طلب تأخير القضاء إلى إحضارها لا يكون له ملازمة الغريم بنحو لا يجوز تلك الملازمة مع عدم الخصومة فضلاً عن أن يطلب حبسه أو يطلب

الكفيل، لأن الملاممة فرع ثبوت الحق و حبسه فرع امتناعه عن أداء ما ثبت عليه من الدين، و كذا مطالبة الكفيل. و لكن ربّما يقال: لا بأس بجواز مطالبة المدعى المزبور الكفيل عن خصمه لخوفه من ضياع حقه و لا تتوقف الكفالة على ثبوت الدين بل تصحّ مع الدين المحتمل، و فيه أنّ صحّة الكفالة مع الدين المحتمل لا يوجب جواز إلزام الخصم بالكفالة على الدين المحتمل.

(٢) يبقى الكلام فيما إذا لم يجب الخصم عن الدعوى بأن سكت أو أجاب بأنى لا أدري. فنقول:

لو سكت و لم يجب فالمشهور بين المتأخرين أنّه يلزم بالجواب، فإن عاند حبس حتى يجيب، و ينسب ذلك إلى الشيخين و ابن حمزة أيضا، و قد ذكر الماتن - قدس سرّه - أنّ هذا مروى، و قد تلقى بعض هذا الكلام بالرواية المرسله، و لكن لا أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٨١

و قيل: يجبر حتى يجيب، و قيل: يقول الحاكم إمّا أجبت و إمّا جعلتك ناكلا

يخفى ما فيه.

فإنّه يحتمل أن يكون مراده رواية لى الواجد تحل عقوبته، بدعوى أنّها تعمّ واجد الجواب أيضا، و قد تقدم فى بحث حكم الممتنع عن أداء الدين و لو بدعوى الإعسار أنّ ظاهرها واجد المال، و قيل: إنّ إلزامه بالجواب بعد عناده يكون للأمر بالمعروف و النهى عن المنكر بمراتبهما و لو بالانتهاى إلى الضرب و الإهانة، و يدخل فيهما حبسه.

و فى قول آخر نسب إلى الشيخ - قدس سرّه - فى المبسوط و ابن إدريس و القاضى فى مهذبته و عن العلامة فى القواعد، أنّ الحاكم يقول له إمّا أجبت و إمّا جعلتك ناكلا و رددت اليمين على المدعى، و مع إصراره على السكوت و بعد تكراره ثلاثا، يردّ اليمين على المدعى، فإن حلف ثبت حقه و إمّا سقط.

و لكن قد يناقش فى هذا القول بأنّ السكوت لا يعدّ نكولا و رد اليمين من الخصم أو الحاكم يكون مع الإنكار و النكول لا مطلقا و تدفع المناقشة بأنّه لم يرد فى الروايات عنوان النكول، بل الوارد فيها ردّ المدعى عليه اليمين، كما فى صحيحة محمد بن مسلم «١»، أو أنّه يرد اليمين على المدعى، كما فى صحيحة هشام المتقدمه «٢»، و هذه تعمّ ما إذا كان الراد هو المدعى عليه أو الحاكم.

و بتعبير آخر مقتضى الروايات الدالة على أنّ البيئه للمدعى و اليمين على المدعى عليه كون طلب الحلف فى فرض سكوت المدعى عليه أيضا من حق المدعى، فإن طلب المدعى هذا الحق و أبى المدعى عليه عن أدائه يردّ الحاكم

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٦.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ٣: ١٧٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٨٢

و رددت اليمين على المدعى فإن أصرّ ردّ الحاكم اليمين على المدعى، و الأوّل مروى

اليمين على المدعى أخذا بصحيحة هشام.

و ما ورد فى بعض الروايات «البيئه للمدعى و اليمين على من أنكر» «١»، لا- ينافى ما تقدم لعدم المنافاة بينهما، فيكون اليمين من المدعى عليه منكرا أو ساكتا من حق المدعى.

و قد يقال بعدم الحاجة إلى ردّ الحاكم اليمين على المدعى بإصراره على سكوته و عدم جوابه، بل يحكم الحاكم بثبوت دعوى المدعى، و يستظهر ذلك من صحيحة محمد بن مسلم الواردة فى كيفية إحلاف الأخرس، حيث ورد فيها: «أنّ عليا- عليه السلام- كتب الحلف ثمّ غسله و أمر الأخرس أن يشربه فامتنع فألزمه الدين» «٢»، و ظاهر الصحيحة أنّ أبا عبد الله- عليه السلام- فى مقام بيان

كيفية القضاء فيما إذا كان المدعى عليه أخرس و لم يكن للمدعى بينة، فقله- عليه السلام- في مقام بيان هذا الحكم: «فامتنع فالزمه بالدين»، ظاهره أن مع امتناع الخصم عن الحلف و ردّه على المدعى يحكم بثبوت الدعوى بلا حاجة إلى ردّ الحاكم اليمين. و كذا يستدلّ على ذلك بمعتبرة عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله- عليه السلام- «في الرجل يدعى عليه الحق و لا بينة للمدعى؟ قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلا حق له» (٣)، بدعوى أن ظاهرها كون المدعى عليه مع عدم البينة للمدعى يلزم بالحلف باستحلافه أو يرد اليمين على المدعى فإن لم يفعل شيئاً من ذلك فلا حق له في الاعتراض بثبوت الدعوى.

(١) مستدرک الوسائل: ١٧، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٤: ٣٦٨.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢٢٢.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ١٧٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٨٣

و الأخير بناء على عدم القضاء بالنكول.

و على الجملة إصرار المدعى عليه بسكوته و عدم جوابه عن دعوى المدعى يكون امتناعاً عن الحلف و عن ردّه على المدعى فيحكم بثبوت الدعوى.

و لكن لا يخفى أنّ صحيحة محمد بن مسلم في مقام بيان كيفية إحلاف الأخرس فيما إذا لم يكن للمدعى بينة و كان الأخرس منكراً، أمّا أنّ الأخرس مع امتناعه عن الحلف يحتاج إلى الحكم إلى رد اليمين على المدعى من قبل الحاكم أو من قبله فليست في مقام بيان ذلك، كما يظهر ذلك بملاحظة السؤال في صدرها.

و أمّا معتبرة عبيد بن زرارة فلم يظهر أنّ المراد من قوله- عليه السلام-: «فلا حق له» نفى الحق للمدعى له لو لم نقل بظهوره في نفى الحق للرجل المدعى كما سئل عن حقه مع عدم البينة له بذلك الحق و ذكر الإمام- عليه السلام- أنّ له أن يستحلف المدعى عليه فيحلف أو يرد المدعى عليه اليمين على المدعى المزبور فيحلف هو، فإن لم يفعل أى لم يحلف المدعى بعد ردّ اليمين عليه فلا حق له، يعنى يسقط حقه، فيكون موافقاً لما في غيرها كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما- عليهما السلام-:

«في الرجل يدعى و لا بينة له؟ قال: يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له» (١) هذا أولاً.

و ثانياً: سلمنا ظهورها في أنّ امتناع المدعى عليه عن الحلف و عن ردّه على المدعى يوجب ثبوت دعوى المدعى، لكن هذه الدلالة بالإطلاق، حيث تقبل التقييد بأنّه إذا لم يفعل و رد الحاكم اليمين على المدعى فحلف فلا حق له في الاعتراض، كما أنّ دلالة صحيحة هشام عن أبي عبد الله- عليه السلام- «تردّ اليمين على المدعى» (٢) مطلقة يدل على أنّ القضاء لا يكون إلّا برد اليمين مع عدم إقامة

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٦.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ١٧٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٨٤

.....

المدعى البينة بدعواه، سواء أردّه المدعى عليه أم ردّه الحاكم و بعد سقوط الإطلاق من الجانبين يرجع إلى أصالة عدم نفوذ القضاء بلا بينة و لا يمين.

و ربما يستدل على ردّ الحاكم اليمين مع سكوته عن الجواب بأنّ الحاكم له ردّ اليمين على المدعى فيما إذا كان المدعى عليه منكرا و لم يحلف و لم يردّ اليمين فيكون ردّ الحاكم مع سكوته أولى، و لكن لا يخفى أنّ ردّ الحاكم اعتباره مع إنكار المدعى عليه و نكوله عن الحلف أو الردّ أولّ الكلام و ثانيا ما لا يخفى في دعوى الأولوية.

و قد ظهر ممّا ذكرنا ان الحكم بأنّ المدعى عليه مع إصراره على السكوت يحبس أو يجبر بالجواب بمراتب الأمر بالمعروف غير تام، فيما إذا كان ردّ اليمين من المدعى عليه و الحاكم جائزا، كما في دعوى الأموال، و أمّا فيما لا يجوز للمدعى عليه ردّ اليمين، كما في دعوى الزوجية و نحوها فالإجبار بالجواب متعين و الله العالم.

و إذا أجب المدعى عليه بلا أدري و أنّه جاهل بالحال فقد يقال: أنّه إذا لم يكذب المدعى في دعوى الجهل بالحال فليس له إحلافه، و إلّا أحلفه على عدم العلم و يقال في وجهه أنّه لا- يمكن أن يستحلف على نفى الحق الواقعي، لأنّه يدعى الجهل بالحال و أنّه لا يتمكن من الحلف عليه لعدم علمه، و هذا فيما إذا صدقه المدعى في دعواه الجهل واضح، كما إذا لم يصدقه و لم يكذب فإنّه لا يجوز له إحلافه أيضا لعدم كون المدعى جازما بعلمه بالحال، و قد تقدم اعتبار الجزم في سماع الدعوى نعم إذا كذّب في دعوى الجهل بأن قال أنت عالم بحقّي فله حينئذ إحلافه على عدم علمه بالحال.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٨٥

.....

و قد يقال بأن المدعى في الفرض بما أنّه جازم بحقّه على خصمه فدعواه في الحق عليه مسموعة، و بما أنّ حق المدعى لا ينحصر في خصوص استحلاف المدعى عليه، بل حقّه حلفه أو رد الحلف عليه لما تقدم من أنّ الحق للمدعى لا ينحصر بما إذا كان خصمه منكرا، بل على المدعى عليه أمّا اليمين أو ردّها على المدعى، و المدعى عليه متمكن عن الردّ على المدعى و ان لم يتمكن من الحلف مباشرة فيتعين عليه الردّ أخذا بما دلّ على أنّ المدعى عليه يحلف أو يرد اليمين و على ذلك فلا تفيده دعوى الجهل بالحال سواء كذّب المدعى أو صدقه أو قال لا أصدقه و لا أكذّب لأنّ غاية تصديقه أنّه قد نسي الدين عليه، و هذا لا يوجب عدم سماع دعواه بالدين عليه إذا كانت جزئية كما هو الفرض.

نعم إنّما يتم ذلك فيما إذا كانت الدعوى حقا ماليا يجوز على المدعى عليه فيها ردّ اليمين على المدعى، أمّا في مثل دعوى الزوجية فلا تسمع دعوى المدعى مع عدم البيّنة بدعواه و تصديقه بأنّ المدعى عليه جاهل بالحال و أنّه نسيه أو مع عدم تكذيبه في جوابه بلا أدري، حيث يعترف بأنّه ليس له حق الاستحلاف لعدم تمكن المدعى عليه من الحلف. نعم لو ادّعى عليه العلم بالحال يكون له استحلاف المدعى عليه على عدم علمه بالحال.

و يؤيد ذلك ما في ذيل رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله المتقدمة في حكم الدعوى على الميت فإنّه قد ورد فيها: «فإن ادّعى بلا بيّنة فلا- حق له لأنّ المدعى عليه ليس بحيّ و لو كان حيّا لألزم اليمين أو الحق أو يردّ اليمين عليه» «١»، و مقتضى التعليل أنّ مع الدعوى على الحيّ لا يخلو أمر المدعى

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٨٦

.....

عليه عن التزامه بالحق باعترافه به أو اليمين على نفيه أو برد اليمين على المدعى.

و دعوى أن مورد الأخبار الواردة في ردّ اليمين هو ما إذا أمكن للمدعى عليه الحلف ففي مثل ذلك شرع ردّ اليمين على المدعى و أنه كيف تكون دعوى المدعى مسموعة مع عدم البيّنة بدعواه و تصديقه بأنّ خصمه يعمل على طبق وظيفته الشرعية من أصالة عدم اشتغال ذمته بشيء لا يمكن المساعدة عليها، فإنّ الوارد في تلك الأخبار يمين المدعى عليه و إطلاقه يعم المنكر و غيره إلا أن يقال بعدم صدق الدعوى مع اعتراف الشخص بأنّ الآخر يعمل على وظيفته الشرعية و هو كما ترى.

نعم إذا أجاب خصمه بلا أدري فلا يجوز له مطالبته باليمين أو الرد في الموارد التي ذكرنا عدم جواز ردّ اليمين على المدعى فيها، فلا تسمع فيها الدعوى إلا بالبيّنة أو اعتراف خصمه إلا أن يدعى على خصمه، العلم بالحال، و في الفرض يجب عليه الحلف على نفي علمه و إلاّ يجبر على الاعتراف بحق المدعى أو على الحلف على نفي علمه، على ما تقدم في امتناع من يمتنع عن الجواب عن دعوى المدعى بالسكوت.

لكن مع ذلك لا يبعد دعوى أن حق المدعى من المدعى عليه ينحصر بإحلافه، و الرد على المدعى حق للمدعى عليه لا للمدعى و إذا اعترف المدعى بأنّ خصمه لا يدري أو قال لا- أدري أنّه عالم بحقّي أم لا فهذا اعتراف منه بعدم حق له في الاستحلاف، فلا موجب للرد على المدعى في الفرض، و الله العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٨٧

و لو كان به آفة من طرش أو خرس (١) توصل إلى معرفة جوابه بالإشارة المفيدة لليقين و لو استغلقت إشارته بحيث يحتاج إلى المترجم لم يكف الواحد و افتقر في الشهادة بإشارته إلى مترجمين عدلين.

(١) يعني لو كان للمدعى عليه طرش لا- يسمع ما يقال بحيث يتميز، أو خرس لا يتكلم، توصل إلى معرفة جوابه بإشارته التي تفيد اليقين بمراده من الإقرار و الإنكار، و لو لم يمكن حصول اليقين بمراده بحيث احتيج إلى مترجم فلا- بدّ من مترجمين عدلين، لأنّ ترجمتهما شهادة بجواب الخصم.

أقول: الترجمة ليست شهادة و لذا تسمع ترجمه شهادة الشاهدين في حقوق الله و لو كانت شهادة لم تقبل لعدم اعتبار الشهادة بالشهادة في حقوق الله، بل إنّها بيان مراد الغير من فعله أو قوله فيعتبر أن يكون من أهل خبرة ذلك، و يكفي فيه الوثاقة فلا يعتبر فيه العدالة فضلا عن التعدد. و لعلّ ما ذكر في الجواهر من أنّ الترجمة من قرينه الظن بالمراد لا الشهادة راجع إلى ما ذكرنا.

استدراك: بقي ممّا يقول المدعى عليه في الجواب أمر، و هو أنّه إذا أجاب المدعى عليه بأنّ المال للغير، يعني لفلان و لو صدقه الغير اعترافه و قال نعم المال لي يكون المقرّ له خصما للمدعى، فإن أقام بينه بأنّ المال له أخذ المال سواء أ كان بيده أم بيد المقرّ و ليس للمدعى بعد أخذه المال دعوى على المقرّ، حيث أنّه قد أخذ ماله، أمّا إذا لم يكن له بينه فإن حلف المقرّ له على عدم كون المال له سقط دعواه المال على المقرّ له كما يسقط دعواه مطلقا إذا ردّ المقرّ له الحلف عليه فلم يحلف أو ردّه الحاكم عليه فلم يحلف، لأنّ عدم حلفه إسقاط لحقه في دعوى العين، فلا يبقى للدعوى على المقرّ مورد.

و يجوز له الدعوى على المقرّ فيما إذا حلف المقرّ له على نفي دعواه، كما أنّه

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٨٨

[مسائل تتعلق بالحكم على الغائب]

إشارة

مسائل تتعلق بالحكم على الغائب:

[الأولى: يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً]

الأولى: يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً (١) مسافراً كان و حاضراً، وقيل يعتبر في الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم.

يجوز له دعوى العين من الابتداء على المقر بأنه قد دفع ماله إلى الغير أو أتلفه عليه بإقراره بأن العين للآخر و لو حلف المقر على أنه لم يدفع ماله إلى الغير و انه لم يتلف عليه المال بإقراره فهو و إنما فيرد اليمين على المدعى أو ردّها الحاكم عليه بنكوله فحلف أنّ العين كانت له يغرم للمدعى بدل المال، كما هو مقتضى ثبوت إتلاف المقرّ على المدعى ماله بإقراره أنّ العين للمقر له، هذا كلّه فيما إذا صدق المقرّ له المقر في اعترافه، أمّا إذا قال بأنّ المال لا أدري أنّه لى أم لا ينحصر خصم المدعى على المقرّ. فإن كان للمدعى بينه أخذ بدل العين من المقرّ لإتلافه العين على المدعى بإقراره بأنّ العين للغير، و كذا إذا لم تكن بينه و لم يحلف المقر على عدم كون العين له و أنّه لم يتلف عليه ماله بإقراره بأنّها للغير بل ردّ اليمين عليه أو ردّها الحاكم عليه بعد نكول المقرّ، و الله سبحانه هو العالم.

(١) الوارد في جواز القضاء هو عنوان الغائب لا- عنوان المسافر ليدعى انصرافه إلى ما يكون السفر شرعياً، بل لا يبعد صدقه على الحاضر في البلد إذا تمّ اعلامه بالحضور بالمرافعة و أخفى نفسه و امتنع عن الحضور لصدق الغائب عليه عرفاً. أمّا إذا لم يتمّ الاعلام و لم يحضر لعدم اطلاعه بالدعوى عليه فظاهر إطلاق كلمات جملة من الأصحاب جواز الحكم عليه، و لكن في جواز القضاء عليه تأملاً، و مثل الممتنع عن الحضور بعد اعلامه من تعذّر عليه الحضور بنفسه بعد اعلامه، حيث أنّ تعذر حضوره بنفسه لا يوجب أن لا يصدق عليه عنوان الغائب،

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٨٩

[الثانية: يقضى على الغائب في حقوق الناس]

الثانية: يقضى على الغائب في حقوق الناس كالديون و العقود، و لا- يقضى في حقوق الله تعالى كالزنا و اللواط لأنّها مبيّنة على التخفيف، و لو اشتمل الحكم على الحقيقين قضى بما يخص الناس، كالسرقة يقضى بالغرم و في القضاء بالقطع تردد.

خصوصاً فيما كان متمكناً على التوكيل في المرافعة.

ثمّ إنّ ظاهر القضاء هو فصل الخصومة فلا- يعم موارد الحكم بثبوت موجب الحدّ كالزنا و اللواط و غيرهما ممّا يترتب على مرتكبه الحدّ، فلا حاجة في الحكم بعدم مشروعية القضاء في حدود الله سبحانه إلى التشبث بحديث درء الحدود بالشبهة «١» أو بغيره كما لا يخفى.

نعم قد يقال: إذا ترتب على ثبوت المدعى به كل من التبريم و الحد كدعوى السرقة فبالحكم على الغائب بسرقة المال يثبت الموضوع لإجراء الحدّ أيضاً، حيث أنّه لا دليل على أنّ القضاء بثبوت موجب الحدّ يحتاج إلى حضور من يجرى عليه الحدّ.

و يمكن دفعه بأنّ الدليل على اعتبار الحضور هو أنّ للشخص أن يبطل الحجّة التي هي مستند ثبوت موجب الحدّ، و بما أنّ المعلوم من مذاق الشرع أنّ بناء الحدود على التخفيف و الممانعة عن ثبوت موجبها كان سبيل لها، كما يظهر ذلك من الروايات الواردة في ثبوت الزنا بالإقرار بأربع مرات «٢»، فلا يجوز للحاكم أن يأذن الحدّ أو يوكل شخصاً في إجراء الحدّ على الغائب الذي لم يحضر مجلس ثبوت الحدّ، مع احتمال أنه أنّ عنده ما يوجب بطلان الحجّة المزبورة. و لا مانع عن تفكيك ثبوت التبريم عن ثبوت الحدّ إذا

كان الثبوت تعدياً.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٤: ٣٣٦.

(٢) المصدر نفسه: الباب ١٦ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٥ و ٦: ٣٢٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٩٠

[الثالثة: لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل فادعى الغريم التسليم إلى الموكل و لا بينة]

الثالثة: لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل فادعى الغريم التسليم إلى الموكل و لا بينة، ففي الإلزام تردد (١) بين الوقوف في الحكم لاحتمال الأداء و بين الحكم و إلغاء دعواه لأن التوقف يؤدي إلى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء، و الأول أشبه.

(١) إذا كان صاحب الحق غائباً و طالب وكيله الغريم بحق موكله، و ادعى الغريم أنه قد أدى المال لموكله أو أن موكله قد أبرأه و لم يكن لدعواه بينة فهل للوكيل إلزام الغريم بالأداء أو ليس له إلزامه به؟

فقد يقال: أنه لا يحكم على الغريم بلزوم الأداء من غير فرق بين ثبوت الدين عليه باعترافه أو بالبينة لاحتمال أدائه أو إبراء موكله. و قد يقال: أنه لو لم يحكم بلزوم الأداء لم يمكن مطالبة الحق بالوكلاء و لا يفيد دعوى الغريم بلا بينة بعد اعترافه بالدين عليه أو قيام البينة به و ذكر أصحاب هذا القول بأنه ليس للغريم إحلاف الوكيل على عدم الأداء إلى موكله أو عدم إبرائه، لأن دعوى الأداء أو الإبراء متوجه إلى الموكل الغائب لا إلى وكيله.

نعم لو ادعى الغريم على الوكيل علمه بالأداء المزبور أو الإبراء حلف على عدم علمه.

أقول: في النفس مما ذكر من إلزام الغريم بالأداء شيء، فإن حكم الحاكم بالاشتغال فعلاً، و أن الغريم ملزم بالأداء لا يستند إلى البينة القائمة بثبوت أصل الدين و لا بإقرار الغريم بثبوت سابقاً، حيث لا مخاصمة في الثبوت سابقاً، بل يستند إلى الاستصحاب و الاستصحاب غير داخل في مدرك القضاء، إلا أن يقال أن مع اعتراف الغريم بالوكالة للوكيل عن موكله مع عدم دعواه على الوكيل العلم بالأداء أو الإبراء اعترافاً بأنه يعمل بوظيفته الوكالة شرعاً، فيلزم بالأداء مع عدم البينة له، كما هو الحال في دعواه إبراء الموكل أيضاً.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٩١

[المقصد الرابع: في كيفية الاستحلاف]

إشارة

المقصد الرابع: في كيفية الاستحلاف و البحث فيه في أمور ثلاثة:

[الأول: في اليمين]

إشارة

الأول: فى اليمين:

و لا يستحلف أحد إلّا بالله و لو كان كافرا (١).

(١) البحث فى كيفية الاستحلاف و ما يترتب على اليمين يقع فى أمور:

الأول فى اليمين و ما يحلف به، الثانى: فى يمين المنكر و المدعى، و الثالث: فى اليمين مع الشاهد الواحد.

أمّا الأول: فظاهر الأصحاب من غير خلاف يعرف أنه لا يصحّ الحلف و لا يترتب عليه الأثر من سقوط الدعوى و الحق أو ثبوته بغير الله سبحانه كالنبي صلى الله عليه و آله و سلم و الإمام - عليه السلام - و المشاهد المشرفة و الكتب المنزلة و غير ذلك ممّا له حرمة، و ظاهرهم عدم تعين لفظ الجلالة، بل يجوز بكلّ من أسمائه تعالى.

و فى صحيحه محمد بن مسلم قال: «قلت لأبى جعفر - عليه السلام - قول الله عزّ و جلّ وَ اللَّيْلِ إِذْ يَعْشَى (١)»، و النَّجْمِ إِذْ هُوَ (٢) و ما أشبه ذلك فقال:

إِنَّ لَّهٗ عَزَّ وَ جَلَّ أَنْ يَقْسَمَ مِنْ خَلْقِهِ بِمَا شَاءَ وَ لَيْسَ لَخَلْقِهِ أَنْ يَقْسَمُوا إِلَّا بِهِ (٣)، و نحوها صحيحه على بن مهزيار (٤)، و فى صحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: «فى كتاب علىّ أنّ نبيا من الأنبياء شكّا إلى ربّه فقال: يا ربّ كيف أقضى فيما لم أر و لم أشهد؟ قال: فأوحى الله إليه: احكم بينهم بكتابتى

(١) الليل: ١.

(٢) النجم: ١.

(٣) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٩١.

(٤) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣: ١٩١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٩٢

.....

و أضفهم إلى اسمى فحلفهم به و قال: هذا لمن لم تقم له بينة (١) و قريب منها غيرها.

و مقتضى مثل هذه الروايات جواز الحلف بكل اسم لله سبحانه، بل مقتضاها عدم اعتبار العريية، و أنّه يصحّ الحلف بكل اسم يرادف اسمه سبحانه من سائر اللغات، خصوصا بملاحظة ما فى كتاب على - عليه السلام - من شكايته نبي من الأنبياء و الوحى إليه حيث لم يقيد فيها بكون النبي عربيا و لهذا يكون دعوى انصراف اسم الله إلى لفظ الجلالة بلا موجب.

و أيضا لا يبعد جواز الحلف بكل دالّ عليه سبحانه كقوله: و الذى أنزل المطر و أنبت الأرض لصدق الحلف بالله سبحانه عليه، بل يصدق أنّه حلف باسمه سبحانه، لأنّ المراد بالاسم ليس العلم الشخصى، فإنّ أسماء الله سبحانه ليس كلّها من قبيل العلم الشخصى.

ثمّ إنّ المراد بعدم صحّة الحلف بغير الله سبحانه عدم جواز ترتب القضاء و غيره من وجوب الوفاء به و ترتب الكفارة على حثه، أمّا الحلف المعاملى بأن يصلح ما يدعيه من الحقّ بحلف غريمه بغير الله سبحانه من سائر المحترمات فلا بأس به، كما إذا قال لمدعى الأداء أصالح دينى بأن تحلف لى بالأداء بصاحب راية الحسين، أخذا بما دل على نفوذ الصلح و نفوذه.

نعم إذا كان الحلف بشيء أمرا محرّما على ما قيل فى الحلف بالطلاق و العتاق و بالبراءة فلا يجوز لعدم شمول وجوب الوفاء بالعقد على الفرض المزبور، كما إذا صلح حقّه على الآخر بشره الخمر.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٩٣

وقيل: لا يقتصر في المجوسى على لفظ الجلالة بل يضم إلى هذه اللفظة الشريفة ما يزيل الاحتمال لأنه يسمى النور إليها (١)، و لا يجوز الإحلاف بغير أسماء

(١) قال الشيخ في المبسوط أنه يطلب في استحلاف المجوسى أن يضيف إلى لفظ الجلالة أمرا لينحصر مدلوله بالله سبحانه و الله الذى خلق النور و الظلمة أو بالله الذى خلق كل شىء، و وجه الإضافة أن المجوسى يرى النور إليها، فلعل فى حلفه أراد النور فلا يكون حالفا بالله سبحانه.

و ناقش فى الجواهر بما حاصله: أن اضافة خالق النور أو كل شىء إلى لفظ الجلالة لا تقتضى أن يريد المجوسى الحالف ذاته المقدسة مع أن المعتبر فى الحلف ارادة المحلف لا- الحالف، و لو طلب الحاكم الحلف بالله سبحانه و علمنا أن الحالف يريد بلفظ الجلالة غير ذاته المقدسة فلا- يضر فى القضاء و الحكم، و الحاصل أن الإطلاق فى الروايات الواردة فى الحلف بالله مقتضاها عدم اعتبار الزيادة و الإضافة.

أقول: مقتضى الإطلاق و إن كان ما ذكره فيما إذا احتمل إجابة المجوسى أو غيره بالحلف الذى طلبه الحاكم، أما إذا علم خلافه و أنه أراد غيره فلا يكفى فى القضاء لعدم صدق الحلف بالله عزّ و جلّ عليه.

و دعوى أن الحلف يتبع ارادة المحلف دون الحالف لا يمكن المساعدة عليها، لأن حلف بالله سبحانه فعل الحالف، أضف إلى ذلك صحيحة صفوان قال: «سألت أبا الحسن - عليه السلام - عن الرجل يحلف و ضميره على غير ما حلف عليه؟ قال: اليمين على الضمير» (١)، فإنها و إن كانت ناظرة إلى قصد الحالف فى المحلوف عليه إلا أنه لا يحتمل الفرق بينه و بين المحلوف به. و نحوها صحيحة إسماعيل بن سعد الأشعري (٢).

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٩.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ١٧٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٩٤

الله سبحانه كالكتب المنزلة و الرسل المعظمة و الأماكن المشرفة و لو رأى الحاكم

نعم فى رواية الصدوق اليمين على الضمير يعنى ضمير المظلوم (١)، لكن هذه لا تكون قرينة على رفع اليد عن ظهور الصحيحتين لاحتمال كون التفسير من الصدوق - قدس سرّه - مع ضعف سندها، لأنّ سنده إلى إسماعيل بن سعد الأشعري مجهول. و على الجملة ظاهر الأصحاب، بل المصرح به فى كلام الأ- أكثر عدم الفرق فى القضاء بالحلف بالله بين الحالف المسلم و الكافر بأقسامه.

و تشهد لذلك جملة من الروايات كصحيحة سليمان بن خالد عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: «لا يحلف الرجل اليهودى و لا النصرانى و لا المجوسى بغير الله إن الله عزّ و جلّ يقول فَاَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ» (٢) «٣»، و صحيحة الحلبي قال:

«سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن أهل الملل يستحلفون فقال: لا تحلفوهم إلا بالله عزّ و جلّ» (٤)، و موثقة سماعة عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: «سألته هل يصلح لأحد أن يحلف أحدا من اليهود و النصرارى و المجوس بآلهتهم؟ قال: لا يصلح لأحد أن يحلف أحدا إلا بالله عزّ و جلّ» (٥) و إطلاق هذه يعمّ غير الطوائف الثلاثة أيضا.

لكن في مقابلها ما ظاهره جواز حلف أهل سائر الأديان بما يعتقدون، وفي معتبرة السكوني عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «أن أمير المؤمنين - عليه السلام - استحلف يهوديا بالتوراة التي أنزلت على موسى - عليه السلام -» (٦).

(١) الفقيه: ٣/ ٢٣٣، ح ٣٠.

(٢) المائدة: ٤٨.

(٣) الوسائل: ج ١٦، الباب ٣٢ من أبواب الأيمان، الحديث ١: ١٩٦.

(٤) الوسائل: ج ١٦، الباب ٣٢ من أبواب الأيمان، الحديث ٣: ١٩٦.

(٥) الوسائل: ج ١٦، الباب ٣٢ من أبواب الأيمان، الحديث ٥: ١٩٦.

(٦) المصدر نفسه: الحديث ٤: ١٩٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٩٥

إحلاف الذمى بما يقتضيه دينه أردع جاز.

و ربما يقال إنها في واقعة خاصة، و يحتمل اختصاصه بالإمام - عليه السلام -، أو أن المراد أنه - عليه السلام - استحلفه بمنزل التوراة على موسى - عليه الصلاة و السلام -، أو أن استحلاف المزبور وقع تغليظا بأن استحلفه به زيادة على الحلف بالله، لكن كل ذلك كما ترى، و في صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما - عليهما السلام - قال: «سألته عن الأحكام فقال: في كل دين ما يستحلفون به» (١)، و في صحيحة محمد بن قيس قال: «سمعت أبا جعفر - عليه السلام - يقول: قضى على - عليه السلام - فيمن استحلف أهل الكتاب يمين صبر أن يستحلفه بكتابه و ملته» (٢).

و لهذا ذكر جماعة منهم الماتن - قدس سره - أنه لو رأى الحاكم أن إحلاف الذمى بما يقتضيه دينه أردع جاز بلا فرق بين أن يكون المترافعان ذميين أو تكون المرافعة بين المسلم و الذمى.

لا يقال: كيف يجوز القضاء بحلفهم بما يعتقدون و إن كان حلفهم به أردع مع أن الطائفة الأولى تدل على عدم جواز إحلاف أحد بغير أسماء الله سبحانه.

فإنه يقال: لا معارضة بين الطائفتين، فإن الطائفة الثانية أخص بالإضافة إلى الأولى، حيث إن الطائفة الأولى تمنع عن إحلافهم بغير الله عز و جل، سواء أ كان بما يعتقدون من كتابهم و دينهم أم بغيره، و الثانية أى المجوزة تختص بما يعتقدون به من كتابهم و دينهم فيرفع اليد عن إطلاق الأولى بالثانية، و على تقدير الإغماض فالطائفة الثانية كالنص في جواز إحلافهم بكتابهم و دينهم، و ظاهر الأولى المنع فيرفع اليد عن ظهور المنع بثبوت الترخيص في الحلف بما يعتقدون، فيكون المراد بالمنع أولوية اختيار الاستحلاف بالله عز و جل، و على تقدير المعارضة

(١) الوسائل: ج ١٦، الباب ٣٢ من أبواب الأيمان، الحديث ٤ و ٧ و ٨: ١٩٨.

(٢) الوسائل: ج ١٦، الباب ٣٢ من أبواب الأيمان، الحديث ٤ و ٧ و ٨: ١٩٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٩٦

.....

فلا ترجيح للأولى على الثانية، فيرجع بعد تساقطهما إلى الإطلاق في قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و

الأيمان» (١).

اللهم إله أن يقال: أن المراد بالأيمان انحلالها بحسب الحالفين لا- بحسب أنواع الحلف كما هو الحال في البيئات. و ظاهر صحيحة سليمان بن خالد هو المرجع بعد تساقط الإطلاقين، حيث ورد فيها أحكم بينهم بكتابي و أضفهم إلى اسمي فحلفهم به، إله أنك قد عرفت أنه لا- تصل النوبة إلى المعارضة، فالأظهر جواز حلفهم بما يعتقدون من كتابهم و دينهم بلا فرق بين كونه أودع أم لا، إله أن الأولى بل الأحوط استحلافهم باسم الله سبحانه و الله العالم.

بقي في المقام أمران:

الأول: قد يقال أن إحلاف الكافر بالله سبحانه أو بما يعتقد على كراهية أو بدونها فيما إذا كان ذميا، أما الحربى سواء أ كان من أهل الكتاب أم كان من أهل الشرك و الإلحاد فلا تسمع دعواه على المسلم، و لا تحتاج دعوى المسلم عليه إلى البينة لتصل النوبة مع عدمها إلى حلف الحربى، و ذلك فإنه لا حرمة للكافر الحربى و المشرك و الملحذ نفسا و عرضا و مالا و القضاء و فصل الخصومة لإيصال الحق إلى المحق أو رفع يد غير المحق عن حق الغير فلا موجب لإحلاف الحربى أصلا.

نعم إذا لم يتمكن المسلم فى مورد التخلص من الحربى إلهما بالقضاء أو استحلافه فيكون الواقع صورة القضاء و الاستحلاف وسيلة للإنقاذ أو التخلص منه لا للقضاء الشرعى، و عليه فيجوز الإنقاذ و التخلص بكل وسيلة مشروعاً

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٩٧

.....

و منها إحلافه بما يعتقد. و دعوى أن الملحذ و المشرك ربما يكون معاهدا فيحتاج إلى القضاء لا يمكن المساعدة عليها، لأن غاية المعاهدة ثبوت الحكم التكليفى يعنى عدم جواز التعرض عليه نفسا و عرضا و مالا- أيضا، و لا يوجب ثبوت الحكم الوضعى يعنى الضمان.

الثانى: قد يقال: بعدم جواز الحلف بغير الله سبحانه تكليفا من غير فرق بين مقام القضاء و غيره و أنه لا يترتب على الحلف المزبور أثر من جواز القضاء و كفارة الحنث، بل لا تجوز المصالحة بالحلف بغير الله لحرمة.

و يستظهر عدم جوازه من بعض الروايات، كصحيحة على بن مهزيار قال:

«قلت لأبى جعفر الثانى - عليه السلام - جعلت فداك فى قول الله عزّ و جلّ وَ اللَّيْلِ إِذْ يَغْشَى وَ النَّهَارِ إِذْ تَجَلَّى وَ قوله عزّ و جلّ وَ النَّجْمِ إِذْ هُوَ وَ ما أشبه هذا؟

فقال: إن لله عزّ و جلّ يقسم من خلقه بما شاء و ليس لخلقه أن يقسموا إله به عزّ و جلّ» (١)، و نحوها صحيحة محمد بن مسلم (٢)، و فى رواية الحسين بن زيد عن الصادق - عليه السلام - عن آبائه عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم فى حديث المناهى: «أنه نهى أن يحلف الرجل بغير الله، و قال: من حلف بغير الله فليس من الله فى شىء، و نهى أن يحلف الرجل بسورة من كتاب الله عزّ و جلّ و قال: من حلف بسورة من كتاب الله فعليه بكل آية منها كفارة يمين فمن شاء برّ و من شاء فجر، و نهى أن يقول الرجل للرجل لا و حياتك و حياة فلان» (٣)، و عن غوالى اللالكى عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم: «من حلف بغير الله أشرك، و فى آخر: فقد كفر» (٤).

(١) الوسائل: ج ١٦، الباب ٣٠ من أبواب الايمان، الحديث ١: ١٩٠.

(٢) الوسائل: ج ١٦، الباب ٣٠ من أبواب الايمان، الحديث ٢: ١٩٠.

(٣) الوسائل: ج ١٦، الباب ٣٠ من أبواب الايمان، الحديث ٣: ١٩٠.

(٤) المستدرک: ١٦، الباب ٢٤، من أبواب الأيمان، الحديث ٣: ٦٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٩٨

.....

و ظاهر عبارة الماتن يعطى عدم الجواز، و عن الدروس و الروضة و فى تحريمه أى الحلف بغير الله فى غير الدعوى نظر من الخبر و الحمل على الكراهة، و أما الحلف بالطلاق و العتاق و البراءة فحرام قطعاً.

أقول: القول بالتحريم ضعيف، غاية لجريان السيرة القطعية من المشرعة الحلف بسائر المحترمات و لو كان هذا أمراً محرماً لكانت حرمة من المسلمات، و فى صحيحه صفوان بن يحيى عن أبى جرير القمى قال: «قلت لأبى الحسن - عليه السلام -: جعلت فداك قد عرفت انقطاعى إلى أيبك ثم إليك ثم حلفت له و حق رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و حق فلان و فلان حتى انتهيت إليه أنه لا يخرج ما تخبرنى به إلى أحد من الناس و سألته عن أبيه أحي هو أم ميت؟ فقال: قد و الله مات - إلى أن قال -: قلت: فأنت الإمام؟ قال: نعم» (١).

و لو كان الحلف بغير الله محرماً لمنع الإمام - عليه السلام - الحلف بحق رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و سائر الأئمة، بل كان المناسب لصفوان أن يذكر له حرمة هذا الحلف، و فى معتبره مروك بن عبيد عن محمد بن يزيد الطبرى قال: «كنت قائماً على رأس الرضا - عليه السلام - بخراسان - إلى أن قال -: فقال: بلغنى أن الناس يقولون إننا نزع من الناس عبيد لنا، لا و قرابتى من رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ما قلته قط و لا سمعت أحداً من آبائى و لكنى أقول: ان الناس عبيد لنا فى الطاعة موال لنا فى الدين» (٢).

و المتحصل: أن ما ورد فى صحيحه على بن مهزيار و غيرها يكون المراد منه أن ما يترتب على حلف العباد من حرمة الحنث و قطع المخاصمة به لا - يترتب على غير الحلف بالله أو على استحباب اختيار الحلف بالله فى مقام الحاجة إلى الحلف أو تعيينه، كما فى الحلف الذى يترتب عليه القضاء.

(١) الوسائل: ج ١٦، الباب ٣٠ من أبواب الأيمان، الحديث ٦: ١٩٣.

(٢) الوسائل: ج ١٦، الباب ٣٠ من أبواب الأيمان، الحديث ٧: ١٩٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٩٩

و يستحب للحاكم تقديم العظة على اليمين (١) و التخويف من عاقبتها، و يكفى أن يقول: قل: و الله ماله قبلى حق، و قد يغلظ اليمين بالقول و الزمان و المكان لكن ذلك غير لازم و لو التمس المدعى بل هو مستحب استظهاراً فى الحكم.

(١) يستحب للحاكم أن يقدم على اليمين وعظ من عليه اليمين بكراهة اليمين الصادقة، و لو بدعوة المتخاصمين إلى المصالحة و التخويف من اليمين الكاذبة و منع جحد حق الناس عليه و التعدى عليهم بما فى الآيات و الروايات نظير قوله سبحانه و لا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ (١)، و ما فى معتبره السكونى عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من أجل الله أن يحلف به أعطاه الله خيراً مما ذهب منه» (٢)، و ما فى صحيحه محمد بن يحيى الخزاز قال:

«سمعت أبا عبد الله - عليه السلام - يقول: لا تحلفوا بالله صادقين و لا كاذبين» (٣)، و ما فى صحيحه أبى عبيدة الحذاء و غيرها من «أن اليمين الكاذبة و قطعية الرحم تذران البلاد بلاقع من أهلها» (٤) أى خالية من أهلها و «إن الحلف بالله كاذباً مبارزة لله سبحانه» (٥) و

غير ذلك.

حيث إن مقتضى قوله سبحانه وَ ذَكَرْ فَإِنَّ الذُّكْرَ تَنْفَعُ الْمُؤْمِنِينَ «٦»، و ما دلّ على الاحتياط في حقوق الناس هو استحباب العظة و التخويف ممّا يترتب على اليمين كاذبا.

و ممّا ذكر يظهر وجه استحباب التعليل في اليمين قولاً و زماناً و مكاناً، و وجه

(١) البقرة: ٢٢٤.

(٢) الوسائل: ج ١٦، الباب ١ من أبواب الأيمان، الحديث ٣: ١٤٠.

(٣) الوسائل: ج ١٦، الباب ١ من أبواب الأيمان، الحديث ٥: ١٤٠.

(٤) المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب الأيمان، الحديث ١: ١٤٤.

(٥) المصدر نفسه: الحديث ٤: ١٤٥.

(٦) الذاريات: ٥٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٠٠

فالتعليل بالقول مثل أن يقول: قل: و الله الذي لا إله إلا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك، الذي يعلم من السرّ ما يعلمه من العلانية، ما لهذا المدعى على شيء ممّا ادعاه، و يجوز التعليل بغير هذه الألفاظ ممّا يراه الحاكم.

الظهور أنّ المراد بالتعليل طلب الحاكم ممّن عليه اليمين الغلظة في اليمين فإنّ هذا التعليل نوع احتياط في إيصال الحقوق إلى ذويها و قد شرع القضاء لغاية فصل الخصومة و التمكين على وصول ذي الحق إلى حقه.

و لا- يبعد استفادة التعليل قولاً ممّا ورد في إحصاف الأخرس «١»، و ما روى في قرب الاسناد عن الحسن بن ظريف عن الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه- عليهما السلام:- «انّ عليا- عليه السلام- كان يستحلف النصارى و اليهود في بيعهم و كنائسهم و المجوس في بيوت نيرانهم و يقول: شددوا عليهم احتياطاً للمسلمين» «٢» و لعلّ في قوله سبحانه تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ «٣» إشارة إلى التعليل من حيث الزمان، و المكان و قد ورد أيضا التعليل في الدعوى على الميت.

و على الجملة فالمنسوب إلى المشهور استحباب التعليل في اليمين و أنّه ثابت في جميع الحقوق عدا المال فإنّه لا تعليل فيما دون نصاب القطع من المال.

و يستدل على الاستثناء برواية محمد بن مسلم و زرارة عنهما- عليهما السلام- جميعاً قالوا: «لا يحلف أحد عند قبر النبي صلى الله عليه و آله و سلم على أقل ممّا يجب فيه القطع» «٤»، و لكن الدلالة مبتنية على كون لا يحلف بالتشديد، أضف إلى ذلك ضعف سندها.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢٢٢.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٢٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ٢١٩.

(٣) المائدة: ١٢٤.

(٤) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢١٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٠١

و بالمكان كالمسجد و الحرم و ما شاكلة من الأماكن المعظمة.

و بالزمان كيوم الجمعة و العيد و غيرهما من الأوقات المكرمة.

و يغلظ على الكافر بالأماكن التي يعتقد شرفها و الأزمان التي يرى حرمتها، و يستحب التغليظ في الحقوق كلها و إن قلت عدا المال فإنه لا يغلظ فيه بما دون نصاب القطع.

[فرعان]

إشارة

فرعان:

[الأول: لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لم يجبر]

الأول: لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لم يجبر و لم يتحقق بامتناعه النكول (١).

(١) المشهور ان استحباب التغليظ للحاكم بأن يطلب ممن عليه اليمين اليمين المغلظة و أما الحالف فلا استحباب في حقه بل يكره التغليظ منه، كما يكره الحلف و عليه فلو امتنع الحالف عن تغليظ يمينه و حلف بدونه لا- يكون ناكلا- بل على الحاكم القضاء في الواقعة بذلك الحلف و ذلك أخذنا بما دل على نفوذ القضاء بالبينات و الأيمان بعد رفع اليد عن إطلاقه بالإضافة إلى الحلف بغير الله سبحانه و الحلف بغير مطالبه المدعى.

و في صحيحة أبي حمزة عن علي بن الحسين -عليهما السلام- قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا تحلفوا إلّا بالله و من حلف بالله فليصدق و من لم يصدق فليس من الله و من حلف له بالله فليرض و من حلف له بالله فلم يرض فليس من الله عزّ و جلّ» (١).

فإن إطلاقها يعم صورة طلب اليمين المغلظة.

و على الجملة الثابت من الروايات أنّ ما على المدعى عليه مع عدم إقامة المدعى البينة بدعواه اليمين على نفي الدعوى و إنّ للمدعى أن يطلبها من

(١) الوسائل: ج ١٦، الباب ٦ من أبواب الأيمان.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٠٢

.....

خصمه و أما كون اليمين المغلظة حقاً له فلم يثبت ذلك، نعم قد يناقش بأنه لا يجتمع الاستحباب للحاكم مع عدم وجوب الإجابة على من عليه اليمين.

و يؤيد وجوب الإجابة بما ورد في استحلاف الأخرس و بما ورد في اليمين الاستظهارى لظهورهما في كون ترك اليمين المغلظة نكولا و مسقطا للدعوى على الميت، حيث ورد في رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله المتقدمة الواردة في دعوى الدين على الميت بعد إقامة البينة به: «فعلى المدعى اليمين بالله الذي لا إله إلا هو لقد مات فلان و إنّ حق لعليه فإن حلف و إلّا فلا حق له» (١).

أقول: إمكان التفكيك بين الاستحباب للحاكم و عدم وجوب الإجابة على من عليه اليمين ظاهر، بل لا يبعد القول بعدم وجوب الإجابة بالتغليظ زمانا أو مكانا، و إن قيل بوجوب الإجابة فيهما، فإن عدم وجوب الإجابة مقتضى الإطلاق المتقدم و كون التغليظ استظهارا يناسب عدم وجوب الإجابة فإن من عليه اليمين اقدمه على اليمين المغلظة مع علمه بعدم وجوب التغليظ عليه يناسب صدقه

فى عدم ثبوت الحق عليه أو ثبوت ما يحلف عليه من الحق.

و ما ورد فى الدعوى على الميت ظاهره أنه يتعين على الحاكم المطالبة بالحلف بنحو التغليظ و أنه لا يكون مجرد الحلف بالله مدركا لقضائه، لا أن الحاكم إذا طلب الحلف المغلظ يكون عليه ذلك الحلف، كما هو المدعى، مع أنه قد تقدمت المناقشة فى سندها، أما ما ورد فى حلف الأخرس فإنها واقعة خاصة و لعلّه - عليه السلام - قد أحرز امتناعه عن الحلف لا بما هو حلف مغلظ. و على الجملة فإن لم يطلب المدعى الحلف من المدعى عليه حتى صار زمان

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٠٣

[الثانى: لو حلف لا يجب إلى التغليظ]

الثانى: لو حلف لا يجب إلى التغليظ فالتمس خصمه لم تنحل يمينه (١).

يرى حرمة أو دخل فى مكان كذلك فوجوب الإجابة على المدعى عليه بما أنه اجابة على الاستحلاف و لا بأس به إذا اجتمعت فى الزمان المزبور أو المكان المزبور سائر شرائط الاستحلاف، أمّا إذا طلب فى مجلس الحكم أن يحلف فى ذلك المكان أو ذلك الزمان فلا يجب عليه الإجابة إلّا على نفس الحلف.

(١) ذكر - قدس سره - أن التغليظ و إن كان يستحب للحاكم إلّا فيما تقدم فى المال الأقل من نصاب القطع إلّا أنه مكروه بالإضافة إلى الحالف بحيث لا ينحل يمينه فيما إذا حلف على ترك التغليظ فى حلفه فإن الحلف على شىء إنما ينحل فيما إذا صار المحلوف عليه مرجوحا فى زمان العمل و ترك التغليظ لا يصير مرجوحا و لو مع استدعاء المدعى أو طلب الحاكم. لا يقال: على ذلك لو حلف على ترك الحلف و اتفق المرافعة بينه و بين غريمه و وصلت النوبة إلى طلب الحلف منه فاللازم أن يرد اليمين على خصمه لعدم انحلال حلفه.

فإنه يقال: بانحلال حلفه فى الفرض و الانحلال واضح فى موارد عدم جواز ردّ اليمين على المدعى لعدم كون الدعوى فى المال بل فى مورد دعوى المال عليه أيضا انحلاله مقتضى نفي الضرر بخلاف الحلف على ترك التغليظ.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنه لم تثبت كراهة التغليظ فى فرض الحلف، إنمّا الثابت كراهة الحلف و إن المطلوب تركه إجلالا لله سبحانه و لو بتحمل الضرر كما هو المستفاد ممّا تقدم كمتبرة السكونى عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من أجلّ الله سبحانه أن يحلف به أعطاه الله خيرا ممّا ذهب منه» «١»، و فى موثقة أبى أيوب الخزاز قال: «سمعت أبا عبد الله - عليه السلام - يقول: لا تحلفوا بالله

(١) الوسائل: ج ١٦، الباب ١ من أبواب الأيمان، الحديث ٣: ١٤٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٠٤

و حلف الأخرس بالإشارة (١) و قيل توضع يده على اسم الله فى المصحف أو يكتب اسمه سبحانه و يوضع يده عليه. و قيل يكتب اليمين فى لوح و يغسل و يؤمر بشربه بعد اعلامه فإن شربه كان حالفا و إن امتنع ألزم الحق استنادا إلى حكم على - عليه السلام - فى واقعة الأخرس.

صادقين و لا كاذبين فإنه عز و جل يقول لَّا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ «(١)» «(٢)»، إلى غير ذلك.

و عليه فلو حلف على ترك اليمين المغلظة بأن لا يحلف بالله سبحانه مغلظا ينعقد الحلف فإنه من الحلف على ترك المكروه، و ان حلف أنه إذا حلف بالله سبحانه في مورد فلا يجعله مغلظا فصحة هذا الحلف مبنية على كون ترك التغليظ مع فرض الحلف إجلالا لله سبحانه أيضا و لا يخلوا عن تأمل.

و دعوى أن التغليظ مع طلب الحاكم و لو بالتماس المدعى اجابة للمؤمن و الإجابة له مستحب لا يمكن المساعدة عليها، فإنه لم يثبت استحباب إجابة المؤمن في ترك المستحب و فعل المكروه كما لو دعاه مؤمن و التمس منه ترك صلاة الليل و نحوها، نعم ورد ذلك فيمن صام ندبا و دعاه أخيه المؤمن إلى الأكل.

(١) المشهور عند الأصحاب أن حلف الأخرس بالإشارة المفهومة كغيره من إنشاءاته و قرائته في الصلاة و تلبيته و غير ذلك، و في معتبرة السكوني عن أبي عبد الله - عليه السلام - : «أَنَّ عَلِيًّا - عليه السلام - قال: تلبية الأخرس و تشهده و قراءة القرآن في الصلاة تحريك لسانه و إشارته بإصبعه» «(٣)» و ظاهرها اعتبار تحريك اللسان، مع أنه لم يرد فيها ذكر غير التلبية و الصلاة و قراءة القرآن، فيكون التعدى إلى مثل الحلف

(١) البقرة: ٢٢٤.

(٢) الوسائل: ج ١٦، الباب ١ من أبواب الأيمان، الحديث ٥: ١٤٠.

(٣) المصدر نفسه: ج ٩: الباب ٣٩، من أبواب الإحرام، الحديث ١: ٣٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٠٥

و لا يستحلف الحاكم أحدا إلا في مجلس قضائه (١) إلا مع العذر كالمرض المانع و شبهه، فحينئذ يستنيب الحاكم من يحلفه في منزله و كذا المرأة التي لا عادة

لعدم احتمال الفرق أو الوثوق بعدمه.

و يشكل الوثوق فضلا عن عدم احتمال الفرق بملاحظة صحيحة محمد بن مسلم الواردة في حلف الأخرس حيث ورد فيها بعد السؤال عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه الدين و أنكروا و ليس للمدعى بينة: «إن أمير المؤمنين - عليه السلام - أتى بأخرس فادعى عليه دين و لم يكن للمدعى بينة، فقال أمير المؤمنين - عليه السلام -:

الحمد لله الذي لم يخرجني من الدنيا حتى بينت للأمة جميع ما تحتاج إليه - إلى أن قال: كتب الحلف و غسله ثم أمره بشربه» «(١)» و لذا نسب الماتن - قدس سره - الحلف كذلك إلى بعض، كما نسب إلى بعض اعتبار وضع الأخرس إصبعه على اسم الله في المصحف أو غيره، و لعل الوضع كذلك محقق للإشارة إلى الحلف بإصبعه.

و المتحصل: أن الاستفادة من الصحيحة أن استحلاف الأخرس يحصل بما ورد فيها و مقتضى الجمع بينها و بين المعتمدة أن ما ورد في الصحيحة داخل في إشارة الأخرس و لو حكما، و حيث لم يعهد من أحد من الأصحاب القول بتعيين ما ورد في استحلاف الأخرس فالأحوط ضم الإشارة إليه، و الله سبحانه هو العالم.

(١) الظاهر عندهم أنه يعتبر صدور الحلف ممن عليه اليمين عند الحاكم في مجلس قضائه بطلب من الحاكم فلا يجوز للحاكم أن يوكل شخصا آخر في استحلافه، و يستدل على ذلك بأصالة عدم انقطاع الخصومة و نفوذ الحكم بغير الحلف المزبور مع عدم عموم أو إطلاق يقتضى نفوذ الحكم مع التوكيل في

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣٣، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢٢٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٠٦

لها بالبروز إلى مجمع الرجال أو الممنوعة بأحد الأعدار.

الاستحلاف، بل ظاهر صحيحة سليمان بن خالد كون الحلف بطلب الحاكم بالباشرة حيث ورد فيها: «أن نبيا من الأنبياء شكى إلى ربّه فقال: يا ربّ كيف أفضى فيما لم أر و لم أشهد؟ فأوحى الله إليه: احكم بينهم بكتابى و أضفهم إلى اسمى فحلفهم به» (١).
و لكن لا يخفى أنّه لو كانت المباشرة فى الطلب و الحلف فى مجلس القضاء معتبرة لما كان فرق بين صورتى الاختيار و العذر، حيث إنّ لو لم يمكن حضور من عليه اليمين مجلس الحاكم أو كان فيه عسر لكان على الحاكم فى نفوذ حكمه الحضور عند من عليه اليمين و جعل منزله مجلس قضائه فى الواقعة، و مع عدم إمكان ذلك ليوقف الحكم فى الواقعة كسائر موارد إيقافه، فلا وجه لتفصيل الماتن و غيره بين صورتين، و على الجملة مقتضى الأصل العملى المزبور أو ما يدعى استظهاره من صحيحة سليمان بن خالد عدم الفرق بين صورتى الاختيار و العذر.

و لكن الأظهر أنّه لا يعتبر فى الحلف أن يكون فى مجلس القضاء حتى فى حال الاختيار، فإنّ مقتضى ما ورد فى مدرك القضاء كونه بالبينّة من المدعى و مع عدم إقامتها بحلف المدعى عليه، سواء أ كان الحلف عند الحاكم أو عند وكيله فإن غاية ما ثبت اعتباره أن يكون الإحلاف من الحاكم بعد مطالبة المدعى و الطلب كما يكون بالمباشرة كذلك يكون بالتسبب، فإن فعل الوكيل ينسب إلى موكله.

و الحاصل: أنّه لا- يعتبر كون الاستحلاف فى مجلس القضاء بل لا يبعد أن يكون الأمر فى سماع البينّة كذلك بأن يوكل الحاكم شخصا أو أشخاصا لسماع شهادة الشاهدين، فيكون حكمه بعد إحرازه شهادتهما حكما بالبينّة.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٠٧

[البحث الثانى: فى يمين المنكر و المدعى]

إشارة

البحث الثانى: فى يمين المنكر و المدعى.

اليمين تتوجه على المنكر (١) تعويلا على الخبر و على المدعى مع الرد و مع

(١) يتوجه اليمين على المنكر من المتخاصمين بلا- خلاف يعرف أو ينقل لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «البينّة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه» (١) كما فى صحيحة جميل و هشام عن أبى عبد الله- عليه السلام-، و قوله- عليه السلام- فى صحيحة بريد بن معاوية: «الحقوق كلّها البينّة على المدعى و اليمين على المدعى عليه إلّا فى الدم خاصة» (٢)، و فى صحيحة جميل عن أبى عبد الله- عليه السلام- قال: «إذا أقام المدعى البينّة فليس عليه يمين و إن لم يقم البينّة فرد عليه الذى ادعى عليه اليمين فأبى فلا حق له» (٣). و مثل هذه الأخيرة تدلّ على توجه اليمين على المدعى مع ردّ المنكر الحلف عليه، أو حتى مع نكوله على ما تقدم. و يتوجه اليمين أيضا على المدعى فى دعوى المال إذا كان له شاهد واحد كما يأتى.

و يتوجه على المدعى و قبيلته فى دعواه القتل أو الجرح مع اللوث المعبر عنها بالقسامه على ما يأتى فى بحث ثبوت دعوى القتل، و قد علل الماتن - قدس سره - عدم الحاجة إلى اليمين مع البيئه للمدعى بعدم التهمه فى البيئه، و علل وصول النوبه مع عدمها إلى يمين المنكر باستناده إلى البراءة الأصلية، فيكون أولى بها، و لكن التعليل فى كلا الحكمين ضعيف، فإنّ مع إقامة المدعى البيئه بدعواه يتم ملاك القضاء على ما تقدم من الروايات المشار إليها، و قد ذكر فيها أنّ المطلوب منه البيئه: المدعى، و أنّ المطلوب منه اليمين: هو المدعى عليه، و فى روايه منصور

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٠.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ١٧٠.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦: ١٧٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٠٨

الشاهد الواحد، و قد توجه مع اللوث فى دعوى الدم و لا يمين للمنكر مع بيئه المدعى لانتفاء التهمه عنها و مع فقدها فالمنكر مستند إلى البراءة الأصلية فهو أولى باليمين.

عن أبى عبد الله - عليه السلام -، حيث ورد فيها: «لأنّ الله عزّ و جلّ إنّما أمر أن تطلب البيئه من المدعى، فإن كانت له بيئه و إلّا فيمين الذى هو فى يده، هكذا أمر الله عزّ و جلّ» (١).

و الحاصل: أنّ مقتضى الروايات أنّ مع البيئه للمدعى يتم ملاك القضاء و الشبهه فى البيئه توجب الفحص عن حال البيئه لا ضم يمين المدعى و مع عدم تمام البيئه تصل النوبه إلى يمين المدعى عليه سواء كان المدعى عليه قوله مطابقاً لأصالة البراءة، أو غيرها من الأمور المعبّرة فى حق القاضى المفروض عدم علمه بالواقعه المرفوعه إليه.

أمّا ما فى روايه سلمه بن كهيل (٢) من إحلاف المدعى مع البيئه له فلا- يمكن الاعتماد عليها، لضعفها سنداً، و مع الغمض يحمل اليمين على الاستحباب بقريئه ما دلّ على أنّ مع البيئه يتم موضوع القضاء و أنّ اليمين على المدعى عليه مع عدمها، و مع الإغماض عن ذلك أيضاً يكون الترجيح مع الروايات الدالة على الاكتفاء فى القضاء بينه المدعى، لأنّ ضم اليمين إليها مذهب العامه، و على الجملة ضم اليمين إلى البيئه ثبت اعتباره فى الدعوى على الميت، و فى غيرها يؤخذ بمقتضى الروايات المشار إليها.

ثمّ إنّّه يعتبر فى الحلف كونه على نحو القطع و البتّ، و عليه فهل يجوز

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٤: ١٧١.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٤: ١٧٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٠٩

و مع توجهها يلزمه الحلف على القطع مطرداً (١) إلّا على نفى فعل الغير فإنّها

للحالف الحلف كذلك فيما كان مستنده أماره معتبره فى حقه أو أصل معتبر كذلك كقاعده اليد و أصالة الصّحه أو الاستصحاب مع أنّه قد ورد فى الروايات عدم جواز الحلف على غير العلم؟

لا- يبعد أن يقال بجواز الحلف فيما إذا كان مقتضى دليل اعتبار الأماره أو الأصل العلم بالواقع، حيث أنّ الاماره أو الأصل المحرز بدليل الاعتبار يقوم مقام العلم المأخوذ فى الموضوع للحكم بنحو الطريقيه و أمّا بناء على أنّ المجعول و المستفاد من دليل الاعتبار

جعل الحكم التكليفي الظاهري الطريقي أو جعل المنجزية و المعذرية فالحلف استنادا عليه مشكل، لعدم العلم بالمحلف عليه. و لعل قول الماتن بعد ذلك: و مع توجهها يلزم الحلف على القطع مطردا، مقتضى اعتباره وقوع الحلف في الموارد المزبورة أيضا على نحو البت، و لا يكفي فيها الحلف على عدم العلم، بل قوله في المقام فالمنكر مستند إلى البراءة الأصلية يقرب من الصراحة في ذلك، و لكنه كما ترى.

(١) ظاهره أنّ مع توجه اليمين على أحد الخصمين في مرافعة فاللازم عليه أن يحلف على نحو القطع و البت بأن يحلف على ثبوت المدعى به، كما في اليمين المردودة إلى المدعى أو على نفيه، كما في يمين المنكر، و استثنى من اعتبار وقوع الحلف على القطع موردا واحدا، و هو الحلف على نفي فعل الغير، فإن المعتبر فيه أن يحلف على نفي علمه به.

و لكن لا يخفى ما في الاستثناء فإن المدعى به فيما إذا كان من فعل الغير فلا تسمع الدعوى على الخصم إلا بالبينه، كما تقدم في مسألة ما إذا أجاب المدعى عليه بأنه لا أدري، نعم لو ادعى على الخصم أنه يعلم بوقوع فعل الغير فأنكر أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢١٠

على نفي العلم، فلو ادعى على ابتياع أو قرض أو جناية فأنكر حلف على الجزم.

فعليه الحلف على نفي علمه، و هذا العلم يوجب سقوط دعوى العلم عليه، و لا يوجب عدم سماع دعوى فعل الغير، كما إذا وجد المدعى بعد ذلك بينه على ذلك الفعل على ما تقدم.

و على ذلك فلا يتوجه في مورد دعوى فعل الغير حلف على الخصم، و مع دعوى العلم عليه يتوجه إليه اليمين على نفي المدعى به الثاني، و هو دعوى العلم عليه، فيكون حلفه على عدم علمه حلفا على القطع و البت، و على الجملة فمع توجه الحلف يكون الحلف في كل مورد على نحو القطع و البت بلا استثناء، و لا يتوجه الحلف في مورد دعوى فعل الغير بلا دعوى العلم به على الخصم أصلا، و يشهد لما ذكرنا ما فرعه بعد ذلك على هذا الاعتبار، و قال: و لو ادعى على أبيه الميت لم يتوجه إلى الابن اليمين إلا مع دعوى علمه بدين أبيه.

هذا ما يتعلّق بالعبارة، و أمّا أصل اعتبار وقوع الحلف على نحو الجزم و البت فإن ظاهر ما دلّ على أنّ البينة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه وقوع الحلف على نفي المدعى به كما أنّ على المدعى إقامة البينة عليه، و كذا ما دلّ على رد اليمين على المدعى وقوع الحلف منه على ما ادعاه و بضميمة ما دلّ على أنّه لا يحلف الرجل إلا على علمه و لا يستحلف إلا على علمه أنّه إنّما يتوجه اليمين على من ادعى عليه مع علمه بما يحلف عليه.

و المتحصل: أنّه لا فرق في الحلف على فعل نفسه أو غيره في أنّه لا يترتب على نفي العلم إلا سقوط دعوى العلم، نعم لو رد منكر العلم اليمين على مدعى العلم عليه فحلف ثبت ذلك الفعل و هذا مشترك بين ما إذا كانت الدعوى فعله أو فعل غيره.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢١١

و لو ادعى على أبيه الميت لم يتوجه اليمين ما لم يدع عليه العلم فيكفيه

ثم إن المصنّف - قدس سرّه - قد فرغ على ما ذكره من اعتبار الجزم و البت في الحلف على نفي فعله و كفاية الحلف على نفي العلم في فعل غيره أنّه لو ادعى عليه ابتياعا أو قرضا أو جناية يعتبر الحلف على نفيه بنحو الجزم و البت لأن المدعى به فعله، بخلاف ما إذا ادعى على أبيه الميت بما ذكر فإنّه يكفي فيه الحلف على نفي علمه به مع دعوى العلم على الابن، و كذا الحال فيما قال من عليه الحق قبض و كيلك حقه، فإنّه يكفي أن يحلف الموكل على عدم علمه بقبض الوكيل مع دعوى العلم عليه.

و قال في الجواهر في ذيل ذلك: أنّه لو تضمن الدعوى دعوى العلم على الموكل فلا مورد لليمين، بل إن كانت للمدعى بينه بدعواه

و إلبا فلا- تسمع، و نقل عن كشف اللثام أنّ الموكل حتى مع حلفه على عدم علمه بقبض و كيله فللمدعى إثبات قبضه أو أن يحلف على البراءة، و أورد عليه بأنه لا مورد لحلف مدعى القبض على البراءة بلا رضا الموكل بيمينه، بل مع رضاه أيضا بمعنى أنه لا يترتب على حلفه بالبراءة القضاء بها أما مع عدم رضاه فظاهر لعدم تحقق رد اليمين، و كذا مع رضاه لأنّ رضاه لا يجعل يمين البراءة بقبض الوكيل يمينا مردودة فإنّ اليمين المردودة تكون برد من يتوجه إليه اليمين و الموكل في الفرض لا يتوجه إليه اليمين على نفى القبض، إلّا أن يدعى كفاية رضا المدعى عليه بحلف المدعى في ردّها، و إن لم يكن المدعى عليه ممّن يتوجه إليه اليمين.

أقول: إذا كان المدعى به فعل الغير، و أجاب المدعى بعدم علمه به فلا يتوجه إليه اليمين على النفي، أما إذا أنكر وقوع الفعل فعليه الحلف على عدم وقوع الفعل، أو ردّ الحلف على المدعى، نعم لا يجتمع الحلف على عدم العلم مع اليمين المردودة، إلّا مع مصالحة الموكل الحالف حقّه بحلف المدعى على القبض

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢١٢

الحلف أنّه لا يعلم و كذا لو قال قبض و كيلك.

أو على البراءة و تدخل اليمين في اليمين المعاملي لا في اليمين المردودة.

و تعرّض صاحب الجواهر- قدّس سرّه- في المقام لفرع، و تكلم في الحلف فيه أنّه على نفي العلم لكونه من فعل الغير أو أنّه من الحلف على فعل نفسه ليعتبر فيه الحلف على نحو البت و الجزم، و هو ما إذا ادّعى على عبده جنائية بما يتوجه استحقاق العبد أو استحقاق بعضه فهل للمولى الحلف على عدم علمه بجنائته أو يتعين عليه الحلف على نفيها بنحو البت، و منشأ الاحتمالين هو أنّ الدعوى المزبورة على المولى لكونه هو الغريم و العبد كسائر أمواله مملوك له، أو أنّ المدعى به من فعل الغير.

و نقل عن كشف اللثام أنّه بناء على كونها من فعل الغير يتعين إثباتها بالبينة سواء أحلف المولى على نفي علمه أم اعترف المدعى بعدم علمه و بناء على كون المولى هو الغريم تثبت الجنائية بحلف المدعى مع نكول المولى عن الحلف على نفي الجنائية، و لا يكفي حلفه على عدم علمه.

و اختار- قدّس سرّه- أنّ الحلف في الدعوى المزبورة حلف الغريم و نقل عن المسالك أنّه بنى الوجهان على تعلق أرش الجنائية برقبة العبد فقط أو برقبته و ذمته، بحيث يتبع العبد بعد عتقه بما فضل أرش جنائته، فإن قيل بالأوّل يكون المولى هو الغريم، و على الثاني يكون الحلف على نفي العلم.

أقول: يظهر الحال في الفرع ممّا ذكرنا من عدم الفرق بين فعل نفسه و فعل غيره، فإن كان منكرا يتوجه إليه اليمين على نفي المدعى به، و إن أجاب بالجهل بالحال فليس عليه حلف إلّا مع دعوى العلم عليه فمعها يحلف على عدم علمه، و الله سبحانه هو العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢١٣

و أمّا المدعى و لا شاهد له فلا يمين عليه إلّا مع الرد أو نكول المدعى عليه على قول، فإن ردّها المنكر توجهت فيحلف على الجزم و لو نكل سقطت دعواه إجماعا (١).

و لو ردّ المنكر اليمين ثمّ بذلها قبل الإحلاف قال الشيخ: ليس له ذلك إلّا برضا المدعى (٢) و فيه تردد منشأه أنّ ذلك تفويض لا إسقاط.

(١) قد تقدم الكلام في ذلك فلا حاجة إلى الإعادة.

(٢) لو ردّ المنكر اليمين على المدعى، فأحلفه الحاكم ثبت الحق المدعى به، و لا أثر لبذل المنكر الحلف بعد ذلك بلا خلاف يعرف أو ينقل، و يشهد لذلك مفهوم الشرطية في صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما- عليهما السلام-: «في الرجل يدعى و لا بينة له؟

قال: يستحلفه فإن ردَّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له» (١)، فإنَّ مفهومها إذا حلف صاحب الحق مع ردَّ اليمين عليه ثبت حقه.

و أمّا إذا بذل المنكر الحلف قبل إحلاف المدعى، فهل يكون رجوعه عن ردَّ اليمين و حلفه نافذا؟ ذكر الشيخ - قدس سرّه -: إنَّ رجوعه و بذله غير نافذ إلّا برضا المدعى و كان ردّه اليمين على المدعى إسقاط لحقه.

و لكن الصحيح نفوذ حلفه فإنّه لا يستفاد ممّا ورد في ردَّ اليمين على المدعى إلّا تفويض اليمين فإذا رجع عن تفويضه و بذل الحلف فيتم الموضوع للقضاء في الواقعة كما هو مقتضى قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «البيّنة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه»، و قد تقدم أنّ الحلف على المدعى عليه ليس حقا لا للمدعى عليه و لا للمدعى، حتى يقبل الاسقاط منهما، غاية الأمر ثبت أنّه يجوز للمدعى عدم المطالبة بالقضاء بترك المطالبة بحلف المدعى عليه، كما يجوز للمدعى عليه ردَّ اليمين على المدعى مع مطالبته الحلف، و لو كان ردَّ اليمين بمجرد إسقاط لا ينفع في عوده رضا المدعى كما لا يخفى.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢١٤

و يكفي مع الإنكار الحلف على نفى الاستحقاق لأنّه يأتي على الدعوى (١) فلو ادّعى عليه غصبا أو إجارة مثلا- فأجاب بأنّي لم أ غصب و لم أستأجر قيل يلزمه الحلف على وفق الجواب لأنّه لم يجب به إلّا و هو قادر على الحلف عليه، و الوجه أنّه ان تطوع بذلك صحّ و ان اقتصر على نفى الاستحقاق كفى.

و لو ادّعى المنكر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب مدعيا و المدعى منكرا (٢)

(١) لا يعتبر في حلف المنكر أن يكون المحلوف عليه نفى خصوص ما ذكره المدعى في دعواه، كما لا يعتبر فيه أن يكون المحلوف عليه خصوص ما أجاب به عن دعوى المدعى و إذا قال المدعى أقرضتك الألف فأجاب بأنّي ما اقترضت منك ألفا و لا غير ألف و حلف أنّه لا يستحق عليه مالا كفى في ترتب الحكم عليه من جواز القضاء ببراءة ذمته، حيث إنّ الحلف المزبور يصدق عليه أنّه حلف على نفى دعواه، فإنّ نفى العام نفى للخاص أيضا.

و ربّما يقال بأنّه تعتبر مطابقتة المحلوف عليه بما ذكره في الجواب، و لو ادعى عليه غصبا أو إجارة أو قرضا فأجاب بأنّي ما غصبت و لم أستأجر أو لم اقترض فاللازم أن يحلف على نفى الغصب و الاستيجار و الاقتراض، لأنّ الجواب بالخاص مقتضاه أنّه متمكن على الحلف عليه، و لكنّه كما ترى، فإنّ مقتضاه جواز الحلف على طبق الجواب لا تعين ذلك، و الموضوع لجواز القضاء اليمين على نفى ما يدعيه المدعى كان اليمين على نفى عنوانه الخاص أو بعنوان يدخل فيه.

(٢) لو ذكر منكر الدين أنّ الغير قد أبرأ ذمته أو أنّه قد قبض دينه تنقلب الدعوى فيصير مدعيا، فعليه إثبات الإبراء أو الإقباض، و مدعى الدين منكرا، يتوجه إليه اليمين على بقاء حقه أو على عدم الإبراء أو القبض، و هذا ظاهر.

و لكن في المقام أمر و هو ما تقدم من أنّه يعتبر في نفوذ الحلف عن المنكر كونه برضا المدعى و مطالبته، و عليه فلو لم يطالب الذي صار مدعيا بدعوى الإبراء

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢١٥

فيكفي المدعى اليمين على بقاء الحق و لو حلف على نفى ذلك كان آكد لكنه غير لازم.

و القبض اليمين عمّن صار منكرا بإنكار الإبراء و الإقباض بأن أراد إيقاف الدعوى فهل يمكن لمنكر الإبراء و الإقباض استيفاء دينه و

مطالبة المدعى بالدين، مع أن ظاهر الأصحاب أن استحلاف المنكر حق للمدعى و إذا تبرع بالحلف فلا يصح القضاء به، و مقتضى ذلك أن للمدعى إيقاف القضاء بتركه مطالبة المنكر بالحلف.

و فى موثقة عبد الله بن أبى يعفور عن أبى عبد الله - عليه السلام -: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له» (١)، و فى رواية خضر النخعي عن أبى عبد الله - عليه السلام -: «فى الرجل يكون له على الرجل المال فيجحد؟ قال: إن استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً» (٢)، و ظهورها فى اعتبار مطالبة المدعى الحلف غير منكر، و فى صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما - عليه السلام -: «فى الرجل يدعى و لا بينة له؟ قال: يستحلفه» (٣). و ظاهرها أيضا اعتبار طلب المدعى صاحبه باليمين إلى غير ذلك.

و لكن لا يبعد أن يقال مقتضى وجوب القضاء و فصل الخصومة بين الناس مع ملاحظة ما دلّ على أن مدرك القضاء البينة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه، أن على القاضى مطالبة المدعى بالبينة، كما أن عليه مطالبة المدعى عليه باليمين مع عدم إقامة المدعى البينة، و كما أن رضا المنكر غير دخیل فى مطالبة المدعى بالبينة كذلك لا دخل لرضا المدعى فى مطالبة المنكر باليمين، غاية الأمر يرفع اليد عن الإطلاق فى ناحية طلب اليمين عن المنكر بالروايات

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٨.

(٢) المصدر نفسه: الباب ١٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٩.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢١٦

و كل ما يتوجه الجواب عن الدعوى فيه يتوجه معه اليمين (١) و يقضى على المنكر به مع النكول كالعق و النسب و النكاح و غير ذلك.

المتقدمة، و مدلولها ما إذا كان الشخص مدعيا للحق له و خصمه منكر للحق عليه، أمّا إذا انعكس الأمر بأن كان المدعى يدعى سقوط حق الغير و خصمه ينكر سقوط حقه فهذه الصورة خارجة عن مدلولها، بل لو قلنا بأن اعتبار رضى المدعى بيمين المنكر على القاعدة لأن المدعى صاحب الحق فله إيقاف المطالبة بحقه و لو بعدم مطالبة المنكر لحقه بالحلف، فيختص ذلك بما إذا كانت الدعوى ثبوت الحق لا سقوط حق الغير.

و على ذلك فللقاضى فى الفرض مطالبة المنكر للإبراء و القبض بالحلف على بقاء حقه و بعده يقضى و يلزم مدعى الإبراء و القبض بالأداء.

نعم إذا طلب المدعى تأخير القضاء لإحضار بينته بالإبراء أو القبض فللحاكم الإمهال بنحو لا يوجب الإهمال فى أداء حقوق الناس.

(١) ذكر - قدس سره - أن كل مورد يتعين فيه على الخصم الجواب عن الدعوى بالإقرار أو بالإنكار أو حتى بقوله لا أعلم بأن كانت الدعوى عليه مسموعة يتوجه إليه الحلف، و لو بأن يحلف على عدم علمه على ما تقدم.

فلا يتعين الجواب فيما لا تسمع الدعوى كدعوى موجب الحد على أحد بلا بينة، كما يأتى فإنه لا يتوجه فى دعواه اليمين، و إذا توجه اليمين إلى المنكر فنكل يحكم بثبوت الدعوى بمجرد النكول أو مع رد اليمين على المدعى على خلاف تقدم، و ذكر أنه مع اعتبار الرد إن حلف المدعى تثبت دعواه و إن نكل أى امتنع عن الحلف سقطت دعواه بلا فرق فى ذلك كله بين كون الدعوى بالمال أو بغيره من حقوق الناس، كدعوى العتق و النسب و النكاح و الطلاق و الرجوع فيه و الإيلاء و غير ذلك. خلافا لبعض العامة، حيث قالوا بعدم توجه اليمين فى غير الأموال

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢١٧

هذا على القول بالقضاء بالنكول، و على القول الآخر ترد اليمين على المدعى و يقضى له مع اليمين و عليه مع النكول.

و علوه بأن تحليف الخصم لإقراره أو نكوله ليحكم القاضى بالنكول، فإن نكوله بمنزلة البذل و الإباحة، و لا- مورد لهما فى غير الأموال و نحوها. و عن بعض آخر منهم أن اليمين لا يتوجه على الخصم، إلّا فيما إذا ثبتت الدعوى بشاهدين ذكرين، فإن غيرها يلحق بدعوى الحدّ.

أقول: ما ذكره- قدّس سرّه- من الملازمة بين سماع الدعوى و استحقاق الجواب عنها و بين الحلف عليه و ان كان صحيحا كما هو مقتضى قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم:

«البينة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه» (١)، و قوله: «إنّما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان» (٢)، إلّا أن دعوى مثل النسب يختصّ سماعها بما إذا ترتب عليها الحق للمدعى كالإرث و وجوب النفقة و نحوهما، و لو لم تتضمن دعواه مطالبه حق أو سقوط ما عليه من الحق للغير فلا تكون فى البين دعوى على الغير.

و من هذا القبيل دعوى الزوجه الظهار أو الإيلاء على زوجها، فإنّها تسمع دعواها لتضمنها مطالبه ما على زوجها أو سقوط ما له عليها، و كذا لا مورد لتوجه اليمين فى مثل ما إذا ادعى الزوج طلاق زوجته أو الرجوع فى طلاقها، مع فرض عدم انقضاء عدتها حين دعوى الرجوع، فإنّ قبول قوله فيهما لدخوله فى قاعدة «من ملك شيئا ملك الإقرار به».

و أيضا قد تقدم أن ردّ اليمين على المدعى من المنكر أو من الحاكم فى موارد دعوى المال أو ما يرجع إليها صحيح، أمّا فى غيرها فمشكل، بل الحكم بالنكول فيها أيضا كذلك.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٠.

(٢) المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢١٨

[مسائل ثمان]

إشارة

مسائل ثمان:

[الأولى: لا يتوجه اليمين على الوارث ما لم يدع عليه العلم بموت المورث]

الأولى: لا- يتوجه اليمين على الوارث ما لم يدع عليه العلم بموت المورث و العلم بالحق و أنّه ترك فى يده مالا- (١)، و لو ساعد المدعى على عدم أحد هذه الأمور لم يتوجه، و لو ادعى عليه العلم بموته أو بالحق كفاه الحلف أنّه لا يعلم نعم لو أثبت الحق و الوفاء و ادعى فى يده مالا حلف الوارث على القطع.

(١) إذا ادعى على الوارث بدين له على المورث يتوجه اليمين إلى الوارث فيما إذا فرض فى دعواه اجتماع أمور ثلاثة علم الوارث بموت المورث و بالدين له عليه، و وجود التركة بيده كلاً أو بعضاً، و إذا ساعد المدعى أى صدّق الوارث فى عدم أحد هذه الأمور الثلاثة لم يتوجه إلى الوارث يمين أصلاً، كما أنّه إذا كانت التركة بيد الوارث و ادعى علمه بموت المورث أو بالدين له عليه يكفى

الوارث الحلف على عدم علمه، و لو أحرز الموت و الدين و ادعى التركة يلزم على الوارث الحلف على عدم كونها بيده، لأن المال بيد الوارث من فعل الوارث، فيعتبر في الحلف عليه البت بخلاف دعوى الدين على المورث أو دعوى موته. لا يقال: مقتضى رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله «١» عدم سماع الدعوى على الميت بلا بينة، و ان تضمنت دعواه الأمور الثلاثة فضلا عن توجه اليمين على الوارث، حيث ورد فيها و ان ادعى بلا بينة فلا حق له لأن المدعى عليه ليس بحى. فإنه يقال: لو تضمنت الدعوى الأمور الثلاثة تكون الدعوى على الوارث أيضا فمن ثم تتوجه اليمين على الوارث، بل يمكن القول كما تقدم بسماع الدعوى فيما إذا أحرز الموت و وجود التركة بيد الوارث و لم يعترف المدعى بجهل الوارث بالدين له على المورث فإنه تصدق في الفرض الدعوى على الوارث نعم إذا أجاب

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢١٩

[الثانية: إذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه]

الثانية: إذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه (١) و يستوى في ذلك دعوى المال و الجناية.

الوارث بلا أدري فلا مورد لليمين، و لا حق للمدعى بلا بينة. و إذا أجاب بنفى الدين يتوجه إليه اليمين على النفى، كما أنه لو اعترف يؤخذ باعترافه.

و الحاصل: ان الدعوى تكون على الميت خاصة، فيما إذا اعترف المدعى بجهل الوارث بالدين، فلا تسمع بلا بينة كما هو ظاهر الرواية.

(١) و ذلك فإن دعوى الجناية على العبد دعوى استرقاقه أو مطالبته المولى بالفداء، فتكون متوجهة إلى المولى، و كذا الحال في دعوى المال الموجود بيد العبد، فإن المال المزبور ملك المولى أو أن ولاية التصرف فيه للمولى دون العبد، فتكون دعواه على مالكة أو الولي به، و لا عبرة في أمثال ذلك باعتراف العبد أو إنكاره، و لا يتوجه إليه الحلف، بل ثبوتها باعتراف المولى و يتوجه إليه اليمين مع إنكاره أو إنكار العلم بها، نعم مع حلفه على عدم علمه تسقط دعوى العلم لا أصل الدعوى على ما تقدم.

نعم إذا كانت دعوى المال منحصرة بما في ذمة العبد، كما في دعوى الإتلاف عليه فلا يكون للمولى شأن في هذه الدعوى، و لا يكون اعترافه نافذا في حق العبد و لا- يتوجه إليه حلف، بل العبرة في ثبوت المال على ذمته حيث يؤخذ منه بعد عتقه أو انعاقه باعتراف العبد و في سقوطها بحلفه على نفيها.

و مما ذكرنا يظهر أنه لو كانت للدعوى جهتان، كما في دعوى القتل على العبد عمدا، فينفذ اعتراف المولى بالإضافة إلى الاسترقاق، فيكون لأولياء الدم استرقاقه، و أما القصاص فلا لأن إزهاق روح العبد ليس من إقرار المولى على نفسه، بل على نفس الغير و المولى لا سلطان له في غير

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٢٠

[الثالثة: لا تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البينة]

الثالثة: لا تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البينة (١) و لا يتوجه اليمين على

ملكته، بل ينفذ اعتراف العبد بالإضافة إلى القصاص و لكن بنحو لا- ينافى ملك المولى بأن يقتص منه بعد عتقه، و بذلك يظهر الخلل في إطلاق كلام الماتن و غيره.

(١) يأتي أنه يعتبر في سماع الدعوى بحيث يلزم الجواب مع عدم البيئه للمدعى كون المدعى به حقا للمدعى أو لمن يتعلّق به ولاية أو وكالة أو وصاية أو سقوط حق للغير عليه أو على من يتعلّق به، كما في دعوى الأموال و غيرها من حقوق الناس، أمّا حدود الله سبحانه فلا- تكون من قبيل الحق لأحد ليطالبها أربابها، بل هي من حقوق الله سبحانه، فالمطلع على مرتكب موجباتها مع عدم تمكنه على إثبات الارتكاب لا- يجب عليه إظهاره و لو عند الحاكم كما لا يجب على المرتكب هذا الإظهار، كما يشهد لذلك صحيحة أبي العباس قال: «قال أبو عبد الله- عليه السلام- أتى النبي صلى الله عليه و آله و سلم رجل فقال: إني زني- إلى أن قال: فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:- لو استتر ثم تاب كان خيرا له» (١) و نحوها غيرها.

بل لا يبعد القول بعدم جواز الإظهار من غير المتمكن على الإثبات و لو عند القاضي فيما كان المرتكب غير متجاهر بالفسق، أخذا بما دلّ على حرمة الاعتيا، كما إنّه لو أظهر مع حرمة أو مع جوازه فلا يجب على القاضي المطالبة بالجواب، فإنّ الموضوع في الحدود لا يزيد على سائر الشبهات الموضوعية في عدم لزوم الفحص عنها مع ورود درء الحدود بالشبهات، و الأمر بالستر على مرتكب السوء، و في مرسله الصدوق: «أدروا الحدود بالشبهات و لا شفاعه و لا كفاله و لا يمين في حد» (٢).

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٦ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٥: ٣٢٨.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ١: ٣٣٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٢١

المنكر، نعم لو قذفه بالزنا و لا بينه فادعاه عليه قال في المبسوط: جاز أن يحلف

نعم يجوز الإظهار مع التمكن على الإثبات، بل يجب حسبه، و فيما أمره ولى المسلمين به منعا عن المنكر، و يكون الإظهار عند الحاكم من قبيل الشهادة بالارتكاب لا من قبيل الدعوى على الغير، و يظهر ذلك ممّا ورد في رفع مفطر الصوم و غيره إلى الإمام. و لا- فرق أيضا في جواز الإظهار أو وجوبه أو تحريمه بين موجبات الحد و موجبات التعزير. و يختص ما ذكر بما إذا كان الحد من حقوق الله سبحانه فقط، و أمّا إذا كان من حق الناس كحدّ القذف فالمطالبة به بدعوى القذف على الغير و ان يدخل في الدعوى على الغير، و لكنه لا تسمع الدعوى فيه أيضا بلا بينه و لا يتوجه فيه يمين على منكره، و في معتبره غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن أمير المؤمنين- عليه السلام- في حديث قال: «لا يستحلف صاحب الحد» (١)، و مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين كون الحد من حقوق الله فقط أو من حق الناس أيضا.

و على الجملة: فالمخبر عن الغير بأنه ارتكب موجب الحد لا- يكون من المدعى حقيقة في غير ما كان الحد من حق الناس، كحدّ القذف، و لو اجتمعت في المخبر شرائط الشهادة يكون من الشهود، و لذا ذكر جماعة أنه لو شهد الزوج بزنا زوجته مع ثلاثه شهود ثبت زناها، و ان كان ما ذكره مورد تأمل، كما يأتي في بحث الحدود إن شاء الله تعالى.

ثم إنّ المدعى به قد تجتمع فيه جهتان يكون من حق الله سبحانه لكونه موجبا للحد على فرض وقوعه و يكون من حق الناس، فيرتب عليه ضمان المال

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٢: ٣٣٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٢٢

ليثبت الحدّ على القاذف و فيه إشكال إذ لا يمين في حدّ.

مثلا فيجری علی کل من الجهتين حکمها، كما إذا ادعى علی الغير سرقة المال فسمع دعواه بالإضافة إلى ضمان المال فإن أقام شاهدا واحدا و حلف علی سرقة يثبت ضمانه، و مع عدم البينة و الشاهد الواحد يستحق مطالبه المدعى علی اليمين، و إذا حلف سقطت دعواه، و إن ردّ اليمين علی المدعى أو ردّها الحاكم مع نكوله و حلف المدعى ثبتت السرقة، و لكن لا يترتب علی ثبوت الدعوى بشاهد و يمين أو باليمين المردودة قطع يده، لعدم الاعتبار في الحدود باليمين، و لو مع الشاهد الواحد أو كانت مردودة. ثمّ إنّه قد ذكر الشيخ - قدس سرّه - في المبسوط أنّه لو قذف الآخر بلا بينة بزناه بأن قال له: يا زاني، ثم ادعى عند الحاكم بأنّه قد زنى أنّه يجوز للمقذوف أن يحلف علی عدم زناه ليثبت علی قاذفه حدّ القذف.

و لكن لا يخفى ما فيه، فإنّه ليس في الحدود يمين فلا يحتاج في ثبوت حد القذف علی حلف المقذوف علی عدم زناه، و في معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي - عليه السلام - «في ثلاثة شهدوا علی رجل بالزنا، فقال علي - عليه السلام -: أين الرابع؟ قالوا: الآن يجيء. فقال علي - عليه السلام -: حدّوهم فليس في الحدود نظرة ساعة» (١)، و في صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر - عليه السلام -: «قال أمير المؤمنين - عليه السلام - لا يجلد رجل و لا امرأة حتى يشهد عليهما أربعة شهود علی الإيلاج و الإخراج، و قال: لا أكون أول الشهود الأربعة أخشى الروعة أن ينكل بعضهم فأجلد» (٢)، و ظاهرهما في كون الشهادة بالزنا مع عدم تمامها يوجب جريان حد القذف علی الشاهد لا يقبل المناقشة.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٢ من أبواب حد الزنا، الحديث ٨: ٣٧٢.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ١١: ٣٧٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٢٣

[الرابعة: منكر السرقة يتوجه عليه اليمين لإسقاط الغرم]

الرابعة: منكر السرقة يتوجه عليه اليمين لإسقاط الغرم (١) و لو نكل لزمه المال دون القطع بناء علی القضاء بالنكول و هو الأظهر و إلّا حلف المدعى و لا يثبت الحد علی القولين و كذا لو أقام شاهدا و حلف.

[الخامسة: لو كان له بينة فأعرض عنها و التمس يمين المنكر]

تبريزي، جواد بن علي، أسس القضاء و الشهادة، در يك جلد، دفتر مؤلف، قم - ايران، اول، ه ق

أسس القضاء و الشهادة؛ ص: ٢٢٣

الخامسة: لو كان له بينة فأعرض عنها و التمس يمين المنكر أو قال:

أسقطت البينة و قنعت باليمين فهل له الرجوع قيل: لا (٢) و فيه تردد و لعل الأقرب الجواز و كذا البحث لو أقام شاهدا فأعرض عنه و قنع بيمين المنكر.

(١) قد ظهر ما في المسألة ممّا تقدم فلا نعيد.

(٢) لو كان للمدعى بينة فأعرض عنها و التمس اليمين عن المنكر، أو قال: أسقطت البينة و قبلت باليمين، ثم رجع و أراد إقامة البينة فهل تسمع تلك البينة أم لا؟ فعن الشيخ - قدس سره - في المبسوط و المحكى عن ابن إدريس أنها لا تسمع، لأن إقامة البينة كانت من حقه و قد أسقطها كسائر الحقوق في أنه لا يرجع فيها بعد إسقاطها. و لكن الصحيح سماعها فيما إذا كان رجوع المدعى قبل تمام اليمين من المنكر.

و الوجه في ذلك أن مع إقامة البينة لا تصل النوبة إلى يمين المنكر، و جواز إقامتها للمدعى حكى لا حقى، كما هو مقتضى قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «البينة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه» (١)، فيما إذا لم يتم المدعى البينة مع ضميمته قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان» (٢)، فإن إقامة البينة تعم المفروض في المقام، و إنما ترفع اليد ما إذا حلف المنكر على النفي، فإنه لا تسمع بعد ذلك البينة لتمام ملاك القضاء قبل إقامتها على ما تقدم من أنه إذا رضى صاحب الحق بيمين صاحبه فحلف فلا حق له.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٠.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٢٤

[السادسة: لو ادعى صاحب النصاب إبداله في أثناء الحول قبل قوله بلا يمين]

السادسة: لو ادعى صاحب النصاب إبداله في أثناء الحول قبل قوله بلا يمين (١) و كذا لو خرص عليه فادعى النقصان.

و مما ذكرنا يظهر الحال فيما كان شاهد واحد بدعواه فإن للمدعى إثبات دعواه بشهادة الشاهد بضم يمينه، و إذا طلب الحلف عن خصمه و قبل حلفه رجع و حلف بحقه، فمع شهادة الواحد يتم ملاك القضاء، كما عليه المشهور.

(١) لو ادعى صاحب النصاب إبداله أثناء الحول قبل قوله و لا يمين عليه، و كذا لو خرص عليه فادعى النقصان لينتقص من مقدار الزكاة لكون اعتبار الخرص في تعيين مقدار الزكاة طريقي، و الظاهر أن الحكم في بابي الزكاة و الخمس متسالم عليه بين الأصحاب قديما و حديثا و لا يكون قول مالك النصاب من دعوى الإبدال أو دعوى الخطأ في الخرص، بل كلما ذكر صاحب المال عدم تعلق الزكاة أو الخمس بماله أو عين مقداره أو ذكر سقوطه بأدائه يقبل قوله.

و في صحيحه بريد بن معاوية قال: «سمعت أبا عبد الله - عليه السلام - يقول:

بعث أمير المؤمنين - عليه السلام - مصدقا من الكوفة إلى باديتها - إلى أن قال: - قال: ثم قل لهم: يا عباد الله أرسلني إليكم ولى الله لآخذ منكم حق الله في أموالكم فهل لله في أموالكم من حق فتؤدوه إلى ولىه؟ فإن قال لك قائل: لا، فلا تراجع» (١). و في موثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه - عليهما السلام - قال: «كان على - صلوات الله عليه - إذا بعث مضيده قال له: إذا أتيت على رب المال فقل تصدق رحمك الله مما أعطاك الله فإن ولى عنك فلا تراجع» (٢)، و لعل ظاهرها الاعراض عن المصدق بالاعتذار بعدم الزكاة في ماله.

(١) الوسائل: ج ٦، الباب ١٤ من أبواب زكاة الأنعام، الحديث ١: ٨٨.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ٥: ٩٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٢٥

.....

و ذكر بعض الأصحاب: أن المراد بسماع قول صاحب المال بلا يمين في نفى الزكاة و الخمس عن ماله صورة عدم العلم بكذبه، أما إذا علم كذبه سواء أ كان العالم الفقير أم عامل الزكاة أو الحاكم فلا موجب لرفع اليد عما دلّ على الحلف على المنكر، حيث يمكن للفقير أو العامل بل الحاكم دعوى الزكاة في ماله، و إذا كان المدعى فقيرا يكون هو صاحب الحق لأنه شريك مع المالك من حيث إنّه فرد من الطبيعي، غاية الأمر أن المالك ليس ملزما بالدفع إليه، بل يجوز له الدفع إلى فرد آخر و كذا العامل أو الحاكم فإنه مطالبه الوكيل و الولي.

أقول: أمّا الفقير فلا- موجب لعدّ قوله من الدعوى على الغير، بل يكون من باب الاخبار و الشهادة، و لو انضم إليه قول غيره، و كانا عدلين، لكان من البيّنة بكون المال متعلق الزكاة، و ذلك فإنّ الفقير ليس مالكا للزكاة، حيث إنّ الزكاة ملك الجامع بين الأصناف الثمانية، كما أنّه ليس له ولاية على الزكاة و إنّما يدخل في أحد العناوين المقرّرة مصرفا للزكاة، نظير الفقير في إعطاء الكفارة، و لا يظن لأحد التزامه بأنّ قول الفقير بأنّ على فلان كفارة يكون من الدعوى المسموعة على الغير.

نعم إذا أحرز الحاكم بالزكاة فيما بيده أو على عهده أو شهد العدلان عنده بذلك و أنكره ربّ المال فهل على ربّ المال الحلف على عدم الزكاة أو أدائها؟ فقد يستظهر من بعض الروايات قبول قوله، و لو مع العلم بكذبه، و كان لقول صاحب المال موضوعية، و في موثقة سماعه قال: «سألته عن الرجل يكون معه المال مضاربة هل عليه في ذلك المال زكاة إذا كان يتجر به؟ فقال: ينبغي له أن يقول لصاحب المال زكوه فإن قالوا إنا نزكّيه فليس عليه غير ذلك و إن هم أمره بأن يزكّيه فليفعّل، قلت: أ رأيت لو قالوا إنا نزكّيه و الرجل يعلم أنّهم لا يزكّونه، فقال:

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٢٦

.....

إذا هم أقروا بأنهم يزكّونه فليس عليه غير ذلك و ان هم قالوا: إنا لا نزكّيه فلا ينبغي له أن يقبل ذلك المال و لا يعمل به حتى يزكّوه» (١).

و لكن لا يخفى ظاهرها زكاة التجارة و لعدم كونها من الزكاة الواجبة عندنا عبّر- عليه السلام- بينغى و لا ينبغي و أنّه يسمع قولهم مع العلم بكذبهم، و طلب الحلف من ربّ المال على إخراج الزكاة أو عدم تعلّقها لا- موجب له مع الجهل بالحال، و مع العلم بها و إنكاره فإنّ مع الجهل فالسماع بلا يمين مقتضى صحیحته يريد و موثقة غياث المتقدمين، و مع العلم بكذبه فلاذّن الحاكم له الولاية على الزكاة و أخذها من شؤونه، فإن علم بوجودها في المال أو على عهده الغير فله إجباره على إخراجها، و إلّا فله التصدي بذلك، و ما دلّ على أنّ اليمين على من ادعى عليه أو على المدعى مع ردّها عليه ظاهره الواقعة المرفوعة إلى الحاكم، و لا يعم الواقعة التي يكون التصدي بها للحاكم بما هو حاكم.

قال في المستند: لو علم تعلّق الزكاة بماله و عدم إخراجها كان لمن شأنه ذلك أن يكلفه بالأداء أو يأخذ منه، و هل تقوم شهادة العدلين مقام العلم أم لا؟ صرّح في الشرائع بالأوّل و مقتضى الأصل هو الثاني.

ثمّ إنّه قد ثبتت الولاية بالإضافة إلى الزكاة و صرفها على مصارفها للنبي الأكرم و الأئمة- صلوات الله عليهم أجمعين- كما يفصح عن ذلك قوله سبحانه:

خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَ تُزَكِّيهِمْ بِهَا وَ صَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صِيْلَاتَكَ سَيَكُنْ لَهُمْ «٢»، فإنّ الأمر بالأخذ يعم صورة امتناعهم و الأخذ منهم قهرا عليهم و لا

(١) الوسائل: ج ٦، الباب ١٥ من أبواب ما تجب فيه الزكاة، الحديث ١: ٥٠.

(٢) التوبة: ١٠٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٢٧

.....

ينافيه ما في الذيل من الصلاة عليهم، لأنها طلب الرحمة و عدم إمساك النعمة عليهم فيناسب العاصي من الأمة أيضا. و يظهر من الروايات الكثيرة الواردة في موارد مختلفة أن لرب المال أيضا الولاية على صرف زكاته على مصارفها منها ما ورد في جواز إعطائه زكاتها أقاربه من الذين لا يجب عليه نفقتهم، و منها ما ورد في جواز قضاء دين الأب عن الزكاة، و منها ما ورد في إعطاء الفقير حتى يغنيه، و ما ورد في سماع قول رب المال إلى غير ذلك و النتيجة ثبوت الولاية على الصرف لكل من رب المال و الإمام- عليه السلام.

و لو قيل بالنيابة للفقير أو للأعلم في زمان الغيبة فيجوز للفقير أو للأعلم ما كان جائزا للنبي و الإمام- عليه السلام- من أخذ الزكاة من رب المال مع امتناعه و لو قهرا عليه، كما أنه لو أمر بنقل الزكاة إليه كان أمره كأمر الإمام- عليه السلام- في وجوب الاتباع. و أما لو بنى على عدم النيابة، و انّ الثابت في حق الفقير ما يدخل في الأمور الحسينية التي ذكرنا في بحث ولاية الفقير من أهمها تنظيم أمر البلاد و تأمين بلاد المسلمين و الدفاع عن الحوزة الإسلامية و ذكرنا أن مع وضع فقير يده على الأمر الحسيني فلا يجوز للآخرين مزاحمته فلا يثبت الولاية للفقير بالإضافة إلى الزكاة، لأنّ مع ثبوت الولاية لرب المال لا يدخل أمر الزكاة في الأمور الحسينية إلّا إذا امتنع ربّ المال عن إخراجها و كان لصرفها على موارد ضرورية كما أنه لو توقف حفظ نظام البلاد و الحوزة الإسلامية على أخذ الزكاة و صرفها على موارد دخل أخذها و صرفها في ولاية الفقير المتصدى لحفظها و ترتيب أمنها، و مع امتناع ربّ المال من أدائها يكون على الفقير أو المأذون من قبله التصدي لأخذ الزكاة و لو بالجبر.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٢٨

.....

ذكر في العروة: الأفضل بل الأحوط نقل الزكاة إلى الفقير الجامع للشرائط في زمن الغيبة لا سيما إذا طلبها لأنه أعرف بمواقعها، و لكن الأقوى عدم وجوبه فيجوز للمالك مباشرة أو بالاستنابة و التوكيل تفريقها على الفقراء و صرفها في مصارفها، نعم لو طلبها الفقير على وجه الإيجاب بأن يكون هناك ما يقتضى وجوب صرفها في مصارفها بحسب الخصوصيات الموجبة لذلك و كان مقلدا له يجب الدفع إليه، حيث إنه تكليفه الشرعي لا- لمجرد طلبه، و إن كان أحوط، كما ذكرنا، بخلاف ما إذا طلبها الإمام- عليه السلام- في زمان الحضور، فإنه يجب الدفع إليه بمجرد طلبه من حيث وجوب طاعته.

أقول: التقييد بكونه مقلدا له لكون إيجابه مع عدم التقليد عنه لا يكون من التكليف الشرعي المعتبر في حق غير مقلده، و بتعبير آخر لو كان فتوى الفقير المزبور ان طلب الفقير الزكاة و لو مع الموجب المزبور كطلب الإمام- عليه السلام- في وجوب الإجابة فلا- يجب الاتباع على غير مقلده.

و أما بالإضافة إلى الخمس فمقتضى الآية المباركة بضميمة ما ورد في تفسيرها على أن لرب المال أن يعطى نصفه الفقراء و المساكين و أبناء السبيل من الهاشميين و نقل النصف الآخر إلى الإمام- عليه السلام-، إلّا أن مقتضى الروايات الواردة في أن لنا الخمس و الأمر بنقله أو دفعه إلى وكلاتهم عدم ثبوت الولاية لرب المال في زمان الحضور، و يكون الأمر كذلك في زمان الغيبة أيضا لو قيل بنبابة

الفقيه.

و أما إذا قيل بعدم ثبوت نيابته فيجوز لرب المال دفع سهم السادة الأيتام و المساكين و أبناء السبيل من الهاشميين أخذاً بمقتضى الآية و ما هو بمفادها، فإنَّ المقدار الثابت في رفع اليد عن مقتضاها زمان الحضور، و أما بالإضافة إلى السهم المبارك فالتصرّف فيه من التصرّف في ملك الغير، و يكون منوطاً بإحراز الرضا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٢٩

و كذا لو ادعى الذمي الإسلام قبل الحول (١) أما لو ادعى الحربى الإنبات

و الاذن، و لا يحصل هذا الإحراز إلّا بالرجوع إلى من يقلّده، و العمل على طبق ما يعيّنه.

و يجرى في فرض امتناع ربّ المال عن إخراج الخمس ما ذكرنا في فرض الامتناع عن إخراج الزكاة، و الله سبحانه هو العالم. (١) هذا الفرع مبنى على أنّ الإسلام بعد الحول لا يوجب سقوط الجزية أما بناء على سقوطها بإسلام الذمي سواء أ كان قبل الحول أم بعده قبل إعطاء الجزية، كما عليه المشهور و الأظهر عند الماتن - قدس سرّه - على ما ذكره في كتاب الجهاد فلا يدخل الفرض في سماع القول.

و يشهد لذلك مع الإغماض عن النبوى الدال على أنّ الإسلام يجب ما قبله «١»، و الدال على أنّه ليس على المسلم جزية ظاهر الآية المباركة في أخذ الجزية حال كون المأخوذ منه صاغراً و الأخذ حال الذل لا يناسب شرف المسلم، و صحیحته زرارة قال: «قلت لأبى عبد الله - عليه السلام - ما حدّ الجزية على أهل الكتاب و هل عليهم في ذلك شيء موطّف لا ينبغي أن يجوز إلى غيره؟ - إلى أن قال - عليه السلام - فالجزية تؤخذ منهم على قدر ما يطيقون له أن يأخذهم به حتى يسلموا فإنّ الله عزّ و جلّ قال حتّى يُعْطُوا الْجِزِيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ «٢»، كيف يكون صاغراً و هو يكثرث لما يؤخذ منه حتى يجد ذلّاً لما أخذ منه فيألم لذلك فيسلم» «٣» فإنّ ظاهرها أيضاً أنّ بالإسلام ينتهى أخذ الجزية بلا فرق بين حيلان الحول عليه كافراً أم لا، و ما هو المنسوب إلى الحلبي و بعض آخر من عدم كون الإسلام بعد الحول مسقطاً للجزية لا يمكن المساعدة عليه.

(١) المستدرک: الباب ٦١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٣٤.

(٢) التوبة: ٢٩.

(٣) الوسائل: ج ١١، الباب ٦٨ من أبواب جهاد العدو، الحديث ١: ١١٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٣٠

بعلاج لا بالسن ليتخلّص عن القتل فيه تردد (١) و لعلّ الأقرب أنّه لا يقبل إلّا مع البيئة.

و لكن بناء عليه فدعوى الذمي إسلامه قبل الحول لسماع قوله بلا موجب لعدم كون المقام من صغريات قاعدة من ملك شيئاً، فرجع اليد عن الاستصحاب في ناحية كفره إلى آخر السنة بلا وجه، و لو لم نقل باشتغال العهدة بالجزية من أوّل الحول، كما لا يخفى. و دعوى أنّ الإسلام من الحق بين العبد و ربّه و لا يعلم إلّا من قبل العبد يدفعها بأنّ الإسلام عبارة عن إظهار الشهادتين و يمكن فيه الإشهاد.

(١) إذا أسر الكافر الحربى أثناء القتال و ادعى صغره و انّ الإنبات بعانته كان بالعلاج فسماع قوله مبنى على القول بأنّ الموجب للبلوغ هو الإنبات الطبيعى الحاصل بالطعن في السن لا مطلق الإنبات، و لو كان بالعلاج، إذا لو كان الموضوع للبلوغ مطلق الإنبات فلا مورد للسماع لإحراز بلوغه و لزوم قتله.

و في صحیحة الكناسی قال: «قلت لأبی جعفر- علیه السلام:- متى يجوز للأب أن يزوّج ابنته و لا- يستأمرها؟- إلى أن قال:- قلت: فالغلام يجري في ذلك مجرى الجارية؟ فقال: يا أبا خالد إن الغلام إذا زوّجه أبوه و لم يدرك كان بالخيار إذا أدرك و بلغ خمسة عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته قبل ذلك» (١).

و لا يبعد ظهورها في الإنبات الطبيعي، كما لا يبعد ذلك حتى في البلوغ بالاحتلام، و لا يضر بالاستدلال اشتغالها على حكم لا يعمل به، و هو ثبوت الخيار للصغير بعد بلوغها فيما إذا زوّجه أبوه في صغره إن لم يمكن تقييده بما إذا زوّجه بالصغيرة. و المتحصل إذا فرض انصراف الإنبات إلى الطبيعي فسماع دعوى الحربى

(١) الوسائل: ج ١٤، الباب ٦ من أولياء العقد، الحديث ٩: ٢٠٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٣١

.....

صغره و انّ الإنبات كان بالعلاج فيما إذا احتمل صدقه لاستصحاب صغره و عدم تحقق الإنبات الطبيعي و مقتضاه دخوله فيمن لا يقتل، حتى حال قيام الحرب، كما هو ظاهر النص و الفتوى، و في صحیحة أبى حمزة الثمالی أو محمّد بن حرمان و جميل معا عن أبى عبد الله- علیه السلام- قال: «كان رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم إذا أراد أن يبعث سرية- إلى أن قال:- و لا تغلوا و لا تمتلوا و لا تغدروا و لا تقتلوا شيخا فانيا و لا صبيا و لا امرأة و لا تقطعوا شجرا إلّا أن تضطروا إليها» (١)، و نحوها غيرها. و على ذلك فلا موضوعية لدعوى الحربى، بل كل من احتمل صغره لا يجوز قتله فدعواه الإنبات بالعلاج موجبة لانقداح احتمال صغره.

و ربّما يقال بسماع دعوى البلوغ بالاحتلام فإنّ الاحتلام ممّا لا يعلم إلّا من قبل الشخص فيقبل قوله فيه، و يورد عليه بأنّ سماع قوله دورى لأنّ سماع القول موقوف على إحراز البلوغ فإنّ الصبى لا يعتبر قوله و لو توقف البلوغ يعنى إحرازه على سماع قوله لدار. و لكن لا يخفى أنّ البلوغ حتى بالاحتلام يمكن إحرازه بغير قوله، و معه لا موجب لرفع اليد عن الاستصحاب في صغره فيحكم عليه بعدم جواز قتله أو سائر ما يترتب على الصغر من عدم صحّة عقده و إيقاعه إلى غير ذلك.

ثمّ إنّه قد حكى في الجواهر عن غاية المراد و المسالك موارد تلحق بسماع الدعوى فيها، كما إذا ادعى بنوه صغير و لا منازع له، و يمكن استظهار القبول فيه من صحیحة عبد الرحمن بن الحجاج قال: «سألت أبا عبد الله- علیه السلام- عن الحميل فقال: و أى شيء الحميل؟ قلت: المرأة تسبى من أهلها و معها الولد

(١) الوسائل: ج ١١، الباب ١٥ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢: ٤٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٣٢

.....

الصغير فتقول: هو ابنى، و الرجل يسبى فيلقى أخاه فيقول: هو أخى و ليس لهم بينة إلّا قولهم؟ قال فقال: ما يقول الناس فيهم عندكم؟ قلت: لا يورثونهم لأنّه لم يكن على ولادتهم بينة و إنّما هى ولادة الشرك، فقال: سبحان الله إذا جاءت بابنها أو بابنتها و لم تزل مقرة به- الحديث» (١).

و منها: مدعى أنّه من أهل الكتاب لتؤخذ منه الجزية، و ربّما يستدل على ذلك ما عن النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلّم في بعض

الروايات المعتمدة من أمره السرايا بقبول الجزية من باذليها (٢)، مع أنه لا يعلم في الغالب أن الباذلين من أهل الكتاب إلّا بإقرارهم، و ربّما يذكر أيضا أن الدين أمر قلبي لا يعرف إلّا من قبل صاحبه و لكن قد تقدم ما فيه و يؤيد السماع ما ورد في بعض الروايات من سؤال علي - عليه السلام - ما أخذوا على الإفطار في شهر رمضان عن دينهم.

و منها: مدعى تقدم الإسلام على الزنا بالمسلمة حذرا من القتل، و لعله لدرء الحد بالشبهة و جريان الحد جلدًا لاعترافه باستحقاقه.

و منها: مدعى فعل الصلاة و الصيام خوفا من التعزير، و لعله لأنّ التعزير كالحّد يرتفع بالشبهة.

و منها: مدعى إيقاع العمل المستأجر عليه إذا كان من الأعمال المشروطة بالنية كالحج و الصلاة، و فيه أنّ المدعى فيما إذا كان ثقة فوقوع العمل منه يحرز بقوله، و أمّا صحته فيكفي في إحرازها أصالة الصحة، أمّا إذا لم يكن ثقة فمجرد كون النية أمرا قلبيا لا يكفي في إحراز الوقوع و إحراز براءة ذمة الميت.

و منها: دعوى الولى إخراج ما كلف به من نفقة و غيرها و الوكيل بفعل ما

(١) الكافي ٧: ١٦٥.

(٢) سنن البيهقي ٩: ١٨٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٣٣

.....

وكل فيه، و لا يبعد سماع قولهما مع عدم الإنكار عليهما من المولى عليه و الموكّل، و إلّا فيحتاج إلى الإثبات.

و منها: دعوى مالك الدار لو نازعه المستعير و المستأجر في ملكية الكنز على قول مشهور، و هذه أيضا لا توجب سماع دعواها بلا يمين. غاية الأمر بما أنّ يد المالك أقوى من يد المستعير، و المستأجر بحسب المالك منكر في الواقعة لموافقته قوله مع مقتضى قاعدة اليد.

و منها: دعوى أنّ إحراز الطعام للقوت، و الوجه في سماعها أنّ الموضوع للإكراه على البيع حبس الطعام زمان ضرورة الناس تربصا للغلاء، و مقتضى الأصل عدم حصول الموضوع لجواز الإكراه عليه.

و منها: قول المدعى مع نكول المنكر على القول بالقضاء به، و لكن قد تقدم أنّ نكول المنكر ليس من ملاك القضاء، بل يرد اليمين معه على المدعى، فإن حلف فهو، و إلّا سقطت دعواه.

و منها: مدعى الغلط في إعطاء الزائد عن الحق لا التبرع و السماع لأنّه مقتضى الاستصحاب في عدم تملك الزائد و لا يعارضه الاستصحاب في عدم الخطأ فإنه لا يثبت التعمد بالتبرع.

و منها: دعوى المحللة الإصاغة ليلزم على مالكتها الاستبراء، و هذا يدخل في دعوى المرأة أنّها في العدة.

و منها: دعوى المرأة أنّها في الحيض أو الطهر أو في العدة أو أنّها خلية و في صحیحته زرارة عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: «العدة و الحيض للنساء إذا ادعت صدقت» (١)، و نحوها غيرها، و ربّما يظهر من معتبرة السكوني أنّ ذلك ما لم تكن

(١) الوسائل: ج ١٥، الباب ٢٤ من أبواب العدد، الحديث ١: ٤٤١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٣٤

.....

متَّهمة «١»، و يلحق بما ذكر دعوى المرأة عدم الزوج كما فى صحیحته میسر.

و منها: دعوى الضئر أنه الولد، و فى صحیحته سليمان بن خالد عن أبى عبد الله - عليه السلام - «فى رجل استأجر ضمراً فغابت بولده سنين ثم إنَّها جاءت به فأنكرته أمه و زعم أهلها أنَّهم لا يعرفونه؟ قال: ليس عليها شيء الضئر مأمونه» «٢»، و يلحق بذلك دعوى ملك المال بلا منازع فى غير اللقطة لخبر الكيس.

و منها: ما إذا ادَّعى أن ما بيد زيد ماله قد سرقه منه و قال زيد أنه كان ماله، و لكنه وهبه له لا أنه سرقه. فإنه قد تقدم عدم قطع يد مدعى الهبة لعدم ثبوت السرقة لا لسماع قوله نعم يجوز لمدعى السرقة أخذ المال المزبور و لو كان من بيده المال من ذوى الأرحام لعدم ثبوت الهبة أيضاً، و ممَّا ذكر يظهر الحال فى منكر موجب الرجم أو مدعى الإكراه فيه أو الجهالة مع احتمالهما فى حقّه و كذا فى مدعى الضرورة فى الكون مع الأجنبى مجردين و منكر القذف مع عدم البينة لمدعى القذف.

و منها: مدعى ردّ الوديعة فى المشهور، و لكن قد ذكرنا فى بحث الوديعة أنه يسمع قول الودعى فى صورة التلف فى عدم الخيانة، كما فى سائر حالات كون مال الغير بيد الشخص بنحو الأمانة، أمَّا رد الواجب عليه فعليه إثباته كغيره.

و منها: مدعى تقدم العيب مع شهادة الحال، و وجهه أن مع شهادة الحال بنحو ظهوره يقدم قول المشتري لإحراز صدقه. و قد تقدم من جميع ما ذكرنا أنه لا يستفاد من الموارد الكلية لا قاعدة قبول الشخص فى نفي موجب الحد و التعزير أو قبول ما كان قوله اخباراً بينه و بين ربّه أو لا يعلم إلّا من قبله و لم يكن فيه ضرر على الغير.

(١) الوسائل: ج ١، الباب ٤٧ من أبواب الحيض.

(٢) المصدر نفسه: ج ١٥، الباب ٨٠ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ١: ١٨٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٣٥

[السابعة: لو مات و لا وارث له و ظهر له شاهد بدين]

السابعة: لو مات و لا وارث له و ظهر له شاهد بدين (١) قيل يحبس حتى يحلف أو يقَرّ لتعذر اليمين فى طرف المشهود، له و كذا لو ادعى الوصى أن الميت

(١) إذا مات شخص لا وارث له بأن يكون تركته على تقديرها للإمام أو المسلمين و شهد واحد بالدين له على حى و أنكر الدين ذلك الحى قال الشيخ فى محكى المبسوط أنه يحبس المنكر حتى يحلف على برائته أو يقَرّ بالدين، و ذلك لعدم إمكان ان يردّ الحاكم مع نكوله اليمين إلى المشهود له، فإنّ المشهود له ميت و لا يمكن أيضاً ردّها على الإمام - عليه السلام - أو على المسلمين. و يجرى مثل ذلك يعنى حبس المنكر إلى أن يحلف على النفى أو يعترف فيما إذا ادعى وصى الميت على ورثته أنه أوصى بكذا للفقراء و أنكر الورثة الوصية فإنّ الورثة يحبسون إلى أن يحلفوا على نفي الوصية أو يعترفوا بها، و ذلك فإنّ ردّ الحاكم مع نكول الورثة على الوصى غير ممكن لعدم جواز أن يحلف الوصى عن الميت.

و قد أورد الماتن - قدس سرّه - على ما ذكره فى المبسوط بأنّ السجن عقوبة لم يثبت موجبها، و ذكر فى الجواهر فى ذيل ذلك أنه قد ثبت موجب العقوبة، فإنّ الدعوى المسموعة تقتضى من المنكر اليمين أو أداء الدين، و بما أنه لم يأت بما هو مقتضاه فيستحق الحبس. أقول: ما ذكر فى الفرعين مبنى على ردّ اليمين مع نكول المنكر عن بذله على المدعى و إلّا فاللازم الحكم بثبوت الدين للميت على الحى و الحكم بثبوت الوصية للفقراء بمجرد نكول الحى أو الورثة عن اليمين.

و قد ذكر بعضهم أنه و إن لا - يحكم بثبوت الدعوى بمجرد نكول المنكر فى سائر الموارد، لكن مجرد نكوله عن اليمين فى مثل

الفرعين ممّا لا يمكن ردّها على المدعى كاف في الحكم بثبوتها.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٣٦

أوصى للفقراء و شهد واحد و أنكر الوارث و في الموضوعين إشكال لأنّ السجن عقوبة لم يثبت موجبها.

كما أنّه ذكر بعض آخر أنّه ليس في مثل الفرعين توجه اليمين على المنكر، فإنّه إنّما يتوجه اليمين عليه فيما إذا أمكن له ردّها على المدعى، و في مثل هذين الموردين يوقف الدعوى إلى أن يوجد بينه بها. و لكن ضعف كل من القولين ظاهر، لأنّ ما ورد في أنّه يرد اليمين على المدعى ظاهره عدم جواز القضاء بمجرد نكول المنكر عن اليمين، كما أنّه قد تقدم عدم اختصاص توجه اليمين على المنكر بموارد جواز ردّه على المدعى و موارد عدم جوازه مع موارد جوازه سيان.

و الصحيح في المقام أنّ ردّ الحاكم على الوصى اليمين مع نكول الورثة المنكرين متعين و إذا حلف بها ثبتت الوصية، و دعوى أنّ المدعى إنّما يحلف على فعل نفسه لا- يمكن المساعدة عليها، لما تقدم من جواز الحلف على البت و القطع مع العلم، سواء أ كان المحلوف عليه فعله أم فعل غيره، كما هو الحال في حلف الولي و الوكيل، بل لا حاجة مع فرض شهادة عدل آخر إلى مسألة رد اليمين، فإنّ شهادة الواحد مع يمين المدعى تثبت دعوى المال.

و أمّا مسألة دعوى الدين لميت لا وارث له فهي راجعة إلى نفس الحاكم فإن تصدى لأمر تركته من شؤونه فإن أحرز بوجه معتبر أنّ الحى مديون للميت المزبور أخذ المال منه بلا حاجة إلى القضاء و إن لم يحرز ذلك، كما هو فرض شهادة واحد أو وجدانه مكتوبا في مذكراته، فيما إذا احتمل أنّ ضبطه كان بلا موجب فمقتضى أصالة براءة ذمة الحى الجارية عند الحاكم المتصدى لأمر مال الإمام- عليه السلام- عدم أخذ الحى المزبور بشيء، و الله سبحانه هو العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٣٧

[الثامنة: لو مات و عليه دين يحيط بالتركة لم ينتقل إلى الوارث]

الثامنة: لو مات و عليه دين يحيط بالتركة لم ينتقل إلى الوارث و كانت بحكم مال الميت و إن لم يحيط انتقل إليه ما فضل عن الدين، و في الحالين للوارث المحاكمة على من يدعي لمورثه (١) لأنّه قائم مقامه.

(١) لو كان للميت دين يحيط بتركته لم تنتقل التركة إلى الوارث، بل تبقى على ملك الميت و عدم انتقالها إلى الورثة لأنّ الإرث بعد الدين، و أمّا عدم انتقالها إلى الدائن فإنّ الدائن يملك على ذمة الميت فتبقى التركة على ملك الميت ليوفى بها دينه. و يترتب على ذلك أنّه لو حصل للتركة نماء بعد ذلك و قبل صرفها على دينه يكون ذلك النماء أيضا ملكا للميت، فتصرف على دينه، فيما كان دينه أكثر من تركته، بخلاف ما إذا قيل بانتقال التركة إلى الوارث، و لو مع الدين المستوعب، فإنّه يكون النماء المتجدد ملك الورثة، و لا يصرف على دينه، و كذا الحال فيما زادت التركة عن دين الميت فإنّه لا ينتقل مقدار الدين إلى الوارث، و هذا هو القول الأظهر في المسألة، و القول الآخر أنّ التركة تنتقل إلى الورثة بزعم أنّ المال لا يبقى بلا مالك و الميت لا يملك.

و على الأوّل من القولين ففي الحالين أى ما إذا كان الدين مستوعبا للتركة أو كانت التركة أزيد لو لم يكن للميت تركة إلّا على ذمة زيد و كان على الميت دين لعمر و فأنكر زيد الدين عليه للميت فهل طرف المخاصمة مع زيد هو الوارث أو عمرو؟ ذكر الماتن- قدّس سرّه- أنّ طرف المخاصمة مع زيد هو الوارث لا- عمرو لأنّ الوارث يقوم مقام الميت فلو كان للدين على زيد شاهد واحد يحلف الوارث مع ذلك الشاهد، و يثبت الدين على زيد لثبوت الدعوى المالى بشاهد واحد

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٣٨

.....

و يمين المدعى، و أما عمرو فليس طرف المخاصمة، لأنه ما على ذمة زيد ليس بملكه و ان تعلق به حقه، فإن المفروض بقاء التركة في المفروض بتمامها أو بمقدار الدين على ملك الميت.

نعم ذكر في القواعد أنه لو امتنع الوارث عن المرافعة يجوز للدائن يعنى عمرو في الفرض المحاكمة مع زيد، و لكن لا- يجوز له الحلف مع الشاهد الواحد أو باليمين المردودة، بل يجوز له إحلاف زيد على عدم اشتغال ذمته للميت. فلو حلف زيد على عدم الدين للميت تسقط دعوى زيد لا دعوى الوارث، فيمكن للوارث بعد ذلك إثبات الدين على زيد بشهادة واحد و يمينه أو باليمين المردودة. و إذا أخذ الوارث الدين لمورثه من زيد كان لعمرو مطالبة الوارث بالدين على مورثه لبقاء المال على ملك المورث و لزوم صرفه في أداء دينه، و هل يجوز لعمرو مطالبة زيد بالمال قبل أخذ الوارث؟ فيه اشكال.

و ذكر في الجواهر في وجه الاشكال توهم سقوط الدين عن زيد بإحلاف عمرو قبل ذلك، و أجاب عنه بأن الساقط بالإحلاف حق الدعوى على زيد لا المطالبة بالمال الثابت على عهدة زيد بإثبات الوارث، و لذا لا فرق في جواز مطالبتة بين أخذ الوارث و عدمه. و لكن ناقش- قدس سره- في جواز مطالبة عمرو زيدا أو الوارث بأن اليمين على الإبراء من زيد قد فوت التركة بالإضافة إلى عمرو و أن الميت ليس له تركة بالإضافة إليه ليطالبها وفاء للدين، و إن كان له تركة بالإضافة إلى الوارث، و ناقش أيضا في حلف الوارث مع الشاهد الواحد أو باليمين المردودة بأن يمينه عن الغير، حيث إن المال لم ينتقل في الفرض إلى ملكه و انتقاله إليه بإبراء الدائنين

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٣٩

.....

الميت لا- يوجب كون حلفه بالفعل عن نفسه، و لو كان الانتقال التقديري موجبا لكون حلفه عن نفسه لجاز حلف عمرو أيضا، لكون ما على ذمة زيد ملكه على تقدير وفاء دين الميت به- انتهى.

أقول: إذا كان على الميت دين يحيط بتركته و كانت تركته منحصرة بماله على عهدة الآخر فليس للدائن مطالبة الورثة بالوفاء، لأن ما على عهدة الآخر ملك للميت يتعين الدين على الميت فيه، و ليس للوارث شأن فيه، و لذا ليس للوارث مخاصمة المديون للميت في الفرض، و انتقاله إلى الوارث على تقدير إبراء الميت عما على عهده لا يصحح طرح الدعوى قبل الإبراء.

نعم إذا كان الوارث وصيا للميت في استيفاء ماله و أداء ما عليه يجوز له مخاصمة المدين للميت، و هذا خارج عن الفرض، كما أنه يخرج عنه ما إذا أخذ الوارث الوكالة عن الدائن في طرح الدعوى على المدين للميت، و على الجملة فللدائن مطالبة المدين للميت و مخاصمته، و كذا الحال فيما كان ما للميت على ذمة الآخر أكثر من الدين، و لكن ذكر الوارث بأنه لا يدري أن لمورثه مال بذمة الآخر.

نعم إذا اعترف الوارث بأن للمورث على عهدة الآخر أكثر من الدين عليه، أو كان بيد الوارث تركة أخرى فطرف المخاصمة مع المدين للميت هو الوارث، حيث إن الدائن لا يستحق عن التركة إلا الدين له بنحو الكلي في المعين فللوارث أداء ذلك الكلي و تعيينه في كل من أبعاض التركة.

نعم إذا امتنع الوارث عن المخاصمة مع مدين الميت فيجوز للدائن مطالبتة بوفاء ما عليه من الدين للميت، لأن امتناع الورثة عن المحاكمة إسقاط لحقه في تعيين الدين على الميت في أبعاض تركته.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٤٠

[البحث الثالث: في اليمين مع الشاهد]**إشارة**

البحث الثالث: في اليمين مع الشاهد.

يقضى بالشاهد و اليمين في الجملة (١) استنادا إلى قضاء رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم و قضاء علي - عليه السلام - بعده.

(١) لا خلاف عندنا في ثبوت الدعوى بشهادة عدل واحد و يمين المدعى في الجملة، و على ذلك اتفاق الأصحاب قديما و حديثا، و بذلك نطقت الروايات و أنه قضى رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم بهما و علي - عليه السلام -، و المشهور على أن الثابت بهما دعوى المال عينا أو دينا، و كذا كل دعوى يكون المقصود بها المال، كدعوى البيع و الإجارة و الهبة إلى غير ذلك، و لكن عن جماعة كالشيخ في النهاية و الاستبصار و ابني زهرة و البراج اختصاص الثبوت بدعوى الدين، و عن السبزواري ثبوت حقوق الناس بهما مطلقا، و لو لم تكن من دعوى المال أو المقصود منها المال كالطلاق و العتاق و النسب و الوصية إليه إلى غير ذلك، حيث مال إلى ذلك في آخر كلامه و استثنى المورد الذي تم فيه الإجماع على عدم قبول شهادة الواحد مع اليمين.

و الروايات الواردة في المقام على طائفتين:

الأولى: ما يظهر منها الاختصاص بالدين أو أن الثبوت بهما في الدين، و في موثقة أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن الرجل يكون له عند الرجل الحق و له شاهد واحد؟ قال: فقال كان رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم يقضى بشاهد واحد و يمين صاحب الحق و ذلك في الدين» (١)، و في صحيحة حماد بن عثمان قال:

«سمعت أبا عبد الله - عليه السلام - يقول: كان علي - عليه السلام - يجيز في الدين شهادة رجل و يمين المدعى» (٢)، و في صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله - عليه السلام -

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٩٣.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١١: ١٩٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٤١

.....

قال: «كان رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم يجيز في الدين شهادة رجل واحد و يمين صاحب الدين و لم يجز في الهلال إلّا شاهده عدل» (١)، إلى غير ذلك.

الثانية: ما يظهر منه ثبوت حقوق الناس بهما، كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله عزّ و جلّ أو رؤية الهلال فلا» (٢). و معتبرة منصور بن حازم عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «كان رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق» (٣) بناء على عدم ارادة الدين من الحق.

و لو لم يكن في البين صحيحة محمد بن مسلم كالصريحة في الإطلاق يتعين الجمع بين الطائفتين بحمل الإطلاق في الطائفة الثانية على القيد في الطائفة الأولى، و لكن معها لا يمكن ذلك، بل يتعين أن تحمل الأولى على أن قضاء رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و

سَلَّمَ قد وقع بشاهد و يمين في الدين لا- أن ثبوت الدعوى بهما يختص بالدين، كما يحمل على ذلك ما ورد في معتبرة داود بن الحصين «٤» و غيرها ممَّا يلحق بالطائفة الأولى.

لا يقال: مع الإغماض عن صحیحته محمد بن مسلم أيضا لا يمكن الاختصاص، لأنَّ اعتراض على- عليه السلام- على قضاء شريح في قضية درع طلحة

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٤، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٥: ١٩٥.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ١٢: ١٩٦.

(٣) المصدر نفسه: الحديث ٢: ١٩٣.

(٤) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب كيفية الشهادات، الحديث ٣٥: ٢٦٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٤٢

.....

شاهد لثبوت دعوى العين بشاهد و يمين، حيث ذكر سلام الله عليه فيها: «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».

فإنه يقال: لم تكن دعوى على- عليه السلام- درع طلحة من موارد المحاكمة، كما ذكرنا سابقا، و يشير إلى ذلك ما في ذيل الحديث: «ويلك- أو ويحك- أن إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من ذلك»، و اعتراضه- عليه السلام- كان مبني على عدم جعل شريح شهادة الواحد مع يمين المدعى ميزان القضاء و لو في دعوى الدين، كما يظهر ذلك من استشهاده- عليه السلام- بقضاء رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم.

نعم يمكن أن يقال: إن في صحیحته عبد الرحمن بن الحجاج دلالة أو إشارة إلى عدم اختصاص الثبوت بدعوى الدين أو المال و هو أنه- عليه السلام- قد ذكر في ردِّ الحكم بن عتيبة و سلمة بن كهيل قول الله و أشهدوا ذوى عدلٍ منكم «٢» هو أن لا تقبلوا شهادة واحد مع اليمين «٣»، و حاصل جوابه- عليه السلام- أن الله قد أمر بأخذ شاهدين عدلين في تحمل الشهادة بالطلاق أو النكاح لا في مقام أدائها و يمكن أن يتعين في مقام التحمل تحمل الشاهدين و لا يعتبر في مقام الأداء لاحتمال أن يكون حكمه التعدد في التحمل لأجل أنه لو نسي أحدهما الشهادة يكون الآخر على ذكر منها، و على ذلك فلو كان اعتبار شهادة الواحد مع يمين المدعى مختصا بالدين لكان الأنسب أن يذكر- عليه السلام- في الردِّ عليهما بأن الآية ناظرة إلى الطلاق أو النكاح و اعتبار شهادة الواحد و اليمين يختص بالدين.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦: ١٩٤.

(٢) الطلاق: ٢.

(٣) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦: ١٩٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٤٣

.....

لا يقال: آية التداين بقريئة ما فيها من ذكر وجه اعتبار المرأتين مع الرجل من قوله سبحانه أن تَصِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى

«١» ظاهرها عدم اعتبار شهادة الواحد و يمين المدعى فى الدين أيضا.

فإنه يقال: لا دلالة فى الآية المباركة أيضا على عدم سماع شهادة الواحد مع يمين المدعى إذا لم يمكن فى مقام الأداء شهادة رجل و امرأتين، بل على تقدير الإغماض فالظهور إطلاقى يرفع اليد عنه بما ورد فى قضاء رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بهما، كما يدل عليه ما ورد فى معتبره داود بن الحصين «٢» و غيرها مما تقدم.

و الحاصل: مقتضى الجمع بين الطائفتين الالتزام بثبوت الدعوى فى حقوق الناس كافة بشهادة الواحد و يمين المدعى، إلا إذا تم فى مورد الإجماع على خلافه، كما ذكره فى الجواهر أيضا. فما عن المشهور من اختصاص السماع بدعوى المال لا يخلو عن المناقشة، فإنه إن كان مرادهم المقصود من الدعوى هو المال فيدخل فيها جملة من الحقوق غير المالية كدعوى الوكالة فيما كان غرض المدعى المطالبة بالأجرة، و كذا دعوى الوصاية فيما كان غرض المدعى الأكل بالمعروف، و دعوى النسب فيما كان الغرض من دعواها الإرث أو النفقة إلى غير ذلك.

و إن كان مرادهم أن يكون المدعى به فى نفسه مالا- فلا- وجه فى خلافهم و ترددهم فى ثبوت النكاح، و دعوى الوقف بهما. ثم إن الظاهر من حقوق الناس مقابل حقوق الله التى يدخل فيها الحدود و مع التردد فى مورد أنه من حقوق الناس أو حقوق الله يرجع فيه إلى الأصل و مقتضاه عدم اعتبار شهادة الواحد، و يمين

(١) البقرة: ٢٨٢.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣٥: ٢٦٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٤٤

و يشترط شهادة الشاهد أولا و ثبوت عدالته ثم اليمين (١) و لو بدأ باليمين

المدعى بينه، لو لم نقل بظهور البيئه فى خصوص شهادة العدلين من مثل قولهم- عليهم السلام:- «البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر» «١»، و إن قولهم: و اليمين على من أنكر ظاهره عدم اعتبار يمين المدعى فى القضاء.

(١) المنسوب إلى المشهور بل نفى الخلاف فى أنه يعتبر فى ثبوت الدعوى بشاهد و يمين وقوع اليمين بعد شهادة الشاهد و ثبوت عدالته، فإنه و إن لا يعتبر الترتيب بين شهادة الشاهد و ثبوت عدالته إلا أنه يعتبر وقوع اليمين بعدهما، فلو حلف المدعى أولا وقع لغوا، فعليه إعادة اليمين بعدهما، و نسب فى كشف اللثام الاعتبار إلى قطع الأصحاب.

و يستدل على ذلك بوجوه بعضها استحسانية، كالمذكور فى المسالك بأن وظيفة المدعى إثبات مدعاه بالبيئه و لو بدأ بشهادة الواحد تنقص البيئه و يكون لها تكميلها باليمين للنص، بخلاف ما إذا عكس الأمر فإن الحلف ليس من البدء بما هو وظيفة المدعى فلا يعتبر، و فيه ان النص قد دل على ثبوت الدعوى بشاهد و يمين و لم يعتبر فيه تقديم الشهادة فتكون وظيفة المدعى إقامة البيئه و مع عدمها الشاهد و اليمين، نظير ما ورد من أن على المدعى فى دعواه المال شهادة رجلين أو شهادة رجل و امرأتين، حيث لا تدل على وقوع شهادة الرجل قبل شهادة المرأتين.

و ذكر فى كشف اللثام أن اليمين تكون حجة المدعى إذا قوى جانبه، و مع حصول شهادة العدل الواحد أولا يقوى جانبه فتعتبر اليمين منه دون العكس، كما أن اليمين تثبت بها الدعوى بمجردها إذا قوى جانبه بنكول المنكر. و فيه أن ما

(١) المستدرک: ج ١٧، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٤: ٣٦٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٤٥

وقعت لاغية و افتقر إلى إعادتها بعد الإقامة.

ذكر مجزّد دعوى لم يشهد بها شيء من الروايات.

نعم قد يذكر أنه قد ورد في الروايات ذكر الشاهد قبل ذكر اليمين، فتكون ظاهرة في اعتبار وقوع الشهادة قبل اليمين. وفيه أن الوارد في جملة منها عطف يمين المدعى على شهادة رجل واحد بالواو العاطفة أو بلفظ مع ولا دلالة لهما على الترتيب بل في رواية عباد بن صهيب عن أبيه عن الصادق عن آباءه: «أن رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم قضى باليمين مع الشاهد الواحد» (١)، ورواية العباس بن هلال عن أبي الحسن الرضا- عليه السلام- قال: «إن جعفر بن محمد- عليهما السلام- قال له أبو حنيفة: كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد» (٢).

وقد يذكر في وجه تقديم شهادة الواحد أنه لا إطلاق في روايات الباب، فإنها واردة في مقام نفى حصر ثبوت الدعوى بالبين، وإنه يكفي في القضاء في الدين أو الحق المالي شهادة الواحد و يمين المدعى، ولذا لم يذكر فيها تمام ما يعتبر في ثبوت الدعوى بهما، وإن الثبوت فيما إذا لم يتمكن المدعى من إقامة البينة.

وفيه: أنه لا قرينة في البين على كون تمام الروايات مهملة، مع أن الأصل في كل خطاب كون المتكلم به في مقام البيان من جهة قيود الموضوع والحكم، وفي صحيحة أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي قال: «سمعت الرضا- عليه السلام- يقول: قال أبو حنيفة لأبي عبد الله- عليه السلام- تجيزون شهادة واحد و يمين؟ قال:

نعم قضى به رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم وقضى به علي- عليه السلام- بين أظهركم» (٣).

فإنه وإن كان لدعوى الإهمال فيها مجال، ولكن لا مجال لدعواه في مثل صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: «كان رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٥: ١٩٦.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٣: ١٩٦.

(٣) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧: ١٩٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٤٦

ويثبت الحكم بذلك في الأموال (١): كالدين و القرض و الغصب، و في

يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق» (١)، و معتبرة داود بن الحصين عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: سألته عن شهادة النساء في النكاح بلا- رجل معهن- إلى أن قال:- فقلت: أني ذكر الله تعالى قوله فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ (٢)، فقال: ذلك في الدين إذا لم يكن رجلان فرجل و امرأتان و رجل واحد و يمين المدعى إذا لم يكن امرأتان، قضى به رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم و أمير المؤمنين- عليه السلام- بعده عندكم» (٣).

و على الجملة: التأمل في اعتبار تقديم الشهادة بل منع اعتباره، كما عن صاحب المستند هو الأظهر، و ليس المراد من يمين المدعى اليمين على صدق الشاهد فيما شهد حتى لا يكون للحلف موضوع قبل الشهادة، بل المراد اليمين على أنه حقه ثابت، و في صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله- عليه السلام-: «أن رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب يحلف بالله أن حقه لحق» (٤)، و ظاهر الحلف على ثبوت حقه لا الحلف على صدق الشاهد فيما وقع منه من الشهادة.

نعم في المقام كلام، و هو أن يمين المدعى تقوم مقام الشاهد الآخر، بحيث تكون اليمين أحد جزئي المثبت للحق، أو أن مثبته شهادة

الشاهد و يمين المدعى شرط في شهادته و يتفرع على الأول أنّ الشاهد إذا رجع عن شهادته بعد القضاء بها يغرم نصف المال، و على الثاني أنّه يغرم تمام المال، لكن ظاهر الروايات كون اليمين أحد جزئى المثبت للحق، خصوصاً بملاحظة معتبرة داود بن الحصين، حيث إنّ ظاهرها قيام اليمين مقام شهادة المرأتين القائمة شهادتهما مقام شهادة عدل آخر من البيئته.

(١) ظاهر كلام الماتن - قدس سرّه - أنّه يثبت بشهادة عدل واحد و يمين

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ١٩٣.

(٢) البقرة: ٢٨٢.

(٣) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣٥: ٢٦٥.

(٤) المصدر نفسه: الباب ١٥ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣: ١٩٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٤٧

المعاوضات: كالبيع و الصرف و الصلح و الإجارة و القراض و الهبة و الوصية له، و الجناية الموجبة للدية: كالخطأ و عمد الخطأ و قتل الوالد ولده و الحر العبد و كسر

المدعى ما إذا كان نفس المدعى به مالا أو أمرا يكون المقصود بذلك الأمر عند الناس دعوى تملك المال عينا أو دينا أو منفعة، كدعوى البيع، و الوصية له، و الهبة، و القرض، و الغصب فى مال تالف أو غيره، و الجناية الموجبة للدية، و الأرش، و دعوى الإجارة، و غيرها ممّا يعبر عنها بالحقوق المالية.

و أنّه لا يثبت بهما ما يكون المدعى به أمرا لا يكون المقصود بذلك الأمر عند الناس المال و ان ترتب عليه تملك المال، كما فى دعوى الخلع و الطلاق و الرجعة و التدبير و الكتابة و النسب و الوصية إليه و عيوب النساء و قد تقدم أنّ هذا القول هو المنسوب إلى المشهور، و فى مقابل ذلك اختصاص الثابت بشهادة الواحد و يمين المدعى بموارد دعوى الدين و عموم الثبوت بهما ما لم يكن من حدود الله سبحانه و أن يطلق عليه حق الناس، كدعوى القذف، أو كان مثل رؤية الهلال ممّا لا يكون فيها دعوى حق على الغير، أو كان فيها هذه الدعوى، و لكن قام دليل خاص أو إجماع على عدم اعتبار شاهد و يمين فيها.

و ذكر صاحب الجواهر - قدس سرّه - أنّ كل مورد تشرع فيه ردّ يمين المنكر على المدعى تثبت الدعوى فيه بشهادة الواحد و يمين المدعى، حيث إنّ الظاهر كون هذه اليمين يمين المنكر قد صارت إلى المدعى الذى له شاهد واحد، و على ذلك فالأمر فى المسألة دائر بين القولين الاختصاص بالدين أو التعميم لكل حق.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٤٨

العظام و الجائفة و المأمومة، و ضابطه كل ما كان مالا أو المقصود منه مالا، و فى النكاح تردد أمّا الخلع و الطلاق و الرجعة و العتق و التدبير و الكتابة و النسب و الوكالة و الوصية إليه و عيوب النساء فلا، و فى الوقف إشكال منشأ النظر إلى من ينتقل إليه و الأشبه القبول لانتقاله إلى الموقوف عليهم.

أقول: لم يظهر أنّ يمين المدعى مع شهادة الواحد دائر مدار جواز ردّ اليمين، و قد تقدم أنّ طائفة من الروايات ظاهرها اختصاص الثبوت بهما بالدين، و لكن فى مقابلها صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر - عليه السلام - «١» من ثبوت حقوق الناس بهما، فالأمر دائر بين أن يكون المراد من حقوق الناس دعوى الدين كما ذكرنا انصراف الحق إلى الدين فى الروايات الواردة فى ردّ اليمين على المدعى، و بين أن يحمل ما ورد ما ظاهره الاختصاص بالدين على أنّ القضاء الواقع بشاهد و يمين من رسول الله صلى الله عليه و آله

و سلم قد وقع في الدين لا أنه يختص الثبوت بهما بالدين. و قد ذكرنا أنه يمكن استظهار ثبوت المال بهما و لو كان عينا من صحيحة عبد الرحمن ابن الحجاج (٢)، بل ما يكون المقصود منه مالا.

و قد ظهر مما ذكرنا أن التردد في دعوى النكاح لا وجه له فإنه ربما يكون غرض مدعيه المال كما في فرض موت أحد الزوجين إلا أن المقصود من النكاح عند الناس هو الزوجية لا المال، نظير دعوى الوصاية إليه، و الله سبحانه هو العالم.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٢: ١٩٦.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦: ١٩٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٤٩

و لا يثبت دعوى الجماعة مع الشاهد إلا مع حلف كل واحد منهم (١) و لو

(١) لو ادعى جماعة مالا مشتركا بينهم بسبب واحد كالإرث و أقاموا شاهدا واحدا فلا يكفي في ثبوت دعواهم حلف واحد منهم مع شهادة الشاهد لهم، بل يعتبر في ثبوتها حلف كل واحد منهم، لأن الدعوى المزبورة و ان كانت بحسب الصورة واحدة، إلا أن كلا منهم مدع بالإضافة إلى حصته من ذلك المال، و الشاهد الواحد يشهد بالحصصة لكل منهم، فيلزم حلف كل منهم على حصته.

و وحدة السبب لا- توجب الاكتفاء بحلف واحد فإنه مضافا إلى ما تقدم من أن الثابت بشهادة الواحد و يمين المدعى المال دون السبب ان السبب فيه أيضا انحلال، فثبوتة بالإضافة إلى بعض لا يلزم ثبوتة بالإضافة إلى الآخرين بحسب الظاهر.

فما عن المقدس البغدادي من كفاية حلف واحد من بعضهم، و إنما فلا- يثبت حق الحالف أيضا بدون حلف الآخرين لا يمكن المساعدة عليه، بل المحكى في كلمات بعض التسالم على الحكم من الأصحاب، نعم ربما يحتمل أن تثبت حصصة كل منهم بالحلف الواحد فيما كان الحالف وليا عليهم أو كيلا عنهم في الدعوى، و لكنه أيضا لا يخلو من تأمل، و قد تقدم جواز حلف الولي بل الوكيل في الدعوى مع علمه بالحال.

و على ذلك ففيما حلف البعض و امتنع الآخرون تثبت حصصة الحالف و لو باعها من المدعى عليه و أخذ ثمنها فلا ينبغي التأمل في عدم شركة الممتنعين عن الحلف في الثمن المزبور، لأن المبيع هو الحصصة، و كذا إذا ما باعها من غير المدعى عليه، أما إذا أخذ مقدار حصته و كان المدعى به عينا شارك، في المأخوذ ببقية الشركاء، لأن أخذ مقدار حصته من العين لا يعين حصته فيه، لبطان القسمة مع غير المالك. و على الجملة فالمقدار المأخوذ مال مشترك باعتراف الحالف، كما أن

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٥٠

امتنع البعض ثبت نصيب من حلف دون الممتنع و لا يحلف من لا يعرف ما يحلف

الباقى من العين عند المدعى عليه باق على الإشاعة بين الجميع.

و أما إذا كان المدعى به دينا على عهده المدعى عليه تتعين حصته في المأخوذ، لأن الدين إنما يتعين بما في الخارج بقصد الدافع و إذا قصد المدعى عليه دفع دينه للحالف يكون المأخوذ ملك الحالف، و تبقى حصصة الآخر على ذمته.

لا- يقال: كيف يختص الدين بالمدفوع إليه الحالف و لا يشترك فيه سائر الورثة مع أن الأصحاب ذكروا عدم جواز قسمة الدين المشترك قبل أخذه و استفادوا ذلك من الروايات الواردة من أن التالف من الدين يذهب على كل الشركاء و الواصل منه يكون مشتركا بينهم و لو مع قسمة الديان، و في موثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن علي - عليه السلام -: «في رجلين بينهما مال منه بأيديهما و منه ما غائب عنهما فاقسما الذي بأيديهما و احتال كل واحد منهما بنصيبه فقبض أحدهما و لم

يقبض الآخر قال ما قبض أحدهما فهو بينهما و ما ذهب فهو بينهما» و قريب منها غيرها.

فإنه يقال: الروايات المشار إليها لا تعمّ المقام، فإنّ المفروض فيها ما إذا كان لاثنين مالا بدمه الواحد أو المتعدد و اقتسما ذلك الدين قبل أخذه، بأن قال أحد الشريكين لصاحبه أنّ مالنا ما في ذمة فلان من الدين المشترك لك و ما على عهده الآخر لى، أو قال ما يؤخذ من المديون من القسط الأول من الدين لك و القسط الثانى لى و كان دفع المديون وفاء لما عليه من الدين لهما، و فى مثل ذلك لو تلف بعض الدين يحسب عليهما لبطان القسمة أو انحلالها بتلف البعض.

أما إذا دفع من عليه المال للآخر ما عليه بقصد وفاء ما عليه له، يتعين الدين له بالدفع و لا يدخل فى المفروض فيها لتلف ما للآخر عليه بامتناعه عن

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٥١

عليه يقينا و لا يثبت مالا لغيره (١)، فلو ادعى غريم الميت مالا له على آخر مع شاهد

الحلف، و كأنه أتلف ماله على الآخر بالامتناع المزبور.

بقى فى المقام أمر، و هو أنّ امتناع المدعى مع الشاهد الواحد عن الحلف ليس كامتناعه عن اليمين المردودة عليه، فإنّ امتناعه عن اليمين المردودة يوجب سقوط دعواه، فيحكم القاضى ببراءة ذمة المدعى عليه، فلا يفيد الطفر بعد ذلك بالبينه، على ما تقدم، و هذا بخلاف اليمين مع الشاهد، حيث أنّ يمينه فى المقام إقامة المثبت لدعواه كإقامة البينه و امتناعه عن إقامة البينه ليس بمعنى طلب اليمين عن المنكر و الرضا بيمينه، فيكون امتناعه عن الحلف بلا- طلب اليمين عن المنكر من إيقاف الدعوى، و لو ظفر بعد ذلك بشاهد آخر أو أنّه مات و قام وارثه لبذل اليمين ليأخذ حصه مورثه جاز.

(١) ذكر- قدس سره- اعتبار أمرين فى الحلف المترتب عليه جواز القضاء:

الأول: كون المحلوف عليه أمرا يقينا سواء أ كان الحلف على النفى أم الإثبات و سواء أ كانت اليمين مردودة أم غيرها.

الثانى: أنّه يعتبر فى الحلف أن لا- يكون المحلوف عليه لغير الحالف، بأن يحلف على مال للغير و إن تعلق حقه به، و لأجله تصح له الدعوى فيه.

أقول: إن كان المراد من الأمر الأول عدم جواز الحلف بمجرد وجدان ضبط المحلوف عليه فى كتابته أو كتابه مورثه مع احتمال كونه بلا موجب أو نحو ذلك مما لا يكون حجّة معتبرة فالأمر ظاهر، لما تقدم من الروايات الظاهرة فى اعتبار علم الحالف و أنّه لا يمين إلّا على العلم، و إن كان المراد اعتبار خصوص وصف اليقين بحيث لا يجوز الحلف اعتمادا على الحجاج مع كون مفاد دليل اعتبارها أنّها علم بالواقع فلا- يمكن المساعدة عليه كالأستصحاب، حيث مفاد خطاب اعتباره أنّ اليقين بالحالة السابقة يقين ببقائها و أنّ اليقين السابق يعتبر علما بالبقاء، نعم لا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٥٢

فإن حلف الوارث ثبت و إن امتنع لم يحلف الغريم و كذا لو ادعى رهنا و أقام شاهدا أنّه للراهن لم يحلف لأنّ يمينه لإثبات مال الغير.

يجوز الحلف اعتمادا على مثل أصالة البراءة مما يكون مفادها مجرد الحكم الظاهرى.

و ما عن صاحب الجواهر من الاستشكال فى جواز الحلف اعتمادا على الاستصحاب بل تقويته عدم الجواز فيه تأمل، و قد تقدم جواز الحلف اعتمادا على قاعدة اليد و وروده فى معتبرة حفص بن غياث.

و أما ما ذكر من الأمر الثانى و هو عدم جواز الحلف على المال للغير سواء أ كان عينا أم على العهدة فقد نسب ذلك إلى الشهرة، و عن كاشف اللثام جواز حلف الولى على المال للمولى عليه.

و يستدل على عدم الاعتبار بما فى الروايات فى ثبوت الحق بشاهد و يمين صاحب الحق كما فى معتبرة منصور بن حازم «١»، و يمين صاحب الدين كما فى صحيحه محمد بن مسلم «٢»، مع أن الأصل عدم ثبوت الدعوى و عدم نفوذ القضاء بغير يمين صاحب الحق. و لكن الأظهر عدم الفرق فى الحلف سواء أ كانت اليمين مردودة أم مع الشاهد بين كونه على المال للحالف أو للغير فيما إذا تعلق للحالف الحق بذلك المال أو بدعواه، كما فى الولي و الوكيل فى الدعوى. و ما ذكر من الروايات و إن كان ظاهرها حلف من يدعى أنه مالك المال، إلما أنها لا تصلح لتقييد الإطلاق فى البعض الأخرى كصحيحه حماد بن عثمان قال: «سمعت أبا عبد الله - عليه السلام - يقول: كان على - عليه السلام - يجيز فى الدين

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ١٩٣.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ٥ و ١١: ١٩٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٥٣

و لو ادعى الجماعة مالا لمورثهم و حلفوا مع شاهدهم ثبتت الدعوى (١) و قسم بينهم على الفريضة و لو كان وصيه قسموه بالسوية إلما أن ثبتت التفضيل و لو امتنعوا لم يحكم لهم و لو حلف بعض أخذ و لم يكن للممتنع معه شركة، و لو كان فى

شهادة رجل و يمين المدعى «١»، و صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر - عليه السلام -: «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم» «٢». و صحيحه هشام عن أبى عبد الله - عليه السلام -: «ترد اليمين على المدعى» «٣». و الوجه فى عدم صلاحها للتقييد كون الغالب فى المدعى بالمال صاحبه فلا تمنع عن الأخذ بالإطلاق فى الطائفة الثانية مع أنه لا تنافى بين الإطلاق و التقييد لكونهما من المثبتين مع انحلال الحكم.

و الحاصل أن مع الإطلاق لا تصل النوبة إلى الأصل العملى، أضف إلى كل ذلك صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج الواردة فى اعتراض على - عليه السلام - على قضاء شريح فى درع طلحة «٤»، مع أن الحلف عليه مع الشاهد الواحد لم يكن من حلف المالك بناء على ما ذكروا من توجه اعتراضه عليه السلام إليه فى قضائه المفروض فى الرواية.

(١) ثم إن الماتن - قدس سره - قد فرع على الأمر الثانى فروعا:

الأول: ما إذا ادعى غريم الميت يعنى الدائن عليه مالا للميت على آخر،

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١١: ١٩٥.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ١٢: ١٩٦.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣: ١٧٦.

(٤) المصدر نفسه: الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦: ١٩٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٥٤

الجملة مولى عليه يوقف نصيبه فإن كمل و رشد حلف و استحق و إن امتنع لم يحكم له و إن مات قبل ذلك كان لوارثه الحلف و استيفاء نصيبه.

و كان له شاهد، فإنه لا يحلف الدائن على ذلك المال للميت على الغير و ان يصح له طرح الدعوى على الغير لتعلق حقه بذلك المال مطلقا أو مع امتناع الوارث عن المخاصمة مع ذلك الآخر على ما تقدم و الحلف مع الشاهد يجوز للوارث.

أقول: قد تقدم الكلام فى ذلك فلا نعيد.

الثانى: ما لو ادعى على الآخر أن المال الموجود بيده ملك الغير و أنه قد رهن عنده بالدين له عليه فإنه لا يجوز له ان يحلف على أن المال للمديون لأن حلفه يكون لثبوت المال للغير.

الثالث: ما إذا ادعى جماعة أن المال بيد الآخر أو عهدته لمورثهم و أقاموا شاهدا واحدا فإنهم يحلفون مع الشاهد و يقتسمون المال على أسهم الإرث و لو ادعوا أنه وصية لهم يقتسمونه بالسوية مع عدم ثبوت القرينة على التفصيل و لو امتنع بعضهم عن الحلف أخذ الحالفين أسهمهم و لا يشارك الممتنع فى المأخوذ، و لو كان فى جملة الجماعة قاصر لا يحلف وليه، لأن حلفه للغير، بل يأخذ غيره سهمه، و يوقف الدعوى بالإضافة إليه، و ينتظر بلوغه، فلو حلف بعد البلوغ أخذ ماله عن المدعى عليه، و إن مات قبل حلفه قام وارثه مقامه.

أقول: إن الحالف فيما أخذ العين المدعى بها كلا أو بعضا يشترك فيه الجميع لبطلان القسمة مع غير المالك مع اعتراف الحالف بأن المال على الإشاعة بين الجميع، و ذكرنا فى المقام عدم الفرق بين الولى و غيره فى جواز الحلف، بل لا يجوز فى الفرض للولى إيقاف الدعوى بامتناعه عن الحلف لأنه من تضييع مال المولى عليه.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٥٥

[مسائل خمس]

إشارة

مسائل خمس:

[الأولى: لو قال: هذه الجارية مملوكتى و أم و لى]

الأولى: لو قال: هذه الجارية مملوكتى و أم و لى حلف مع شاهده و يثبت رقيتها (١) دون الولد لأنه ليس مالا و يثبت لها حكم أم الولد بإقراره.

[الثانية: لو ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم دارا]

الثانية: لو ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم دارا (٢) و على نسلهم، فإن حلف المدعون مع شاهدهم قضى لهم و إن امتنعوا حكم بها ميراثا و كان

(١) لو كانت بيد زيد جارية و ادعى آخر عليه أن الجارية مملوكته و أنها أم ولده و اقام شاهدا و حلف أنها أم ولده فلا ينبغى التأمل فى أنه يثبت بهما أنها مملوكته، و أمها ولدها فيبقى فى يد زيد، لأن مدعى الجارية لم يدع ملكية الولد له، بل ادعى النسب، و هو على ما تقدم لا يثبت بشاهد و يمين. نعم لا يجوز للمدعى بيع الجارية أخذا باعترافه بأنها أم ولد يترتب عليها حكمها من عدم جواز البيع و غيره.

و المتحصل: أنه يبقى الولد بيد المدعى عليه، فيحكم بكونه ملكا له، أخذا بمقتضى يده عليه. نعم إذا انتقل ذلك الولد إلى المدعى بالإرث من ذى اليد أو المصالحة أو غيرهما يحكم بكونه حرا، أخذا على المدعى باعترافه السابق، و ربما يناقش فيما ذكر ببعض الاعتراضات، و لا ثمره مهمة للتعرض لها.

(٢) لو ادعى بعض الورثة أن الدار الفلانية التى كانت لمورثهم قد وقفها المورث عليهم و على نسلهم، كما هو مقتضى الوقف الخاص

و أقاموا شاهدا واحدا، فإن حلفوا قضى بهما لهم بالوقف، فيخرج دين الميت من غيرها، كما يخرج وصاياه من غيرها من ثلث التركة الباقية بعد أداء الدين و يقسم باقى التركة على جميع الورثة على أسهم الإرث، و لو لم يكن له تركة غير الدار فهو ممن لا تركة له، فلا موضوع لإخراج ديونه و وصاياه وارثه، و إذا امتنع مدعى الوقف عن الحلف أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٥٦

نصيب المدعين وقفا و لو حلف بعض ثبت نصيب الحالف وقفا و كان الباقي طلقا، تقضى منه الديون و تخرج الوصايا و ما فضل ميراثا و ما يحصل من الفاضل للمدعين يكون وقفا.

مع الشاهد بأن لم يحلف من المدعين بالوقف حتى واحد منهم تدخل الدار المفروضة فى تركة الميت فيخرج منها ديونه و يصرف من ثلثها وصاياه و يكون الباقي لجميع الورثة المدعين بالوقف و غيرهم على أسهم الإرث، غاية الأمر يؤخذ المدعون بإقرارهم بأن الدار ليست من الملك الطلق لهم حتى يتمكنوا على بيعها.

و لو لم يكن للميت مال آخر غير تلك الدار و حلف بعض المدعين بالوقف عليهم دون البعض الآخر كما إذا كانوا أربع اخوة و ادعى اثنان منهم الوقف عليهما و أقاما شاهدا واحدا و حلف أحدهما و امتنع الآخر ثبت الوقف فى نصف الدار كما هو تقضى ادعائهما أن تمام الدار وقف عليهما حيث أن مقتضاه كون كل منهما مدعيا بأن نصف الدار بنحو الإشاعة وقف عليه فيخرج دين الميت من نصفها الآخر و ينفذ وصاياه من ثلث الباقي من بعد أداء الدين و يجعل ثلثى الباقي من النصف ثلاثة أسهم سهمان منه لغير المدعين و سهم للمدعى غير الحالف نعم يؤخذ غير الحالف بإقراره بأن ملكه غير طلق على ما تقدم.

مثلا يكون الدار المزبور اثني عشر سهما، و بحلف أحد المدعين يثبت له ستة أسهم و هى نصف الدار، و تبقى ستة أسهم، و إذا صرف ثلاثة من الستة الباقية فى ديون الميت و وصاياه يبقى ثلاثة أسهم سهم واحد للممتنع عن الحلف و سهمان للآخرين.

و لكن ظاهر المصنف - قدس سره - كجماعه من الأصحاب أن الباقي بعد

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٥٧

و لو انقرض الممتنع كان للبطن التى تأخذه بعده (١) الحلف مع الشاهد و لا يبطل حقهم بامتناع الأول.

إخراج الدين و وصاياه يقسم على جميع الورثة حتى الحالف، و لا- يمكن المساعدة عليه، فإن الحالف معترف بأنه لا سهم له من الباقي، و أنه ليس له من الدار إلما نصفها حيث أنها وقف عليه و على أخيه و المنكرين للوقف و إن يعترفون بإرث الحالف إلما أنه يقولان بأن سهمه أقل من النصف.

(١) ذكر- قدس سره- أنه إذا انقرض الممتنع عن الحلف كان للبطن الذى يصير حصه الممتنع إليه الحلف على الوقفية، فتأخذ الحصه بتمامها، لأن امتناع السابق لا يوجب سقوط دعوى الوقف فى النصف الثانى من الدار.

أقول: فى المسألة فرضان:

الأول: أن يكون بعض الاخوة ممن لم يدع الوقفية كان منكرا للوقفية على المدعين بها و بما أنه ثبتت دعوى الوقفية فى نصف الدار بشاهد و يمين حلفوا على نفى الوقفية، و فى هذا الفرض لا مجال لنقض الحكم السابق بعدم الوقفية بالإضافة إلى نصفها الآخر، غاية الأمر من انتقلت إليه حصه الممتنع عن الحلف من نصفها لاعترافه بالوقف ايضا يلزم بإقراره به بالإضافة إلى تلك الحصه التى فرضنا أنها الواحد من ثلاثة.

الثانى: أن يكون جريان حكم التركة على نصف الدار لإيقاف الدعوى و عدم مطالبه الممتنع عن الحلف بالحلف عن المنكرين أو أن البعض لم يكن منكرا للوقفية و لا- مقرا بها، كما إذا قالوا لا نعلم الحال، و فى هذا الفرض يمكن أن يقال بأن للبطن اللاحق من نسل

الممتنع أن يحلف على الوقية و يأخذ النصف الثاني من الدار، و لكن قد يناقش في هذا أيضا بأنه لا مورد لحلف البطن اللاحق، لأن الحكم بالوقية في النصف الثاني يكون من الوقف المنقطع الأول.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٥٨

[الثالثة: إذا ادعى الوقية عليه و على أولاده بعده و حلف مع شاهده]

الثالثة: إذا ادعى الوقية عليه و على أولاده بعده و حلف مع شاهده ثبتت الدعوى و لا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفة لأن الثبوت الأول اغنى عن تجديده و كذا إذا انقرضت البطون و صار إلى الفقراء أو المصالح، و أما لو ادعى التشريك بينه و بين أولاده افتقر البطن الثاني إلى اليمين (١) لأن البطن الثاني بعد وجودها تعود كالموجودة وقت الدعوى فلو ادعى ثلاثة أخوة أن الوقف عليهم و على أولادهم مشتركا فحلفوا مع الشاهد ثم صار لأحدهم ولد فقد صار الوقف أرباعا و لا تثبت حصة هذا الولد ما لم يحلف لأنه يتلقى الوقف عن الواقف فهو كما لو كان موجودا وقت الدعوى و يوقف له الربع فإن كمل و حلف أخذ.

و إن امتنع قال الشيخ يرجع ربه على الإخوة لأنهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم و بامتناعه جرى مجرى المعدوم و فيه إشكال ينشأ من اعتراف الأخوة بعدم استحقاق الربع و لو مات أحد الإخوة قبل بلوغ الطفل عزل له الثلث من حين وفاة الميت لأن الوقف صار أثلاثا و قد كان له الربع إلى حين الوفاة فإن بلغ و حلف أخذ الجميع و إن رد كان الربع إلى حين الوفاة لورثة الميت و الأخوين و الثلث من حين الوفاة لأخوين و فيه أيضا إشكال كالأول.

و لكن لا يخفى أن الشاهد و اليمين تثبتان الوقية من الأول كاثبات البينة، حيث إن الوقف تمليكي فيأخذ البطن اللاحق النصف من الدار و ما تلف من منافعها في اليد الآخرين مما كان ملكا للممتنع عن الحلف، اللهم إلا أن يقال أن امتناعه عن الحلف كان إسقاطا لاحترام تلك المنافع فلا يضمن الآخرين عليه بها.

(١) ذكر في الجواهر أنه إذا انقرض الحالف و صار الوقف إلى البطن اللاحق فيحتاج ثبوت الوقف على اللاحق إلى حلفه، لأن الوقف ثبت بالإضافة إلى الحالف الماضي و البطن اللاحق لا يتلقى الملك من السابق كما في الإرث ليكفي

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٥٩

[الرابعة: لو ادعى عبدا و ذكر أنه كان له و أعتقه فأنكر المتشبه]

الرابعة: لو ادعى عبدا و ذكر أنه كان له و أعتقه (١) فأنكر المتشبه قال الشيخ: يحلف مع شاهده و يستنقذه و هو بعيد لأنه لا يدعى مالا.

في الانتقال إلى اللاحق ثبوت الملك للسابق بل يتلقى من الواقف فيلزم في ثبوت الوقف بالإضافة إليه الحلف. و فيه: أن الوقف و إن ينحل بالإضافة أي الموقوف عليه المتعدد كما إذا وقف العين على زيد و عمرو و من بعدهما على أولادهما نسلا بعد نسل فيكون نصفها وقفا لزيد و نصفها الآخر لعمرو، إلا أن الوقف لا ينحل إلى المتعدد بالإضافة إلى البطون التالية، و لذا يكفي في تحقق القبض قبض البطن الموجود و على ذلك و كما أن مع البينة بالوقف ثبتت الوقف التمليكي و كذلك بشاهد و يمين، و قد تقدم عدم صحه ما بنوا عليه الحكم في أمثال المقام من أن الحلف على ملك الغير غير صحيح، فإن ظاهر الروايات أن الحلف مع شاهد واحد يقوم مقام البينة و تثبت بها دعاوى المالية أو غيرها أيضا كثبوتها بالبينة و ان الحلف يصح على العلم فيما كان مدعيا و لاية أو وكالة.

و الظاهر عدم الفرق في عدم الحاجة إلى الحلف من البطن اللاحق سواء أ كان الوقف بالإضافة إلى البطن اللاحق على وجه التشريك أم بنحو الترتب و انقضاء البطن الموجود.

(١) لو كان بيد شخص عبدا فادعى عليه آخر أن العبد المزبور كان له و أنه أعتقه فهو حر و اقام بذلك شاهدا فهل يثبت كونه حرا بحلف المدعى مع ذلك الشاهد الواحد؟ قال الشيخ - قدس سره - نعم، لأن الملك السابق يثبت بشاهد و يمين فيحكم بكونه حرا أخذنا عليه بإقراره، و لكن لا يخفى ما فيه لعدم تحقق الدعوى على الغير في الفرض ليقال بثبوتها بشاهد و يمين. و دعوى ولاء أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٦٠

[الخامسة: لو ادعى عليه القتل و أقام شاهدا]

الخامسة: لو ادعى عليه القتل و أقام شاهدا فإن كان خطأ أو عمد الخطاء حلف و حكم له (١) و إن كان عمدا موجبا للقصاص لم يثبت باليمين مع الواحدة و كانت شهادة الشاهد لوثا و جاز له إثبات دعواه بالقسامة.

العتق مما لا يثبت بشاهد و يمين، كما هو المفروض. نعم إذا كان المدعى المزبور عدلا، و شهد معه آخر بما ذكر يثبت عند الحاكم كونه حرا غير مملوك، فيأخذه و يخلي سبيله بناء على ترتب ولاء العتق لا يوجب ردّ شهادته.

(١) لو ادعى أن فلانا قتل مورثه خطأ أو بنحو شبه العمد، و أقام شاهدا واحدا و حلف على القتل تثبت الدية على العاقلة في الأول و على القاتل في الثاني فإن الدية ما يثبت بشاهد و يمين. بخلاف ما إذا ادعى عليه القتل عمدا و اقام شاهدا، فإنه لا يثبت القصاص بشاهد و يمين، بل وجود شاهد واحد يوجب اللوث، فيثبت القتل العمدي في المورد بالقسامة. لا يقال: بناء على ثبوت حق الناس بشاهد و يمين يثبت القصاص، فإنه من حق الناس.

فإنه يقال: لا يثبت القصاص بشاهد و يمين و لو كان من حق الناس، فإن ذلك مقتضى ما ورد في ثبوت القتل بالبينه، و مع عدمها في مورد اللوث على المدعى عليه البينه بالنفى و مع عدمها تعتبر القسامة، بل لا يبعد أن يكون الأمر كذلك بالإضافة إلى القتل خطأ أو شبه الخطأ، فيعتبر في ثبوت الدية على العاقلة أو على القاتل القسامة، و لا- يكفي مجرد شاهد و يمين. و تمام الكلام في كتاب القصاص و الديات، ان شاء الله تعالى.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٦١

[خاتمة تشتمل على فصلين]

إشارة

خاتمة تشتمل على فصلين

[الأول في كتاب قاض إلى قاض]

إشارة

الأول في كتاب قاض إلى قاض إنهاء حكم الحاكم إلى الآخر أما بالكتابة أو القول أو الشهادة.

أما الكتابة فلا عبرة (١) بها لإمكان التشبيه.

(١) قد يتحقق القضاء و فصل الخصومة عن قاض و ينهى القاضى المزبور و يبلغه إلى قاض آخر ليحكم الآخر به ايضا، و ربّما يكون الداعى إلى ذلك عدم تجديد المخاصمة عنده، أو تنفيذ الحاكم الآخر قضاءه، أو أنّه قد حكم للمدعى مع غياب المدعى عليه، و حيث إنّ الغائب على حجته و يمكن له إقامة الدعوى على المدعى عنده فيكون على علم من قضائه فى الواقعة المرفوعة إلى القضاء قبل ذلك.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٦٢

و أما القول مشافهة فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت ففى القضاء به تردّد، نص الشيخ فى الخلاف أنّه لا يقبل.

و الإبلاغ و الإنهاء يكون على وجوه:

الأول: أن يكتب الحاكم الأول إلى الثانى بصورة حكمه و أنّه قد حكم فى الواقعة الفلانية للمدعى المزبور على فلان و يذكر اسمه و رسمه بكذا و كذا و لا سيّما أن يذكر مدرّك قضائه من شهادة العدلين أم شهادة واحد و يمين المدعى أو غير ذلك. الثانى: أن يذكر الحاكم الأول للثانى أنّه قد حكم فى الواقعة الفلانية المرفوعة إليه و يذكر خصوصياتها بكذا و كذا. الثالث: أن يأخذ الحاكم الأول شهادة الشاهدين بقضائه ليشهدا عند الحاكم الآخر به.

أما الإبلاغ و الإنهاء بالكتابة فالمشهور على عدم اعتباره بها سواء أ كان فى البين شهادة شاهدين أنّه كتابته أم لا، و سواء أ كان الكتاب مختوما بخاتمه أم لا، لأنّ الكتابة تحتمل التزوير و عدم القصد بما رسمه، و فى موثقة السكونى عن جعفر عن أبيه عن على - عليه السلام -: «أنّه كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض فى حد و لا فى غيره حتى وليت بنو أمية فأجازوا بالبينات» «١»، و نحوها رواية طلحة بن زيد «٢»، خلافا لأبى على فجوزها فى حقوق الناس دون حقوق الله تعالى. و عن الأردبيلى موافقته مع العلم بكتابته قاصدا لمعناها.

أقول: إذا أحرز الحاكم الثانى أنّ ما وصل إليه كتابه القاضى الأول و أنّه قد كتبه بعد قضائه فلا فرق بينها و بين أخباره بحكمه مشافهة و ما فى الروايتين

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢١٨.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ٢١٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٦٣

و أما الشهادة فإن شهدت البينة بالحكم و بإشهاده إياهما على حكمه تعين القبول لأنّ ذلك ممّا تمسّ الحاجة إليه إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها فى البلاد المتباعدة غالب و تكليف شهود الأصل التنقل متعذّر أو متعسّر فلا بدّ من وسيلة إلى استيفائها مع تباعد الغرماء و لا وسيلة إلّا رفع الأحكام إلى الحكام و أتمّ ذلك احتياطا ما صورناه.

محمول على صورة عدم إحراز ذلك مع ضعف الثانية سندا.

و أما اخبار الحاكم بحكمه الثانى، كما إذا قال له قد حكمت فى الواقعة الفلانية لفلان على فلان بكذا، فعن الشيخ - قدّس سرّه - فى الخلاف بعدم الاعتبار بالخبر و لا يصلح سندا للحكم من الحاكم الثانى و تردّد فيه الماتن - قدّس سرّه - و إن قوى القبول فيما بعد و سيأتى التعرض له.

و أما الحكم اعتمادا على البينة بالحكم من الحاكم الأول بأن يشهد عدلان بأن الحاكم الأول قد حكم بحضورهما بكذا لفلان على

فلان فقد ذكر الماتن - قدس سره - في جوازه وجوها:

الأول: الحاجة إلى الحكم من الحاكم الثاني أو تنفيذه يقتضى ذلك، فإن الحقوق لأربابها في البلاد المتباعدة أمر غالب و استيفائها يحتاج إلى وسيلة في رفع الحكم من حاكم إلى حاكم آخر، حيث أن تنقل الشاهدين بأصل الحق في البلاد متعسر أو متعذر غالباً، فيكون رفع حكم الحاكم بشهادتهما إلى حاكم آخر بشهادة الشاهدين بحكمه من أتم الوسيلة.

لا- يقال: يمكن الحكم من الحاكم الثاني بوجه آخر، و هو شهادة الفرع على شهادة الأصل بالحق عند الحاكم الثاني ليكون إنفاذه و حكمه من الحكم بالبينه.

فإنه يقال: تعسر التنقل أو تعذره يجرى في شاهدى الفرع أيضاً، لأن قبول

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٦٤

لا يقال: يتوصل إلى ذلك بالشهادة على الشهود الأصل، لأننا نقول قد لا يساعد شهود الفرع على التنقل و الشهادة الثالثة لا تسمع و لأنه لو لم يشرع إنهاء الأحكام بطلت الحجج مع تطاول المدد و لأن منع ذلك يؤدى إلى استمرار الخصومة

شهادة الفرع يختص بالمرتبة الثانية و شهادة المرتبة الثالثة غير مقبولة عندهم بل شهادة الفرع بالمرتبة الثانية أيضاً لا تكفى في ثبوت كل الدعاوى كما يأتي.

الثاني: أنه لو لم تسمع الشهادة بالحكم بأن يتوقف الحكم من الحاكم الثاني بأصل الحق على البينة به عنده أو على الشهادة بالشهادة بالحق بالمرتبة الثانية كما يعبر عنها بشهادة الفرع لبطل اقامة الحجج لذوى الحقوق مع تطاول الأزمنة، حيث يتوقف الحكم من الحاكم الثاني على قيام البينة عنده بالحق أو الشهادة بالشهادة به، و بتتالي الأزمنة يموت الحاكم الأول و شهود الحق أصلاً و فرعا و تنقطع الحجة بالحق.

أقول: عدم انقطاع الحجة بالحق لا يتوقف على حكم الحاكم اللاحق بالحق ليقال أن حكمه به يتوقف على البينة عنده أو الإقرار أو اليمين المردودة، بل تبقى الحجة بالحق في الأزمنة المتتالية بحكم اللاحق بأن هذه الواقعة قد حكم فيها بكذا السابق عليه و ان حكمه نافذ، سواء أحصل له العلم بحكم السابق بسماعه منه مشافهة أم بغيره حتى من خصوصيات كتابه القاضى السابق كما تقدم أم بقيام البينة عنده بالحكم من الحاكم السابق.

و على الجملة: فمقتضى ما تقدم من لزوم التصدى كفاية لإيصال حقوق الناس بعضهم إلى بعض و نفوذ القضاء و عدم جواز نقضه لزوم تنفيذ الحكم الصادر عن الحاكم الأول.

و مما ذكرنا يظهر ضعف ما ذكر الماتن - قدس سره - في الوجه الثالث، و هو

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٦٥

في الواقعة الواحدة بأن يرافعه المحكوم عليه إلى الآخر فإن لم ينفذ الثاني ما حكم به الأول اتصلت المنازعة. و لأن الغريمين لو تصادقا إن حاكما حكم عليهما ألزمهما الحاكم ما حكم الأول فكذا ما لو قامت البينة لأنها تثبت ما لو أقر به الغريم به لزم.

أنه لو لم تسمع الشهادة بالحكم اتصلت المنازعة بين المتخاصمين في خصومه واحدة حيث يمكن للمدعى عليه فيها طرح الخصومة عند حاكم آخر، و وجه الظهور ان مقتضى ما تقدم تنفيذ الحاكم الآخر الحكم الصادر عن الأول لا الحكم في تلك الخصومة ثانيا بثبوت الحق للمحكوم له بلا بينه عنده بالحق.

الثالث: ان المتنازعين لو اعترفا بأن الحاكم قد حكم في واقعهما بكذا ألزمهما الحاكم الثاني بالعمل على طبق حكمه، فتكون البينة بحكمه أيضاً كذلك، و مقتضى ذلك لزوم تنفيذ الحكم الصادر عن الأول.

فتحصل من جميع ما ذكرنا أن إلزام الحاكم الثاني المحكوم عليه في حكم الحاكم الأول بالعمل عليه مشروع بل لازم، فإنه مقتضى نفوذ ذلك الحكم و عدم جواز رده و الإلزام بالعمل عليه داخل في الأمر بالمعروف، و إن تنفيذه من شؤون القاضى و الحاكم لكونه من استيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض سواء أ كان الحكم عنه أم عن الحاكم قبله.

بل لا تبعد مشروعية حكمه بثبوت الحكم عن الحاكم السابق فيما إذا طلب المحكوم له و أحرزه الحاكم وجدانا أو بشهادة الشاهدين. لا يقال: هذا خارج عما دل على نفوذ القضاء فى موارد المخاصمة، فإن مقتضاه القضاء فى مورد المنازعة لا فى ثبوت القضاء و عدمه. فإنه يقال: الغرض من القضاء إنهاء الخصومة و استيفاء الحقوق، و هذا لا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٦٦

لا يقال: فتوى الأصحاب أنه لا يجوز كتاب قاض إلى قاض و لا العمل به، و رواية طلحة بن زيد و السكونى عن أبى عبد الله - عليه السلام -: إن عليا - عليه السلام - كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض لا فى حد لا فى غيره حتى وليت بنو أمية فأجازوا بالبينات.

يتم إلّا بحكم الحاكم الثانى بثبوت الحكم عن الحاكم السابق، و إلّا لاستمرت المنازعة، نعم القضاء بثبوت الحق للمحكوم له فى تلك الواقعة اعتمادا على الحكم من الحاكم السابق لم تعلم مشروعيته، فضلا عن نفوذه، فإنه من القضاء بلا بينة و لا علم منه.

ثم إن ظاهر المصنف - قدس سره - أنه يعتبر فى حكم الحاكم الثانى بنفوذ الحكم الأول حضور شاهدى الحكم المخاصمة المرفوعة إلى الحاكم الأول و سماعهما الحكم بإشهاده على حكمه، و لو كان حضورهما فى تلك الواقعة اتفاقيا، و لم يطلب منهما تحمل الشهادة فلا يعتبر شهادتهما. و لكن لا يخفى ما فيه، فإنه لا يعتبر فى سماع البينة إلّا الاخبار بالواقعة المشهود بها عن حس، و عليه فلو لم يحضر إلّا إنشاء نفس الحكم الصادر من القاضى السابق بعد أن يستمع المرافعة بين المتخاصمين سمع شهادتهما بالحكم. بقى فى المقام أمور:

منها: أنه قد تقدم أنه على الحاكم الثانى الحكم التنفيذى و إنفاذ الحكم من الحاكم السابق مع ثبوت ذلك الحكم عنده بوجه معتبر، فإنه مع ثبوته كذلك يكون إلزام المتخاصمين بالعمل به داخلا فى الأمر بالمعروف و المنع عن المنكر يعنى ردّ قضاء الحاكم الأول كما أن عليه الحكم التنفيذى لثلا تستمر المنازعة، أضف إلى ذلك: أن إنفاذ القضاء الصحيح من الحاكم من شؤون القضاء.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٦٧

لأننا نجيب عن الأول بمنع دعوى الإجماع على خلاف موضع النزاع لأنّ المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض ليس منعا عن العمل بحكم الحاكم مع ثبوته و نحن نقول فلا عبرة عندنا بالكتاب مختوما كان أو مفتوحا و إلى جواز ما ذكرنا أو ما الشيخ أبو جعفر - ره - فى الخلاف.

و نجيب عن الرواية بالطعن فى سندها فإنّ طلحة بترى و السكونى عامى و مع تسليمها نقول بموجبها فإننا لا نعمل بالكتاب أصلا و لو شهد به فكأنّ الكتاب ملغى.

و أما إذا لم يثبت الحكم السابق بأن شهد الشاهدان أنّ حق زيد على عمرو بكذا كان ثباتا عند الحاكم الفلانى، أو أنّ الحاكم الأول ذكر لهما هذا الحق اخبارا فلا مورد للحكم التنفيذى من الحاكم الثانى و لا للتنفيذ لعدم إحراز الحكم من الأول، و مجرد ثبوت حق لزيد على عمرو لا يلزم ثبوته عند الحاكم الآخر، بل يعتبر فى الحكم من الحاكم الآخر إقامة المدعى البينة بحقه أو إقرار خصمه أو اليمين المردودة على ما مرّ، بل لا يشرع القضاء فى الواقعة ثانيا بعد القضاء النافذ سابقا.

و منها: أنه لو تغير حال الحاكم الأول بعد حكمه بموت أو عزل لم يقدر ذلك فى إنفاذ الحاكم الآخر حكمه بخلاف ما لو تغير حاله بفسق، فإنه لو سبق الإنفاذ على الفسق فهو و إلّا فلا ينفذ بل يتعين تجديد المرافعة عند الحاكم الثانى، و ذكروا فى وجه الفرق أنّ فسقه

يكشف عن سوء حاله حال قضائه بخلاف الموت و العزل و نحوهما و فى الفرق ما لا يخفى .
 و هذا بالإضافة إلى تغيير حال الحاكم الأول، و أمّا تغيير حال الحاكم الثانى فلا يقدح فى الحكم من الحاكم السابق، و كلما ثبت الحكم السابق عند حاكم آخر يترتب عليه جواز الإنفاذ أو وجوبه.
 أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٦٨

إذا عرفت هذا فالعمل بذلك مقصور على حقوق الناس دون الحدود و غيرها من حقوق الله.
 ثم إن ما ينهى من الحاكم أمران: أحدهما حكم وقع بين المتخاصمين و الثانى إثبات دعوى مدع على غائب.
 أمّا الأول: فإن حضر شاهداً لإنهاء خصومة الخصمين و سمعا ما حكم به الحاكم و أشهدهما على حكمه ثم شهدا بالحكم عند الآخر ثبت بشهادتهما حكم ذلك الحاكم و أنفذ ما ثبت عنده لا أنه يحكم بصحة الحكم فى نفس الأمر إذ لا علم له به بل الفائدة فيه قطع خصومة الخصمين لو عادوا المنازعة فى تلك الواقعة و إن لم يحضر الخصومة فحكى لهما الواقعة و صورة الحكم و سمي المتحاكمين بأسمائهما و آبائهما و صفاتهما و أشهدهما على الحكم فيه تردّد و القبول أولى لأن حكمه كما كان ماضياً كان أخباره ماضياً.

و منها: إن قضاء التنفيذ يختص بما إذا كان الحكم للحاكم الأول فى حقوق الناس، فلا يشرع ذلك فى الحدود و نحوها من حقوق الله سبحانه، و ذكر فى الجواهر بلا خلاف، بل حكى غير واحد الإجماع عليه و هو الحجّة، لا ما قيل من درء الحدود بالشبهة فإنه لا تكون شبهة بعد قيام البيّنة.

أقول: ما تقدم أن الالتزام بالقضاء التنفيذى لقطع المنازعة و عدم استمرارها فى طول الزمان، و هذا لا يجرى فى الحدود بل ذكرنا سابقاً أنه لا مورد للقضاء فى الحدود، حيث إن موجب الحد مع إحرازه بما هو معتبر فيه بترتب عليه اجراء الحد و إلّا فلا، و على ذلك فإن كان الحاكم الآخر و كيلاً فى اجراء الحد من الحاكم الذى ثبت عنده موجب، و إلّا فاستيفاء الحد اعتماداً على ثبوت الموضوع عند حاكم آخر لا دليل عليه.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٦٩

و أمّا الثانى و هو إثبات دعوى المدعى، فإن حضر الشاهدان الدعوى و إقامة الشهادة و الحكم بما شهدا به و أشهدهما على نفسه بالحكم و شهدا بذلك عند الآخر قبلها و أنفذ الحكم، و لو لم يحضرا الواقعة و أشهدهما بما صورته: ان فلان بن فلان الفلانى ادعى على فلان بن فلان الفلانى كذا و شهد له بدعواه فلان و فلان و يذكر عدالتها أو تزكيتها فحكمت أو أمضيت ففى الحكم به تردّد، مع أن القبول أرجح خصوصاً مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى و شهادة الشهود، أمّا لو أخبر حاكماً آخر بأنه ثبت عنده كذا لم يحكم به الثانى و ليس كذلك لو قال حكمت فإن فيه تردّد.

و صورة الإنهاء أن يقصّ الشاهدان ما شاهدها من الواقعة و ما سمعاه من لفظ الحاكم و يقولان: و أشهدنا على نفسه أنه حكم بذلك و أمضاه و لو أحالا على الكتاب بعد قراءته فقالا أشهدنا الحاكم فلان على نفسه أنه حكم بذلك جاز.

و لا بدّ من ضبط الشىء المشهود به بما يرفع الجهالة عنه و لو اشتبه على الثانى أوقف الحكم حتى يوضحه المدعى و لو تغيرت حال الأول بموت أو عزل لم يقدح ذلك فى العمل بحكمه، و إن تغيرت بفسق لم يعمل بحكمه و يقرّ ما سبق إنفاذه على زمان فسقه و لا أثر لتغير حال المكتوب إليه فى الكتاب بل كلّ من قامت عنده البيّنة بأن الأول حكم به و أشهدهم به عمل بها إذ اللازم لكلّ حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام.

منها: ما ذكر من صورة الإنهاء أن يخبر الشاهدان بما شاهدها من الواقعة و ما سمعاه من الحاكم و يقولان أشهدنا الحاكم الفلانى، و لو

أحالا الحاكم الثانى على الكتابة و بعد قرائته الحاكم الثانى الكتاب لهما قالا أشهدنا الحاكم الفلانى بأنه قد ذكر ما فى الكتاب كفى فى الإنهاء.

أقول: قد تقدم صدق الشهادة بحكم الحاكم الأول فيما إذا لم يشهدا المرافعة قبل الحكم، و لا الحكم، بل إذا استمعا للمرافعة و الحكم جاز شهادتهما.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٧٠

[مسائل ثلاث]

إشارة

مسائل ثلاث:

[الأولى: إذا أقر المحكوم عليه أنه هو المشهود عليه الزم]

الأولى: إذا أقر المحكوم عليه أنه هو المشهود عليه الزم (١) و لو أنكر و كانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق عليه غالبا فالقول قوله مع يمينه ما لم يقيم المدعى البينة و إن كان الوصف مما يتعذر اتفاهه إلّا نادرا لم يلتفت إلى إنكاره لأنه خلاف الظاهر.

(١) لو شهد شاهدا الحكم بأن الحاكم قد أجرى الحكم على هذا المعين خارجا فلا إشكال، أما إذا شهدا أنه أجرى الحكم على العنوان بأن قالا أنه حكم بالألف على أحمد بن محمد بن جعفر فإن اعترف الشخص بأنه المحكوم عليه الزم بالحق عملا باعتراه. أمّا إذا أنكر المحكوم عليه و لم تكن شهادة الشاهدين بالحكم على عينه، كما هو الفرض، و كان العنوان ممّا يحتمل عادة اتفاق غير واحد فيه فلا ينبغي التأمل فى أن القول قول المنكر مع يمينه ما لم يقيم المدعى بينة بأنه المراد من العنوان أو أحرز ذلك الحاكم الثانى من طريق آخر، و إذا اعترف بأنه المراد من العنوان المذكور فى الحكم و لكن لم يعترف بالحق عليه فقد قيل لم يلزم، لأنّ القضاء على عنوان يغلب فيه الاشتراك قضاء مبهم محكوم بالفساد فلا يلزم المعترف بأنه المراد من العنوان ما لم يعترف بالحق عليه ليؤخذ بإقراره بالحق عليه و لعل هذا خلاف ظاهر إطلاق الماتن - قدس سره - و صريح الدروس، كما هو الأظهر، فإنّ الحكم المزبور نافذ مع اعتراف الشخص بأنه المراد من العنوان أو ثبوت ذلك بطريق آخر لصدق القضاء و الحكم عليه و إنكاره الحق بعد اعترافه بالقضاء عليه بذلك الحق لا يفيد له شيئا.

أما إذا لم يكن العنوان المذكور على المحكوم عليه ممّا يتفق فيه غيره إلّا نادرا لم يلتفت إلى إنكاره و يلزم بالحق الذى قضى به عليه الحاكم الأول أخذا بظاهر

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٧١

و لو ادعى أن فى البلد مساويا له فى الاسم و النسب كلف إباتته فى إثباته فإن كان المساوى حيّا سئل فإن اعترف أنه الغريم الزم و أطلق الأول و إن أنكر وقف الحكم حتى يتبين، و إن كان المساوى ميتا و هناك دلالة تشهد بالبراءة اما لأنّ

العنوان، و هل يحتاج فى إلزامه بالحق إلى حلف المدعى على أنه المحكوم عليه دون غيره أو لا يحتاج إليه الأوفق بقاعدة اليمين على المنكر مع عدم البينة للمدعى هو الحلف، لأنّ من له الحق لموافق قوله الظاهر يكون منكرا بالإضافة إلى دعوى الغريم بأن المراد بالعنوان ليس هو بل غيره، اللهم إلّا أن يقال بانصراف ما دل على تلك القاعدة عن مثل هذا المورد من الخلاف، و أنه كما يؤخذ

بظاهر كلام القاضى فى غير ناحية المدعى عليه كذلك يؤخذ به فى ناحية المدعى عليه.

نعم إذا كان العنوان المحكوم عليه ممّا لا يقع فيه الاشتراك إلّا نادرا، و ادعى المعنون بذلك العنوان مع عدم اعترافه بالحق عليه و لا يكونه هو المراد فى حكم الحاكم أنّ فى البلد شخصا آخر معنون بذلك العنوان أيضا فقد ذكر الماتن - قدس سره - أنّه يكلف أن يعين ذلك الشخص المساوى له فى العنوان فإنّ عينه و اعترف ذلك المساوى بأنّه المراد من العنوان فى حكم الحاكم الأوّل ألزم بالحق و أطلق الأوّل. و إن أنكر أنّه المراد من العنوان المحكوم عليه يوقف فى الحكم الصادر عن الأوّل حتى يتعين المحكوم عليه. و قد ناقش فى الجواهر فى كلا الفرضين، أمّا فى الأوّل فلأنّ المحكوم له ادعى الحق على الأوّل، فمع عدم سقوط هذه الدعوى كيف يطلق من قبل الحاكم الثانى. و فى الثانى بأنّه كيف يوقف الحكم مع كون الدعوى على المعنوين بالعنوان، كما إذا كان المدعى وارث صاحب الحق و قلنا بجواز هذه الدعوى و عدم جواز ردّ الحلف فيه على المدعى، فإنّه فى الفرض إن حلفا على النفى فهو و إلّا ألزما بالحق.

أقول: يمكن أن تكون المرافعة عند الحاكم الأوّل من صاحب الحق و غريمه،

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٧٢

الغريم لم يعاصر و إمّا لأنّ تاريخ الحق متأخر عن موته ألزم الأول و إن احتمل وقف الحكم حتى يتبين.

[الثانية: للمشهد عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض]

الثانية: للمشهد عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض (١) و لو لم يكن عليه بالحق شاهد، قيل لا يلزم الاشهاد و لو قيل يلزم كان حسنا، حسما لمادة المنازعة أو كراهية لتوجه اليمين.

و قد ذكر الحاكم الأوّل عند شاهدى الحكم عنوانه، ثمّ إنّ وارث صاحب الحق رفع الواقعة إلى الحاكم الثانى طلبا لا نفاذ الحكم الصادر عن الحاكم الأوّل و لظهور العنوان فيمن عينه أحضره عند الحاكم الثانى، و إذا ذكر الحاضر للحاكم الثانى إنّ فى البلد من هو مساو لهذا العنوان و أحضره الحاكم و اعترف بأنّه هو المراد من المحكوم عليه فى قضاء الحاكم الأوّل يطلق الحاكم الأوّل و يلزم الثانى لاعترافه بالقضاء عليه، و لو لم يعترف الثانى بالقضاء عليه يتعين إيقاف دعوى الوارث لما يأتى أنّ من شرط سماع الدعوى تعيين المدعى عليه بلا فرق بين دعوى الوارث أو غيره.

و ما ذكر الماتن - قدس سره - من تكليف الحاضر الأوّل المنكر للقضاء عليه بإبانه المساوى، فوجوبها عليه شرطى لغرض إسقاط الدعوى عليه أو إبطالها.

(١) قيل: إنّ المشهد عليه فى عين أو دين له الامتناع عن تسليم تلك العين أو الوفاء بالدين، حتى يتمّ الاشهاد بالقبض، فإنّ وجوب التسليم قبل الاشهاد ضرر عليه و إذا كان المشهد به عينا، فهل يضمن تلك العين زمان جواز الامتناع عن التسليم؟ فيه وجهان. أقول: فى الإمساك حتى يتمّ الاشهاد فيه أيضا ضرر على المالك، و قد يقال إنّ جواز الامتناع فيما كان عليه بالحق شاهد و أمّا إذا لم يكن فلا ملزم لإلزام القابض بالاشهاد، لأنّ المشهد عليه يمكنه إنكار أصل الحق فيما لو عاد القابض إلى الدعوى عليه.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٧٣

[الثالثة: لا يجب على المدعى دفع الحجّة مع الوفاء]

الثالثة: لا يجب على المدعى دفع الحجّة مع الوفاء لأنّها حجة له (١) لو خرج المقبوض مستحقا، و كذا القول فى البائع إذا التمس المشتري كتاب الأصل لأنّه حجة له على البائع الأوّل بالثمن لو خرج المبيع مستحقا.

و ذكر الماتن - قدس سره -: ان القول بجواز إلزام القابض بالإشهاد مطلقا حسن، حسما لمادة المنازعة و كراهة توجه اليمين. أقول: كراهية توجه اليمين لا يوجب ردع اليد عما دل على عدم جواز التأخير في أداء الدين مع التمكن عليه أو وجوب رد المال على صاحبه مع عدم رضاه بالإمساك، و حسم مادة المنازعة لا يكون أيضا موجبا لذلك، خصوصا مع إمكان عود المنازعة بموت شاهد القبض.

نعم، لا- يبعد أن يقال: إن في الموارد التي يمكن أن يكون القبض فيها في معرض الإنكار، و معه يخسر دافع العين و الدين يكون الواجب الرد أو الأداء المتعارف كان بالإشهاد أو غيره.

(١) لا يجب على الدائن الحجّة للدين إلى المديون مع وفائه الدين، لأنّ الحجّة ملكك الدائن «و الناس مسلطون على أموالهم»، و ربّما يظهر أنّ ما دفع إلى الدائن وفاء ملكا للغير، فيؤخذ من الدائن، فيفيد الدائن الحجّة المزبورة.

و كذلك الحال فيما إذا اشترى المتاع من بايعه، و أخذ من البائع كتاب البيع، ثم باع المشتري المتاع من آخر فطالب المشتري الثاني بائعه أى المشتري الأول بدفع كتاب الأصل فلا يجب عليه الدفع، لأنّ الكتاب ملكه و يفيد لو ظهر المتاع مستحقا للغير، حيث يأخذ به البائع الأول بالثمن المدفوع إليه. نعم لو طالب المدين الدائن بإعطاء الحجّة لقبضه الدين عليه و المشتري الثاني كتاب البيع الثاني و كان اشتراط دفعهما أمرا ارتكازيا في الدين و البيع أو غيرهما من المعاملات لزم العمل به.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٧٤

[الفصل الثاني في لواحق من أحكام القسمة و النظر في القاسم و المقسوم و الكيفية و اللواحق]

إشارة

الفصل الثاني في لواحق من أحكام القسمة و النظر في القاسم و المقسوم و الكيفية و اللواحق

[أما الأول: في القاسم]

أمّا الأول: فيستحب للإمام أن ينصب قاسما كما كان لعلى - عليه السلام - و يشترط فيه البلوغ و كمال العقل و الإيمان و العدالة و المعرفة بالحساب (١) و لا يشترط الحرية و لو تراضى

(١) يقع الكلام في لواحق مباحث القضاء من القسمة و أحكامها، و الوجه في لحوقها بمباحث القضاء ما يقال بمناسبة القضاء القسمة، حيث إنّ الحاكم لا يستغنى عن القسام لما يتفق عليه في موارد المخاصم قسمه المال المشترك.

و على كلّ يقع الكلام في هذا الفصل من كتاب القضاء في القاسم و الأمور المعترية فيه و المال الذي تتعلق به القسمة المعبر عنه بالمقسوم و كيفية القسمة و في بعض لواحقها، أى بعض الأمور التي قد تقع بعد القسمة.

و قد تكلم أكثر الأصحاب في القسمة في أواخر مباحث الشركة و عرفوها

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٧٥

الخصمان بقاسم لم تشترط العدالة، و في التراضى بقسمة الكافر نظر أقربه الجواز

بأنها تميز حق الشركاء والأولى تعريفها بأنها تعيين حصة الشركاء في بعض المال المشترك خارجا، و الوجه في الأولوية ظهور التمييز في أن للحق واقعا معينا يتميز بالقسمة، مع أنه لا يكون في موارد الشركة بنحو الإشاعة واقعا معين. ثم إن القسمة عقد مفاده تعيين الحصص في البعض المعين من المال المشترك، و أن المنشأ ابتداء هذا التعيين، و لا تدخل في البيع، بأن يقال كما هو المنسوب إلى بعض أن القسمة مبادلة حصة الآخرين في بعض المال المشترك بحصته في البعض الآخر من ذلك المال، و يلزم على ذلك أن يترتب على القسمة ما يترتب على البيع و المعاوضة من ثبوت خيار المجلس و حرمة الربا فيما كان العوضان من جنس واحد مكيلا- أو موزونا بخلاف ما ذكرنا من أنها في حقيقتها تعيين الحصص في الأبعاض الخارجية من المال المشترك.

نعم التعاوض لازم القسمة لأن مفادها المعاوضة، و يكفي في مشروعيتها القسمة و لزومها بعد ما عليها سيره العقلاء و بناءهم في المال المشترك قوله عز من قائل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١»، حيث إن المراد بالعقد العهد و الالتزام و لو بنحو المشدود. كما يدل على مشروعيتها و لو في الجملة قوله سبحانه و إِذِ احْتَصَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَىٰ لَوْ لَمْ يَنْقُلْ بِدَلَالَتِهِ عَلَى الْمَشْرُوعِيَّةِ فِي كُلِّ مَالٍ مَشْتَرَكٍ.

نعم قوله سبحانه و تَبَيَّنَهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ غايته دلالة على قبول الماء بنحو من القسمة، كما أن مثل النبوي الوارد في الشفعة فإذا وقعت أو حددت الحدود و عرفت الطرق فلا شفعة مقتضاه مشروعيتها في الأراضي المشتركة.

(١) المائة: ١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٧٦

كما لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم.

و ذكر الماتن - قدس سره - إن الإمام يستحب له أن ينصب قاسما، كما كان القاسم لعلي - عليه السلام -، و قيل إن اسمه عبد الله بن يحيى و أن الظاهر هو الحضرمي الذي قال له - عليه السلام - يوم الجمل: «فإنك و أباك من شرطة الخميس و أبشر بالجنة». و يقال في وجه استحبابه أن نصبه من مصالح المسلمين، و لذا يعطى الأجره من بيت المال المصروفة على مصالحهم، و أنه يعتبر فيه البلوغ و كمال العقل و الإيمان و العدالة و معرفة الحساب و اعتبار معرفته بالحساب ظاهر، لأن القسمة تتوقف على تعديل السهام و اعتبار عدالته لأن نصبه قساما من إعطاء الولاية و لزوم قبول قوله و الفاسق لا يستحقها و لا يقبل قوله، و الحرية غير معتبرة في إعطائها، نعم يعتبر اذن مولاه و رضاه بتصديده لها.

أقول: كون نصب القسام من إعطاء الولاية بأن تكون القاسمية للأموال المشتركة من المناصب لا من قبيل التوكيل أو الاستيجار غير ظاهر، و كون القاسم لعلي - عليه السلام - لم يثبت أنه كان بنحو نصب القاضي و لم يكن بنحو التوكيل أو الاستيجار، و لو شك في كونهما منصبا فالأصل عدمه.

و الحاصل يجوز للحاكم استيجار شخص أو توكيله لقسمة المال المشترك فيما إذا طلبوها من الحاكم أو أمر بها الحاكم، كما في صورة امتناع بعض الشركاء عن القسمة، و لذا يجوز للشركاء توكيل غير ذلك القاسم في القسمة، لأن الولاية في القسمة للشركاء، فإنهم ملاك المال المشترك و القسمة تصرف في المال المشترك نعم إذا امتنع بعض الشركاء عن القسمة أجبره الحاكم عليها و لو لم يمتثل يتصدى بقسمته و لو بالتوكيل لولايته على الممتنع.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٧٧

و المنصوب من قبل الإمام تمضى قسمته بنفس القرعة (١) و لا يشترط رضاها بعدها و فى غيره يقف اللزوم على الرضا بعد القرعة و فى هذا اشكال من حيث أنّ

و لا- تعتبر العدالة فى الوكيل، كما لا- يعتبر فيه الإيمان و الإسلام، و التوكيل فى المقام لا يزيد عليه فى سائر المقامات، نعم توكيل الحاكم شخصا ينبغى أن يكون بتلك الصفات تحفظا على كرامته المقام. و على ذلك فيمكن للشركاء إيكال أمر القسمة إلى غير بالغ و لا يقدح فى ذلك عدم صحة عقد الصبى، لأنّ قسمة الصبى بإذن الشركاء و أمره بها تدخل فى عقد الشركاء فيعمها قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(١) ذكر جماعة من الأصحاب كالماتن- قدّس سرّه- أنّه إذا كانت القسمة من قاسم نصبه الإمام تمضى قسمته بنفس القرعة التى أجزاها القاسم فلا يجوز للشركاء الامتناع عن القسمة الحاصلة بها، بخلاف ما إذا كانت القسمة بقرعة الوكيل عن الشركاء أو بفعل الشركاء، فإنّه يعتبر رضاهم بالقسمة بعد القرعة و ناقش الماتن- قدّس سرّه- فى هذه التفرقة بأنّ رضا الشركاء بالقسمة حال القرعة يوجب تحقق القسمة و القرعة التى وسيلة إلى تعيين سهامهم أجريت برضاهم.

و قد يقال فى وجه التفرقة، بأنّ قرعة المنصوب من قبل الإمام بمنزلة حكمه فتكون نافذة بخلاف القرعة من غيره، فإنّ مقتضى الأصل بقاء الشركة فى المال إلى أن يحصل اليقين بارتفاعها، و هو يحصل برضاهم بالقسمة حتى بعد القرعة.

أقول: قد تقدم أنّ القسمة من العقود عند العقلاء، فمع تحققها بالقرعة برضاء الشركاء التى من قبيل إنشاء المعاملة بالفعل يحكم بنفوذها، أخذا بالعموم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٧٨

القرعة وسيلة إلى تعيين الحقّ و قد قارنها الرضا.

فى قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١»، يعنى العهود، و لا تصل النوبة إلى الأصل العملى. و مع قطع النظر عن ذلك فلا تكون قرعة القاسم المنصوب من قبل الإمام إلّا كالقرعة من الوكيل للشركاء، فإن كان فعل الوكيل بعد تحققه لازما لزمّت القسمة فى كلا الفرضين، و إلّا فلا، و ما دلّ على نفوذ القضاء و عدم جواز نقضه لا يعم القسمة، فإنّ القسمة هى التى يجبر الحاكم الممتنع من الشركاء عليها.

ثمّ إنّ مقتضى عموم قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ نفوذ القسمة بالتراضى القولى من الشركاء فى تعيين حصصهم من غير قرعة و الالتزام باعتبار القرعة فى حصول القسمة بلا موجب، سواء أريد من الاشتراط الشرط الخارجى أم ما ذكر كصاحب الجواهر من كونها شرطا داخليا للقسمة، بحيث لا يصدق عنوان القسمة بدونها، و لكن شىء من الأمرين غير ثابت، بل الأظهر عدم اعتبارها فى القسمة، و لم يرد فى شىء من اخبار القرعة أنّها معينة فى قسمة المال المشترك.

بل قيل فى الأخبار ما يكون ظاهرا فى حصول القسمة بدونها، كالتى وردت فى قسمة الدين المشترك كموثقة غياث عن جعفر عن أبيه عن على- عليه السلام:-

«عن رجلين بينهما مال بأيديهما و منه غائب فاقسما الذى بأيديهما و أحال كل واحد منهما نصيبه فاقضى أحدهما و لم يقتض الآخر» الحديث، و لكن فى ظهورها فى قسمة ما بأيديهما بالقرعة أو بلا قرعة تأمل، بل منع، حيث إنّها واردة فى السؤال عن حكم آخر و هو قسمة مال الغائب يعنى الدين كما لا يخفى.

(١) المائة: ١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٧٩

و يجري القاسم الواحد إذا لم يكن في القسمة ردّ (١)، ولا بدّ من اثنين في قسمة الردّ لأنها تتضمن تقويماً فلا ينفرد به الواحد و يسقط اعتبار الثاني مع رضا الشريك

(١) ذكر الماتن - قدس سرّه - كجماعه أنه لا يعتبر في القاسم التعدّد إلّا في قسمة الردّ، و علل اعتبار التعدد في قسمة الردّ بأنها تتضمن التقويم و يعتبر في المقوم الداخل قوله في الشهادة التعدّد و أردفه بقوله و لو رضى الشريكان بتقسيم واحد كفى، و لا يحتاج إلى ضم الآخر حيث إنّ الحق لهما.

أقول: قد ذكرنا في بحث أرش العيب من الخيارات أنّ الرجوع إلى المقوم فيما كان الرجوع إليه من الرجوع إلى أهل الخبرة لا يعتبر فيه التعدد، لا اعتبار قول أهل الخبرة مع عدم المعارضة بمثله، و هذا ممّا جرت عليه سيرة العقلاء، فيكون قوله نظير اعتبار خبر الثقة في الأحكام، حيث إنّ مع السيرة على اعتباره علماً لا يعمّه مثل قوله سبحانه لا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ «١» و مع السيرة أيضاً على اعتبار قول أهل الخبرة في الموضوعات لا يمنع عنها ما في روايه مصدق بن صدقة: «الأشياء كلّها على ذلك إلّا أن يستبين غير هذا أو تقوم به البيّنة» كما أنّها لا تمنع عن اعتبار قول ذي اليد و غيره ممّا يلتزم باعتباره في الموضوعات.

و على ذلك ينحصر اعتبار التعدد في القاسم على موارد دخول التقويم في الشهادة، كما إذا لم يكن تعيين المال من أي جنس أو ماليته بأي مقدار محتاجاً إلى الحدس من أهله. و ثانياً: إنّ القسمة لا تتضمن التقويم، بل تتوقف عليه في غير قسمة الافراز، فلا يعتبر التعدّد في القاسم، بل يعتبر في المقوم، و لو قوم المال اثنان و قسّمه واحد حصلت القسمة.

(١) الإسرائ: ٣٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٨٠

و اجرة القسّم من بيت المال (١) فإن لم يكن إمام أو كان و لا سعة في بيت المال كانت أجرته على المتقاسمين.

و ثالثاً: إنّ القسمة تضمّنّها أو توقفها على التقوم لا ينحصر على قسمة الردّ، بل تعمّ قسمة التعديل أيضاً، فلا وجه لتخصيص التضمن بقسمة الردّ إلّا أن يراد بها ما تعمّ قسمة التعديل بأن كان المراد غير قسمة الافراز و لكن هذا الإطلاق غير معروف و على الجملة قد تقدم سابقاً أنّ إيكال القسمة إلى شخص الاذن له في إنشاء القسمة كان المأذون أو الأجير واحداً أو متعدداً.

(١) إذا طلب الشركاء القسمة من الحاكم فلا- يبعد أن يقال بان ضمان أجره القاسم عليهم إلّا أن يرى الحاكم في إعطائها من بيت المال صلاحاً، كما في موارد الإيجاب على القسمة بعضاً أو كلّاً، و قد قيد بعضهم كون الأجره من بيت المال بما إذا لم يكن القاسم ممّن يرتزق من بيت المال، و إلّا فلا يستحق أجره على عمله مع أمر الحاكم بالقسمة و لعلّه لظهور أمره في طلبها مجاناً. و ما قيل في الفرق بين الارتزاق من بيت المال و أخذ الأجره على العمل منها من أنّ أخذ الأجره تكون في موارد اختصاص منفعة عمل العامل بالغير، كما في المقام بخلاف الارتزاق، فإنّ منفعة عمله لا تختص بالغير بل يعمّ نفسه أيضاً كالمؤذن حيث ينتفع هو و غيره من أذانه لا- يخفى ما فيه، فإنّه يجري الارتزاق من بيت المال فيما إذا كان المنتفع بعمله غيره، و لكن الشارع شرع العمل مجاناً كالتصدى لتغسيل الموتى و دفنهم، بل كالتصدى للقضاء على ما تقدم.

ثم إنّ إذا استأجره الشركاء على القسمة بإجاره واحدة أو أمروه بالقسمة و لو بأن استأجره واحد من الشركاء عن نفسه أصالة و عن سائر الشركاء وكالة أو أمره بالقسمة كذلك فلا ينبغي التأمّل في أنّ الأجره على جميع الشركاء بحسب سهامهم، إلّا مع بنائهم كون

الأجرة على الرؤوس لا بحسب السهام، حيث إن مع

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٨١

فإن استأجره كل واحد منهما بأجرة معينة فلا بحث و إن استأجره في عقد واحد و لم يعينوا نصيب كل واحد من الأجرة لزمهم الأجرة بالحصص و كذا لو لم يقدروا اجرة كان له اجرة المثل عليهم بالحصص لا بالسوية.

عدم بنائهم كذلك ظاهر أمر المتعدد واحدا بالقسمة هو ضمان الأجرة بحسب السهام، و لعل وجه الظهور ان العمل لصاحب السهم الزائد أكثر و أنه لو كانت القسمة على الرؤوس فربما لا يبقى على بعض الشركاء من المال المشترك شيء، كما إذا كانت السهام كثيرة مختلفة بالزيادة و النقيصة باختلاف فاحش، بحيث يذهب السهم الأدنى بأجرة القسمة على تقدير كونها على الرؤوس. نعم إذا استأجره أحد الشريكين على تعيين حصته من حصصه صاحبه يستشكل في جواز أن يؤجر نفسه ثانيا على تعيين حصصه الآخر، حيث إن العمل بالإجارة الأولية الواجبة عليه على الفرض يتوقف على تعيين حصص الشريك الآخر فلا يجوز له أخذ الأجرة عليه، فإنه من أخذ الأجرة على الواجب، و يجرى هذا الاشكال فيما إذا كان المال مشتركاً بين ثلاثة، فإنه إذا استأجره اثنان منهم على تعيين حصصهما فلا يجوز له الإيجار من ثالث.

أقول: لا- يبعد أن يلتزم ببطالان الإجارة الثانية لا- لأن الواجب لا يجوز أخذ الأجرة عليه، فإنه قد ذكرنا في بحث أخذ الأجرة على الواجبات أن مجرد وجوب الفعل ما لم يكن إيجابه عليه بنحو المجانية لا يمنع عن أخذ الأجرة عليه، أضف إلى ذلك أن تعيين حصص المستأجر يلزم تعيين حصص الآخر، لا أن تعيين حصص الآخر مقدمة للعمل المستأجر عليه. بل لأن أخذ الأجرة على تعيين الحصص للشريك الآخر بعد الاستئجار على تعيين حصص الشريك الأول من أكل المال بالباطل عرفاً، حيث إن الإتيان بالعمل المستأجر عليه يلزم ذلك التعيين.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٨٢

[الثاني في المقسوم]

الثاني في المقسوم:

هو أما متساوي الأجزاء كذوات الأمثال مثل الحبوب و الأدهان أو متفاوتها كالأشجار و العقار.

فالأول: يجبر الممتنع (١) مع مطالبه الشريك بالقسمة لأن الإنسان له ولاية

(١) إذا كان المال المشترك متساوي الأجزاء بأن كان مثلياً فيجبر الممتنع عن القسمة عليها عند مطالبه سائر الشركاء بالقسمة بلا خلاف، بل عليه الاتفاق، و أضاف في الجواهر إلى ذكر الاتفاق قاعدة وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر في الإيصال، كما هو الفرض في قسمة الإيجار المفروض في المقام، و ذكر الماتن - قدس سره - بأن الإنسان له ولاية الانتفاع بماله و الانفراد به أكمل نفعاً.

أقول: أما دعوى الإجماع فعلى تقديره مدركى، و لا أقل من احتمال كون المدرك له ما ذكر في قاعدتين و غيرهما. و أما القاعدتان فشيء منهما غير تام، لأن حق الشريك هو الحصص من المال بنحو الإشاعة، لا بنحو المعين، و صيرورتها معينا يتوقف على القسمة، و القسمة نوع عقد مشروع من الشركاء يكون بالتراضي، و يحكم بالبطالان مع الإكراه عليهم أو على بعضهم، كما هو مقتضى رفع الإكراه في سائر العقود و المعاملات.

و أمّا دعوى جواز الإيجاب عليه لكون الانفراد أكمل نفعاً فهى تشبه دعوى جواز الإيجاب على البيع فيما كان الثمن أكمل نفعاً للبائع، و العمدة فى المقام جريان السيرة العقلانية على أن لكل من الشركاء حق إفراز ماله عن الآخرين و لو مع الإيجاب فيما لم يكن ضرر فى القسمة على سائر الشركاء. و الضرر كما يأتى نقص مالية الحصّة مع خروجها عن الإشاعة إلى التعيين و كذلك فيما كان الشئ غير قابل للقسمة الخارجية فإنها جارية على قسمة ماله و لو بالبيع و تقسيم ثمنه إذا لم يقدم أحد الشريكين على شراء حصّة صاحبه، و فى صورة الضرر و لو لبعض

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٨٣

الانتفاع بما له و الانفراد أكمل نفعاً، و يقسم كيلاً و وزناً متساويًا أو متفاضلاً ربويًا كان أو غيره لأنّ القسمة تميّز حقّ لا يبيع (١).

الشركاء السيرة غير محرزة، و احتمال جواز الإيجاب مدفوع بما تقدم من اعتبار التراضى فى العقد و عدم إمضائه مع الإكراه عليه. و ذكر فى الجواهر فى المقام أنّه لا فرق فى المال المشترك المفروض كونه مثلياً بين الجامد و المائع، و فى المائع بين كونه ممّا مسّته النار للعقد أى الثخونة كالعصير يمسه النار ليصير دبساً أو رباً، أو مسته للتصفيه كالعسل و السمن، خلافاً لبعض العامة، حيث منعوا القسمة فى الثانى حتى مع عدم التفاضل، لأنّه لا يجوز بيع المائع المزبور بعضه ببعض و لو مع المماثلة و القسمة داخله فى البيع، و عن كشف اللثام مثل ذلك، و قال بعده أنّ هذه خرافة فى خرافة، حيث إنّ الالتزام بعدم جواز معاوضة مائع مسته النار بمثله خرافة. و الالتزام بكون القسمة بيعاً خرافة أخرى.

(١) ذكر - قدس سره - أنّ المثلى يقسم بين الشركاء على حساب الحصص بالكيل و الوزن متساويًا أو متفاضلاً، كما إذا كان المال المشترك صبرتين من الحنطة إحداهما جيّدة و الأخرى رديّة، بحيث تساوى قيمة الجيدة ضعف قيمة الرديّة، فإنّه يجوز لأحد الشريكين أن يعين حصته فى الرديّة، بحيث يكون مقدار سهمه خارجاً ضعف السهم لشريك الآخر بحسب الكيل و الوزن، و حيث إنّ القسمة ليست بيعاً جاز ذلك و أيضاً بما أنّ القسمة ليست بيعاً فيجوز أن يوضع بعض المال فى إحدى كفتى الميزان و البعض الآخر فى كفته الأخرى حتى تتعادلا من غير علم بوزن كل منهما.

ثمّ إنّ احتمال كون المراد من متفاضلاً أن يأخذ أحد الشريكين زائداً على حصّته و لو بهبة الآخر الزائد ضعيف غايته، لأنّ الهبة لا تدخل فى عنوان القسمة.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٨٤

و الثانى: إمّا أن يستصّر الكلّ أو البعض أو لا يستصّر أحدهم، و فى الأوّل لا يجبر الممتنع (١) كالجواهر و العضائد الضيقة، و فى الثانى إن التمس المستصّر اجبر من لا يتضرر و إن امتنع المتضرر لم يجبر و يتحقّق الضرر المانع من الإيجاب بعدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة و قيل بنقصان القيمة و هو أشبه و للشيخ قولان.

(١) إذا كان المال المشترك مختلفاً فى أجزائه، و لو بحسب القيمة، فإنّ تضرّر كلّ من الشريكين بالقسمة فلا يجبر أحدهما عليه و لو طلبها الآخر، بل تصح قسمتها مع تراضيهما فقط، و كذا فيما إذا تضرّر أحد الشريكين فإنّه لا يجبر المتضرر لو طلبها الآخر. نعم لو رضى به المتضرر و طلبها وجب على الآخر الإجابة و ليس المراد بالضرر سقوط الحصّة عن الانتفاع بعد التعيين، بل يعم النقص فى ماليته كما هو المعهود من الضرر فى الأموال.

و يستدل على عدم وجوب الإجابة و عدم جواز الإيجاب فى صورتين بقاعدة نفى الضرر، و لكن لا يخفى ما فيه، فإنّه لم يرد فى وجوب الإجابة على طلب القسمة من أحد الشريكين و جواز الإيجاب عليها خطاب خاص أو عام لتكون قاعدة نفى الضرر حاكماً على إطلاق ذلك الخطاب أو عمومها بالإضافة إلى صورة الضرر، بل ذكرنا أنّ مقتضى حديث رفع الإكراه أو عدم حلّ مال الغير إلّا بطيبة

نفسه و أنّ حرمة مال المسلم كحرمة دمه عدم مشروعية القسمة الإجبارية، غاية الأمر يرفع عن ذلك في صورة عدم الضرر في القسمة أو مطالبته المتضرر للسيرة العقلانية الثابتة في المال المشترك من وجوب الإجابة و جواز الإيجاب عليها، و أمّا مع الضرر على كلّ منهما أو طلب غير المتضرر فلا موجب لجواز الإيجاب.

ثمّ إنّ المشهور إنّ القسمة إنّما يعتبر في وجوب الإيجاب عليها مع عدم الضرر أو مع مطالبته المتضرر إذا كانت تعديلية لا تتضمن رد المال من أحد

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٨٥

ثمّ المقسوم إنّ لم يكن فيه ردّ و لا ضرر اجبر الممتنع و يسمّى قسمة إجبار و إنّ تضمنت أحدهما لم يجبر و يسمّى قسمة تراض، و يقسم الثوب الذي لا ينقص قيمته بالقطع كما يقسم الأرض و إنّ كان ينقص قيمته بالقطع لم يقسم لحصول الضرر بالقسمة، و يقسم الثياب و العبيد بعد التعديل بالقيمة قسمة إجبار، و إذا سألا الحاكم القسمة و لهما بينة بالملك قسّم و إنّ كان يدهما عليه و لا منازع لهما قال الشيخ في المبسوط لا يقسم و قال في الخلاف يقسم و هو الأشبه لأنّ التصرف دلالة الملك (١).

الشريكين، أمّا إذا كانت متضمّنة لردّ المال من أحدهما فلا يجبر عليها حتى مع عدم الضرر و يعتبر فيها تراضى الشريكين مطلقاً، و يستدل على عدم جواز الإيجاب في القسمة الرديّة بأنّها تتضمن المعاوضة و تملك المال فيعتبر فيها التراضى.

و لكن لا يخفى عدم الفرق بين القسمة الافرازية و التعديلية و القسمة الرديّة في أنّ القسمة حقيقتها أمر واحد في جميعها، و هي تعيين الحصة خارجاً، فالمعاوضة غير منشأة ليعتبر فيها التراضى، بل قهريّة تبعية يعبر عنها بالتعاوض، و مقتضى السيرة المشار إليها عدم الفرق في الحكم بين الأقسام مع عدم الضرر، كما إذا كانت لهما داران ضيقتان على نحو الإشاعة و تكون قيمة إحداهما ألفين و قيمة الأخرى ألفاً و خمسمائة فيضاف إلى الأذني خمسمائة أخرى، فيقرع بينهما فمن أصابته الدار الأدنى يأخذ من صاحبه مائتين و خمسين، و إنّما تحتاج إلى القرعة مع عدم تراضيهما بدونها، و إذا لم تمكن هذه القسمة و لو لعدم المال تباع الداران، و يقسم ثمنهما بينهما كل ذلك بالسيرة المشار إليها.

(١) إذا سأل الشريكان الحاكم أو غيره قسمة المال المشترك بينهما فإن كان لهما بينة بملكهما ذلك المال قسمه بينهما، لأنّ البينة حجة للقسمة التي قيل إنّها

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٨٦

[الثالث: في كيفية القسمة بالحصص]

إشارة

الثالث: في كيفية القسمة بالحصص.

إن تساوت قدرا و قيمة فالقسمة بتعديلها على السهام (١) لأنّه يتضمن القيمة كالدار يكون بين اثنين و قيمتها متساوية و عند التعديل يكون القاسم مختيراً بين الإخراج على الأسماء و الإخراج على السهام.

أمّا الأول فهو أن يكتب كلّ نصيب في رقعة و يصف كلّ واحد بما يميزه عن الآخر و يجعل ذلك مصوناً في ساتر كالشمع و الطين و يأمر من لم يطلع على الصورة

بمنزلة الحكم في فصل الخصومة و رفع الخلاف بخلاف ما إذا لم يكن لهما بينة بأن كان الطريق إلى مالكيتهما يدهما بالمال فإنّه

يذكر أنه لا يقسم لأن الحكم لا يجوز بغير البينة و القسمة بمنزلة الحكم و لاحتمال أن يحصل لهما منازع. و فيه أن القسمة حتى من الحاكم لا تكون حكما، بل هي تعيين الحصص من المال المشترك في أبعاضه، و تحسب نوعا من المعاملة توجد بالمباشرة و التوكيل، و إذا ظهر أن المتقاسمين أو أحدهما لم يكن شريكا ينكشف بطلانها نظير انكشاف عدم الملك في سائر المعاملات.

و لو ادعى أحد على المتقاسمين أو على أحدهما قبل القسمة أو بعدها تسمع دعواه هذا أولا و ثانيا لو فرض أن القسمة بمنزلة الحكم أو نوع منه فلا تجوز بالاستناد إلى قاعدة اليد، فلزم ذلك عدم جواز القسمة بالبينة بالملك أيضا، لأن الحكم يصح بينه المدعى خاصة، و لا يكفي فيه مطلق البينة و بينة المتقاسمين في الفرض غير داخل في بينة المدعى، حيث إن يدهما على المال.

(١) إذا كان سهم أحد الشريكين مساويا مع سهم الشريك الآخر من حيث المقدار و القيمة من المال المشترك على تقدير جعله حصتين كما في الأرض المتساوية الأجزاء من حيث القدر و القيمة فإنها إذا كانت مشتركة بين

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٨٧

ياخرج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين فما خرج فله.

و أما الثاني فهو أن يكتب كل اسم في رقعة و يصونهما و يخرج على سهم من السهمين فمن خرج اسمه فله ذلك السهم. و إن تساوت قدرا لا قيمة عدلت السهام قيمة و الغى القدر حتى لو كان الثلثان بقيمتهم مساويا للثلث جعل الثلث محاذيا للثلثين و كيفية القرعة عليه كما صورناه.

و إن تساوت الحصص قيمة لا قدرا مثل أن يكون لواحد النصف و للآخر الثلث و للآخر السدس و قيمة أجزاء ذلك الملك متساوية سوّيت السهام على أقلهم نصيبا فجعلت أسداسا ثم كم تكتب رقعة فيه تردد بين أن يكتب بعدد الشركاء أو بعدد السهام و الأقرب للاقتصار على عدد الشركاء لحصول المراد به فالزيادة كلفه.

اثنين بالمناصفة يجعلها القاسم نصفين، ثم يخرج القرعة باسم الشركاء أو السهام.

أمّا الأول يعني إخراجها باسم الشركاء فيكتب كلا- من نصفى الأرض في رقعة، بحيث يميزه عن النصف الآخر، و يجعل كلا من الرقعتين بحيث لا- يمحو كتابتها في سائر من شمع أو طين أو نحوهما، ثم يؤمر من لا يطلع على كتابتهما بإخراج أحدهما باسم أحد الشريكين.

و أما الثاني أى إخراجها باسم السهام فيكتب اسم أحد الشريكين في رقعة و اسم الشريك الآخر في رقعة أخرى، و يجعل كلا منهما في سائر، كما تقدم، ثم يؤمر من لا يطلع على كتابتهما بإخراج إحداهما لأحد السهمين المعينين خارجا.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٨٨

إذا عرفت هذا فإنه يكتب ثلاث رقاع لكل اسم رقعة و يجعل للسهم أول و ثان و هكذا إلى الأخير و الخيار في تعيين ذلك إلى المتقاسمين و لو تعاسروا عينه القاسم ثم يخرج رقعة فإن تضمنت اسم صاحب النصف فله الثلاثة الأول ثم يخرج ثانية فإن خرج صاحب الثلث فله السهمان الآخران و لا يحتاج إلى إخراج الثالثة بل لصاحبها ما بقى و كذا لو خرج اسم صاحب الثلث أولا كان له السهمان الأولان ثم يخرج أخرى فإن خرج صاحب النصف فله الثالث و الرابع و الخامس و لا يحتاج إلى إخراج أخرى لأن السادس تعين لصاحبها.

و هكذا لو خرج اسم صاحب السدس أولا- كان له السهم الأول ثم يخرج أخرى فإن كان صاحب الثلث كان له الثاني و الثالث و الباقي لصاحب النصف و لو خرج في الثانية صاحب النصف كان له الثاني و الثالث و الرابع و بقى الآخران

أما إذا كانت السهام متساوية في المقدار من المال المشترك، لكن المقدار المساوي للسهم منه لا يكون مساويا لمقدار السهم الآخر في القيمة، مثل إذا كانت الأرض المشتركة بين الاثنين بالمناصفة مختلفة في أجزائها بحسب القيمة، بحيث يساوي ثلثها من جانب ثلثي الباقي بحسب القيمة، وفي هذا الفرض تعدل السهام بحسب القيمة لا المقدار، كما في الصورة السابقة بأن يجعل ثلثها من ذلك الجانب سهمًا و ثلثيها الباقيين سهمًا آخر، ثم يخرج القرعة باسم الشريكين أو باسم السهام على ما تقدم.

و إذا كانت السهام مختلفة قدرًا لا قيمة، كما إذا كانت الأرض المتساوية أجزائها بحسب القيمة مشتركة بين ثلاثة سهم أحدهم نصفها و سهم الثاني منهم ثلثها و سهم الثالث سدسها، و في مثل ذلك يعدل المال المشترك على أقل السهام بأن تجعل الأرض المفروضة ستة أسهم خارجية، و يعين لابتداء السهام طرفًا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٨٩

لصاحب الثلث من غير احتياج إلى إخراج اسمه و لا يخرج في هذه على السهام بل على الأسماء إذ لا يؤمن ان يؤدي إلى تفرق السهام و هو ضرر، و لو اختلفت السهام

بالتراضى أو بحكم القاسم، ثم يقرع بكتابة أسماء الشركاء في الرقع، و هل تكون الرقع بعدد الشركاء بأن يكتب اسم كل شريك في رقعة فيكون في الفرض ثلاث رقع أو يجعل الرقعة بمقدار السهام بأن يكتب اسم من له نصف الأرض في ثلاث رقع و من له ثلثها في رقتين و اسم من له السدس في رقعة فتحصل ست رقع؟

الظاهر الاكتفاء بالأول لحصول الغرض كما نذكر، ثم يؤمر من لا- يطلع على كتابتها بإخراج إحداها، فإن خرجت باسم الشريك بالنصف يأخذ من ابتداء السهام بثلاثة منها، ثم يخرج رقعة أخرى فإن خرج باسم الشريك بالثلث يأخذ سهم الرابع و سهم الخامس و السهم الباقي لصاحب السدس و هكذا، و لو جعل الرقع ستًا فإن خرج اسم صاحب النصف يعطى تمام سهامه، ثم لو خرج اسمه ثانياً أو ثالثاً يلغى الرقعة الخارجة، و فائدة زيادة الرقع مع أنه يلغى ثانيها و ثالثها لتكثير حظه في الخروج لأن أكثر المال له هكذا قيل، و لكن لا يخفى ما فيه بعد تعديل السهام و عدم جواز تفريق سهام شخص.

و على الجملة: يخرج الرقع في هذه الصورة على السهام، و يكتب في الرقع أسماء الشركاء و لا تخرج على أسماء الشركاء بأن يكتب السهام في الرقع حذرا من تفرق السهام.

و إذا اختلفت السهام قدرًا و قيمة عدل المال المشترك على أقل السهام بحسب القيمة ثم، يعين السهام بكتابة أسماء الشركاء في الرقع كما تقدم في الصورة السابقة، و قد يقال بإمكان إخراج القرعة على الأسماء بأن يكتب السهام في الرقع بالنحو التالي ففي رقعة نصف المال، و في الأخرى ثلثه و في الثالثة سدسه، و يعين

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٩٠

و القيمة عدلت السهام تقويما و ميزت على قدر سهم أقلهم نصيبا و أقرع عليها كما صورناه.

مبدأ السهام المخرجة بالتراضى، أو بتعين القاسم أو بالقرعة الأخرى على المبدء، فيؤمر من لا يطلع على الحال فيها بإخراج رقعة من القراع الثلاث ثم يؤمر بإخراج الثانية، و لكن لا يخفى أن هذه عبارة أخرى لكتابة أسماء الشركاء و إخراجها على السهام.

و أما كتابة السهام الستة على الرقع الست ثم إخراجها فقد تقدم أنه قد يوجب التفريق على واحد في سهامه، كما إذا ظهر السهم الثاني أو الخامس باسم صاحب السدس، أو ظهر الخامس باسم صاحب النصف بعد خروج السهم الرابع باسم صاحب السدس، و هكذا.

أقول: يقع الكلام في المقام في جهتين الأولى في وجه اعتبار قسمة السهام بالقرعة و هل الدليل على مشروعية القرعة تعم مثل المقام

مما لا يكون للحق فيه واقع معين أم لا؟ و الثانية في انحصار طريق القسمة في المال المشترك على القرعة بما تقدم من الكيفية من الرقع و كتابتها و الستر عليها، أم أنها تصدق و لو لم تكن بالكيفية المتقدمة.

أما الجهة الأولى: فقد يقال أن مشروعية القرعة تنحصر بما إذا كان للشئ واقع معين فيستكشف الواقع المجهول لنا بالقرعة، و بتعبير آخر تخرج القرعة الحق الواقعي، و مع عدم التعيين للشئ واقعا كما في المال المشترك فلا دليل على كونها معينة، و يجاب عن ذلك بأن في روايات القرعة ما يدل على جريانها حتى فيما لم يكن للشئ واقع معين، و في صحيحة إبراهيم بن عمر اليماني عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «في رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حر فورث ثلاثة قال: يقرع بينهم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٩١

و أما لو كانت قسمة رد و هي المفتقرة إلى رد في مقابلة بناء أو شجر أو بئر فلا

فمن أصابه القرعة أعتق قال: و القرعة سنة» (١).

و لكن في الاعتماد على الصحيحة إشكال، فإنه لا عتق إلا بعد ملك كما في غير واحد من الروايات المعتمدة سنداً و دلالة، فلا يكون عتق الواحد قبل الملك صحيحاً ليحمل المعتقد على الطبيعي المقيد بالوحدة، و يتعين ذلك الطبيعي بالقرعة، و في صحيحة منصور بن حازم قال: سأل بعض أصحابنا أبا عبد الله - عليه السلام - عن مسألة فقال: هذه تخرج في القرعة، ثم قال: فأى قضية أعدل من القرعة إذا قوضوا أمرهم إلى الله عز و جل أليس الله يقول **فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ** «٢» «٣».

و أورد على الاستدلال بهذه الصحيحة بأن من كان مطلوب الحوت كان معيناً واقعا، و أوجب بأن الأمر و إن كان كذلك واقعا إلا أن أهل السفينة اعتقدوا أن واحداً لا بعينه مطلوب الحوت فساهموا لتعيين الواحد لا بعينه و إلا فلو كانوا عالمين بأن الحوت يطلب يونس - عليه السلام - لأخذوه و القوة في البحر.

أقول: لا يخفى ما في الاستدلال بها فإن أهل السفينة و إن لم يعتقدوا بأن يونس - عليه السلام - مطلوب للحوت، إلا أنه من المحتمل أنهم اعتقدوا كما نقل أن واحداً معيناً يطلبه الحوت و هم لا يعرفونه بعينه، و استعملوا القرعة في إخراجه، و على الجملة لا تثبت بالرواية مشروعية القرعة في تعيين ما ليس له واقع معين.

نعم يظهر العموم عن صحيحة حريز عن محمد عن أبي عبد الله - عليه السلام -

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ١٨٧.

(٢) الصفات: ١٤١.

(٣) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧: ١٩١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٩٢

تصح القسمة ما لم يترافيا جميعاً (١) لما يتضمن من الضميمة التي لا تستقر إلا بالتراضي و إذا اتفقا على الرد و عدلت السهام فهل يلزم بنفس القرعة قيل لا لأنها تتضمن معاوضة و لا يعلم كل واحد من يحصل له العوض فيفتقر إلى الرضا بعد العلم بما ميزته القرعة.

«في الرجل يكون له المملوك فيوصى بعتق ثلثهم قال: كان على - عليه السلام - يسهم بينهم» (١). حيث إن شركة الميت مع سائر الورثة في الثلث بنحو الإشاعة، و الرواية ظاهرها تعيين سهم الوصية، بالقرعة و لكن في سندها اشكالا فإن محمد الذي يروي عنه حريز يحتمل كونه محمد بن مروان الذي يروي غير حريز عن محمد بن مروان مثلها، كما يحتمل كونه غيره و على الجملة لا يتعين محمد في محمد ابن مسلم.

و لكن لا يبعد أن يقال: إن تعيين السهام بها خارجا في موارد الميز لبعضها و لو قهرا مع عدم التراضي بين الشركاء بنحو آخر للسيرة الجارية من العقلاء عليها، كما ذكرنا نظيرها في الإلزام بالقسمة مع طلب بعض الشركاء مع عدم الضرر، و هذا المقدار مع عدم ثبوت الردع كاف في الحكم بمشروعيتها، كما أن مقتضاها عدم اعتبار رضا الشركاء بعدها بالقسمة الحاصلة بها، بل لا يعتبر رضا جميعهم بها قبل إجرائها في موارد جواز الإلزام بالقسمة على ما تقدم، و ممّا ذكر يظهر الكلام في الجهة الثانية و أنّ القرعة تحصل و لو بفقد بعض ما تقدم.

(١) قد تقدم ما فيه فلا يحتاج إلى الإعادة.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣: ١٨٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٩٣

[مسائل ثلاث]

إشارة

مسائل ثلاث:

[الاولى: لو كان لدار علو و سفلى فطلب أحد الشريكين قسمتها]

الاولى: لو كان لدار علو و سفلى فطلب أحد الشريكين قسمتها (١) بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب من العلو و السفلى بموجب التعديل جاز و اجبر الممتنع مع انتفاء الضرر و لو طلب انفراده بالسفلى أو العلو لم يجبر الممتنع و كذا لو طلب قسمة كل منهما منفردا.

(١) إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين و كان لها علو و سفلى و طلب أحد الشريكين القسمة يكون المطلوب من قسمتها على أنحاء: الأول: أن يطلب قسمتها على حصتها، بحيث يكون لكل منهما نصيب خاص من كل من العلو و السفلى، و تجوز هذه المطالبة بمعنى أنه يجبر الشريك على هذه القسمة مع عدم الضرر فيها.

الثاني: أن يكون المطلوب من قسمتها بحيث ينفرد أحدهما بالسفلى و الآخر بالعلو و يذكر أنّ هذا النحو من القسمة لا يجبر عليها بل تحتاج إلى التراضي و لو مع عدم الضرر، و يقال في وجه ذلك أنّ القسمة بالنحو الأول داخله في القسمة افرازا.

و بالنحو الثاني: داخله في القسمة تعديلا، و مع إمكان قسمة المال المشترك افرازا لا يجوز الإلزام على القسمة تعديلا كما يأتي.

أقول: الكبرى و إن كانت كما ذكر، لأنّ عمدة الدليل على جواز الإلزام على القسمة السيرة العقلية و مقتضاها تقديم القسمة الافرازية إلا أنّ كون الأول قسمة افرازية غير صحيح، و مع كونها تعديلية أيضا يجبر على الجامع بين القسمتين، و مع عدم التراضي بأحد النحويين يعين أحدهما بالقرعة مع عدم الضرر كما هو الفرض. نعم في مثل الشقق المتعارفة في عصرنا الحاضر تحسب كل

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٩٤

[الثانية: لو كان بينهما أرض و زرع فطلب قسمة الأرض حسب اجبر الممتنع]

الثانية: لو كان بينهما أرض و زرع فطلب قسمة الأرض حسب اجبر الممتنع (١) لأنّ الزرع كالممتنع في الدار و لو طلب قسمة الزرع قال الشيخ لم يجبر الآخر لأنّ تعديل ذلك بالسهام غير ممكن و فيه اشكال من حيث إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهالة إمّا لو كان بذرا لم يظهر لم يصحّ القسمة لتحقق الجهالة و لو كان سنبلًا قال أيضا لا يصحّ و هو مشكل لجواز بيع الزرع عندنا.

طبقه مالا مستقلا و يأتي حكمها.

الثالث: ما إذا كان المطلوب قسمه كل من العلو و السفل منفردا، بأن يقسم السفل مع قطع النظر عن العلو و العلو مع قطع النظر عن السفل و كأنهما مالاين مستقلان يكون كل واحد منهما مشتركا بينهما، و هذه القسمة تحتاج إلى التراضى، و لا يجبر عليها، لأن تقسيمها كذلك بحيث يكون السفل من جانب و العلو من جانب آخر لواحد و السفل من جانب آخر مع العلو من الجانب الأول للآخر غير داخل في قسمتها المتعارفة، لأن الدار تحسب بجميع أجزائها مالا واحدا مشتركا.

(١) إذا اشترك اثنان في أرض و زرعها يحسب كل من الأرض و الزرع مالا مستقلا، و لذا لو طلب أحدهما قسمه الأرض خاصة يجبر الآخر عليها مع عدم الضرر سواء أ كانت قسمتها قسمه تعديل أم إفراز، أما إذا طلب أحدهما قسمه الزرع خاصة فالمحكي عن الشيخ- قدس سره- إنه لا يجبر الآخر على القسمة لعدم إمكانها في الزرع لأن القسمة تتوقف على تعديل السهام و تعديلها في الزرع عادة غير ممكن، و ناقش الماتن- قدس سره- فيه بأن كلامه لا- يخلو عن إشكال فإن الذي لا يمكن في الزرع عادة هو التعديل عينا و أما التعديل قيمة فهو أمر ممكن. نعم فيما كان بذرا لم تصح قسمته لتحقيق الجهالة في المقسوم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٩٥

[الثالثة: لو كان بينهما قرحان متعدده و طلب واحد قسمتها بعضا في بعض]

الثالثة: لو كان بينهما قرحان متعدده و طلب واحد قسمتها بعضا في بعض لم يجبر الممتنع (١) و لو طلب قسمه كل واحد بانفراده اجبر الآخر و كذا لو كان بينهما حبوب مختلفة و يقسم القراح الواحد و إن اختلفت أشجار أقطاعه كالدار الواسعة

أقول: لعل المراد بالجهالة عدم إمكان تعديل السهام حتى قيمة، و لا يبعد أن يقال: إن المال المشترك إذا كان حبا مستورا في الأرض لم يخضر أو مع اخضراره أيضا المسمى بالبذر في بعض الكلمات غير قابل للقسمة، لأن البذر قبل صيرورته قصيلا أو سنبل لا يعتبر مالا حتى يعدل السهام قيمته و إن يكون ملكا للهّم إلا أن يقال عدم المالية بلحاظ الحالة الفعلية لا بلحاظ اشتراط بقائه ليصير قصيلا أو سنبل أو حنطة و شعيرا كما لا يخفى.

و لو صار الزرع سنبلا فالمحكي في كلام الماتن عن الشيخ- قدس سره- عدم صحة قسمته و لعله لعدم إمكان تعديل السهام و لو بالقيمة و لكن ضعفه الماتن- قدس سره- بجواز بيع الزرع قصيلا كان أو سنبل و كان جواز البيع يلزم التقويم الذي يدخل فيه تعديل السهام بالقيمة و لكن لا يخفى أن جواز البيع يلزم التقويم لا تعديل السهام في أبعاض العين قيمة كما يظهر ذلك للمتأمل.

(١) المشهور بين الأصحاب كما قيل إن الاملاك المتعددة التي يعد كل واحد منها ملكا و مالا مستقلا إذا كان كل واحد منها مشتركا بين اثنين أو أزيد و طلب أحد الشريكين الآخر بقسمة بعضها في بعض بأن يكون بعضها بتمامه ملكا له و بعضها الآخر بتمامه ملكا للشريك الآخر، كما إذا كان لهما قطعتان أربع من الأرض الخالية من الشجر المعبر عن كل واحد منها بالقراح، و طلب أن تكون قطعتان منها له و القطعتان للآخر، أو كان في الخارج صبرتان إحداها حنطة و الأخرى شعير و كل منهما مشترك بين اثنين بالمناصفة فطلب أحدهما القسمة بأن تكون احدي الصبرتين بتمامها له و الأخرى بتمامها لصاحبه، و كذا إذا كانت لهما

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٩٦

إذا اختلفت أبنيتها و لا يقسم الدكاكين المتجاورة بعضها في بعض قسمة إجبار لأنها أملاك متعدده يقصد كل واحد منها بالسكنى على انفراده فهي كالأقرحه المتباعدة.

غير ذلك من الدكاكين و الدور المتعددة، ففي مثل ذلك لا يجبر الآخر على هذه القسمة حتى فيما لم يكن في اليبين ضرر، بخلاف ما إذا طلب قسمة كل منها بأن يكون بعض كل منها لواحد و بعضه الآخر للآخر فإنه يجبر على هذه القسمة مع عدم الضرر. و عللوا ذلك بأن هذا النحو من القسمة قسمة إفراف و مع إمكانها لا يجبر على القسمة بالنحو الأول الداخلة في القسمة التعديلية، لأن للمالك أن يتحفظ بحصته من المال و لو مع اجابته لطلب القسمة أو طلبها. نعم مع عدم إمكان القسمة إلا بالنحو الأول كما في الثياب المتعددة المشتركة كل واحد منها بينهما و كالدواب و الكتب و غير ذلك جاز الإجار عليها، و استثنوا من جواز الإجار القسمة بالرد و التزموا بعدم جواز الإجار عليها حتى و لو يمكن غيرها.

بل استشكلوا في صحة قسمة الرد مع إمكان القسمة بالإفراف أو بالتعديل حتى مع التراضى، فإنه مع إمكان غيره لا تصدق عليها القسمة و لذا ذكر بعضهم عدم صحتها حينئذ إلا بإيقاع المصالحة المفيدة فائدها.

ثم إنه إذا طلب أحد الشريكين قسمة المال المشترك بينهما بالقسمة بالنحو الثاني و جبت الإجابة لها و جاز الإجار عليها و لو كانت القسمة بالإضافة إلى توابعه من النحو الأول يعنى من قسمة بعض التوابع المشتركة في البعض الأخرى، كما إذا كانت الدار واسعة فيها أشجار مختلفة و أبنية متعددة، و إلى ذلك ينظر كلام الماتن - قدس سره - و يقسم القراح الواحد و ان اختلفت أشجار أقطاعه كالدار الواسعة إذا اختلفت أبنيتها.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٩٧

[الرابع: فى اللواحق و هى ثلاث]

إشارة

الرابع: فى اللواحق و هى ثلاث:

[الأولى: إذا ادعى بعد القسمة الغلط عليه لم تسمع دعواه]

الأولى: إذا ادعى بعد القسمة الغلط عليه لم تسمع دعواه (١) فإن أقامت بنية سمعت و حكم بطلان القسمة لأن فائدها تميز الحق و لم يحصل و لو عدمها فالتمس اليمين كان له إن ادعى على شريكه العلم بالغلط.

أقول: قد تقدم أنه إذا لم تمكن القسمة بالإفراف و التعديل يجوز لأحد الشريكين مطالبة الآخر بالقسمة الردية، و يجب على الآخر القبول، غاية الأمر إذا طلب كل منهما الحصه الخالى عن الرد أو المضمنة بها الرد يقرع بينهما و مع عدم إمكان هذا النحو من القسمة و لو لعدم المال لواحد منهما للضم للطرف الناقص يباع المال المشترك و يقسم الثمن لهما على ما أشرنا إليه من السيرة العقلانية.

(١) إذا ادعى أحد الشريكين على الآخر وقوع الغلط لم تسمع إلا مع البينة به فيما أجاب الآخر بلا أدري، أما إذا كان نافيا للغلط أو ادعى عليه علمه بالغلط يتوجه اليمين على الآخر بالحلف على نفي الغلط أو على عدم علمه بالغلط، لأن أصله الصحة الجارية فى القسمة تجعل من يدعى الغلط مدعى فى دعواه فعليه إثباته، و مع جواب الآخر بلا أدري و اعتراف المدعى بعدم العلم لم يتوجه الدعوى على الآخر. بل الأمر كذلك حتى مع قوله بأنه لا يدري أن الآخر يعلم الغلط أم لا لأن قوله هذا مساو بأن الآخر مع عدم علمه به يعمل على وظيفته.

و الماتن كغيره - قدس سره - لم يتعرض لصورة نفي الآخر الغلط، فإنه قد ذكرنا أن مع نفيه يتوجه إليه اليمين على نفيه و عدم تعرضهم له لما بنوا عليه فى موارد الدعوى على الغير فى فعل الآخر من أنه لا تسمع الدعوى إلا مع البينة، حيث لا يمكن فيها للمدعى

عليه اليمين على فعل الآخر و هو القاسم فى المقام، و لكن قد عرفت ما فيه، و على الجملة إنما لا تسمع الدعوى فى المقام كسائر المقامات مع عدم البينة للمدعى فيما إذا أجاب الخصم بلا أدرى لا مطلقا.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٩٨

[الثانية: إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً]

الثانية: إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً فإن كان معينا فى أحدهما بطلت القسمة (١) لبقاء الشركة فى النصيب الآخر و لو كان فيهما بالسوية لم تبطل لأن فائدة

ثم إن الخصم فى دعوى الغلط هو الشريك الآخر سواء أ كانت القسمة عن قاسم منصوب أم بتوكيل من المتقاسمين أو كانت بفعل الشريكين. نعم إذا كان القاسم غيرهما بالأجرة على المدعى أو على الشريكين فللدعوى عليه وجه لاسترداد الأجرة أو دعوى سقوطها عن عهده المدعى، و لعل ما ذكر فى القواعد يرجع إلى ذلك.

أما التفرقة فى سماع الدعوى بين القسمة إجبارا فتسمع دعوى الغلط مع البينة بل بدونها أيضا على ما تقدم و بين القسمة بالتراضى فإنها لا تسمع لأن التراضى حصل منهما بتعيين حصتهما بما وقع فلا يمكن المساعدة عليه، فإن التراضى بما وقع مبنى على التعديل و هو غير حاصل على دعوى مدعى الغلط.

(١) إذا ظهر بعد القسمة بعض المال مستحقا للغير فإن أوجب رد ذلك البعض على مستحقه بطلان التعديل بطلت القسمة، كما إذا اقتسما الأموال المتعددة المشتركة بينهما بتقسيم التعديل و تعيين حصة أحدهما فى بعضها بحصة الآخر فى المال الآخر و ظهر المدفوع إلى أحدهما مستحقا للغير، و كذا إذا ظهر لمن وقعت حصته على بعضها أنها ملك للغير، و كذا فى المدفوع إلى الآخر من الشريكين مع اختلاف المالكين المستحقين للغير فى القيمة، أما إذا كان كل منهما مساويا مع الآخر فى القيمة فلا تبطل القسمة لعدم بطلان التعديل، نعم إذا أوجب ذلك خروج الباقي للشريكين عن التعديل فى القيمة لبقاء دار لأحدهما بلا طريق ماء و نحوه بطلت القسمة بطلان التعديل.

هذا كله فيما إذا ظهر البعض المعين مستحقا للغير، و أما إذا ظهر بعض المال بنحو الإشاعة مستحقا للغير، كما إذا قسمت التركة بين أخوين، ثم ظهر أخ

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٩٩

القسمة باقية و هو إفراز كل واحد من الحقين و لو كان فيهما لا بالسوية بطلت لتحقق الشركة، و إن كان المستحق مشاعا معهما فللشيخ قولان: أحدهما لا تبطل فيما زاد عن المستحق و الثانى تبطل لأنها وقعت من دون إذن الشريك و هو أشبه.

ثالث، فيقال مع تساوى نسبة المال المستحق للغير تبطل القسمة بالإضافة إلى حصة الأخ الثالث، بمعنى أن الثالث يشترك فى كل ما وصل إلى كل من الأخوين بالثلث، و بتعبير آخر القسمة صحيحة بالإضافة إلى حصتى الأخوين المتقاسمين.

و عن الشيخ- قدس سره- فى أحد قوليها أنها تبطل من أصلها، لأن القسمة من المعاملات و قد وقعت بلا إذن الشريك الثالث حتى فيما كان الثالث شريكا فى حصته أحدهما خاصة، كما إذا قسمت التركة بين أخ الميت و زوجته ثم ظهرت للميت زوجة أخرى.

نعم يختص البطلان بما إذا لم يجز الثالث تلك القسمة و إلا صحت القسمة و يكون شريكا مع كل من الأخوين فى ما بيده بالثلث فى الأول و مع ما بيد الزوجة بالمناصفة فى الثانى، لأن صحة المعاملة الفضولية لا تختص بغير القسمة بل تجرى فيها أيضا، كما هو مقتضى وجوب الوفاء بالعقود بعد إجازة أربابها.

و ظاهر بعض الكلمات عدم الحاجة إلى الإجازة أيضا فيما إذا كانت النسبة متساوية بالإضافة إلى حصتي المتقاسمتين، كما إذا كان المال المشترك ثلاث دواب تساوي قيمة إحداها قيمتي الآخرين فاقسما بينهما بقسمة التعديل بأن أخذ أحد الشريكين الدابتين و الآخر تلك الواحدة، فإنّ الغير في الفرض يملك من كل دابة ثلثها و النسبة بعد القسمة أيضا باقية بحالها، و لكن الأظهر بطلان القسمة في الفرض أيضا مع عدم اجازة الغير، و ذلك فإنّ النسبة و لو كانت باقية بحالها إلا أنّ قسمة الشريكين مع الغير تختلف مع قسمة كل الشركاء، فإنّ القسمة في الفرض تكون بقسمة الرد لا محالة، و لكن الشريكين اقسما بقسمة التعديل.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٠٠

[الثالثة: لو قسم الورثة التركة ثم ظهر على الميت دين]

تبريزي، جواد بن علي، أسس القضاء و الشهادة، در يك جلد، دفتر مؤلف، قم - ايران، اول، ه ق

أسس القضاء و الشهادة؛ ص: ٣٠٠

الثالثة: لو قسم الورثة التركة ثم ظهر على الميت دين فإن قام الورثة بالدين لم تبطل القسمة (١) و إن امتنعوا نقضت و قضى منها الدين.

فالصحيح هو أنه إذا كانت القسمة بين الشريكين المتقاسمين قسمة إفراس لا- تحتاج إلى القرعة بين الشركاء، كما كذا كان المال المشترك صبرة من الحنطة التي بعد قسمتها إلى الحصتين يكون للغير ثلث الحبة من كل حبة، فالقسمة المزبورة لا تحتاج إلى إجازة الغير لبقاء مال الغير بحاله حتى في مقام القسمة مع كل منهما، أما إذا كانت القسمة تعديلية أو افرازية تحتاج كالتعديلية إلى القرعة مع تشاح الشركاء كالأرض التي تشاح في الأخذ من شرقها أو غربها أو من وسطها أو كانت القسمة ردية فلا تجوز القسمة إلا بإجازة الغير.

(١) بأن أدى الورثة الدين من أموالهم فيكون الفرض كما إذا أدى الأجنبي دين الميت تبرعا أو إبراء الدائن ذمته فإنه بعد ذلك لا يكون على الميت دين فتكون تركته للورثة فتصح القسمة الحاصلة قبل ذلك.

و يلحق بذلك ما لو ضمن الورثة الدين على الميت للغرماء فإنه بناء على ما هو الصحيح عندنا من انتقال الدين إلى ذمة الضامن مع عقد الضامن تبرأ ذمة الميت فتصح القسمة السابقة.

وقيل: إن هذا فيما إذا لم يكن الدين مستوعبا للتركة، حيث إن مع عدم الاستيعاب يدخل الفرض في المسألة السابقة يعنى الثانية تقريبا و أما الفرق بين المفروض و المتقدم في المسألة السابقة هو أنّ ما يستحقه الغير في تلك المسألة كان من الحصة المشاعة و في الفرض من قبيل الكلى في المعين، أما مع كون الدين مستوعبا فلا يحكم بلزوم القسمة لأنّ مع الاستيعاب لا تكون التركة ملكا للورثة لتكون قسمتها من تقسيم المال المشترك و يدخل في لزوم الوفاء بالقسمة التي

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٠١

.....

تدخل في المعاملة و العقد، بل يكون الورثة مالكين بعد حصولها نظير مسألة من باع شيئا ثم ملك.

أقول: صحّة القسمة مع عدم استيعاب الدين أيضا مورد المناقشة، فإنّ القسمة بالإضافة إلى مقدار الدين نظير مسألة من باع شيئا ثم

ملك، و بيان ذلك أن مع عدم استيعاب الدين أيضا لا تنتقل جميع التركة إلى ملك الورثة و يكون استثناء مقدارها عن التركة بنحو الكلى فى المعين، و بتعبير آخر يكون الفرض كتنقسم الورثة تركة الميت قبل موته بلا فرق بين صورة استيعاب الدين و عدمها، و الأحوط لو لم يكن أظهر اعتبار التراضى بالقسمة السابقة أو إجازتها من الحاكم إذا كانت قسمة إجبار.

ثم إنه يذكر فى المقام أنه لو أدى بعض الورثة من ماله دين الميت بمقدار سهمه و امتنع البعض الآخر يباع على الممتنع ما وصل إليه من التركة بمقدار سهمه من الدين و يقال كما عن صاحب الجواهر- قدس سره- أنه إذا بطلت القسمة بالإضافة إلى ما يباع فلا تصح القسمة المزبورة.

أقول: مع الغمض عن المناقشة السابقة لا يكون فى الفرض اشكال آخر، و ذلك فإنه قد تقدم أنه يجوز للورثة تملك التركة بأداء دين ما على الميت من أموالهم فما يباع من التركة التى بيد الممتنع يكون مقابلا لما تملكه سائر الورثة من التركة بأداء دين ميتهم فيحصل التعديل فى بقية التركة مع عدم الاستيعاب كما هو المفروض.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٠٣

[النظر الرابع: فى أحكام الدعوى]

إشارة

النظر الرابع:

فى أحكام الدعوى و هو يستدعى بيان مقدمة و مقاصد.

[أما المقدمة فتشتمل على فصلين]

إشارة

أما المقدمة فتشتمل على فصلين:

[الأول فى المدعى]

الأول فى المدعى و هو الذى يترك لو ترك الخصومة (١) و قيل هو الذى يدعى خلاف الأصل أو أمرا خفيا و كيف عرفناه فالمنكر فى مقابلته.

(١) قد ورد فى الروايات أنه يكون القضاء بالبينة للمدعى و اليمين على من ادعى عليه إذا لم يقم المدعى البينة، فيقع الكلام فى المقام فى الميزان لكون أحد المتخاصمين مدعىا ليلطلب منه البينة و اليمين من خصمه مع عدمها. هذا بالإضافة إلى غير الموارد التى قام دليل خاص فيها على كيفية الحكم على ما يأتى،

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٠٤

.....

و ذكر صاحب الجواهر- قدس سره- أنه لو اشتبه فى مورد الأمر و لم يتبين فيه المدعى من المدعى عليه ينحصر الإثبات بالبينة لأنها

حجة شرعية و مع فرض تعارض البيئته فيه بأن كان لكل منها بينة يعمل على المرجح و مع عدمه تتعين القرعة في العمل بها. أقول: تتضح حقيقة الحال و ما فيه بعد تتميم المقال في ميزان تشخيص المدعى من المدعى عليه، و قد ذكر الماتن - قدس سره - في الميزان أن الذى يترك لو ترك الخصومة بمعنى أن خصمه لا يراجعه لو لم يراجع هو خصمه هو المدعى. و أورد على هذا التعريف بأنه يصدق في موارد دعوى الحق على الغير خاصة، أما في موارد دعوى سقوط ما كان للغير عليه من الحق فلا، فإنه لو ترك دعوى سقوط الدين عن عهده لأخذه الآخر و طلب منه الدين.

و قد يتعذر عن الإيراد بأن ما ذكر في تعريف المدعى للإشارة إلى تمييز الدعوى ببعض الجهات و إلا ففي الحقيقة ليس للدعوى على الغير حقيقة شرعية، بل الدعوى على معناها اللغوى العرفى و هو الاخبار الجازم المتضمن للحق له على الغير أو سقوط ما كان للغير عليه.

و قد يجاب عن الإيراد بأن المراد من تركه لو ترك الدعوى عدم مطالبته بشيء من جهة الدعوى فلا ينافى مطالبته من جهة أخرى كثبوت المال على عهده و فيه أن التعريف قد ذكر للمدعى فى مقابل المنكر، و هو الذى لا يترك إذا ترك إنكاره و معنى عدم تركه مطالبته بالحق عليه للغير، فقد تحصل مما ذكر أن التعريف المزبور لا يكون ملاكا لتشخيص المدعى عن المنكر.

و قد يقال فى ميزان كون أحد المتخاصمين مدعىا و الآخر منكرا: إن المدعى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٠٥

.....

من يكون قوله مخالفا للأصل فيكون المدعى عليه و المنكر من يكون قوله موافقا للأصل.

و قد يورد على هذا التعريف بأنه إن أريد من الأصل جميع الأصول فمن المقطوع عدم اعتبار جميع الأصول فى كون شخص مدعىا و الآخر منكرا و ان أريد بعضها فيمكن أن يكون قول أحد المتخاصمين مخالفا للأصل و موافقا لأصل آخر، كما يمكن أن يكون قول أحد المتخاصمين مخالفا لأصل و قول الآخر أيضا مخالفا لأصل آخر.

و لكن لا يخفى ضعف هذا الإيراد فإن المراد بالأصل هو الأصل المعتبر الجارى فى حق الشاك، و الأصول المتعددة إذا كانت بعضها موضوعية و بعضها حكمية لا تصل النوبة إلى الأصل الحكمى مع جريان الأصل الموضوعى.

و بتعبير آخر تشخيص المدعى من المنكر لتطلب البيئته من المدعى يكون من وظيفة الحاكم الشرعى المفروض جهله بواقع الحال فى الواقعة المرفوعة إليه، فيأخذ فى تلك الواقعة بالأصل المعتبر فى حق الشاك فمن يوافق قوله مع ذلك الأصل المعتبر لا يحتاج قوله إلى إثبات و من يخالف قوله ذلك الأصل فيطالبه بالبيئته.

و ممّا ذكر يظهر الجواب عمّا إذا كان قول أحد الخصمين موافقا لأصل و القول الآخر موافقا لأصل آخر، و وجه الظهور أنه إذا كان أحد الأصيلين موضوعيا و الآخر حكميا فلا تصل النوبة إلى الحكمى، و إلا تكون الواقعة من موارد التداعى لا الدعوى و الإنكار.

و الصحيح فى الإيراد عليه أنه لا يختص المدعى بمن لا يوافق قوله الأصل

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٠٦

.....

و المدعى عليه بمن يوافق قوله الأصل، بل يعم المدعى كل من يكون قوله محتاجا إلى الإثبات لكونه مخالفا لما اعتبر فى حق الشاك، سواء أ كان أصلا عمليا أم اماره كقاعدة اليد، و لعله لذلك عطف الماتن - قدس سره - كغيره المخالفة للظاهر على خلاف الأصل كما إذا اعتبر الشارع ظاهر الحال فى مورد أو حكم بحلف من يكون قوله موافقا له بحيث يفهم منه اعتبار ذلك الظاهر.

و الحاصل لا يختلف الشرع و العرف في معنى الدعوى على الغير بحيث يوصف أحدهما مدعى و الآخر مدعى عليه، فكل من يذكر ثبوت الحق و نحوه له على الغير أو ارتفاع حق الغير عنه بحيث يحتاج إلى إثبات ما يذكره هو المدعى فالمقام نظير ما ذكرنا في المعاملات بالمعنى الأخص من أن لفظ البيع مثلا يستعمل في كلام الشارع فيما يستعمل فيه عند العرف، غاية الأمر يختلف نظرهما في مصاديقه بحيث يرى العرف تمليك الخمر بالعوض يباع أو المنابذة يباع و لا يعتبرهما الشارع.

و الوجه في كون المقام نظيرها أن المدعى في دعواه على الغير يطالب بحق له عليه أو يخبر عن سقوط ما للغير عليه من الحق، و المراد بالحق في المقام ما يعم المال على العهدة و الخارج و غيرهما مما يقع مورد المخاصمة و المنازعة و المطالبة كدعوى الزوجية و الوصاية و الطلاق إلى غير ذلك مما يكون عند العقلاء ملزما بإثباتها على الغير، فربما يكون ما يذكره عند العقلاء محتاجا إلى الإثبات و لكن يكون الأمر عند الشارع بالعكس و ذلك لموافقته لما اعتبر الشارع في حق الشاك.

و على ذلك فإن أسلم الزوجان قبل الدخول فقال الزوج أسلمنا معا فالنكاح باق و قالت الزوجة أسلمت قبلك فلا نكاح، فإن الاستصحاب في ناحية عدم إسلامهما معا يعارضه عدم إسلام الزوجة قبل زوجها فإن إسلامهما معا موضوع

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٠٧

.....

لبقاء نكاحهما و إسلامها قبل إسلام زوجها موضوع لزواله فتصل النوبة إلى استصحاب بقاء نكاحهما و يوافق قول الزوج فتكون المرأة مدعية لزوال النكاح فعليها إثباته.

و قيل: إن قولها يوافق الظاهر لأن إسلامهما معا خلاف الظاهر يعنى أمرا بعيدا، و لكن لا يخفى ما فيه فإن موافقة الظاهر توجب كون من يوافقه منكرا، و لا- يلاحظ معها موافقة الأصل، لأن الظاهر من قبيل الامارة و لا تصل النوبة إلى الأصل مع اعتباره، و كذا فيما لو حكم الشارع بتقديم قول من يوافق ذلك الظاهر و أمّا مع عدم ثبوت شيء من الأمرين كما هو الصحيح فلا اعتبار به في تشخيص المدعى عن المدعى عليه.

و ذكر صاحب الجواهر- قدس سره- أن المتعين هو القول بأن المدعى من ينشأ الخصومة في حق له أو في الخروج عن حق للغير كان عليه سواء كان قوله مخالفا للأصل و الظاهر أم موافقا لأحدهما، و سواء ترك مع تركه أم لم يترك، و على ذلك ففي مسألة إسلام الزوجين قبل الدخول لو كان مصب الدعوى تقارن إسلامهما أو تقدم إسلام الزوجة فكل منهما مدع فيكون المورد من موارد التحالف، و إن كان مصب الدعوى بقاء الزوجية و عدم بقائها فالمرأة مدعية.

أقول: إذا كان أحد المتخاصمين منشأ الخصومة في حق له على الغير أو سقوط حق آخر كان عليه يكون قوله مخالفا للأصل لا محالة، لأن ثبوت الحق كسقوطه أمر حادث مسبق بالعدم.

و أمّا قوله- قدس سره- أنه لو كان مصب الدعوى تقارن إسلامهما أو تقدم إسلامهما يكون كل منهما مدعى و منكرا فلا يخفى ما فيه، فإنه إذا كان كل منهما مدعى بالإضافة إلى قوله و منكرا بالإضافة إلى قول الآخر تكون الوظيفة مع عدم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٠٨

.....

البينة التحالف، و لا- معنى للتحالف في مثل المقام مما لا يمكن الحكم معه، و إنما يعتبر التحالف فيما إذا أمكن فصل الخصومة معه بسقوط الدعويين.

أضف إلى ذلك أن مجرد الاختلاف في مصب القولين كما في قول أحدهما تقارن إسلامهما و قول الآخر تقدم إسلامها لا يوجب

صدق الدعوى ما لم يتضمن دعوى الحق له أو سقوط ما كان للغير من الحق.

ثم لا- يخفى أنه ربّما يسمع قول شخص أو أحد المتخاصمين مع اليمين أو بدونها مع كونه مدعيا عرفا، كما إذا ادعى الودعي ردّ الوديعة و أنكر صاحبها ردّها، فإنّ الأكثر التزموا في المسألة بتقديم قول الودعي و أنه يحلف على الردّ، كما إذا ادعى الأمين تلف المال و قال المالك بقاءه و عدم تلفه فإنّ ثبوت مثل هذا الحكم لا يدلّ على أنّ للمدعى معنى شرعيا، بل الحكم في هذه الموارد إمّا لأنّ الشارع منع من اتهام الأمين مطلقا كما قيل من أنّ الأصل في الأمين عدم الخيانة فيكون قول من يخالفه دعوى، أو أنه من قبيل التخصيص في قولهم البيّنة على المدعى و اليمين على المدعى عليه.

و ممّا ذكرنا يظهر أنه يختلف صدق المدعى و المدعى عليه باعتبار تضمن القول مطالبة الحق أو سقوطه، فلو اختلفا و قال مالك المال أنه وهب المال و قال صاحبه أنه باعه منه و أخذ الثمن و كان غرض البائع من دعوى الهبة الرجوع لبقاء عين المال و غرض صاحبه أنه لا- يجوز له الرجوع لبيع المال و قبض الثمن، فيكون المدعى هو المالك لجريان الاستصحاب في ناحية عدم الهبة، و لا- يجرى الاستصحاب في ناحية عدم البيع لاعتراف المالك بعدم استحقاقه المطالبة بالثمن و إثبات الهبة بالاستصحاب في عدم البيع مثبت.

و أمّا إذا كان المال تالفا و قال المالك أنّ الواقع بينهما كان يباعا بكذا فله

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٠٩

و يشترط البلوغ و العقل (١) و إن يدعى لنفسه أو لمن له ولاية الدعوى عنه ما

المطالبة بالثمن و قال الآخر أنه كانت هبة فلا يستحق عليه شيئا فالمالك مدّع، لأنّ الاستصحاب يجرى في ناحية عدم البيع و لا يعارضه الاستصحاب في ناحية عدم الهبة لعدم الأثر للهبة في الفرض و إثبات البيع بنفيها من الأصل المثبت.

و ما يقال من أنّ الميزان في تشخيص المدعى عن المنكر مصب الدعوى، ينبغي أن يراد منه الغرض و المقصود فيما لا مورد للأصل في المصّب إلّا بلحاظ أثر هو الغرض و المقصود.

(١) حاصل ما ذكره- قدّس سرّه- أنه يعتبر في المدعى أن يكون بالغا عاقلا و أن يدعى لنفسه أو لمن له ولاية الدعوى عنه و أن يدعى ما يصح منه تملكه و لو ولاية أو وكالة. و هذه القيود الأربعة معتبرة في كون شخص مدعيا ثمّ أردف على هذه القيود و لا بدّ من كون الدعوى صحيحة لازمة و كأنّ مراده- قدّس سرّه- أنّ القيود الأربعة معتبرة في كون شخص مدعيا بإضافة كون دعواه صحيحة لازمة.

و كيف ما كان يقع الكلام فيما يعتبر في المدعى فنقول: لا ينبغي التأمّل في اعتبار البلوغ و العقل في سماع الدعوى لو كان المراد من سماعها القضاء في الواقعة و فصل الخصومة و المرافعة فيها فإنّ المتصدى لواقعتها مرافعة وليهما، نعم فيما إذا لم يمكن لولى الصبي المرافعة كما إذا ادعى الصبي أن الغير جنى عليه بالجراحة أو سلب ثيابه و نحو ذلك أو حتى ما إذا ادعى أن الغير يظلمه في التصرف في أمواله و وضع يده عليها من غير ولاية أو وصاية أو يتلف عليه أمواله حتى مع الولاية و الوصاية فلا يبعد سماعها فيما إذا حضر بينة أو ذكر أنّ له بينة أو احتمال القاضى علمه بظلامته إذا فحص الأمر فلا يبعد السماع بهذا المعنى، حفظا للنظام و دفعا للظلمة إذا ثبتت.

و لكن هذا غير السماع للقضاء في واقعة

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣١٠

يصحّ منه تملكه فهذه قيود أربعة فلا تسمع دعوى الصغير و لا المجنون و لا دعواه ما لا لغيره إلّا أن يكون وكيلا أو وصيا أو وليا أو حاكما أو أمينا لحاكم، و لا تسمع

الصبي، فإنّ الصبي لا- يستحلف و لا- يعتبر إقراره و لا- يرد عليه اليمين و لا يجوز عليه أمره، اللهمّ إلّا أن يقال: أنّ عدم السماع بهذا

المعنى يجرى عندهم فى دعوى الوكيل بل الولى أيضا على ما تقدم.

وقد ذكروا أيضا أنه لا تسمع الدعوى فيما إذا ادعى مالا للغير على شخص مع عدم الولاية و الوكالة و الوصاية بالإضافة إلى ذلك الغير، و يناقش فى ذلك بموارد دعوى المرتهن على غاصب العين المرهونة و دعوى الودعى و المستعير و نحوهما على غاصب الوديعة و العارية، و يجب عن ذلك بتعلق حق الرهن أو الوديعة أو العارية عنده، و لذا تسمع دعواها، و لكن يستشكل بأنه إذا ثبت عند الحاكم كونها رهنا عنده بالشهود أو اليمين المردودة فلا يثبت كونها ملكا لذلك الغير، لأن الدعوى بالإضافة إلى ملكية الغير تبرئة.

و يمكن الجواب عن ذلك بان إعطاء المدين رهنا أو إيداع شخص عنده مالا أو دفعه إليه عارية أو استيجار شخص للاحتطاب له و نحو ذلك يتضمن الاذن من المالك الدافع أو المستأجر فى حفظ ماله بأى نحو يكون به حفظه حتى ما كان بالمرافعة، و هذا المقدار من الاذن كاف فى التوكيل فى المرافعة التى يحفظ بها المال.

و المتحصل فيما كانت الدعوى تبرئة بحيث لا يتعلق بها المدعى فلا تدخل الواقعة فى الخصومة المنازعة التى أمر أطرافها برفعها إلى العالم بالأحكام و نهى عن رفعها إلى قضاء الجور.

و لا ينتقض ذلك بموارد رفع الواقعة بالقضاء حسبه فإن الدعوى فيها مسموعة بلا كلام، و وجه عدم الانتقاض كما أن فى مورد التصرف فى مال الغير

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣١١

دعوى المسلم خمرا (١) أو خنزيرا.

حسبه يكون للمتصرف ولاية ذلك التصرف كما هو المقرر فى بحث الولاية و كذلك فى مورد لزوم المرافعة يكون للمحتسب ولاية الدعوى فى ذلك المال لمالكة القاصر أو الغائب.

ثم إنه ربما يقال باعتبار الرشد فى المدعى فلا تسمع دعوى السفیه، كما عن الأردبیلی و غيره، و لعل مراده و مراد غيره - قدس سرهم - دعاوى المالية، و إلا فلا وجه لعدم سماع دعواه على الغير بقذفه أو الجنایة علیه و كذا دعوى النكاح و نحوه مما لا يكون تصرفا ماليا بل لعدم موجب لعدم سماع دعواه المالى إذا لم تنتهى إلى تصرف فى أمواله، كما إذا ادعى على الغير بأنه قد باع من ولى المال الفلانى و يمتنع عن الإقباض و على الجملة فيما كانت الدعوى منتهية إلى تصرف مالى من السفیه فى أمواله فلا تسمع تلك الدعوى لعدم تمكنه على ذلك التصرف، و أما غيره فيدخل فيما دل على مشروعية القضاء و فصل الخصومة و الأمر بالقيام بالقسط و العدل بين الناس.

(١) عدم سماع دعوى المسلم فيما إذا كان المدعى به الخمر أو الخنزير على العهدة ظاهر، فإنه لا يثبت على ذمة أحد للمسلم شىء منهما لعدم المالية لهما شرعا و العهدة تكون مضمونة بالمال و مثل ذلك يدخل فى الدعوى الممتنع شرعا، أما إذا ادعى ثمن الخمر أو الخنزير على عهدة الغير كما إذا باع الخمر أو الخنزير من كافر حال كفره أيضا ثم أسلم، فإنه بعد الإسلام يستحق الثمن على عهدة الكافر أو حتى ما إذا أسلم ذلك الكافر أيضا.

و فى صحیحہ علی بن جعفر عن أخیه موسى بن جعفر - علیه السلام - قال:

سألته عن رجلین نصرانیین باع أحدهما خمرا أو خنزيرا إلى أجل فأسلما قبل أن

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣١٢

و لا بد من كون الدعوى صحیحة لازمة (١) فلو ادعى هبة لم تسمع حتى

يقبض الثمن هل يحل له ثمنه بعد الإسلام؟ قال: إنما له الثمن فلا بأس أن يأخذه» (١).

و أما إذا كان المدعى به الخمر أو الخنزير خارجا فإطلاق كثير من الأصحاب أنها لا تسمع، لأن المسلم لا يملك الخمر أو الخنزير، و لا بد من حمل كلامهم على صورة عدم إمكان تخليل الخمر، و إلا يثبت حق الاختصاص أو الملك و لو لم تكن لها مالية شرعا. (١) ظاهر عطف اللزوم على الصحة و إن كان تغايرهما و أنه يعتبر في سماع الدعوى كون المدعى به تاما و كونه لازما، إلا أن التفريع على اعتبارهما بقوله فلو ادعى هبة لم تسمع حتى يدعى الإقباض لا يناسب التغاير، فإن الهبة المقبوضة لا تكون لازمة لجواز الرجوع فيها.

و لا يخفى أن التصريح بالصحة في الدعوى غير معتبر لظهور دعوى أى المعاملة في صحيحها، و لذا يحمل الإقرار بها على الصحيح، و لعله لذلك اكتفى في الدروس باعتبار اللزوم و قال: كل دعوى ملزمة معلومة فهي مسموعة فلا تصح دعوى الهبة بلا قباض و كذا دعوى الرهن و لا دعوى البيع من غير أن ينضم إلى قوله و يلزمك تسليم المبيع، فإن مع عدم هذا الضم لا تكون الدعوى ملزمة لجواز فسخه بخيار المجلس.

و عن صاحب الجواهر - قدس سره -: أن المراد باللزوم الصحة، فيكون عطف اللزوم على الصحة تفسيريا، و أنه لا - أجد في ذلك خلافا، و نقل عن الأردبيلي - قدس سره -: أنه ما المانع عن سماع دعوى الرهن أو الهبة بلا دعوى قباض حيث

(١) الوسائل: ج ١٢، الباب ٦١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١: ١٧٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣١٣

يدعى الإقباض و كذا لو ادعى رهن.

يمكن للمدعى إثبات عقد الرهن أو الهبة أولا ثم يدعى الإقباض و أنه لو كان كون المدعى به أمرا لازما غير معنى الصحة فلا يفيد ضم دعوى الإقباض أيضا فإن المتهم فيما كان غير ذي رحم يمكن للواهب الرجوع فيها فلا يلزم بضم دعوى الإقباض، و يلزم أيضا عدم سماع دعوى البيع قبل انقضاء المجلس و زمان الخيار، و لا أظن أن يلتزم به أحد.

و قال: إن عقد الهبة أو الرهن بلا قباض ليس بصحيح، أى ذا أثر و لا يعتبر في سماع الدعوى إلا كونها على تقدير ثبوتها ذات أثر يستحقه المدعى، و هذا حاصل مع ضم دعوى الإقباض و ان أمكن رجوع الواهب فيها، و مراد الدروس باللزوم ليس بمعنى عدم إمكان الرجوع بالفسخ أو الإقالة و نحوهما، بل بحيث يكون للدعوى أثر يستحقه المدعى على تقدير ثبوتها و ضم قوله يلزمك تسليمه بمعنى أنك لم تفسخ البيع إلى الآن بخيار المجلس أو غيره، لا أنه لا يمكن الفسخ بعد ذلك أصلا.

أقول: يعتبر في صدق الدعوى على الغير أن يكون للمدعى به أثر فعلا أو مستقبلا، و مع عدم الأثر له كذلك لا معنى للدعوى عليه و لا - مورد فيه للمخاصمة كما إذا ذكر لصاحب المتاع أنك وهبتى و لكن لم تقبض، و كذا لا مورد للدعوى فيما إذا كانت الخصومة بنفسها موجبة للانحلال المدعى به كما إذا قالت الزوجة لزوجها أيام عدتها الرجعية إنك طلقتنى، و قال: ما طلقتك، و من هذا القبيل إذا قال المتهم للواهب: أنك وهبتى هذا المال الذى بيدي، قال: ما وهبتك، أو قال شخص لآخر: أنك أوصيت إلى، قال: ما أوصيتك، ففي مثل هذه الموارد لا مورد للدعوى و لا للمرافعة و رفع الخصومة إلى الحاكم للقضاء.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣١٤

لو ادعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود و لا بينة فادعى علم المشهود له ففي توجه اليمين على نفى العلم تردد أشبهه عدم التوجه (١) لأنه ليس حقا لازما و لا يثبت بالنكول و لا باليمين المردودة و لأنه يثير فسادا.

و ما فى كلمات الأصحاب فى دعوى الهبة المقبوضة لم يفرضوا أنّ المدعى عليه فى دعواها هو الواهب ليكون إنكاره الهبة رجوعاً، بل يمكن أن يكون المدعى عليه الوارث كما لا يخفى.

نعم لو كان مع انحلال المدعى به أيضاً حق للمدعى كما فى دعوى البيع على صاحبه فى زمان خيار صاحبه مع قبضه الثمن تكون دعوى البيع عليه إلزاماً بأحد الأمرين إمّا الوفاء و إمّا ردّ الثمن.

(١) لو ادعى المنكر على المدعى علمه بفسق الحاكم أو الشهود له، و لم يكن للمنكر بينة لإثبات فسق الحاكم عند حاكم آخر أو إثبات فسق الشهود عند الحاكم الأول أو الآخر فلا تسمع دعواه، أى لا يتوجه اليمين على المدعى بأن يحلف على عدم علمه بفسقهما، و إذا لم تسمع دعوى المنكر فى الفرض فلا يترتب على نكول المدعى ثبوت دعوى المنكر على القول بثبوت الدعوى بمجرد النكول، و لا باليمين المردودة بناء على عدم كفاية نكول المدعى عليه بمجردة فى الحكم بثبوت الدعوى.

و ذكر- رحمه الله- فى وجه عدم السماع وجهين:

الأول: أنّ الدعوى ليست ملزمة على المدعى بمعنى أنّه لو كان عالماً بفسق الشهود أو الحاكم لا يضّرّ علمه هذا باستيفاء حقه من المنكر لثبوت حقه، واقعا و لا ينافى أيضاً بأنّه لو اعترف المشهود له بفسق الحاكم أو الشهود يلزم بإقراره.

الوجه الثانى: أنّ سماع دعوى المنكر علم المشهود له بالحال، يعنى فسق

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣١٥

و كذا لو التمس المنكر يمين المدعى منضمة إلى الشهادة لم يجب اجابته

الحاكم أو الشاهد يوجب الفساد، حيث إنّ السماع بلا بينة جراً على الاستطالة على الحكام و القدر فى الشهود.

أقول: لم يظهر الوجه فى عدم لزوم الدعوى على المحكوم له علمه بفسق الحاكم عند حكمه، لما تقدّم من أنّ المراد بلزوم أن يكون للمدعى به أثر عملى و فى ما نحن فيه الأثر موجود و هو جواز امتناع المنكر عن العمل بقضائه بعدم إعطاء الحق للمشهود له أو استرداده منه ثانياً، و لذا لو اعترف المشهود له بذلك ترتب عليه هذا الأثر بلا كلام، و هكذا الحال فى الدعوى على المحكوم له علمه بفسق الشهود له.

نعم يمكن أن يقال بعدم سماع دعوى الفسق على المدعى المحكوم له بلا- بينة فإن هذا يوجب اجترأ الناس على نقض الأحكام الصادرة عن القضاء و امتناع الشهود عن الحضور للشهادة حذراً من القدر فيهم، و لو أغمض عن ذلك فلا موجب لرفع اليد فى المقام عن إطلاق ما دلّ على أنّ البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه.

و ربّما يعلّل عدم السماع فى المقام بأنّه لا يمكن فى المقام الحكم ببطلان القضاء الأول بنكول المدعى عن الحلف على عدم علمه بفسق الحاكم أو فسق الشهود له، كما لا يمكن الحكم بذلك باليمين المردودة عن المحكوم له إلى المنكر المدعى بعلم المحكوم له، و يستظهر ذلك من عبارة الماتن أيضاً حيث إنّه- قدس سرّه- لم يأت بال «فاء» فى قوله لا يثبت بالنكول و لا باليمين المردودة، بل أتى بال «واو» و قال: و لا يثبت بالنكول و اليمين المردودة، و لكن التعليل ضعيف فإنّه لا مانع عن الالتزام بعد توجه اليمين على نفى العلم بالمحكوم له أن يحكم ببطلان الحكم بنكوله أو باليمين المردودة.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣١٦

لنهوض البينة بثبوت الحق (١).

(١) على المشهور، و الوجه فى ذلك أنّ المدعى ثبت دعواه بالبينة، فلا يحتاج إلى ضم اليمين كما هو مقتضى التفصيل الوارد بأنّ البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه بعد تقييده بأنّ اليمين على المدعى عليه فيما لم يقم المدعى البينة بحقه، و يشهد لذلك

صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر- عليه السلام- عن الرجل يقيم البينة على حقه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» (١)، ونحوها صحيحه أبي العباس (٢).

نعم في خبر سلمة بن كهيل عن علي- عليه السلام- في آداب القضاء قوله- عليه السلام- لشريح: «و ردّ اليمين على المدعى مع بينته فإن ذلك أجلى للعمى و أثبت في القضاء» (٣)، و لكن قد تقدم ضعف سنده، و مع الغمض عنه يحمل على الاستحباب جمعا، بل لظهور كونه أثبت للقضاء و أجلى للعمى فيه كما لا يخفى.

أما ما في مكاتبة الصفار إلى أبي محمد- عليه السلام- «هل تقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين» (٤) فقد تقدم سابقا أنها معرض عنها عند المشهور، و مع الإغماض عنه أنها واردة في شهادة الوصي للميت فيمكن أن يكون وجه الحاجة عدم سماع شهادة الوصي للميت، و لذا يحتاج إلى يمين المدعى أو يرفع اليد عن الإطلاق المتقدم فيما كان أحد الشاهدين للميت وصيه.

ثم إنه لا فرق في عدم وجوب الإجابة بين موارد دعوى الدين على المدعى عليه أو دعوى العين، كما هو مقتضى إطلاق ما تقدم.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٧.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ١٧٧.

(٣) المصدر نفسه: الحديث ٤: ١٧٨.

(٤) المصدر نفسه: الباب ٢٨ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٧٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣١٧

.....

و عن القواعد أنه بعد أن ذكر الحكم المزبور قال: لو التمس المنكر بعد إقامة البينة عليه استحلاف المدعى على الاستحقاق أوجب إليه، و لو التمس المنكر يمين المدعى مع الشهادة لم يلزم اجابته.

و فسيّره في الجواهر أن المراد بالثاني موارد دعوى العين و أنّ المنكر الذي بيده العين لو التمس يمين المدعى مع بينته لم يلزم اجابته لأنّ البينة تثبت الملكية الفعلية للمدعى و تكون معارضة مع يد المنكر فتقدم على اليد لأنه لا اعتبار باليد مع البينة على خلافها، و المراد بالفقرة الأولى دعوى الدين فإنّ المنكر المدعى بالبراءة عن الدين لو التمس الحلف بأن يحلف المدعى على استحقاقه الدين عليه بعد البينة بأصل الدين أوجب إليه إلحاقا للمورد بمورد الدعوى على الميت، لأنّ البينة في المقام أيضا قد شهدت بأصل الدين، غاية الأمر فرق بينهما من جهة أخرى، و هو أنّ الدعوى على الميت تحتاج إلى اليمين مع البينة المعبر عنها بيمين الاستظهار بلا فرق بين سؤال المدعى عليهم أم لا، بخلاف المقام فإنّ استحقاق اليمين موقوف على سؤال المنكر.

ثمّ نقل عن المبسوط ما ظاهره أنّه لو طلب المنكر الحلف على بقاء الدين و عدم سقوطه أوجب إليه، أمّا إذا طلب الحلف على أصل ثبوت الدين بأن قال أنّه برئ من الأوّل لم يلزم الجواب، و وجه الظهور أنّه تعرض الشيخ- قدس سرّه- لكيفية حلف المدعى و المحلوف عليه فيها بقاء الدين على العهدة.

أقول: لو كان المنكر لأصل الدين مدعيا بأنّه قد أبرأه دائته، أو أنّه اقتضى دينه فهذه دعوى على دائته و لو لم يكن إنكاره الأوّل تكذيبا لهذه الدعوى، كما إذا اعتذر عن إنكاره بعدم البينة له بالإبراء أو الاقتضاء و اعتقاده عدم تمام البينة للمدعى يكون له استحلاف المدعى فيما إذا شهدت بينته بأصل الدين، و أمّا إذا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣١٨

و في الإلزام بالجواب عن دعوى الإقرار تردد (١) منشأه أن الإقرار لا يثبت حقا في نفس الأمر بل إذا ثبت قضى به ظاهرا.

لم يكن مدعيا بأن قال: أتى احتمال إبرائه عهدتي و نحوه فلا تسمع ليتوجه إلى خصمه اليمين. و الحاصل لا يقاس المقام بالدعوى على الميت، حيث لا يعتبر في الدعوى عليه البينة مجردة، و التعليل الوارد فيه في الحاجة إلى يمين المدعى مع ضعف مستنده لا يعمّ المقام، فإن من عليه الدين في المقام حتى فعله إقامة البينة على أداء دينه كما لا يخفى. (١) إذا لم تكن الدعوى على الغير ثبوت الحق له واقعا، بل كانت دعواه أن ذلك الغير اعترف بأن له حق كذا عليه أو مال كذا بيده فهل يتوجه اليمين إلى الخصم فيما أنكر اعترافه أو أنه لا تسمع الدعوى المزبورة إلا بقيام البينة باعترافه بالحق؟ قيل: لا تسمع دعوى الإقرار بدونها فإنه يعتبر في توجه اليمين على المنكر أن يدعى عليه الحق الواقعي و الإقرار و أن يؤخذ به المقر إلا أنه لا يقتضى ثبوت الحق واقعا، فلا تكون دعوى اعترافه اخبارا بثبوت الحق الواقعي له. و لكن لا يخفى ما فيه، فإن صدق الدعوى على دعوى الإقرار ظاهر، حيث إن الخصم يؤخذ به على تقدير تصديق دعوى الإقرار و قد تقدم أنه لا يعتبر في المدعى به إلا كونه ذا أثر فيعتمه قولهم - عليهما السلام - «البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه» (١)، و يظهر ذلك عن القواعد و المسالك و الإيضاح و غيرها. و على ذلك فإن نكل المنكر يحكم بثبوت الحق و لو بعد ردّ اليمين على مدعى

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٥: ١٧١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣١٩

و لا تفتقر صحة الدعوى إلى الكشف في النكاح و لا غيره (١) و ربما افتقرت إلى

إقراره سواء حلف المدعى على اعترافه أو على ثبوت الحق له واقعا، لأنّ اعتراف خصمه طريق إلى ثبوت ذلك الحق له فيكون حلفه عليه مع العلم و إن لم يعلم الحق بسببه الواقعي، كما لا يبعد عدم إلزام الخصم بخصوص الحلف على عدم إقراره له بل يكفي حلفه على عدم الحق عليه أو عنده.

و هذا نظير ما يقال: إنه إذا ادعى عليه الاقتراض أو البيع منه نسيه ليثبت اشتغال ذمته يجوز له الحلف على براءة ذمته.

لا- يقال: إذا كان مقترضا أو مشتريا، و لكن قد أدى ما عليه يتعين الحلف على البراءة، و لا يجوز له الحلف على عدم الاقتراض أو الشراء، فإنه يقال: قد ذكر في بحث حرمة الكذب الكلام في جواز الكذب و الحلف كاذبا لدفع الضرر عن نفسه و ماله و عرضه، فيدخل المقام في تلك الكبرى.

(١) ذكر - قدس سره - أنه لا يتوقف سماع الدعوى بلزوم مطالبه الجواب عن الخصم و توجه اليمين إليه مع إنكاره على الكشف عن خصوصيات المدعى به.

و قال في الجواهر في ذيل ذلك: لا يتوقف سماع دعوى الملك على بيان سببه سواء ادعى العين أو الدين بلا خلاف، بل الإجماع على قسميه على ذلك، بل قيل أنه لا خلاف في ذلك عند العامة أيضا، و كذا إذا كان المدعى به النكاح أو غيره من العقود بأن يتوقف سماع دعوى النكاح أو الزوجية على الكشف عن خصوصياته بأن يقول وقع في زمان كذا و مكان كذا بعقد دائم في حضور فلان و فلان و نحو ذلك، بلا خلاف عندنا، و عن الشافعي الحاجة إلى الكشف في النكاح مطلقا في وجه و في وجه آخر يحتاج إلى الكشف فيما كان المدعى به الزوجية، أما إذا كان النكاح فلا يحتاج، و عن بعض أصحابه أن الكشف

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٢٠

ذلك في دعوى القتل (١) لأنّ فائته لا يستدرك.

مستحب، و عن بعض آخر من أصحابه أنّ الحاجة إلى الكشف فيما كان المدعى به النكاح حدثا و أمّا إذا ادّعى بقائه فلا يفتقر إلى الكشف. و للشافعي أيضا قول بالاحتياج إلى الكشف في غير النكاح من العقود مطلقا، و في وجه آخر فيما إذا كانت الدعوى متعلقة بالجارية و ذلك للاحتياط في الفروج.

أقول: صدق الدعوى على الغير التي تكون البينة فيها على المدعى و اليمين على المدعى عليه لا تتوقف على الكشف، و التفصيل في دعوى الملك من غير فرق بين دعوى العين أو الدين، و كذا غير الملك، إلّا أنّه يلزم أن تكون الدعوى متضمنة بما يطالب الآخر به أو سقوط ما كان للآخر عليه، و على ذلك فمجرد قول المرأة أنّها زوجة فلان من غير أن تتضمن مطالبته بصدقتها أو غيره لا يحسب أنّها دعوى على الرجل، حيث تحتمل الزوجية الانقطاع، و معه لا يكون مجرد الكشف عنها مطالبه الرجل بشيء، نعم لا يعتبر أن يكون الكشف قبل سؤال الحاكم أو إرشاده بأنّ الدعوى أن يقول إنسان شيئا يطالب خصمه به، و هذا بخلاف دعوى الرجل زوجية امرأة فإن دعواها تتضمن مطالبه المرأة بحق الاستمتاع منها.

(١) ظاهر كلامه - قدس سرّه - أنّه قد يفتقر سماع الدعوى في القتل إلى الكشف عن الخصوصيات و علله بأنّ فائته لا يستدرك، و أضاف عليه في الجواهر اختلاف أسبابه قيل فلا- بدّ من وصف القتل بالعمد أو الخطأ و بأنّه قتله وحده أو مع غيره بالمباشرة أو التسبيب، و حكى عن المبسوط الاتفاق على ذلك، و قال إن لم يثبت الإجماع على ذلك فلا يخلو اعتبار الكشف عن الإشكال لأنّ الاعتبار و عدم سماع الدعوى قد يوجب ذهاب دم امرئ مسلم، كما إذا نسي المدعى الخصوصية أو لم يتعرض لها لتردده فيها. بل قد يقال: إذا أحرز القتل فيمكن إحراز كونه خطأ بالأصل، و لذا قال

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٢١

و لو اقتضرت على قولها هذا زوجي كفى في دعوى النكاح و لا يفتقر ذلك إلى دعوى شيء من حقوق الزوجية لأنّ ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجية (١) و لو أنكروا

في الدروس و المصنّف في كتاب القصاص الأقرب الاكتفاء في دعوى القتل بعدم التفصيل و كما عن الأردبيلي - قدس سرّه - بل ربّما يظهر من المصنّف - رحمه الله - في المقام التأمل في إطلاق اعتبار التفصيل، حيث عبّر بكلمة ربّما افتقرت إلى ذلك في دعوى القتل، و على الجملة لا فرق بين دعوى القتل و غيره و أنّه إذا فرض عدم ترتب أثر على الكلى في غيره أيضا لم تسمع الدعوى به و إلّا سمعت.

أقول: ما ذكره - قدس سرّه - أخيرا لعلّه ما ذكرناه في ذيل قول الماتن - قدس سرّه - و لا يفتقر صحّة الدعوى إلى الكشف في النكاح. (١) ذكر - قدس سرّه - أنّه لو قالت المرأة في مقام الدعوى أنّ هذا زوجي لكفى في السماع و لا يتوقف على شيء من حقوق الزوجية، لأنّ قولها هذا زوجي يتضمن المطالبة بتلك الحقوق، و لا يخفى أنّ هذا ما ذكرنا سابقا من اعتبار ظهور الدعوى في مطالبه الآخر بحق أو مطالبته برفع اليد عمّا كان له من الحق سواء أ كان هذا بالذكر في الدعوى أم بقرينه المقام، هذا في قول الزوجية، أمّا إذا ادّعى الرجل زوجية امرأة فقد تقدم أنّ قوله: هذه زوجتي، يكون بمجرد دعوى عليها.

و كيف ما كان فقد ذكر - قدس سرّه - كما عليه المشهور في كلامهم: أنّ الرجل إذا أنكر كونه زوجا لها يتوجّه إليه اليمين مع عدم البينة للمرأة كما هو الفرض، و إنّه لو حلف على عدم الزوجية سقطت دعواها و لو نكل يحكم بكونه زوجا لها بناء على أنّ النكول كاف في الحكم في ثبوت المدعى به. و على القول الآخر يرد اليمين على المرأة و يحكم بثبوت دعواها بحلفها، و كذا الكلام فيما كان الرجل مدعيا بأن قال: هذه زوجتي، و أنكرتها المرأة، فتوجه اليمين على المرأة، فإن حلفت سقطت دعواها، و إن نكلت يحكم

بثبوت الزوجية بمجرد النكول أو مع

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٢٢

النكاح لزمه اليمين و لو نكل قضى عليه على القول بالنكول و على القول الآخر يرد

حلف الرجل برّد اليمين عليه على القولين، و عن العلّامة في التحرير: أنّه لو حلفت المرأة على الزوجية يشكل القول بجواز تمكين الرجل منها لإقرار الرجل بحرمه ذلك عليه و أنّها ليست بزوجه و من حكم الحاكم بالزوجية.

أقول: يجرى الإشكال فيما إذا كان الرجل مدعياً و أنّه لا يجوز للمرأة تمكين الرجل من نفسها لاعترافها بأنّه أجنبي.

و ذكر في الجواهر في ذيل كون الرجل مدعياً و المرأة منكراً أنّ مع الحكم بثبوت الزوجية بمجرد نكولها أو مع اليمين المردودة على الرجل أنّه يثبت على الرجل المهر بوطئها إن قهرها أو قلنا بوجود التمكين عليها مع حكم الحاكم بالزوجية، أو كانت المرأة معتقدة بوجود التمكين مع الحكم و أنّ المرأة لا تستحق شيئاً بدون الوطئ لاعترافها بعدم استحقاقها بشيء من المهر بدون الوطئ، و في كشف اللثام يجب في هذا الفرض يعنى كون الرجل مدعياً نفقتها عليه لحبس المرأة على الرجل، و قال: و فيه نظر، انتهى.

و لا- يخفى أنّه لو كانت هي المدعية للزوجية و أثبتها بالنكول أو اليمين المردودة عليها يجوز لها إلزام الزوج بنفقتها لكونها زوجة بزعمها و اثبتتها بالحكم و المفروض تمكينها من الرجل، و هذا تمام الموضوع للزوم النفقة على الزوج.

بخلاف ما إذا كان الرجل مدعياً لها و أثبتها بنكولها أو باليمين المردودة عليه، فإنّه لا يجوز لها إلزام الرجل بنفقتها لاعترافها بأنّها لا تستحق النفقة عليه، و مجرد حبسها عليه لا يوجب الفرق بين المهر مع عدم الدخول و بين نفقتها، فإنّها كما لا تستحق مع عدم الدخول المهر أخذاً باعترافها كذلك الأمر في نفقتها و لو مع الجبر عليها بالدخول، و الأمر في ميراثها من زوجها كذلك.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٢٣

اليمين عليها فإذا حلفت ثبت الزوجية و كذا السياق لو كان هو المدعى.

ثم إنّ الاشكال في الميراث و جواز التمكين و المطالبة بالنفقة تجرى حتى فيما إذا أثبت المدعى بالزوجية الزوجية بالبينه، كما يظهر وجهه للمتأمل.

و ظاهر كلماتهم كما ذكرنا سابقاً و يظهر من كلام الماتن- قدّس سرّه- أيضاً أنّ اليمين فيما إذا توجهت على المدعى عليه فله ردّها على المدعى، فإن حلف ثبت دعواه، و إلّا سقطت، و أنّه إذا لم يحلف المدعى عليه و لم يردّها على المدعى يحكم بثبوت الدعوى أيضاً بالنكول أو باليمين المردودة من قبل الحاكم بلا فرق بين دعوى الماليات أو الأعراض و النفوس و الأطراف. بل عن بعض دعوى عدم الخلاف أو اتفاق الأصحاب عليه.

و يستدل على ذلك بعدة روايات، منها صحيحة محمّد بن مسلم عن أحدهما- عليه السلام- «في الرجل يدعى و لا بينه له؟ قال: يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له» «١»، و نحوها معتبرة عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله- عليه السلام- «في الرجل يدعى عليه الحق و لا- بينه للمدعى؟ قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلا حق له» «٢»، فإن مقتضى الإطلاق فيها عدم الفرق بين كون الحق مالا أو غيره، و في صحيحة هشام عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: «تردّ اليمين على المدعى» «٣».

و قد ذكرنا سابقاً أنّ المراد بالحق في مثلها دعوى المال دينا أو حتى عينا بقريئة أمرين:

أحدهما: كثرة ارادة المال من الحق عند إطلاقها، كما في جملة من الروايات الواردة في ثبوت دعوى الحق بشاهد و يمين، و ما ورد في الدعوى على الميت كرواية

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٦.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ١٧٦.

(٣) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣: ١٧٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٢٤

و لو ادعى أن هذه بنت أمته لم تسمع (١) دعواه لاحتمال أن تلد في ملك غيره

عبد الرحمن بن أبي عبد الله المتقدمه «١»، و نظير مرسله أبان عن رجل عن أبي عبد الله - عليه السلام - «في الرجل يدعى عليه الحق و ليس لصاحب الحق بينه؟ قال:

يستحلف المدعى عليه فإن أبي أن يحلف و قال: أنا أرد اليمين عليك لصاحب الحق فإن ذلك واجب على صاحب الحق أن يحلف و يأخذ ماله» «٢». و لا- يحتاج في إثبات كون إطلاق الحق يراد به المال إلى ملاحظة السند في الروايات الدالة عليه كما يظهر وجهه للمتأمل، فإن تعارف الاستعمال لا يحتاج إلى ثبوت وثاقة الراوى.

و ثانيهما: و هو العمدة ظهور بعض الروايات كمعتبره عبيد بن زرارة في تخيير المدعى عليه بين الحلف و الرد، و لا- يمكن الالتزام بذلك إلا في مثل الماليات، فإن رد اليمين من المنكر لقتل العمدة على مدعيه مما لا يحتمل جوازه، و كذا في موارد دعوى الزوجية المأمور كل من المتخاصمين بحفظ الفرج. و على ذلك فلا يبعد الالتزام باختصاص مسألة رد اليمين إلى الدعاوى المالية و في غيرها مع إباء المنكر عن اليمين يجبر على الإقرار أو الحلف، و مع عدم إمكانه يقف القضاء، و لو قيل بإطلاق رد اليمين فلا ينبغي التأمل في عدم جواز ردّها على المدعى من المنكر العالم بالحال في الموارد المشار إليها.

(١) ذكر أنه لا تسمع الدعوى فيما إذا قال هذه بنت أمته، فإن القول المزبور لا يعدّ دعوى بملكية البنت لاحتمال كونها بنت لأمته و لم تكن مملوكة له، كما إذا صارت أمّها ملكا له بعد أن تلدها في ملك غيره، و كذا لا تسمع الدعوى بأنّها ولدتها في ملكه لاحتمال كون البنت حرة، كما إذا وطئها حرّ شبهة أو بالتحليل أو ملكا لغيره و لو بالشرط في شراء أمّها أو غير ذلك.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٥: ١٧٦.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٢٥

ثم تصوير له و كذا لو قال ولدتها في ملكي لاحتمال أن تكون حرة و ملكا لغيره و كذا لا تسمع البينة بذلك ما لم يصرّح بأنّ البنت ملكه و كذا البينة.

و الحاصل سماع دعوى ملك البنت يحتاج إلى ذكر أن البنت ملكه، و كذا يعتبر في سماع البينة بملك البنت تصريح الشهود بأنّ البنت ملكه و مثل القول في بنت الأمة القول في ثمرة النخل، و لو قال هذه مشيرا إلى ما في الخارج ثمرة نخلى لا تسمع ما لم يذكر أنّها ملكي، و كذلك الأمر في الإقرار فإنّه إذا اعترف بأنّ ما بيده ثمرة نخل فلان، أو أنّ هذه البنت بنت المملوكة لفلان فلا يلزم بأنّ الثمرة أو البنت بيده ملك الغير، و هذا فيما يفسّر إقراره بنحو لا ينافي كون الثمرة أو البنت ملكا لنفسه و ليس كذلك الاعتراف بأنّ الغزل بيده من قطن فلان أو الدقيق بيده من حنطة فلان، فإنّه يلزم باعترافه و يحكم بأنّ الغزل أو الدقيق لفلان، و الفرق أنّ الغزل أو الدقيق نفس القطن و الحنطة قد تغتير وصفهما بخلاف الثمرة فإنّه من النماء المنفصل و كذا بنت الأمة.

أقول: ينبغي التعرض لأمر تتعلق بكلامه - قدس سره -:

الأول: ما ذكره أنها لا يسمع قوله فيما كذا قال مشيراً إلى البنت ولدتها أمها في ملكي، فإنه نقل في الجواهر عن لقطه المبسوط و التذكرة سماع الدعوى و البيئه، بل في التذكرة دعوى الإجماع عليه، و ذكر في وجه السماع و لعله لأصالة تبعية النماء للأصل و لكن هذا الأصل يعتمد عليه مع عدم يد الآخر على النماء حيث لا اعتبار للأصل المزبور و لا غيره مما هو أقوى من هذا الأصل، و كلام الأصحاب في المقام في الدعوى على الآخر فيكون المفروض في كلامهم كون البنت بيد الآخر، و لا يقاس بباب اللقطه المفروض فيه عدم اليد لآخر أو اعترافه بأن ما بيده ليس ملكاً له.

أقول: انقطاع الأصل المزبور بقاعدة اليد يوجب أن يكون صاحب اليد هو

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٢٦

و مثله لو قال هذه ثمرة نخلي و كذا لو أقر له من الثمرة في يده أو بنت

المدعى عليه، و من قال للآخر: ما بيدك من البنت ولدتها أمها في ملكي مدعياً، لا أن لا تسمع دعواه، و على الجملة لو كان لقوله في مقام الدعوى هذه البنت ولدتها أمها في ملكي ظهور في دعوى ملكيته البنت لملك الأم كما هو المفروض فاللازم سماع الدعوى، بل الأمر كذلك لو قال في مقام الدعوى أنها بنت أمته و أن لم يكن هذا الظهور بأن لم يكن القول المزبور في ذلك المقام، كما إذا كانت البنت بيده و قال ذلك جواباً عما يدعى ملكية البنت يكون ظاهره الإنكار، و قد تقدم أنه لا يعتبر في سماع الدعوى و ترتيب ما يترتب عليها إلا ظهور قوله في الدعوى على الغير و لو كان الظهور بقريته المقام.

الثاني: أنه قد قيد الماتن - قدس سره - عدم سماع الإقرار بأن ما بيده من الثمرة ثمرة نخل فلان أو البنت بنت المملوكة لفلان بما إذا فسّر المقرّ قوله بما لا ينافي ملكيته نفسه للثمرة و البنت، و مقتضاه أنه إذا لم يفسّر المقرّ قوله يكون إقراراً بملكية الغير للثمرة أو البنت. و عليه فيشكل الأمر بين كونهما بيد الغير و قال: أنها ثمرة نخلي أو بنت مملوكتي فلا - تسمع لأنه لا يكون دعوى على الغير و بين كونهما بيده و قال الثمرة لنخل زيد أو البنت بنت أمه زيد فيحسب مع عدم التفسير إقراراً على نفسه، مع أنه لو اعتبر الظهور لاعتبر في كلا المقامين و ان اشترط التصريح لم يقيد عدم سماع الإقرار بصورة التفسير بل لا يسمع مطلقاً كعدم سماع الدعوى.

و قد تعرض للإشكال في المسالك و ذكر أن العلامة في القواعد و التحرير تبع المصنّف - رحمه الله - في تقييد الإقرار، و أجاب في الجواهر عن الإشكال بأنه لا يظهر من عبارة المصنّف أو العلامة اعتبار التفسير بنحو التقييد في عدم سماع الإقرار بأن يعقب قوله هذه ثمرة نخلتك بقوله و لكنها ملكي بلا فصل، بحيث لو

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٢٧

المملوكة لم يحكم عليه بالإقرار لو فسره بما ينافي الملك و لا كذا لو قال هذا الغزل من قطن فلان أو هذا الدقيق من حنطه.

فسره بقوله و لكنها ملكي بعد حين لم يسمع التفسير لأنه من الإنكار بعد الإقرار، بل المراد أنه لا يحكم على القول المزبور بأنه إقرار و لو فسره بعد حين بما لا ينافي الملك و ليس ذلك إلا لعدم كونه إقراراً بملك الغير في نفسه.

أقول: ما ذكر الماتن - قدس سره - في الغزل و الحنطة قريته واضحة على كون مراده من التفسير غير صورة عدم التعقيب بلا فصل و إنه لا يكون إقراراً مطلقاً.

الثالث: أنه - قدس سره - ذكر أن هذا الغزل من قطن زيد أو هذا الدقيق من حنطه يسمع و يلزم بالإقرار، و لكن لا بدّ من حمل ذلك على صورة عدم تعقبه بلا فصل بما لا ينافي ملكيته نفسه، كأن يقول: قطن فلان أي اشتريته منه، و كذا في الحنطة، و هذا ما ذكرنا أن ما ذكره في الغزل و الدقيق قريته على أن المراد من التفسير في الثمرة و البنت صورة عدم التعقيب.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٢٨

[الفصل الثانى فى التوصل إلى الحق]

إشارة

الفصل الثانى فى التوصل إلى الحق (١) من كانت دعواه عينا فى يد انسان فله انتزاعها و لو قهرا ما لم تثير فتنه

(١) قد ذكر تقسيم الحق إلى العقوبة و المال، فالأول كالقصاص و حدّ القذف، و ادعى أنّ الاستيفاء فى الأول يحتاج إلى مراجعة القاضى و الحاكم، لعظم خطره و الاحتياط فيه و إنّ استيفائه من وظيفة الحاكم على ما تقتضيه السياسة و زجر الناس. و فى الكفاية لا أعرف فى ذلك خلافا، و فى الجواهر أنّ إطلاق السلطان على ولى الدم فى قوله سبحانه و مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوَلِيِّهِ سُلْطَاناً «١» و تسلط الناس على استيفاء حقوقهم إسقاطا و استيفاء يقتضى عدم اعتبار الرفع إلى الحاكم مع معلومية الحال و إقرار من عليه الحق، كما يقتضى أنّ المباشر للاستيفاء من له الحق لا الحاكم. أقول: يأتى فى باب الحدود أنّ اجراء الحد من وظيفة الحاكم لا فرق بين كونه

(١) الإسراء: ٣٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٢٩

و لا يقف ذلك على اذن الحاكم نعم لو كان الحق دينا و كان الغريم مقرا باذلا لم

من حق الناس كالقذف أو غيره لإطلاق بعض ما ورد فيه، بل يظهر من بعض الروايات أنّ حق القصاص أيضا كذلك، فيكون المراد من سلطته ولى الدم اتباع نظره فى الاستيفاء و الاسقاط، كما هو كذلك فى حق القذف أيضا، نعم قد ورد فى بعض الحدود الترخيص للكلّ فى إجرائها مع كونها من حدود الله سبحانه كالحد فى سب النبى صلى الله عليه و آله و سلم و سائر المعصومين - عليهم السلام-، و كذا فى حد ارتداد الرجل عن فطرة، و تمام الكلام فى محلّه، و الكلام فى المقام فى الحق المالى. فقد ذكر الماتن - قدس سرّه - كغيره أنّ من كانت دعواه عينا بيد الغير مع اعتراف ذلك الغير بأنّها له أو مع عدم اعترافه يجوز للمدعى أخذها منه قهرا ما لم تكن فتنه، و لا يحتاج الأخذ إلى الاذن من الحاكم الشرعى، و ربّما قيل و إن استلزم الأخذ ضررا على المأخوذ منه كتمزيق ثوبه و كسر القفل و نحو ذلك، بل و إن أثار فتنه بنحو لا تصل مرتبه يمكن معها دعوى العلم من مذاق الشارع بعدم جواز فعل يترتب عليه الفساد المزبور، حتى ما إذا كان الفعل مع قطع النظر عن هذا الترتب من المباح أو المستحب بل الواجب، و لا يعتبر أن يكون ترتب الفساد المزبور بنحو المعلومية، بل يكفى فى عدم الجواز كونه مظنة لذلك الفساد، كما يظهر ذلك ممّا ورد فى بيع الوقف أنّه حصل من الاختلاف تلف الأنفس و الأموال و ربّما يشير إليه قوله سبحانه إِنْ تَعْلَمُوهُ تَكُنْ فِتْنَةً فِي الْأَرْضِ وَ فَسَادٌ كَبِيرٌ «١».

أقول: إذا كان من بيده المال معترفا بأنّ المال له أو على علم بأنّه له فلا ينبغى التأمل فى جواز الأخذ و لو قهرا عليه و ان استلزم ذلك الضرر على الممسك بالمال بلا حق لسقوط حرمة ما يتلف عليه فى الأخذ المزبور، بل يجوز الأخذ بأى ضرر عليه فيما إذا كان ذلك للدفاع عن ماله كما إذا توقف الأخذ على ذلك.

(١) الإنفاق: ٧٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٣٠

يستقل المدعى بانتزاعه (١) من دون الحاكم لأنّ للغريم تخيراً في جهات القضاء فلا- يتعين الحق في شيء من دون تعيينه أو تعيين الحاكم مع امتناعه.

و أمّا إذا لم يكن المأخوذ منه معترفاً ولا- عالماً بأنّ المال بيده للغريم فإنّ أمكن أخذ ماله من يد الممسك به من غير أن يستلزم التصرف في مال آخر للممسك أو ضرر عليه جاز الأخذ لأنّه سلطان ماله، أمّا إذا استلزم ذلك التصرف أو الضرر بكسر قفله و نحوه ففي جواز الأخذ مع إمكان المراجعة إلى الحاكم و الأخذ بقضائه و لو كان جائراً إشكالاً، لعدم اضطراره إلى التصرف المحرم لترتفع حرمة.

نعم لا تبعد المقاصة في الفرض من ماله لإطلاق بعض الروايات الواردة كصحيحة أبي العباس البقباق «أنّ شهاباً ما رآه في رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس: فقلت له: خذها مكان الألف الذي أخذ منك فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله- عليه السلام- فذكر له ذلك، فقال: أمّا أنا فأحب أن تأخذ و تحلف» (١). فإنّها تعم صورة كون الألف الذاهب عينا أو ديناً، كما تعم صورة بقاء الألف و عدمه. و في صحيحة داود ابن رزين قال: «قلت لأبي الحسن موسى- عليه السلام:- أنى أخالط السلطان فتكون عندى الجارية فأخذونها و الدابة الفارهة فيبعثون فيأخذونها ثم يقع لهم عندى المال فلى أن أخذه؟ قال: خذ مثل ذلك و لا تزد عليه» (٢) فإنّها تعم صورة إمكان الأخذ بماله بالقضاء و عدمه.

(١) يملك الدائن في موارد الدين المال على ذمة المدين، و انطباق ما في ذمته على المال الخارجى يتوقف على قصد الدافع بالمال المدفوع خارجاً أداء ما بذمة المدين سواء كان الدافع هو المدين أو وكيله أو وليه أو المتبرع، و يتعين المال

(١) الوسائل: ج ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢: ٢٠٥.

(٢) الوسائل: ج ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١: ٢٠٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٣١

و لو كان المدين جاحداً و للغريم بينه يثبت عند الحاكم و الوصول إليه ممكن

المدفوع في الأداء بقبض الدائن مباشرة أو توكيلاً أو ولايةً أو اجازة الدائن القبض الواقع فضولاً.

و على الجملة: يكون أداء الدين و تعيينه في المال الخارجى بقصد الأداء من الدافع و قبض المستحق كما ذكر، حيث إنّ أداء الدين من العناوين القصدية، فلا يتحقق إلّا بالقصد من الدافع و القبض من المستحق.

نعم لو قام دليل في مورد على تعيين ما على العهدة بمجرد العزل بدون قبض المستحق كتعيين زكاة الفطرة بالعزل يؤخذ به في مورد دلالتة، و ربّما احتمال بعضهم في تعيين أداء الدين في القبض الخارجى قصد المستحق أيضاً التسلم بأن يلتفت حين القبض أنّ الدفع إليه بعنوان الوفاء بالدين، و مع عدم التفاته يشكل الالتزام بالوفاء، و لكن الصحيح عدم اعتبار ذلك بل الملاك في تحققه قبضه، و يشهد لذلك صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي الحسن- عليه السلام- «في الرجل يكون عند بعض أهل بيته المال لا تنام فيدفعه إليه إلى أن قال: هل يجزيه أن يدفعه إلى صاحبه على وجه الصلّة و لا يعلمه أنّه أخذ له مالا فقال: يجزيه» بل الالتزام بعدم اعتبار قصد القابض لا يحتاج إلى الاحتجاج بها، لصديق الوفاء بالدين بدون عرفاً.

و مما ذكرنا يظهر أنه لو وقع بيد الدائن مال من المدين، و لو كان من جنس ما على عهده المدين، و بمقداره لا يتعين الدين في ذلك المال، و لو مع قصد الدائن تملكه بعنوان الأخذ بدينه نعم لو فعل ذلك و أجاز المديون يتحقق بإجازته وفاء ما عليه من الدين لجريان الفضولية في القبض أيضا كما ذكر في محلّه. و على ذلك ففيما إذا كان أداء الدين بمال المدين فلا بدّ من تصديه مباشرة أو توكيلا أو يتصدى بذلك من له ولاية عليه، كما إذا كان المدين غائبا أو ممتنعا فإنّ للحاكم أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٣٢

ففي جواز الأخذ تردد أشبهه الجواز و هو الذي ذكره الشيخ في الخلاف و المبسوط،

الولاية على الغائب و الممتنع، هذا بحسب القاعدة الأولى.

و لكن وردت روايات بجواز تقاض الدائن دينه من مال المدين إذا وقع بيده، و الكلام في مقدار دلالة تلك الروايات، و لا ينبغي التأمل في أنه إذا كان المدين معترفا بالدين و باذلا له فلا يجوز التقاض ممّا يقع بيد الدائن من ماله، بل لو فرض في هذا الفرض عذر للمدين كالغيبه و الحبس تصدى لأداء دينه الحاكم، و هذه الصورة خارجة عن الروايات المشار إليها. كما أنه لا ينبغي التأمل في جواز التقاض فيما إذا جحد المدين على دائه الدين، فامتنع عن أدائه، فإنّ هذا الفرض مدلولها تعيينا، و في معتبرة أبي بكر الحضرمي عن أبي عبد الله - عليه السلام - «قال: قلت له: رجل كان له على رجل مال فجحده إياه و ذهب به ثم صار بعد ذلك للرجل الذي ذهب بماله مال قبله يأخذه مكان ماله الذي ذهب به منه ذلك الرجل؟ قال: نعم» (١).

نعم تأمل بعضهم في شمولها لما إذا كان المدين معترفا بالدين و لكن يمتنع عن أدائه و لو بالمماطلة اللاحقة بالامتناع، أو كان جاحدا و لكن للدائن بينه بدينه فيمكن له استيفاء الدين بالمحاكمة إلى الحاكم، و لكن الأظهر جواز التقاض في صورتين لإطلاق بعض الروايات أمّا بالإضافة إلى الامتناع كصحيحه أبي البقباق المتقدمة فإنها بإطلاقها تعم الامتناع عن الأداء كما لا يخفى و أمّا بالإضافة إلى صورة جحوده و لو مع البينة للدائن فإطلاق معتبرة أبي بكر المتقدمة. و في خبر جميل بن دراج «قال: سألت أبا عبد الله عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذي جحده أو يأخذه و إن لم يعلم الجاحد بذلك؟

(١) الوسائل: ج ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥: ٢٠٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٣٣

و عليه دلّ عموم الاذن في الاقتصاص، و لو لم يكن له بينه أو تعذر الوصول إلى

قال: نعم» (١).

و أمّا الصورة الخامسة: فهي ما إذا كان امتناع المدين عن الأداء بحق، كما إذا لم يعلم ثبوت المال على عهده، فإنّه يقال بعدم جواز التقاض في الفرض بل يترافعان، و لكن لا يخفى أنّ إطلاق صحيحه أبي البقباق يشمل الفرض أيضا لصدق أنه ذهب ألف أو غيره من ماله، كما يصدق في صورتى الجحود و الامتناع عن ظلم، فإنّ عدم العلم بالدين عليه لنسيانه أو اعتقاده الأداء و نحو ذلك لا يمنع عن صدق الحق.

لا يقال: لو فرض الإطلاق فيما دلّ على جواز التقاض يرفع اليد عنه بالأخبار الواردة بالمراجعة إلى من نصبه - عليهم السلام - قاضيا و لو فرض التعارض بين الطائفتين بالعموم وجه لخروج صورتى الجحود و الامتناع عن ظلم عن مدلول تلك الأخبار لعدم الجهل فيهما بالحكم أو الموضوع ليرفع إلى من يعلم من قضايهم - عليهم السلام - و خروج غير الماليات عن مدلول الأخبار الواردة في التقاض، و يجتمعان في صورة الامتناع عن الأداء بحق في الماليات يرجع بعد سقوط الإطلاق من الجانبين إلى ما دلّ على عدم جواز التصرف في

مال الغير و تملكه بلا رضا مالكة، خصوصا إذا كان للدائن بينة بالدين على الممتنع المزبور.

أقول: يمكن المناقشة فيما ذكر بأن الأخبار الواردة في الأمر بالمراجعة إلى من يعلم قضايهم - عليهما السلام - في مقام بيان طريق الوصول إلى الحق و فصل الخصومة في مقابل النهي عن المراجعة و المرافعة إلى قضاء الجور، و أنه لا يجوز الوصول إلى الحق و فصل الخصومة بالمراجعة إليهم.

(١) الوسائل: ج ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٠: ٢٠٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٣٤

الحاكم و وجد الغريم من جنس ماله اقتص مستقلا بالاستيفاء (١) نعم لو كان المال وديعة عنده ففي جواز الاقتصاص تردد أشبهه الكراهة، و لو كان المال من غير الجنس الموجود جاز أخذه بالقيمة العدل و يسقط اعتبار رضا المالك بإلطائه كما يسقط اعتبار رضاه في الجنس.

أما إذا كان للوصول إلى الحق طريق آخر غير المراجعة إلى أولئك القضاء فلا تكون هذه الأخبار ناظرة إلى هذه الصورة، خصوصا فيما إذا كان صاحب الحق عالما بأنه لا يصل إلى حقه بالمراجعة إلى القضاء لعدم الشاهد بدينه على الغير، و الإطلاق في أخبار جواز التقاض تعين طريق الوصول إلى حقه فيما إذا وقع مال من عليه الحق بيده أضف إلى ذلك صدق الجحود في بعض موارد الامتناع بغير عدوان، كما إذا نسي الاستدانة أو اعتقد الأداء كما لا يخفى.

(١) يجوز الاقتصاص على ما تقدم فيما إذا كان ما وقع بيده من مال المدين من جنس ما عليه و لا خلاف في ذلك، إلا إذا كان ما وقع بيده من مال المدين وديعة، فإنه قد ذكر بعضهم أنه لا يقتص من مال الوديعة، و اعتمدوا في ذلك على بعض الروايات المانعة عن الاقتصاص من الوديعة كصحيحة معاوية بن عمير عن أبي عبد الله - عليه السلام - «قال: قلت له: الرجل يكون لى عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالا ألى أن آخذ مالى عنده؟ قال: لا هذه الخيانة» (١) و نحوها غيرها.

و لكن لا بد من حملها على الكراهة بقربنه صحيحة أبي البقباق المتقدمة المجوزة للاقتصاص من الوديعة. و أما إذا كان المال الواقع بيده من غير جنس المدين فيجوز الاقتصاص منه أيضا استقلا، كما هو ظاهر المصنف أيضا.

و لكن ربما يقال إنه لا بد في جواز الاقتصاص من غير الجنس من الاستئذان

(١) الوسائل: ج ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١١: ٢٠٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٣٥

و يجوز أن يتولى بيعها (١) و قبض دينه من ثمنها دفعا لمشقة التريص بها و لو تلف قبل البيع قال الشيخ الأليق بمذهبنا أنه لا يضمنها و الوجه الضمان لأنه قبض لم يأذن فيه المالك (٢) و يتقاصان بقيمتها مع التلف.

من الحاكم الشرعى، حيث إنه ولي الجاحد و الممتنع، و لكن لا يخفى ضعفه لأن مع اذن الشارع في الاقتصاص و لو من غير الجنس، كما هو ظاهر صحيحة داود بن رزين الواردة في الاقتصاص مما أخذوا منه من الجارية و الدابة الفارحة و الإطلاق في معتبرة أبي بكر الحضرمي لا حاجة إلى الاستئذان من المالك أو الولي، و على ذلك لو كان المأخوذ أزيد في مالته مما ذهب منه فاللازم إيصال الباقي الزائد من حقه إلى مالكة بأى وسيلة، ففي صحيحة داود بن رزين «خذ مثل ذلك و لا ترد عليه» (١)، و في رواية على بن سليمان «و يسلم الباقي إليه إن شاء الله» (٢).

(١) جواز بيع المال و التقاص من ثمنه مقتضى الإطلاق في بعض الروايات كالتى ورد فى صحيحه داود بن رزين «ثم يقع لهم عندى المال فى أن أخذه؟ قال:

خذ مثل ذلك و لا ترد عليه»، فإن مقتضى تجويز أخذ المثل فيما كان المال الواقع بيده متاعا يبيعه، و الأخذ من ثمنه بمقدار قيمة ما أخذ منه كالدابة أو الجارية.

(٢) إذا قبض المال من غريمه عارية أو وديعة و نحوهما مما لا ضمان فيها، ثم بدا له فى التقاص فالأظهر عدم الضمان، أخذا بما دل على عدم الضمان فيها، و المفروض أن ما بدا له من المقاصة ليست خيانه حيث إن الشارع قد أذن فيها. نعم إذا أخذه من الأول بقصد المقاصة من المأخوذ فيمكن أن يناقش فى تحقق تلك لعناوين، بل المأخوذ يكون أشبه بالمقبوض بالسوم، فإن رضا الشارع بالأخذ كرضا المالك بالأخذ فى المأخوذ بالسوم فى أنه لا يمنع عن الضمان.

(١) الوسائل: ج ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١: ٢٠٢.

(٢) الوسائل: ج ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩: ٢٠٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٣٦

[مسألان]

إشارة

مسألان:

[الاولى: من ادعى مالا لا يد لأحد عليه قضي له]

الاولى: من ادعى مالا لا يد لأحد عليه قضي له (١) و من بابه أن يكون كيس

بقى فى المقام أمر و هو أن جواز التقاص لا يختص بالتقاص مباشرة، فيجوز أن يوكل غيره فيه، لأن فعل الوكيل يستند إلى الموكل، فيكون أخذه أخذا منه، و لكن الوكيل لا بد له من إحراز أن لموكله حقا ليجوز له التقاص و أصالة الصحة فى التوكيل تجرى بعد إحراز ولاية الموكل على التقاص، و لا تثبت بها ولاية الموكل، و يجوز التقاص للولى أيضا، فلو كان للصغير أو المجنون مال عند آخر فجحدته أو امتنع عن الأداء و الرد جاز التقاص لوليها، حيث إن كل فعل لا يمكن أن يقوم به المالك لصغره و جنونه يقوم به وليه، و لا تبعد دعوى أن ما فى صحيحه داود بن رزين من قوله «إنى أخالط السلطان فتكون عندى الجارية فىأخذونها» «١»، يعم ما إذا كانت عنده ما أخذوه مال موكله أو المولى عليه، و ممّا ذكرنا يظهر أنه يجوز للحاكم الشرعى المقاصة من مال الممتنع عن أداء الحقوق الواجبة عليه و الله سبحانه هو العالم.

(١) ذكروا ذلك، و يستدل عليه مضافا إلى أن سماع دعوى بلا معارض بسيرة العقلاء، و بصحيحه منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام- «قلت:

عشرة كانوا جلوسا و سطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضها أ لكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم: لا، و قال واحد منهم: هو لى، فلمن هو؟ قال: للذى ادّعا» «٢».

و ربّما يناقش فيها بأن الكيس المفروض فيها كان بيد جميعهم، فتكون دعوى

(١) الوسائل: ج ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١: ٢٠٢.

(٢) المصدر نفسه: ج ١٨، الباب ١٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢٠٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٣٧

بين جماعة فيسئلون هل هو لكم فيقولون لا و يقول واحد منهم هو لى فإنه يقضى به لمن ادعاه.

واحد منهم ملكيته مع اعتراف السائرين بأنه ليس لهم من دعوى ذى اليد، و المفروض فى المسألة ما إذا لم يكن بالمال يد، و يناقش أيضا بأن ظاهرها دعوى الملكية بعد الإنكار، حيث إن ظاهر فقالوا كلهم لا و قال: واحد منهم هو لى أن دعواه كانت بعد النفى، و لكن لا- يخفى أن مجرد الجلوس فى مكان يقع مال فى وسطهم مع كونه اتفاقا كما يتفق مثله كثيرا لا يتحقق اليد و الاستيلاء بالمال، فالحكم بكونه لمدعية فى الفرض ظاهره سماع دعوى الملكية مع عدم المعارض لها، و يترتب على ذلك أنه لو ادعاه بعد ذلك شخص آخر يحسب ذلك الشخص مدعيا، و من أخذه بدعواه سابقا يكون منكرا.

و ذكر فى دفع المناقشة الثانية: أن الدعوى و إن كانت بعد الإنكار إلا أنه تجرى أصالة الصحة فى كل من النفى السابق و الدعوى اللاحقة بكون النفى قبل التذكر و الدعوى بعده نظير ما إذا أنكر الرجل زوجته امرأة ثم أقر بها، فإن الحاكم لا يمنع الرجل عن التمكين بالمرأة أخذا بإنكاره الزوجية أولا.

أقول: دعوى أن ظاهر الصحيحة دعوى الملكية بعد الإنكار لا يمكن المساعدة عليها، بل ظاهر أن قوله واحد استثناء عما ذكر قبل ذلك من قول كلهم: لا، و هذا النحو من الاستثناء تعبير متعارف فى الاستعمالات العرفية.

و أما مسألة تمكين الرجل من المرأة المدعية للزوجية بإقراره بها و لو بعد إنكاره فهو لثبوت الزوجية التى ادعتها المرأة، فيترتب عليها آثارها و منها جواز تمكين نفسه منها فيلغى إنكاره السابق نظير ما إذا ادعى عليه آخر بأنه قد باع دارها منه بكذا فأنكر بيع الدار ثم أقر به، فإنه لا معنى لأن يقال يجب عليه بعد إقراره

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٣٨

[الثانية: لو انكسرت سفينة فى البحر فما أخرجه البحر فهو لأهله]

الثانية: لو انكسرت سفينة فى البحر فما أخرجه البحر فهو لأهله و ما اخرج

بالبيع تسليم داره من مدعى الشراء و لكن لا يجوز له إلزام المشتري بتسليم الثمن، لأن إنكاره السابق إقرار بعدم استحقاقه الثمن.

(١) لو انكسرت سفينة فى البحر و غرقت مع متاعها أو سقط متاعها فى البحر فما أخرجه البحر من متاعها فهو لمالكه و ما يخرج بالغوص فهو لمن أخرجه، و ظاهر الماتن الإفتاء به كجملة من الأصحاب مع ضعف الرواية الدالة عليه عنده.

و لكن فى المقام روايتان: إحداهما ما رواه الشيخ بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبى عبد الله عن منصور بن عباس عن الحسن بن على بن يقطين عن أمية بن عمر عن الشعيرى «قال: سئل أبو عبد الله - عليه السلام - عن سفينة انكسرت فى البحر فأخرج بعضها بالغوص و أخرج البحر بعض ما غرق فيها، فقال: أما ما أخرجه البحر فهو لأهله، الله أخرجه، و أما ما أخرج بالغوص فهو لهم و هم أحق به» (١).

و هذه الرواية ضعيفة سندا، لأن أبا عبد الله الراوى عن منصور بن عباس هو محمد بن أحمد الرازى الجامورانى، و قد ضعفه القميون باستثنائه من رجال نوادر الحكمة، و منصور بن عباس أيضا ضعيف، كما هو ظاهر النجاشى، و أمية بن عمرو واقفى لم تثبت وثاقته.

و قد نوقش في دلالتها أيضا لاحتمال كون المراد بضمير الجمع أصحاب السفينة، فيكون مدلولها أن ما أخرجه البحر أو بالغوص فهو لأصحاب السفينة، و التفصيل بالإضافة إلى سبب الخروج فقط و أنه قد

(١) الوسائل: ج ١٧، الباب ١١ من أبواب اللقطة، الحديث ٢: ٣٦٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٣٩

بالغوص فهو لمخرجه (١) و به رواية في سندها ضعف.

(١) يكون البحر و قد يكون الغوص، و لكن لا يخفى ما فيه، فإن التفصيل في سبب الخروج من غير دخله في الحكم كالتفصيل في زمان الخروج بين كونه ليلا أو نهارا.

و ممّا ذكر يظهر الحال في رواية أخرى، و هي ما رواه الكليني عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله - عليه السلام - في حديث عن أمير المؤمنين - عليه السلام - «قال: و إذا غرقت السفينة و ما فيها فأصابه الناس فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله و هم أحق به و ما غاص عليه الناس و تركه صاحبه فهو لهم» (١)، و سندها لا بأس به، و لا يبعد اتحاد الروايتين و الاختلاف في سند الشيخ - قدس سرّه - و الكليني إلى إسماعيل بن أبي زياد السكوني الشعيري.

نعم ربّما يستظهر من قوله - عليه السلام -: «و تركه صاحبه» أنّ الوجه في تملك ما يخرج بالغوص أعراض مالكة، فيكون نظير مفاد صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله - عليه السلام - «قال: من أصاب مالا أو بعيرا في فلاة من الأرض قد كلت و قامت و سيّتها صاحبها مما لم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها و أنفق نفقته حتى أحيها من الكلال و من الموت فهي له و لا سبيل له عليها و إنّما هي مثل الشيء المباح» (٢).

(١) الوسائل: ج ١٧، الباب ١١ من أبواب اللقطة، الحديث ٢: ٣٦٢.

(٢) المصدر نفسه: ج ١٨، الباب ١٣ من أبواب اللقطة، الحديث ٢: ٣٦٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٤٠

[أما المقاصد]

[المقصد الأول في الاختلاف في دعوى الاملاك]

إشارة

المقصد الأول في الاختلاف في دعوى الاملاك و فيه مسائل:

[الاولى: لو تنازعا عينا في يدهما و لا بينة قضى بها بينهما نصفين]

الاولى: لو تنازعا عينا في يدهما و لا بينة قضى بها بينهما نصفين (١) و قيل يحلف

(١) لو كانت عين بيد اثنين و ادعى كل منهما بلا بينة أنّ تمامها له فيحكم بأنّ لكل منهما نصفه. و هل يحتاج الحكم بذلك إلى حلف كل منهما على نفى دعوى الآخر أو لا يحتاج؟ ظاهر الماتن - قدس سرّه - عدم الحاجة، كما هو المحكى عن الخلاف و الغنية و الكافي، بل في الأوّل دعوى الإجماع عليه، و المنسوب إلى المشهور توقف الحكم على حلف كل منهما، و لو حلف أحدهما دون الآخر يقضى للحالف بكلّ العين.

و استظهر عدم الحاجة من المرسل المروي عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: «أنّ رجلين تنازعا دابة ليس لأحدهما بينة فجعلها النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم بينهما» (١).

و وجه الاستظهار لم يقيّد الحكم في مقام الحكاية الجعل بعد حلفهما، و لو قيل بعدم إحراز أنّ الحكاية في مقام بيان نحو القضاء ليؤخذ بإطلاقها فلا أقل من إشعارها بعدم الحاجة.

و فيه: أنّ دعوى الإجماع في المقام غير تامة، فضلا عن كونه تعبديا، و المرسل

(١) سنن البيهقي ١٠: ٢٥٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٤١

كل منهما لصاحبه.

لضعف سنده و عدم الجابر له غير قابل للاعتماد عليه، و مقتضى قولهم - عليهم السلام -: «البينة للمدعى و اليمين على المدعى عليه» (١)، اعتبار حلف كل منهما على نفى دعوى الآخر، فإنّ كلا منهما بالإضافة إلى العين ذو اليد على حد سواء فاليد من كل منهما على نصفها المشاع، فيحسب بالإضافة إلى نصفها منكرا و بالإضافة إلى نصفها الآخر مدعيا، و مع عدم البينة كما هو الفرض تصل النوبة إلى حلف المنكر، ليتم ملاك القضاء، و لأنّه قد ورد اعتبار الحلف في فرض اقامة كل منهما البينة على دعواه فالفرض أولى منه في الحاجة إلى الحلف.

و يتفرع على ذلك أنّه إذا حلف أحدهما و امتنع الآخر عن الحلف أن يقضى بتمام العين للحالف، و هل الحكم بأنّها للحالف يحتاج إلى حلفه الآخر على أنّ تمام العين له، حيث إنّ حلفه الأوّل يسقط دعوى الآخر بالإضافة إلى ما بيده، و إثبات دعواه بأنّ تمام العين له يحتاج إلى اليمين المردودة من خصمه أو من الحاكم أو يفصل بين نكول الثاني فيحتاج الأوّل إلى الحلف ثانيا على أنّ العين له، و بين نكول الأوّل فإنّ الحلف من الثاني بأنّ تمام العين له يكون معنونا بالحلف على نفى دعوى الغير و اليمين المردودة و لو من الحاكم على دعواه فالأظهر التفصيل و لذا يقرع بينهما في الاستحلاف لو تشاحا فيمن يبدء الحلف.

و لو امتنعا عن اليمين يحكم أيضا بأنّ العين لهما بالمناصفة، و ربّما يصير ذلك منشأ الوهم في كون الحكم بأنّ العين لهما بالمناصفة لا يحتاج إلى الحلف من كل منهما، فإنّه مقتضى يدهما على العين حتى مع نكولهما، و يدفع الوهم بأنّ الحكم بكونها بينهما بمقتضى يدهما ليس قضاء، بخلاف صورة حلفهما أو نكولهما

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٥: ١٧١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٤٢

.....

فإنّه قضاء فلا يفيد أحدهما الظفر بالبينة بدعواه بعد ذلك.

و ذكر في الجواهر في عدم الحاجة إلى الحلف وجهاً آخر، و هو أن المقام لا يدخل في كبرى البيئنة على المدعى و اليمين على المنكر، و ذلك فإن يد كل منهما على تمام العين لعدم تصور يد كل منهما على نصفها مشاعاً إلاً يكون يدهما بتمامها، و مع يد كل منهما على تمام العين لا يكون منهما المدعى و المدعى عليه لتساوي كل منهما مع الآخر في اليد على تمامها، و على ذلك فلا أثر ليد من كل منهما بالإضافة إلى الآخر، و كما أن دعوى واحد بملكية العين يوجب الحكم بكونها له كذلك فيما كانت اليد ملغاة كما في المقام.

و حيث لا يمكن العمل في جميع المال بدعوى كل منهما يعمل بها في نصف المال بلا حاجة إلى اليمين، لأنه ليس في البين المدعى عليه ليتوجه إليه اليمين.

نعم كون يد كل منهما على العين يوجب كون كل واحد منهما المدعى عليه بالإضافة إلى دعوى شخص ثالث لا يد له بالعين. و على الجملة: معلومية التباين بين المدعى و المدعى عليه مع كون يد كل منهما في الفرض على تمام العين توجب أن لا يكون المقام من صغريات الكبرى الواردة في الروايات البيئنة على المدعى و اليمين على من أنكر، كما لا يكون من موارد التحالف، حيث أن مورد التحالف ما إذا كان أحدهما مدعياً بالإضافة إلى شيء و المدعى عليه بالإضافة إلى شيء آخر و الآخر بالعكس، و في المقام المدعى به أمر واحد و هو ملكيته تمام العين التي بيد كل منهما.

أقول: لا يخفى ما فيه، فإن يد كل منهما على تمام العين و ان كان أمراً صحيحاً إلاً أن اليد من كل منهما على تمامها ليست استقلالية، بل ضمنية في

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٤٣

.....

ضمن يدهما فتحسب في هذه الموارد اليد الاستقلالية مع عدم تعيين السهم بحسب عدد الأيدي، فلو كانوا ثلاثاً فتكون اليد الاستقلالية لكل منهم بثلث المال، و هكذا فيكون كل من المتعدد بالإضافة إلى ما يحسب عليه بيده استقلالاً المدعى عليه، و بالإضافة إلى ما للآخر مدعياً كما تقدم.

و يلزم على ما ذكره - قدس سره - أن يحكم بتمام العين لأحدهما فيما إذا كانت دعواه ملكية تمام العين و قال الآخر لا أدري واقع الحال و نصف العين لي ظاهراً بحسب يدى على العين مثل يدك عليها كما إذا كانت العين بيد شخصين فماتا معا و لكل منهما وارث وضعاً يدهما عليها و ادعى أحدهما على الآخر أن تمام العين كانت لمورثه و الوجه في اللزوم عدم المعارض لدعواه و إلغاء يد كل منهما بالإضافة إلى دعوى الآخر.

و ذكر - قدس سره - أنه لو قيل بالحلف من كل منهما لصاحبه فيمكن أن يقال: أن الحلف ليس لكون كل منهما منكرًا يتوجه إليه اليمين بالإضافة إلى دعوى الآخر بل لتقديم أحد السببين للملك على السبب الآخر كما في تقديم إحدى البيئتين على الأخرى، فلو حلف أحدهما دون الآخر يحكم بتمام العين له لتقديم أحدهما بخلاف حلفهما أو تركهما الحلف و ليس الحلف من يمين الإنكار ليرتب عليها ردّها إلى المدعى مع نكول المنكر. فلو حلف أحدهما على أن تمام العين له و نكل الآخر يحكم بأن تمامها للتحالف بلا حاجة إلى رد اليمين عليه ثانياً.

أقول: لا وجه لهذا الاحتمال، لأنّ الترجيح بالحلف يحتاج إلى قيام الدليل عليه و ليس في البين ما يدلّ على كون الحلف مرجحاً لإحدى الدعويين أو لإحدى اليمينين فالاحتمال المزبور ساقط من أصله.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٤٤

و لو كانت يد أحدهما عليها قضى للمتشبث مع يمينه ان التمسه الخصم (١) و لو كانت يدهما خارجة (٢) فان صدق من هي في يده

أحدهما احلف و قضى له.

(١) و الوجه فى ذلك أن من بيده المال بمقتضى موافقة قوله اليد يحسب منكرا و الآخر مدعيا، فيحلف المتشبه مع استحلافه و تسقط به دعوى الآخر، و إذا نكل و قلنا بالحكم بمجرّد النكول أو ردّ اليمين هو أو الحاكم على المدعى و حلف ثبتت دعواه، و إلّا سقطت على ما تقدم.

(٢) و لو كانت العين بيد ثالث، و كانت يد كل منهما خارجة عن العين بالمرّة فإن اعترف من بيده المال لأحدهما المعين بأنّ العين له صار المقرّ له منكرا و الآخر مدعيا، و إذا حلف المقرّ له على نفى كونها للمدعى سقطت دعواه و يحكم بأنّ العين له دون الآخر قضاء. و قد يناقش فى توجه اليمين إلى المقرّ له بأنّه ليس هو المدعى عليه فى دعوى الآخر بل دعواه كدعوى المقرّ له ابتداء متوجهة إلى من كانت العين بيده فاللازم أن يتوجه اليمين إليه غاية الأمر للمدعى الآخر أن يوجه دعوى جديدة على المقرّ له بعد انتزاعه العين ممن كانت بيده، كما فى استيناف الدعوى على من أخذ العين ممّن كانت بيده باليمين المردودة مثلا أو بشاهد و يمين و على الجملة أنّ للمدعى الآخر إحلاف المعترف بالعين للغير ليسقط دعواه عليه كما أنّ له إحلاف المقرّ له بتجديد الدعوى عليه و أوجب عن المناقشة بأنّ الدعوى تتبع العين فالدعوى و ان كانت متوجهة فى الابتداء إلى من كانت العين بيده إلّا أنّ بعد صيرورتها للمقرّ له تنصرف إليه، فلا تكون للمدعى الآخر دعوى بالإضافة إلى المعترف الذى كانت بيده.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٤٥

.....

و أورد فى الجواهر على الجواب بأنّ الكلام فى المقام فى المدعى عليه و أنّه من كانت العين بيده أولا أو المقرّ له و ليس الكلام فى المدعى به، يعنى دعوى العين ليقال أنّها كانت بيد المقرّ و صارت بيد المقرّ له بعد الانتزاع، و على ذلك فقبل تصديق من كانت العين بيده لا- يكون المقرّ له المدعى عليه، و ربّما تكون دعواه على من كانت بيده قبل اعترافه للمقرّ له فله اليمين على المعترف، لا لأخذ العين التى صارت لغيره باعتراه، بل لفائدة الغرم مع نكوله لإتلافه العين عليه باعتراه.

أقول: كانت الدعوى الأولى على من كانت العين بيده دعوى العين، و قد انصرفت تلك الدعوى إلى المقرّ له باعتراه ذى اليد و دعوى الإتلاف بالإقرار لغاية الغرم أخرى يأتى الكلام فيها و ليست عين الدعوى السابقة.

ثمّ قال- قدس سرّه:- بناء على انصراف الدعوى إلى المقرّ به يكون للمدعى الآخر إحلاف كل من المقرّ له و من كانت العين بيده، و لكن إحلاف المقرّ له لسقوط دعوى العين عليه و إحلاف من كانت العين بيده لدعوى الغرم لا لسقوط دعوى العين عليه لانصرافها على الفرض إلى المقرّ له، و يتفرّع على ذلك أنّه لو حلف المقرّ له يحكم بأنّ العين له من غير حاجة فى هذا الحكم إلى حلف من كانت بيده و إنّما يكون حلفه لدفع الغرم عن نفسه، و لكن فى القواعد أنّه لو كانت العين بيد ثالث حكم بها لمن يصدّقه بعد اليمين منهما و ظاهره توقف الحكم بأنّ العين للمقرّ له و سقوط دعوى الآخر على كلا- الحلفين، و لكن يحتمل أن تكون كلمة منهما فى عبارة القواعد متعلّقة بقوله يصدّقه يعنى لو كانت العين بيد ثالث حكم لمن يصدّقه الثالث من المدعين بعد اليمين، أى يمين المقرّ له

فيكون مطابقا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٤٦

.....

لعبارة المصنف فى المقام، و لكن فى كشف اللثام أنّ من كانت بيده المال يحلف على المدعى الآخر، فيما إذا ادعى عليه المدعى

الآخر أنك كنت عالما بالحال عند إقرارك و كنت تعلم بأن العين لى لا للمقر له.

أقول: المدعى عليه من يكون قوله موافقا للحجة المعتبرة على ما تقدم و المدعى من يكون قوله على خلاف تلك الحجة و من الظاهر أنه بعد إقرار ذى اليد لأحدهما المعين يكون قوله هذا العين لى مطابقا للحجة المعتبرة يعنى الإقرار المعتبر، فيكون قول الآخر مخالفا له فيكون فى دعوى العين المقر له منكرا و الآخر مدعيا، و يخرج ذو اليد السابق عن أطراف هذه الدعوى، و إنما يكون ذو اليد المدعى عليه بالإضافة إلى دعوى الإلتلاف عليه بإقراره العين للمقر له و هذه الدعوى لا مورد لها إلا بعد سماع الإقرار و سقوط دعوى ملك العين على المقر له فتكون دعوى أخرى غير الدعوى السابق قبل الإقرار.

و هل لهذه الدعوى يعنى دعوى الإلتلاف على المقرّ مجال مع ثبوت أن العين كانت للمقر له و لم تكن للمدعى الآخر كما هو فرض حلف المقر له على نفي دعوى العين، فالظاهر عدم المجال لها بعد ثبوت أن العين لم تكن له لأنّ تتلف عليه. نعم للمدعى الآخر دعوى الخيانة على المقر فى إقراره نظير دعوى الخيانة على الشاهد فى شهادته فتسمع دعوى الخيانة على المقر و ليست الخيانة إلاّ دعوى العلم على المقر و أنه كان يعلم بأنّ المال ليس للمقر له و أنها كانت له و هذا ما ذكره كاشف اللثام، و يظهر من كلمات الأصحاب أيضا و الله العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٤٧

و إن قال هى لهما قضى بها بينهما نصفين و احلف كل منهما لصاحبه (١) و لو

(١) و لو قال من بيده العين أنّها لهما قضى أنّ العين بينهما بالمناصفة بعد حلف كل منهما لصاحبه بأنّ العين ليست له فإنّ الفرض نظير ما إذا كانت العين بيدهما و ادعى كل منهما ملكية تمام العين، و العجب من الماتن - قدس سرّه - أنه حكم بكون العين لهما بالمناصفة من غير حاجة إلى الحلف منهما، و ظاهره فى المقام الحاجة إلى الحلف منهما.

و قد ظهر ممّا ذكرنا سابقا أنّ الحكم بكون العين بينهما بالمناصفة بلا يمين ليس حكما قضائيا بالإضافة إلى دعوى كل منهما بأنّ تمام العين له الحكم القضائى يتوقف على حلفهما، و عليه فلو حلف أحدهما دون الآخر يحكم بأنّ العين له مع تكرار الحلف بالحلف على الإثبات فيما كان الناكل هو الثانى بعد حلف الأول على النفى، و لا يبعد عدم الحاجة إلى التكرار لو كان الناكل هو الأول، حيث أنّ حلف الثانى بأنّ تمام العين له حلف على نفي دعوى الأول فى نصفه و حلف على ثبوت دعواه بالإضافة إلى دعواه فى نصفهما الآخر. و فى كشف اللثام أنّه بعد الحكم بأنّ تمام العين لأحدهما لحلفه و نكول الآخر فإن ادعى الحالف على الثالث الذى كانت العين بيده علمه عند إقراره بأنّ تمام العين له و نكل الثالث عن الحلف على نفي علمه غرم للحالف نصف العين فيكون للحالف تمام العين. و يدل نصفها.

و أورد على ذلك فى الجواهر بأنّه بعد انتزاع الحالف تمام العين لا موجب لغرم الثالث لاعترافه بأنّه لا يستحقّ أزيد من تمام العين، اللهمّ إلاّ أن يقال انتزاع نصف العين من الناكل باليمين المردودة كانتزاعه من يده بالمعاوضة، و كما انّ الانتزاع بالمعاوضة لا يمنع عن دعوى العلم على الثالث كذلك انتزاعها باليمين

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٤٨

دفعهما أقرت فى يده (١).

المردودة و لكن هذا التنظير ضعيف لأنّ الانتزاع من المدعى لها باليمين المردودة غير الانتزاع منه بالمعاوضة فى أنّ الثانى لا ينافى دعوى الغرامة على الثالث.

و من ذلك أنّه لو ادعى أحدهما على من بيده العين بأنّ تمامها له، و لكن اعترف ذو اليد بأنّها له و لزيد و ادعى المدعى على من

كانت بيده العين علمه بأن تمام العين له و نكل ذو اليد عن الحلف على نفى علمه و حلف المدعى فإنه يأخذ من الثالث بدل النصف الآخر الذى اعترف به لزيد قبل ذلك، و إذا ادعى بعد ذلك على زيد بأن تمام العين له فنكل زيد و حلف المدعى فإنه ينتزع العين فتكون تمامها له، فيلزم على ما ذكر إرجاع الغرم إلى الثالث لوصل حقه إليه بتمامه لأن حقه ليس بأزيد من العين بتمامها. أقول: الأظهر أنه إذا ادعى على الثالث علمه بكون تمام العين له و مع ذلك أقر بأنها له و لزيد و فرض أن الثالث نكل عن الحلف على نفى علمه و حلف هو على علمه و أخذ منه بدل نصفها تقع المبادلة القهرية بين البدل المزبور و نصف العين، فلا تسمع دعواه بعد ذلك على زيد بأن تمام العين له، كما أنه إذا ادعى على زيد بتمام العين و أخذ منها تمامها و لو باليمين المردودة لا تسمع دعواه على الثالث دعوى العلم لوصل حقه إليه على ما تقدم.

(١) دفع الثالث المتداعيين تارة بإنكاره بكون العين لهما من غير أن ينفى ملكية نفسه فلا ينبغي التأمل فى الفرض من كون من بيده العين المدعى عليه بالإضافة إلى دعوى كل منهما، فيحلف لكل منهما و أقرت العين بيده. و لو نكل عن الحلف لهما ففى الجواهر يكون الفرض كما لا يد لأحد بالعين فيحكم بكونها بينهما بالمناصفة، فيما لو حلفا أو نكلا، كما أنه لو حلف أحدهما

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٤٩

.....

و نكل الآخر فيحكم بكون العين للحالف.

أقول: لا يخفى ما فيه فإن مع نكول المدعين بعد نكول من بيده العين تسقط دعواهما بملكية العين و يحكم بأن العين للثالث الذى بيده العين لاعتبار يده، بل الحكم بالتنصيف فيما إذا حلفا أيضا مشكل فإن كلا منهما قد أثبت باليمين المردودة بعد نكول الثالث أنه مالك لتمام العين، فيحكم بالعين للحالف أولا و يبدله للحالف ثانيا، نظير ما أقر بتمامها للأول ثم أقر بها للثانى، و قد تقدم أنه مع تشاحهما فى الحلف أولا يقرع بينهما و إن قال من بيده العين أنها ليست لى أو لا أعرف مالكةا أو أنها لأحدكما فلا ينبغي التأمل فى عدم كون الثالث منكرا ليتوجه إليه اليمين، كما أنه لا يكون دعوى كل واحد منهما من دعوى ملكية مال لا يد عليه و لا معارض لها لمعارضه دعوى كل منهما بدعوى الآخر.

فهل يرجع إلى قاعدة العدل و الإنصاف فيحكم بتنصيفها أو إلى القرعة أو يفصل فيرجع إلى القاعدة فيما إذا قال ليس لى أو لا أعرف مالكةا و يرجع إلى القرعة فيما لو أجاب بأنها لأحدكما؟ لا يبعد الرجوع إلى القرعة فى الأخير لإخراج الحق المجهول منهما و فى الأولين إلى قاعدة العدل لكون دعوى كل منهما مملكة للمال لولا المعارضة، بل ربما يقال بالتنصيف حتى فى فرض الإقرار لأحدهما من غير تعيين، و يستظهر ذلك من معتبرة السكونى عن جعفر عن أبيه عن على - عليه السلام - «فى رجل أقر عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندى ألف درهم ثم مات فى تلك الحال فقال على - عليه السلام - أيهما أقام البينة فله المال و إن لم يقم واحد منهما البينة فالمال بينهما نصفان» بدعوى الوثوق بعدم الفرق بين موردها و مورد الكلام فى المقام فى الحكم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٥٠

[الثانية: يتحقق التعارض فى الشهادة مع تحقق التضاد]

الثانية: يتحقق التعارض فى الشهادة مع تحقق التضاد (١) مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد و يشهد آخر أن ذلك الحق بعينه لعمرو أو يشهدا بأنه باع ثوبا

(١) لا- ينبغي التأويل في أن التعارض بين البينتين يكون بالتنافي و التضاد بين مدلوليهما، بحيث يكون ثبوت مدلول كل منهما ملازما لانتفاء مدلول الأخرى، و الملاك في المدلول ظهور كل منهما، و ما يقال مع التوفيق بينهما و يؤخذ بهما غير صحيح فيما كان التوفيق بغير الجمع العرفي بأن يكون بتأويلهما أو تأويل أحدهما من غير قرينه عرفية فإن الاعتبار بالظهور لا بالتأويل.

و على ذلك فيما شهدت بيته بأن العين الخارجية لفلان و شهدت الأخرى أنها لشخص آخر ففي ذلك صور:
الأولى: أن تكون العين المفروضة بيدهما، الثانية: أن تكون بيد أحدهما، الثالثة: أن تكون بيد ثالث، و الرابعة: أن لا تكون يد عليها أصلا.

أما الصورة الأولى: فقد ذكر الماتن- قدس سره- فيها أنه يقضى بها لهما بالمناصفة، و علل ذلك بأن لكل منهما يد بالإضافة إلى نصف العين على ما تقدم فتعتبر بيته كل منهما بالإضافة إلى نصف الآخر، فيكون كل منهما مالكا لما بيد الآخر بقيام البيته و نتيجة ذلك هو الحكم بالمناصفة قضاء بالبيته.

أقول: ينبغي الكلام في هذه الصورة في جهتين:

الأولى: أن مقتضى القواعد الأولية في القضاء ما ذكره الماتن- قدس سره- أم لا.

الثانية: هل في المقام دليل خاص على خلاف مقتضى تلك القواعد أم لا؟

أما الجهة الأولى: فالظاهر عدم اعتبار شيء من البينتين، فإنه قد تقدم أن مع كون العين بيدهما يكون كل منهما بالإضافة إلى دعوى الآخر منكرا في نصف العين و مدعيا بالإضافة إلى نصفها الآخر، و من الظاهر أن بيته المدعى تكون

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٥١

مخصوصا لعمر و غدوة و يشهد آخران بيعه بعينه لخالد في ذلك الوقت و مهما أمكن التوفيق بين الشهاداتتين وفق فإن تحقق التعارض فإذا أن يكون العين في يدهما أو يد أحدهما أو في يد ثالث.

معتبرة، و لا تصل النوبة معها إلى حلف المنكر فيما لم تكن مبتلاة بالمعارض، فإن قوله- صلوات الله عليه و آله-: «البيته على المدعى و اليمين على المنكر» و «أقصى بينكم بالبينات و الأيمان»، ظاهره البيته التي تكون بيته مع قطع النظر عن القضاء، و لما ذكرنا لا يمكن المساعدة على ما ذكر في المتن من أنه أقام كل واحد على ما بيد الآخر بيته فيقضى لكل بما بيد الآخر.

و بتعبير آخر بيته المنكر و إن لم تكن مدركا للقضاء إلا أنها تمنع عن اعتبار بيته المدعى مع المعارضة، فيكون الفرض كما إذا لم يكن في البين بيته فيحكم بتنصيف العين بينهما بمقتضى اعتبار يد كل منهما على نصف العين، و لكن هذا الحكم ليس بنحو القضاء و فصل الخصومة، بل فصلها يتوقف على الحلف فإن حلفا فهي لهما بالمناصفة و إن حلف أحدهما و نكل الآخر فيحكم بأن العين للحالف.

و دعوى أن بيته كل منهما معتبرة بالإضافة إلى ما بيده من النصف، لأن اليد عليه مرجحة لها فلا يمكن المساعدة عليها لاحتياج ترجيح بيته كل منهما بالإضافة إلى ما بيده من النصف على البيته الأخرى و لو في بعض مدلولها إلى قيام الدليل، و الأصل في تعارض الأمارات هو سقوطها، و أما الجهة الثانية ففي معتبرة إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله- عليه السلام- «أن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين- عليه السلام- في دابة في أيديهما و أقام كل واحد منهما البيته أنها نتجت عنده فأحلفهما على- عليه السلام- فحلف أحدهما و أبي الآخر أن يحلف فقضى بها للحالف فليل له: فلو لم تكن في يد واحد منهما و أقاما البيته؟ فقال: أحلفهما فأيهما حلف و نكل الآخر

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٥٢

ففى الأول يقضى بها بينهما نصفين لأن يد كل واحد على النصف و قد اقام الآخر بينة فيقضى له بما فى يد غريمه.

جعلتها للحالف فإن حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين - الحديث «١»، و الرواية كما أشرنا معتبرة، فإن غياث بن كلوب و ان كان من العامة إلا أنه يظهر من الشيخ - قدس سره - فى العدة توثيقه، و الحسن بن موسى الخشاب من المعاريف مع ظهور كلام النجاشى فى مدحه، و مضمونها مطابق لما تقدم من أن حلف كل منهما مع كون العين بيدهما على القاعدة و لو كان فى الروايات الآتية ما يخالف المعتبرة بالإطلاق فيرفع اليد عن إطلاقها بما ورد فى صدر المعتبرة، نعم يمكن أن يستظهر من صدرها عدم الحاجة إلى تكرار الحلف مع نكول الآخر.

لا يقال: ما تقدم من عدم الاعتبار بينة المدعى مع تعارضها بينة المنكر ينافيه رواية منصور «قال: قلت لأبى عبد الله - عليه السلام -: رجل فى يده شاة فجاء رجل فادعاها فأقام بينة العدول أنها ولدت عنده و لم يهب و لم يبع و جاء الذى فى يده بالبينة مثلهم عدول أنها ولدت عنده و لم يهب و لم يبع؟ فقال أبو عبد الله - عليه السلام -: حقها للمدعى و لا أقبل من الذى فى يده بينة لأن الله عز و جل أمر أن يطلب البينة من المدعى فإن كانت له بينة و إلا فيمين الذى هو فى يده هكذا أمر الله عز و جل» «٢».

أقول: الرواية ضعيفة سندا، فإن محمد بن حفص الراوى عن منصور بن حازم مجهول، و لا يمكن أن يكون وكيل الناحية، كما قيل، مع أنها معارضة بما فى ذيل معتبرة إسحاق من قوله «قيل فإن كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعا البينة؟

قال: أفضى بها للحالف الذى هى فى يده» و على ذلك فيؤخذ بمقتضى ذيل المعتبرة، بل على تقدير المعارضة يؤخذ بالقاعدة التى أشرنا إليها.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ١٨٢.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٤: ١٨٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٥٣

و فى الثانى يقضى بها للخارج دون المتشبه (١) ان شهدتا لهما بالملك المطلق و فيه قول آخر ذكره فى ف بعيد و لو شهدتا بالسبب قيل يقضى لصاحب اليد

(١) ذكر - قدس سره - أنه لو كانت العين فى يد أحدهما، و أقام كل منهما البينة بالملك المطلق له بأن شهدت كل من البيتين بأن العين ملك من غير ذكر سببه يقضى بأن العين ملك لمن لم تكن العين فى يده، و كذلك فيما إذا شهدت كل من البيتين بالسبب. و استدلال على ذلك أن من فى يده العين منكر لموافق قوله اليد على العين بخلاف الآخر فإنه يحسب مدعىا، لأنه يدعى خلاف يد غريمه، و مقتضى قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «البينة للمدعى و اليمين على من أنكر» أنه لا اعتبار فى مفروض الكلام لبينة المنكر، كما أنه لا تصل النوبة إلى حلفه لأن المدعى قد أقام البينة بما ادعاه، و مقتضى التفصيل بين المدعى و المنكر بطلب البينة من الأول و الحلف من الثانى أنه لا اعتبار بينة المنكر و لا بحلف المدعى. و ربما يحكى عن الشيخ - قدس سره - بتقديم بينة الداخل لكون بينته أقوى لتعاضدها باليد، و لمعتبرة غياث بن إبراهيم فى فرض ذكر السبب فإنه روى غياث بن إبراهيم عن أبى عبد الله - عليه السلام - «أن أمير المؤمنين - عليه السلام - اختصم إليه رجلان فى دابة و كلاهما أقاما البينة أنه أنتجها، فقضى بها للذى فى يده و قال: لو لم تكن فى يده جعلتها نصفين بينهما» «١».

أقول: قد ظهر مما تقدم عدم صحة استدلال الماتن - قدس سره - و أنه لا اعتبار فى الفرض لبينة المدعى، حيث إن البينة المبتلاة بالمعارض لا تكون بينة يقضى بها، و التفصيل بين المدعى و المدعى عليه يقطع الشك فى مدرك القضاء،

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣: ١٨٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٥٤

لقضاء على - عليه السلام - في الدابة و قيل يقضى للخارج لأنه لا بينة على ذى اليد كما لا يمين على المدعى عملاً بقوله صلى الله عليه وآله و سلم «و اليمين على من أنكر» و التفصيل قاطع للشركة و هو أولى.

و لا يدل على عدم إسقاط بينة المنكر بينة المدعى عن الاعتبار، و على ذلك فالتعین العمل بما تقدم و روده في ذيل موثقة إسحاق بن عمار من أنه يحكم بالعين لذي اليد مع حلفه، و يرفع اليد عن إطلاق معتبرة غياث بن إبراهيم، حيث لم يرد فيها الحاجة إلى حلف ذى اليد، و لا خصوصية لذكر السبب للملك، بل ظاهر المعتبرة أن ذكر السبب لبيان أن المشهود به في كل من البيتين الملك فعلاً لا في السابق.

و أما ما عن الماتن - قدس سره - من أنه ترجح بينة المتشبه فيما إذا شهدت بالسبب و لم تشهد بينة الخارج إلّا بالملك المطلق فلا يمكن المساعدة عليه، فإن مقتضى ما تقدم أن لا تعتبر بينة المتشبه و لو مع ذكر السبب كما هو مقتضى خبر البينة على المدعى و اليمين على من أنكر بناء على ما ذكره قبل ذلك، و الترجيح بالسبب أو بغيره مع عدم و روده في خطاب شرعى معتبر بلا موجب. و قد يناقش فيما تقدم من أنه يحكم للمتنازعين بالمناصفة في العين مع كونها بيدهما و يحكم بها للمتشبه مع حلفه على نفى دعوى الآخر في فرض اقامة كل منهما البينة بأن الحكيم مخالفاً لما يستفاد من صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «كان على - عليه السلام - إذا أتاه رجلان بشهود عدلهم سواء و عددهم، أقرع بينهما على أيهما تصير اليمين و كان يقول: اللهم رب السماوات السبع أيهم كان له الحق فأده إليه ثم يجعل الحق للذى يصير إليه اليمين إذا حلف» (١).

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٥: ١٨٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٥٥

أما لو شهدت للمتشبه بالسبب و للخارج بالملك المطلق فإنه يقضى لصاحب اليد سواء كان السبب ممّا لا يتكرر كالتاج و نساجة الثوب الكتان أو

و ما استفاد من موثقة سماعة عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «أن رجلين اختصما إلى على - عليه السلام - في دابة فزعم كل واحد منهما أنها نتجت على مذوده و أقام كل واحد منهما بينة سواء في العدد فأقرع بينهما سهمين على كل واحد منهما بعلامة ثم قال: اللهم رب السماوات السبع و رب الأرضين السبع و رب العرش العظيم عالم الغيب و الشهادة الرحمن الرحيم أيهما كان صاحب الدابة و هو أولى بها فأسألك أن يقرع و تخرج سهمه فخرج سهم أحدهما فقضى له بها» (١)، و في صحيحة الحلبي قال: «سئل أبو عبد الله - عليه السلام - عن رجلين شهدا على أمر و جاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا؟ قال: يقرع بينهم فأيهم قرع فعليه اليمين و هو أولى بالحق» (٢)، و الحلف ممن أخرجته القرعة و إن لم يذكر في الموثقة، و لكن يحمل على الصحيحين جمعاً.

و على الجملة: فمقتضى هذه الروايات أن مع تساوى البيتين يقرع للحالف، سواء أ كان العين في أيديهما أم في يد واحد منهما أم لم يكن في أيديهما أصلاً، فتكون المعارضة بينها و بين معتبرة إسحاق بن عمار المتقدمة الدالة على توجه اليمين على كل من المتداعيين فيما إذا أقاما بينة سواء أ كان المال في أيديهما أم لم يكن، و أنه إذا كانت العين بيد واحد منهما يحلف من تكون العين بيده. و لا يمكن حمل المعتبرة على صورة اختلاف البيتين في الوصف و العدد، و حمل الصحيحين و الموثقة على صورة تساويهما، حيث

ان اختلاف البينتين يناسب التقديم لا توجه اليمين إلى كل منهما مع أنه لم يعهد الفتوى بذلك التفصيل من أصحابنا.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٢: ١٨٥.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١١: ١٨٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٥٦

يتكرر كالبيع و الصياغة و قيل بل يقضى للخارج و ان شهدت بينته بالملك المطلق عملا بالخبر و الأول أشبه.

أقول: يمكن الجواب عن المناقشة بوجهين:

الأول: أنه لم يفرض في صحيحتي عبد الرحمن بن أبي عبد الله و الحلبي اختلاف المتخاصمين في ملكية العين و الموثقة و ان كانت واردة في الاختلاف في ملكيتها إلا أنها حكاية واقعة خاصة، و لعل على - عليه السلام - طلب فيها تراضيهما بالقرعة فأقرع، و يؤيد ذلك أنه حكم في العين بمجرد خروج السهم بالملكية، و على ذلك فتحمل الصحيحتين على غير المخاصمة في ملكية العين برفع اليد عن إطلاقهما، فإن معتبرة إسحاق بن عمار المتقدمة واردة في خصوص التنازع في ملكيتهما.

الوجه الثاني: و لعله الأظهر أن معتبرة غياث بن إبراهيم المتقدمة ظاهرها بيان حكم صورتين: إحداهما: أن تكون العين بيد أحدهما و إقامتها البينة على ملكيتها، و قد حكم فيها الإمام - عليه السلام - بتقديم من كانت يده على العين، و ثانيتهما: ما إذا كانت العين بيدهما معا و في هذه الصورة حكم - عليه السلام - بأن المال نصفين، حيث ورد فيها فقضى بها للذي في يده، و قال لو لم تكن في يده جعلت بينهما نصفين، و ظاهر هذا الكلام أنه لو لم تكن بيده خاصة بأن تكون في أيديهما و لو كان المراد صورة عدم اليد عليها أصلا لعبر - عليه السلام - و لو لم تكن في أيديهما.

و يؤيد ذلك المروى عن دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين - عليه السلام - «أنه قضى في البينتين تختلفان في الشيء الواحد يدهيه الرجلان أنه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بيته كل واحد منهما و ليس في أيديهما، فأما ما كان في أيديهما فهو بينهما نصفان و إن كان في يدى أحدهما فإنما البينة فيه للمدعى و اليمين على المدعى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٥٧

و لو كانت في يد ثالث قضى بالأرجح من البينتين (١) عدالة فإن تساوى قضى لأكثرهما شهودا و مع التساوى عددا و عدالة يقرع بينهما فمن خرج اسمه احلف

عليه» (١) و التأيد راجع إلى خروج صورتى كون المال في أيديهما أو في يدى واحد عن الأخبار المتقدمة الظاهرة بإطلاقها في اعتبار القرعة في فرض إقامتهما البينة سواء أ كان المال بيد واحد أم بيدهما أم لم تكن يد لهما عليه.

و على الجملة: يؤخذ في صورتى كون العين بأيديهما أو بيد واحد منهما بمعتبرة غياث بن إبراهيم و ما ورد في صدر معتبرة إسحاق بن عمار و ما ورد في ذيلها، فيقيد بها إطلاق الروايات الواردة في القرعة بين المتنازعين فيما إذا أقام كل منهما بيته بملكته العين، و الوجه في التقييد كون معتبرة غياث بن إبراهيم أخص منها لشمولها على ما إذا لم يكن المال في أيديهما أصلا و عدم شمول المعتبرة لهذا الفرض، و بما أن صدر معتبرة إسحاق بن عمار و ذيلها مساوق لمعتبرة غياث فيلحقان بها.

و لو فرض أن معتبرة غياث أيضا تشمل ما إذا لم تكن العين في أيديهما بدعوى أن قوله - عليه السلام - و لو لم تكن في يده عام يشمل ما إذا كان في أيديهما و ما إذا لم يكن في أيديهما أصلا لوقعت المعارضة بين الطائفتين، الطائفة الأولى معتبرتا إسحاق بن عمار و غياث و الثانية الروايات الواردة في اعتبار القرعة، و بعد تساقطهما يرجع إلى مقتضى القاعدة الأولى و مقتضاها كما تقدم اعتبار

التحالف بلا فرق بين اختلاف البيتين في العدد مع كون المال في أيديهما و بين عدم اختلافهما و اعتبار حلف من تكون العين بيده بلا فرق بين اختلاف البيتين و عدمه.

(١) لو كانت العين بيد ثالث و ادعى كل منهما ملكيتها و أقاما بينة بدعواهما فإن اعترف ذو اليد بها لأحدهما يكون المعترف له هو المنكر و الآخر هو

(١) المستدرک ٣: ١٩٩، الباب ١٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٥٨

و قضى له و لو امتنع احلف الآخر و قضى له و إن نکلا قضى به بينهما بالسوية و قال في المبسوط يقضى بالقرعة إن شهدتا بالملك المطلق و يقسم بينهما ان شهدتا بالملك المقيد و ان اختصت إحدیهما بالتقييد قضى بها دون الأخرى و الأول أنسب بالمنقول.

المدعى، و بما أن بينة المدعى فيما إذا ابتلت بالمعارض لا تعتبر فيحلف المعترف له على نفى دعوى غريمه كما إذا تقدم في فرض كونها بيده، و أما إذا قرّر لهما معا يكون الفرض كما إذا كانت العين في أيديهما و أقاما كل منهما البينة بأن العين له فيحكم بالمنصفة لهما مع حلفهما أو نكولهما و للتحالف إذا نكل الآخر على ما تقدم.

و إن قال الثالث الذى بيده العين: أنها ليست لى و لكن لا أدرى لمن هى فتلقى يده عليها، فيكون الفرض كما إذا ادعى مالا لا يد فيه لأحد كما هى الصورة الرابعة من الصور المتقدمة. و قد ورد فى معتبره إسحاق بن عمّار المتقدمة «ف قيل له فلو لم تكن فى يد واحد منهما و أقاما البينة؟ فقال: أحلفهما فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للتحالف فإن حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين» (١)، فيؤخذ بها بناء على عدم المعارضة بين الطائفتين بتقييد إطلاق الطائفة الدالة على الإقراع بغير التنازع فى ملكية العين.

بل يحكم بالمنصفة أيضا فى صورة نكولهما بناء على أن ما ورد فى معتبره غياث بن إبراهيم من قوله - عليه السلام -: «و لو لم تكن فى يده جعلتها نصفين» (٢)، يعمّ صورة عدم كون العين بيد المتنازعين و نكولهما عن الحلف، و لكن على تقدير الالتزام بالمعارضة و عدم العموم و الإطلاق بالإضافة إلى صورة نكولهما حتى فى معتبره غياث بن إبراهيم تدخل صورتان فى فرض ما إذا ادعى عينا ليست لها يد و لا مدع آخر، فيقسم بينهما بقاعدة العدل الجارية فى سيرة العقلاء فى مثل المقام أو

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ١٨٢.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣: ١٨٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٥٩

و يتحقّق التعارض بين الشاهدين و الشاهد و المرأتين (١) و لا يتحقّق بين شاهدين و شاهد و يمين و ربّما قال الشيخ نادرا يتعارضان و يقرع بينهما و لا بين

يقرع بينهما أخذا بما ورد فى القرعة «بأنها تخرج سهم المحقّ و أى قضية أعدل من القرعة إذا فوضوا أمرهم إلى الله عزّ و جلّ» (١)، و على الجملة ما ذكره الماتن - قدّس سرّه - من الترجيح بين البيتين لا يمكن المساعدة عليه بوجه.

بقى فى المقام أمر، و هو أنه إذا لم تكن العين التى تنازعا فيها فى أيديهما و لا بيد واحد منهما و لكن أقام أحدهما البينة بملكيتها له فإنه لا- ينبغى التأميل فى الحكم بمقتضى البينة. و لكن قد يتبادر إلى الذهن أن الحكم المزبور ليس حكما قضائيا لأن الآخر ليس بالمدعى عليه لعدم مطابقة قوله بأن المال لى للحجة لا بنفسه و لا بلازمه من نفى ملكية صاحب البينة، لأن أصالة عدم ملكية صاحب

البينة لولاها لم تثبت أنه المالك و الحكم على طبق البينة إنما يكون قضاء فيما إذا كان الآخر المدعى عليه في الواقعة، و لذا ذكرنا أنه لو لم تكن العين بيدهما و لا يد واحد منهما و ادعى و لم تكن أيضا بينة لهما و لا لأحدهما يؤخذ بمقتضى قاعدة العدل أو بالأقراع و الأخذ بالقاعدة أو الإقراع، في الملكية لا يكون قضاء حتى لا تسمع الدعوى بعد ذلك إذا ظفر أحدهما بالبينة على قوله.

(١) المشهور بين الأصحاب جريان التعارض بين البيتين و ما يتبعه فيما إذا شهد رجلان عدلان بالعين لواحد و شهد عدل و امرأتان بها للآخر بناء على اعتبار شهادة امرأتين مع رجل في دعوى العين أيضا و عدم اختصاص اعتبارها بالدين. و لكن لا- تجرى فيما إذا كان لأحدهما شهادة رجلين و للآخر شهادة رجل مع يمينه أو شهادة امرأتين مع يمينه، بل لو كان الأمر كذلك تؤخذ بمقتضى البينة على ضوء ما تقدم.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٣: ١٩٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٦٠

شاهد و امرأتين و شاهد و يمين بل يقضى بالشاهدين و الشاهد و المرأتين دون الشاهد و اليمين.

و الوجه في ذلك أن ظاهر الروايات المتقدمة في تعارض البيتين صورة تعدد الشاهد لكل من المتنازعين، فلا- تعم ما إذا كانت لأحدهما بينة و للآخر شاهد و يمين، و كذا ما إذا كانت لأحدهما شهادة رجلين و امرأتين و للآخر شهادة امرأتين و اليمين لارتكاز أن المرأتين في حكم رجل واحد في الشهادة. و قد تقدم الإشكال في اعتبار شهادة امرأتين مع رجل في الشهادة بالعين، و عليه يشكل جريان التعارض السابق فيما إذا كان لأحدهما شهادة رجلين و للآخر شهادة رجل و امرأتين، و لكن استظهرنا اعتبار شهادة رجل واحد مع يمين المدعى أو شهادة امرأتين مع يمينه في موارد العين أيضا، و لا ينافي التفكيك بين شهادة المرأتين مع الرجل و بين شهادة الرجل مع يمين المدعى في موارد الشهادة بملكية العين معتبرة داود بن الحصين عن أبي عبد الله- عليه السلام- حيث ورد فيها «فقلت أنى ذكر الله تعالى قوله فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ» (١) فقال ذلك في الدين إذا لم يكن فرجل و امرأتان و رجل واحد و يمين المدعى إذا لم يكن امرأتان».

و ذلك فإن غايتها عدم دلالتها على اعتبار شهادة رجل و يمين المدعى في غير الدين، و لا ينافي التعميم بحسب دلالة سائر ما تقدم، نعم لا بأس بالالتزام بدلالاتها على الطولية في الاعتبار فلا يكون اعتبار مع البينة بشيء بشهادة رجل واحد و يمين المدعى الآخر بخلافه و لازم ذلك أن تقدم شهادة رجلين فيما إذا تعارض مع شهادة رجل و امرأتين.

و لكن التفرع غير صحيح، و ذلك فإن الطولية المستفادة منها بمعنى عدم

(١) البقرة: ٢٨٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٦١

و كل موضع قضينا فيه بالقسمة فإنما هو في موضع يمكن فرضها كالأموال (١) دون ما يمتنع كما إذا تداعى رجلان زوجه.

وجدان المدعى بالدين شهادة رجلين، و أما عدم الاعتبار بشهادة رجل و امرأتين فيما إذا وجد المدعى الآخر رجلين للشهادة فلا دلالة للمعتبرة على ذلك أصلا.

فالعمدة في وجه عدم معارضة بينة أحد المدعين في العين مع شهادة رجل للمدعى الآخر مع يمينه ما تقدم من انصراف أخبار التعارض إلى صورة تعدد الشاهد لكل من المتنازعين في العين.

(١) ذكر أن كل موضع يقضى فيه بالقسمة و التحالف أو النكول أو بغيرهما إنما هو في مورد قابل للقسمة، أما ما لا تمكن فيه القسمة كما إذا ادعى رجل زوجته امرأة و أقام شاهدين بها و ادعى آخر زوجها أيضا و أقام شاهدين بها فلا يدخل فيما تقدم. أقول: كان أولى ابدال فرض القسمة بفرض الشركة، و لعل مراده من القسمة الأعم من قسمة العين و القيمة. و قد يقال في التنازع في زوجة المرأة أن مع نكولهما يخلى سبيلها و استشكل بعضهم بما إذا علم أنها زوجة لأحدهما بل مع عدم العلم أيضا، فإن البيتين و إن تساقطنا بالإضافة إلى مدلوليهما المطابقين إلا أنهما تنفيان بالالتزام كونها خلية أو زوجة لثالث. و قد يقال بأنها إن اعترفت لأحدهما بعينه يحكم بأنها زوجة له أخذا باعترافهما و إن لم تعترف لأحدهما يقرع بينهما، و لا يحتاج من خرج بالقرعة إلى الحلف، حيث أن القرعة لتعيين الزوج لها لا من يصير إليه الحلف، و في رواية داود ابن أبي يزيد العطار عن بعض رجاله عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «في رجل كانت

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٦٢

.....

له امرأة فجاء رجل بشهود أن هذه المرأة امرأة فلان و جاء آخران فشهدا أنها امرأة فلان، فاعتدل الشهود و عدلوا قال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو المحق و هو أولى بها» (١)، و ظاهرها عدم الحاجة إلى اليمين بعد القرعة. أقول: إنها لضعفها سندا غير قابلة للاعتماد عليها و مقتضى بعض الروايات المعتبرة في مثل دعوى الزوجية الإقراع بين المتنازعين مع اعتبار ضم اليمين، و في صحيحة الحلبي المتقدمة «عن رجلين شهدا على أمر و جاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا؟ قال: يقرع بينهم فأيهم قرع فعليه اليمين و هو أولى بالحق» (٢)، و في صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله المتقدمة «كان على - عليه السلام - إذا أتاه رجلان بشهود عدلهم سواء و عددهم أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين - الحديث» (٣)، بناء على ما تقدم من عدم اختصاصها بدعوى الحق المدعى ظهوره في المال و ظاهر التقييد في حكايته - عليه السلام - الإقراع بصورة تساوى البيتين في العدد أن مع عدم تساويهما نرجح ما هو أكثر شهودا، و لكن بما أن لا دلالة لها على الحكم بمجرد الترجيح فالمتيقن ضم اليمين، فيختص الإقراع بصورة تساوى البيتين كما هو ظاهر الفرض في صحيحة الحلبي. و لا- دليل في المقام أن مع نكول من رجحت بينته أو أخرجتها القرعة يرد اليمين على المدعى الآخر و مع نكوله أيضا يقرع مرة ثانية ليتعين الزوج كما هو المذكور في كلام بعض الأصحاب، لأن ما ورد في حلف الآخر و رد اليمين في فردين أحدهما التنازع في العين في ملكيتها، و الثاني رد اليمين من المنكر إذا ردها

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٨ و ١١: ١٨٥.
.١٨٣ ؟؟؟؟؟؟

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٨ و ١١: ١٨٥.
.١٨٣ ؟؟؟؟؟؟

(٣) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٨ و ١١: ١٨٥.
.١٨٣ ؟؟؟؟؟؟

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٦٣

و الشهادة بقديم الملك أولى من الشهادة بالحادث (١) مثل أن يشهد أحدهما بالملك في الحال و الأخرى بقديمه، أو إحدهما بالقديم و الأخرى بالأقدم فالترجيح

على المدعى هو أو الحاكم و المفروض فى المقام من الحلف هو حلف المدعى الذى ثبت دعواه بالبينه بضم اليمين أو بالقرعة بضمها.

و على ذلك فإن حلف من رجحت بينته أو أخرجتها القرعة ثبتت الزوجية، و إلا يحكم بأنها خلية فيما إذا لم تعلم بزوجيتها لأحدهما إجمالاً، كما هو مقتضى الأصل، و ما ذكر من دلالة البيتين التزاماً فقد ذكرنا فى بحث الأصول أنه لا مجال للدلالة للالتزامية مع سقوط المدلول المطابقى عن الاعتبار بالمعارضة فى البيئات و غيرها من الأمارات.

و ممّا ذكرنا يظهر أنها لو اعترف بزوجيتها لأحد المدعين معينا ثبتت الزوجية بينهما باعترافهما، يعنى باعتراف كل منهما بالحق للآخر عليه، و على ذلك فىكون طرف المدعى الآخر كل من المعترفين، فأيهما حلف على نفي دعواه لسقوط بينته عن الاعتبار بالمعارضة سقطت دعواه.

(١) ذكر- قدس سره- لترجيح احدى البيتين المتعارضتين على الأخرى مرجحات:

الأول أن تشهد احدى البيتين بالملك لأحد المتنازعين فعلاً، و الأخرى بقدوم الملك للمتنازع الآخر، الثانى أن تشهد إحداهما بقدوم الملك لأحدهما و الأخرى بالملك الأقدم للآخر و يسمّى كلا الفرضين بالترجيح بالتاريخ، و علل الترجيح فى بعض الكلمات بأن البيتين تتعارضان فى الملك فى الحال فى الفرض الأول و فى الحال و القديم فى الفرض الثانى و لكن الملك بالإضافة إلى الماضى فى الأول و الأقدم فى الثانى بلا معارض لاختصاص احدى البيتين به، فيستصحب ذلك الملك.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٦٤

لجانب الأقدم و كذا الشهادة بالملك اولى من الشهادة باليد لأنها محتملة و كذا

و ربّما يستدل على ذلك بما ورد فى رواية عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله- عليه السلام-: «كان أيضاً- أى على- عليه السلام- إذا اختصم إليه الخصمان فى جارية فرعم أحدهما أنه اشتراها و زعم الآخر أنه أنتجها فكانا إذا أقاما البينة جميعاً قضى بها للذى أنتجت عنده» (١).

أقول: أمّا الرواية فلضعفها سنداً و احتمال اختصاص الحكم فى التنازع فى الجارية لا يمكن أن تكون سنداً للترجيح بالتاريخ، و الصحيح لو كانت شهادة أحدهما بالملك السابق فقط كما يوهم ظاهر المتن و لكن من أقامها كان نزاعه مع الآخر فى الملك فى الحال فلا- تفيده البينة بملك القديم، بل يحكم بثبوت دعوى المدعى الآخر بملك الحال بينته به من غير فرق بين كون العين بيد صاحب البينة بملك القديم أو بيد شخص ثالث، نعم إذا كانت العين بيدهما أو بيد صاحب البينة بملك الحال فعليه أن يحلف لصاحب البينة بملك القديم، لأنه يحسب منكراً إذا كان المال بيده بالإضافة إلى دعوى الآخر فى تمام المال أو بالإضافة إلى ما بيده من النصف، و قد تقدم أن بينه المنكر لا تغنى عن الحلف، أمّا إذا كانت بينه الملك القديم تشهد باستمرار الملك له من قديم الزمان إلى الحال، و لعله مراد الماتن- قدس سره- ففى الفرض البيتان متعارضتان و بما أن لكل من المتنازعين بينه فتدخل الخصومة فيما وردت فى معتبرة إسحاق بن عمّار و معتبرة غياث بن إبراهيم، فيؤخذ بهما على ما تقدم، و إن نوقش فى ذلك بأن المفروض فى المعتبرتين و غيرهما عدم اختلاف البيتين من حيث تاريخ المشهود به، و المفروض فى المقام اختلافهما فلا يعمل فى الفرض على ما تقدم من الصور فيما إذا تنازعا فى عين و لم يكن لأحدهما بينه بدعوى أنه بعد تساقط البيتين كما هو فرض عدم الدليل على

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٥: ١٨٦.

الشهادة بسبب الملك أولى بالشهادة بالتصرف.

الترجيح بالتاريخ ليكون المفروض من صغرياته، وذلك فإنه لا بأس في الفرض بالأخذ بصحيفة عبد الرحمن و الحلبي و الحكم بالأقراع ليتعين الحال منهما.

فلا يقال شهادة إحدى البنتين بالإضافة إلى الملك الماضي بلا معارض، فيؤخذ به و يستصحب و نتيجة ذلك نتيجة تقديم البيئه الشاهدة بملك القديم.

مضافا إلى أنه لا- مجال لدعوى ثبوت الملكية في الماضي لعدم التعارض بالإضافة إليها، و الوجه في عدم المجال أن الملكية في الماضي مدلول بيئه مبتلاة بالمعارض، و ليس الملكية السابقة مدلولاً مع قطع النظر عن الملكية الحالية لتتحل البيئه القائمة بملك القديم إلى بينتين إحداهما مبتلاة بالمعارض دون الأخرى.

الثالث من المرجحات: الترجيح بحسب المدلول بأن يكون مدلول إحدى البنتين ملك العين لأحدهما و مدلول الأخرى كونها بيد الآخر حيث تقدم بيئه الملك بدعوى أن اليد على العين أعم، فيمكن كونها للعارية و الوكالة و غيرها.

و لا يخفى أن بيئه الملك و إن يؤخذ بها، و لكن الأخذ ليس لترجيحها على البيئه الأخرى، فإن بيئه اليد لا تزيد على العلم الوجداني بأن العين بيد من يدعى الآخر عليه ملكيتها، فيكون صاحب بيئه اليد أو بيئه التصرف، حيث إن التصرف مرجعه إلى اليد منكرا و صاحب بيئه الملك مدعيا بلا تعارض بين البنتين، بل التعارض بين قولى المتنازعين و الحاصل أن لفرض خارج عن مدلول الأخبار المتقدمة الظاهرة في فرض التعارض بين البنتين، فيؤخذ فيه بقاعدة البيئه للمدعى بعد صيرورة الآخر منكرا بيئه اليد أو التصرف.

و نظير ذلك ما إذا شهدت إحدى البنتين بسبب الملك لأحدهما و الأخرى بالتصرف من الآخر، حيث إن التصرف عبارة أخرى عن كون العين بيد ذلك الآخر.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٦٦

[الثالثة: إذا ادعى شيئا فقال المدعى عليه هو لفلان اندفعت عنه المخاصمة]

الثالثة: إذا ادعى شيئا فقال المدعى عليه هو لفلان اندفعت عنه المخاصمة (١) حاضرا كان المقر له أو غائبا فإن قال المدعى أحلفوه أنه لا- يعلم أنها لى توجهت اليمين لأن فائدتها الغرم لو امتنع لا- القضاء بالعين لو نكل أو ردّ و قال الشيخ لا يحلف و لا يغرم لو نكل و الأقرب أنه يغرم لأنه حال بين المالك و ماله

(١) لو كانت العين بيد واحد و ادعاها آخرا أن قال كل منهما أنها لى و اعترف ذو اليد بها لأحدهما المعين فلا ينبغي التأمل في نفوذ إقراره على نفسه، و ملكية غير المقر له غير محرزة، ليقال أن الإقرار هو على الغير أيضا بل عدم الملكية للغير محرز بالأصل، فيحكم بأن العين للمقر له فتوجه دعوى غير المقر له بملكية تلك العين إلى المقر له.

و هل لهذا المدعى أن يقول فيحلف ذو اليد على أنه لم يكن عالما بأن العين لى و بتعبير آخر تسمع دعوى العلم على المقر؟ ذكر الماتن - قدس سره - تسمع لأنه إذا لم يحلف ذو اليد و ردّ اليمين هو أو الحاكم على مدعى العلم عليه فحلف يغرم ذو اليد قيمة العين، لأنه حال بين العين و مالكها بالإقرار للآخر و ذكره الحيلولة ظاهره سماع دعوى العين حتى مع بقاء العين بيد المقر له.

و ذكر في المسالك بعد تقييد السماع بصورة تلف العين أن السماع مبنى على أن اعتراف ذى اليد بأنه يعلم بأن العين كانت لمدعى العلم عليه يوجب غرم القيمة، أما إذا بنى على أن إقراره بذلك لا يوجب الغرم، كما عليه الشيخ في أحد قوليه، فسماع دعوى العلم

مبنى على أن اليمين المردودة من ذى اليد المقرّ لأحدهما بالعين بمنزلة البينة، أمّا إذا قيل بأنّ اليمين المردودة كإقراره فلا تسمع لعدم الفائدة في الدعوى المزبورة على تقدير كونها كالإقرار، لأنّه لو اعترف المقرّ بأنّه كان يعلم لا يوجب هذا الإقرار غرماً، فكيف ما هو بمنزلة، يعنى اليمين المردودة بخلاف ما إذا قلنا بأنّ اليمين المردودة كالبينة فإنّه تسمع دعوى العلم، لأنّه إذا أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٦٧

بإقراره لغيره و لو أنكر المقر له حفظها الحاكم (١) لأنها خرجت عن ملك المقر و لم

قامت البينة بعد اعترافه بالعين للمقرّ له مع تلف العين بأنّه كان يعلم بأنّها للمدعى الآخر أخذ البدل على ما هو المقرّ في باب تعاقب الأيدي على عين مع فرض تلفها، فتكون اليمين المردودة مثل قيام تلك البينة.

و ناقش في الجواهر بعد الإغماض عن تقييد السماع بصورة تلف العين بأنّه لو قيل بأنّ اليمين المردودة كالبينة القائمة بالدعوى فلا تسمع دعوى العلم، فإنّ البينة التي يوجب قيامها ضمان المقرّ هي البينة القائمة بأنّ العين كانت للمدعى الآخر، كما هو المعروف في باب الإقرار، لا البينة القائمة بأنّ ذى اليد كان يعتقد عند إقراره لأحد المدعيين أنّ مالك العين هو المدعى الآخر و اليمين المردودة بمنزلة البينة على الدعوى المفروض كونها دعوى العلم على المقر لا دعوى أنّ العين كان له، فإنّ هذه الدعوى تتوجّه إلى المقرّ له كما تقدم.

أقول: قد تقدم أنّه لا مجال لدعوى العلم على المقر فيما إذا أخذ المدعى الآخر العين من المقرّ له مع بقائها أو بدلها مع تلفها، فإنّه قد وصل إليه ما كان مالكا لها من نفس العين أو بدلها، و إذا لم يأخذ من المقر له و لو بتركة الدعوى عليه فيمكن له دعوى العلم على المقرّ، حيث إنّ دعوى العلم عليه يعدّ من دعوى الإتلاف و إدخاله في الخسارة لنفوذ إقرار ذى اليد، و لا يفرق أيضا في سماع هذه الدعوى بين بقاء العين و عدمه، و الله سبحانه هو العالم.

(١) و لو أنكر المقر له كون العين له يسمع إنكاره، لأنّه اعتراف على نفسه، و على الحاكم أن يحفظ العين حتى يحرز مالكاها، و لو أقام مدعيها بينة أو شاهدا و حلف معه على أنّ العين له يحكم بأنّها له، و إلّا تبقى بيد الحاكم، فيعمل فيها بوظيفة المال المجهول مالكة. و احتمال العلّامة في القواعد دفعها إلى من يدعيها

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٦٨

تدخل في ملك المقر له، و لو أقام المدعى بينة قضى له و أمّا لو أقر المدعى عليه بها

و لو لم تكن له بينة أو شاهد بلا- حاجة إلى يمينه، لأنّ دعواه من دعوى ملكية عين بلا معارض و لا يخفى ما فيه فإنّ دعوى ملكية المال تسمع فيما لم يكن بيد من يكون وظيفته إيصاله إلى مالكة، كما هو المقرّ في باب اللقطة و المال المجهول مالكة. و المحكى في الجواهر عن بعض العامّة أنّه لو نفى المقرّ له كون المال له يقال للمقرّ أنّك نفيت المال عن كونه لك، و قد ردّه المقرّ له أو نفى كونه له، فإن لم تقرّ به لمعروف بحيث تنصرف الخصومة إليه أو لم تدعيه لنفسك جعلناك ناكلا، و إذا حلف المدعى استحق المال.

و لا- يخفى أنّ الذى يردّ مع نكوله اليمين على المدعى هو من يتوجه إليه اليمين و يمتنع عن الحلف، و مع اعتراف المقرّ بأنّه ليس المال له يدخل المال في المجهول مالكة، و لا يتوجه إليه يمين.

و المحكى عن العلّامة في التحرير أنّ العين تترك في يد المقرّ حتى تقوم الحجّة بأنّها لغيره، لأنّ إقراره بأنّ المال لغيره قد بطل بإنكار المقرّ له، و فيه أيضا أنّ إقرار المقرّ بأنّ المال ليس له لم يبطل و إنّما بطل قوله بأنّ المال للآخر الذى عينه.

ثمّ إنّ لو رجع المقرّ له عن إنكاره و صدّق المقرّ بأنّ العين له، فعن التذكرة أنّ المقرّ له يأخذ المال لزوال حكم إنكاره بتصديقه ثانيا

و بقى إقرار المقرّ بلا- معارض. و لا- يخفى ما فيه أيضا، فإنه لا دليل على سماع تصديقه بعد إنكاره فإنّ إنكاره اعتراف على نفسه بخلاف تصديقه، نظير ما إذا رجع ذو اليد المقرّ عن إقراره بأنّ المال لغيري فقال بل المال لى. و المتحصل يأخذ الحاكم العين المزبورة و يعمل فيها بالوظيفة فى المال المجهول مالكة.

أقول: الوجه فى أخذ الحاكم العين مع أنّ المال المجهول مالكة إذا كان بيد أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٦٩

لمجهول لم تندفع الخصومة و الزم البيان (١).

انسان لا يؤخذ منه هو أنّ اعتراف ذى اليد بأنه لفلان مع إنكار ذلك الفلان كونه له يعدّ من عدوان ذى اليد فى ذلك المال، فيؤخذ منه و لو لم يكن منه إقرار و من المقرّ له إنكار لم يؤخذ منه لحمل يده فى المال على الصحة.

(١) لو أقرّ من بيده العين بأنها ليست له بل للغير و لكن لم يعين ذلك الغير ذكر الماتن- قدّس سرّه- أنّه لا تندفع الخصومة عنه، بل يلزم بالبيان.

أقول: يكفى فى دفع الخصومة عنه اعترافه بأنّ العين للغير غاية الأمر لو كان قوله أنّها للغير بحيث خرج المدعى من أطراف الاحتمال كما إذا قال أنّها ليست لى و لا لك بل للغير تتوجه الدعوى إلى المالك الغائب، فإن كانت للمدعى بينة أو شاهد و حلف معه يأخذ العين و يحكم بأنها له مع أخذ الكفيل كما فى الدعوى على الغائب، و لو لم يكن له شاهد و يمين يترك العين بيد المقرّ فيما لو احتمل الصحة فى يده عليها، بخلاف ما لو أقرّ أنّ يده على العين عادية فإنّ الحاكم يأخذها كما مرّ، و الحاصل أنّ الدعوى فى الفرض تنصرف عمّن فى يده العين إلّا أن يدعى عليه بأنه يعلم بأنها للمدعى.

أمّا إذا كان قوله و ليست لى العين بحيث لم يخرج المدعى عن أطراف الاحتمال كما لو قال: لا أدرى لمن هو لك أو لغيرك، فإن كان للمدعى بينة أو شاهد و حلف معه أخذها و لا يحتاج فى الدفع إليه فى الفرض إلى الكفالة لعدم إحراز كون دعواه على الغائب، كما فى دفع اللقطة و المجهول المالك إلى من أقام الحجّة بأنه المالك، و ما ذكر الماتن- قدّس سرّه- من أنّه لو أقرّ من بيده المال للغير من غير تعيين يلزم بالبيان، فلا أرى له وجها صحيحا بعد ما ذكرنا اندفاع الخصومة عنه بالإقرار المزبور و الدعوى عليه بأنه يعلم أنّ مالكة هو المدعى دعوى أخرى غير دعوى ملكية المال عليه على ما تقدم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٧٠

[الرابعة: إذا ادعى أنه أجره الدابة و ادعى آخر أنه أودعه إياها]

الرابعة: إذا ادعى أنه أجره الدابة و ادعى آخر أنه أودعه إياها تحقق التعارض (١) مع قيام البيتين بالدعويين و عمل بالقرعة مع تساوى البيتين فى

(١) ظاهر كلامه- قدّس سرّه- أنّه فيما لو قال أحد المتنازعين فى العين التى بيد زيد أجرتها منه، و قال الآخر: أودعتها عنده، يكون غرض كل منهما من دعوى الإجارة و الوديعه ملكية العين له لا لذى اليد و لا للمدعى الآخر، فمع تساوى البيتين يقرع بين المتنازعين على ما تقدم، و إلّا يحلف من تكون بينته أرجح.

و فى الجواهر إن خرج أحدهما بالقرعة يحلف و يحكم بأنّ العين له، و مع عدم حلفه يحلف الآخر، و مع نكولهما أيضا يقتسمان. و على ذلك يكون المفروض فى المقام من صغريات دعوى الاملاك، لا الاختلاف فى العقود.

أقول: هذا فيما إذا كان ظاهر كل من البيتين هو الشهادة بالمالك للمشهود له بالتصريف، وإلا فمجرد الشهادة بتصريف لا توجب تحقق التعارض بين البيتين في الملك، ليدخل المفروض في المقام فيما ورد في معتبرتي إسحاق بن عمار و غياث ابن إبراهيم، أو ما دلّ على الإقراع في تعارض البيتين مطلقاً، حيث إن ظاهرها تعارض البينة في المدعى به.

ثم إنّه قد ذكرنا أنّ المفروض في المقام لا يدخل في الاختلاف في العقود نظير ما إذا كانت عين بيد زيد و ادعى أنّه استأجرها من عمرو و قال عمرو لا بل هي عاريه، فإن هذا الاختلاف من الاختلاف في العقود و يقدم قول المالك و لو مع البينة لكل منهما، لأنّ من بيده العين معترف بأنّها ليست له، بل أنّه يملك منفعتها من المالك يعني عمرو، و المالك ينكره، و بما أنّ بينة المدعى مبتلاة بالمعارض فيحلف المالك على نفي الإجارة، كما أنّه لو انعكس الأمر و ادعى المالك أنّه استأجرها سنه و قال من بيده العين أنّه أودعها عنده يحلف ذو اليد، لأنّ المالك يدعى عليه الأجرة، و الأصل عدم وقوع الإجارة.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٧١

عدم الترجيح.

و ما يقال أنّه يقدم قول المالك لأنّ الأصل في الأموال ضمان المنافع و الأعيان بضمان معاملي أم بغيره و يستفاد ذلك من الروايات المتفرقة و السيرة لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ الثابت موارد وضع اليد على مال الغير بلا ثبوت الاذن من المالك في الوضع أو ثبوت عقد موجب للضمان بنفسه أو بالاشتراط، و المفروض في المقام اذن المالك في وضع اليد، و الأصل عدم ثبوت الإجارة.

هذا كلّه بحسب القاعدة الأولى، و يمكن أن يدعى مع قيام البينة لقول كل من المالك و من بيده العين يدخل الفرض في مدلول صحيحة عبد الرحمن المتقدمة الدالة على أنّ مع تساوى البيتين في الوصف و العدد يخرج من يقع له الحلف على غريمه بالقرعة، و نحوها صحيحة داود بن سرحان عن أبي عبد الله - عليه السلام - «في شاهدين شهدا على أمر واحد، و جاء آخران فشهدا على غير الذي شهدا عليه و اختلفوا قال يقرع بينهم فأيتهم قرع عليه اليمين و هو أولى بالقضاء» (١)، و صحيحة الحلبي المتقدمة عن أبي عبد الله - عليه السلام - «عن رجلين شهدا على أمر و جاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا قال: يقرع بينهم فأيتهم قرع فعليه اليمين و هو أولى بالحق» (٢)، و مع اختلاف البيتين في العدد يحلف من كان عدد شهوده أكثر على ما تقدم.

و على الجملة: لا يختص ما تقدم في تعارض البيتين بدعوى الاملاك بل يجري ما دلّ على الترجيح بالعدد و الإقراع مع التساوى في موارد الاختلاف في العقود و لكنها موهومة، فإنّ ظاهر ما ورد في الترجيح أو الإقراع ما إذا كان التنازع في أمر يتردد أمره بين شخصين أو أكثر.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦: ١٨٣.

(٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١١: ١٨٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٧٢

[الخامسة: لو ادعى دارا في يد انسان و اقام بينة أنّها كانت في يده أمس]

الخامسة: لو ادعى دارا في يد انسان و اقام بينة أنّها كانت في يده أمس أو منذ شهر قليل لا يسمع هذه البينة (١) و كذا لو شهدت له بالملك أمس لأنّ ظاهر اليد الآن الملك فلا يدفع بالمحتمل و فيه اشكال و لعلّ الأقرب القبول و أمّا لو شهدت بينة المدعى أنّ صاحب اليد غضبها أو استأجرها منه حكم بها لأنّها

(١) لو كانت دار في يد زيد و ادعاها عمرو و أقام بينة فشهدت بأنّ الدار كانت بيد عمرو قبل شهر أو أنّها كانت لعمرو قبل شهرين من غير أن تشهد بملكيتها له فعلا فقد يقال كما هو ظاهر الماتن - قدس سرّه - أنّه تسمع هذه البينة، حيث يثبت بها ملك عمرو سابقا، و يستصحب هذا الملك، فيثبت أنّها ملك عمرو فعلا فتكون البينة مع الاستصحاب المزبور مثبتة لملكها لعمرو فتؤخذ الدار من زيد و تعطى لعمرو.

أقول: لا تسمع البينة المزبورة حتى إذا شهدت بأنّ الدار كانت لعمرو قبل شهر و الوجه، في ذلك أنّ القضاء بكون الدار لأى منهما لا بد أن يستند إلى بينة المدعى، و مع عدمها تصل النوبة إلى يمين المدعى عليه بعد تمييز المدعى عليه عن المدعى. و نقول في تمييز المدعى عليه في المقام أنّ البينة بأنّ الدار كانت لعمرو قبل شهر لا تثبت الملك لعمرو فعلا و لا تجعل عمرا المدعى عليه، لأنّها شهدت بالسابق و لا يستصحب الملك السابق في مقابل اليد الفعلية لزيد لحكومة قاعدة اليد على الاستصحاب، كما هو المقرر في محلّه، و مقتضى اليد الحالية لزيد أنّ الدار ملك له فعلا، فيكون عمرو مدعىا، و بما أنّه لا بينة له بملك الدار فعلا تصل النوبة إلى إحلاف ذى اليد، و مع حلفه تسقط دعوى عمرو.

هذا فيما إذا لم يعترف زيد بأنّ الدار اشتراها من عمرو و إلّا تنقلب الدعوى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٧٣

شهدت بالملك و سبب اليد الثانى و لو قال غصبنى اياها و قال آخر بل أقرّ لى بها و أقاما بينة قضى للمغضوب منه (١) و لم يضمن المقرّ لأنّ الحيلولة لم يحصل

فيصير عمرو المدعى عليه و زيد هو المدعى، و ذلك فإنّه لا اعتبار باليد فيما كان صاحبها معترفا بأنّ المال انتقل إليه من مدعيه، و يكون مقتضى الاستصحاب بقاء الملك القديم بعد سقوط اعتبار اليد، و قول عمرو مطابق لذلك الاستصحاب، فيحلف على عدم نقلها إلى زيد.

و نظير ذلك ما لو شهدت البينة بأنّ زيدا اعترف بأنّ العين كانت لعمرو فاشتراها منه، فإنّ ثبوت اعترافه بالبينة يوجب سقوط يده الحالية على العين عن الاعتبار، و هذا هو الفارق بين شهادة البينة بأنّ الدار كانت قبل شهر لعمرو، حيث لا توجب هذه الشهادة سقوط اليد الحالية عن الاعتبار، و بين البينة باعتراف زيد بأنّ الدار كانت لعمرو فاشتراها منه.

و نظير البينة باعتراف زيد الشهادة بأنّ يد زيد كانت على العين يد عدوان أو يد استيجار فى الدار، فإنّه يستصحب بقاء الدار على ملك عمرو، و لا يكون هذا من تقديم الاستصحاب على اليد الفعلية، بل اليد المحرزة حالها سابقا غير معتبرة فى الملكية الفعلية فيما إذا كان المالك سابقا منكرًا لانقالها أو مطلقا على ما ذكر فى محلّه.

(١) ذكر - قدس سرّه - أنّه لو كانت العين بيد شخص، و ادعى عمرو عليه بأنّه قد غصبها منه و أن يده فيها يد غضب، و ادعى زيد أنّ العين له، حيث إنّ ذا اليد اعترف بأنّها له، و أقام كل من عمرو و زيد بينة، عمرو بالغضب منه و زيد بالإقرار له، أنّه يحكم بأنّ العين لعمرو و لا يخسر ذو اليد لزيد البدل، حيث إنّ ما تقدم من أنّ المقرّ يغرم للمقرّ له البدل يختص بما إذا كان دفع العين إلى أحد

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٧٤

بإقراره بل بالبينة.

المتنازعين بإقراره أيضا، كما إذا أقرّ للعين بعمرو ثم أقرّ بها لزيد، فإنّه يخسر لزيد بدلها، و لكن دفع العين إلى عمرو فى مفروض الماتن - قدس سرّه - بالبينة التى شهدت بأنّ العين مغصوبة من عمرو فلا يكون إقرار ذى اليد بعد ذلك بأنّها لزيد إقرارا بإتلاف العين

له، كما في صورة الإقرار بعد الإقرار.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٧٥

[المقصد الثاني في الاختلافات في العقود]

إشارة

المقصد الثاني في الاختلافات في العقود إذا اتفقا على استيجار دار معينة شهرا معينة و اختلفا في الأجرة و اقام كل منهما بينة بما قدره فإن تقدم تاريخ أحدهما عمل به (١) لأن الثاني يكون باطلا و إن كان التاريخ واحدا تحقق التعارض إذ لا يمكن في وقت واحد وقوع عقدين

(١) قد تقدم أن مع فرض التعارض بين البيتين لا يكون تقدم التاريخ مرجحا لإحدهما أو معينا، كما إذا علم وقوع عقد إيجار واحد، فكل من البيتين تنفي وقوع الآخر و تقدم التاريخ في إحدهما و تأخره في الأخرى لا يوجب سقوط دلالتهما الالتزامية أو ارتفاع تلك الدلالة عما يعين التاريخ في التأخر، و على ذلك فلا فرق بين اتحادهما في التاريخ أو اختلافهما.

و قد يقال إن في موارد الاختلاف في الأجرة، سواء أ كان الاختلاف بالزيادة و النقيصة أم بالتباين، كما إذا عيّنت إحدهما الأجرة بالدينار و الأخرى بالدرهم يكون الحكم هو التحالف بلا فرق بين كون المخاصمة قبل استيفاء المنفعة أم بعده، و ذلك فإن المعيار في كون أحد المتخاصمين مدعيا و الآخر منكرا هو ملاحظة مصب الدعوى، لا الغرض المترتب على ذلك المصعب، و المراد بالمصعب ما يذكره المتخاصمان، و عليه فلو ادعى مالك الدار أن الأجرة في عقد الإجارة عشرة، و الآخر أن الأجرة في عقدها خمسة فكل منهما يدعى عقدا خاصا، حيث

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٧٦

متفابين و حينئذ يقرع بينهما و يحكم لمن خرج اسمه مع يمينه هذا اختيار شيخنا في المبسوط و قال آخر يقضى بينة المؤجر لأن القول قول المستأجر. لو لم يكن بينة إذ

يختلف عقد عن عقد آخر باختلافهما في أحد العوضين، فدعوى المالك أنه استأجرها بعشرة، كما أنها تنفي بالأصل كذلك دعوى الآخر أنه استأجرها بخمسة. و لا اعتبار في الأصل الجارى في عدم اشتغال ذمة المستأجر بالخمسة الزائدة، فإنه لا اعتبار في تشخيص المدعى عن المدعى عليه بالأصل الجارى في الغرض، بل الملاك فيه بالأصل أو القاعدة الجارية في نفس مصب الدعوى، فإن كان قول أحد المتخاصمين موافقا للأصل أو القاعدة الجارية فيه فهو المدعى عليه، فتطلب البينة من الآخر، و إن كان قول كل منهما مخالفا للأصل أو القاعدة الجارية فيه فكل منهما مدع و منكر، فتصل النوبة إلى التحالف.

و هذا ظاهر كلام الشيخ - قدس سره - في المبسوط، و احتمله الماتن و العلامة - قدس سرهما - و مال إليه في جماع المقاصد، و عليه فعند اختلافهما في مقدار الأجرة المسماة و البينة لكل منهما يخرج من يقدم بينته و يحلف صاحبها، أما مع عدم البينة لواحد منهما فيحلفان، و يحكم بانفساخ عقد الإجارة، فإن كانت المخاصمة بعد الاستيفاء يملك مالك الدار اجرة المثل إلا إذا كان ما يدعيه من الأجرة أقل من اجرة المثل، فإنه يحكم بالأقل أخذا باعترافه بأنه لا يستحق الزائد، و أما إذا كانت قبل الاستيفاء فترجع الدار بمنافعها إلى مالكيها و لا شيء على المستأجر.

لا يقال: يترتب على ما ذكر أنه لو ادعى المقرض أنه أقرضه عشرة، وقال الآخر: اقترضت خمسة، أن يحكم بالتحالف لاختلاف العقدین، و كذلك فيما إذا اختلفا في الإبراء، فقال المدين أبرأتني من الألف، وقال الدائن: أبرأتك من المائة مع أنه يظهر اتفاقهم على تقديم قول منكر الزيادة في القرض و الإبراء، و بذلك أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٧٧ هو يخالف على ما في ذمّة المستأجر فيكون القول قوله.

أجاب الشهيد الثاني في المسالك عن القول بالتحالف في مسألة الاختلاف في مقدار الأجرة المسماة. فإنه يقال: لو تسالما على جريان عقد قرض واحد، و اختلفا في أن متعلق العقد كان العشرة أو الخمسة فيحكم بعد التحالف بتصنيف الخمسة الزائدة لقاعدة التنصيف، أما إذا ادعى الدائن أقرضتك عشرة و لم يذكر أنه باقتراض واحد أو متعدد، و قال المديون أنه اقترض خمسة فالمورد من موارد الدعوى و الإنكار، و يظهر من كلام صاحب الجواهر اختيار ذلك في المقام. و لكن المحكى عن مفتاح الكرامة أنه نسب إلى المشهور أنه يلاحظ في تعيين المدعى عن المنكر الغرض، لا مصب الدعوى، فإن كان قول أحد المتخاصمين موافقا للأصل أو القاعدة بحسب الغرض فهو المدعى عليه، و الآخر مدع، و إن كان قول كل منهما مخالفاً يكون من مورد التحالف، و على ذلك تكون مسألة الاختلاف في مقدار الأجرة أو مقدار المال المقترض أو مقدار المال المبرء من موارد الدعوى و الإنكار.

أقول: هذه المسألة يعنى كون المعيار في تشخيص الدعوى و الإنكار مصب الدعوى أو الغرض و إن لم تكن معنونة في كلمات الأصحاب استقلالاً، إلا أنه استظهر القولين من كلمات الأصحاب في موارد الاختلاف في العقود، و قد تقدم سابقاً أنه لم يرد في الروايات غير كون البيئنة على المدعى و اليمين على من ادعى عليه، و من يقول بملاحظة مصب الدعوى يلتزم بأن صدق عنوانى المدعى و المدعى عليه بملاحظته كما أنه يلتزم من يقول بملاحظة الغرض بأن صدقهما بلحاظه. أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٧٨

و من كان القول قوله مع عدم البيئنة كانت البيئنة في طرف المدعى و حينئذ

و لكن بعد التسالم على أن الشارع لم يخترع في الدعوى على الغير اصطلاحاً، بل هى بمعناها العرفى موضوع للحكم فمعنى الدعوى على الغير عرفاً أن يكون قوله مشتملاً لمطالبته الغير بحق مالى أو غيره أو ثبوت ما يزول معه ما كان للغير من الحق مما يحتاج كل من الحق و ثبوت المزيل عند العقلاء إلى الإثبات من غير فرق بين أن يذكر ذلك الحق أو المزيل بالدلالة المطابقية أو بالدلالة الالتزامية، بخلاف المدعى عليه فإن قوله لا يشمل مطالبته الغير بحق لم يثبت أو ينفى أن يكون عليه للغير حق و لعدم مخالفة قوله الحجّة المعتمدة في حق الجاهل و منه القاضى بينهما لا يحتاج قوله إلى الإثبات.

ثم إن الحجّة عند الجهل بالواقعة تختلف فقد يكون ما هو الحجّة شرعاً عند الجهل بالواقعة مما لا يعتبره العقلاء، و قد يكون ما يعتبره العقلاء مردوداً من قبل الشارع فيترتب على ذلك أن يكون المدعى عليه في المورد الأول شرعاً غير مصداق للمدعى عليه عند العقلاء، و يكون المدعى عليه في المورد الثانى عندهم مدعياً بحسب الشرع، كما إذا اتفقا على جريان عقد على العين الخارجية و اختلفا في كونه بيعاً لها بألف أو إجارتها عشر سنوات بألف، فالمالك يدعى أنه استأجرها و الآخر يدعى أنه اشتراها ربماً أن الاستصحاب حجّة شرعاً عند الجهل بالواقع و أنه أصل عملى لا يثبت به اللوازم فيكون مالك العين منكرًا لمطابقة قوله مع استصحاب عدم البيع و على الآخر إثباته، و لا يعارض الاستصحاب في ناحية عدم البيع بالاستصحاب في ناحية عدم إجارتها، لأن الاستصحاب في ناحية عدم الإجارة لا أثر له للعلم بأن الآخر يملك منفعة العين في عشر سنوات أما استقلالاً أو تبعاً لمالك العين، كما أن المالك

يملك الألف أما إجارة أو ثمنًا و المفروض أن الاستصحاب في عدم الإجارة لا يثبت وقوع البيع، فيبقى الاستصحاب في ناحية أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٧٩
نقول هو مدعى زيادة و قد أقام البيئنة بها فيجب أن يثبت و في القولين تردّد.

عدم البيع بلا معارض، من غير فرق بين طرح الدعوى كما ذكر أو طرحها بأن قال المالك العين بيد القباض أمانه بالاستيجار و قول الآخر أن يده عليها يد ملك بالشراء منه.
و الحاصل: أن أراد القائل باعتبار مصب الدعوى أن مع جريان الأصل أو القاعدة في المصّب الحاكم على القاعدة أو الأصل الجارى في الغرض يلاحظ الأصل الحاكم أو القاعدة الجارية في المصّب الحاكم على ما في ناحية الغرض فهو صحيح، كما ذكرنا، حيث لا اعتبار بالأصل المسبب مع وجود الأصل الجارى في السبب، و ان أراد أنه مع عدم أصل معتبر أو قاعدة معتبرة في المصّب لا اعتبار بالأصل أو القاعدة الجارية في الغرض فقد ذكرنا ضعفه و أنه لا موجب للحاكم أن يرفع يده عن تلك الحجّة بعد ما تقدم من توضيح الدعوى على الغير.

و على ما ذكرنا ففي موارد الاختلاف في البيع و الإجارة مع اتفاقهما في العوض كما في المثال المتقدم يقدّم قول المالك في عدم البيع، و مع عدم اتفاقهما في العوض يكون الحكم هو التحالف، أما في مسألة الاختلاف في الأجرة بعد اتفاقهما على الإجارة فالقول قول من يدعى الأقل، فمدعى الزيادة عليه البيئنة و مع عدمها يحلف الآخر على عدم الزيادة، كانت الخصومة قبل استيفاء المنفعة أم بعده، و ذلك لأصالة براءة ذمّة المستأجر عن الزائد من الأقل، بل لأصالة عدم جريان الإجارة على الأكثر. و لا يعارض بالاستصحاب في ناحية عدم جريان الإجارة على الأقل، حيث إن اشتغال ذمّة المستأجر بالأقل محرز فلا مورد فيه للاستصحاب و بالإضافة إلى وقوع الإجارة على الأكثر من الأصل المثبت، و ممّا ذكر يعلم الحال في مسألتي دوران القرض و المقدار في الإبراء بين الأقل و الأكثر.
أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٨٠

لو ادعى استيجار دار فقال الموجر بل آجرتك بيتا منها قال الشيخ يقرع بينهما (١) و قيل القول قول الموجر و الأوّل أشبه لأن كل واحد منهما مدع و لو اقام كل

(١) لو ادعى استيجار دار فقال مالکها آجرتك بيتا منها يحلف المالك على عدم اجارة الدار فتسقط دعوى المستأجر، لأن أصالة عدم اجارة الدار بتمامها توافق قول مالکها، و لا تجرى أصالة عدم جريانها على البيت، فإنها لا تثبت جريانها على الدار. و المتحصل: أنه لا فرق بين الاختلاف في مقدار الأجرة و الاختلاف في مقدار العين المستأجرة أو الاختلاف في المدة المستأجر فيها، ففي جميع موارد التردّد و الخلاف بين الأقل و الأكثر يقدم من يقول بالأقل، و يحلف على نفي الزيادة، إلا أن تكون لمدعى الأكثر بيئنة غير مبتلاة بالمعارض.

و إذا كان الاختلاف في الأجرة أو في العين المستأجرة أو في المدة من الاختلاف في المتباينين يكون المورد من موارد التداعى فيتحالفتان، فيحكم بالانفساخ كما، إذا قال المؤجر آجرتك البيت الشرقية، و قال المستأجر: استأجرت الغربية، لأنّ المستأجر يدعى ملكية منفعة البيت الغربية و المؤجر ينكرها و المالك يدعى استحقاقه الأجرة بدفع البيت الشرقية و ينكره المستأجر.

بقي الكلام فيما ذكره الماتن - قدس سرّه - في صورة اختلافهما في مقدار العين المستأجرة، كما إذا شهدت احدى البيئتين أن المالك آجر البيت سنة بكذا أى بعشرة مثلا، و شهدت بيئنة أخرى بأنه آجر الدار سنة بعشرة، فإن اتحد تاريخ عقد الإجارة في شهادتهما تعارضتا، و مع اختلافهما في تاريخ عقد الإجارة فإن كان التاريخ في بيئنة اجارة البيت أقدم يحكم بكون البيت مستأجرة سنة بعشرة، و يحكم أيضا بإجارة بقيّة الدار بجزء من العشرة، بحيث يكون مساويا بنسبة أجرة المثل لاجارة الدار، مثلا إذا كانت اجرة المثل للبيت

نصف اجرة المثل للدار تصح اجارة

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٨١

منهما بينة تحقق التعارض مع اتفاق التاريخ و مع التفاوت يحكم للأقدم لكن إن كان الأقدم بينة البيت حكم بإجارة البيت بأجرته و بإجارة بقية الدار بالنسبة من الأجرة.

بقية الدار بنصف العشرة، فتكون تمام منفعة الدار للمستأجر في السنة بإزاء خمسة عشر.

و ذلك لإمكان وقوع كل من الاجارتين بين المؤجر و المستأجر و ان لم يدعي، بأن وقعت الإجارة على البيت أولاً بالعشرة، ثم تجرى الإجارة على الدار، و بما أن الإجارة الثانية باطلة بالإضافة إلى البيت لاتفاقهما على عدم اقاتلتها به فيبطل نصف الأجرة من اجارة الدار، و يبقى نصفها، و هو مع اجرة البيت المستأجره أولاً خمسة عشر.

أقول: لا يمكن للحاكم الحكم المزبور فيما إذا علم بجريان عقد واحد على العشرة، إما بإزاء سكنى البيت أو بإزاء سكنى الدار. بل لا يمكن ذلك حتى مع احتمال تعدد العقد مع اعتراف المالك بأنه لا يستحق على المستأجر أزيد من العشرة، و إلا لأمكن أن يقال بالعمل بالبينتين معا فيما إذا قال المالك آجرتك الدار الشرقية بعشرة و قال المستأجر آجرتنى الدار الغربية بعشرة و أقام كل واحد منهما بينة.

و على الجملة: البينتان في مثل المفروض متعارضتان، و الترجيح بالأكثرية و الإقراع مع عدمه مبنى على دعوى عموم ما ورد في تعارض البينات بالإضافة إلى جميع موارد المخاصمات، أما بناء على اختصاصها بموارد تردد الحق بين الشخصين المتنازعين فيه و عدم شمولهما لمثل ما إذا تردد العقد بين عقدين و تنازعهما فيه فيؤخذ في المقام بقواعد القضاء، و مقتضاها في الفرض توجه اليمين على مالك الدار لمطابقة قوله مع استصحاب عدم جريان العقد على الدار و مع إقامتهما البينة لا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٨٢

لو ادعى كل منهما أنه اشترى دارا معينة و قبض الثمن و هى فى يد البائع قضى بالقرعة (١) مع تساوى البينتين عدالة و عددا و تاريخا و حكم لمن خرج اسمه مع

تكون للمستأجر المدعى بينة مثبتة لدعواه لابتلائهما بالمعارض على ما تقدم.

لا- يقال: لا يكون المثل من موارد الدعوى و الإنكار، بل من موارد التداعى، و الحكم فيه التحالف، لأن أصله عدم جريان الإجارة على الدار تعارضها أصله عدم جريانها على البيت بعشرة. و بتعبير آخر، كما أن المستأجر يدعى أن حقه سكنى الدار بدفعه العشرة إلى مالكةا، و الاستصحاب فى عدم جريان الإجارة على الدار ينفى هذا الحق له، كذلك مالك الدار يدعى أن حقه العشرة بتسليم البيت و الاستصحاب فى ناحية عدم جريان الإجارة على البيت بعشرة ينفى هذا الحق، فإنه يقال: إن على المالك تسليم البيت و تملكه العشرة على المستأجر المتفق عليها بينهم، و المستأجر يدعى لزوم تسليم الأزيد من البيت من باقى الدار.

و الحاصل أن للمالك المطالبة بماله على ما هو مقتضى سلطنته على أمواله، إلا أن يتملكه بإزاء ما لم يدفعه إلى صاحبه و الاستصحاب، فى عدم جريان الإجارة على غير البيت من باقى الدار ينفى تملكه العشرة بإزاء سكنى الدار و هذا بخلاف المستأجر فإن المعلوم من تملكه بإزاء العشرة هو سكنى البيت، و الاستصحاب المزبور ينفى تملكه سكنى باقى الدار.

(١) لو ادعى كل من الاثنين على من بيده العين أنه قد باعها منه و قبض ثمنها فتارة يفرض عدم البينة لهما، و لا لأحدهما و أخرى تكون البينة لكل منهما، و ثالثة لأحدهما خاصة، و على كل الفروض يكون المدعى عليه من بيده العين و هو البائع، و فى الفرض الأول فإن أنكر بيعها من واحد منهما و قبض الثمن يحلف على النفى لكل منهما، و إن اعترف لواحد منهما يؤخذ بإقراره و يحكم بأن

العين له

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٨٣

يمينه و لا يقبل قول البائع لأحدهما و يلزمه اعادة الثمن على الآخر لأن قبض

و يحلف للآخر على النفي.

و ربّما يقال: أنّ مع اعترافه لأحدهما تسقط دعوى الآخر على البائع بناء على أنّ إقراره لأحدهما من تلف المبيع قبل قبضه، و فيه أنّه لا وجه لسقوط دعوى الآخر، سواء أ قلنا بأنّ إقرار من بيده العين من تلف المبيع قبل القبض أم من إتلافه، فإنّه على فرض القول بالانحلال بالإقرار فالمدعى الآخر يطالبه باسترداد ما قبضه من الثمن، و على فرض عدم الانحلال يطالبه ببديل ما أتلفه عليه من العين المبيعة منه.

نعم لو أخذ المدعى الآخر العين من المقرّ له بالإقرار أو باليمين المردودة فلا يبقى مجال لدعواه على من كانت بيده لوصول حقّه إليه على ما تقدم.

و إن أقرّ من بيده العين ببيع نصفها من كل منهما تكون العين بينهما بعد حلف ذو اليد لكل منهما على نفي بيع تمام العين من كل من، هما و إذا كانت لأحد المدعين بينة دون الآخر، كما هو الفرض الثالث يحكم بأنّ العين لصاحب البينة لثبوت دعواه حتى ما لو أقرّ ذو اليد بأنّه قد باعها من الآخر دونه لأنّ البينة القائمة تثبت أنّ إقراره بالبيع من الآخر ليس من إقرار اليد المالكة لتسمع بالإضافة إلى بيعها من الآخر. نعم على ذي اليد أن يدفع الثمن للمقر له لاعترافه بأنّه أخذ منه ما أثبتت البينة كونه للغير.

أمّا إذا كانت لكل منهما بينة، كما هو ظاهر فرض الماتن- قدّس سرّه- فإن كان مدلول كل من البيتين بحيث ينفي مدلول الأخرى فتدخلان في المتعارضتين، و قد تقدم سابقا أنّ البينة المتبلاة بالمعارض لا تكون ملاكا للقضاء، و لا تفيد المدعى فتصل النوبة إلى حلف ذي اليد، و بتعبير آخر الحكم في هذا الفرض كالحكم في الفرض الأوّل بلا فرق بينهما.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٨٤

الثنين ممكن فتردحم البيتان فيه.

و دعوى الرجوع إلى المرجح و مع عدمه إلى الإقراع ليحلف صاحب البينة الراجحة أو المخرج قرعته لا يمكن المساعدة عليها، فإنّ ما ورد في الترجيح أو الإقراع فيما إذا أحرز أنّ الحق مرّدد بين المتنازعين يعنى صاحب البيتين و المفروض في المقام أنّ من بيده العين ينفي كون الحق لغيره.

و كذا لا يمكن المساعدة على ما ذكر الماتن- قدّس سرّه- من أنّ مع الحكم بالعين لأحدهما يلزم على من بيده العين ردّ الثمن إلى المدعى الآخر، لأنّه لا تعارض بين البيتين بالإضافة إلى أخذه الثمن من كل منهما فيعمل بهما في أخذه.

و الوجه في عدم المساعدة أنّ المشهود به لكل من البيتين الأخذ بعد البيع، و إذا فرض تعارضهما في بيعها من كل منهما فكيف لا تتعارض في القبض المتفرع على البيع من كل منهما، نعم إذا لم يكن بين البيتين تعارض، كما إذا شهدت إحدى البيتين أنّه قد باع العين من زيد في أوّل هذا الشهر، و شهدت الأخرى أنّه قد باعها في نصف هذا الشهر من عمرو، و لا ندرى أنّه قد باعها من قبل لزيد أم لا، ففي هذا الفرض يحكم بأنّ العين لزيد و إنّ على البائع ردّ الثمن المأخوذ من عمرو عليه، و الوجه في ذلك ظاهر بعد الإحاطة بما تقدم.

بقي في المقام أمر، و هو أنّه إذا فرض ثبوت البيتين فيما لم تكن لكل من المدعين بينة، أو كانت البينة لكل منهما، كما إذا لم يحلف من بيده العين على نفي البيع لواحد منهما بل حلف كل منهما باليمين المردودة برّدّه أو برّد الحكم، فهل يحكم بأنّ العين

بينهما بالمناصفة لوقوع المخاصمة والحكم في زمان واحد و يرجع كل منهما إلى من بيده العين بنصف الثمن الذي ادعى إقباضه إياه. أو أنه يقرع فيمن له اليمين المردودة حيث ان العين الواحدة لا يمكن أن تكون ملكا لكل من الاثنين بتمامها ولا يدخل الفرض في مدلول معتبرة إسحاق بن عمار أو معتبرة

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٨٥

و لو نكلا- عن اليمين قسّمته بينهما و يرجع كلّ منهما بنصف الثمن و هل لهما أن يفسخا الأقرب لتبعض المبيع قبل قبضه و لو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع لعدم المزاحم و في لزوم ذلك له تردّد أقربه اللزوم.

و لو ادعى اثنان أنّ ثالثا اشترى من كلّ منهما هذا المبيع (١) و اقام كلّ منهما بينة فإن اعترف لأحدهما قضى له عليه بالثمن و كذا إن اعترف لهما قضى عليه

غياث بن إبراهيم و لا- في الأخبار الواردة في الإقراع عند اختلاف البينتين و يشهد لخروج الفرض عن مواردها أنه لو لم يحلف المدعيان بعد ردّ اليمين عليهما يبقى العين بيد من ينفي بيعها منهما كما لا يخفى؟ لا يبعد الالتزام بالثاني، و أنه إذا حلف أحدهما باليمين المردودة تنصرف الخصومة عن مدعى الآخر إليه.

ثمّ إنه بناء على تنصيف العين بينهما و ردّ نصف الثمن المدعى على كل من المدعيين يجوز لكل منهما فسخ البيع الذي أثبتته باليمين المردودة لتبعض الصفقة عليه و لو في مقام التسليم، و إذا فسخ أحدهما فهل يلزم بيعه؟ قيل بذلك، لأنّ الخيار الثابت ليس لتبعض الصفقة عليه في مقام المعاملة لاحتمال وقوع بيعه قبل وقوع بيع الفاسخ أو لم يقع بيع قبل بيعه أصلا، فيكون الخيار الثابت لتبعض الصفقة عليه في مقام التسليم أي عدم تمكّن البائع على تسليم تمام المبيع، و مع فسخ أحدهما أوّلا يرتفع المحذور.

أقول: قد ظهر ممّا ذكرنا ما فيما ذكره، فلا حاجة إلى التطويل.

(١) لو كانت عين في يد ثالث و ادعى كل من الاثنين أنه قد باع تلك العين منه و لم يأخذ ثمنه فقد لا يكون بين الدعويين تناف و تعارض، كما إذا كان المحتمل

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٨٦

بالثمنين و لو أنكر و كان التاريخ مختلفا أو مطلقا قضى عليه بالثمنين جميعا لمكان الاحتمال و لو كان التاريخ واحدا تحقّق التعارض إذ لا يكون الملك الواحد في الوقت الواحد لاثنين و لا يمكن إيقاع عقدين في الزمان الواحد فيقرع بينهما فمن خرج اسمه احلف و قضى له و لو امتنعا من اليمين قسم الثمن بينهما.

أنّ الثالث اشترى من أحدهما أوّلا، ثم انتقلت إلى المدعى الآخر بهبة أو بيع أو غيرها فاشترى منه ثانيا، و لو لم يكن في هذا الفرض للمدعيين بينة و لا لأحدهما فيحلف الثالث لكل منهما على عدم شرائها منهما.

و إن أقام أحدهما بينة يحكم له بأنّه يستحق الثمن المدعى به، و يحلف على النفي للآخر، و إن ردّ اليمين عليه أو اعترف بأنّه اشترى العين منه يحكم باستحقاق الآخر أيضا الثمن الذي يدعيه. و بهذا يظهر الحال فيما كانت لكل منهما بينة، بحيث لا تنافي بينة الآخر، كما تقدم في توجيه دعواهما.

و أمّا إذا كان بين الدعويين تناف، كما إذا ادعى كل منهما بيعها بثمن يكون شخصا خارجيا أو كان كليا و لكن لا يمكن عادة وقوع البيعين، كما إذا كان التاريخ في كل من الدعويين للبيع واحدا و كذا في البينتين على تقديرهما، و يجرى في هذه الصورة ما تقدم في المسألة السابقة، فلو أقام أحدهما بينة على مدعاه ثبت دعواه و يحكم بأنّه يستحق الثمن المدعى به فإن اعترف ذو اليد بأنّه اشترى عن الآخر لا يسمع، لأنّ الثمن المعين بينة الآخر ملك ذلك الآخر فلا يسمع إقرار غيره فيه و كذا فيما إذا كان الثمن كليا فإنّ ذلك

الكلية بالبينة ملك الغير فلا يسمع الإقرار فيه أيضا. و على الجملة يظهر كل ما فى الفرض عمّا تقدم فى الاختلاف على ثالث أنه باع و قبض الثمن.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٨٧

و لو ادعى شراء المبيع من زيد و قبض الثمن و ادعى آخر شرائه من عمرو و قبض الثمن ايضا و أقاما بينتين متساويتين فى العدالة و العدد و التاريخ فالتعارض متحقق (١) فحينئذ يقضى بالقرعة و يحلف من خرج اسمه و يقضى له و لو نكلا عن

(١) لو ادعى أحد على زيد أنه قد باع العين الفلانية منه و قبض ثمنها، و ادعى آخر على عمرو أنه قد باع تلك العين منه و قبض ثمنها، و الحاصل يدعى كل من الاثنين أنه يملك العين بشرائها من بائعها و دفع ثمنها إليه فى المقام صور:

تبريزى، جواد بن على، أسس القضاء و الشهادة، در يك جلد، دفتر مؤلف، قم - ايران، اول، ه ق

أسس القضاء و الشهادة؛ ص: ٣٨٧

الأولى: أن تكون العين بيد زيد و عمرو أو بيد خامس يعترف بأن العين لزيد و عمرو أو يقول: لا أدري لأيهما فى هذه الصورة إن أقام كل من الاثنين بينة بشرائها من بائعها و تساوى البيتان فى العدالة و العدد و التاريخ يتحقق التعارض بين البيتين. فعلى ما ذكره الماتن - قدس سره - يقرع بين البيتين و من خرج اسمه يحلف و يقضى بأن العين له و يرجع الآخر إلى بائعه و يأخذ ما دفع إليه من الثمن، و لو لم يحلف من خرج اسمه و لا المدعى الآخر قسمت العين بينهما بالمناصفه، و يرجع كل منهما إلى بائعه بنصف ما دفع إليه من الثمن، كما أن لكل من الاثنين فسخ البيع الواقع بينه و بين البائع منه لتبعض الصفقة عليه و لو فى مقام القبض، و إذا فسخ أحدهما فليس للآخر الأخذ بتمام العين فى مفروض الكلام، حيث أنه بفسخه لا يرجع تمام العين إلى ملك البائع من الآخر، بل يرجع نصفها إلى ملك البائع ممن فسخ الشراء.

أقول: بناء على الرجوع إلى القرعة فى المقام، فإن خرج اسم واحد من الاثنين و حلف على أنه شرى العين من بائعها المالك فيرجع الآخر منهما إلى بائعه بتمام

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٨٨

اليمين قسم المبيع بينهما و رجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن و لهما الفسخ و الرجوع بالثمنين و لو فسخ أحدهما جاز و لم يكن للآخر أخذ الجميع لأن النصف الآخر لم يرجع إلى بائعه.

الثمن حتى مع اعترافه بأن البائع منه كان هو مالكةا و ذلك لتلف المبيع منه قبل قبضه، أمّا إذا لم يحلف هو يعنى من خرج اسمه بالقرعة و حلف الآخر فى جواز رجوع الناكل إلى بائعه بالثمن الذى دفعه إليه إشكال، لأن تلف المبيع قبل قبضه مستند إلى نكول الناكل، فهو المتلف للعين التى اشتراها، و هذا لا- يوجب انحلال البيع منه، كما أنه لو نكلا فى رجوع كل منهما إلى بائعه بنصف الثمن مشكل، لأنه يجرى على كل منهما أنه المتلف لنصف المبيع على نفسه بنكوله.

نعم بناء على عدم الإقراع و الحكم بالتنصيف مع حلف كل من الاثنين أو مع نكولهما يرجع كل منهما إلى بائعه بنصف الثمن فى صورة حلفهما خاصة، لعدم استناد تلف نصف المبيع إليهما، بخلاف صورة نكولهما، حيث يستند التلف إلى النكول، و كذا فيما إذا حلف أحدهما و نكل الآخر، فإن الناكل لا يرجع إلى بائعه مع اعترافه بأن بائعه كان المالك للمبيع، اللهم إلا أن يقال: أن النكول من الحلف لا يعد إتلافا و لذا يثبت لكل من الاثنين الخيار فى فسخ شرائه، لأن ابتلاء واقعة المبيع بالخصومة و الاختلاف عيب، فيجوز

للمشتري فسخ الشراء، إذا لم يكن عالما بالحال قبل الشراء.

الصورة الثانية: ما إذا كانت العين بيد المدعين أو بيد من يقرّ أنّهما لهما ففي هذه الصورة مع البينة لكل منهما يحكم بأنّ العين بينهما بالمنصفة مع حلفهما أو مع نكولهما، و مع نكول أحدهما و حلف الآخر يحكم بأنّ العين للحالف، و ذلك لدخول هذه الصورة كالصورة السابقة في مدلول معتبرة إسحاق بن عمّار

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٨٩

و لو ادعى عبد أنّ مولاة أعتقه (١) و ادعى آخر، أنّ مولاة باعه منه و أقاما البينة قضى لأسبق البينتين تاريخا فإن اتفقتا قضى بالقرعة مع اليمين و لو امتنعا عن

و معتبرة غياث بن إبراهيم، ثم مع حلفهما أو نكولهما ففي رجوعهما في نصف الثمن إلى بائعهما، و كذا في رجوع الناكل مع حلف الآخر في تمام الثمن إلى بائعه ما ذكرناه في الصورة السابقة.

الصورة الثالثة: ما إذا كانت العين بيد أحد المدعين فإنّه يحكم بأنّها له مع حلفه، بلا فرق بين إقامتها البينة أو لم يكن في البين بينة أصلا، نعم إذا كانت لهما بينة فيرجع المدعى الآخر إلى بائعه بتمام الثمن، و مع عدم البينة يحتاج أخذ الثمن من بائعه إلى الدعوى على بائعه، و إذا ثبتت دعوى بيعه منه استرد الثمن، بلا فرق بين أن يكون ثبوتها بإقرار البائع أو باليمين المردودة، و كذا الحال فيما إذا كانت العين بيد أحد البائعين و اعترف بالبيع ممّن يدعى الشراء منه، سواء أ كان لكل من المدعين بينة أم لم يكن لهما أو لأحدهما بينة.

نعم إذا كانت البينة لغير المقرّ له خاصة يحكم بأنّ العين لصاحب البينة، و لا يفيد إقرار ذي اليد للآخر، لأنّ البينة قد أثبتت أنّ من بيده العين لم يكن مالكا لها فلا يفيد إقراره، فعلى المقرّ له الرجوع إلى من بيده العين لاسترداد ثمنه لبطلان بيعه و إقراره.

(١) لو ادعى عبد أنّ مولاة أعتقه فهو حرّ، و قال آخر أنّ مولاة باعه منه فهو مملوك له، و لم تكن لأحدهما بينة، فإن كدّبهما المولى فيحكم بعد حلفه لكل منهما على نفى دعواهما بأنّه رقّ لمولاة، و لو اعترف المولى لواحد منهما يؤخذ باعترافه، و يحكم بثبوت تلك الدعوى، و عليه الحلف للآخر على نفى دعواه.

و المحكى عن المبسوط أنّه إذا اعترف لأحدهما يحكم بثبوت دعواه من غير

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٩٠

اليمين قيل يكون نصفه حرّا و نصفه رقّا لمدعى الاتباع و يرجع بنصف الثمن و لو

حاجة إلى الحلف للآخر، فإنّه لو اعترف لمدعى الشراء يكون العبد مملوكا له، فلا يسمع إقراره ثانيا بأنّه أعتق العبد، فإنّه إقرار على الغير لا- على النفس. و بتعبير آخر لا- يترتب على الاعتراف بالعتق بعد ثبوت البيع أثر، كما أنّه لو اعترف للعبد بالعتق أولا فلا يفيد الاعتراف بالبيع ثانيا، لأنّ مع سماع الاعتراف بالعتق لكونه على نفسه يكون البيع على تقديره منحلّا لتلف المبيع قبل القبض. نعم لو ادعى على المولى أنّه قد باع العبد منه و قبض الثمن يتوجه اليمين إلى المولى، لإسقاط دعوى قبض الثمن.

أقول: الاعتراف بعتق العبد لنفوذه يحسب من إتلاف المبيع قبل القبض، و هذا لا- يوجب انحلال البيع، فيكون على المولى بإقراره بالبيع ثانيا بدل العبد أى قيمته. نعم للمشتري فسخ البيع المدعى به لعدم حصول القبض، و على ذلك يكون على المولى مع عدم إقراره بالبيع ثانيا الحلف لمدعى الشراء نعم لا حاجة إلى الحلف للعبد بعد اعترافه بالبيع لمدعى الشراء، لأنّ اعترافه بالعتق ثانيا لا يفيد شيئا و لا مورد للغرم.

و قد يقال اعترافه بعتق العبد ثانيا أثره كون العبد حرّا لو انتقل إلى المولى المقرّ له بالعتق، فإنّ سماع الإقرار بالعتق ثانيا كسماع الإقرار

بالنسب في بعض فروض دعواه، كما أنّ عدم ترتب الأثر الفعلي في بعض فروض دعوى النسب لا يمنع عن سماع دعواه كذلك دعوى العتق، بل قد يذكر أنّ على المولى بعد إقراره بالعتق أن يشتري العبد ممّن أقر له أو لا لينعتق.

و لكن ما ذكره لا يمكن المساعدة عليه، و لكن القول بأنّ على المولى الجواب عن دعوى العبد بعتقه للأثر التعليقي لا بأس به، أخذا بعموم ما ورد في البيئته على

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٩١

فسخ عتق كلّه و هل يقوم على بائعه الأقرب نعم لشهادة البيئته بمباشرة عتقه.

المدعى و اليمين على المدعى عليه.

و ممّا ذكرنا يظهر الحال فيما إذا كانت لمدعى العتق أو لمدعى الشراء بيئته، فإنّه تثبت بها دعوى صاحبها، و على المولى الحلف للآخر على نفى دعواه، أمّا إذا أقام كل منهما بيئته فمع تساويهما يقرع بينهما و من خرج اسمه بالقرعة يحلف فتثبت دعواه، و لو نكل حلف الآخر.

و ربّما يقال بأنّه لو نكلا يحكم بأنّ العبد نصفه حرّ و نصفه رق لمدعى الابتاع، و يثبت له خيار الفسخ لتبعض الصفقة عليه فإن فسخ يرجع على البائع بتمام الثمن و إلّا فبنصفه، كما أنّه مع الفسخ ينعتق العبد كلّه لزوال المزاحم لبيئته العتق، و ربّما يقال في فرض عدم الفسخ أيضا بتقويم العبد في نصفه على المولى، و يدفع إلى المشتري فينعتق لحصول شرط السراية بعتق نصفه الثابت بالبيئته.

و فيه أنّه لا موجب للتصنيف مع نكولهما بل يحلف المولى لهما على نفى دعوى كل منهما مع عدم البيئته كما تقدم و تسقط دعواهما بنكولهما مع البيئته لكل منهما مطلقا أو مع حلف المولى لهما على النفي، بدعوى أنّ حلفهما مع البيئته نظير حلف المدعى إذا كان له شاهد واحد، فإنّه إذا لم يحلف تصل النوبة إلى حلف المدعى عليه. و على الجملة فمثل الفرض خارج عن مدلول معتبرة إسحاق بن عمّار و معتبرة غياث، غاية الأمر تبقى دعوى دخوله في الأخبار الواردة في الإقراع عند تعارض البيئتين، و لا يستفاد من تلك الأخبار إلّا ثبوت دعوى من أخرجته القرعة مع حلفه، و إلّا فيحلف الآخر، أمّا ثبوت دعوى كل منهما بالإضافة إلى النصف مع نكولهما فلا يستفاد من شيء من تلك الأخبار فراجعها.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٩٢

[مسائل]

إشارة

مسائل:

[الاولى: لو شهد للمدعى أن الدابة ملكه منذ مدة فدلّ سنّها على أقل من ذلك قطعا أو أكثر]

الاولى: لو شهد للمدعى أن الدابة ملكه منذ مدة فدلّ سنّها على أقل من ذلك قطعا أو أكثر سقطت البيئته (١) لتحقق كذبها.

(١) لو ادعى على زيد بأنّ الدابة التي بيده ملكه، و شهدت له بيئته بأنّ الدابة ملكه منذ عشر سنوات، و دلّت سنّ الدابة على أنّ لها خمس سنوات، أو شهدت البيئته على أنّ الدابة ولدت في ملك المدعى قبل خمس سنوات، و دلّ سنّها على أنّ عمر الدابة عشر سنوات فتسقط البيئته عن الاعتبار لتحقق كذبها، فيحلف ذو اليد على نفى دعواه.

وقد يقال يحكم بأن الدابة ملك المدعى، لأن سقوط البينة في بعض مدلولها لتحقق كذبها فيه لا يوجب سقوطها عن الاعتبار في تمام مدلولها. وبتعبير آخر شهادة البينة بأنها ملكه فعلا لم يعلم كذبها، وإنما سقطت عن الاعتبار بالإضافة إلى مبدء الملك فيكون نظير ما شهدت البينة بنجاسة كل من الإنائين و لكن علم طهارة أحدهما المعين فإنه يؤخذ بها في نجاسة الآخر. و لكن لا يخفى أن عدم سقوط البينة عن الاعتبار في تمام مدلولها مع سقوطها في بعضها يختص بما إذا كان مدلولها من ذكر المحمولين لموضوعين أو محمولين لموضوع واحد، أما إذا كان من قبيل المحمول الواحد المستمر لموضوع فالعلم بكذبها في استمرار ذلك المحمول يسقطها عن الاعتبار، كما إذا شهد العدلان بنجاسة مائع من يوم السبت، و علمنا أنه كان طاهرا في السبت فلا يحكم بنجاسة المائع فعلا، بل يرجع فيه إلى أصالة الطهارة، و ما نحن فيه من هذا القبيل. و الحاصل لا عبرة بالمدلول الانحلالي في تبعض اعتبار الامارة فيما إذا كان من ذكر الحكم الواحد المستمر لموضوع. أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٩٣

[الثانية: لو ادعى دابة في يد زيد و اقام بينة أنه اشتراها من عمرو]

الثانية: لو ادعى دابة في يد زيد و اقام بينة أنه اشتراها من عمرو فإن شهدت البينة بالملكية مع ذلك للبائع أو للمشتري أو بالتسليم قضى للمدعى (١) فإن شهدت بالشراء لا غير قيل لا يحكم لأن ذلك قد يفعل فيما ليس بملك فلا يدفع اليد المعلومة بالمظنونة و هو قوی و قيل يقضى له لأن الشراء دلالة على التصرف السابق الدال على الملكية.

و ربما احتدل في عبارة المصنف - قدس سره - أن يكون (أكثر) عطفاً على (قطعا) لا على أقل بأن يدل سن الدابة على الأقل جزماً أو بالأكثرية، يعنى الغلبة، فيكون الحاصل سقوط البينة عن الاعتبار بالظن الحاصل من الغلبة بكذبها. و لكن لا يخفى ما فيه فإن هذا لا يناسب تعليل عدم الاعتبار بتحقيق كذبها و الظن بالخلاف لا يوجب سقوطها و لا سقوط غيرها من سائر الأمارات عن الاعتبار، فإن الظن لا يغنى من الحق شيئا.

(١) لو كانت عين في يد زيد دابة كانت أو غيرها، و ادعى مدع أن العين المزبورة ملكه فعلا لأنه اشتراها من عمرو، و اقام بيته تشهد بالشراء المزبور فذكر جماعة كالمصنف - قدس سره - أنه لو كانت شهادة البينة بأنه اشتراها من عمرو و صارت ملكه أو بأن عمرا باعها منه و هو مالك لها أو أنه باعها منه و سلمها إليه يحكم على العين بأنها ملك للمدعى لشهادة البينة على أنها ملك له فعلا. أما لو كانت شهادة البينة بمجرد الشراء من عمرو من غير شهادة بكون العين للمدعى أو بملكية البائع أو تسليمه العين إلى المدعى فلا تكون البينة ملاكا للقضاء، بل يحلف ذو اليد على نفي دعواه، لأن اليد الحالية في العين من زيد يجعله منكر، و مجرد الشراء من عمرو لا يدل على شيء، لأن الشراء قد يقع بغير الملك من بائع فضولا. أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٩٤

[الثالثة: الصغير المجهول النسب إذا كان في يد واحد و ادعى رقيته]

الثالثة: الصغير المجهول النسب إذا كان في يد واحد و ادعى رقيته قضى بذلك ظاهرا (١) و كذا لو كان في يد اثنين و اما لو كان كبيرا و أنكر فالقول قوله لأن

أقول: لا فرق بين صورتين فإن الشهادة بالشراء المحمول على الشراء الصحيح مساوقة لقول البينة، و هي لبائعها أو نحوه، نعم لو قال الشهود بأننا نشهد بجريان إيجاب البيع و قبوله، و لا نشهد بأمر آخر فلا تسمع، لأن مجرد الإيجاب و القبول لا يكون بيعا و لا شراء.

ثم إنه إذا لم تسمع بينه المدعى ولكن اعترف ذو اليد و هو زيد بأنه قد تملكها من المدعى انقلبت الدعوى، كما ذكرنا سابقا أن بذلك تسقط اليد الفعلية عن الاعتبار.

(١) ذكروا الصغير المجهول نسبه يمكن كونه ملكا لذى اليد، فلو ادعاه بأن قال: رق، يسمع قوله، و يحكم بكونه ملكا له، و كذا إذا كان في يد اثنين و قالوا أن هذا في دعوى الرقية في الصغير المجهول النسب، أما إذا كان مدركا فلا تسمع دعوى الرقية إلا بالبينه أو اعترافه بأنه رق، لأن الأصل في الإنسان هو الحرية، و بتعبير آخر التزموا بتقديم دعوى الرقية مع اليد على أصالة الحرية في الصغير، و بتقديم أصالة الحرية على دعوى الرقية حتى مع اليد في الكبير.

و قد نوقش في الصغير بأنه يظهر من حسنه حمران بن أعين خلاف ذلك «قال: سألت أبا جعفر- عليه السلام- عن جارية لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل و امرأة ادعى الرجل أنها مملوكة له و ادعت المرأة أنها ابنتها فقال: قد قضى في هذا على- عليه السلام- قلت: و ما قضى في هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالرق، و هو مدرك، و من أقام بينه على من ادعى من عبد أو أمه دفع إليه و يكون له رقا، قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسأل الذي ادعى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٩٥

الأصل الحرية و لو ادعى اثنان رقيته فاعترف لهما قضى عليه و إن اعترف لأحدهما كان مملوكا له دون الآخر.

أنها مملوكة له بينه على ما ادعى فإن أحضر شهودا يشهدون أنها مملوكة لا يعلمونه باع و لا وهب دفعت الجارية إليه حتى يقيم المرأة من يشهد لها أن الجارية ابنتها حرة مثلها فلتدفع إليها و تخرج من يد الرجل قلت فإن لم يقيم الرجل شهودا إنه مملوكة له؟ قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأة البينة على أنها ابنتها دفعت إليها فإن لم يقيم الرجل البينة على ما ادعى و لم تقم المرأة البينة على ما ادعت خلى سبيل الجارية تذهب حيث شاءت» (١).

و لكن يمكن الجواب عن المناقشة أن هذا فيما إذا كان منازع لذى اليد المدعى بالرقية و المملوكية له، فتقديم أصالة الحرية في مفروض الرواية لا يقتضى كون الحكم كذلك مع عدم المنازع له بدعوى النسب، بل لو أقام مدعى النسب بينه تسمع، سواء أ كان لمدعى الرقية بينه أم لا، و مع المنازع لو كان لمدعى الرقية بينه يحكم بالرقية لو لم تكن بينه لمدعى النسب كما هو ظاهر الحسنه. كما أنه قد نوقش في الأمر الثانى بما ورد فى جواز شراء ما يباع فى السوق و غيره، و ان ادعى أنه حرّ، و فى صحیحه العيص بن القاسم عن أبى عبد الله- عليه السلام-: «قال: سألته عن مملوك ادعى أنه حرّ و لم يأت بينه على ذلك أشتريه؟ قال: نعم» (٢)، و فى صحیحه حمزة بن حمران: «قلت لأبى عبد الله- عليه السلام-: أدخل السوق و أريد أشتري جارية فتقول: إني حرّة، قال: أشتريها إلا أن يكون لها بينه» (٣). و قيل بأن ظاهرهما تقديم اليد على أصالة الحرية حتى فى المدرك و البالغة.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٩: ١٨٤.

(٢) المصدر نفسه: الباب ١٣ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ٥: ٣٠.

(٣) المصدر نفسه: الباب ١٣ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ٢: ٣٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٩٦

[الرابعة: لو ادعى كل واحد منهما ان الذبيحة له و فى يد كل منهما بعضها]

الرابعة: لو ادعى كل واحد منهما ان الذبيحة له و فى يد كل منهما بعضها (١) و اقام كل واحد منهما بينه قيل قضى لكل واحد بما فى يد الآخر و هو الأليق بمذهبنا و كذا لو كان فى يد كل واحد شاء و ادعى كل منهما الجميع و أقاما بينه قضى لكل منهما بما فى يد

الآخر.

و لكن لا يبعد حملهما على صورة دعوى الحرية بالتحريم، فإن مع اليد لا تثبت هذه الدعوى إلا بالبينه، بل ظاهر صحيحه العيص هو دعوى التحرير.

و على الجملة فمقتضى الجمع بين ما ورد في أن الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالعبودية و هو مدرک من عبد أو أمه و من شهد عليه بالرق صغيرا أو كبيرا و مثل صحيحه العيص و حمزة بن حرمان هو حملهما على صورة دعوى التحرير.

(١) لو كان بعض العين بيد واحد و بعضها الآخر بيد الآخر، و ادعى كل منهما أنه يملك العين بتمامها، كما إذا كان بعض الذبيحة بيد زيد و بعضها بيد عمرو، و أقام كل منهما البيه بأن تمامها له يحكم بأن ما بيد زيد ملك عمرو و ما بيد عمرو ملك لزيد بناء على المنسوب إلى المشهور من تقديم بيه الخارج أى المدعى على بيه الداخل، يعنى بيه ذى اليد، و لا يقاس ذلك بما إذا كانت العين بيد الاثنين بحيث يكون لكل منهما تمام العين خارجا و لكن لا استقلالاً، فإن الحكم فيه بالمناصفه مع يمين كل منهما أو مع نكولهما كما تقدم. و بناء على تقديم بيه الداخل على بيه الخارج يحكم بكون كل منهما مالكا لما بيده.

و مما يترتب على القولين أنه لو كان أحدهما مسلما و الآخر كافرا يحكم بحليه ما بيد الكافر حيث إنه ملك المسلم و بحرمة ما بيد المسلم فإنه ملك الكافر، هذا على القول بتقديم بيه الخارج، و أما بناء على تقديم بيه الداخل يكون الحكم على أسس القضاء و الشهاده، ص: ٣٩٧

[الخامسة: لو ادعى شاه فى يد عمرو و اقام بيه فتسلمها ثم اقام الذى كانت فى يده بيه أنها له]

الخامسة: لو ادعى شاه فى يد عمرو و اقام بيه فتسلمها ثم اقام الذى كانت فى يده بيه أنها له قال الشيخ ينقض الحكم و تعاد و هو بناء على القضاء لصاحب اليد مع التعارض و الاولى أنه لا ينقض (١).

العكس.

أقول: قد تقدم أن بيه المنكر و ان لم تكن مدركا للقضاء، إلا أنها توجب سقوط بيه المدعى عن الاعتبار، و عليه فتعارض البيهتين فى الفرض يوجب أن يحلف كل للآخر على نفى دعواه، فتكون النتيجة أن ما بيد كل منهما ملك لهما، و ليس هذا مبني على تقديم بيه الداخل، كما لا يخفى، و يظهر مما ذكرنا ما لو كان بيد كل منهما شاه أو عين أخرى، و ادعى كل منهما أنه يملكهما أو يملك ما بيد الآخر و أقاما البيه على دعواهما.

(١) لو كانت عين فى يد زيد و ادعاها عمرو و أقام بيه على أنها له يحكم بأنها له لثبوت دعواه بالبينه، ثم بعد ذلك أقام زيد البيه على أنها له قيل، كما عن الشيخ، بأنه ينتقض الحكم السابق و تعاد العين إلى زيد، و هذا بناء منه على تقديم بيه الداخل فى مقام المعارضة على ما ذكر الماتن - رحمه الله - قال أن الأولى أن الحكم لا ينتقض.

أقول: تقديم بيه الداخل على تقديره يختص بما إذا كانت إقامتها قبل الحكم فى الواقعة، و أما الظفر بالبينه بعد الحكم كما لا يفيد المدعى فيما إذا وجدها بعد الحكم كذلك فى بيه المنكر. و بتعبير آخر البيه بعد الحكم خارجة عن موضوع الاعتبار فى باب القضاء، كما هو مقتضى ما دل على نفوذه. نعم لو كان مدلول البيه الملكيه الجديده فيما إذا ادعاها فهذا أمر آخر لا ينافى القضاء السابق.

أسس القضاء و الشهاده، ص: ٣٩٨

[السادسة: لو ادعى دارا فى يد زيد و ادعى عمرو نصفها و أقاما البيه]

السادسة: لو ادعى دارا في يد زيد و ادعى عمرو نصفها و أقاما البينة قضى لمدعى الكلّ بالنصف لعدم المزاحم (١) و تعارضت البيتان في النصف الآخر فيقرع بينهما و يقضى لمن خرج اسمه مع يمينه و لو امتنعا من اليمين قضى بينهما بالسوية فيكون لمدعى الكل ثلاثة أرباع و لمدعى النصف الربع.

(١) ذكر - قدس سره - أنه لو كانت عين في يد زيد، و ادعى عمرو أن له نصفها، و ادعى آخر بأن له كلها، و أقام كل واحد منهما بينة بدعواه، فمع تساوي البيتين يقرع بينهما، ف، من خرج اسمه يحلف و مع امتناعهما يحكم بأن ثلاثة أرباعها لمدعى الكلّ و ربعها لمدعى النصف، لأن البينة القائمة بكون تمامها لمدعى الكلّ لا معارض لها في النصف، و تعارض البيتان في النصف الآخر، فيحكم بالقسمة بينهما بعد نكولهما.

أقول: قد تقدم أن الحكم في المال المتنازع فيه الذي ليس في يد المتنازعين و لا في يد أحدهما، كما هو الفرض في المقام، هو الحكم بالتنصيف سواء أحلفا أم نكلا، و لا موجب فيه للرجوع إلى القرعة سواء أ تساوت البيتان في عدد شهودهما أم اختلفا، كما هو المستفاد من معتبرتي إسحاق بن عمير و غياث بن إبراهيم المتقدمين، كما أن مقتضاهما أنه لو كانت العين المزبورة بيد من يقول بأنها ملك له يحكم بأن العين له فيما إذا حلف لمدعى النصف، حيث إن بيته مدعى النصف و إن كانت من بيته الخارج، يعنى المدعى، إلا أنه لا اعتبار بها، لا بتلائها بالمعارض، و هو بيته من بيده العين، فتصل النوبة إلى حلف المنكر، يعنى من بيده العين القائل بكون كلها له. و لو كانت بيد مدعى النصف يحكم على العين بالمناصفة لهما بعد حلف من بيده العين على عدم كون تمامها لمدعى الكلّ.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٩٩

و لو كانت يدهما على الدار و ادعى أحدهما الكل و الآخر النصف و اقام كلّ

و إذا كانت العين في يدهما يكون يد كلّ منهما في نصف العين مشاعا و في تمامها على سبيل عدم الاستقلال، فيحسب مدعى الكلّ مدعيا بالإضافة إلى النصف المختلف فيه بينهما، و بما أن ذلك النصف بيد مدعى النصف فيحسب منكرا، و لا بتلاء بيته المدعى بالمعارض يحلف لمدعى الكلّ على نفى دعواه، فيحكم له بنصف العين، و لكن ذكر الماتن - قدس سره - تبعا لغيره أن العين كلها لمدعى الكلّ و ليس لمدعى النصف حظّ فيها، و ذلك أن بيته مدعى الكلّ تحسب بالإضافة إلى النصف المختلف فيه بيته الخارج و بيته مدعى النصف بيته الداخل، و بما أنه عند المعارضة تقدم الأولى فيحكم بثبوت مدلولها يعنى دعوى مدعى الكلّ.

و عن ابن الجنيد أن الحكم بالتنصيف فيما إذا كان ما بيدهما جزءان خارجيان، و اتفقا على أن أحد الجزئين للواحد منهما و اختلفا في الجزء الآخر، ففي هذه الصورة يكون لأحدهما الربع و للآخر ثلاثة أرباع نظير الدرهمين فيما إذا كان بيدهما و اتفقا على أن واحدا منهما بتمامه لأحدهما و اختلفا في الجزء الآخر، و في الصحيح عن عبد الله بن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبد الله - عليه السلام - «في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما الدرهمان لي و قال الآخر هما بيني و بينك فقال: أما الذي قال هما بيني و بينك فقد أقرّ أن أحد الدرهمين ليس له و أنه لصاحبه و يقسم الآخر بينهما».

و أما إذا كان مدعى النصف يدعيه بنحو الإشاعة في تمام المال فيعمل مع العين على طريق العول، على ما هو المقرّر في ضرب سهام الغرماء في مال المفلس، فيجعل في المثال لمدعى الكلّ ثلثها و لمدعى النصف ثلثها، لأنّ سهمه ثلث

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٠٠

منهما بيته كانت لمدعى الكلّ و لم يكن لمدعى النصف شيء لأنّ بيته ذى اليد بما في يده غير مقبولة.

مجموع السهام، كما أن سهم مدعى الكل ثلثي مجموع السهام. و ذكر في ذلك أن مدعى النصف يدعى النصف من كل جزء فرض من المال و لا يدعى خصوص النصف المعين منه.

أقول: ظاهر الصحيح هو دعوى النصف نحو الإشاعة، فلا يقاس الفرض بمسألة سهام الغرماء في مال المفلس، حيث إن تعلق الحق بمال الغير غير مسألة الاختلاف في ملكية المال.

و قوى في المختلف طريق العول فيما لو زاد المدعون على اثنين. و في كشف اللثام فيما لو استوعب غير مدعى الجميع العين أو زادت عليها. و لكن الظاهر كما ذكرنا لا موجب لرفع اليد عن القضاء بالبينة للمدعى و اليمين على المدعى عليه، مع عدم إقامتها و رفع اليد عما استظهرناه من معتبرتي إسحاق بن عمار و غياث بن إبراهيم و إلحاق الدعاوى بمورد ثبوت استحقاق كل واحد من الديان في المال مع عدم كفايته بما يستحقون فإنه لا يخرج عن القياس.

و على ذلك لو كانت العين في يد ثلاثة يدعى أحدهم نصفها، و الآخر ثلثها، و ثالثهم سدسها تكون يد كل منهم على ثلثها و الثاني منهم لا يدعى شيئاً زائداً على ما بيده، فتكون دعوى الأول بالإضافة إلى السدس الزائد بيد الثالث من الدعوى بلا معارض فيما لو فرض عدم اعتراف الثالث به له، و لو أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه يكون الحكم كذلك لعدم المعارضة، و كذا فيما لو أقامها بعضهم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٠١

و لو ادعى أحدهما النصف و الآخر الثلث و الثالث السدس (١) و كانت يدهم عليها فيد كل واحد منهم على الثلث لكن صاحب الثلث لا يدعى زيادة على ما في يده و صاحب السدس يفضل في يده مالا يدعيه هو و لا مدعى الثلث فيكون لمدعى النصف فيكمل له النصف و كذا لو قامت لكل منهم بينة بدعواه و لو ادعى أحدهم الكل و الآخر النصف و الثالث الثلث و لا بينة قضى لكل واحد منهم بالثلث لأن يده عليه و على الثاني و الثالث اليمين لمدعى الكل و عليه و على مدعى الثلث اليمين لمدعى النصف.

(١) لو ادعى الأول كل العين و الثاني نصفها و الثالث ثلثها و لم تكن في البين بينة فكل منهم ذو اليد بالإضافة إلى ثلث العين، و لا يدعى الثالث شيئاً على الأول و لا على الثاني، و لكن الأول يدعى على الثاني و الثالث بما في يدهما، كما أن الثاني يدعى على الأول و الثالث بنصف السدس من كل منهما، فيحلف كل من الثاني و الثالث للأول، كما أنه يحلف كل من الأول و الثالث للثاني، فيحكم بالاشتراك في العين أثلاثاً. و إذا أقام كل منهم بينة بدعواه و قيل بترجيح بينة الداخل عند المعارضة أو قلنا بسقوط البيئات عن الاعتبار يكون الحكم كما إذا لم تكن بينة.

و أما إذا قيل بترجيح الخارج فيما أن يد كل منهم على أربع سهام من اثني عشر سهماً يفرض في العين فلا يكون اعتبار لبينة مدعى الثلث، لأنها بينة الداخل، و أما الثاني فقد تقدم أنه يدعى على كل من الأول و الثالث بنصف السدس فتكون بينته معتبرة بالإضافة إلى نصف السدس الذي بيد مدعى الكل فيبقى في يد مدعى الكل ثلاثة من أربعة، كما أن بينة مدعى الكل معتبرة بالإضافة إلى تمام ما بيد الثاني، و في ثلاثة مما في يد الثالث، لأنها بلا معارض، فيتّم لمدعى الكل عشرة من الثاني عشر، و لمدعى النصف واحداً مما بيد مدعى الكل،

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٠٢

و إن أقام كل منهم بينة فإن قضينا مع التعارض بينة الداخل فالحكم كما لم تكن بينة لأن لكل واحد بينة و يدا على الثلث فإن قضينا بينة الخارج و هو الأصح كان لمدعى الكل مما في يده ثلاثة من اثني عشر بغير منازع و الأربعة التي في يد مدعى النصف لقيام البينة لصاحب الكل بها و سقوط بينة صاحب النصف بالنظر إليها إذ لا يقبل بينة ذي اليد و ثلاثة مما في يد مدعى الثلث و يبقى واحد مما

فى يد مدعى الكل لمدعى النصف و واحد مما فى يد مدعى الثلث يدعيه كل واحد من مدعى النصف و مدعى الكل يقرع بينها و يحلف من خرج اسمه و يقضى له فإن امتنعا قسم بينهما نصفين فيحصل لصاحب الكل عشرة و نصف و لصاحب النصف واحد و نصف فتسقط دعوى مدعى الثلث.

و لو كانت فى يد أربعة (١) فادعى أحدهم الكل و الآخر الثلثين و الثالث النصف و الرابع الثلث ففى يد كل واحد ربعها فان لم يكن بينة قضينا لكل واحد بما فى يده و أحلفنا كلا منهم لصاحبه.

و تتعارض بينة مدعى الكل و بينة مدعى النصف فى الواحد من الأربعة الباقى فى يد الثالث، فيقرع بينهما، و مع نكولهما يقسم بينهما بالمناصفة، فيكون لمدعى الكل عشرة و نصف، و لمدعى النصف واحد و نصف على ما ذكر الماتن - قدس سره.

(١) ذكر - قدس سره - فى المقام صوراً ثلاث:

الأولى: ما إذا كانت دار فى يد أربع، يدعى أحدهم كلها و الثانى ثلثها و الثالث نصفها و الرابع ثلثها، من غير أن تكون لواحد منهم بينة، و فى هذه الصورة ثبتت يد كل واحد منهم على ربع الدار، و يحكم لكل بما فى يده بعد حلف كل منهم على الآخرين.

الثانية: ما إذا لم تكن الدار بيدهم و لا يد واحد منهم و لكن أقام كل واحد

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٠٣

و لو كانت يدهم خارجة و لكل بينة خلص لصاحب الكل الثلث إذ لا مزاحم له و يبقى التعارض بين بينة مدعى الكل و مدعى الثلثين فى السدس فيقرع بينهما فيه ثم يقع التعارض بين بينة مدعى الكل و مدعى الثلثين و مدعى النصف فى السدس أيضا فيقرع بينهم فيه ثم يقع التعارض بين الأربعة فى الثلث فيقرع بينهم و يختص به من تقع القرعة له و لا - يقضى لمن يخرج اسمه إلماً مع اليمين و لا يستعظم ان يحصل بالقرعة الكل لمدعى الكل فإن ما حكم الله به غير مخطئ.

منهم بينة على مدعاه فقد ذكر - قدس سره - أن لمدعى الكل ثلث الدار بلا مزاحم، بمعنى أن السائرين لا يمنعون عن كون ثلث العين له و تختص المخاصمة بسدس العين، أى ما يزيد على النصف الذى يدعيه الثالث بين مدعى الكل و مدعى الثلثين، فيقرع بينهما فى ذلك السدس، و يحلف من خرج اسمه، فيحكم به له، و ان نكلا - يقتسمان، ثم تقع المخاصمة بين مدعى الكل و مدعى الثلثين و مدعى النصف فى السدس الآخر، حيث لا يدعيه مدعى الثلث، فيقرع بينهم، و من خرج اسمه يحلف و يأخذه، و مع نكولهم يقسم ما بين الثلاثة ثم تقع المخاصمة فى الثلث الباقى من العين بين الأربعة، فيقرع فيه بين المدعين الأربعة، و من خرج اسمه يحلف و يأخذه، و مع النكول يقسم بين الأربعة و لا - بعد فى أن يخرج فى الاقراعات اسم مدعى الكل و يحلف و يأخذ كل العين فإن ما حكم الله سبحانه من القرعة غير مخطئ.

و إذا فرض نكول من خرج اسمه فى الاقراعات كلها يكون لمدعى الكل ثلث العين و نصف سدسها و ثلث سدسها و ربع ثلثها، فإن ثلثها لكون دعواه فيه بلا - مزاحم و نصف سدسها بالنكول فى الإقراع الأول و ثلث سدسها بالنكول فى الإقراع الثانى و ربع ثلثها بالنكول فى الإقراع الثالث، و يكون لمدعى الثلثين نصف سدسها فى الإقراع الأول و ثلث سدسها فى الإقراع الثانى و ربع ثلثها فى

الإقراع

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٠٤

و لو نكل الجميع عن الايمان قسمنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين فى كل مرتبة بالسوية فتصح القسمة من ستة و ثلاثين سهما لمدعى الكل عشرون و لمدعى الثلثين ثمانية و لمدعى النصف خمسة و لمدعى الثلث ثلاثة و لو كان المدعى فى يد الأربعة ففى يد كل واحد منهم ربعها فإذا أقام كل واحد منهم بدعواه قال الشيخ يقضى لكل واحد بالربع لأن له بينة و يدا.

و الوجه القضاء بينة الخارج على ما قررناه فيسقط اعتبار بينة كل واحد بالنظر إلى ما فى يده و يكون ثمرتها فيما يدعيه مما فى يد غيره فيجمع بين كل ثلاثة على ما فى اليد الرابع و ينتزع لهم و يقضى فيه بالقرعة و اليمين و مع الامتناع بالقسمة

الثالث، و بحساب ذلك تتعين حصه مدعى الثلث، فإذا فرض المخرج ستة و ثلاثون جزءا يكون عشرون منها لمدعى الكل و الثمانية لمدعى الثلثين و خمسة لمدعى النصف و ثلاثة لمدعى الثلث.

أقول: قد تقدم أنه لا مورد للقرعة فى دعوى ملكية العين، بل الوظيفة فيها مع عدم كون العين بيدهم و إقامة كل منهم البينة بدعواه تقسيم ما به الاختلاف بينهم مع الحلف من جميعهم أو النكول من جميعهم، كما هو مقتضى معتبره إسحاق بن عمار و معتبره غياث بن إبراهيم.

الصورة الثالثة: ما إذا كانت الدار فى أيدى الكل و أقام كل واحد البينة بدعواه فعلى القول بتقديم بينة الداخل تكون العين بينهم على الأرباع، لأن لكل من الأربعة يدا فى ربعها، فتقدم بينته مع اليد، بخلاف ما إذا قيل بتقديم بينة الخارج، كما هو المنسوب إلى الشهرة و المختار عند الماتن - قدس سره - فإنه بناء عليه يكون اعتبار بينة كل منهم فى غير ما فى يده.

فيكون ما فى يد مدعى الثلثين المفروض كونه ثمانية عشر جزء من اثنين

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٠٥

فيجمع بين مدعى الكل و النصف و الثلث على ما فى يد مدعى الثلثين و ذلك ربع اثنين و سبعين و هو ثمانية عشر فمدعى الكل يدعيها أجمع و مدعى النصف يدعى منها ستة و مدعى الثلث يدعى اثنين فيكون عشرة منها لمدعى الكل لقيام البينة بالجميع الذى يدخل فيه العشرة و يبقى ما يدعيه صاحب النصف و هو ستة يقرع بينه و بين مدعى الكل فيها و يحلف و مع الامتناع يقسم بينهما و ما يدعيه صاحب الثلث و هو اثنان يقرع عليه بين مدعى الكل و بينه فمن خرج اسمه احلف و اعطى و لو امتنعا قسم بينهما.

و سبعين جزء يفرض لكل العين فى مورد الدعاوى الأربعة، فمدعى الكل يدعى تمام ثمانية عشر، و مدعى النصف يدعى ستة منها، و مدعى الثلث يدعى اثنين منها، فتكون عشرة من ثمانية عشر لمدعى الكل من غير أن ينازع فيه، مدعى النصف و مدعى الثلث فتعتبر بينة مدعى الكل فى تلك العشرة و فى الستة مما فى يد مدعى الثلثين يقرع بين مدعى الكل و مدعى النصف و من خرج اسمه يحلف و مع نكولهما يقسم بينهما، و يقرع فى الاثنين مما بيده بين مدعى الكل و مدعى الثلث فمن خرج اسمه يحلف، و مع امتناعهما يقسم بين مدعى الكل و مدعى الثلث، فمع الإقراع على ما بيد مدعى الثلثين و النكول يحصل لمدعى الكل منه أربعة عشر و لمدعى النصف ثلاثة و لمدعى الثلث واحد صورته:

لمدعى الثلث ١/٢/٢ لمدعى النصف ٣/٢/٦ لمدعى الكل ١٤+٣+١٠ و ما يكون بيد مدعى النصف أيضا المفروض كونه ثمانية عشر يدعى مدعى الكل تمامها، و مدعى الثلثين عشرة منها، و مدعى الثلث اثنين منها، و يبقى منها لمدعى الكل ستة بلا منازع لا يدعيها لا مدعى الثلثين و لا مدعى الثلث، و يقرع فى العشرة بين مدعى الثلثين و مدعى الكل، و مع نكولهما يقسم بينهما فيحصل

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٠٦

ثم تجتمع دعوى الثلاثة على ما فى يد مدعى النصف فصاحب الثلثين يدعى عليه عشرة و مدعى الثلث يدعى اثنين و يبقى فى يده ستة لا يدعيها إلا مدعى الجميع فيكون له و يقارع الآخرين ثم يحلف.

و إن امتنعوا أخذ نصف ما ادعاه ثم يجتمع الثلاثة على ما فى يد مدعى الثلث و هو ثمانية عشر فمدعى الثلثين يدعى منه عشرة و مدعى النصف يدعى ستة و يبقى اثنان لمدعى الكل و يقارع على ما أفرد للآخرين.

فإن امتنعوا عن الايمان قسم ذلك بين مدعى الكل و بين كل واحد منهما بما ادعاه ثم يجتمع الثلاثة على ما فى يد الكل فمدعى

الثلاثين يدعى عشرة و مدعى النصف يدعى ستة و مدعى الثلث يدعى اثنين فتخلص يده عما كان فيها فيكمل لمدعى الكل ستة و ثلاثون من أصل اثنين و سبعين و لمدعى الثلث عشرون و لمدعى النصف اثنا عشر و لمدعى الثلث أربعة و هذا إن امتنع صاحب القرعة من اليمين منازعة.

لكل منهما خمسة، و يقرع في الاثنين منها بين مدعى الكل و مدعى الثلث، و مع نكولهما يقسم بينهما و يحصل لكل واحد واحد، و صورته:

لمدعى الثلث ١ / ١ ٢ / ١ لمدعى الثلثين ٥ / ٢ ١٠ / ٢ لمدعى الكل ١٢ + ٥ + ٦ ثم يقع التنازع و الإقراع بين مدعى الكل و مدعى الثلثين و مدعى النصف في الثمانية عشر، التي في يد مدعى الثلث، فيدعى مدعى الكل تمامها، و مدعى الثلثين عشرة منها، و مدعى النصف ستة منها، فيبقى اثنان منها لمدعى الكل بلا مزاحم بالمعنى المتقدم، و يقرع بينه و بين مدعى الثلثين في العشرة، حيث يطلب مدعى الثلثين العشرة من كل مدعى الكل و مدعى النصف و مدعى الثلث ممّا في أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٠٧

[السابعة: إذا تداعى الزوجان متاع البيت قضى لمن قامت له البينة]

السابعة: إذا تداعى الزوجان متاع البيت قضى لمن قامت له البينة (١) و لو لم تكن بينة فيد كل واحد منهما على نصفه قال في المبسوط يحلف كل منهما لصاحبه و يكون بينهما بالسوية سواء كان مما يختص الرجال أو النساء أو يصلح لهما و سواء

أيديهم ليكون له مع ثمانية عشر التي بيده ثلثا العين، و مع نكولهما يقسم بينهما، ثم يقرع بين مدعى الكل و مدعى النصف في الستة التي يطلبها مدعى النصف من كل من الآخرين ليتم له بانضمام ثمانية عشر التي بيده نصف العين، و مع نكولهما يقسم بينهما فيحصل ما صورته:

لمدعى النصف ٣ / ٢ ٦ / ٢ لمدعى الثلثين ٥ / ٢ ١٠ / ٢ لمدعى الكل ١٠ + ٥ + ٣ ثم تعتبر بينة مدعى الثلثين و النصف و الثلث في الثمانية عشر التي بيد مدعى الكل، و هي كافية لمدعى الثلثين، حيث يطلب منها عشرة، و لمدعى النصف حيث يطلب منها ستة، و لمدعى الثلث حيث يطلب منها اثنين، فيكون مجموع ما حصل لكل من الأربعة:

لمدعى النصف ١٢ + ٦ + ٣ لمدعى الثلثين ٢٠ + ٥ + ٥ لمدعى الكل ٣٦ + ١٠ + ١٢ + ١٤ لمدعى الثلث ٤ + ٢ + ١

(١) إذا اختلف الزوجان في متاع البيت و ادعى كل منهما أنه مالكة يقضى به لمن أقام البينة بأنه ملكه، و إذا لم تكن في البين بينة فلكل منهما يد على نصفه، و يحلف كل منهما على نفي دعوى الآخر، فيحكم بأنه بينهما بالمنصفة، كما هو الحال في فرض نكولهما. و ذكر في المبسوط عدم الفرق بين كونه ممّا يختص بالرجال أو النساء أو يستوى فيه الرجال و النساء، و سواء أ كان المتاع في الدار المشتركة بينهما أم المختصة ملكيتها بأحدهما، و سواء أ كانت الزوجية باقية أم زائلة، كما إذا اختلفا بعد الطلاق، و كذا فيما كان الاختلاف بين أحدهما و وارث الآخر، أو بين

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٠٨

كان الدار لهما أو لأحدهما و سواء كانت الزوجية باقية بينهما أو زائلة و يستوى في ذلك تنازع الزوجين و الوارث و قال في الخلاف ما يصلح للرجال للرجل و ما يصلح

وارثيهما، و لكن ذكر في الخلاف أنّ ما يختص بالرجال فهو للرجل، فيحلف فيه للمرأة، و ما يكون مختصاً بالنساء فهو للمرأة،

فتحلف فيه للرجل، و ما يصلح لكل منهما فهو بينهما، بمعنى تقسيمه بينهما بعد حلف كل منهما للآخر أو نكولهما. أقول: ينبغى فرض المسألة فيما إذا لم يعترف أحدهما أنه تملكه من الآخر، بأن تدعى المرأة التملكك بتملكك زوجها أو بالعكس، و إلا انقلبت الدعوى لما تقدم من عدم الاعتبار باليد مع الاعتراف بأن المال انتقل إليه من خصمه. و فى صحيحه رفاعه بن موسى النخاس عن أبى عبد الله - عليه السلام - «قال: إذا طلق الرجل امرأته فادعت أن المتاع لها و ادعى الرجل أن المتاع له كان له ما للرجال و لها ما للنساء» (١)، هذه على رواية الصدوق - قدس سره - و أما على رواية الشيخ التى فى سندها ضعف إذا طلق الرجل امرأته و فى بيتها متاع فلها ما يكون للنساء و ما يكون للرجال و النساء قسّم بينهما» (٢). و فى موثقه يونس بن يعقوب عن أبى عبد الله - عليه السلام - «فى امرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة؟ قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأة و ما كان من متاع الرجال و النساء فهو بينهما و من استولى على شيء منه فهو له» (٣). و لا ينبغى التأمل فى ظهورهما فى كون المتاع الصالح لكل منهما مع كونه بيدهما يقسم بينهما و ما يكون فى استعمال أحدهما دون الآخر يحكم بكونه لصاحب الاستعمال

(١) الوسائل: ج ١٧، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ٤: ٥٢٥، التهذيب ٦: ٢٩٤، الفقيه ٣: ٦٥.

(٢) الوسائل: ج ١٧، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ٤: ٥٢٥، التهذيب ٦: ٢٩٤، الفقيه ٣: ٦٥.

(٣) الوسائل: ج ١٧، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١: ٥٢٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٠٩

للنساء للمرأة و ما يصلح لهما يقسم بينهما و فى رواية أنه للمرأة لأنها تأتى بالمتاع من أهلها و ما ذكر فى الخلاف أشهر فى الروايات و أظهر بين الأصحاب.

و لكن فى مقابلها صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله - عليه السلام - «قال: سألتنى هل يقضى ابن أبى لىلى بالقضاء ثم يرجع عنه - إلى أن قال: - ثم سألته عن ذلك فقلت: ما تقول أنت فيه؟ فقال: القول الذى أخبرتنى أنك شهدته و إن كان رجوع عنه فقلت: يكون المتاع للمرأة، فقال: أ رأيت إن أقامت بينة إلى كم كانت تحتاج؟ فقلت: شاهدين، فقال: لو سألت من بين لابتيتها - يعنى الجليلين - و نحن يومئذ بمكة لأخبروك أن الجهاز و المتاع يهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت زوجها فهى التى جاءت به و هذا المدعى فإن زعم أنه أحدث فيه شيئاً فليات عليه البينة» (١)، و ربما يستظهر منها أن متاع البيت و لو كان صالحاً لاستعمال كل من المرأة و الرجل يحكم بأنه للمرأة.

و ربما يضاف إليها موثقة سماعه «قال: سألته عن رجل يموت ماله من متاع البيت؟ قال: السيف و السلاح و الرحل و ثياب جلده» (٢). و لا يبعد أن يقال: إن ظاهر هذه المتاع الذى يحكم بأنه ملك الرجل خاصة، فلا ينافى الحكم بالشركة فى غيرها. و أن صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج ناظرة إلى ما هو المتعارف فى بعض البلاد أن المرأة تأتى متاع البيت من بيت أبيها بعنوان جهازها، و إذا حصلت التفرقة بينها و بين زوجها فى زمان قصير من النكاح تدعى أن كل المتاع فى البيت جهازى و لم يحدث للزوج متاع آخر، ففى مثل ذلك يقدم قول المرأة، و على تقدير المعارضة فالحكم بالتقسيم فيما يصلح لاستعمالها على طبق القاعدة فيؤخذ بها.

(١) الوسائل: ج ١٧، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١: ٥٢٤.

(٢) الوسائل: ج ١٧، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١: ٥٢٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤١٠

و لو ادعى أبو الميتة أنه أعارها بعض ما فى يدها من متاع أو غيره (١) كلف البينة كغيره من الأنساب و فيه رواية بالفرق بين الأب و غيره ضعيفة.

(١) لو ادعى أبو الزوجة المتوفاه أن بعض ما كان بيد بنته من متاع البيت أو غيره كان عارياً عندها، و أنكر ذلك زوجها أو سائر ورثتها، فالمنسوب إلى المشهور أن دعوى أبيها كدعوى غير الأب من الأنساب أو الأجانب فتحتاج فى ثبوتها إلى البينة، و إلا فيحلف الزوج أو سائر الورثة على نفيها أو لا تسمع أصلاً على ما تقدم. و هذا فيما إذا لم يعترف الزوج أو سائر الورثة بأن العين كانت فى السابق ملك المدعى و إن الزوجة المتوفاه قد تملكته منه، و إلا انقلبت الدعوى على ما تقدم أيضاً.

و لكن ظاهر معتبرة جعفر بن عيسى سماع دعوى الأب بلا حاجة إلى البينة قال: «كتبت إلى أبى الحسن - عليه السلام - جعلت فداك المرأة تموت فيدعى أبوها أنه كان أعارها بعض ما كان عندها من المتاع و الخدم أتقبل دعواه بلا بينة أم لا تقبل دعواه إلا بينة؟ فكتب - عليه السلام -: تجوز بلا بينة، و قال كتبت إلى أبى الحسن - يعنى على بن محمد - عليه السلام -: جعلت فداك إن ادعى الزوج المرأة الميتة أو أبو زوجها أو أم زوجها فى متاعها أو فى خدمها مثل الذى ادعى أبوها من عارياً بعض المتاع و الخدم أ يكون بمنزلة الأب فى الدعوى؟ فكتب - عليه السلام - لا» (١).

و لا وجه لرفع اليد عن ظهورها حتى بالإضافة إلى ما لم يعلم جريان يد أبيها عليه لتمام سندها، فإن جعفر بن عيسى أخو محمد بن عيسى اليقطينى فيه مدح و معروف، و الراوى عنه محمد بن إسماعيل البرمكى ثقة مستقيم كما عن النجاشى، و لا يعارضه المنقول عن ابن الغضائرى لعدم استناد الكتاب المعروف إلى ابن الغضائرى، و الراوى عن محمد بن إسماعيل محمد بن جعفر بن عون الأسدى الثقة مع أن للصدوق - قدس سره - إلى جعفر بن عيسى طريق آخر فإنه رواها بسنده عن محمد بن عيسى بن عبيد عن أخيه جعفر بن عيسى.

(١) الوسائل: ١٨ الباب ٢٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤١١

[المقصد الثالث فى دعوى الموارث]

إشارة

المقصد الثالث فى دعوى الموارث و فيه مسائل:

[الاولى: لو مات مسلم عن ابنين فتصادقا على تقدم إسلام أحدهما على موت الأب و ادعى الآخر مثله فأنكر أخوه]

الاولى: لو مات مسلم عن ابنين فتصادقا على تقدم إسلام أحدهما على موت الأب و ادعى الآخر مثله فأنكر أخوه فالقول قول المتفق على تقدم إسلامه مع يمينه (١) أنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه و كذا لو كانا مملوكين فأعتقا و اتفقا على تقدم حرية أحدهما و اختلفا فى الآخر.

(١) لو اتفق اخوان مثلا على أن أحدهما المعين قد أسلم قبل موت والدهما المورث، و اختلفا في إسلام الأخ الآخر، فقال ذلك الأخ: أسلمت مثلك قبل موت و الدنا، و قال الأخ المتفق على إسلامه قبل موت المورث: أنك أسلمت بعد موته، فذكر الماتن - قدس سره - أنه يحلف الأخ المتفق على تقديم إسلامه للأخ الآخر و يرث التركة كما هو مقتضى الاستصحاب في كفر الأخ إلى زمان موت والدهما، و ما ورد أن الكافر لا يرث المسلم ظاهره أن كفر الوارث عند موت المورث المسلم يمنع الإرث، و كذا ما ورد من أن إسلام المسلم الوارث يمنع غيره عن الإرث.

لا يقال: يجرى في المقام الاستصحاب في ناحية حياة المورث إلى زمان إسلام الأخ الثاني، فيتعارض الاستصحابان على ما هو المقرر في تعارضهما في مجهولي التاريخ.
أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤١٢

[الثانية: لو اتفقا أن أحدهما أسلم في شعبان و الآخر في غرة رمضان]

الثانية: لو اتفقا أن أحدهما أسلم في شعبان و الآخر في غرة رمضان ثم قال المتقدم مات الأب قبل شهر رمضان و قال المتأخر مات بعد دخول شهر رمضان كان الأصل بقاء الحياة و التركة بينهما نصفان.

فإنه يقال: لا مجال للاستصحاب المزبور لأن استصحاب حياة الأب إلى زمان إسلام الأخ الثاني لا يثبت أنه مات زمان إسلامه مع أن التعارض بين الاستصحابين كاف في عدم ثبوت موضوع الإرث، و هو موت المورث عن ولدين مسلمين.
هذا كله فيما إذا كان زمان كل من إسلام الولد الثاني و موت الأب مجهولا، أما إذا علم زمان إسلام الولد الثاني كما هو المفروض في المسألة الثانية كما إذا اتفقا على أن أحد الأخوين قد أسلم في غرة شعبان و الثاني أسلم في غرة رمضان، و اختلفا في زمان موت الأب، فقال الأخ الأول أنه قد مات قبل غرة رمضان، و قال الثاني أنه مات بعد دخول رمضان، فذكر الماتن في الفرض أن التركة بينهما، و كأنه لاستصحاب بقاء حيوة الأب إلى ما بعد غرة رمضان.

أقول: يجرى في الفرض أيضا الاستصحاب في ناحية عدم إسلام الأخ الثاني زمان موت الأب، فإن عدم الشك في إسلام الأخ الثاني بالإضافة إلى اجزاء نفس الزمان، و إسلامه في اجزاء الزمان أو عدمه ليس بموضوع الحكم، بل الموضوع لارثه إسلامه زمان موت والده بأن يكون في ذلك الزمان مسلما، و بما أنه يحتمل بقاؤه على كفره في ذلك الزمان فيستحب - كما أوضحنا ذلك في بحث الأصول - عند الشك في المتقدم و المتأخر من الحادئين، و لا يعارض بالاستصحاب في حياة المورث إلى غرة رمضان، فإنه لا أثر لعدم موته إلى ذلك الزمان، فإن الموضوع للإرث كونه مسلما عند موته.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤١٣

[الثالثة: دار في يد انسان ادعى آخر أنها له و لأخيه الغائب إرثا عن أبيهما و اقام بينة]

الثالثة: دار في يد انسان ادعى آخر أنها له و لأخيه الغائب إرثا عن أبيهما و اقام بينة فإن كانت كاملة و شهدت أنه لا وارث سواهما سلم إليه النصف (١) و كان الباقي في يد من كانت الدار في يده و في الخلاف يجعل في يد أمين حتى يعود و لا يلزم القابض للنصف اقامة ضممين بما قبض و نعى بالكاملة ذات المعرفة المتقدمة و الخبرة الباطنة.

و الحاصل مقتضى الاستصحاب فى عدم إسلام الولد الثانى إلى زمان موت الأب كون تمام التركة للولد الأول، فيحلف للثانى مطلقا، أو فيما ادعى عليه العلم و الله سبحانه هو العالم.

(١) لو كان فى يد شخص مال دار أو غيرها و ادعى أحد أن المال له و لأخيه الغائب وراثه عن أبيهما فلا يجوز أن يدفع النصف إليه إلا أن يثبت ذلك بالبينة الكاملة، و معها يقسمه الحاكم بينه و بين الغائب، و يدفع نصفه إلى المدعى و يبقى نصفه الآخر عند أمين، سواء أ كان الأمين من فى يده المال أو غيره، فإنه ولى الغائب يلاحظ صلاحه و عدم فساد ماله.

و المراد من البينة الكاملة أن يشهد بانحصار الوارث لأبيهما المالك لذلك المال على الأخوين، و إذا لم يثبت انحصار الوارث بهما و احتمال وارث آخر فعلى الحاكم البحث عنه، بحيث لو كان يظهر عادة، ثم يدفع النصف إلى المدعى الحاضر مع أخذ الضامن بما أخذه المدعى، بحيث لو ظهر وارث آخر لكانت عليه حصته.

و لو كان للمدعى فرض أعطى فرضه كاملا مع اليقين بعدم وارث آخر، أو مع البينة الكاملة بذلك بأن يعطى للزوج النصف لعدم الولد لهما و للزوجة تمام الربع مع عدم الولد له، و إذا لم يحرز ذلك بأن احتمال الوارث الآخر يعطى النصيب الأدنى، فيعطى للزوج الربع مع احتمال الولد لها و للزوجة ربع الثمن مع

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤١٤

و لو لم تكن البينة كاملة و شهدت انها لا تعلم وراثا غيرهما أرجى التسليم حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصيا بحيث لو كان وارث لظهر و حينئذ يسلم إلى الحاضر نصيبه و يضمه استظهارا و لو كان ذا فرض اعطى مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه تاما و على تقدير الثانى يعطيه اليقين.

احتمال الولد و تعدد الزوجات له، و بعد ظهور عدم الوارث الآخر يعطى بقية النصيب، و لو احتمال وجود الحاجب، حيث إنه محجوب بالوارث من الطبقة الأولى، فإن أحرز بالبينة الكاملة عدم الحاجب أعطى المال بلا تضمين فإنه مقتضى اعتبارها، و إن لم تشهد إلا بكونه أخوا و احتمال الحاجب فلا يدفع المال إليه إلا بعد الفحص و عدم ظهور الحاجب، و معه يدفع المال إليه مع التضمين.

و يستدل على ما ذكر بأن جواز دفع المال إليه مع احتمال وارث آخر بلا فحص إضرار فيندفع بقاعدة حرمة الإضرار، و لأن الرجوع إلى أصالة عدم وارث آخر أو عدم الحاجب خلاف الاحتياط فى أموال الناس، مع أن أصالة عدم وارث آخر لا تثبت انحصار الوارث على المدعى.

أقول: دفع المال كما يحتمل كونه إضرارا للوارث الآخر كذلك يحتمل أن يكون إمساكه إضرارا للمدعى، و من ذلك يظهر أن الإمساك عن المدعى لا يكون من الاحتياط مطلقا، و عنوان الانحصار لم يؤخذ فى ناحية إرث أولوا الأرحام، بل الموضوع له ترك الميت ولدا أو البنت أو الأخ أو أخوين، و نحو ذلك مما يمكن إحرازه بضم الوجدان إلى الأصل.

و لكن هذا الحكم ليس بقضاء، بل هو نظير دفع المال إلى المدعى بلا معارض، و جواز الدفع فى بعض الفروض و إن كان مقتضى الأصل إلا أن فى بعضها الآخر غير جائز، فإن مقتضى الأصل فيه وجود الوارث أو الحاجب كموارد

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤١٥

إن كان وارث فيعطى الزوج الربع و للزوجة ربع الثمن معجلا من غير تضمين و بعد البحث يتم الحصه مع التضمين، و لو كان الوارث ممن يحجبه غيره كالأخ فإن أقام البينة الكاملة أعطى المال و إن أقام بينه غير كاملة أعطى بعد البحث و الاستظهار بالتضمين.

استصحاب بقاء الحياة فى الأخ الثالث أو استصحاب بقاء الأبوين أو أحدهما، فإنه يمنع عن إرث الأخ كما لا يخفى، فلا يبعد أن يجوز

الدفع فى غير المقدار المتيقن أيضا فيما كان مقتضى الأصل استحقاقه، أمّا لو كان مقتضاه عدم الاستحقاق فيجرب فى المقدار الزائد لزوم الفحص، و كذا فى أصل الدفع فيما كان مقتضى الأصل وجود الحاجب إلى أن يحرز عدمه بوجه معتبر. ثم لا يخفى أنّ هذا كله فيما إذا كان المال بيد الآخر عينا حيث لا يسمع عند الحاكم اعتراف ذى اليد بأنّها بتمامها ملك للمدعى لكونه الوارث الوحيد أو أنّها له و لأخيه لانحصار الوارث عليهما و الوجه فى عدم السماع أنّ اعترافه فى الحقيقة هو أنّ العين تركه الميت فيجب إيصالها إلى الوارث واقعا أو إلى جميع الورثة، ففوله أنّ المدعى هو الوارث الوحيد أو انحصار الوارث عليه و على أخيه لا يعتبر اعترافا على نفسه.

و لا يقاس بما إذا كانت عين بيد شخص و ادعاها شخص آخر بأنّها ملكه و اعترف ذو اليد بأنّها ملكه، فإنّه يدفع العين إلى مدعيها المقرّ له، حيث يعد قول ذى اليد بأنّها ملكه اعترافا بأنّها ليست ملك نفسه، بل عليه دفعها إلى المدعى المزبور بخلاف الاعتراف للمدعى بعنوان أنّه الوارث لفلان، فإنّ الدفع إليه لا يحسب اعترافا على النفس مطلقا، كما هو مورد احتمال الحاكم وجود الحاجب أو بالإضافة إلى تمام العين فيما كان المحتمل عنده وارث آخر مع المدعى، و لو فيما ذكرنا فى مورد اقتضاء الاستصحاب وجوده. أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤١٦

[الرابعة: إذا ماتت امرأة و ابنها فقال أخوها مات الولد أو لا ثم المرأة]

الرابعة: إذا ماتت امرأة و ابنها (١) فقال أخوها مات الولد أو لا ثم المرأة فالمرث لى و للزوج نصفان و قال الزوج بل ماتت المرأة ثم الولد فالمرث لى قضى لمن

و أمّا إذا كان المال دينا على العهدة فيسمع اعترافه بأنّ المدعى هو الوارث، حيث إنّه اعتراف على نفسه، فإنّه لو لم يكن هو الوارث أو لم ينحصر عليه لما تعين الدين بدفع المال عليه، بل يبقى الدين الذى من تركه الميت على عهده لتوقف تعين الدين فى الخارج على قبض المستحق أو وكيله أو وليه.

(١) إذا ماتت امرأة و ابنها و لم يعلم الحاكم السابق بالموت مع احتمال اقتران موتها أو مع عدم احتمالها فقال أخوها مات الولد قبل أمّها فالمرث بينه و بين الزوج بالمناصفة، و قال الزوج ماتت المرأة أو لا فالمرث كله له ورثه من الابن، فإن كانت لأحدهما بينه بما ادّعا قضى على طبقها.

و بيان ذلك خمسة أسداس من مال الولد لأبيه يعنى الزوج بلا خلاف و نزاع، لأنّ غاية دعوى أخ المرأة أنّ ثلث مال الولد لموته أو لا انتقل إلى أمّه، و ذلك الثلث بموت الأمّ ثانيا يكون بينه و بين الأب، فيجتمع للأب خمسة أسداس من مال الولد أربعة بموت الولد و سدس بموت الأمّ بعده، كما أنّ المال الأصلي للمرأة يكون بينه و بين أب الولد بالمناصفة و على الجملة فالأخ للمرأة يدعى نصف المال الأصلي للأمّ و سدسا من مال الولد، و لكن دعوى الأب أنّ كل مال الولد و مال الزوجة له لموت الزوجة أو لا.

قال المصنّف - قدس سرّه - أنّه مع عدم البينة لواحد منهما يحكم بأنّ جميع مال الولد لأبيه، و لعلّ مراده بعد حلف الأب لأخ المرأة على عدم موت الزوجة بعد موت الابن، أو على عدم علمه بذلك، كما أنّه يحكم بأنّ تركه المرأة يعنى جميع مالها الأصلي بين الأب و أخ المرأة بالمناصفة، و لعلّه أيضا بعد حلف الأخ للأب بأنّها لم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤١٧

تشهد له البينة و مع عدمها لا يقضى بإحدى الدعويين لأنّه لا ميراث إلّا مع تحقق

تمت قبل موت ولدها أو لا يعلم موتها كذلك. و على الجملة اختلاف الأب مع أخ الأم فى سدس مال الولد و نصف مال الأم. و علل - قدس سره - ما ذكره بأنه لا ميراث إلا مع تحقق الحياة من الوارث، و لعل مرجعه إلى أن مقتضى الاستصحاب فى ناحية حياة الولد عند موت أمه انتقال تمام تركتها إلى أبيه، كما أن مقتضى الاستصحاب فى ناحية حياة الأم زمان موت الولد كون تركتها بين زوجها و أخيها بالمناصفة، و الحلف الذى تقدم احتمالته مبنى على هذين الاستصحابين.

و لكن شيئاً منهما غير تام، لأن الاستصحاب فى حياة الولد زمان موت الأم لا يثبت اقتران موتها يعنى تحقق الموتين فى زمان واحد لينتقل جميع المال الأصلي للابن إلى أبيه و يكون المال الأصلي لأمه بين زوجها و أخيها، بل قد لا يحتمل الاقتران كما ذكرنا، و لذا يقال فى المقام بأن دعوى الأب و أخ المرأة بالإضافة إلى سدس المال الأصلي للطفل من دعوى الاملاك، و كذا دعواهما بالإضافة إلى النصف من المال الأصلي للمرأة، فيجرى عليهما ما تقدم فى دعوى الاملاك من أنه إذا كان لأحدهما بينة أو حلف أحدهما فالمال له، و مع قيام البينة لكل منهما أو عدم إقامتها أصلاً يحلفان و يقتسمان و مع نكولهما يقرع بينهما.

أقول: إذا أقام أحدهما بينة على مدعاه فلا بأس بالحكم بثبوتها، لإطلاق اعتبار البينة، و إن تقدم الإشكال فى كون الحكم قضاء فيما لم يكن فى البين المدعى عليه، و كذا لا بأس بالحكم بالتنصيف مع اقامته كل منهما البينة على مدعاه مع حلفهما أو مع نكولهما أخذا بما ورد فى معتبرة إسحاق بن عمار و ما فى ذيل معتبرة غياث بن إبراهيم المتقدمتين.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤١٨

حياة الوارث فلا ترث الأم من الولد و لا الابن من امه و يكون تركه الابن لأبيه و تركه الزوجه بين الأخ و الزوج.

و إنما يقع الإشكال فى الحكم بالتنصيف مع عدم إقامتهما البينة بحلفهما، حيث يعتبر الحلف من المدعى عليه إذا لم يكن للمدعى بينة، و فى مثل المقام كل من المتنازعين مدع من غير أن يكون فى البين المدعى عليه، و إطلاق المدعى لكل منهما بالإضافة إلى المال، حيث إنه المدعى به، نظير ما إذا لم يكن المال بيد أحد و ادعاه شخص بلا معارض أو ادعاه بالبينة.

لا يقال: قد ورد فى صحيحة سليمان بن خالد عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: «فى كتاب على أن نبيا من الأنبياء شكى إلى ربّه فقال: يا ربّ كيف أفضى فيما لم أر و لم أشهد؟ قال: فأوحى الله إليه احكم بينهم بكتابى و أضفهم إلى اسمى فحلفهم به و قال: هذا لمن لم تقم له بينة» (١)، و ظاهرها قيام الحلف مقام البينة إذا لم تكن.

فإنه يقال ظاهرها الحلف للمدعى إذا لم تكن له بينة، لا أنه يحلف المدعى إذا لم يجد بينة، و قد ورد فى سائر الروايات أن الحلف للمدعى يقع من المدعى عليه و المفروض عدم المدعى عليه فى مثل المقام.

اللهمّ إلا أن يقال يكفى فى صدق المدعى عليه المنازع فيما لو اعترف بدعوى المدعى ثبتت دعواه و يلزم على ذلك سقوط الدعوى من الجانبين فيما إذا نكلا عن اليمين إلا أن للعلم إجمالاً بكون سدس مال الابن لأحدهما و كذا نصف مال المرأة فيقرع فيهما بينهما لإخراج المحق أخذا بما ورد فى القرعة لإخراج المحق.

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤١٩

[الخامسة: لو قال هذه الأمة ميراث أبى و قالت الزوجه أصدقنى إياها أبوك]

الخامسة: لو قال هذه الأمة ميراث أبى (١) و قالت الزوجه أصدقنى إياها أبوك أقام كل واحد منهما بينة قضى ببينة المرأة لأنها تشهد

بما يمكن خفائه على الأخرى.

(١) إذا مات الأب و قال ابنه هذه الجارية ميراث أبي، و قالت زوجته قد جعل أبوك الجارية صداقا في نكاحي فهي لى، فإن أقامت بينه بدعواها ثبتت، و إنما يحلف الابن على البنت أو على نفى العلم بدعواه، و إن أقام كل منهما بينة تقدم بينة الزوجه لا لأنها بينة الخارج، كما عليه المشهور، بل لأن البينة المزبورة تشهد بما يمكن خفائه على الأخرى، بلا فرق بين كون الجارية بيدهما أو بيد شخص يعترف بأنها كانت للمتوفى، و كأن مراده - قدس سره - أن ما ورد في تعارض البينتين لا يعم المقام، حيث لا تعارض في الواقع بين البينتين، حيث تشهد إحداهما بالإصداق و العلم به، و الأخرى تشهد بمقتضى بقاعدة اليد التي كانت للمتوفى.

أقول: هذه مثل الدار التي قال الوارث لا أعلم إلا أنها كانت بيد المورث، و يدعى آخر أن الدار له، حيث ذكرنا تقديم ما هو الأكثر في العدد من شهودهما مع الحلف.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٢٠

[المقصد الرابع في الاختلاف في الولد]

المقصد الرابع في الاختلاف في الولد إذا وطئ اثنان امرأة وطيا يلحق به النسب (١) إما بأن تكون زوجة لأحدهما و مشتبهة على الآخر أو مشتبهة عليهما أو يعقد كل منهما عليها عقدا فاسدا ثم تأتي بولد لسته أشهر فصاعدا ما لم يتجاوز أقصى الحمل فحينئذ يقرع بينهما

(١) لا- ينبغى التأمل، بل لا يعرف الخلاف في أنه إذا تزوجت الحرة أو الأمة بعد الطلاق الأول و أتت بولد لسته أشهر من تزوجها الثاني يلحق الولد بالزوج الثاني حتى فيما لو احتمل لحوق الولد بالأول و في صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله - عليه السلام - «إذا كان للرجل منك الجارية يطأها فيعتقها فاعتدت و نكحت فإن وضعت لخمسة أشهر فإنه من مولاها الذي أعتقها و إن وضعت بعد ما تزوجت لسته أشهر فإنه لزوجها الأخير» (١).

و من ذلك يظهر أنها لو وضعت بأقل من ستة أشهر من تزوجها يلحق الولد بالأول، و يحكم بحرمتها أبدا للثاني، لأنها لو وضعت في أقل من ستة أشهر محكومة بالحمل من الأول، فلا تنقض عدتها إلا بوضع الولد، فالنكاح الثاني وقع أيام عدتها، و بما أن الثاني دخل بها فتكون محرمة عليه أبدا.

و إذا وطأ المرأة اثنان أحدهما زوجها أو غيره شبهة و الآخر بالزنا يلحق الولد بالزوج أو بالواطئ شبهة، و لا ينتفى عن الزوج إلا باللعان، كما تشهد بذلك عدة

(١) الوسائل: ج ١٤، الباب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ١: ٥٦٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٢١

و يلحق بمن تعينه القرعة سواء كان الواطيان مسلمين أو كافرين أو عبيدين أو حرين أو مختلفين في الإسلام و الكفر و الحرية و الرق أو أبا و ابنه هذه إذا لم يكن لأحدهما بينة.

من الروايات منها موثقة سعيد الأعرج عن أبي عبد الله - عليه السلام - «سألته عن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذي عنده لقول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم الولد للفراش و للعاهر الحجر» (١) فإن مقتضى الاستشهاد بقول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عدم الفرق في الحكمة بين الفجور بالجارية و الزوجه، و في موثقة الأخرى عن أبي عبد الله -

عليه السلام- «قال: قلت له: الرجل يتزوج المرأة ليست بمأموثة تدعى الحمل، قال: ليصبر لقول رسول الله صَلَّى الله عليه وآله و سلم الولد للفراش و للعاهر الحجر» (٢)، إلى غير ذلك.

و أما إذا كان كل من الوطئين أو الأكثر بالفراش فالمشهور أنه إذا كان في طهرين يلحق الولد بالأخير، أما إذا كانا في طهر واحد يقرع بينهم، و في رواية زرارة «قال: سألت أبا جعفر- عليه السلام- عن الرجل إذا طلق زوجته ثم نكحت و قد اعتدت و وضعت لخمسة أشهر فهو للأول و إن كان ولد أنقص من ستة أشهر فلائمه و لأبيه الأول و إن ولدت لسته أشهر فهو للأخير» (٣) و في خبر أبي العباس: «إذا جاءت بولد لسته أشهر فهو للأخير و إن كان لأقل من ستة أشهر فهو للأول» (٤) إلى غير ذلك مما يكون مفادها لحق الولد بالأخير.

و في صحيحة معاوية بن عمارة عن أبي عبد الله- عليه السلام-: «إذا وطئ رجلان أو ثلاثة جارية في طهر واحد فولدت فادعوه جميعا أقرع الوالى بينهم، فمن قرع كان الولد ولده» (٥)، و في صحيحة الحلبي و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله

(١) الوسائل: ج ١٤، الباب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ٤: ٥٦٨.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ١: ٥٦٥.

(٣) المصدر نفسه: الحديث ١: ٥٦٥.

(٤) المصدر نفسه: الحديث ١: ٥٦٥.

(٥) المصدر نفسه: الباب ٥٧ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ١: ٥٦٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٢٢

و يلحق النسب بالفراش المنفرد و الدعوى المنفردة و بالفراش المشتركة و الدعوى المشتركة و يقضى فيه بالبينة و مع عدمها بالقرعة.

- عليه السلام-: «إذا وقع الحر و العبد و المشرك بامرأة في طهر واحد فادعوا الولد أقرع بينهم فكان الولد للذي يخرج سهمه» (١)، إلى غير ذلك مما يدل على أنّ إلحاق الولد في الفرض يكون بالقرعة، و إن لم يدعوه بأن سكتوا كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله- عليه السلام-: «قال: إذا وقع المسلم و اليهودي و النصراني على المرأة في طهر واحد أقرع بينهم فكان الولد للذي تصيبه القرعة» (٢).

و يستفاد من التقييد بطهر واحد أنه إذا وقع الوطآن في طهرين يلحق بالأخير، و لعله لبراءة الرحم بالحیضة من الماء الأول.

و الحاصل أنّ الولد يلحق بالزوج و الفراش مع انفراد كل منهما و كذا يلحق بالمدعى مع صغر الطفل و عدم المعارض و مع الفراش المشترك يقرع سواء ادعى أم سكتا أو سكت أحدهما، و تمام الكلام في باب بحث لحق الولد في أحكام الأولاد.

إلى هنا انتهى ما قصدنا إيراده من مباحث القضاء و قد وقع الفراغ بيد مؤلفه جواد بن على التبريزي- غفر لهما- في شهر رجب المرجب سنة خمس و أربعمائة و ألف من الهجرة المباركة.

و لله الحمد أولاً و آخراً

(١) الوسائل: ج ١٤، الباب ٥٧ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ١: ٥٦٦.

(٢) المصدر نفسه: ج ١٧، الباب ١٠ ميراث ولد الملائنة، الحديث ١: ٥٧١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٢٣

إشارة

كتاب الشهادات

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٢٥

بسم الله الرحمن الرحيم و النظر في أطراف خمسة:

[الأول: في صفات الشهود]

إشارة

الأول:

في صفات الشهود و يشترط فيه ستة أوصاف:

[الأول: البلوغ]

الأول: البلوغ (١).

فلا تقبل شهادة الصبي ما لم يصر مكلفاً، و قيل: تقبل مطلقاً إذا بلغ عشرين، و هو متروك.

(١) الشهادة قسم من الخبر كما يأتي، و يقع الكلام في كتاب الشهادات في أطراف خمسة: الأول: في الصفات المعتمدة في الشاهد، و هي ستة:

الأول: البلوغ، فلا تسمع شهادة الصبي غير المميز، بلا خلاف معروف

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٢٦

و اختلف عبارة الأصحاب في قبول شهادتهم في الجراح و القتل، فروى جميل عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «تقبل شهادتهم في القتل و يؤخذ بأول كلامهم»، و مثله روى محمد بن حمران عن أبي عبد الله - عليه السلام.

أو منقول، و كذا المميز إلى أن يبلغ على المشهور قديماً و حديثاً، إلماً في القتل، و قيل في الجراح خاصة، و قيل فيهما، و قيل كما يظهر من عبارة الماتن - قدس سره - و غيره:

تسمع شهادة من بلغ عشرين مطلقاً، من غير فرق بين القتل و الجرح و بين غيرهما، و ربما ينسب ذلك إلى الشيخ - قدس سره - في النهاية، و لكنّه وهم، و قد صرح بعض بعدم عرفان القائل به.

و يشهد لما عليه المشهور صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما - عليهما السلام - قال: «في الصبي يشهد على الشهادة، فقال: إن عقله حين يدرك أنه حق جازت شهادته» (١).

و معتبرة السكوني عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «قال أمير المؤمنين - عليه السلام -: إن شهادة الصبيان إذا أشهدوهم و هم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها» (٢).

حيث إن تعليق سماع شهادتهم بما إذا عقلوها حين بلوغهم أو كانت شهادتهم عند كبرهم، مقتضاه عدم سماع شهادتهم قبل بلوغهم. و في صحيحه محمد بن حمران قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن شهادة الصبي، قال: فقال: لا، إلماً في القتل يؤخذ بأول كلامه و لا يؤخذ بالثاني» (٣)، و نحوها صحيحه جميل قال: «قلت: لأبي عبد الله - عليه السلام -: تجوز شهادة الصبيان؟ قال: نعم في

القتل يؤخذ بأول كلامه ولا يؤخذ بالثاني منه» (٤).

- (١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢١ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٥١.
 (٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٥١.
 (٣) المصدر نفسه: الباب ٢٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٥٢.
 (٤) المصدر نفسه: الباب ٢٢ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٥٢.
 أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٢٧

وقال الشيخ في النهاية: «تقبل شهادتهم في الجراح و القصاص»، وقال في الخلاف: «تقبل شهادتهم في الجراح ما لم يفرقوا إذا اجتمعوا على مباح»، و التهجم

و ربما يقال بتعارضهما مع موثقة طلحة بن زيد عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن آبائه، عن علي - عليه السلام - قال: «شهادة الصبيان جائزة بينهم ما لم يفرقوا أو يرجعوا إلى أهلهم» (١)، و بما أنها أخص مما تقدم، حيث ان عدم السماع فيها مطلق فيقيد بما في الموثقة من شهادتهم بعد تفرقهم أو رجوعهم إلى أهلهم.

و لكن لا يخفى أن ظاهر الموثقة تقييد السماع في مورد سماع شهادتهم، يعنى يعتبر شهادة الصبيان في القتل أو الجرح فيما إذا شهدوا به أن تقع بين جمعهم قبل أن يفرقوا أو يرجعوا إلى أهلهم، فإنه بعد ذلك لا تسمع شهادتهم، و لعل السماع في تلك الصورة لإفادة شهادتهم العلم بالواقعة نوعا، و يمكن أن يكون المراد شهادة بعضهم على بعضهم الآخر قبل تفرقهم و رجوعهم إلى أهلهم، و لو لم يكن ظاهرها ذلك، فيحمل عليه، جمعا بينها و بين ما تقدم.

و لو أغمض عن ذلك أيضا، فالنسبة بينها و بين مثل صحيحة جميل العموم من وجه، لدلالة المستثنى منه في الصحيحة على عدم اعتبار شهادة الصبي في غير القتل عند تفرقهم، و لا ينافيها الموثقة، و دلالة الموثقة على اعتبار شهادتهم في القتل قبل تفرقهم، و هذا لا ينافيه المستثنى منه في الصحيحة، و يجتمعان في شهادتهم في غير القتل قبل تفرقهم، فالموثقة تثبت سماعها و الصحيحة تنفي سماعها، و بعد تساقطهما يرجع إلى الإطلاق في عدم سماع شهادة الصبي حتى يدرك.

و أما صحيحة أبي أيوب الخزاز قال: «سألت إسماعيل بن جعفر متى

- (١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٦: ٢٥٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٢٨

على الدماء بخبر الواحد خطر، فالأولى الاقتصار على القبول في الجراح

تجوز شهادة الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنين، قلت: و يجوز أمره؟ قال:

فقال: إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم دخل بعائشة و هى بنت عشر سنين و ليس يدخل بالجارية حتى تكون امرأة، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره و جازت شهادته» (١).

فلا يمكن الاعتماد عليها لعدم الإسناد إلى المعصوم - عليه السلام -، و لعل القول بسماع شهادتهم إذا بلغوا عشر سنين مستند إلى هذه الرواية التي تتضمن القياس الباطل.

و أما موثقة عبيد بن زرارة، قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن شهادة الصبي و المملوك، قال: على قدرها يوم اشهد تجوز في

الأمر الدون و لا تجوز في الأمر الكبير» (٢)، فلا يمكن الاستناد عليها أيضا، لتضمنها عدم جواز شهادة المملوك، مع ما يأتي من جواز شهادة المملوك كالحز، و التفصيل الوارد فيه لم يعهد العمل به من أحد من الأصحاب، مع عدم الانضباط في الأمر الدون و الأمر الكبير.

و المتحصّل المتبع في المقام ما دلّ على عدم سماع شهادتهم حال صغرهم، و يستثنى من ذلك شهادتهم في القتل ابتداء كلامهم، فلا يسمع شهادتهم ثانيا على خلاف الابتداء، و قد صرح بذلك جمع من الأصحاب، و بعضهم الحق شهادتهم في الجرح بالقتل بالأولوية، بل ظاهر الماتن و الدروس انحصار سماع شهادتهم على الجرح.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٥٢.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ٥: ٢٥٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٢٩

بالشروط الثلاثة: بلوغ العشر، و بقاء الاجتماع، إذا كان على مباح، تمسكا بموضع الوفاق.

و لكن لا يخفى أنّ مقتضى الأولوية على تقديرها إلحاق الشهادة بكل أمر و هذا يخالف الحصر الوارد في صحيحتي جميل و محمد بن حمران المتقدمتين، و لم يرد في شيء من الروايات السماع في الجرح، و عليه فالأظهر الاقتصار بالقتل فلا يتعدى إلى الجرح فضلا عن غيره، و ذلك لأنّ السماع في القتل فيه نوع تحفظ على الدماء.

و العجب من مثل الماتن حيث ترك العمل بصحيحتي جميل و محمد بن حمران، و مع ذلك التزم بجواز السماع في الجرح، و قد تبين أنّ السماع في الجرح مبني على السماع في القتل بالعمل بهما.

و ما ذكر من اشتراط بلوغهم فقد تقدم الحال فيه، و كذا ما ذكره بعضهم من اشتراط اجتماعهم على المباح، و قد سبقهم على ذلك الاشتراط الشيخ - قدس سره - في النهاية، و لا يخفى ما فيه أيضا بعد كون الصبي مرفوع القلم.

ثم إنّ في شمول الاستثناء للصبيّة تأملا و الأصل عدم اعتبار شهادتها، و لا يخفى أيضا أنّ مورد الكلام في المقام سماع شهادة الصبي عند أدائها، و أمّا تحمّل الشهادة عند الصبا و أدائها بعد بلوغها فلا بأس به، كما هو ظاهر صحيحة محمد بن مسلم و معتبرة السكوني المتقدمتين، و لكن تحمّلها لا يفيد فيما إذا كان شرطا كما في الطلاق، و مما ذكر يظهر التمسك في الحكم في المقام بقوله سبحانه: **وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ** (١).

(١) البقرة: ٢٨٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٣٠

[الثاني: كمال العقل]

الثاني: كمال العقل (١).

فلا- تقبل شهادة المجنون إجماعا، أمّا من يناله الجنون أدوارا فلا بأس بشهادته حال إفاقته، لكن بعد استظهار الحاكم بما يتيقن معه حضور ذهنه و استكمال فطنته.

و كذا من يعرض له السهو غالبا، فربما سمع الشيء و أنسى بعضه، فيكون ذلك مغيرا لفائدة اللفظ و ناقلا لمعناه، فحينئذ يجب الاستظهار عليه حتى يستثبت ما يشهد به.

(١) لا- ينبغي التأمل في اعتبار العقل في الشاهد، حيث لا اعتبار لأقوال المجنون في غير مقام الشهادة فضلا عن مقامها، أضف إلى ذلك اعتبار العدالة في الشاهد، و المجنون لا- يوصف بها، و قد صرح بعضهم اعتبار العقل عند التحمل أيضا، و اعتباره فيما كان التحمل شرطا كما في الطلاق صحيح و في غيره لا يخلو عن الوجه.

و مما ذكر يظهر أنه لا بأس بشهادة المجنون حال إفاقته حيث أنه يدخل حالها مع اجتماع سائر الشرائط في شهادة رجل عدل. و ذكر الماتن- قدس سره- أنه لا تسمع شهادة من يغلب عليه السهو، فإن الشخص مع عدالته ربما ينسى بعض الشيء، و إذا كان أمرا غالبا لعدال فلا اعتبار بشهادته كما لا اعتبار باخباره عند العقلاء و المتشرعة، إلّا أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٣١

و كذا المغفل الذي في جبلته البله، فربما استغلط لعدم تفتنه لمزايا الأمور، و الأولى الاعراض عن شهادته ما لم يكن الأمر الجلي، الذي يتحقق الحاكم استنابات الشاهد به و انه لا يسهو في مثله.

إذا حصل وثوق بعدم سهوه، و لو لكون المخبر به أو المشهود به مما لا يسهو فيه. و على الجملة ما ورد في اعتبار البيّنة و خبر العدل ينصرف عن أخبار من يغلب عليه السهو، و كذا المغفل الذي في جبلته البله، لعدم تفتنه لمزايا الأمور، و لا يؤمن من التزوير عليه. و يمكن استظهار الاعتبار مع الإغماض عمّا ذكر من مثل صحيحة عبد الله بن سنان قال: «قلت لأبي عبد الله- عليه السلام-: ما يرد من الشهود؟ فقال: الظنين و المتهم، قال: قلت: فالفاسق و الخائن؟ قال: ذلك يدخل في الظنين» «١»، حيث لا يبعد شمول المتهم لمن كان اتهامه بكثرة نسيانه أو كونه أبله لا يلتفت إلى خصوصية الواقعة حتى مع حسّه بها.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٧٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٣٢

[الثالث: الإيمان]

الثالث: الإيمان.

فلا تقبل شهادة غير المؤمن (١) و إن اتّصف بالإسلام، لا على مؤمن و لا على

(١) مراده- قدس سره- عدم سماع شهادة المخالف، و ان الإيمان بمعناه الخاص شرط في الشاهد زائدا على إسلامه، فلا توجب شهادة غير المؤمن ملاكا للقضاء، نعم إذا أوجبت شهادته أو شهادة غير المسلم في مورد علما للقاضي بالحق فعلى القاضي الحكم به لا للشهادة، بل لكونه قضاء بعلمه.

و لا- ينبغي التأمل في عدم سماع شهادة المخالف على المؤمن فيما إذا كان المخالف مقصّرا في عدم الاعتقاد و عرفان الحق فإنّه يدخل في الفاسق، و يأتي أنه لا اعتبار بشهادة الفاسق، أضف إلى ذلك دعوى الإجماع عليه، بل مقتضى بعض الكلمات عدم الفرق بين القاصر و المقصّر.

و لكن إثبات عدم سماع شهادة القاصر لا يمكن، بل سماعها مقتضى الإطلاق في بعض الروايات كصحيحة محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر- عليه السلام- عن الذمي و العبد يشهدان على شهادة، ثمّ يسلم الذمي و يعتق العبد، أ تجوز شهادتهما على ما كان

أشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما» (١).
و في صحيحته الأخرى عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: «لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهادة الرجل إذا علم منه خير، الحديث» (٢)،
حيث إن المخالف القاصر فيما إذا كان عدلا على مذهبه يدخل فيهما.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٩ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨٥.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٨: ٢٩١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٣٣

غيره، لا تصافه بالفسق و الظلم المانع من قبول الشهادة.

نعم، لو قيل بكفر المخالف يتعين القول بعدم سماع شهادة المخالف مقصرا أو قاصرا، لكن القول المزبور ضعيف، كما قرر في بحث
الكفر و الإسلام، و هذا في غير الناصب فإن الناصب داخل في عنوان الكافر و لا تسمع شهادة الكافر على مسلم.
و في صحيحه أبي عبيدة عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «تجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل، و لا تجوز شهادة أهل
الذمة (الملل) على المسلمين» (١).

و في موثقة سماعة قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن شهادة أهل الملّة قال: فقال: لا تجوز إلّا على أهل ملتهم» (٢).

و يدل أيضا ما ورد مثل صحيحته محمد بن مسلم في سماع شهادة الكافر بعد إسلامه، و يأتي بقية الكلام في شهادة الكافر.

و في صحيحه عبد الله بن المغيرة قال: «قلت لأبي الحسن الرضا - عليه السلام -:

رجل طلق امرأته و أشهد شاهدين ناصبين، قال: كل من ولد على الفطرة و عرف بالصلاح في نفسه جازت شهادته» (٣).

و لا - بد من حملها على أن الجواب نوع طفرة عن الجواب ببيان الكبرى، كيف و جواز شهادة الناصب في الطلاق مخالف للكتاب
المجيد حيث يقول سبحانه:

وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ (٤)، و الكافر لا يدخل في ذوى عدل منكم.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٨ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨٤.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣٨ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٨٤.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٥: ٢٩٠.

(٤) الطلاق: ٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٣٤

نعم، تقبل شهادة الذمي خاصة في الوصية، إذا لم يوجد من عدول المسلمين

و عن المسالك: إنّ المعبر في صدق الفاسق و الظالم حيث علل الماتن عدم سماع شهادة غير المؤمن بصدقهما هو عدم اعتقاد
الشخص بأن ما يفعله أو يعتقد من خلاف الحق بأنه الحق و الطاعات، و إلّا فمع الاعتقاد بذلك سواء أ كان هذا الاعتقاد ناشئا عن
نظر أو تقليد لا يدخل الشخص في العنوانين، فإنّ الظالم من يعاند الحق مع علمه به، و الفاسق من ترك الحق مع إحرازه، و العامة مع
اشترائهم العدالة في الشاهد يقبلون شهادة المخالف لهم في الأصول ما لم يبلغ خلافه حد الكفر أو يكون خلافه لدليل قطعي بحيث
تكون المخالفة بمحض التقصير، و على ذلك فالعدل يوجد في جميع أهل الملل مع قيامهم بمقتضى ملتهم و دينهم، و يحتاج إخراج

هذا النحو من العدل عن سماع شهادة العدل إلى دليل و قد تحقق الدليل في الكافر بالإضافة إلى شهادته على المسلم و لو فرض فسق المخالف كما هو ظاهر المصنف فاشتراط الإيمان لا يحتاج إليه بعد اشتراط العدالة.

و فيه ما لا يخفى، من صدق الظالم لنفسه و الفاسق على من ترك الفحص عن الحق و لو مع احتمالاه في زمان، بحيث لو فحص عن الحق في ذلك الزمان لتمكن من الوصول إليه.

بقي في المقام أمر، و هو ما يقال من أنه إذا كان المخالف محكوماً بالفسق فلا تقبل شهادته على مؤمن، و أما إذا شهد على مخالف آخر فعلى القاضي سماع شهادته، حيث أن السماع مقتضى قاعدة الإلزام، حيث إن المدعى عليه المخالف لا يرى بشهادة المخالف المزبور بأسا.

و لا يبعد القول بأن سيرة عليّ - عليه السلام - كانت على ذلك في قضاياها، و الإجماع المدعى على عدم سماع شهادة المخالف مطلقاً أو فيما كان جاهلاً مقصراً لا يعم الفرض.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٣٥

من يشهد بها (١)، و لا يشترط كون الموصى في غربته، و باشتراطه رواية مطرحة،

أقول: الالتزام بالترقية في قضايا عليّ - عليه السلام -، و أنه إذا كان المدعى مؤمناً و شهوده من المخالفين كالمدعى عليه كان يحكم للمؤمن بتلك الشهادة، و أما إذا كان الأمر بالعكس بأن كان المدعى كشهوده من المخالفين لا يحكم بشهادتهم على المؤمن بعيد غاية البعد.

بل لا يبعد ان يكون قضاؤه - عليه السلام - بشهادة المخالفين لمؤمن على مخالف أو لمخالف على مؤمن مجرى التقيّة و المداراة، و قد ورد في موثقة أيوب بن نوح الأخذ بأحكامهم بالتقيّة و المداراة، قال: «كتبت إلى أبي الحسن - عليه السلام - أسأله هل نأخذ في أحكام المخالفين ما يأخذون منّا في أحكامهم أم لا؟ فكتب - عليه السلام -: يجوز لكم ذلك إذا كان مذهبكم فيه التقيّة منهم و المداراة» (١).

و قد ورد في صحيحة أبي ولّاد الواردة في قضاء أبي حنيفة في واقعة البغلة المستأجرة عدم نفوذ قضائه لمؤمن على مخالف، مع عدم التقيّة في مورده كما هو ظاهرها.

(١) يقع الكلام في جهتين:

الأولى: سماع شهادة المسلم العادل على الكافر و عدم سماع شهادة الكافر على المسلم، مؤمناً كان أو غيره، من غير فرق بين الكافر ذمياً أو غيره، و قد نفى الخلاف عن الحكمين بل ادعى عليهما الإجماع.

و في صحيحة أبي عبيدة عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «تجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل و لا تجوز شهادة أهل الذمّة (الملل) على المسلمين» (٢)،

(١) الوسائل: ١٧، الباب ٤ من أبواب ميراث الاخوة و الأجداد، الحديث ٣: ٤٨٤.

(٢) المصدر نفسه: ١٨، الباب ٣٨ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٣٦

و يثبت الإيمان بمعرفة الحاكم أو قيام البيّنة أو الإقرار.

و إذا لم تنفذ شهادة الذمّي على مسلم فعدم سماع شهادة الحربى أولى.

و يدلّ أيضا على عدم السماع صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: «تجوز شهادة المملوك من أهل القبلة على أهل الكتاب» (١).

و كذا ما ورد في سماع شهادة الكافر على المسلم إذا كان الأداء بعد إسلامه، كمعتبرة السكوني عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «قال أمير المؤمنين - عليه السلام -:

اليهودى و النصرانى إذا أشهدوا ثم أسلموا جازت شهادتهم» (٢).

نعم فى صحيحه جميل قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن نصرانى أشهد على شهادة ثم أسلم بعد، أ تجوز شهادته؟ قال: لا» (٣).

و لكن لا بدّ من حملها على صورة عدم إحراز عدله بعد إسلامه، جمعا بينها وبين مثل معتبرة السكوني، بشهادة صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر - عليه السلام - عن الذمى و العبد يشهدان على شهادة، ثم يسلم الذمى و يعتق العبد، أ تجوز شهادتهما على ما كان أشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما» (٤)، و على الجملة مقتضى ما تقدم عدم سماع شهادة الكافر على المسلم و لو كان الكافر من القاصر.

الجهة الثانية: أنه تسمع شهادة الكافر بالوصية من الموصى المسلم إذا لم يجد من عدول المسلمين من يشهد بها، و هذا الحكم فى الجملة قطعى و لا خلاف فيه، لدلالة الكتاب المجيد و الروايات، قال سبحانه أو آخِرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِى الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ (٥).

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٤: ٢٥٤.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٣٩ من أبواب الشهادات، الحديث ٥: ٢٨٦.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٣٩ من أبواب الشهادات، الحديث ٧: ٢٨٦.

(٤) المصدر نفسه: الباب ٣٩ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨٦.

(٥) المائدة: ١٠٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٣٧

و هل تقبل شهادة الذمى على الذمى؟ قيل: لا، و كذا لا تقبل على غير

و فى صحيحه ضريس الكناسى قال: «سألت أبا جعفر - عليه السلام - عن شهادة أهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم؟ فقال: لا إلا أن لا يوجد فى تلك الحال غيرهم، و ان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم فى الوصية لأنه لا يصلح ذهاب حق امرء مسلم و لا يبطل وصيته» (١).

و فى صحيحته الحلبي و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال:

«سألته هل تجوز شهادة أهل مله من غير أهل ملتهم؟ قال: نعم إذا لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم أنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (٢).

و موثقه سماعه قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن شهادة أهل الذمة (الملة)، فقال: لا تجوز إلا على أهل ملتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية، لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (٣).

و فى صحيحه هشام بن الحكم عن أبي عبد الله - عليه السلام - فى قول الله عزّ و جلّ أو آخِرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ قال: «إذا كان الرجل فى أرض غربة و لا يوجد فيها مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم فى الوصية» (٤).

و تتضح أطراف المسألة بالتكلم في أمور:

الأول: هل يعتبر في سماع شهادة الكافر بوصية المسلم أن يكون الموصى عند الوصية في الغربة أم لا تعتبر الغربة؟ المنسوب إلى المشهور قديما و حديثا عدم الاعتبار، و يذكر في وجهه: أن الغربة و إن وردت في بعض الروايات قيدا بل ظاهر الآية ذلك إنما أنه قيد غالبى، فإنه لا- يحتاج في تحمّل الشهادة في غير الغربة إلى الكافر، فلا يمنع ذلك عن الأخذ بالإطلاق في بعض الروايات، كما في صحيحة ضريس المتقدمة.

(١) الوسائل: ١٣، الباب ٢٠ من أحكام الوصايا، الحديث ١: ٣٩٠.

(٢) الوسائل: ١٣، الباب ٢٠ من أحكام الوصايا، الحديث ٣: ٣٩٠.

(٣) الوسائل: ١٣، الباب ٢٠ من أحكام الوصايا، الحديث ٥: ٣٩٠.

(٤) الوسائل: ١٣، الباب ٢٠ من أحكام الوصايا، الحديث ٤: ٣٩٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٣٨

الذمى، و قيل: تقبل شهادة كل ملة على ملتهم، و هو استناد إلى رواية سماعه،

بل يقال: إن مقتضى التعليل في الروايات بأنه لا يصلح ذهاب حق أحد عدم الاعتبار، بل المعتبر عدم التمكن على المسلم العادل كان في الحضر أو في السفر، و المراد من المسلم العادل هو المتمكن على أداء الشهادة عند الحاجة إليه، فلا يفيد الظفر بمسلم عادل عند تحمّل الشهادة مع عدم تمكنه على أدائها بعد ذلك و لو لذهابه إلى بلد لا يعرف.

و عن جماعة، كالشيخ في ظاهر المبسوط، و ابن زهرة في ظاهر الغنية، و الإسكافي و الحلبي في صريحهما اعتبارها، و علل الاعتبار بأنه لا يمكن الأخذ بظاهر التعليل لجريانه في غير الوصية، و إذا سقط الإطلاق في التعليل يؤخذ بالقيد في الروايات، و ما عن المحقق- قدس سره- في الكتاب: و لا يشترط كون الموصى في غربة و باعتبارها رواية مطرحة، من غرائب الكلام، فإن طرح ظهور الآية و بعض الروايات في اعتبارها مع عمل جمع من الفقهاء غير صحيح.

أقول: لو فرض عدم الإطلاق في التعليل يبقى في البين أن القيد في الآية و بعض الروايات غالبى، لأن عدم التمكن على المسلم العادل يحصل في الغربة و السفر، فلا يمنع عن الأخذ بالإطلاق في صحيحة ضريس الكناسى، مع أنه لم يعلم عدم الإطلاق في التعليل، فإن المراد بالحق في قوله- عليه السلام-: «لا يصلح ذهاب حق أحد»، هو حق الوصية، كما يقتضيه عطف: «و يبطل وصيته عليه»، و على الجملة فالمتبع هو الأخذ بالإطلاق، و الله سبحانه هو العالم.

الثانى: ذكر في الجواهر أنه لا فرق في شهادة الذمى بالوصية مع فقد المسلم بين كونها بالمال أو الولاية أو بهما معا، و يعبر عن الوصية بالولاية الوصاية، و على الأول اتفاق، و هذا الكلام يشير إلى الخلاف في الوصية بالولاية، و قد نقل عن جماعة منهم الشهيد الثانى فى المسالك اختصاص الحكم بالوصية بالمال،

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٣٩

و المنع أشبه.

وقوفا فيما خالف الأصل على المتيقن، و عن المحقق الأردبيلى- قدس سره- فى بعض الروايات إشارة إلى الاختصاص، و لعله أراد ما علل به السماع، من أنه لا يصلح ذهاب حق أحد.

و لكن لا يخفى ما فى تعليل الشهيد الثانى و ما ذكره الأردبيلى من الإشارة، فإن مقتضى الروايات بإطلاقها سماع شهادة غير المسلم

في الوصية مع عدم وجدان المسلم، من غير فرق بين كونها بالمال أو بالولاية، و الوصاية أيضا جعلها حق للمسلم، فلا يصلح ذهابها. الثالث: المذكور في كلمات كثير من الأصحاب كعبارة الماتن - قدس سره -، هو الذمي، و بعضهم ذكر سماع شهادة أهل الكتاب، و هم اليهود و النصرى، و الحق بهما المجوس، أما لكونهم من أهل الكتاب أو لأنهم ملحقون بهم في الجزية و غيرها. و في الروايات الواردة في المقام، شهادة أهل الملل و شهادة من ليس بمسلم و شهادة الكافر و أهل الكتاب و الذمي، و في موثقة سماعة قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن شهادة أهل الملة، فقال لا تجوز إلا على أهل ملتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (١).

و في معتبرة حمزة بن حمران عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «سألته عن قول الله عز و جل [عَدَلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ] قال: فقال: اللذان منكم مسلمان، و اللذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إذا مات الرجل المسلم بأرض غربة فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٤٠ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٨٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٤٠

.....

فليشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما» (١).

و في صحيحة الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - هل تجوز شهادة أهل الذمة على غير أهل ملتهم؟ قال: نعم، إن لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (٢).

و الأظهر عدم اعتبار كون الكافر ذميا، بل يكفي كونه من أهل الملة و الكتاب، فإن الذمي الوارد في بعض الروايات قد فرض في سؤال الراوي، كما في موثقة سماعة و صحيحة الحلبي، فلا دلالة لمثلها على الاعتبار. و تقييد الإطلاق في غيرهما، و لكثرت ذكر قيدها في معتبرة حمزة بن حمران، و هي أيضا لا تصلح لتقييد الإطلاق في غيرها، لما تقدم من أن الموجود غالبا بين المسلمين و أراضيهم هو الكافر الذمي، فذكره لملاحظة الغالب.

الرابع: ظاهر كلام الماتن - قدس سره - أنه يعتبر في سماع شهادة الذمي بوصية المسلم فقد عدلين مسلمين، و أنه إذا لم يجد الموصي المسلم عند وصيته مسلمين عدلين يجوز الاشهاد بالذميين، فلا عبرة في جواز اشهادهما بالتمكن من المسلمين الفاسقين، و لكن المحكى عن العلامة في التذكرة أنه لو وجد مسلمين فاسقين فإن كان فسقهما بغير الكذب و الخيانة أنهما أولى من أهل الذمة، و لو كان فسقهما يتضمّن الكذب و الخيانة فالذمي أولى، و لو وجد مسلمان مجهولا العدالة، فهما أولى من شهود أهل الذمة، و مال إليه في المسالك على ما قيل.

أقول: المسلم غير المتحرز عن الكذب و الخيانة يزيد على الكافر بشرف الإسلام، و العدل في الكافر ليس إلا الأمانة و التحرز عن الكذب، و سائر ما

(١) الوسائل: ١٣، الباب ٢٠ من أحكام الوصايا، الحديث ٧: ٣٩٢، و الآية في المائدة: ١٠٦.

(٢) المصدر نفسه: ١٨، الباب ٤٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٤١

.....

يعمل به و يتركه على زعمه فى دينه، و لكن هذا لا- ينافى تقديم هذا الكافر على المسلم المزبور فى مقام الشهادة، تحفظا بكرامة مقامها و كرامة العدل، و العمدة فى المقام دعوى ظهور بعض الروايات فى أنه لا تصل النبوة إلى إشهد الكافر إلا مع فقد المسلم. و فى صحيحة هشام بن الحكم عن أبى عبد الله- عليه السلام- فى قول الله عزّ و جلّ أو آخراً من غيركم فقال: «إذا كان الرجل فى أرض غربة و لا يوجد فيها مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم فى الوصية» (١). و فى موثقة سماعة: «سألت أبأ عبد الله- عليه السلام- عن شهادة أهل الملة، قال: فقال: لا تجوز إلا على أهل ملتهم فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية» (٢). و لكن لا- إطلاق فى هذه الروايات بالإضافة إلى المسلم الفاسق، خصوصاً فى صحيحة هشام الواردة فى السؤال عن المراد بالآية المباركة، فإنها نظرة إلى بيان المراد من غيركم، و أنه إنما تصل النبوة إلى إشهد الكافر مع عدم التمكن على إشهد المسلم بالوصية، مع التحفظ على سائر شرائط الشهادة و منها العدالة، و على الجملة لا يستفاد منها كفاية شهادة مسلمين فاسقين. نعم، لا يبعد سماع شهادة المسلم العدل مع كافر عدل، بحيث لا يحتاج مع شهادتهما إلى الحلف من المدعى، و الوجه فى ذلك: أن المسلم العدل لا يقصر عن الكافر العدل جزماً، و ليس فى سماع شهادته مع الكافر العدل خلاف التحفظ على كرامة مقام الشهادة لعدل المسلم.

و يبقى فى المقام ما ذكره الماتن- قدس سره- من ثبوت الإيمان بمعرفة

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٤٠ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٨٧.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٤٠ من أبواب الشهادات، الحديث ٤: ٢٨٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٤٢

.....

الحاكم أو قيام البينة و الإقرار، و قد ذكر فى المسالك: أن كلاً من البينة و معرفة الحاكم يستند إلى إقرار الشاهد لا محالة، لأن الإيمان أمر قلبى لا يمكن معرفته إلا باخبار الشخص بمعتقده، فالإقرار واسطة فى كل من معرفة الحاكم و قيام البينة. أقول: الإيمان المعتبر فى الشاهد و غيره و ان كان أمراً قلبياً إلا أن له بروزاً بالآثار و العلامات، فىكون اطلاع الحاكم أو غيره من الشهود و غيرهم بالاطلاع بتلك الآثار و العلامات نظير إحراز العدالة، بناء على أنها ملكة الطاعات، فلا يلزم أن يتوسط فى علم الحاكم أو البينة إقرار الشخص بإيمانه. و يبقى فى البين سؤال الفرق بين اخبار شخص بعدله و اخباره بمعتقده، بقبول الثانى دون الأول، و يمكن تصحيح التفرقة بدعوى جريان السيرة من المتشعبة على المعاملة مع المقر معاملة المؤمن ما لم يظهر منه خلاف مقتضى إقراره، و هذه غير بعيدة، و يؤيدها ما يدل على قبول دعوى الحربى كونه كتابياً.

لو رافع الكافر خصمه الكافر إلى القاضى بالحق المنسوب بالنصب العام أو الخاص، سواء أ كان خصمه من أهل ملته أم من غيره، فيعتبر فى الحكم بثبوت دعواه الإتيان من المسلمين بشاهدين عدلين، و لا يكون غير ذلك مدركا و بينة فى ثبوتها.

و فى الجواهر نسب عدم سماع شهادة الكافر و لو على الكافر إلى المشهور، و لكن المنسوب إلى ابنى الجنيد و إدريس بل الأصحاب، كما فى المختلف، جواز شهادة أهل كل ملة على أهل تلك الملة.

و يدل على ذلك موثقة سماعة المتقدمة قال: «سألت أبأ عبد الله- عليه السلام- عن شهادة أهل الملة، فقال: لا تجوز إلا على أهل

ملتهم» (١)، في ذيلها:

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٤٠ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٨٧: ٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٤٣

.....

«فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد»، و مقتضى ذيلها أنه مع فقد الشاهد من أهل ملته تقبل شهادة الكافر من غير ملته في الوصية.

و بهذا يرفع اليد عن الإطلاق في صحيحة الحلبي، قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام -: هل تجوز شهادة أهل الذمة على غير أهل ملتهم؟ قال: نعم إن لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (١)، بل التعليل كما ذكرنا بنفسه قرينه على كون الصحيحة ناظرة إلى الشهادة بالوصية.

و يمكن أن يستدل على سماع شهادة أهل كل ملّة على أهل تلك الملّة بصحيحة ضريس الكناسي قال: سألت أبا جعفر - عليه السلام - عن شهادة أهل ملّة هل تجوز على رجل من غير أهل ملتهم؟ قال: لا، إلّا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم، و إن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية» (٢).

فإن هذه الصحيحة و إن اشتملت على رواية الكليني على لفظ مسلم في قوله: «هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم» (٣)، إلّا أن قوله: «من غير أهل ملتهم»، قرينه على زيادة لفظ مسلم، و يظهر منها أنّ سماع شهادة أهل ملّة على أهل تلك الملّة كان مفروغا عنه عند السائل.

و المتحصل أنه لا وجه لرفع اليد عن الإطلاق في موثقة سماعه و هكذا في صحيحة ضريس على رواية الشيخ، أضف إلى ذلك ما تقدم من أنّ سماع شهادة أهل ملّة على أهل تلك الملّة مقتضى قاعدة الإلزام، فما ذكره الماتن - قدس سره - من أنّ المنع أشبه لا يمكن المساعدة عليه.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٤٠ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٨٧: ١.

(٢) التهذيب ٦: ٢٥٣.

(٣) الكافي ٧: ٣٩٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٤٤

[الرابع: العدالة]

إشارة

الرابع: العدالة.

إذ لا طمأنينة مع التظاهر بالفسق (١)، و لا ريب في زوالها بمواقعة الكبائر،

(١) قد علّل - قدس سره - اعتبار العدالة في الشاهد بأنه لا اطمئنان بشهادة من تظاهر بالفسق، و من الظاهر عدم اختصاص ذلك

بالتظاهر، بل يجرى في شهادة غير العادل، تظاهر بفسقه أم لا.

و على أى تعتبر العدالة في الشاهد بلا-خلاف معروف أو منقول، و ان يتراءى من بعض الكلمات الخلاف في معنى العدالة، فإنه قد ذكر سبحانه في تحمّل الشهادة بالوصية اعتبار استشهاد ذوى عدل من المسلمين، و إذا اعتبرت العدالة في الشاهد بالوصية، مع أنّ أمرها هين للتوسعة فيها، و علل ذلك بأنه لا يصلح ذهاب حق الوصية من المسلم أو من كل أحد، كان اعتبارها في الشاهد غيرها أولى.

و في صحيحة عبد الله بن أبي يعفور، «قلت لأبي عبد الله- عليه السلام:-

بم تعرف عدالة الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم و عليهم، الحديث» (١).

و في صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: «قال أمير المؤمنين- عليه السلام:- لا بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً» (٢).

و في صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله- عليه السلام:- «كان على- عليه السلام- إذا كان أتاها رجلان يختصمان بشهود، عدلهم سواء و عددهم

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨٨.

(٢) المصدر نفسه: الباب ١٨ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٥٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٤٥

كالقتل و الزنا و اللواط و غضب الأموال المعصومة، و كذا بمواقعة الصغائر مع

سواء، أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين» (١).

و في صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر- عليه السلام:- «انّ علياً- عليه السلام- قال: لا أقبل شهادة الفاسق إلّا على نفسه» (٢).

و في صحيحة عبد الله بن سنان قال: «قلت لأبي عبد الله- عليه السلام- ما يردّ من الشهود؟ فقال: الظنين و المتهم، قال: قلت: فالفاسق و الخائن؟ قال: ذلك يدخل ذلك في الظنين» (٣)، إلى غير ذلك.

لا يقال: تعارض الروايات صحيحة حريز عن أبي عبد الله- عليه السلام- في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا، فعُدل منهم اثنان و لم يعدل الآخران، فقال: «إذا كانوا أربعة من المسلمين ليس يعرفون بشهادة الزور أجزت شهادتهم جميعاً و أقيم الحدّ على الذى شهدوا عليه، إنّما عليهم أن يشهدوا بما أبصروا و علموا، و على الوالى أن يجيز شهادتهم إلّا أن يكونوا معروفين بالفسق» (٤).

حيث إنّ مقتضى هذه جواز سماع شهادة من لا يعرف بالفسق، و لعلّ مقتضى الجمع بينها و بين ما تقدم حمل تلك الرواية على أنّ المراد بالعدالة في الشاهد عدم معلومية فسقه.

و يقرب من صحيحة حريز ما رواه الصدوق بإسناده عن العلاء بن سيابة قال: «سألت أبا عبد الله- عليه السلام- عن شهادة من يلعب بالحمام، قال: لا بأس

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٥: ١٨٣.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٧: ٢٩١.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٣٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٧٤.

(٤) المصدر نفسه: الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ١٨: ٢٩٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٤٦

الإصرار أو في الأغلب، أما لو كان في الندره، فقد قيل: لا يقدح لعدم الانفكاك

إذا كان لا يعرف بفسق» (١).

فإنه يقال: الروايتان مع الغمض عمّا في الثانية من المناقشة في سندها بعلاء بن سبابه و غيره، لا يمكن الأخذ بهما، بل المتعين طرحهما في مقام المعارضة، فإنّ الروايات المتقدمه موافقه للكتاب العزيز الدال على اعتبار العدل في الشاهد بالوصيه، المقتضى اعتبارها في غيره على ما تقدم.

وقد تقدم في بحث القضاء ظهور عدالة الشخص في دينه استقامته و عدم ميله عن الوظائف المقرره له في الشرع أو في الملكة المقتضية للاجتناب عن الكبائر و ترك الإصرار على الصغائر، و قد ذكر في صحيحه عبد الله بن أبي يعفور و غيرها طريقا إلى إحراز عدالة الشخص المعبر عنه بحسن الظاهر، فلاحظ صدر الصحيحه و ذيلها.

و في موثقه سماعة بن مهران عن أبي عبد الله - عليه السلام -: من عامل الناس فلم يظلمهم و حدّتهم فلم يكذبهم و وعدهم فلم يخلفهم كان ممن حرمت غيبته و كملت مروّته و ظهر عدله و وجبت اخوّته (٢).

و من الظاهر أنه لو كان المراد بالعدالة عدم عرفان الشخص بالفسق، فلا يحتاج ذلك إلّا إلى إحراز إسلامه و إيمانه، أى كونه اثني عشريا على ما تقدم في اشتراط الإسلام و الإيمان، و قد ذكر في الروايات عدم كفايه إسلام الشخص في قبول شهادته، بل يعتبر إحراز الخير منه.

(١) الفقيه ٣: ٤٨، الوسائل ١٨: الباب ٥٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٣٠٥، التهذيب ٦: ٢٨٤.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٥٢ من أبواب العشرة.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٤٧

منها، إلّا فيما يقلّ، فاشتراطه التزام للأشقّ، و قيل: يقدح لإمكان التدارك

و في صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهادة الرجل إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس» (١)، و في صحيحته الأخرى: «سألت أبا جعفر - عليه السلام - عن الذمّي و العبد يشهدان على شهادة ثم يسلم الذمّي و يعتق العبد، أ تجوز شهادتهما على ما كانا أشهدا عليه؟

قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما» (٢)، و قد تقدم نقل الروايتين و غيرهما.

و المتحصّل إنه لا ينبغي التأمل في اعتبار العدالة في الشاهد، و قد تقدم في بحث القضاء أنّ ظاهر العدالة استقامة الشخص في دينه و عدم عدوله عن وظيفته الشرعية.

و قد ذكروا أنّ ارتكاب الكبيرة تقطع العدالة و كذا الصغيرة مع الإصرار، و المراد بالإصرار تكرار الارتكاب بلا تداركه بالتوبه، سواء كان تكراره تكرار ما ارتكبه أم عدم الاعتناء بالصغائر الأخرى.

و في موثقه سماعة قال: «سمعت أبا الحسن - عليه السلام - يقول: لا تستكثروا كثير الخير و لا تستقلّوا قليل الذنوب، فإنّ قليل الذنوب تجتمع حتى يكون كثيرا، و خافوا الله في السرّ حتى تعطوا من أنفسكم النصف» (٣).

و في صحيحه زيد الشحام قال: «قال أبو عبد الله - عليه السلام -: اتّقوا المحقرات من الذنوب فإنّها لا تغفر، قلت: و ما المحقرات؟ قال: الرجل يذنب الذنب فيقول: طوبى لي ان لم يكن لي غير ذلك» (٤).

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٨: ٢٩١.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٣٩ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨٥.

(٣) المصدر نفسه: ١١، الباب ٤٣ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣: ٢٤٥.

(٤) المصدر نفسه: ١١، الباب ٤٣ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١: ٢٤٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٤٨

بالاستغفار، و الأول أشبه.

و فى صحيحه أبى بصير قال: «سمعت أبا عبد الله - عليه السلام - يقول: لا و الله لا يقبل الله شيئا من طاعته على الإصرار على شىء من معاصيه» (١).

و فى رواية عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله - عليه السلام -: «لا صغيرة مع الإصرار و لا كبيرة مع الاستغفار» (٢).

بل ظاهر خبر جابر عن أبى جعفر - عليه السلام - ان الإصرار يتحقق إن يذنب الذنب و لا- يتوب، فإنه روى عن أبى جعفر - عليه السلام - فى قول الله عزّ و جلّ و لم يصروا على ما فعلوا و هم يعلمون قال: «الإصرار أن يذنب الذنب فلا يستغفر الله و لا يحدث نفسه بالتوبة فذلك الإصرار» (٣).

و الحاصل، ان المنسوب إلى المشهور، قديما و حديثا ان العدالة لا تنقطع بارتكاب الصغيرة بلا إصرار و تنقطع معه، و قيل: بانقطاعها مع عدم تداركها بالتوبة.

و ذكر الماتن - قدس سره - ان ما عليه المشهور هو الأشبه، و ذكر فى وجهه:

أنه لو كان ارتكابها قادحا لكان أمر الاشهاد بالدعوى و اقامة البينة أمرا حرجيا، لعدم انفكاك الشخص عن ارتكاب الصغيرة أحيانا إلا فيما يقل من حال أو زمان، و عن ابن إدريس قدحها فى العدالة و تدارك بالتوبة كالكبيرة.

و رده فى الجواهر بأن إحراز التوبة يحتاج إلى زمان طويل، و نقل عن العلامة بأن من شرط التوبة قصد عدم العود أبدا و لا يتحقق هذا القصد من الإنسان غالبا، و فى صحيحه ابن أبى يعفور اقتصر على اجتناب الكبائر فى بيان

(١) الوسائل: ١١، الباب ٤٨ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١: ٢٦٨.

(٢) الوسائل: ١١، الباب ٤٨ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣: ٢٦٨.

(٣) المصدر نفسه: الحديث ٤: ٢٦٨، و الآية فى آل عمران: ١٣٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٤٩

.....

العدالة (١).

أقول: كما ذكرنا ظاهر عدالة الشخص استقامته فى دينه بالعمل بوظائفه و تركه المحذورات - يعنى المحرمات -، و تقسيم المعاصى بالكبيرة و الصغيرة لا يرجع إلى أمر العدالة بل يرجع إلى مسألة و عد العفو بلا توبة بالإضافة إلى الجزاء بالعقاب، و لو فرض العلم بأن الشخص يرتكب فى غالب أحواله أو بعضها الصغيرة، فهذا لا يمنع عن قبول شهادته مع احتمال تداركها بالتوبة، حيث ان حسن الظاهر طريق إلى عدالته فمجرد احتمال توبته مع حسن الظاهر كاف فى قبول شهادته و لا يحتاج إحراز عدالته إلى مضى زمان طويل.

و أما ما ذكره العلامة- قدس سره- من عدم تحقق التوبة غالبا لدخالة قصد عدم العود، فلا يمكن المساعدة عليه، فإن التوبة عن ذنب تتحقق بالبناء فعلا واقعا على عدم العود، و عدم العلم بالعود مستقبلا لا ينافي البناء الفعلي، و لا يتوقف على العلم بعدم العود، و ما ذكر في صحيحه ابن أبي يعفور غير ظاهر في اعتبار الملكة المعروفة كما ذكرنا.

و الحاصل إذا كانت العدالة هي الاستقامة في الدين كما هو ظاهر العدل في دينه، فالمعصية و لو بارتكاب أى محرّم يوجب ارتفاعها و تعود بالتوبة عنه، فإن الارتكاب ميل عن الاستقامة و التوبة رجوع إليها.

نعم، لو كانت العدالة الملكة الباعثة على ملازمة التقوى، من ترك المحرمات و فعل الواجبات، فلا يقدر فيها مجرّد ارتكاب كبيرة أحيانا، حيث إنّ الملكة تجتمع مع ذلك الارتكاب.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٥٠

.....

و على الجملة، تقسيم المعاصى إلى الكبيرة و الصغيرة، بالإضافة إلى كون الاجتناب عن الأولى مكفّرة عن الثانية مع عدم الإصرار، لا بالإضافة إلى عدم القدر في العدالة.

لا- يقال: الالتزام بوجود التوبة في مطلق المعاصى و أنّ المكلف بها يرجع إلى الاستقامة، يناسب كون وجوبها مولويا، و أما إذا كان وجوبها إرشاديا و للتخلص من العقاب المحتمل المترتب على العصيان، يتعين الالتزام بعدم قدح الصغيرة بلا إصرار بعدالة الشخص فيما كان مجتنباً عن الكبيرة و غير مصرّ على الصغيرة، و ظاهر ما ورد في لزوم التوبة عن المعاصى و الذنوب كون وجوبها إرشاديا، كما هو مقتضى أنّ جعل التوبة بابا من مقتضى رحمته على عباده، و ظاهر ما ورد فيه: إنّ العبد إذا لم يتب يكتب عليه بعد الإمهال السيئة التي ارتكبها لا سيئين.

و في صحيحه عبد الصمد بن بشير عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: «العبد المؤمن إذا أذنب ذنبا أجله الله سبع ساعات، فإن استغفر الله لم يكتب عليه شيء، و إن مضت الساعات و لم يستغفر كتب عليه سيئة» (١).

و في موثقه مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله- عليه السلام- عن أبيه: «ما من مؤمن يذنب ذنبا إلّا أجله الله سبع ساعات من النهار، فإن تاب لم يكتب عليه شيء و إن هو لم يفعل كتب عليه سيئة» (٢).

و على ذلك، فمع عدم كتابة الذنب لكون مرتكبه مجتنباً عن الكبائر و غير مصرّ على الصغائر، فلا يكون عليه توبة.

(١) الوسائل: ١١، الباب ٨٥ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٥: ٣٥٢.

(٢) الوسائل: ١١، الباب ٨٥ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٦: ٣٥٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٥١

.....

فإنه يقال: نعم، التوبة كما ذكر، و ظاهر بعض الروايات إنّ وجوبها إرشادى، و لكن هذا لا ينافي ان تجب على مكلف يكون مجتنباً عن الكبيرة و الإصرار على الصغيرة، لأنّ النفس لا تدرى ما ذا تكسب غدا، فلعلّه ابتلى بكبيرة و لم يوفق بالتوبة عنها، و يلزم فى إحراز كونه عدلا فى دينه التوبة من صغيرة ارتكبها، كما هو ظاهر الأمر بالتوبة من الذنوب و الاستغفار عنها و إن كل ذنب عظيم.

ثم إنَّ ظاهر صحيحة عبد العظيم الحسنى «١» و غيرها ممَّا ورد في تعيين الكبائر، أنَّها معاصى مخصوصة و قد وعد الله سبحانه في كتابه العزيز العفو عن عقوبته غيرها مع الاجتناب عنها و ترك الإصرار على غيرها.

و في صحيحة محمد بن أبى عمير المروى في كتاب التوحيد قال: «سمعت موسى بن جعفر - عليه السلام - يقول: من اجتنب الكبائر من المؤمنين لم يسأل عن الصغائر - إلى أن قال: - قال النبي صلى الله عليه و آله و سلم: لا كبير مع الاستغفار و لا صغير مع الإصرار.» (٢).

و ظاهر الإصرار على الصغيرة الاستمرار عليها من غير أن يرتدع، و ما في رواية جابر «٣» هو، أن يذنب فلا يستغفر الله و لا يحدث نفسه بالتوبة الصادق مع عدم تكرارها، لا يمكن الالتزام به، لضعفها سنداً و لاستزامه عدم الفرق بين الصغيرة و الكبيرة، و مع الغمض عن السند يحمل على عدم الارتداع بعد التكرار.

(١) الوسائل: ١١، الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٢: ٢٥٢.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٤٧ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١١: ٢٦٦.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٨٥ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٤: ٢٦٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٥٢

و ربّما توهم واهم: أنَّ الصغائر لا تطلق على الذنب إلّا مع الإحباط (١)، و هذا بالإعراض عنه حقيق، فإنَّ إطلاقها بالنسبة و لكل فريق اصطلاح.

(١) و في مقابل القول بتقسيم المعاصى إلى الكبائر و الصغائر، قول بأنَّ كل المعاصى كبيرة و إطلاق الصغيرة على بعضها بالإضافة إلى بعضها الآخر بحسب الوزر، و قول ثالث بأنَّ إطلاق الصغيرة على معصية مبنى على الإحباط، فكل معصية أحبطتها الطاعة فهى صغيرة و كل طاعة أحبطتها المعصية فهى كبيرة، و لا يخفى ما فى كل من القولين لمخالفتها لظاهر الآية و الروايات.

نعم، فى صحيحة الحلبي عن أبى عبد الله - عليه السلام - الواردة فى القنوت فى صلاة الوتر: و استغفر لذنبك العظيم، ثم قال: و كل ذنب عظيم.

لكنها لا تنافى الآية و لا سائر الروايات، لأنَّ تقسيم المعاصى إلى الكبيرة و الصغيرة بالإضافة إلى العفو عن عقوبتها الأخرى بنحو الوعد، بمعنى أن من مضى من الدار الغرور و ليس عليه وزر الكبيرة و وزر الإصرار على الصغائر من المؤمنين، و عدهم الله سبحانه عفو عن أوزار سائر معاصيه.

و أمّا بالإضافة إلى لزوم الاستغفار بعد الذنب فلا صغيرة، بل على الإنسان أن يرتدع و يتوب إلى بارئه ففى مقام الاستغفار كل ذنب عظيم كما مرّ.

بقى أمر، و هو: ان العفو عن أوزار الصغائر مع عدم الكبيرة و مع عدم الإصرار بنحو الوعد، و أمّا العفو عن الكبائر و الإصرار على الصغائر بلا توبة فهو أمر يرجى و لا يياس من روح الله و غفرانه و تقع الشفاعة من أولياء الله من الأنبياء و الرسل و الأوصياء و الشهداء و الصالحين، و فى مقدمتهم نبينا الأكرم - صلوات الله و سلامه عليه - و أهل بيته المعصومين - صلوات الله و سلامه عليهم أجمعين إلى أبد الأبدين - اللهم اجعلنا ممن ينال رحمتك و شفاعتهم، آمين يا رب العالمين.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٥٣

و لا يقدر فى العدالة ترك المندوبات، و لو أصرّ مضرّبا عن الجميع، ما لم يبلغ حدّاً يؤذّن بالتهاون بالسنن (١).

و ما ذكر من العفو في الكبائر ولكن لا بنحو الوعد لا يجرى في معصية الشرك و الكفر، فإن الله سبحانه لا يغفر للمشرك و الكافر إلا أن يتوب، قال عز من قائل إِنَّ اللَّهَ لَا يُغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ * «١».

(١) العدالة سواء قيل بأنها الاستقامة في أمر الدين و عدم الانحراف عن الوظائف الشرعية، أو بملكه الاجتناب عن المحرمات و الإتيان بالواجبات، لا تنافي ترك المستحبات و فعل المكروهات، لثبوت الترخيص حتى فيما كان بنحو الاستمرار و الإصرار. و قد قيّد ذلك في كلمات جملة من الأصحاب بعدم البلوغ مرتبة التهاون، و في التقييد شيء من التأمل، فإنه إن كان المراد التهاون العملي بمعنى عدم الاعتناء بامثالها، فقد ذكرنا أنه لا ينافيها، و إن كان بمعنى الاستخفاف، نظير ما ورد في الاستخفاف بالصلاة فهو عبارة أخرى عن التهاون العملي.

نعم، لو تضمن الاستخفاف نوع اعتراض و إنكار للأمر بتلك الأفعال أو النهي بالمكروهات، فهو أمر آخر، أعادنا الله من شرور النفس و آفات الغرور.

ثم إنه قد ذكر بعض الأصحاب إن ترك المروءة قادح بالعدالة، و لم يتعرض الماتن - قدس سرّه - لذلك، و لعله لعدم كونه قادحا عنده، و قد يفسّر المروءة أن يسير الإنسان في الناس بسيرة أمثاله من رعايته الأدب و الرسوم و الاجتناب عما يشين عندهم، و كأن العدالة يعتبر فيها مضافا إلى ما تقدم ان لا يجعل الإنسان

(١) النساء: ١١٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٥٤

[و هنا مسائل]

إشارة

و هنا مسائل:

[الأولى: كل مخالف في شيء من أصول العقائد تردّ شهادته]

الأولى: كل مخالف في شيء من أصول العقائد تردّ شهادته، سواء

نفسه بحيث يسخر و يضحك أو يشمئز منه.

و لكن لا يخفى ان الاعتبار ما لم يكن في البين عنوان محرم ينطبق على تركها لا دليل عليه.

نعم، قد ورد في بعض الأخبار الحث على المروءة، و لكن المراد منها غير ما ذكر في المقام، حيث انّ ظاهرها فيها حسن المعاشرة مع الناس.

و قد ورد في موثقة سماعة: «من عامل الناس فلم يظلمهم، و حدّتهم فلم يكذبهم، و وعدهم فلم يخلفهم، فهو ممنّ كملت مروته و ظهرت عدالته» «١»، فإنّ ظاهرها أنّ نفس ما ذكره فيها مروءة و كاشف عن عدالة الشخص.

و قد استدل في الجواهر على اعتبار المروءة بالمعنى المتقدم بفحوى ما ورد في ردّ شهادة السائل بكفّه، و ان تارك المروءة يدخل في

الظنين، الوارد في صحيحة عبد الله ابن سنان و غيرها «٢» ردّ شهادته و شهادة المتهم.

أقول: الفحوى غير تام، فإنّ السائل الذى تردّ شهادته بلا خلاف ظاهر، من اتخذ السؤال حرفه كما هو المنصرف إليه من إطلاق السائل بالكف، و يقتضيه ما ورد في صحيحة محمد بن مسلم من قوله - عليه السلام - : «أنّه لا يؤمن على الشهادة لأنّه إن أعطى رضى و ان منع سخط» «٣»، فدخل هو في الظنين، و لا يجرى ذلك في ترك المروءة، و لا يدخل تاركها في الظنين.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ١٥: ٢٩٢.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٣٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٧٤.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٣٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٨١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٥٥

استند في ذلك إلى التقليد أو إلى الاجتهاد (١)، و لا ترد شهادة المخالف في الفروع من معتقدى الحق، إذا لم يخالف الإجماع، و لا يفسق و إن كان مخطئاً في اجتهاده.

(١) ذكروا أنّ المخالف في الاعتقادات المعبر عنها بالأصول لا يعذر فلا تقبل شهادته، و لكن المخالفة في الفروع مع الاعتقاد بالحق لا تقدح في العدالة في غير المسلمّات أو موارد الإجماع.

قال في المسالك ما حاصله: إنّ المراد بالمخالفة في الأصول المخالفة في التوحيد و العدل و النبوة و الإمامة و المعاد، و أمّا فروعها من المعانى و الأحوال و غيرهما من فروع علم الكلام فلا- تكون المخالفة فيها موجبة للتدح في العدالة، فإنّ تلك المسائل ظنية و الاختلاف فيها بين علماء فرقة واحدة كثير، و قد عدّ بعض العلماء جملة ممّا وقع الخلاف فيها بين السيد و شيخه المفيد- قدّس سرهما- فبلغ نحو من مائة مسألة، و أمّا المخالفة في الفروع فهي لا تقدح في العدالة لأنّها مسائل اجتهادية تبتنى على الأدلة الظنية، فما دام لم تكن المخالفة فيها من مخالفة إجماع المسلمين أو إجماع الإمامية بحيث يعلم من المجمع عليه قول المعصوم- عليه السلام- لتكون المخالفة رداً لهم، لا تقدح في العدالة.

أقول: في كلّ ممّا ذكره في الأصول و الفروع ما لا- يخفى، فإن طرح ظهور الآية و إخراجها على خلافه بالتأويل و الرأى بلا شاهد معتبر تفسير لها بالرأى، فيكون قادحة في عدالته للنهى، سواء تعلق الآية بالأصول أو غيرها، و كذا طرح الروايات المعتمدة بالاستحسان و القياس و الفتوى على طبقهما.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٥٦

[الثانية: لا تقبل شهادة القاذف (١)، و لو تاب قبلت]

الثانية: لا تقبل شهادة القاذف (١)، و لو تاب قبلت، و حدّ التوبة ان يكذب

(١) لا تقبل شهادة القاذف فيما إذا لم يثبت ما رمى الغير به بالبينة أو إقرار المقدوف أو باللعان، بلا خلاف معروف أو منقول، يقول الله سبحانه و الذين يزعمون المصحّيات ثمّ لم يأتوا بأرْبَعِيْهِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِيْنَ جَلْدَةً و لا تقبلوا لهم شهادةً أَيْدِئاً و أولئك هم الفاسقون إلّا الذين تابوا من بعد ذلك و أصلحوا فإنّ الله عفّورٌ رّحيمٌ «١»، و المراد من المحصنات غير المشهورات بالزنا، فإن مقتضى الآية و غيرها من الروايات أنّ مع عدم ثبوت ما رمى الغير به يكون عمله افتراء محرّماً، فلا تقبل شهادته إلّا إذا تاب و أصلح، كما في

ذيل الآيه، و في بعض الروايات حتى إذا تاب و علم منه خير.

و في صحيحه أبي الصباح الكناني قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن القاذف بعد ما يقام عليه الحد ما توبته؟ قال: يكذب نفسه، قلت: أ رأيت إن أكذب نفسه و تاب أتقبل شهادته؟ قال: نعم» (٢).

و في معتبره السكوني عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «قال أمير المؤمنين - عليه السلام -: ليس يصيب أحد حدا فيقام عليه ثم يتوب إلّا جازت شهادته» (٣).

و في صحيحه عبد الله بن سنان قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن المحدود إذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال: إذا تاب، و توبته أن يرجع ممّا قال و يكذب نفسه عند الإمام و عند المسلمين، فإذا فعل فإنّ على الإمام أن يقبل شهادته بعد ذلك» (٤).

و في معتبره القاسم بن سليمان قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن الرجل يقذف الرجل فيجلد حداً ثم يتوب و لا يعلم منه إلّا خير، أ تجوز شهادته؟

(١) النور: ٤-٥.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣٦ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨٢.

(٣) الوسائل: ١٨، الباب ٣٦ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٨٢.

(٤) المصدر نفسه: الباب ٣٧ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٥٧

نفسه، و إن كان صادقا و يورى باطنا، و قيل: يكذبها إن كان كاذبا و يخطئها في الملاء إن كان صادقا، و الأول مروى، و في اشتراط إصلاح العمل زيادة عن التوبة تردّد، و الأقرب الاكتفاء بالاستمرار، لأنّ بقائه على التوبة إصلاح و لو ساعه، و لو أقام بينه بالقذف أو صدقه المقذوف فلا حدّ عليه و لا ردّ.

قال: نعم، ما يقال عندكم؟ قلت: يقولون توبته فيما بينه و بين الله و لا تقبل شهادة أبدا، فقال: بئس ما قالوا، كان أبي يقول: إذا تاب و لم يعلم منه إلّا خير جازت شهادته» (١).

و بهذا يظهر الحال في معتبره السكوني عن جعفر، عن أبيه، عن علي قال:

«ليس أحد يصيب حدا فيقام عليه ثم يتوب إلّا جازت شهادته إلّا القاذف، فإنّه لا تقبل شهادته إن توبته فيما كان بينه و بين الله تعالى» (٢)، فإنّ هذه تحمل على التقيّة، و التوبة المزبورة في نفسها إصلاح و مع استمرارها لا يحتاج في قبول شهادته إلى أمر آخر بقربته المعتمده.

ثمّ إنّ التوبة في القذف كما هو ظاهر صحيحه عبد الله بن سنان إكذاب نفسه عند الإمام و عند المسلمين، و اعتبار إكذاب نفسه عند الإمام ظاهره لثبوت فسقه عنده، سواء أجرى عليه الحدّ أم لا، فلا يعتبر مع عدم الثبوت عنده و لو لعدم مطالبه المقذوف بحقه، فيكفي الإكذاب عند أناس سمعوا منه القذف أو بلغهم القذف.

و يكفي أيضا في الإكذاب أن يقصد الكذب في الآيه الشريفه، بأن يقول:

كذبت، و أراد الكذب فيها.

و ما قيل من أنّه مع كذبه واقعا يقول: كذبت، و مع صدقه يقول: أنا خاطئ لا أعود إلى ما قلت، لا يمكن المساعدة عليه. بل فيه نوع اعاده للقذف، كما لا يخفى.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٦ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٨٢.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣٦ من أبواب الشهادات، الحديث ٦: ٢٨٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٥٨

[الثالثة: اللعب بآلات القمار كلها حرام]

الثالثة: اللعب بآلات القمار كلها حرام (١)، كالشطرنج و النرد و الأربعة عشر و غير ذلك، سواء قصد اللهو أو الحذق أو القمار.

(١) المشهور بين الأصحاب حرمة اللعب بآلات القمار و لو لم يكن اللعب بنحو القمار، بأن لا يكون في البين رهان و يكون اللعب لمجرد اللهو المعبر عنه في لغة الفرس ب (خوشى و سرگرمى)، أو يكون اللعب بلا رهان للحذق و تقوية الفكر، و يستدل على ذلك بإطلاق النهى عن اللعب، و في معتبرة السكونى عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن اللعب بالشطرنج و النرد» (١).

و في صحيحة حماد بن عيسى قال: «دخل رجل من البصريين على أبى الحسن الأول - عليه السلام - فقال له: جعلت فداك إني أقعد مع قوم يلعبون بالشطرنج و لست أعب بها و لكن أنظر فقال: ما لك و لمجلس لا ينظر الله إلى أهله» (٢).
فإن مقتضى الإطلاق في المعتبرة و ترك الاستفصال في الصحيحة عن الرهان و عدمه حرمة اللعب بهما.
و في صحيحة معمر بن خلاد عن أبى الحسن - عليه السلام - قال: «النرد و الشطرنج و أربعة عشر بمنزلة واحدة، و كل ما قومر عليه فهو ميسر» (٣).

و في موثقة مسعدة بن زياد عن أبى عبد الله - عليه السلام - أنه سئل عن

(١) الوسائل: ١٢، الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩: ٢٣٨.

(٢) المصدر نفسه: الباب ١٠٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١: ٢٤٠.

(٣) المصدر نفسه: الباب ١٠٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١: ٢٤٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٥٩

[الرابعة: شارب المسكر تردّ شهادته]

تبريزى، جواد بن على، أسس القضاء و الشهادة، در يك جلد، دفتر مؤلف، قم - ايران، اول، ه ق

أسس القضاء و الشهادة؛ ص: ٤٥٩

الرابعة: شارب المسكر تردّ شهادته (١) و يفسق، خمرا كان أو نبذا أو تبعا أو منصفا أو فضيخا، و لو شرب منه قطرة، و كذا الفقاع، و كذا العصير إذا غلى من نفسه أو بالنار و لو لم يسكر، إلّا أن يغلى حتى يذهب ثلثاه، و أمّا غير العصير من التمر أو البسر فالأصل أنه حلال ما لم يسكر، و لا بأس باتخاذ الخمر للتخليل.

الشطرنج فقال: «دعوا المجوسية لأهلها لعنهما الله» (١).

و من البعيد جدا أن يسأل مسعدة عن القمار بالشطرنج أو غيرها، و على الجملة دعوى الانصراف في النهي إلى صورة الرهان في اللعب بلا وجه، بل لا يحتمل ذلك في بعضها و لو موهوما.

نعم، يمكن دعوى أن النهي مع عدم الرهان بنحو الكراهة لا التحريم، و في صحيحة علي بن رثاب قال: «دخلت على أبي عبد الله - عليه السلام - فقلت له:

جعلت فداك ما تقول في الشطرنج؟ قال: المقلب لها كالمقلب لحم الخنزير، قلت:

ما على من قلب لحم الخنزير؟ قال: يغسل يده» (٢)، فيمكن أن يدعى ظاهر هذه عدم حرمة مجرد اللعب و اللعب به كاللعب بلحم الخنزير، و لكنه لا يخلو عن تأمل.

(١) فإن شارب المسكر محكوم بالفسق و لا تقبل شهادة الفاسق، و كذا الأمر في شارب الفقاع و العصير بعد غليانه بالنار أو بغيره ما لم يذهب ثلثاه و بقي ثلثه.

(١) الوسائل: ١٢، الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧: ٢٣٨.

(٢) المصدر نفسه: الباب ١٠٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣: ٢٤٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٦٠

[الخامسة: مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب يفسق فاعله و تردّ شهادته]

الخامسة: مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب يفسق فاعله (١) و تردّ شهادته، و كذا مستمعه، سواء استعمل في شعر أو قرآن، و لا بأس بالحداء به، و يحرم من الشعر ما تضمن كذبا أو هجاء مؤمن أو تشبيها بامرأة معروفة غير محللة له، و ما عداه مباح، و الإكثار منه مكروه.

[السادسة: الزمر و العود و الصنج، و غير ذلك من آلات اللهو حرام]

السادسة: الزمر و العود و الصنج، و غير ذلك من آلات اللهو حرام (٢) يفسق

(١) ظاهر كلامه - قدس سره - إن الغناء من الكبائر و كذا الاستماع إليه، فيكون فاعله و مستمعه محكوما عليه بالفسق بمجرد الارتكاب، كما أن ظاهر كلامه أن الغناء اسم لكيفية الصوت في القراءة و تأديء الكلام، و تلك الكيفية مدّ الصوت بحيث يشتمل على الترجيع و ترديده في الحلق، بحيث يكون ذلك المدّ بذلك الترجيع مطربا، أي مقتضيا لحالة للنفس يعبر عنها بطرب النفس، و خفتها، كما يجدها الإنسان في نفسه بشدة الحزن أو الفرح.

و حيث إن حصول تلك الحالة خصوصا في المستمع لا تكون بمجرد الكيفية المزبورة، بل يعتبر في حصولها حسن الصوت و نحوه، فيكون المراد كون تلك الكيفية مقتضيا للطرب، فإنه لا يحتمل أن يكون حسن الصوت و نحوه دخيلا في صدق الغناء.

و قد تكلمنا في المسألة في المكاسب المحرمة من إرشاد الطالب بما فيه كفاية، فليراجع.

(٢) ذكر- قدس سره- ان استعمال آيات الله في اللهو حرام يفسق فاعله و مستمعه، و هو كالغناء من المعاصي الكبيرة، و قد نفى الخلاف عن حرمة كل من استعمالها و الاستماع إليه.
و يدل عليه معتبرة السكوني عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: قال
أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٦١
فاعله و مستمعه، و يكره الدف في الاملاك و الختان خاصة.

رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «أنهاكم عن الزفن و المزمار و عن الكوبات و الكبريات» (١)، و في موثقه إسحاق بن جرير قال:
«سمعت أبا عبد الله- عليه السلام- يقول: ان شيطاننا يقال له القفندر إذا ضرب في منزل رجل أربعين صباحا بالربط و دخل الرجال
وضع ذلك الشيطان كل عضو منه على مثله من صاحب البيت ثم نفخ فيه نفخة فلا يغار بعدها حتى توتى نساؤه فلا يغار» (٢).
إلى غير ذلك من الروايات الكثيرة المؤيدة للحرمة لضعف إسنادها، إن لم يدعى الوثوق بصدور بعضها عن المعصوم لكثرتها، أو
يلحق بما يعتمد عليها هذا بالإضافة إلى الاستعمال.

و أما بالإضافة إلى الاستماع، ففي موثقه مسعدة بن زياد قال: «كنت عند أبي عبد الله- عليه السلام- فقال له رجل: بأبي أنت و أمي
إني أدخل كنيفا و لي جيران عندهم جوار يتغنين و يضرين بالعود، فربما أطلت الجلوس استماعا مني لهنّ، فقال: لا تفعل- إلى أن
قال:- قم فاغتسل و صل ما بدا لك فإنك كنت مقيما على أمر عظيم ما كان أسوأ حالك لو متّ على ذلك احمد الله و سله التوبة
من كل ما يكره فإنه لا يكره إلا كل قبيح و القبيح دعه لأهله فإن لكل أهلا».

و ما ذكر- قدس سره- من الاستثناء في الاملاك و الختان لا يمكن المساعدة عليه، فإنه لا موجب لرفع اليد عن ما دلّ على حرمة كل
من الاستعمال و الاستماع.

نعم، قد وقع الاستثناء بالإضافة إلى الغناء في الأعراس، و بالإضافة إلى الحداء كلام ذكرناه في إرشاد الطالب، و العجب من الماتن
كره الدف في الاملاك يعني العرس و الختان مع عدم دليل على التخصيص إلا في الغناء كما مرّ.

(١) الوسائل: ١٢، الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦: ٢٣٣.

(٢) الوسائل: ١٢، الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١: ٢٣٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٦٢

[السابعة: الحسد معصية، و كذا بغضه المؤمن]

السابعة: الحسد معصية (١)، و كذا بغضه المؤمن، و التظاهر بذلك قاذح في العدالة.

[الثامنة: لبس الحرير للرجال في غير الحرب اختيارا محرم]

الثامنة: لبس الحرير للرجال في غير الحرب اختيارا محرم (٢) تردّ به الشهادة، و في التكاأة عليه و الافتراض له تردد، و الجواز مروى، و
كذا يحرم التختّم بالذهب و التحلّي به للرجال.

[التاسعة: اتخاذ الحمام للأنس]

التاسعة: اتخاذ الحمام للأنس، و إنفاذ الكتب ليس بحرام، و ان اتخذها للفرحة و التطير فهو مكروه، و الرهان عليها قمار.

(١) في صحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «أصول الكفر ثلاثة: الحرص و الاستكبار و الحسد» (١)، و في صحيحة محمد بن مسلم: «ان الحسد ليأكل الايمان كما تأكل النار الحطب» (٢).
 و في معتبرة حمزة بن حمران عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «ثلاثة لم ينج منها نبي فمن دونه: التفكر في الوسوسة في الخلق و الطيرة و الحسد، إلا أن المؤمن لا يستعمل حسده» (٣).
 و على الجملة: استعمال الحسد بإظهاره بغض المؤمن و إيذائه و إهانته و غير ذلك محرّم قاذح في العدالة، كما هو مقتضى ما ورد في ذلك من الروايات الكثيرة المتفرقة في أبواب جهاد النفس و العشرة.
 (٢) على ما ذكر التفصيل في بحث لباس المصلى.

- (١) الوسائل: ١١، الباب ٥٥ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١٢: ٢٩٤.
 (٢) الوسائل: ١١، الباب ٥٥ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١: ٢٩٤.
 (٣) المصدر نفسه: الحديث ٨: ٢٩٣.
 أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٦٣

[العاشر: لا ترد شهادة أحد من أرباب الصنائع المكروهة]

العاشر: لا ترد شهادة أحد من أرباب الصنائع المكروهة (١)، كالصياغة و بيع الرقيق، و لا- من أرباب الصنائع الدنيئة كالحياكة و الحجامه، و لو بلغت في الدناءة، كالزبال و الوقاد، لأنّ الوثوق بشهادته مستند إلى تقواه.

(١) لإطلاق ما دلّ على قبول شهادة العدل و الأمر بالاستشهاد به، فإنّ الاشتغال و التكسب بالصناعات المكروهة لا ينافي العدالة، و مثله الاشتغال بالصنائع الدنيئة كالزبال و الوقاد، و دعوى منافاتها للمروءة مطلقاً أو في بعض الناس لا يمكن المساعدة عليها، لعدم اعتبار عدم ارتكاب خلاف المروءة في العدالة على ما تقدم، مع أنّ الاشتغال بما هو دني عند الناس بحسب الكسب لا يعتبر من خلافها.
 أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٦٤

[الخامس: ارتفاع التهمة]**إشارة**

الخامس: ارتفاع التهمة (١).

[و يتحقّق المقصود ببيان مسائل]

إشارة

و يتحقق المقصود ببيان مسائل:

(١) يعتبر في سماع الشهادة ارتفاع التهمة في شهادة الشاهد، و الظاهر عدم الخلاف في الاشتراط في الجملة، و حيث إن مجرد عود النفع إلى الشاهد بوجه لا يوجب ردّ شهادته مطلقا تعرض الماتن - قدس سره - للموارد التي تكون التهمة موجبة لعدم السماع. و عدّ منها شهادة الشريك فيما هو شريك فيه، كما إذا ادعى أحد الشريكين على آخر أنّه قد اشترى منه العين الفلانية و أقام شريكه شاهدا بشرائه، و يشهد لذلك روايات، منها: موثقة سماعه قال: «سألته عمّا يردّ من الشهود، قال: المريب و الخصم و الشريك و دافع مغرم و الأجير و العبد و التابع و المتهم، كلّ هؤلاء تردّ شهاداتهم» (١). و ظاهرها كون الشريك قسيما للمتهم، و لم يقيد عدم قبول شهادة الشريك فيما فيه الشركة، و يمكن أن يدعى انصرافها إلى ذلك، نظير عدم قبول شهادة العبد فإنّ شهادته لمولاه لا تقبل، و لكن إثبات الانصراف مشكل. و على فرض الإطلاق يرفع اليد عن إطلاقه بما رواه الصدوق - قدس سره - في الصحيح عن أبان - يعنى أبان بن عثمان - قال: سئل أبو عبد الله - عليه السلام - عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه، قال: تجوز شهادته إلّا في شيء له فيه نصيب» (٢)، قد رواه الشيخ (٣) - قدس سره - عن أبان عمّن أخبره عن أبي عبد الله

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٧٨.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٢٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٧٢، الفقيه ٣: ٤٤٠.

(٣) التهذيب ٦: ٢٤٦، الاستبصار ٣: ١٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٦٥

[الأولى: لا تقبل شهادة من يجزّ بشهادته نفعا]

الأولى: لا تقبل شهادة من يجزّ بشهادته نفعا:

- عليه السلام -، إلّا أنّه لا يضر الإرسال بحسب نقله، حيث يمكن تعدد سماع أبان، بأن سمع الحكم من الإمام - عليه السلام - و قبله عمّن رواه عنه - عليه السلام -، و نظير ذلك غير عزيز.

و على ذلك كما يرفع اليد برواية أبان عن إطلاق ما ورد في عدم قبول شهادة الشريك لشريكه كذلك يرفع اليد عن إطلاق ما دلّ على سماع شهادة الشريك لشريكه، كمعتبره عبد الرحمن - يعنى عبد الرحمن بن أبي عبد الله - قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن ثلاثة شركاء ادعى واحد و شهد الاثنان، قال: يجوز» (١)، و لكن في رواية الكليني عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن ثلاثة شركاء شهد اثنان عن واحد قال: لا تجوز شهادتهما» (٢).

و ربّما يقال: إنّ الراوى عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله في كلا السنتين أبان ابن عثمان، و مع تعارض النقلين لا يعلم أنّ رواية عبد الرحمن ما رواه الكليني أو الشيخ - قدس سرهما.

أقول: إجمال هذين النقلين لا يضرّ بالحكم السابق لعدم ثبوت المعارض لصحيحة أبان المروية في الفقيه، مع أنّه يحتمل ثبوت كلا

النقلين عن عبد الرحمن لتعدّد سماعه عن الإمام- عليه السلام-، و نظيره أيضا في رواياتنا موجود، و معه يرفع اليد عن إطلاق كل منهما بقريته صحيحة أبان.

ثم إنه قد يستدل على عدم قبول شهادة الشريك لشريكه فيما هو

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٤: ٢٧٢، التهذيب ٦: ٢٤٦، الاستبصار ٣: ١٥.

(٢) الكافي ٧: ٣٩٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٦٦

كالشريك فيما هو شريك فيه. و صاحب الدين إذا شهد للمحجور

شريك فيه و غيره ممن يأتي ذكرهم بروايات:

منها: صحيحة عبد الله بن سنان قال: «قلت لأبي عبد الله- عليه السلام- ما يردّ من الشهود؟ قال: فقال: الظنين و المتهم، قال: قلت: فالفاسق و الخائن؟ قال:

ذلك يدخل في الظنين» (١).

و منها: صحيحة عبيد الله بن علي الحلبي قال: «سئل أبو عبد الله- عليه السلام- عما يردّ من الشهود، فقال: الظنين و المتهم و الخصم، قال: قلت: فالفاسق و الخائن؟ فقال: هذا يدخل في الظنين» (٢).

و صحيحة أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله- عليه السلام- ما يردّ من الشهود؟

فقال: المتهم و الظنين و الخصم» (٣).

بدعوى أنّ المراد بالظنين المتهم في دينه، بقريته إدخال الخائن و الفاسق فيه، فيكون المراد بالمتهم في الواقعة المرفوعة إلى القاضي، كالشريك في شهادته فيما هو شريك فيه، و عطف الخصم على المتهم من قبيل عطف الخاص على العام، حيث إنه يدخل أيضا في المتهم في الواقعة، و على الجملة أنّ عطف المتهم على الظنين أو بالعكس ليس من عطف التفسير، و لذا ذكر- سلام الله عليه- دخول الفاسق و الخائن في الظنين لا في المتهم و الظنين.

أقول: يمكن أن يكون المراد بالظنين المتهم في دينه، و لذا يدخل فيه الفاسق و الخائن، و المراد بالمتهم المتهم في قوله، و لذا يجعل الخصم قسيما له كالشريك، و قد ذكر المتهم في مقابل المريب في موثقة سماعه المتقدمة، و على الجملة لم يحرز مع عدل الشريك دخوله في المتهم و إنما يحرز دخوله في الخصم.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٧٤.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣٠ من أبواب الشهادات، الحديث ٥: ٢٧٤.

(٣) الوسائل: ١٨، الباب ٣٠ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٧٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٦٧

عليه (١)، و السيد لعبد المأذون (٢)، و الوصى فيما هو وصي فيه.

(١) إذا ادّعى المدّعي المدّعى المحجور عليه على الغير مالا، سواء كان ذلك المال عينا بيد الغير أم دينا بعهدته، و أقام المدّعى المحجور عليه من ديانته شاهدا أو شاهدين بدعواه على ذلك الغير، فلا تسمع شهادة الديان و إن كان الشاهد منهم عدلا، و الوجه في عدم السماع أنّ

الديان في الفرض يحسون من خصوم المدعى عليه لتعلق حقهم بأموال المحجور عليه.
نعم، إذا لم يكن المدين محجورا عليه و ادعى على آخر المال، سواء كان عينا أم دينا فلا بأس بأن يقيم المدين دائنه شاهدا بدعواه، فإنه تقبل شهادته بدعواه، حتى إذا كان المدين معسرا، فإنّ الدائن في الفرض لا يتعلّق حقه بمال المدين و إنّما يكون له المطالبة بدينه لا بالمال الذي يدعى المدين على الغير حتى في صورة إعساره، و على الجملة فلا يدخل الدائن في عنوان الخصم في دعوى المدين على الغير حتى لا تقبل شهادته.

(٢) و الوجه في عدم السماع أنّ مال العبد لمولاه أو أنّ للمولى الولاية في ماله، فيكون مولاه خصما في دعواه على الغير.
و ممّا ذكرنا يظهر الحال في شهادة الوصى فيما هو وصى فيه، فإنّ الوصى في الفرض يدعى ثبوت حق الوصاية له في ذلك المال.
و في صحيحة محمد بن يحيى قال: «كتب محمد بن الحسن - يعنى الصفّار - إلى أبي محمد - عليه السلام - هل تقبل شهادة الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين» (١).
فإنه لو كانت شهادة الوصى مسموعة لم تكن حاجة إلى يمين المدعى

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٨ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٧٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٦٨

.....

نعم، قد ورد في الصحيحة بعد ذلك: «و كتب أ يجوز للوصى أن يشهد لو ارث الميت صغيرا أو كبيرا و هو القابض للصغير و ليس للكبير بقابض؟ فوقع - عليه السلام - نعم و ينبغي للوصى أن يشهد بالحق و لا يكتم الشهادة» (١).
و لذا يقال أنّه لو لم تكن شهادة الوصى مسموعة فلا موجب لأمره بالشهادة و نهيته عن ترك أدائها، فيكون المراد باليمين في صدرها اليمين الاستظهارى حيث يقوم بها المدعى استحبابا مع إقامته البيّنة بدعواه، كما ورد في وصايا عليّ - عليه السلام - لشريح، هذا بالإضافة إلى الشهادة للميت.

و أمّا إذا شهد الوصى على الميت فتسمع شهادته كما ورد في ذيل الصحيحة:

«و كتب: أو تقبل شهادة الوصى على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقع: نعم من بعد يمين» (٢)، و قد تقدم أنّ اليمين في الدعوى على الميت لازم على المدعى مع إقامته البيّنة.

و لا يقاس هذا باليمين الواردة في صدرها، فإنّ الواردة في صدرها بناء على قبول شهادة الوصى استحبابى و بناء على عدم قبولها يثبت بها الدعوى منضمّا إلى شهادة الواحد.

و على الجملة الاستدلال بما في صدرها من الأمر بضم اليمين على عدم قبول شهادة الوصى، ينافيه ما ورد فيها بعد ذلك من الأمر على الوصى بالشهادة للورثة الذين فيهم الصغار و الوصى المزبور هو القابض لهم.

و يمكن دعوى أنّ الأمر بالشهادة و النهى عن الكتمان لا ينافى عدم قبولها، خصوصا بأنّ التعبير وقع بلفظ ينبغي، الظاهر في التجويز و الترغيب.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٨ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٧٣.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٨ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٧٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٦٩

.....

و ذكر في الجواهر أنه يمكن أن يقال بقبول شهادة الوصى للميت أيضا فيما كان المدعى بعض ورثته، فإن المدعى به و هو المال للميت و ليس للوصى نصيب فيه و إنما يتعلّق به حق الوصاية بعد ثبوته، و اليمين الواردة في الصدر لا يدل على عدم اعتبار شهادته لينافي ما ورد فيها بعد ذلك، فإنها يمين استظهارية مستحبة مع ثبوت الدعوى بالبينه، أو يمكن أن يكون مدعى عليه للورثة ميتا، فيكون على الوارث المدعى مع إقامة البينة ضم اليمين، فلا يدخل الوصى في الخصم في دعوى الوارث على شخص آخر، أو كان الأوصياء للميت متعددين و ادعى أحدهم على الآخر و شهد بدعواه الوصى الآخر، و نظير ذلك شهادة الوكيل لدعوى موكله المال الذي على تقدير ثبوته يكون فيه للوكيل الوكالة، فإن ثبوت المال بشهادة الوكيل لا يخلو من وجه، نعم، في الموارد التي يعدّ الوصى أو الوكيل فيها مدعى أيضا في الواقعة لا تقبل شهادتهما، كما أنه ينبغي الجزم بقبول شهادة الوصى فيما إذا شهد بما لا يرجع إلى ولايته، كما لو شهد للوارث بحق الشفعة و نحوه، و كذا في شهادة الوكيل بما لا يرجع إلى مورد و كالتة.

أقول: إذا كانت المكاتبه بصدرها ظاهرة في عدم قبول شهادة الوصى، كما هو مقتضى اعتبار اليمين مع شهادته و شهادة عدل آخر، و أنّ ما بعدها منافيه لما في صدرها، تكون المكاتبه مجمله، فيرجع في عدم قبول شهادة الوصى أو الوكيل فيما لهما حق الوصاية و الوكالة إلى ما ورد من عدم قبول شهادة الخصم، فإنّ دعوى أنّهما ليسا من الخصم في الدعوى كما ترى، و إذا لم تكن شهادتهما فيما لهما حق الوصاية و الوكالة يرجع إلى إطلاق ما دلّ على قبول شهادة العدل.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٧٠

و كذا لا تقبل شهادة من يستدفع بشهادته ضررا (١)، كشهادة أحد العاقله بجرح شهود الجنايه، و كذا شهادة الوكيل و الوصى بجرح شهود المدعى على الموصى و الموكل.

(١) لا تقبل شهادة من يدفع بشهادته الغرم عن نفسه، كشهادة أحد العاقله بجرح شهود الجنايه التي ديتها على العاقله، و نظير ذلك شهادة الوصى أو الوكيل بجرح شهود المدعى على الموصى و الموكل، فإنّ الوصى و الوكيل يعدّ في الدعوى على الموصى و الموكل من الخصم.

ثمّ إنّه قد يقال من الشهادة التي لا تقبل أن يشهد الوارث بعد ما وقعت الجنايه على مورثه، بأنّ فلانا جرحه، سواء كانت الشهادة بعد موت مورثه أو قبل موته، و لكن لم تندمل الجراحة و يحتمل سرايتها عادة، فإنّ الشاهد في الفرض مدّع لنفسه القصاص أو الدية فيدخل في الخصم، و هذا فيما إذا لم يستوعب دين المورث تركته ان قلنا بتعلّق حق الديان بأعيان التركة.

و أمّا لو شهد الوارث بمال لمورثه المجروح و لو بجراحة سارية عادة، أو للمورث المريض الذي يعلم موته، فإن لم يمت قبل الحكم فشهادته مسموعة، و الفرق بين هذا و سابقه هو أنّ الشهادة في الأول كانت من الادعاء لنفسه بخلافها في الثاني، فإنّه يشهد بالمال لمورثه فتقبل.

أقول: في كلا الأمرين تأمل، فإنّ الشهادة في الأول أيضا بالإضافة إلى الدية من الشهادة بمال الميت، حيث أنّ الدية كما هو ظاهر الروايات من تركه الميت تسلّم كسائر ماله من الديون إلى ورثته، فمع كون المدعى على الغير هو المجنّي عليه فلا بأس بسماع شهادة الوارث قبل موته بأنّ فلانا جرحه، هذا بالإضافة إلى الأول.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٧١

[الثانية: العداوة الدينية لا تمنع القبول]

الثانية: العداوة الدينيّة لا تمنع القبول، فإنّ المسلم تقبل شهادته على الكافر، و أمّا الدنيويّة فإنّها تمنع (١)، سواء تضمّنت فسقا أو لم تتضمن،

و أمّا بالإضافة إلى الثاني، فالظاهر سماع شهادة الوارث حتى فيما إذا مات المورث قبل الحكم، فإنّ مدرك القضاء هو الشهادة التي وقعت، و هي حال وقوعها كانت واجدة لملاك القضاء بها، نظير ما إذا شهد العدلان ثمّ خرجا عن وصف العدالة قبل الحكم أو ماتا قبله فجأة، و رجوع الشاهدين قبل الحكم عن شهادتهما مسألة أخرى قد وردت فيها الروايات فيؤخذ فيها بما يستفاد منها. و ممّا تقدم يظهر الوجه في عدم سماع شهادة الوكيل أو الوصى في جرح شهود المدعى على الموصى و الموكل، فإنّ الوصى أو الوكيل في الواقعة المرفوعة المدعى عليه فلا وجه لسماع شهادتهما في دفع الدعوى عنهما، لدخولهما في الخصم على ما تقدم.

(١) العداوة الدنيويّة لا تمنع عن قبول الشهادة، حيث تسمع شهادة المسلم على الكافر و شهادة المؤمن على المخالف. و أمّا العداوة الدنيويّة فالمعروف أنّها تمنع عن قبولها بلا خلاف بل ادّعى عليه الإجماع، و المصرّح به في كلام جماعة كالماتن- قدّس سرّه- عدم الفرق بين كونها موجبة للفسق أم لا، و لذا يقال أنّها تمنع عن الشهادة على من يكون بينه و بين الشاهد عداوة و لا تمنع عن الشهادة له، و على ذلك ينبغي الكلام في مقامين:

المقام الأول: في وجه منع العداوة الدنيويّة عن قبول الشهادة مع عدم كونها موجبة للفسق:

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٧٢

و تتحقق العداوة بأن يعلم من حال أحدهما السرور بمساءة الآخر و المساءة بسروره،

و يستدلّ على ذلك بدخول الشاهد معها في عنوان الخصم، الذي قد ورد في بعض الروايات المتقدّمة عدم قبول شهادته، فإنّه كما قيل: إنّ المراد منه العدو.

و لكن لا يخفى ما فيه، فإنّ الخصم في المقام من يكون طرفا في المخاصمة استقلالاً أو تبعاً، و لو لم يكن هذا معناه الظاهر فلا أقل من احتمالها.

و يستدل أيضاً بالمروى في معاني الأخبار قال: «قال النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: لا تجوز شهادة خائن و لا خائنة و لا ذى غمز على أخيه» (١)، قال الصدوق- قدّس سرّه-:

الغمز الشحنة و العداوة (٢).

و بمعتبرة السكوني عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه- عليهم السلام- قال: «لا تقبل شهادة ذى شحنة أو ذى مخزيّة في الدين» (٣).

و ربّما يقال: إنّ الكليني روى عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: «إنّ أمير المؤمنين- عليه السلام- كان لا يقبل شهادة فحاش و لا ذى مخزيّة في الدين» (٤)، و من البعيد جدّاً أن يكون للسكوني روايتان قد سمعهما عن أبي عبد الله- عليه السلام-، بل الظاهر أنّهما رواية واحدة، و لا يعلم أنّ ما رواه السكوني ما في رواية الصدوق أو ما في رواية الكليني،

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٨: ٢٧٩.

(٢) معاني الأخبار: ٢٠٨.

(٣) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٥: ٢٧٩.

(٤) الكافي ٧: ٣٥٦، الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٧٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٧٣

أو يقع بينهما تقاذف، و كذا لو شهد بعض الرفقاء لبعض على القاطع

و معه لا يمكن أن يحكم بعدم سماع الشهادة مع العداوة الدنيوية غير الموجبة للفسق.

أقول: مجزّد ورود ذي مخزبة في الدين في كلا النقلين لا يدلّ على أنّهما رواية واحدة، و ظاهر النقلين وقوعهما عن السكوني، و عليه فلا بأس بالالتزام بكون تلك العداوة مانعة عن قبول الشهادة، و رواية معاني الأخبار لإرسالها صالحه للتأييد فقط.

المقام الثاني: في المراد من العداوة الدنيوية، و قد ذكر الماتن في بيانها أن يسرّ أحدهما بإصابة الآخر بالسوء أو يقع بينهما تقاذف. و قد يقال: أنّه لو كان المراد بالعداوة ما ذكر لكنت موجبة للفسق لحرمة الحسد و بغض المؤمن و قذفه.

و لكن لا يخفى ما فيه، فإنّ مجزّد السرور لا يمنع عن العدالة و لا يكون إظهارا للحسد، كما إذا كان المشهود عليه يؤذي الشاهد العدل دوما و لذا يسرّ الشاهد أصابته بالمصيبة، و ظاهر معتبرة السكوني و معاني الأخبار ثبوت الوصف في الشاهد و أنّه تمنع عن قبول شهادته و إظهار سروره أيضا في مثل ما ذكر فضلا عن سروره الباطني لا يمنع العدالة.

فلا وجه للالتزام بأنّ ثبوت العداوة في المدعى عليه أيضا يمنع عن قبول شهادة الشاهد عليه و ان لم تكن في نفس الشاهد عداوة، و أنّه على ذلك يصحّ لكلّ مدعى عليه أن يظهر عداوته بالإضافة إلى الشاهد عليه بسببه و قذفه لتسقط شهادته عليه عن الاعتبار.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٧٤

عليهم الطريق، لتحقيق التهمة (١)، و أمّا لو شهد العدو لعدوه قبلت لانتفاء التهمة.

(١) ذكر- قدس سرّه-: أنّه لا تسمع شهادة بعض رفقة الطريق للبعض الآخر على قاطع الطريق عليهم، بأن شهدا أنّهم أخذوا من فلان كذا، أو قالوا أنّهم أخذوا منّا كذا و منهم كذا، و يقال في وجه عدم قبول شهادتهم بأنّ قطع الطريق عليهم يوجب العداوة بين القطّاع و بينهم.

و يدلّ عليه أيضا رواية محمّد بن الصلت قال: «سألت أبا الحسن الرضا- عليه السلام- عن رفقة كانوا في طريق فقطع عليهم الطريق و أخذوا اللصوص فشهد بعضهم لبعض، قال: لا تقبل شهادتهم إلّا بإقرار من اللصوص أو شهادة من غيرهم عليهم» (١). و لكن الرواية ضعيفة سنداً.

و لا بأس بالالتزام بسماع شهادتهم بالإضافة إلى الأخذ من الآخرين، كشهادة بعض الديان لبعض آخر في دعواهم على المدين، و ما تقدّم في مانعية العداوة الدنيوية لا يوجب عدم سماع شهادة بعض الرفقة في الفرض، حيث إنّ ظاهر ما تقدم العداوة غير الناشئة عن تعدى المشهود عليه في نفس الواقعة المرفوعة إلى الحاكم كما لا يخفى، كما أنّ ظاهره شهادة ذي الشحنة بمقتضى مناسبة الحكم و الموضوع الشهادة عليه، فلا يعمّ ما إذا كانت شهادته له.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٧٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٧٥

الثالثة: النسب و ان قرب لا يمنع قبول الشهادة (١)، كالأب لولده و عليه، و الولد لوالده، و الأخ لأخيه و عليه، و فى قبول شهادة الولد على والده خلاف و المنع

(١) لا-خلاف فى أن النسب و القرابة بين الشاهد و المشهود له أو عليه لا يمنع عن قبول شهادته، سواء كان النسب قريبا أم بعيدا، فتسمع شهادة الوالد لولده أو عليه، و شهادة الأخ لأخيه أو عليه. و يشهد لذلك مضافا إلى أنه مقتضى الآية المباركة و ما ورد من الإطلاق فى قبول شهادة العدل، الروايات الخاصة كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: «تجوز شهادة الولد لوالده و الوالد لولده و الأخ لأخيه» (١). و صحيحته الأخرى عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: «سألته عن شهادة الوالد لولده و الولد لوالده و الأخ لأخيه قال تجوز» (٢). و موثقه سماعه قال: سألته عن شهادة الوالد لولده و الولد لوالده و الأخ لأخيه قال: نعم» (٣)، إلى غير ذلك. و هذه الروايات و ان كانت واردة فى الشهادة له إلا أنها تدل على قبولها على القريب بالأولوية، نظير ما تقدم فى شهادة ذى الشحاء. و المشهور كما قيل التزموا بعدم سماع شهادة الولد على والده و يستدل على ذلك بمرسلة الفقيه، قال: «و فى خبر آخر: لا تقبل شهادة الولد على والده» (٤)، و يضاف إليها ما فى الكتاب العزيز وَ صَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا (٥)، بدعوى أن رد قول الولد و تكذيبه لا يدخل فى المعاشرة بالمعروف بل هو عقوق يمنع

- (١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٦ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٧٠.
 (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٦ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٧٠.
 (٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢٦ من أبواب الشهادات، الحديث ٤: ٢٧٠.
 (٤) الفقيه ٣: ٤٢.
 (٥) لقمان: ١٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٧٦

أظهر، سواء شهد بمال، أو بحق متعلق ببدنه، كالقصاص و الحد.

عن قبول الشهادة و المحكى عن المرتضى و الإسكافي قبول شهادته على والده، و عن العلامة فى التحرير التردد فى القبول، و عن الشهيد اختيار القبول لضعف الرواية.

و دعوى انجبارها بالشهرة لا يمكن المساعدة عليها، فإن الشهرة غير محققة، و على تقديرها فيمكن أن يكون استناد بعضهم أو جلهم إلى ما ذكر من كون الشهادة على الوالد عقوقا و لا يكون من مصاحبتهم بالمعروف.

و هذا الوجه أيضا ضعيف، فإن أداء الشهادة قيام بالعدل و تركها كتمان للشهادة لله، يقول الله سبحانه كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ (١)، و لا- تكون الشهادة على الوالد عقوقا بل هو إحسان إليه و تصدى لتخلصه من حقوق الناس فلا تكون منافية لعدل الولد.

أضف إلى ذلك رواية داود بن الحصين قال: «سمعت أبا عبد الله- عليه السلام- يقول: أقيموا الشهادة على الوالدين و الولد، و لا تقيموها على الأخ فى الدين الضير، قلت: و ما الضير؟ قال: إذا تعدى فيه صاحب الحق الذى يدعى قبله خلاف ما أمر الله به و رسوله، و مثل ذلك أن يكون لآخر على آخر دين و هو معسر، و قد أمر الله بإنظاره حتى ييسر، فقال تعالى فَانظُرْ إِلَىٰ مِيسْرَةِ (٢) و يسألك أن

تقيم الشهادة و أنت تعرفه بالعسر، فلا يحل لك أن تقيم الشهادة في حال

(١) النساء: ١٣٥.

(٢) البقرة: ٢٨٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٧٧

و كذا تقبل شهادة الزوج لزوجها، و الزوجة لزوجها (١) مع غيرها من أهل العدالة، و منهم من شرط في الزوج الضميمة كالزوجة، و لا وجه له، و لعل الفرق إنما هو لاختصاص الزوج بمزيد القوة في المزاج من أن تجذبه دواعي الرغبة، و الفائدة تظهر لو شهد فيما يقبل فيه شهادة الواحد مع اليمين.

العسر «١».

و لا يبعد اعتبار الرواية سندا، فإنّ ذبيان بن حكيم الأودي، على ما يظهر من ترجمة أخيه أحمد، من المعاريف و المشاهير من الرواة، حيث عرف أحمد بن يحيى ابن حكيم بأنه أخ ذبيان بن حكيم الأودي، و لا موجب لحملها على الشهادة بعد الموت، بقرينة الأمر بالمصاحبة بالمعروف، مع أنّ مقتضاه عدم قبول شهادة الولد على والدته أيضا.

ثمّ إنه نسب إلى الشيخ- قدس سرّه- أنه يعتبر في قبول الشهادة مع النسب القريب انضمام شاهد أجنبي، و يستدلّ على ذلك بمعتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه- عليهما السلام:- «انّ شهادة الأخ لأخيه تجوز إذا كان مرضيا و معه شاهد آخر» (٢).

و لكن لا يخفى بأنّ مدلولها عدم كفاية الشاهد الواحد في ثبوت الدعوى، فيعتبر انضمام شاهد آخر، سواء كان الآخر قريبا كالولد و العم أم أجنبيا، نعم يرفع اليد عن إطلاقها بالإضافة إلى دعوى المال.

(١) تقبل شهادة الزوج لزوجته و الزوجة لزوجها بلا خلاف ظاهر، و في

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١٩ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٥٠.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٢٦ من أبواب الشهادات، الحديث ٥: ٢٧١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٧٨

و تظهر الفائدة في الزوجة لو شهدت لزوجها في الوصية، و تقبل شهادة

صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: «قال: تجوز شهادة الرجل لامرأته و المرأة لزوجها إذا كان معها غيرها» (١).

و صحيحه عمّار بن مروان قال: «سألت أبا عبد الله- عليه السلام- أو قال: سأله بعض أصحابنا عن الرجل يشهد لامرأته، قال: إذا كان خيرا (نسخة: آخر) جازت شهادته معه لامرأته» (٢)، و كلمة معه قرينة على أنّ الصحيح إذا كان آخر.

و في موثقة سماعة قال: «سألته عن شهادة الرجل لامرأته، قال: نعم، و المرأة لزوجها؟ قال: لا، إلّا أن يكون معها غيرها» (٣).

و عن جماعة من القدماء اعتبار انضمام الآخر إلى شهادة الزوج لزوجته، كما هو الحال في قبول شهادة الزوجة لزوجها، و عن جماعة التفرقة بين شهادة الزوج فلا يعتبر الانضمام و شهادة الزوجة فيعتبر الانضمام، كما هو ظاهر الماتن- قدس سرّه.

و استظهروا التفرقة من صحيحه الحلبي و موثقة سماعة، و في عبارة الماتن أنّ الفرق لاحتمال أنّ للزوج قوة مزاج تمنعه دواعي الرغبة لزوجته مع عدله ان لا يذكر الحق، بخلاف الزوجة، فإنّه ليس لها القوة بهذه المرتبة حتى مع عدلها.

و لكن الأظهر عدم الفرق بين الزوج و الزوجة فيما يثبت بشهادة الرجال

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٥ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٦٩.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٦٩.

(٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٦٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٧٩

الصديق لصديقه و ان تأكدت بينهما الصحبة و الملاطفة، لأن العدالة تمنع التسامح.

و بشهادة النساء، و ان الاكتفاء بشهادة الزوج من غير انضمام إنما هو في شهادته بالمال لها، و أما في الشهادة بغيره ممّا يعتبر فيه البيّنة فيعتبر الانضمام، و لعلّ ما في صحيحة عمّار بن مروان ناظر إلى جميع الدعاوى و الصحيحة و الموثقة إلى دعوى المال، و هذا بخلاف شهادة الزوجة، فإنّ شهادة المرأة الواحدة بلا انضمام امرأة أخرى لا يثبت شيئاً إلّا في شهادتها بالوصية بالمال، حيث يثبت بشهادتها منفردة ربع المال، كما يأتي.

و أمّا ما ذكره الماتن في وجه الفرق فهو كما ترى.

ثمّ إنّ الروايات في المقام و فيما تقدم من شهادة الأب و الولد و الأخ، كلّها ناظرة إلى الشهادة للآخر، غير ما ذكرنا في شهادة الولد على والده، فإنّ تمّ ما ذكرنا في شهادة القريب نسبا، من أنّ تجويز الشهادة و سماعها للمشهود له بالفحوى يدلّ على السماع في المشهود عليه فهو، و إلّا يؤخذ في سماع شهادة القريب على القريب و في شهادة كل من الزوج و الزوجة على الآخر بالإطلاق الدال على اعتبار شهادة العدل، و ذكر سماع الشهادة للآخر لا يقتضى التقييد في الإطلاق المزبور، لكون الشهادة من القريب أو الزوج أو الزوجة من قبيل الشهادة للآخر غالباً.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٨٠

[الرابعة: لا تقبل شهادة السائل في كفه]

الرابعة: لا تقبل شهادة السائل في كفه (١)، لأنّه يسخط إذا منع، و لأنّ ذلك

(١) لا تقبل شهادة السائل بكفه، و يشهد له صحيحة على بن جعفر عن أخيه أبي الحسن موسى - عليه السلام - قال: «سألته عن السائل الذي يسأل بكفه هل تقبل شهادته؟ فقال: كان أبي لا يقبل شهادته إذا سأل في كفه» (١).

و موثقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: «ردّ رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم شهادة السائل الذي يسأل في كفه، قال أبو جعفر - عليه السلام -: لأنّه لا يؤمن على الشهادة، و ذلك لأنّه إن أعطى رضى و ان منع سخط» (٢).

و ظاهر هذه إنّ الوصف الغالبى للسائلين بكفهم الموجب لعدم الوثوق بشهادتهم هو الموجب لعدم اعتبار الشارع شهادة السائل بالكف حتى فيما كان سائل بكفه على خلاف الوصف المزبور، و ظاهر السائل بالكف من يتصدى السؤال لأخذ المال بنفسه، بحيث يكون هذا النحو من السؤال حرفة له، يأخذ كل ما يعطى و لو بمال قليل، فلا يعم من يسأل و يأخذ المال بالواسطة أو يرسل المال إليه أو يسأل اتفاقاً لضرورة تطراً، من غير أن يصير السؤال حرفة له.

و في المسالك تبعاً للتحرير و الدروس أنّه في حكم السائل بالكف الطفيلى، و المراد به من يحضر الطعام من غير دعوة. و لكن في الإلحاق تأمل بل منع، لعدم صدق عنوان السائل بالكف عليه، و ما ورد في موثقة محمد بن مسلم مع كونه من قبيل الحكمة كما ذكرنا

لا يجرى فى الطفيلى ثم إنه قد ذكر فى الجواهر: أن ظاهر ما ورد فى عدم قبول شهادة السائل بكفه أن السؤال بالكف غير محرم فضلا عن السؤال بغيرها، فإنه لو كان السؤال بالكف فى نفسه محرما لذكر - سلام الله عليه - فى

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٥ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨١.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٨١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٨١

يأذن بمهانة النفس، فلا يؤمن على المال، و لو كان ذلك مع الضرورة نادرا لم يقدح فى شهادته.

تعليل عدم سماع شهادته أنه فاسق.

اللهم إلا أن يقال: إن السؤال عند ضرورة السائل غير محرم، فيحمل فعل المسلم على الصحة، فبمجرد سؤال شخص بالكف مع إمكان كونه لضرورة لا - يحكم بفسقه، و على ذلك فالسائل بكفه و إن كان على ظاهر العدالة إلا أنه لا تقبل شهادته لما تقدم من بعض الروايات، و إذا لم نقل بحرمة السؤال و لو من غير ضرورة فالسؤال بالكف لا ينافى العدالة الواقعية، حتى فيما إذا ذكر أو أحرز أنه غنى لا يحتاج فعلا إلى المال الذى يسأل به الناس، و لكن مع ذلك لا تقبل شهادته.

و لكن المغروس فى الأذهان حرمة السؤال فى هذا الفرض، و النصوص الواردة فى النهى عن سؤال الناس مستفيضة، و لكن أكثرها محمولة على مراتب الأولياء، و هو الغناء عن الناس و الالتجاء إلى رب العالمين و يعتم بعضها النهى عن مثل السؤال عن بعض جلسائه الماء لشربه، و بعضها محمولة على صورة التدليس بإظهار الحاجة و الفقر ليحصل بالمال من الناس، عكس الذين يحسبهم الجاهل أغنياء من تعففهم، و أما حرمة مجرد السؤال من حيث كونه سؤالا فلم يظهر عليه دليل و لا يحضرنى كلام منقح فيه للأصحاب. انتهى.

أقول: السؤال من غير ضرورة و إن يكون عملا - مذموما حتى فيما إذا لم يكن من قبيل السؤال بالمال، إلا أنه لا دليل على حرمة حتى فيما إذا كان بصورة التدليس فيما إذا لم يتضمن الكذب أو محرما آخر، و الثابت من الارتكاز هو المذمومية دون الحرمة، و الله سبحانه هو العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٨٢

[الخامسة: تقبل شهادة الأجير و الضيف]

الخامسة: تقبل شهادة الأجير و الضيف، و ان كان لهما ميل إلى المشهود له (١)، لكن يرفع التهمة تمسكهما بالأمانة.

(١) المشهور إنه تقبل شهادة الأجير و الضيف مع عدلها للمستأجر و المضيف، و قيل: أنه و لو كان لهما ميل قلبى بالإضافة إلى المشهود لهما إلا أن الاتهام عنهما فى شهادتهما يرتفع بتمسكها بالأمانة فى الشهادة التى من لوازم العدالة أو تدخل فيها. نعم، نسب المنع عن قبول شهادة الأجير للمستأجر إلى جماعة من المتقدمين و المتأخرين، فيما إذا كانت شهادته قبل مفارقة مستأجره و يدل على السماع بالإضافة إلى شهادة الضيف.

مضافا إلى الإطلاق فيما دل على اعتبار شهادة العدل، موثقة أبى بصير عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: «لا بأس بشهادة الضيف إذا كان عفيفا صائنا قال و يكره شهادة الأجير لصاحبه، و لا بأس بشهادته لغيره، و لا بأس به له بعد مفارقتة» (١).

و أما الأجير فالأظهر عدم قبول شهادته لمستأجره ما دام أجيروا له و لم يفارقه، أخذا بظاهر الموثقة، فإن الكراهة فيها بمعنى عدم النفوذ،

حيث لا معنى للكراهة المصطلحة في أداء الشهادة، فإنّ مع الاعتبار يجب الأخذ بها و وجب عليه أدائها و مع عدم اعتبارها لا يجوز القضاء بها، و حملها على تحمل الشهادة خلاف ظاهر الموثقة.

و في صحيحة صفوان عن أبي الحسن - عليه السلام - قال: «سألته عن رجل أشهد أجيره على شهادة ثم فارقه، أ تجوز شهادته له بعد أن فارقه؟ قال: نعم،

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٩ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٧٤.
أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٨٣

[لواحق هذا الباب و هي ستة]

إشارة

لواحق هذا الباب و هي ستة:

[الأولى: الصغير و الكافر و الفاسق المعلن]

الأولى: الصغير و الكافر و الفاسق المعلن، إذا عرفوا شيئاً ثم زال المانع عنهم فأقاموا تلك الشهادة قبلت لاستكمال شرائط القبول (١)، و لو أقامها أحدهم في

و كذلك العبد إذا أعتق جازت شهادته «(١)»، و تنظيره شهادة الأجير بعد مفارقة مستأجره بشهادة العبد بعد عتقه، ظاهره عدم نفوذ الشهادة ما دام لم يفارق المستأجر.

و يشهد لذلك أيضاً موثقة سماعه الواردة فيمن لا تقبل شهادتهم حيث عدّ منهم الأجير، فيرفع اليد عن إطلاقها بالموثقة و الصحيحة الدالتين على قبول شهادة الأجير بعد مفارقة مستأجره، و كما يدل الموثقة على قبول شهادته لغير مستأجره قبل المفارقة و بعدها، و ظاهر الأجير ما يعمّ الأجير على عمل لا خصوص ما يؤجر جميع أعماله و ظاهر المفارقة انتهاء أمد الإجارة.

نعم، يمكن أن يكون المراد بالتابع الذي ورد مع الأجير في موثقة سماعه فيمن تردّ شهادتهم شاملاً للأجير بالإضافة إلى جميع منافعه، كما يدخل فيه من يدخل في عائلة الإنسان بتبرع جميع أعماله له، فيؤخذ بظاها في كل من الأجير و التابع بعد تقييد الأول بما قبل مفارقتها، ثم إنّ ما تقدم لا يعمّ شهادة المستأجر لموجره فيؤخذ في شهادته بالإطلاق الوارد في اعتبار شهادة العدل.

(١) ذكر - قدس سرّه - أنّ ما تقدم من شروط الشاهد و الأوصاف المعتبرة فيه معتبرة في الشاهد في أداء شهادته، فلا تقبل الشهادة بدونها في مقام الأداء، و أمّا عند تحمّلها فلا يعتبر في المتحمّل شيء منها، فلو تحمل الصبي الشهادة و كان

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٩ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٧٤.
أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٨٤

حال المانع فردّت ثمّ أعادها بعد زوال المانع قبلت. و كذا العبد لو ردّت شهادته

في مقام أدائها بالغا جامعا للشرائط تقبل شهادته، وكذلك الكافر و الفاسق المحرز فسقه، كل ذلك لظهور ما دلّ على ردّ الشهادة و عدم قبولها في كون الشاهد في مقام الأداء و الاستناد في القضاء عند شهادته ممن ذكر.

أضف إلى ذلك ما ورد في خصوص الصبي و الكافر و العبد و الأجير، و في صحيحه محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر - عليه السلام - عن الذمي و العبد يشهدان على شهادة ثم يسلم الذمي و يعتق العبد، أ تجوز شهادتهما على ما كانا اشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما» (١).

و ربما يقال: إنه ينافي ذلك صحيحه جميل قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن نصراني اشهد على شهادة ثم أسلم بعد، أ تجوز شهادته؟ قال:

لا» (٢).

و لكن لا يخفى أن مقتضى الجمع بينها و بين مثل صحيحه محمد بن مسلم، حمل الأولى بما إذا لم يكن يعلم منه خيرا بأن لم يثبت عدله، كما هو مقتضى الجمع بين الإطلاق و التقييد في سائر المقامات، و أمّا آية الأمر بالاستشهاد من ذوى العدل، فذكر العدل في الشاهدين عند التحمل لا لإحراز وجود المثلث لمقام الأداء، بل لما تقدم من أن تحمل الشاهدين العدلين شرط في صحّة الطلاق، نعم الأمر كما ذكر في آية الوصية.

و ذكر أيضا - قدس سره - أنه لو شهد الشاهد مع فقد الشرط فردت شهادته ثم أعاد تلك الشهادة بعد زوال المانع تقبل شهادته، كما إذا أوقف المدعى دعواه فيما إذا لم يتمكن على إثباتها لردّ شهادة بعض شهوده ثم أعادها ثانيا و شهد له

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٩ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨٥.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣٩ من أبواب الشهادات، الحديث ٧: ٢٨٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٨٥

على مولاه ثم أعادها بعد عتقه، أو الولد على أبيه فردت ثم مات الأب و أعادها،

من كان فاقدا لشرط القبول في شهادته أولا، كل ذلك أيضا لما دلّ على نفوذ القضاء بالبينّة أو بشاهد و يمين.

و على ذلك، فلو شهد العبد على مولاه أو الولد على والده، بناء على عدم قبول شهادتهما، ثم أعتق العبد أو مات الأب و شهدا على مولاه أو على أبيه فتقبل شهادتهما، و إن كانت مسبوقه بالردّ، و مقتضى الإطلاق في بعض الكلمات عدم الفرق في عدم قبول شهادة العبد بين أن تكون شهادته على مولاه أو له، و على هذا القول أيضا ربما يقال بسماع شهادته بعد عتقه حتّى إذا كان الداعي إلى عتقه قبول شهادته بعده.

و لكن يظهر من معتبرة السكوني أنّه إذا ردّت شهادة العبد قبل عتقه فلا تقبل تلك الشهادة منه بعد عتقه، و إن العتق لغرض سماع شهادته لا يوجب قبول شهادته.

فإنه روى عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه - عليهم السلام -: «إنّ شهادة الصبيان إذا شهدوا و هم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها، و كذلك اليهود و النصارى إذا أسلموا جازت شهادتهم، و العبد إذا أشهد على شهادة ثم أعتق جازت شهادته إذا لم يردها الحاكم قبل أن يعتق، و قال - عليه السلام -: إن أعتق العبد لموضع الشهادة لم تجز شهادته» (١).

قال الصدوق - قدس سره - بعد نقل الحديث: قال مصنف هذا الكتاب:

أمّا قوله - عليه السلام -: إذا لم يردها الحاكم قبل أن يعتق، فإنّه يعنى به أن يردها لفسق ظاهر أو حال يجرح عدالته، لا لأنه عبد، لأنّ

شهادة العبد جائزة و أول من ردّ

(١) الفقيه ٣: ٤٥، الوسائل: ١٨، الباب ٢٢ من أبواب الشهادات، الحديث ١٣: ٢٥٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٨٦

و أما الفاسق المستتر إذا أقام فردّت ثمّ تاب و أعادها، فهنا تهمة الحرص على دفع الشبهة عنه، لاهتمامه بإصلاح الظاهر، لكن الأشبه القبول.

شهادة المملوك عمر، و أما قوله- عليه السلام-: ان أعتق العبد لموضع الشهادة لم تجز شهادته، كأنه يعنى إذا كان شاهداً لسيده، فأما إذا كان شاهداً لغير سيده جازت شهادته عبداً كان أو معتقاً إذا كان عدلاً (١).

فظاهر كلامه- قدّس سرّه- التزامه بأنّ شهادة العبد لمولاه غير نافذة حتى إذا أعتق لتلك الغاية، و ما ذكر في تفسير إذا لم يردّها الحاكم، خلاف ظاهر المعبر، بل ظاهرها أن ردّ شهادة العبد أولاً يوجب عدم سماع إعادتها بعد عتقه، و العمل بالمعتبرة في كلا الموردین متعین، إلّا أنه يأتي إنّ المعبرة أيضاً بالإضافة إلى ما ورد فيها من ردّ شهادة العبد محمولةً على التقيّة.

و ذكر- قدّس سرّه- أيضاً أنّ الفاسق المستتر بفسقه إذا ردّت شهادته بالجرح ممّن شهد بباطن أمره ثمّ تاب هذا المستتر، فإن شهد بشهادة أخرى تقبل شهادته بلا اشكال و لا خلاف، و لكن لو أعاد الشهادة السابقة فقد يقال في إعادتها تهمة، بأنّ الداعي له إلى إصلاح ظاهره إعادة تلك الشهادة ليدفع عن نفسه عار الكذب في تلك الواقعة، و هذا لا يجرى في حق الفاسق المتجاهر بفسقه لعدم مبالاته في ذلك الزمان و لا غضاضة عليه في ردّ شهادته في السابق.

و لكن هذا كما ترى لا يوجب رفع اليد عمّا دلّ على اعتبار شهادة العدل و كونها مدرک القضاء.

(١) الفقيه ٣: ٤٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٨٧

[الثانية: قيل: لا تقبل شهادة المملوك أصلاً، و قيل: تقبل مطلقاً]

الثانية: قيل: لا تقبل شهادة المملوك أصلاً (١)، و قيل: تقبل مطلقاً،

(١) يقع الكلام في شهادة المملوك لغير مولاه و على غير مولاه، و في شهادته لمولاه و عليه.

فإنه قيل: لا تقبل شهادته مطلقاً، و هذا هو المنسوب إلى أكثر العامة، و قيل:

تقبل مطلقاً، و قيل: تقبل إلّا على مولاه، و قيل: لا تقبل إلّا على مولاه، و ظاهر الماتن الإشارة إلى ذلك، حيث قال: و منهم من عكس الأمر.

و قبول شهادته إلّا على مولاه هو المنسوب إلى أكثر الأصحاب، منهم الشيخ و المفيد و المرتضى و القاضي و ابن إدريس، و قيل: تقبل شهادته على مثله و على الكافر دون المسلم الحرّ، و ينسب ذلك إلى ابن الجنيّد، و منشأ الخلاف اختلاف الأخبار و رعاية بعض الوجوه و سيظهر حالها.

و يدل على قبول شهادة المملوك و عدم كون الرقية مانعة عن قبولها صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله- عليه

السلام- قال: «قال أمير المؤمنين- عليه السلام:- لا بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً» (١).

و في صحيحته الأخرى عن أبي جعفر- عليه السلام- الواردة في قضية درع طلحة حيث ورد فيها: «ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة، فقلت: هذا مملوك و ما بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً» (٢)، و معتبرة بريد عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: «سألته عن المملوك تجوز شهادته؟ قال: نعم، إن أول من ردّ شهادة المملوك لفلان» (٣).

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٥٣.

(٢) المصدر نفسه: الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦: ١٩٤.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٥٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٨٨

و قيل: تقبل إلّا على مولاة، و منهم من عكس، و الأشهر القبول إلّا على المولى، و لو

و نحوها معتبرة محمّد بن مسلم عن أبي عبد الله- عليه السلام:- «في شهادة المملوك إذا كان عدلاً فإنه جائز الشهادة، إن أول من ردّ شهادة المملوك عمر بن الخطاب، و ذلك أنه تقدم إليه مملوك في شهادة، فقال ان أقمّت الشّهادة تخوّفت على نفسي، و إن كتمتها أئمت برّبي، فقال: هات شهادتك أما إنّا لا نجيز شهادة مملوك بعدك» (١).

و هذه الروايات بإطلاقاتها تقتضى كون شهادة المملوك كشهادة الحر، فتقبل إذا كان عدلاً.

و التعبير بالمعتبرة في الأخيرتين لوقوع قاسم بن عروة في سندهما، و هو و إن لم يوثّق إلّا أنّه من المعاريف الذين لم يرد فيهم ذم و قدح.

و في مقابلها ما يدلّ على عدم قبول شهادة المملوك، كموثقة سماعه الواردة في جملة من لا تقبل شهادتهم، حيث قال: «سألته عمّا يردّ من الشهود، قال:

المريب و الخصم و الشريك و دافع مغرم و الأجير و العبد» (٢)، و صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: «سألته عن شهادة ولد الزنا فقال: لا و لا عبد» (٣).

و دعوى أنّه يمكن الجمع بينها بتقييد الطائفة الثانية بما في الأولى، من تقييد السماع بما إذا كان المملوك عدلاً، و مع المعارضة الترجيح مع الطائفة الأولى،

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٥٣.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٧٨.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٣١ من أبواب الشهادات، الحديث ٦: ٢٧٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٨٩

اعتق قبلت شهادته على مولاة، و كذا حكم المدبر و المكاتب المشروط، و أمّا المطلق

لموافقتها لمثل قوله سبحانه و استشهدوا شهيدين من رجالكم (١)، لا- يمكن المساعدة عليها، و أنّه لا بدّ من الإغماض عن الجمع المزبور.

و الوجه في الإغماض هو ظهور موثقة سماعه في أنّ العناوين الواردة فيها انطباقها على الشخص يمنع عن قبول شهادته، و كما أنّ

الخصم و الشريك و دافع مغرم مع عدلهم لا تقبل شهادتهم، فكذلك العبد و للفاسق من العبد داخل في المريب، كما تقدم. و ما ذكر من أن ما دلّ على قبول شهادة العبد موافق للكتاب العزيز يناقش فيه، بأنه قد ورد في تفسير العسكري - عليه السلام - عن أمير المؤمنين - عليه السلام - قال: «كنا عند رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و هو يذكرنا بقوله سبحانه و استشهدوا شهيدين من رجالكم قال: أحراركم دون عبيدكم» (٢).

و لكن يدفع المناقشة بأنه لم يثبت كون التفسير المزبور للإمام - عليه السلام - ليؤخذ به، و مع الإغماض فما دلّ على قبول شهادة العبد مخالف لما عليه أكثر العامة أو جلهم.

و في البين روايات قد ورد فيها التفصيل في قبول شهادة العبد، فإن تم هذه الروايات و خلت عن المعارض يمكن أن تكون شاهد جمع بين الطائفتين.

منها: صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما - عليهما السلام - قال: «تجوز شهادة المملوك من أهل القبلة على أهل الكتاب، و قال: العبد المملوك لا تجوز

(١) البقرة: ٢٨٢.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ١٥: ٢٥٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٩٠

إذا أدى من مكاتبته شيئاً، قال في النهاية: تقبل على مولاه بقدر ما تحرر منه، و فيه

شهادته» (١).

و في صحيحة جميل قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن المكاتب تجوز شهادته؟ قال: في القتل وحده» (٢).

و كلّ منهما معارض بما ورد في قضية درع طلحة، و قد ذكرنا أنّ الترجيح مع ما ورد في قبول شهادته.

و في صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: «تجوز شهادة العبد المسلم على الحرّ المسلم» (٣)، و لكن ذكر في الوسائل: و في نسخة لا يجوز.

و في موثقة ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «سألته عن الرجل المملوك المسلم تجوز شهادته لغير مواله؟ قال: تجوز في الدين و الشيء اليسير» (٤).

و لم يعهد العمل بمضمونها من أحد من أصحابنا، و قيل: أنّها تناسب أقوال العامة.

نعم، ظاهرها أنّ عدم قبول شهادة العبد لمولاه كان مفروغا عنه عند السائل، و لا يبعد أن يقال: إنّ هذا يناهض ما ورد في قضية درع طلحة، نعم نسب إلى أكثر أصحابنا التزامهم بعدم سماع شهادة المملوك على مولاه.

و ربّما يقال في الاستدلال عليه الإجماع الذي ذكره ابن إدريس و حكي

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ١٠: ٢٥٦.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٩: ٢٥٦.

(٣) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٥: ٢٥٦.

(٤) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٨: ٢٥٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٩١

تردد، أقربه المنع.

عن الانتصار والغنية، و بقياس العبد بالولد، فإنه كما لا تسمع شهادة الولد على أبيه كذلك شهادة العبد على مولاه، فإن وجوب اطاعة العبد مولاه أولى من وجوب اطاعة الوالد على ولده.

ولكن شيئاً من الإجماع والوجه المزبور لا يتم، وقد نسب السماع إلى جماعة، و قياس العبد بالولد مع ما في المقيس عليه كما تقدم سابقاً لا يخرج عن القياس الظنى.

والعمدة في المقام ما ذكر، من أن إقرار العبد على نفسه غير مسموع، لأنه في الحقيقة إقرار على مولاه، وإذا لم يقبل إقراره على مولاه فلا تقبل شهادته عليه أيضاً لعدم المائز بين الإقرار على المولى والشهادة عليه.

وفيه أيضاً، أنه يعتبر الإقرار على النفس حتى إذا كان المقر على نفسه فاسقاً، ولذا ورد في بعض الروايات: لا تقبل شهادة الفاسق إلا على نفسه، و أيضاً لا يعتبر في سماع الإقرار و نفوذه عدم كونه تبرعياً بخلاف الشهادة، فإنه يعتبر في نفوذها عدل الشاهد و عدم كون شهادته تبرعياً بأن تقع بعد المطالبة عند المشهور، و لا منافاة بين عدم نفوذ إقرار العبد فيما كان إقراره على مولاه و قبول شهادته عليه مع وجدان شرائط الشهادة بأن لا يكون من أطراف الدعوى.

وقد يستظهر جواز شهادة العبد على مولاه من صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «في رجل مات و ترك جارية و مملوكين فورثهما أخ له، فأعتق العبدين و ولدت الجارية غلاماً فشهدا بعد العتق إن مولاها كان أشهدهما أنه كان يقع

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٩٢

.....

على الجارية و أن الحمل منه، قال: تجوز شهادتهما و يرذان عبداً كما كانا» «١»، بدعوى أن الأخ للميت كان مولاها و قد سمعت شهادتهما عليه.

وفيه: أن الشهادة وقعت بعد عتقها منه، بل قد يقال: ظاهرها عدم قبول شهادة العبد على مولاه، و إنما يجوز شهادته له حيث فرض أن شهادتهما كانت على مولاها الذي ورثهما في ظاهر الواقع بعد عتقهما، فيكون التقييد دالاً على عدم قبول شهادتهما قبل العتق. و لكن لا يخفى أن التقييد وقع في السؤال و لا دلالة له على عدم السماع قبل العتق، غاية أن السائل كان معتقداً أو العبدان كانا معتقدين بأن شهادتهما لا تسمع إلا بعد عتقهما مطلقاً أو على مولاها.

بقي في المقام أمران: أحدهما: أنه قد تقدم صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما - عليهما السلام - قال: «تجوز شهادة المملوك من أهل القبلة على أهل الكتاب» «٢»، و لكن رواها الشيخ بسنده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أحدهما - عليهما السلام - قال: «تجوز شهادة المملوك من أهل القبلة على أهل الكتاب، و قال: العبد المملوك لا تجوز شهادته» «٣»، و هذا الذيل غير وارد في رواية الصدوق و في تكرار قال: على رواية الشيخ، احتمال أنها من قبيل الجمع بين المرويين في الرواية، فلا يكون في صدرها ظهور في عدم قبول شهادة المملوك من أهل القبلة على المسلمين فإنه يدخل في مفهوم اللقب.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٧: ٢٥٥.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ٤: ٢٥٤.

(٣) المصدر نفسه: الحديث ١٠: ٢٥٦، التهذيب ٦: ٢٥٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٩٣

.....

و قد تقدم ما ورد في قبول شهادة المسلم على أهل الكتاب، فيكون ما في صدرها من هذا القبيل، و أما ذيلها فمن الروايات الواردة في عدم قبول شهادة المملوك، فتحمل على التقيّة كما تقدم.

و الثاني: أنّه لو قيل بعدم قبول شهادة المملوك مطلقاً أو على مولاه، فقد ذكروا أنّه لو أعتق العبد تقبل شهادته و لو على مولاه من غير خلاف يعرف، و عن كشف اللثام دعوى الاتفاق عليه، و لأنّه بالعتق يخرج ممّا دل على عدم قبول شهادة المملوك مطلقاً أو على مولاه، و يدخل في شهادة العدل.

و قد تقدم في صحيحة صفوان عن أبي الحسن - عليه السلام -: «سألته عن رجل أشهد أجيره على شهادة ثم فارقه أ تجوز شهادته له بعد أن يفارقه؟ قال: نعم و كذلك العبد إذا أعتق جازت شهادته» (١).

و لكن تقدم أيضاً في موثقة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي - عليه السلام -:

«أنّ شهادة الصبيان إذا شهدوا و هم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها، و كذلك اليهودي و النصراني إذا أسلموا جازت شهادتهم، و العبد إذا شهد بشهادة ثم أعتق جازت شهادته إذا لم يردها الحاكم قبل أن يعتق، و قال علي - عليه السلام - إذا أعتق لموضع الشهادة لم تجز شهادته» (٢).

و بما أنّ هذه أخص، مثل صحيحة صفوان، فلا مجال إلّا لرفع اليد عن إطلاق الصحيحة، بحملها على عدم العتق لغرض سماع شهادته و عدم مسبوقة الشهادة المزبورة بالرّد حال رقيته.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٩ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٧٣.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ١٣: ٢٥٦، التهذيب ٦: ٢٥٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٩٤

[الثالثة: إذا سمع الإقرار صار شاهداً و ان لم يستدعه المشهود عليه]

الثالثة: إذا سمع الإقرار صار شاهداً و ان لم يستدعه المشهود عليه (١)، و كذا

(١) لا- يعتبر في سماع الشهادة في مقام أدائها كون تحمّلها بالاستدعاء و الدعوة إلى التحمل، و لو كان المشهود به من قبيل المسموعات كالإقرار و العقود و الإيقاعات يكفي في الشهادة بها سماعها، و فيما لو كان من المراثيات كالغصب و السرقة و الجنابة يكفي في الشهادة بها رؤيتها، حتى لو قيل له: لا تتحمّلها، فإنّه لو تحمّلها و لو بالاختباء في مكان يسمع كلامهما أو يرى فعلهما تسمع شهادته بها، هذا ممّا لا خلاف فيه عندنا، نعم ينسب الخلاف إلى ابن الجنيد في مسألة تحمل الشهادة بالاختباء، و أنّه إذا خدع الشاهد المشهود عليه فستر نفسه عنه فلا تسمع شهادته عليه في مقام الأداء، و لعلّه كما قيل: إنّ التحمل كذلك يكون كالمتبرع بشهادته في الحرص على الأداء الموجب للاتهام المانع عن قبول الشهادة.

و لا- يخفى ما فيه، فإنّ عدم قبول شهادة المتبرع بشهادته مسألة أخرى يأتي الكلام فيها، و على تقدير الالتزام بعدم القبول فيها فلا يرتبط بمسألة الحرص بالتحمل، حيث يمكن أن يكون الداعي له إلى التحمل أمراً آخر، مع بناءه أن لا يشهد في مقام الأداء إلّا مع المطالبة.

و على الجملة: فلا- موجب لرفع اليد عن إطلاق ما دل على قبول شهادة العدل و القضاء بالبينه إلا في موارد ثبت فيها أحد العناوين المتقدمة الواردة في الروايات عدم سماع شهادتهم و انطباقه على الشاهد في مقام الأداء، فالأخذ بالإطلاق المشار إليه هو العمدة في المقام.

و أمّا التمسك في عدم اعتبار الاستدعاء إلى التحمل بقوله سبحانه **إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَ هُمْ يَعْلَمُونَ** «١»، فلا يمكن استظهار نفوذ الشهادة مطلقاً،

(١) الزخرف: ٨٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٩٥

لو سمع اثنين يوقعان عقداً، كالبيع و الإجارة و النكاح و غيره، و كذا لو شاهد الغصب أو الجناية، و كذا لو قال له الغريمان: لا تشهد علينا، فسمع منهما أو من

فإن غايته و جوب أداء الشهادة مع العلم، نظير قوله سبحانه **وَ لَا يَأْتِ الشُّهَدَاءُ إِذْ مَا دُعُوا** «١»، في أن الاستفادة منه النفوذ في الجملة، لعدم كونه في بيان الحكم الوضعي، و عن سلار و الحلبي إنه لو كان تحمّل الشهادة بغير الاستدعاء، فلا يجب على المتحمّل أدائها، بخلاف ما إذا كان تحمّلها بالاستدعاء فإنه يجب عليه الإجابة إلى الأداء، و يستفاد ذلك من بعض الروايات. كصحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: «إذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد و إن شاء سكت» «٢».

و مثلها صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «إذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد و إن شاء سكت، و قال: إذا أشهد لم يكن له إلا أن يشهد» «٣».

و في صحيحة أخرى لمحمد بن مسلم عن أبي جعفر - عليه السلام -: «إذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد و إن شاء سكت» «٤»، و لعلها عين الأولى بسند آخر.

و في رواية محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر - عليه السلام - عن الرجل يحضر حساب الرجلين فيطلبان منه الشهادة على ما سمع منهما؟ قال: ذلك إليه إن شاء شهد و إن شاء لم يشهد، و إن شهد شهد بحق قد سمعه و إن لم يشهد فلا شيء لأنهما لم يشهداه» «٥». و قد حمل هذه الروايات على صورة عدم توقف ثبوت الحق على شهادته

(١) البقرة: ٢٨٢.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٥ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٣١.

(٣) الوسائل: ١٨، الباب ٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٣١.

(٤) الوسائل: ١٨، الباب ٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٣١.

(٥) الوسائل: ١٨، الباب ٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٥: ٢٣١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٩٦

أحدهما ما يوجب حكماً، و كذا لو خبي فنطق المشهود عليه مسترسلاً.

لوجود شاهد آخر أو غيره.

وقد ذكر في الجواهر تعيين هذا الحمل كما يومى إلى ذلك موثقة محمد بن مسلم عن أبى جعفر - عليه السلام - قال: «إذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد و إن شاء سكت، إلا إذا علم من الظالم فيشهد، و لا يحل له إلا أن يشهد» (١)، و لعل مراده - قدس سره - بالإيماء نحو ظهورها فى وقوع الظلم و التعدى لولا شهادته.

و أيد ذلك أيضا بخبر ابن أشيم قال: «سألت أبا الحسن - عليه السلام - عن رجل طهرت امرأته من حيضها، فقال: فلأنه طالق، و قوم يسمعون كلامه لم يقل لهم:

اشهدوا، أ يقع الطلاق عليها؟ قال: نعم هذه شهادة أ فتركها معلقة، قال: و قال الصادق - عليه السلام - العلم شهادة إذا كان صاحبه مظلوما» (٢)، و كأن المراد إنّه لا - يجوز إبقاء المرأة كالمعلقة، كما لا - يجوز ترك الشهادة مع مظلومية صاحب الحق، فعلى العالم بالواقعة أن يشهد بها.

أقول: ظاهر الموثقة أنّ على الشاهد على واقعة و إن لم يستشهد أن يشهد على الظالم، فيها سواء توقّف دفع الظلم على شهادته أم لا، و بما أنّ هذه الموثقة أخص من الأخبار المتقدمة يرفع اليد عن إطلاقاتها.

و دعوى أنّ المراد بالظالم هو المتعدى بحسب الواقع و لو كان عند عذر لجهله و نسيانه، لا يمكن المساعدة عليه، و رواية على بن أحمد بن أشيم ظاهرها كفاية السماع فى الطلاق المشروط بحضور العدلين و أنّه لا يجوز لبعلاها بعد ذلك إبقائها كالمعلقة.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٤: ٢٣٢.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ٨ و ٩: ٢٣٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٩٧

[الرابعة: التبرع بالشهادة قبل السؤال يطرق التهمة]

الرابعة: التبرع بالشهادة قبل السؤال يطرق التهمة فيمنع القبول (١)،

(١) المنسوب إلى المشهور أنّه لا تسمع شهادة المتبرع بشهادته فى مجلس القضاء، بل يعتبر فى سماعها أن تكون شهادته بعد سؤال الحاكم و مطالبته.

و يستدل على ذلك بأنّ التبرع فى الشهادة يوجب التهمة فيدخل الشاهد فى المتهم المعدود فيمن تردّ شهادتهم، و بروايات نبوية من غير طرقنا.

منها: ما عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم: «ثمّ يجىء قوم يعطون الشهادة قبل أن يسألوها» (١).

و منها: ما عن صلّى الله عليه و آله و سلّم: «ثمّ يفشو الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد» (٢).

و منها: عن صلّى الله عليه و آله و سلّم: «تقوم الساعة على قوم يشهدون من غير أن يستشهدوا» (٣).

مع ما ورد من: «أنّها تقوم على شرار الخلق» (٤).

بناء على أنّ المراد بالأخيرين أيضا أداء الشهادة قبل المطالبة لا أدائها من غير أن يتحملها.

أقول: أمّا الروايات فلا يمكن الاعتماد على شىء منها لضعف إسنادها،

(١) مسند أحمد ٤: ٤٢٦.

(٢) سنن ابن ماجه ٢: ٦٤.

(٣) دعائم الإسلام ٢: ٥٠٦.

(٤) البحار ٦: ١٨، صحيح مسلم ٦: ٥٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٩٨

أما في حقوق الله أو الشهادة للمصالح العامة فلا يمنع، إذ لا مدعى لها،

بل معارضتها بما روى عنه صلى الله عليه و آله و سلم قوله: «ألا أخبركم بخير الشهود؟ قالوا: بلى يا رسول الله. قال: أن يشهد الرجل قبل أن يستشهد» (١)، بناء على أن المراد منه ما يعمّ مقام أداء الشهادة لا خصوص تحمل الشهادة. و دعوى انجبار ضعف إسنادها بعمل المشهور لا يمكن المساعدة عليها، فإنّ في المشهور كالماتن من علل عدم السماع بطرو التهمة و لم يستند إلى شيء منها.

و أما دعوى طروء التهمة فلا يمكن المساعدة عليها أيضا، فإنّ المراد بالمتهم في صحيحة عبد الله بن سنان من لم يعلم حاله من حيث العدل و الفسق، أو من يكون متهما في أقواله ككثير الخطأ، و قد تقدم سماع شهادة الزوج لزوجته و كذا الصديق لصديقه و الأخ لأخيه و الولد لوالده إلى غير ذلك.

و على الجملة: الشاهد مع عدالته و ثقته كما هو المفروض في المقام لا يدخل في المتهم حتى إذا ما بادر إلى الشهادة لوصول ذى الحق إلى حقه.

و العجب ممن ردّ شهادة المتبرع للتهمة ذكر سماع الشهادة المزبورة منه فيما لو كررها بعد السؤال عنه في مجلس آخر أو حتى في ذلك المجلس بعد سؤال الحاكم.

و عن ظاهر الأردبيلي: أن التبرع لا يوجب ردّ الشهادة، و عن السيزوارى الميل إليه، و اختاره صاحب المستند و نسبه إلى ابن إدريس.

(١) سنن البيهقي ١٠: ١٥٩ مع اختلاف سير.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٤٩٩

و فيه تردّد.

و على ذلك فالأظهر الأخذ بما دل على اعتبار البينة و نفوذ القضاء بها، و لو فرض في البين إجماع فالمتيقن منه عدم الاكتفاء بها بل عليه تكرارها بعد سؤال الحاكم.

هذا كلّه بالإضافة إلى الدعاوى بين المترافعين، و أما في الشهادة بحقوق الله كحدوده و المصالح العامة كالأوقاف العامة و الطرق النافذة و الخانات و نحوها، فالمشهور على ما قيل سماع شهادة المتبرع في شهادته، و لكن المحكى عن الشيخ في النهاية عدم السماع مع ما يقال من أن نهايته متون الأخبار و مضامينها، نعم وافق في المبسوط المشهور.

و ربّما يستدل على السماع فيما ذكر بأنّه لو لم تسمع شهادة المتبرع فيها تتعلّل تلك الحقوق حيث لا يكون مدع خاص فيها، و في كشف اللثام جريان ذلك في المصالح العامة أيضا، حيث إنّ المصلحة على تقدير شمولها للعدول تكون الشهادة بها دعوى فلا تسمع، و لو توقف سماعها على دعوى غيرهم من العدول يكون ذلك بلا مرجح، بل يلزم الدور لتوقف سماع شهادتهم على دعوى غيرهم و ثبوت دعوى غيرهم على اعتبار شهادتهم.

أقول: لا يخفى ما في الاستدلال على الاعتبار بما ذكر، فالصحيح الأخذ بما ورد في ثبوت الحد و تعلّقه بالشهادات، على ما يأتي في

بحث الحدود، و الأخذ في المصالح العامة بما دلّ على اعتبار البينة و شهادة العدلين.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٠٠

[الخامسة: المشهور بالفسق إذا تاب لتقبل شهادته]

الخامسة: المشهور بالفسق إذا تاب لتقبل شهادته، الوجه أنّها لا تقبل (١)

(١) ذكر- قدّس سرّه- أنّ المشهور بالفسق إذا تاب و كانت الغاية من توبته قبول شهادته فالوجه عدم قبول التوبة، بمعنى أنّ هذه ليست كافية في دخوله في العدل فلا- تقبل شهادته حتى يظهر استمراره على الصلاح، و حكى عن الشيخ- قدّس سرّه- أنّه يجوز للحاكم أن يقول للمشهور بالفسق: تب من معاصيك أو معصيتك أقبل شهادتك.

و يستظهر من هذا الكلام أنّه لو أظهر الفاسق المزبور التوبة و لو في مجلس الحكم لتقبل شهادته قبلت، و لذا استشكل فيه بأنّه لا موجب لقبول إظهاره التوبة لا سيّما التوبة التي كان غرضه منها قبول شهادته.

و ذكر في الجواهر ما ملخصه: إنّ التوبة و هي الندم على ما فعل من الذنب و البناء على تركه فيما يأتي فيما وقعت امتثالا لأمر الله سبحانه بها تكون توبة حقيقة، فإنّ التوبة من العبادة و إذا كان الموجب لقبول شهادته التوبة حقيقة فلم تحصل، بل يمكن دعوى أنّ الواقع معصية أخرى لتركه التوبة الواجبة بنحو العبادة.

و حكى عن التجريد للطوسي- قدّس سرّه- أنّه يعتبر في التوبة ترك الذنب لقبحه شرعا كما يعتبر فيه ترك جميع المعاصي التي كان ارتكباها و لا يكفي أن تقع عن بعضها، و قال: إنّ الثاني في حصول التوبة غير معتبر، و أنّه تصح التوبة بالإضافة إلى ما قد ندم عنه و تركه، و ان رجع ترك الذنب لقبحه إلى ما ذكرنا فهو صحيح و إلّا فالأقوى خلافه.

ثمّ تعرّض لما حكاه الماتن عن الشيخ، فذكر أنّ كلامه ناظر إلى أنّ الشاهد إذا أظهر التوبة حقيقة يقبل قوله حملا لإظهاره على الصحة، و لكن أورد عليه بأنّ الحمل على الصحة يجري في الأفعال كالبيع و النكاح و الصلاة إلى غير ذلك.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٠١

حتى يستبان استمراره على الصلاح، و قال الشيخ: يجوز أن يقول: تب

و أمّا الأمور القلبية التي منها التوبة على ما تقدم من أنّها ندم على ما فعل و البناء على تركه مستقبلا، فلا يعتبر فيها اخبار الفاعل، بل لا بدّ من إحرازها بالأثار الكاشفة عنها، و الأثر مداومة الشخص على الصلاح بحيث يوثق بحصول التوبة منه، كما ذكروا نظير ذلك في العدالة بمعنى الملكة.

أقول: ما ذكره- قدّس سرّه- من عدم كفاية قوله أنّه تائب عن ذنبه أو ذنوبه، أو أنّه يتوب فعلا في إحراز عدله صحيح، لأنّ التوبة و إن كانت أمرا قلبيا إلّا أنّها كالعادلة ذات آثار محسوسة تحرز بتلك الآثار، و هي الاستمرار على الفلاح، إلّا أنّ ما ذكره أخيرا، من أنّ التوبة من الواجب التعبدى النفسى، لا يمكن المساعدة عليه، حيث تقدّم أنّ وجوبها إرشادى لا يكتب على تاركها إلّا ما ارتكبه من الذنب لا ذنب آخر، و إلّا استمر تعداد الذنوب في الزيادة، لكون وجوبها فوريا بنحو الفور فالفور.

و على الجملة، التوبة و هي الندم على وقع و البناء على عدم تكراره أمر واقعى يدخل الشخص بحصولها في نفسه بالإضافة إلى جميع ما صدر عنه من المعاصي في عنوان العدل، إلّا أنّ مجرد إخباره أو إظهاره الندم و البناء لا يعتبر في كشفها.

نعم لا يبعد ان يقال: بأنّه يعتبر في وقوعها مكفّرة حصولها بداعى التخلّص عن الوزر الأخرى المترتب على ذنبه، فالندم على ما فعل و

البناء على تركه مستقبلاً لمجرد التحفظ بسلامة جسمه و عدم ابتلائه بالمرض مثلاً لا يكون توبة مكفرة للذنب، إلّا إذا كان بنحو الداعى إلى الداعى، كما لا يبعد ذلك فى التوبة لترتب قبول شهادته عليها.

بقى فى المقام أمر، و هو ما ذكره جماعة من أنّه يعتبر فى تحقق التوبة

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٠٢

أقبل شهادتك.

المكفرة التخلص من سائر تبعات الذنب من حق الغير، كما فى منع الزكاة و الخمس و الغصب و غيره ممّا يتعلّق بأموال الناس، فإنّ على النائب إيصالها إلى مستحقيها و إبراء ذمته منها، بأن يؤدى الزكاة أو الخمس و يردّ أموال الناس عليهم مع بقائها و يغرم بدلها، أو يأخذ الإبراء من مالها مع تلفها، و لو كان معسراً نوى الغرامة عند طرّو التمكن و اليسر.

و كذا فيما كان حق الناس من غير المال كالقصاص و القذف، فيأتى المستحق و يمكنه، من استيفاء حقه فإن لم يعلم ولى القصاص كونه قاتلاً فعليه أن يخبره بالحال، و يقول: أنا الذى قتلت أباك مثلاً فلزمنى القصاص فإن شئت فاقتصّ و إن شئت فاعف، و فى الغيبة و القذف فيما إذا بلغا المغتاب و المقذوف يقول مثل ذلك، و أمّا مع عدم بلوغهما إليهما فوجهان، فوجوب الإظهار لكونه حق آدمى فلا يزول إلّا بإبرائه و ذهب إلى ذلك الأكثر على ما فى المسالك، و عدم وجوب الإظهار بل عدم جوازه لأنّ الإظهار يوجب زيادة الأذى و وغر القلوب.

و على الوجوب لو تعذّر الاستحلال بموته أو امتناعه فليكثر الاستغفار و الأعمال الصالحة، فإنّه عسى أن تكون الأعمال الصالحة عوضاً عمّا يؤخذ من حسناته لصاحب الحق لو لم يعرض الله عنه، و لا اعتبار فى القذف و الغيبة بتحليل الوارث و ان انتقل حق القذف إليه بالإرث.

و هذا بخلاف الحق المالى فإنّه إذا مات مستحقه ينتقل إلى وارثه و يبرأ بدفع المال إليهم أو بإبرائهم.

و لو كان فيها حق الله كالزنا و شرب الخمر، فإن لم يثبت عند الحاكم فقبل ثبوته له ان يمتنع عن توطين نفسه لإقامة الحد عليه، لأنّ التوبة قبل الثبوت

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٠٣

.....

مكفرة، و إن كانت بعد ثبوته عند الحاكم فعليه أن يأتى الحاكم لإقامة الحد عليه.

و ذكر فى الجواهر بعد حكاية ذلك: أنّ الظاهر عدم اعتبار التخلص عن توابع الذنب فى تحقق التوبة من ذلك الذنب التى تقدم أنّها ندم عن الارتكاب و بناء على عدم الارتكاب، و دعوى أنّ الندم لا يتحقق إلّا بالخلاص ممّا تبعه واضح الفساد، فإنّ التخلص من تبعته واجب آخر لا دخل له فى تحقق الندم عمّا فعل، نعم لو كان التابع من أفراد ما تاب عنه أتجه التخلص عنه لعدم التوبة بدونه، كما إذا تاب عن التعدى على الناس فى أموالهم فإنّ التوبة لا تتحقق إلّا مع إيصال ما فى يده من مال الغير إلى صاحبه و إلّا فهو باق على الظلم و التعدى.

بخلاف ما إذا تاب عن قتل الناس فإنّه تتحقق التوبة من ذنب قتلهم و إنّ فرّ من القصاص، إذ الفرار ذنب آخر غير ذنب قتل النفس، و يمكن حمل كلماتهم على ذلك بناء على إمكان التوبة عن ذنب دون آخر، كما يظهر ذلك من البهائى فى أربعينه بل صريح كلامه ما ذكرنا، و لا ينافى ذلك ما فى بعض الروايات مثل ما ورد من: «أنّ التوبة تجمعها ستة أشياء، الحديث»، و قوله- عليه السلام- عندما سمع قائلاً- يقول استغفر الله: «ثكلتك أمّيك أ تدرى ما الاستغفار- الحديث» «١»، فإنّ مثل هذين يحملان على التوبة من جميع

المعاصي أو على المرتبة الأعلى منها، انتهى.

أقول: ما ذكره - قدس سره - من أن التوبة عن ذنب لا - تتوقف على التوبة من سائر المعاصي حتى فيما كان الذنب الآخر من توابع الذنب الذي ارتكبه صحيح، إلا أن هذا لا يجرى في ذنب عین الشارع فيه للتوبة طريقا خاصا، كما في ذنب القذف، فإنه لو فرض أنه ندم عن قذفه و عفى عنه المقذوف أيضا، فلا تتحقق التوبة إلا بالكذاب نفسه كما تقدم.

(١) الوسائل: ١١، الباب ٨٧ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٤: ٣٦١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٠٤

[السادسة: إذا حكم الحاكم ثم تبين في الشهود ما يمنع القبول]

السادسة: إذا حكم الحاكم ثم تبين في الشهود (١) ما يمنع القبول، فإن كان متجددا بعد الحكم لم يقدح، وإن كان حاصلًا قبل الإقامة و خفي عن الحاكم نقض الحكم.

(١) التعبير بالتبين لعله لفرض إحراز حال الشهود وجدانا، بأن أحرز بعد الحكم بشهادتهما أنه كان في الشهود ما يمنع عن قبول شهادتهما، فإن كان المانع حاصلًا عند شهادتهما يحكم ببطان القضاء، كما إذا تبين أن الشاهدين أو أحدهما من شركاء المدعى فيما يدعى، أو أن أحدهما كان قاذفا لم يتب عن قذفه و نحو ذلك.

و كذا الحال فيما إذا تبين فسقهما أو فسق أحدهما بغيره سواء كان حصول التبين عند الحاكم الذي حكم بشهادتهما أم عند غيره، و أمّا إذا تجدد المانع بعد شهادتهما و لو قبل الحكم، فهذا لا يمنع عن نفوذ القضاء المزبور، لأن الميزان في القضاء الصحيح حصول الشرائط للشاهد عند شهادته.

هذا كله بالإضافة إلى التبين الوجداني و كذا إذا كان ظهور المانع في الشاهد عند شهادته تعديا، كما إذا قامت البينة بعد الحكم بحصول المانع في الشاهدين عند شهادتهما فينقض القضاء بذلك من الحاكم المزبور أو من غيره، على أشكال في قيام البينة الجارحة بعد القضاء على ما يأتي.

و على الأخص فيما أراد النقض الحاكم الآخر مع احتمال أن القاضى الأول قد أحرز الشرائط في الشاهدين عند شهادتهما بالوجدان و لم يقع منه خطأ، فإن أصالة الصحة الجارية في قضائه تمنع عن هذا النقض، فالأظهر عدم جواز النقض إلا مع تبين خطئه عند قضائه في خصوص هذا الفرض.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٠٥

[السادس: طهارة المولد]

السادس: طهارة المولد.

فلا تقبل شهادة ولد الزنا أصلا (١)، و قيل: تقبل في اليسير مع تمسكه

(١) المشهور قديما و حديثا عدم قبول شهادة ولد الزنا، فإنه و إن يحكم بإسلامه مع وصفه الإسلام، بل بدونه أيضا، لتبعية الولد لوالديه أو أشرفهما، و لكن لا تقبل شهادته حتى ما إذا كان عدلا، و عن الانتصار و الخلاف و الغنية و السرائر دعوى الإجماع عليه، و

في المسالك نقل عن الشيخ في المبسوط جواز شهادته، و مال إليه.

و يشهد لما عليه المشهور روايات:

منها رواية أبي بصير قال: «سألت أبا جعفر - عليه السلام - عن ولد الزنا أ تجوز شهادته؟ فقال: لا، فقلت: إن الحكم بن عتيبة يزعم أنها تجوز، فقال: اللهم لا تغفر ذنبه ما قال الله للحكم و إِنَّهُ لَمَذْكُورٌ لَكَ و لِقَوْمِكَ «١»، و ظاهرها أن المفتي به عند بعض فقهاء العامة كان جواز شهادته أخذا بالإطلاق في الآية.

و رواها الشيخ - قدس سره - بإسناده عن الحسين بن سعيد عن أحمد بن حمزة عن أبان عن أبي بصير، و الظاهر أن أحمد بن حمزة هو ابن اليسع، بقرينة روايته عن أبان، و عليه فلا بأس بها سنداً و دلالة.

و في صحيحة محمد بن مسلم قال: «قال أبو عبد الله - عليه السلام - لا تجوز شهادة ولد الزنا «٢»، و موثقة زرارة قال: «سمعت أبا جعفر - عليه السلام - يقول: لو أن أربعة شهدوا عندى بالزنا على رجل و فيهم ولد زنا لحددتهم جميعاً، لأنه لا

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٣١ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٧٥، و الآية في الزخرف: ٤٤.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ٣: ٢٧٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٠٦

بالصلاح، و به رواية نادرة، و لو جهلت حاله قبلت شهادته، و ان نالته

تجوز شهادته و لا يؤم الناس «١».

و ظاهرها كظاهر غيرها أنه مع عدل ولد الزنا لا يؤم الناس و لا تقبل شهادته، و على الجملة لانطباق هذا العنوان على الشاهد مانعية كما ذكرنا في مانعيته سائر العناوين المانعة.

و في صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: سألت عن شهادة ولد الزنا، فقال: لا و لا عبد «٢»، و نفى شهادة العبد لا ينافي اعتبارها.

و في صحيحة علي بن جعفر عن أخيه قال: «سألت عن ولد الزنا هل تجوز شهادته؟ قال: لا يجوز شهادته و لا يؤم «٣».

و في مقابل ذلك رواية علي بن جعفر التي رواها في قرب الاسناد عن عبد الله ابن الحسن عن علي بن جعفر عن أخيه - عليه السلام - قال: «سألت عن ولد الزنا هل تجوز شهادته؟ قال: نعم يجوز شهادته و لا يؤم «٤».

و هذه مع ضعف السند معارضة بالأخبار المتقدمة، فتحمل على التقية، بل يمكن القول بإجمالها، لأن الظاهر اتحاد المروي عن كتاب علي بن جعفر مع المروي في قرب الاسناد، فلا شتبه في أحد النقلين واقع لا محالة.

نعم في رواية عيسى بن عبد الله: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن شهادة ولد الزنا، فقال: لا تجوز إلا في الشيء اليسير إذا رأيت منه صلاحاً «٥».

و الظاهر أن عيسى بن عبد الله القمي الثقة، بقرينة روايته أبان عنه، و قد أفتى بمضمونها الشيخ في النهاية و حكى عن ابن حمزة.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٣١ من أبواب الشهادات، الحديث ٤: ٢٧٦ - ٢٧٧.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣١ من أبواب الشهادات، الحديث ٦: ٢٧٦ - ٢٧٧.

(٣) الوسائل: ١٨، الباب ٣١ من أبواب الشهادات، الحديث ٨: ٢٧٦ - ٢٧٧.

(٤) الوسائل: ١٨، الباب ٣١ من أبواب الشهادات، الحديث ٧: ٢٧٦ - ٢٧٧.

(٥) الوسائل: ١٨، الباب ٣١ من أبواب الشهادات، الحديث ٥: ٢٧٦-٢٧٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٠٧

بعض الألسن.

و أوجب بأن مفادها عدم قبول شهادته مطلقاً، لأنّ الشيء اليسير على الإطلاق بحسب الأمكنة و الأزمنة لا ماله له، و كلّ ما فرض من المال يكون دونه الشيء، و قد ورد نظير ذلك ما ورد في شهادة الصبيان و أنّه تسمع شهادتهم في الشيء الدون، بل قيل: إنّ ما ورد من وجوب الخمس في الجائزة التي فيها خطر، مقتضاه وجوبه في مطلق الجائزة.

و لكن لا يخفى ما في الجواب، فإنّ ظاهرها اعتبار الصدق العرفي بحسب زمان وجود الشيء و مكانه.

ثمّ إنّ إذا نال الشخص بعض الألسن بأنّه ولد الزنا، فهذا لا يمنع عن قبول شهادته، لأنّه لو ثبت في البين فراش فهو طريق شرعي إلى أنّه ولد حلال، و لو لم يثبت فالإطلاق فيما دل على نفوذ شهادة العدل بضميمة الاستصحاب في ناحية عدم كونه ولد الزنا مقتضاه نفوذ شهادته، و قد بينا في بحث الأصول اعتبار الاستصحاب في الاعدام الأزلية حتى فيما إذا أخذ في الموضوع بنحو كان الناقصة.

و ما في الدروس، من أنّ ترك شهادة المشكوك في مقام القضاء مقدمة لترك شهادة ولد الزنا، كما ترى.

و ما في الجواهر، من أنّ النهي عن قبول شهادة ولد الزنا ظاهره المانعية الظاهرة في اختصاصها بالمعلوم دون المشكوك الداخل في العنوان الوارد في عمومات قبول شهادة العدل، ضعيف، لأنّ كلّاً من عنواني الشهادة و ولد الزنا ظاهر في واقعه، و النهي إرشاد إلى مانعية العنوان، فما وجه الانصراف إلى المعلوم إلّا ما اشتهر في الألسن من لزوم إحراز المانع، و إلّا فالأصل عدم المانعية و المانع، و هو لا يرجع إلى محصل، كما بين في محله.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٠٨

[الطرف الثاني: فيما به يصير شاهداً و الضابط العلم]

إشارة

الطرف الثاني:

فيما به يصير شاهداً و الضابط العلم (١) لقوله تعالى و لَّا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ، و لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ و قد سئل عن

(١) المشهور بين الأصحاب اعتبار العلم في تحمّل الشهادة لتقبل عند أدائها، لقوله سبحانه لَّا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ «١»، و قوله سبحانه إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَ هُمْ يَعْلَمُونَ «٢»، و غير ذلك ممّا ظاهره اعتبار العلم في القول و الشهادة.

و ظاهرهم اعتبار العلم بمنشأه العادي، كالمشاهدة و السماع أو هما معاً، فالمشاهدة في مثل الشهادة بالسرقة و الغصب و القتل و الزنا و الرضاع و ما أشبه ذلك، و السماع في مثل الشهادة بالإقرار و الشهادة بالشهادة و العقود و الإيقاعات و القذف و نحو ذلك، و مقتضى ذلك أنّ لا تسمع الشهادة بالمبصرات فيما كان اعتقاد جزمي بوقوعها من غير أبصار، و في المسموعات من غير سماع و ما شاكل ذلك.

(١) الإسراء: ٣٦.

(٢) الزخرف: ٨٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٠٩

الشهادة و قال: «هل ترى الشمس؟»، فقال: نعم، قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: على مثلها فاشهد أو دع».

و عن الأردبيلي و الخراساني التوقف في ذلك، و في كشف اللثام جواز الاستناد في الشهادة إلى التواتر، و أنه يجوز أن يكون مرادهم اعتبار المشاهدة بالواسطة و بدونها، و فيما كان العلم مستندا إلى التواتر أو الخبر المحفوف بالقرينة بحيث لم تبق شبهة أصلا، فلا مانع عن الشهادة لحصول العلم.

و في الرياض بعد حكاية جواز الشهادة بالمبصرات اعتمادا على الخبر المتواتر أو المحفوف بالقرينة: أنه - أي الجواز - في محله لمكان العلم.

و لكن ظاهر كلماتهم اعتبار الإبصار في الشهادة، و ان يحتمل أن يكون ذكرهم المشاهدة لأجل أنه لا - يكفي في الشهادة مجرد الأبصار، و إن لم يكن موجبا للعلم، بل يعتبر حصول العلم.

إلّا أنه يمكن الاستدلال على ما في ظهور كلماتهم بأخذ حضور الواقعة في مفهوم الشهادة، فلا يدخل مجرد الاعتقاد الجزمي غير المستند إلى الحس الظاهر في معنى الشهادة.

أضف إلى ذلك أن الجزم الحاصل من الحس الباطني يختلف شدة و ضعفا و يتخلف كثيرا، و يظهر للجازم خلافه فيما بعد، فلا تطمئن النفس بتلك الشهادة، و هذا و ان يوهم عدم اعتبار غير الحس الظاهري في الموارد التي يأتي كفاية الاعتماد فيها على الاستفاضة، إلّا أن الإجماع على الاكتفاء فيها بها هو المستند، مع مسيس الحاجة و اقتضاء الضرورة إلى الاكتفاء.

بل ما ذكروا في تلك الموارد من كفاية الاستفاضة أوضح شاهد، بأن الأصل في الشهادة الحس الظاهري لدخوله في معناها لغه، و لو سلم احتمال عدم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥١٠

و مستندها: إما المشاهدة أو السماع أو هما، فما يفتقر إلى المشاهدة الأفعال، لأن آلة السمع لا تدر كها، كالغضب و السرقة و القتل و الرضاع و الولادة و الزنا و اللواط، فلا يصير شاهدا بشيء من ذلك إلّا مع المشاهدة، و يقبل فيه شهادة

دخل الحس الظاهري و كفاية مجرد العلم و الاعتقاد، فاللازم الرجوع إلى الأصل العملي، و مقتضاه عدم نفوذ خبر العدل و عدم كونه مدركا للقضاء ما لم يستند إلى الحس الظاهري.

و ذكر في الجواهر بعد نقل هذا الكلام: أنه من الغرائب، حيث إن مقتضاه أن لا يصح لنا الشهادة الآن لأمير المؤمنين - عليه السلام - بأن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ نصبه يوم الغدير اماما و وليا على المسلمين، و لا تصح أيضا الشهادة منا على الأولين بغضبهما الفدك من الزهراء - سلام الله عليها - و لا الشهادة بغير ذلك مما وصل إلينا بطريق النقل، بل ليست شهادتنا بالتوحيد و أن محمدا صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ عبده و رسوله شهادة حقيقة، و على الجملة الكلام المزبور ساقط من أصله، خصوصا بملاحظة ما ورد في سماع شهادة الأعمى إذا أثبتته، و إن الأصحاب لم يعتبروا في الشهادة أزيد من العلم بالمشهود به، فإنه ليس معنى الشهادة إلّا الإخبار بشيء عن جزم و يقين به.

و ما ذكروا من الاكتفاء بالاستفاضة في الأمور السبعة أو الأزيد راجع إلى عدم اعتبار العلم و اليقين في الشهادة بها، بل يكفي في الشهادة بها مجرد وجود الاستفاضة الموجبة للظن أو الاطمئنان، و من اعتبر العلم فيها جعلها كسائر الشهادات، نعم المعتبر في الشهادة العلم الحاصل للإنسان المستقيم الخالي من الأغراض و التسرع في الاعتقاد، و تخلف هذا العلم عن الواقع بأكثر مما يتخلف العلم بالأبصار غير ظاهر و الاشتباه في الحس أمر معروف، انتهى.

أقول: إطلاق لفظ الشهادة على الاخبار بالشئ اعترافا و إبرازا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥١١

الأصم، و فى رواية يؤخذ بأول قوله لا بثانيه، و هى نادرة.

و ما يكفى فيه السماع فالنسب و الموت و الملك المطلق، لتعدّر الوقوف عليه بالمشاهدة فى الأغلب، و يتحقق كل واحد من هذه بتوالى الأخبار من جماعة لا

للاعتقاد به لا ينكر، و ليس فيه كلام، و إنّما الكلام فيما ورد فى ثبوت الدعوى بشهادة العدلين بالواقعة المرفوعة إلى القاضى، و أنّ إقامة الشهادة بها ظاهرة فى الشهادة التى ورد الأمر بتحملها إرشادا فى الوصية، و فى النكاح و نحوه استحبابا، و فى الطلاق شرطا، أو أنّها غير ظاهرة فيها.

و من المعلوم أنّ الشهادة عند تحملها تكون بحسّ الواقعة بالمشاهدة أو بالسماع، و بهما معا، و لو لم يكن ظاهرا إقامتها ذلك، فلا أقل من عدم إحراز عمومها لمجرد الاعتقاد الجزمى بالوقوع، و الأصل عدم النفوذ فى مقام القضاء أو غيره ممّا لا تكون الشهادة بالحسّ. نعم، تذكر موارد و يقال بعدم اعتبار هذه الشهادة فيها، بل لا يعتبر فيها الاخبار بالعلم بالواقع، بل يكفى فى الشهادة فيها التناقل و الاشتهار المعبر عنه بالاستفاضة، بحيث لا يحتمل عادة استناد ذلك إلى المواعدة و تبنى جمع أو تفيد ظنا متاخما للعلم. و بتعبير آخر، يكون الشيعاء موجبا للعلم العادى المعبر عنه بالاطمئنان، و يعدّ من تلك الموارد النسب و الموت و الملك المطلق، كما فى عبارة الماتن، حيث إنّ مراده: و ما يكفى فيه السماع، هو الاعتماد على التناقل، لا السماع فى الواقعة التى يكون حسيها بالسمع، كالشهادة بالإقرار و القذف و غير ذلك.

و علل جواز الشهادة فيها بالسماع بعدم إمكان الحس فيها نوعا من المخبرين، حيث أنّ الملك يستمر و يجهل سببه لانقضاء زمانه، و الموت أسبابه

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥١٢

يضمّمهم قيد المواعدة، أو يستفيض ذلك حتى يتاخم العلم، و فى هذا عندى تردد.

مختلفة و لا يشاهد الميت، و الأمر فى النسب أظهر لعدم الحس بالولادة إلّا من بعض النساء، فيعلم بالأخذ من ألسنتهن و نقلهن.

و لكن مع ذلك، و لعله لعدم الحس و العلم فى البين ذكر: و فى هذا عندى تردد.

و قد حكى عن الإسكافى الاقتصار بالنسب، و تعدّى بعضهم إلى الموت و الملك المطلق، و عن بعض إلحاق النكاح و الوقف و العتق و الولاء، و عن بعض ابدال الولاء بالولاية، و عن بعض زيادة الرق و العدالة، و أنهاها بعض إلى أكثر من ذلك، و زاد سبعة عشر موردا آخر.

و فى بعض الروايات كمرسلة يونس عن بعض رجاله عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: «سألته عن البينة إذا أقيمت على الحق، أ يحلّ للقاضى أن يقضى بقول البينة؟ قال: خمسة أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات و المناكح و الذبائح و الشهادات و الإنسان، فإذا كان ظاهر الرجل ظاهرا مأمونا جازت شهادته» «١»، و هذه تصلح للتأييد لا الاستدلال بها.

و عن الشهيد الثانى فى المسالك الإشكال فى جواز الشهادة بالنسب، اعتمادا على التسامع فى الأم، حيث يمكن الحسّ بالولادة، و كذا فى غير الأم مع إنكار المنسوب إليه الحى، و لو كان المنسوب إليه مجنوننا ففيه اشكال، لاحتمال إفاقته و إنكاره.

أقول: فى البين مقامات:

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٩٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥١٣

و قال الشيخ: لو شهد عدلان فصاعدا صار السماع متحتملا و شاهد أصل،

الأول: جواز اعتماد المكلف و ترتيبه أثر الثبوت مع حصول الشيع، بأن لا يجوز له التزويج بامرأة اشتهرت أنها أخته الرضاعية أو أخته بالنسب، و لا يجوز له شراء ما اشتهر أنه وقف، إلى غير ذلك.

و في هذا المقام، إن كان الشيع موجبا للاطمئنان و الوثوق فلا يختص جواز الاعتماد بالثلاثة أو السبعة أو الأزيد، بل يجري في كل موضوع أحرز حصوله بالشهرة الموجبة للاطمئنان و الوثوق، المعبر عنه بالعلم العادي، إلا في مورد جعل الشارع فيه لإحراز الموضوع نحو من الإحراز، أو نهى فيه عن اتباع غير العلم الوجداني، أو كان الموضوع للأثر نفس العلم بالشىء على نحو الوصفية، لجريان السيرة العقلانية على اتباع الوثوق و الاطمئنان، فتتبع في غير مورد الردع، و أما إذا لم تكن الشهرة موجبة للاطمئنان و الوثوق فلا يعتبر إلا في مورد قد أحرز فيه اعتبار الشيع مطلقا، و لو لم يكن موجبا للعلم العادي، و لا يبعد ان يكون النسب كذلك لجريان السيرة على اتباع السماع، مما لا يحتمل عادة حصول الشيع فيه مستند إلى التبانى و احتمال حصوله من السماع.

و الثانى: جواز الاخبار بالشىء اعتمادا من المخبر على الشيع المفيد للاطمئنان، أو اعتمادا على مطلق الشيع في مورد ذكرنا اعتباره فيه.

و الظاهر كما أن الاخبار بنفس الشيع أمر جائز كذلك الاخبار بنفس الشىء، بعد فرض كون المكلف عالما به، و لو بنحو الحكومة و التنزيل.

و الثالث: فى نفوذ قضاء القاضى فى الواقعة، اعتمادا منه على الشيع المعتبر، أو اعتمادا على اخبار عدلين بذلك الشيع.

و الظاهر عدم جواز القضاء بالواقع اعتمادا على الشيع المزبور، لما

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥١٤

لا شاهدا على شهادتهما لأن ثمره الاستفاضة الظن و هو حاصل بهما، و هو ضعيف،

تقدم فى بحث القضاء انحصار مدرك القضاء بالبينه و الإقرار و الحلف، و أن القاضى و ان يجوز له الحكم بعلمه، إلا أن المعتبر من علمه هو علمه الوجداني الحاصل من حسه الواقعة بنفسه لا علمه التعبدى، و إلا لما كانت حاجة فى قضائه إلى حلف المنكر، لأن يده الجارية على المال علم تعبدى بأنه المالك، فيكون قضاؤه بمقتضى يده قضاء بالعلم كما لا يخفى.

ثم إن للحاكم فيما إذا أحرز الشيع بنفسه أو أخبر به البينة ان يحكم بثبوتها، و يلزم من يعترف بعدم العلم بخلافه العمل على طبقه، و لكن هذا ليس من القضاء فى الواقعة كما تقدم، بل يدخل ذلك فى عنوان الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

و لو فرض فى مورد كون الشيع بحيث لا يتخلف عن الواقع أصلا، بأن يحصل منه العلم بالواقع لكل من اطلع عليه، فالظاهر جواز الشهادة بالواقع فى الفرض و جواز القضاء بتلك الشهادة، لأن الشيع المزبور يكون من أثر ثبوت الواقع، فيكون حسه حسا للواقع، فإنه لولاه لما كان هذا الشيع و هذا المقدار يكفى فى صدق البينة و شهادة العدلين، حيث ان حس الأثر يعد عرفا حسا لذى الأثر.

و على الجملة، المتحصّل من جميع ما ذكرنا، أنه يعتبر فى الشاهد عند تحمله الشهادة حس الواقعة، فلا يكفى مجرد الحدس بالواقعة، سواء كان حدسه جزميا أم ظنيا، فإن حس الواقعة بنفسها أو بأثرها مأخوذ فى معنى الشهادة المعتبرة فى مدرك القضاء.

و يؤيد ذلك ما رواه على بن غياث بن غراب عن أبى عبد الله - عليه السلام -:

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥١٥

لأن الظن يحصل بالواحد.

«لا تشهدنَّ بشهادة حتى تعرفها كما تعرفك» (١).

و ما نقل الماتن وغيره مرسلا عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم و قد سئل عن الشهادة قال: «هل ترى الشمس، على مثلها فاشهد أو دع» (٢).

و لا- يمكن الالتزام بما عن جماعة، من أنه يكفي في الشهادة العلم بالمشهود به و لو حدسا، بل يكفي الاستناد إلى الاستفاضة في الموارد المشار إليها.

ثم إنَّ الشاهد في مقام الأداء لو كان متذكرا بتحملها فلا- إشكال في جواز تلك الشهادة تكليفا و وضعا، و كذا فيما كان جازما بتحملها و لكن لا يتذكر تحملها، كما إذا رأى خطه و اسمه في كتاب الشهادة مع جزمه بأنه قد كتبه و لكن لا يتذكر الواقعة، و قيل: أنه لا تصح الشهادة إلا بتذكر الواقعة المشهود بها.

و في صحيحة الحسين بن سعيد، كتب إليه جعفر بن عيسى: «جعلت فداك جاءني جيران لنا بكتاب زعموا أنهم أشهدوني على ما فيه، و في الكتاب اسمي بخطي قد عرفته، و لست أذكر الشهادة، و قد دعوني إليها، فأشهد لهم على معرفتي ان اسمي في الكتاب و لست أذكر الشهادة، أو لا تجب لشهادة على حتى أذكرها، كان اسمي بخطي في الكتاب أو لم يكن؟ فكتب: لا تشهد» (٣).

و لكن لا بد من حملها على صورة عدم الجزم بالتحمل، و لو باحتمال التزوير في الورقة أو في اسمه و خاتمه، كما تشهد بذلك معتبرة السكوني عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا تشهد بشهادة لا تذكرها، فإنه من شاء

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٥٠.

(٢) مستدرک الوسائل: ١٧، الباب ١٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٤٢٢.

(٣) الوسائل: ١٨، الباب ٨ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٣٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥١٦

[فرع: لو سمعه يقول للكبير: هذا ابني و هو ساكت]

فرع: لو سمعه يقول للكبير: هذا ابني و هو ساكت، أو قال: هذا أبي و هو

كتب و نقش خاتما» (١)، فإن مقتضى التعليل أنه مع اليقين بعدم التزوير فلا بأس بالشهادة.

و مما ذكر يظهر الحال في صحيحة عمر بن يزيد قال: «قلت لأبي عبد الله- عليه السلام-: الرجل يشهدني على شهادة فأعرف خطي و خاتمي و لا أذكر من الباقي قليلا و لا كثيرا، قال: فقال لي: إذا كان صاحبك ثقة و معه رجل ثقة فاشهد له» (٢)، فإنها تحمل على أن ما ذكر لإحراز وقوع التحمل.

بقي في المقام أمران:

أحدهما: أنه إذا لم يعرف الشاهد الواقعة الحالية المطلوب منه الشهادة بها، و لكن كان شاهدا بالحالة السابقة، و مقتضى الاستصحاب بقاء الواقعة على حالها، فهل تجوز له الشهادة بالحالة الفعلية اعتمادا على الاستصحاب، أم لا؟

كما إذا علم بأن العين كانت لزيد سابقا و لا يدري انتقالها إلى آخر، و طلب زيد منه الشهادة بالملكية الفعلية، و قد عقد في الوسائل بابا في جواز الشهادة بالملك اعتمادا على الاستصحاب، و كذا الشهادة بعدم وارث آخر، و قد أورد فيه صحيحة معاوية بن وهب قال:

«قلت لأبي عبد الله - عليه السلام -: الرجل يكون له العبد و الأمة و قد عرف ذلك، فيقول: أبق غلامى أو أمتى. فيكلفونه القضاء شاهدين بأن هذا غلامه أو أمته لم يبع و لم يهب، أنشهد على هذا إذا كلفناه؟ قال: نعم» (٣).

و لكن يعارضها ما فى معتبرته الأخرى التى يمكن التعبير عنها

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٨ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٣٥.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٨ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٣٥.

(٣) المصدر نفسه: الباب ١٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٤٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥١٧

ساكت، قال فى المبسوط: صار متحتملاً لأن سكوته فى معرض ذلك رضا بقوله

بالصحيحة، حيث إن الراوى عن معاوية بن وهب يونس بن عبد الرحمن، و للشيخ إلى رواياته و كتبه طريق معتبر، قال: «قلت لأبي عبد الله - عليه السلام -: الرجل يكون فى داره ثم يغيب عنها ثلاثين سنة و يدع فيها عياله، ثم يأتينا هلاكه و نحن لا ندرى ما أحدث فى داره، و لا ندرى ما أحدث له من الولد، إلا أنا لا نعلم أنه أحدث فى داره شيئاً و لا حدث له ولد، و لا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك فى الدار حتى يشهد شاهدا عدل أن هذه الدار دار فلان بن فلان مات و تركها ميراثاً بين فلان و فلان، أو نشهد على هذا؟ قال: نعم، قلت: الرجل يكون له العبد و الأمة فيقول: أبق غلامى و أبق أمتى، فيؤخذ بالبلد فيكلفه القاضى البيئته أن هذا غلام فلان لم يبعه و لم يهبه، أنشهد على هذا إذا كلفناه و نحن لم نعلم أنه أحدث شيئاً؟ فقال: كلما غاب عن يد المرء المسلم غلامه أو أمته أو غاب عنك لم تشهد به» (١).

و يجمع بين هذه و ما قبلها بتجوزيز الشهادة بالحالة السابقة و عدم الشهادة بالحالة الفعلية، بشهادة صحيحته الأخرى قال: «قلت له: إن ابن أبى ليلى يسألنى الشهادة عن هذه الدار مات فلان و تركها ميراثاً، و أنه ليس له وارث غير الذى شهدنا له، فقال: اشهد بما هو علمك، قلت: إن ابن أبى ليلى يحلفنا الغموس، فقال: احلف إن ما هو على علمك» (٢).

و على الجملة، أن الشهادة هى الأخبار بما علمه بحسه، و لا يكون الاستصحاب علماً حقيقة، فضلاً عن كونه علماً بحس الواقعة، و إذا كانت الواقعة مورد المخاصمة بحيث يحتاج إلى فصلها بالقضاء فلا ينفذ فيها إلا الشهادة

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٤٦.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٧ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٤٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥١٨

عرفاً، و هو بعيد لاحتماله غير الرضا.

المتقدمة، أخذاً بما دل على أن القضاء بالبيئته و الحلف، فمن يدعى خلاف الشهادة المتقدمة فعليه إقامة البيئته على دعواه، فإن من يكون قوله على خلاف الاستصحاب مدع مع عدم كون العين بيده.

و أما إذا لم يكن فى البين مخاصمة كالدال المفروضة فى الصحيحة و المعتبرة فعلى القاضى الحكم على طبق الحالة السابقة، أخذاً بالاستصحاب، و لكن هذا الحكم ليس من القضاء فى الواقعة بل هو تعيين الوظيفة فيها على من لا يعلم خلافها.

و لو لم يكن القاضى ملتفتا انّ الوظيفة هي الأخذ بالحالة السابقة، فللشاهد أن يشهد بالملكية الفعلية، و شهادته بها ليست من الشهادة التي مدرّك القضاء، حيث إنّه بيان الوظيفة الفعلية في الواقعة، و يمكن أن يحمل على ذلك الصحيحة الأولى، حيث لم يفرض فيها دعوى الحرية من الغلام و الأمة أو دعوى آخر ملكيتهما، و هذا مع اعتبار الاستصحاب، و أمّا مع عدمه كما إذا كانت العين التي يعلم الشاهدان بأنّها كانت ملك فلان بيد شخص آخر يدعى ملكيتها، و يعترف بأنّها انتقلت ممّن يشهد الشاهدان بأنّها كانت في السابق ملكه، فلا تسمع الشهادة بالملكية السابقة أصلا.

الأمر الثاني: جواز الشهادة بملكية العين استنادا إلى يده عليها، فهل الشهادة بالملكية استنادا إليها كالشهادة بها استنادا إلى الاستصحاب، أو أنّ الشهادة استنادا إلى اليد نافذة تصح كونها مدرّك القضاء، نتعرض لهذا الأمر في المسألة الأولى من المسائل الآتية.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥١٩

[تفريع على القول بالاستفاضة]

إشارة

تفريع على القول بالاستفاضة:

[الأول: الشاهد بالاستفاضة لا يشهد بالسبب]

الأول: الشاهد بالاستفاضة لا يشهد بالسبب، مثل البيع و الهبة و الاستغنام، لأنّ ذلك لا يثبت بالاستفاضة (١)، فلا يعزى الملك إليه مع إثباته بالشهادة

(١) ذكر - قدس سره - تفريعين على القول بسماع الشهادة التي استند الشاهد فيها إلى الاستفاضة:

الأول: إنّ الشاهد بالملك بالاستناد إليها لا يجوز له أن يشهد بالسبب الذي استفاض خبر الملك بذلك السبب، لكن لا بمعنى أنّ شهادته بالسبب غير نافذة، كما إذا ذكر أنّ زيدا يملك العين الفلانية بالبراءة أو بالانتهاب أو بالاستغنام أو غير ذلك، لأنّ هذه الأسباب لا تتحمّل الشهادة بها بالاستفاضة، فيكون الشهادة بها محلّة. نعم إذا ذكر السبب فيما يثبت ذلك السبب كالملك بالاستفاضة، كما إذا شهد أنّ العين الفلانية ملك زيد إرثا من أبيه صحّت، لأنّ الموت أيضا يثبت بالاستفاضة.

ثمّ أورد على ذلك بأنّ ذكر السبب مع الشهادة بالملك لا يضرّ، غاية أن تكون الشهادة بالسبب ملغاة.

أقول: قد أشرنا إلى أنّ مراد من ذكر أنّ الشاهد بالاستفاضة لا يشهد بالسبب، ليس بمعنى اعتبار عدم ذكره في سماع شهادته.

و تظهر الثمرة في سماع الشهادة بالملك دون السبب، فيما إذا كان في

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٢٠

المستندة إلى الاستفاضة، إمّا لو عزاه إلى الميراث صحّ، لأنّه يكون عن الموت الذي يثبت بالاستفاضة، و الفرق تكلف لأنّ الملك إذا ثبت بالاستفاضة، لم تقدح الضميمة مع حصول ما يقتضى جواز الشهادة.

البين مدع آخر لتلك العين و له شهود بالملك و السبب، و كانت شهادتهم غير مستندة إلى الاستفاضة تقدم بينته على صاحب البينة بالاستفاضة لثبوت السبب المملك بها من غير معارض، على ما تقدم في تعارض البينتين، و هذا بخلاف ما إذا كان السبب أيضا ممّا

يثبت بالاستفاضة كالمملك بالإرث، فإنَّ البيئنة المستندة إلى الاستفاضة تعارض الأخرى في السبب أيضا. وذكر في الجواهر أنه: إذا شهد بالمملك مع السبب و كانت الشهادة مستندة إلى الاستفاضة يؤخذ بشهادته بالإضافة إلى المملك دون السبب، لأن التبويض في الشهادة أمر معروف، وهذا ظاهر فيما إذا شهدت بالمملك و أنه بالبيع، و أما إذا قال إنه قد ملكها بالشراء فقد يشكل القبول، لأنَّ الشهادة واحدة و عدم ثبوت خصوصية المملك أى فصله يوجب عدم ثبوت الجنس.

تبريزى، جواد بن على، أسس القضاء و الشهادة، در يك جلد، دفتر مؤلف، قم - ايران، اول، ه ق

أسس القضاء و الشهادة؛ ص: ٥٢٠

أقول: لا يخفى ما فيه، فإنَّ المملك لا يكون من قبيل الجنس و الشراء من قبيل الفصل، بل هو من قبيل الشهادة بالموضوع و أثره، و لو سمعت بالإضافة إلى الأثر لكونه عاما، و لا- يختص بذلك الموضوع، فلا- مانع من عدم ثبوت الموضوع، كما في الشهادة بالسرقة بواحد و يمين حيث يثبت ضمان المملك، و لا يثبت عنوان السرقة ليقطع يده.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٢١

[الثانى: إذا شهد بالمملك مستندا إلى الاستفاضة هل يفتقر إلى مشاهدة اليد و التصرف؟]

إشارة

الثانى: إذا شهد بالمملك مستندا إلى الاستفاضة هل يفتقر إلى مشاهدة اليد و التصرف؟ الوجه لا (١)، أما لو كان لواحد يد و لآخر سماع مستفيض، فالوجه ترجيح اليد، لأنَّ السماع قد يحتمل إضافة الاختصاص المطلق المحتمل للملك و غيره، و لا تزال اليد بالمحتمل.

(١) و ذكر في التفریح الثانى على سماع البيئنة المستندة إلى الاستفاضة، أنه لا يعتبر فى سماعها أن يرى الشاهد العين بيد المشهود له و تصرفه فيها بالبناء و الهدم و الإجارة و غيرها من التصرفات، و لو كان مدع آخر بتلك العين و له شاهد يستند فى شهادته إلى اليد و التصرف، يقدم الشهادة المستندة إلى اليد المستمرة على العين، و علل ذلك بأنه يمكن إضافة المال إلى شخص لا لكونه مالكا. بل عبارته- قدس سره- تعطى أنه لو كانت لأحد فى عين اليد المتصرفه فيها، و للآخر سماع الاستفاضة بأنها له، يحكم بأنها لدى اليد المتصرفه فيها، لأنَّ الاستفاضة يحتمل اختصاصها بغير المملك، بخلاف اليد المتصرفه فيها و المستمرة عليها، فإنها لا يحتمل فيها غير المملك.

و قد يقال بأنَّ تقديم اليد المتصرفه على الاستفاضة، فيما إذا كانت الاستفاضة بأنَّ العين لفلان، حيث يحتمل اللام الدالة على الاختصاص بغير المملك، و أمّا إذا كانت الاستفاضة بأنها ملك فلان، فيقدم على اليد المتصرفه، كما هو لازم ثبوت دعوى المملك بالبيئنة المستندة إلى الشيع.

أقول: لو كانت الاستفاضة معتبرة كما تقدم التفصيل، تسقط اعتبار اليد المتصرفه، بلا فرق بين استفاضة أن العين لزيد أو ملك زيد، لأنَّ ظاهر نسبة المال إلى شخص و إضافته إليه باللام الملكية، و لا فرق فى اعتبار الظهور فى موارد الاخبار بالموضوع أو الحكم، و لو لم تكن الاستفاضة معتبرة كما إذا لم توجب الوثوق و الاطمئنان، فلا- موجب لرفع اليد عن مقتضى قاعدة اليد، و هو ترتيب آثار

المالكية لدى اليد.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٢٢

[مسائل ثلاث]

إشارة

مسائل ثلاث:

[الأولى: لا ريب ان التصرف بالبناء و الهدم و الإجارة بغير منازع يشهد له بالملك المطلق]

الأولى: لا ريب ان التصرف بالبناء و الهدم و الإجارة بغير منازع يشهد له بالملك المطلق (١). و أما من في يده دار فلا شبهة في جواز الشهادة له باليد، و هل

(١) ذكر - قدس سره - أنه إذا كان شخص يتصرف في عين بالبناء و الهدم و الإجارة و غير ذلك من التصرفات و لم يكن منازع ينازعه في ملكها، يجوز أن يشهد بأن العين المزبورة ملك له، و ادعى ان جواز الشهادة بملكها له لا ريب فيه.

و أما إذا كانت عين بيد واحد، فإن شهد الشاهد بيده على العين فهذه الشهادة جائزة تكليفاً و وضعاً، و أما إذا أراد أن يشهد بملكه للعين، فجواز الشهادة مشكل، و إن قيل بجوازها، و على الجواز رواية أيضاً.

و الوجه في الاشكال ان اليد على العين لو كانت موجبة لملك ذي اليد فلازمه ان لا تسمع الدعوى على ذي اليد في ملكيتها، فان قول المدعى بها مرجعه ان هذه العين التي ملك لذي اليد ملكي.

و قد أورد على الماتن - قدس سره -: لو كان منشأ الاشكال في جواز الشهادة بالملك لذي اليد ذلك، لجري هذا الاشكال في الشهادة بالملك للمتصرف في العين بلا منازع، لأن المتصرف المزبور ان أوجب كون العين له فلا تسمع دعوى أحد عليها في ملكيتها، لأن مرجع قول المدعى هو ان العين التي ملك المتصرف ملكي.

و هذا النقص وارد على استدلاله، و ان تصدى في الرياض لبيان الفرق، و لكن لا سبيل إلى الإتيان بالفارق.

و الوجه في ذلك: ان التصرف في العين أو اليد فيه ليس من الأسباب المملكة، كالأحياء أو البيع و الشراء، و غير ذلك من موجبات الملك، بل كل منهما؟؟؟ اماره؟؟؟ بملك العين، و اعتبار الامارة يختص بحق الجاهل بالواقع، و الذي يعلم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٢٣

يشهد له بالملك المطلق؟ قيل: نعم، و هو المروى، و فيه اشكال من حيث ان اليد لو أوجبت الملك له، لم يسمع دعوى من يقول: الدار التي في يد هذا لي، كما لا تسمع

الواقع و ان العين ليس بملك المتصرف فيها أو لدى اليد، فله أن يدعى عليهما في العين المزبورة.

و على ذلك، فإن قلنا بأنه يكفي في شهادة الشاهد بالواقع إحرازه بالأماره المعتره و لو في الملك المطلق، فله أن يشهد بملكية العين للمتصرف أو لدى اليد، و إن قلنا باعتبار العلم الوجداني بحس الواقع كما تقدم، فتشكل الشهادة بملكيتها من غير فرق بينهما.

و دعوى الإجماع و التسالم على جواز الشهادة بملكية العين للمتصرف المستمر فيها بخلاف الشهادة بملكيتها لدى اليد عليها، لا يمكن المساعدة عليها، لعدم إحراز التسالم و الإجماع التعبدى في الأول.

و يمكن التفرقة بينها بما ذكرنا سابقا، من أن حسّ الواقع أعم من أن يكون بنفسه أو بأثره، و استمرار شخص على التصرفات في عين بالتصرف الموقوف على ملكها طول زمان من غير منازع و تكبير يعدّ من أثر الملكية الواقعية، بخلاف مجرد اليد على عين، فإنّ اليد و ان تكون أماره معتبره بملكيه ذى اليد، إلّا أنّها لا يوجب العلم بها فضلا عن ان يكون من أثر المحسوس لها، و لكن مع ذلك هذا الفرق أيضا لا يخلو عن تأمل.

و لكن قيل بجواز الشهاده بالملك باليد على العين، و يستدل عليه بروايه حفص بن غياث عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «قال له رجل إذا رأيت شيئا في يدي رجل يجوز لي أن أشهد أنه له؟ قال: نعم، قال الرجل: أشهد أنه في يده و لا أشهد أنه له فلعله لغيره، فقال أبو عبد الله - عليه السلام -: أفيحل الشراء منه؟ أسس القضاء و الشهاده، ص: ٥٢٤
لو قال: ملك هذا لي.

قال: نعم، فقال أبو عبد الله - عليه السلام -: فلعله لغيره فمن أين جاز لك أن تشتريه و يصير ملكا لك، ثم تقول بعد الملك: هو لي، و تحلف عليه، و لا- يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد الله - عليه السلام -: لو لم يجر هذا لم يتم للمسلمين سوق» (١).

أقول: ما يذكر في المقام من عدم سماع بينه الملك المستنده إلى اليد، المراد مقام الترافع و التنازع، و أمّا في غير ذلك، كما إذا أراد إنسان شراء متاع من آخر، فالقول بأنّ ذا اليد مالكة جائز بلا اشكال، حيث بعد اعتبار اليد اماره بالملك يعلم بأنّه مالك. و قد تقدم أيضا أنّ البيئه بكون عين بيد فلان توجب كونه المدعى عليه في دعوى الآخر ملكيتها. فينحصر الكلام في أنّه إذا ادعى أحد على الآخر أنّه مالك العين دونه فإن أقام بينه فاللازم أن يشهد الشهود بالملكيه المحرزة لهم من غير ناحيه اليد، بأن كان إحرازهم بحضورهم شرائها أو إرثها، و لو شهدوا بالملكيه باليد فان كانت العين عند شهادتهم بيد المدعى عليه فشهادتهم كاذبه، و إن لم تكن بيده فتجعل شهادتهم المشهود له المدعى عليه في الواقعة، فله الحلف على نفى دعوى الآخر ان لم يكن للآخر بينه معتبره.

و روايه غياث مع ضعف سندها بقاسم بن يحيى غير ناظره إلى الشهاده في مقام الترافع، بل ناظره إلى الشهاده بمعنى الاخبار بملكيه ذى اليد، و قوله في مقام الدعوى عليه كما يظهر ذلك بملاحظه صدرها و ذيلها الوارد فيه: لو لم يكن هذا لما قام للمسلمين سوق.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٥ من أبواب كفيه الحكم، الحديث ٢: ٢١٥.

أسس القضاء و الشهاده، ص: ٥٢٥

[الثانية: الوقف و النكاح يثبت بالاستفاضه]

الثانية: الوقف و النكاح يثبت بالاستفاضه (١)، أمّا على ما قلناه فلا ريب فيه، و أمّا على الاستفاضه المفيدة لغالب الظن، فلأنّ الوقف للتأيد، فلو لم يسمع فيه الاستفاضه لبطلت الوقوف، مع امتداد الأوقاف و فناء الشهود.

و يظهر ما ذكرنا ممّا ورد في تعارض البيئات مع كون العين في يد أحد المتنازعين و اقامه كل منهما البيئه على أنّها ملك له، و وجه الظهور أنّ ملاحظه ما ورد يوحى أنّ المغروس في أذهان السائلين هو أنّه إذا اختصت البيئه بالمدعى لثبت دعواه على ذى اليد، و لذا فرضوا اقامه كلّ منهما البيئه بملكيه العين له، و هذه البيئه لا يمكن أن تكون مستنده إلى مجرد اليد و إلّا لم يكن معنى لتقديمها على

اليد في الآخر كما ذكرنا، لمعلومية كذبها كما لا يخفى.

(١) المعروف بأن الوقف و النكاح يثبت كل منهما بالاستفاضة، و لكن لا يختص الثبوت بهما بل يجرى في غيرهما مما تقدم آنفاً. و ذكر- قدس سره- أنه بناء على اشتراط الاستفاضة المفيدة للعلم و اليقين فلا كلام في الثبوت، و أما لو لم تكن مفيدة إلا الظن الغالب فيمكن أن يقال في وجه ثبوت الوقف بها، بأن الوقف للتأييد فلو لم تسمع في ثبوت الوقف هذه الاستفاضة لبطلت الوقوف مع توالي العصور لانقضاء الشهود الأصل، و اعتبار شهود الفرع يختص بالشهود بشهادة شهود الأصل.

كما يمكن أن يقال في وجه ثبوت النكاح بها، بأنه لو لم يثبت النكاح بالاستفاضة لما صح لنا الحكم بأن خديجة- سلام الله عليها- زوجة النبي صلى الله عليه و آله و سلم، كما لا يصح أن نقول بأنها أم فاطمة- سلام الله عليها-، و دعوى أن ثبوت ذلك بالتواتر لا تفيد، فإن أخبار المخبرين في الطبقات لا بد من أن تنتهي إلى أخبار الطبقة المخبرة بالواقعة المحسوسة لهم، و من الظاهر أنه لم تكن في الطبقة الأولى حس بنكاحها أو بإقرار النبي بالمشاهدة و السماع بعدد التواتر، بل غايته الانتهاء إلى الاستفاضة، و ذكر

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٢٦

و أمّا النكاح، فلأننا نقضى بأن خديجة- عليها السلام- زوجة النبي صلى الله عليه و آله و سلم كما نقضى بأنها أم فاطمة- عليها السلام-، و لو قيل: إن الزوجية تثبت بالتواتر، كان لنا أن نقول:

التواتر لا يتم إلا إذا استند السماع إلى المحسوس، و من المعلوم إن المخبرين لم يخبروا عن مشاهدة العقد و لا عن إقرار النبي صلى الله عليه و آله و سلم، بل نقل الطبقات متصل إلى الاستفاضة التي هي الطبقة الأولى، و لعل هذا أشبه بالصواب.

في آخر كلامه أن الثبوت بالاستفاضة أشبه بالصواب.

و ذكر في الجواهر: إن غرض المصنف من هذا الكلام غير ظاهر، فان كان المراد الاستفاضة الموجبة للعلم و إن القاضي في مقام القضاء يحكم بالنكاح و الوقف، فهذا لا يختص بالنكاح و الوقف، و إن كان المراد الاستفاضة غير الموجبة للعلم، و إن الحكم بهذه الاستفاضة يختص بهما فهذا أيضا مشكل، لأن ثبوت النسب بها أولى منهما.

أقول: قد تقدم الحكم بالاستفاضة أو بالبينة القائمة بها قضاء أو بنحو الإفتاء، فلا نعيد.

و نقل- قدس سره- عن المسالك أن الاستفاضة في تزويج خديجة- سلام الله عليها- كانت بحد التواتر في الطبقة الأولى السامعين للعقد، فإن النبي صلى الله عليه و آله و سلم في ذلك الوقت كان من أعلى قريش، و عمه أبو طالب المتولى لتزويجه كان رئيس بني هاشم و شيخهم و من إليه مرجع قريش، و خديجة- سلام الله عليها- كانت من أجلاء بيوتات قريش، و كانت خطبة أبي طالب في المسجد الحرام بجمع من قريش ممن يزيد عددهم على عدد التواتر، و على ذلك فدعوى عدم استناد الطبقة الأولى إلى سماع العقد و مشاهدته إلا بحد الاستفاضة المفيدة للظن الغالب ضعيفة.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٢٧

[الثالثة: الأخرس يصح منه تحمّل الشهادة و أدائها]

الثالثة: الأخرس يصح منه تحمّل الشهادة و أدائها، و يبنى على ما يتحققه الحاكم من إشارته (١)، فإن جهلها اعتمد فيها على ترجمة العارف بإشارته، نعم

و ناقش في هذا الكلام، بأن لحاظ التزويج في بنات السلاطين و أولادهم يقضى أن علو المقام و شهرة الشخص لا يستلزم سماع العقد العدد المعبر في التواتر، نعم دعوى كون الاستفاضة من الطبقة الأولى مفيدة للعلم و إن لم يكن بحد التواتر، نظير الاستفاضة في

البلدان و الملوک و غير ذلك صحيحه.

أقول: قد تقدم ان الاستفاضة لو كانت بحيث و لو بملاحظة الأمور الخارجة عنها، يوجب لكل من اطلع عليها الجزم بالواقع، يعد ذلك من حسن الشيء بالأثر، فيصح الحكم بها و الاعتماد على البنية القائمة بتلك الاستفاضة.

(١) يصح للأخرس تحمل الشهادة و أدائها، و يلاحظ الحاكم ما يفهم من إشارته، كما يلاحظ ما يفهم من عبارة غيره من الشهود، و ان جهل الحاكم إشارته اعتمد على العارف بها، كما يعتمد على المترجم فيما كان شهادة الشاهد بلغة لا يعرفها الحاكم.

و ذكروا أنه يعتبر في المترجم التعدد، فإن الترجمة أيضا تدخل في الشهادة بما أظهر الآخر من مراده، و لكن قد تقدم عدم ثبوت دليل على اعتبار التعدد بعد كون الترجمة تفسيرا لإشارته أو ما يتلفظ به.

و كيفما كان فلا تكون الترجمة من الشهادة على الشهادة بأن تحسب أنها شهادة على شهادة الأصل بالواقعة، بل ثبوت الواقعة بشهادة الأصل، أي الأخرس أو غيره ممن يترجم كلامه، و لذا يعتبر وقوع إشارة الأخرس في محضر الحاكم،

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٢٨

يفتقر إلى مترجمين، و لا يكون المترجمان شاهدين على شهادته، بل يثبت الحكم بشهادته أصلا، لا بشهادة المترجمين فرعا.

و لو كانت الترجمة من شهادة الفرع فلا تسمع، لأنه يعتبر في سماع شهادة الفرع عدم حضور شاهد الأصل مجلس الحكم.

ثم إنه قد ذكر في النافع و الرياض ان العارف بإشارة الأخرس في مقام الشهادة بإقراره يجب أن يشهد بإشارته التي رآها منه، بأن يحكى نفس إشارته أولا- ثم يقول أنه أراد ذلك منها، و ان اقتصر على ذكر ما فهمه من إشارته لا- تسمع ترجمته، و عللوا ذلك باحتمال خطأ المترجم في الفهم فيلزم الكذب في إقراره.

و ذكر في الرياض: لعل مراد من علل لزوم حكاية نفس الإشارة بأنه لولاها لزم الكذب هو احتمال لزومه، ثم وجه التعليل بلزوم الكذب بأن الإقرار معناه حقيقة هو الاخبار عن الحق باللفظ الدال عليه، و إطلاقه على الاخبار عنه بالإشارة بنحو من المجاز، فلو اقتصر العارف ببيان نفس ما فهمه من إشارة الأخرس كان منصرف كلامه أنه تكلم بذلك، فيكون كذبا، بخلاف ما حكى إشارته أولا، و رده بأن كونه أخرس قرينه حال واضحة بأن المراد إشارته لا تكلمه.

أقول: لا- يخفى الشاهد بإقرار الأخرس أو بغير إقراره لا يلزم عليه حكاية إشارته أولا، كما لا يلزم على المترجم لكلام من لا يعرف الحاكم أو غيره لغته أن يحكى نفس ألفاظه أولا، بل اخباره بأن المفهوم عند من يعرف إشارة الأخرس ذلك أو أن المفهوم من كلام المتكلم بلغة أخرى عند أهل محاوراته ذلك كفى في الاعتماد عليه، مع كون المخبر عارفا ثقة، و الله العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٢٩

[الثالث: ما يفتر إلى السماع و المشاهدة كالنكاح و البيع]

الثالث: ما يفتر إلى السماع و المشاهدة (١) كالنكاح و البيع و الشراء و الصلح و الإجارة، فإن حاسة السمع يكفى في فهم اللفظ، و يحتاج إلى البصر لمعرفة اللفظ، و لا بأس في شهادة من اجتمع له الحاستان.

أما الأعمى، فتقبل شهادته في العقد قطعا، لتحقق الآلة الكافية في فهمه

(١) الثالث من المستند في تحمّل الشهادة سماع الشاهد و مشاهدته معا، و هذا في تحمّل الشهادة بالعقود و الإيقاعات و نحوهما، فإن تحمّل الشهادة بنفس العقد أو الإيقاع و نحوهما يكون بالسّماع و التعرف على العاقد و الموقع يكون بالمشاهدة، و عليه فلو اجتمع للشاهد حاستان فلا إشكال في شهادته تحملا و أداء.

و أما الأعمى، فتقبل شهادته بالعقد والإيقاع، و أما بالإضافة إلى العاقد و الموقع فلا تقبل إلا في صورتين: أحدهما: ما إذا كان عند تحمّله الشهادة معرفان يعرفانه العاقد أو الموقع، و في هذه الصورة يجوز للأعمى الشهادة بالعقد و عاقده، و يحسب الأعمى من شاهد الأصل بالإضافة إلى العقد و عاقده، و هذا يجرى في شهادة البصير أيضا، فإنه يجوز للبصير تعرّفه بمن يتحمّل الشهادة له بالمعرفان.

و ربّما يستدل على ذلك بصحيحه محمّد بن قيس قال: «سألت أبا جعفر - عليه السلام - عن الأعمى تجوز شهادته؟ قال: نعم إذا أثبت» (١)، فإنّ الإثبات يصدق مع التعرف بالعاقد كما ذكر.

و يظهر ذلك من صحيحه على بن يقطين عن أبي الحسن الأوّل قال: «لا بأس بالشهادة على إقرار المرأة، و ليست بمسفرة، إذا عرفت بعينها أو حضر

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٤٢ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٩٦.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٣٠

فإن انضم إلى شهادته معرفان جاز له الشهادة على العاقد، مستندا إلى تعريفهما، كما يشهد المبصر على تعريف غيره، و لو لم يحصل ذلك و عرف هو صوت العاقد معرفة يزول معها الاشتباه، قيل: لا يقبل لأنّ الأصوات تتماثل، و الوجه أنّها تقبل، فإن الاحتمال يندفع باليقين، لأننا نتكلّم على تقديره.

من يعرفها، فأتمّ إذا كانت لا تعرف بعينها و لا يحضر من يعرفها فلا يجوز للشهود أن يشهدوا عليها أو على إقرارها دون أن تسفر و ينظرون إليها» (١).

و لكن المحكى عن جماعة أنّه لا يجوز للأعمى أن يشهد في صورة التعريف على العاقد مطلقا، بل عليه أن يقول مثلا: اشهد على زيد بتعريف فلان و فلان، و يحتمل أن يكون مراد الماتن أيضا من عبارته ذلك، ففي الحقيقة تكون شهادة الأعمى بالإضافة إلى العاقد من شهادة الفرع، غاية الأمر لا يعتبر في شهادة الفرع في المقام التعدد، فالأعمى بانفراده يشهد بالشهادة على العاقد، حيث إنّ المعرفين في مفروض الكلام يحسبان شاهدين للعاقد أو الموقع، و الأعمى يشهد بشهادتهما.

و عللوا عدم جواز شهادة الأعمى بالعاقد في الفرض مطلقا، بأنّ في شهادته مطلقا إيهاما بعرفانه العاقد بنفسه و يقطع الطريق على الخصم في الواقعة لو أراد الجرح في شهود التعريف.

و الثانية: ما إذا أحرز الأعمى بنفسه و عرفه بصوته، ففي هذه الصورة الصادق عليها الإثبات تسمع شهادته مطلقا على العاقد و الموقع، و ان ناقش بعضهم كالشيخ في الخلاف في شهادته بالإضافة إلى العاقد، و ذكر أنّها لا تقبل لأنّ الأصوات تتماثل، و فيه أنّ هذا خلاف الفرض اليقين بالعاقد و عرفانه كعرفان الأعمى ابنه و بنته و صديقه إلى غير ذلك.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٤٣ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٩٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٣١

و بالجملة: فإنّ الأعمى تصحّ شهادته متحمّلا و مؤدّيا، عن علمه و عن الاستفاضة فيما يشهد به بالاستفاضة.

و لو تحيّل شهادة و هو مبصر ثمّ عمى، فإن عرف نسب المشهود به أقام الشهادة، و إن شهد على العين و عرف الصوت يقينا جاز أيضا، أما شهادته على المقبوض فماضية قطعا و تقبل شهادته إذا ترجم للحاكم عبارة حاضر عنده.

أقول: إذا ذكر الأعمى في شهادته أنه قد أثبت العاقد و الموقع، فهذا المقدار كاف في قبول شهادته، كما هو ظاهر الصحيحين، و لو فرض انّ الأعمى تحمّل الشهادة على المقبوض بيده إلى أن أدّى الشهادة عليه، فشهادته ماضية قطعاً، فلا يرد في الفرض ما ذكروا من المناقشة في سماع شهادته في صورتين المتقدمتين.

و لكن ناقش في المسالك في هذا الفرض أيضاً بأنّ تحقق هذا الفرض و تصويره عسر، فاللائق أن يقال بعدم سماع شهادة الأعمى بالإضافة إلى ما يكون تحمّل الشهادة به بالمشاهدة، حسماً لباب الشبهة، نظير حسم مادتها في عدم قبول شهادة الفاسق. و لكن لا يخفى ما فيه، فإنّ النهى عن سماع شهادة الفاسق مطلقاً لم يدع لسماع شهادته مورداً إلاّ بالإضافة إلى الإقرار على نفسه، و أمّا شهادة الأعمى فقد ورد الأمر بسماع شهادته إذا أثبت، سواء كان مورد إثباته فرضاً نادراً أم غير نادر، عسراً عليه أم لا، فلا مورد للتأمل في سماع شهادته مع عدله و إثباته، كما لا تأمل في قبول ترجمته إذا ترجم للحاكم عبارة غيره ممن لا يعرف الحاكم لغته. أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٣٢

[الطرف الثالث: في أقسام الحقوق]

إشارة

الطرف الثالث:

في أقسام الحقوق و هي قسمان: حقّ الله سبحانه، و حقّ الآدمي.

[و الأوّل منه: ما لا يثبت إلاّ بأربعة رجال]

و الأوّل منه: ما لا يثبت إلاّ بأربعة رجال، كالزنا و اللواط و السحق (١)، و في

(١) اشتهر في كلمات الأصحاب تقسيم الحقوق إلى حقوق الله و حقوق الآدمي، و ذكروا أنّ في حقوق الله سبحانه ما لا يثبت إلاّ بأربعة رجال، و ادّعوا الإجماع بأنّ كلّاً من الزنا و اللواط و المساحقة لا يثبت إلاّ بأربعة رجال.

و يشهد لاعتبار أربعة رجال في الزنا الكتاب المجيد و الروايات، بل الاعتبار من ضروريات الفقه، قال الله سبحانه وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً (١)، و قوله سبحانه وَ اللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ (٢)، و قال تعالى وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ.

و في صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر - عليه السلام - عن علي - عليه السلام -:

(١) النور: ٤.

(٢) النساء: ١٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٣٣

إتيان البهائم قولان، أصحهما ثبوته بشاهدين.

«لا يرجم رجل و لا امرأة حتى يشهد عليه أربعة شهود على الإيلاج و الإخراج» (١).

و في صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «حدّ الرجم أن يشهد أربع أنهم رأوه يدخل و يخرج» (٢)، إلى غير ذلك، و هذا بالإضافة إلى الزنا.

و أمّا بالإضافة إلى اللواط، فقد ذكرنا أنّ الحكم متسالم عليه عندهم، و يمكن الاستدلال عليه بما ورد من ثبوته بالإقرار أربع مرات كالزنا، و ورد أيضا بأنّ كل إقرار يحسب شهادة.

و في صحيحه مالك بن عطية عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «بينما أمير المؤمنين - عليه السلام - في ملاء من أصحابه إذ أتاه رجل فقال: يا أمير المؤمنين إنني أوقبت غلاما فطهرني - إلى أن قال: - فلما كان في الرابعة قال له: يا هذا إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حكم في مثلك بثلاثة أحكام فاختر أيهن شئت، الحديث» (٣).

و إذا انضم ذلك إلى ما ورد في معتبرة سعد بن ظريف في أربع اقرارات اللهم أني قد أثبت ذلك عليها أربع شهادات، تكون النتيجة ثبوت اللواط بشهادة أربعة رجال.

و يمكن الاستدلال أيضا إنّ مقتضى الآية المباركة و اللّاتِي يَأْتِيْنَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ (٤)، عدم الفرق بين الزنا و السحق في اعتبار استشهاد الأربعة، و إذا كان الاستشهاد كذلك معتبرا في السحق فلا يحتمل عدم جريانه في ثبوت اللواط. و أمّا إتيان البهيمه فلا يعتبر في ثبوته الشهادة المزبورة، بل يؤخذ فيه بما ورد في اعتبار البيئه.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٣٧١.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٣٧١.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٥ من أبواب حد اللواط، الحديث ٥: ٤٢٣.

(٤) النساء: ١٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٣٤

و يثبت الزنا خاصة بثلاثة رجال و امرأتين (١)، و برجلين و أربع نساء، غير أنّ

(١) يفترق الزنا عن اللواط و السحق بأنّ الزنا رجما و جلدا يثبت بشهادة ثلاثة رجال، فيما إذا انضم إليها شهادة امرأتين، فمع الإحصان يرجم و مع عدمه يجلد، و إذا انضم شهادة أربع نساء إلى شهادة رجلين يجلد و لا يرجم، بلا فرق بين الإحصان و عدمه، كما عليه الأكثر بل المشهور.

و في صحيحه عبد الله بن سنان قال: «سمعت أبا عبد الله - عليه السلام - يقول:

لا- تجوز شهادة النساء في رؤية الهلال، و لا يجوز في الرجم شهادة رجلين و أربع نساء، و يجوز في ذلك ثلاثة رجال و امرأتان- الحديث» (١).

و صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «سألته عن شهادة النساء في الرجم، فقال: إذا كان ثلاثة رجال و امرأتان و إذا كان رجلان و أربع نساء لم تجز في الرجم» (٢).

و إذا ثبت بشهادة ثلاثة رجال و شهادة امرأتين مع الإحصان الرجم، ثبت الجلد بها مع عدم الإحصان، حيث انّ ظاهر الصحيحين كون تلك الشهادة طريق إلى ثبوت الزنا، و لكن ظاهرهما عدم ثبوت الرجم بشهادة رجلين و أربع نساء، و أمّا ثبوت الجلد بها فلا دلالة لهما على ذلك نفيا و إثباتا، و لكن يلتزم بأنّه يثبت بشهادة رجلين مع أربع نساء الجلد، بلا فرق بين الإحصان و عدمه.

و يشهد لذلك صحيحه أخرى عن الحلبي عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «أنّه سئل عن رجل محصن فجر بامرأة فشهد عليه ثلاثة رجال و امرأتان و جب عليه الرجم، و ان شهد عليه رجلان و أربع نساء فلا تجوز شهادتهم و لا يرجم و لكن

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ١٠: ٢٦٠.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٦٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٣٥

الأخير لا يثبت به الرجم، و يثبت به الجلد، و لا يثبت بغير ذلك.

يضرب حدّ الزانى «١».

و المحكى عن الصدوق و العلامة فى المختلف و جمع آخر عدم ثبوت الجلد بشهادة رجلين و أربع نسوة، فإنّ هذه الشهادة إن كانت طريقاً إلى ثبوت الزنا و جب الرجم مع الإحصان، و مع عدم كونها طريقاً كما هو ظاهر الصحيحتين فلا موجب للجلد. و لكن لا يخفى أنّ ما ذكر لا يخرج عن طرح الصحيحة الأخيرة بلا- موجب، و على الجملة فمع شهادة رجلين و أربع نسوة يجلد الزانى، محصنا كان أو غيره.

لكن مع شهادة ثلاثة رجال و امرأتين يرجم مع الإحصان و يجلد بدونه، و المحكى عن بعض أصحابنا عدم ثبوت الرجم بشهادة ثلاثة رجال و امرأتين بل يتعين فى الرجم شهادة أربعة رجال، للأصل و الآية المباركة الدالة على طريق ثبوت الزنا شهادة أربعة رجال، بعد معارضة الصحيحتين المتقدمتين بصحيفة محمد بن مسلم عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: «إذا شهد ثلاثة رجال و امرأتان لم يجز فى الرجم و لا تجوز شهادة النساء فى القتل» «٢».

و ربّما يجاب بحمل هذه على التقيّة، لأنّ عدم الثبوت مذهب أكثر العامة، و عن الشيخ - قدّس سرّه - حملها عليها أو على اختلال شرائط الشهادة.

و ربّما يقال: إنّ الحمل على اختلال شرائط الشهادة ليس من الجمع العرفى، و مع المعارضة لا تصل النبوة إلى الترجيح بمخالفة العامة إلّا بعد عدم الترجيح بموافقة الكتاب، و صحيفة محمد بن مسلم موافقة للآيات التى تدلّ على

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٠ من أبواب حد الزنا، الحديث ١: ٤٠١.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٨: ٢٦٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٣٦

.....

ثبوت الزنا بأربعة رجال و إلّا يجلد القاذف.

بل الصحيح فى المقام الرجوع إلى ما ورد من الإطلاق فى رواية محمّد بن الفضيل، التى لا يبعد اعتبارها لكون المراد هو محمد بن القاسم بن الفضيل، قال:

«سألت أبا الحسن الرضا - عليه السلام - قلت له: تجوز شهادة النساء فى نكاح أو طلاق أو رجم؟ قال: تجوز شهادة النساء فيما لا تستطيع الرجال أن ينظروا إليه، و ليس معهنّ رجل، و تجوز شهادتهنّ فى النكاح إذا كان معهنّ رجل، و تجوز شهادتهنّ فى حد الزنا إذا كان ثلاثة رجال و امرأتان، و لا تجوز شهادة رجلين و أربع نسوة فى الزنا و الرجم، و لا تجوز شهادتهنّ فى الطلاق و لا فى الدم» «١».

فإنّه بعد فرض التساقط فى الصحيحتين و صحيفة محمد بن مسلم بالإضافة إلى ثبوت الرجم، يؤخذ بإطلاق قوله - عليه السلام - فى

هذه الرواية: «و تجوز شهادتهن في حد الزنا»، فإن مقتضاه عدم الفرق بين كون الزنا موجبا للجلد أو الرجم. ولكن لا يخفى أن موافقة الكتاب في أحد المتعارضين مرجح، لا أن الكتاب مرجع بعد تساقطهما، ليقال: إن مع وجود الإطلاق الدال على الثبوت لا تصل النوبة إلى الرجوع إلى الكتاب لوجود العام والمطلق الأخص. والصحيح حمل صحيحة محمد بن مسلم على التقيّة، لأنّ مضمونها عدم ثبوت الرجم بشهادة ثلاثة رجال و امرأتين، لا عدم ثبوت الزنا بها، ليكون موافقا للآيات الدالّة إطلاقاتها على عدم ثبوت الزنا بغير شهادة أربعة رجال.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٧: ٢٥٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٣٧

و منه ما يثبت بشاهدين، و هو ما عدا ذلك من الجنائيات الموجبة للحدود (١)

(١) الظاهر عدم الخلاف في ثبوت غير ما ذكر من الزنا و اللواط و السحق و غير إتيان البهيمة من سائر موجبات الحدّ و التعزير بشهادة رجلين، و يقتضى ذلك ما ورد في اعتبار البينة مطلقا، و خصوص ما ورد في بعض الموجبات، ككون الشخص ساحرا أو زنديقا أو سارقا إلى غير ذلك.

و أما عدم ثبوت الموجبات للحدود بشهادة النساء، فمضافا إلى كونه مقتضى الأصل، يدلّ عليه غير واحد من الروايات، و في معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي - عليه السلام - أنه كان يقول: «شهادة النساء لا تجوز في طلاق و لا نكاح و لا في حدود، إلّا في الديون و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه» (١).

فإنّ الاستثناء فيه قرينة على عموم المستثنى منه، فيؤخذ به في الحدود، و مقتضاه عدم سماع شهادتهن فيها منفردات أو منضمات، و يرفع اليد عنه بالإضافة إلى ما ورد في ثبوت الزنا بشهادتهن منضمات إلى الرجال على ما تقدم، كما يحمل عدم ثبوت النكاح بما إذا انفردن لما ورد في سماع شهادتهن فيه.

و في صحيحة العلاء عن أحدهما - عليه السلام - قال: «لا تجوز شهادة النساء في الهلال، و سألته هل تجوز شهادتهن وحدهن؟ قال: نعم في العذرة و النفساء» (٢)، و مقتضاها عدم سماع شهادتهن في غيرهما، و منه موجبات الحدود، و نظيرها صحيحة محمد بن مسلم قال: «سألته تجوز شهادة النساء وحدهن؟ قال: نعم في العذرة و النفساء» (٣).

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٤٢: ٢٦٧.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ١٨: ٢٦٢.

(٣) المصدر نفسه: الحديث ١٩: ٢٦٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٣٨

كالسرقة و شرب الخمر و الردّة، و لا يثبت شيء من حقوق الله تعالى بشاهد و امرأتين،

و في صحيحة جميل بن دراج عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «قلنا: أ تجوز شهادة النساء في الحدود؟ فقال: في القتل وحده» (١)، و مقتضاها عدم سماع شهادتهن في غير القتل بلا فرق بين انفرادهن بالشهادة أو انضمامهن إلى الرجال، غاية الأمر يرفع اليد بالإضافة إلى انضمامهن إليهم في ثبوت الزنا على ما تقدم.

و المراد بالقتل فيها بالإضافة إلى ثبوت الديّة، و أمّا القود فلا يثبت بشهادتهن، كما يدل على ذلك و عدم سماع شهادتهن في الحدود

معتبرة غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي - عليه السلام - قال: «لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في القود»^(٢)، وقد ذكرنا أنه يرفع اليد عن إطلاق عدم الجواز صورة شهادة تهنّ بالزنا مع الرجال.

و ما في صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «إذا شهد ثلاثة رجال و امرأتان لم يجز في الرجم ولا تجوز شهادة النساء في القتل»^(٣)، و يحمل على القود، حيث لا ينافي هذا التقييد بحمل صدرها على التقيّة كما تقدم.

و هكذا الحال في صحيحة ربيعي عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «لا تجوز شهادة النساء في القتل»^(٤)، و يمكن اتحاد هذه مع سابقتها، فهما رواية واحدة.

و على الجملة، مقتضى هذه الروايات عدم سماع شهادة النساء في

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٥٨.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ٢٩: ٢٦٤.

(٣) المصدر نفسه: الحديث ٢٨: ٢٦٤.

(٤) المصدر نفسه: الحديث ٢٧: ٢٦٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٣٩

و لا بشاهد و يمين، و لا بشهادة النساء منفردات و لو كثرن.

الحدود في غير الشهادة بالزنا، حيث تسمع فيه شهادتهن إذا انضمت إلى شهادة الرجال على ما تقدم.

و لكن في البين رواية مقتضاها سماع شهادة النساء مع الرجال في جميع الحدود، و هي معتبرة عبد الرحمن قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن المرأة يحضرها الموت و ليس عندها إلّا امرأة تجوز شهادتها؟ قال: تجوز شهادة النساء في العذرة و المنفوس، و قال: تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجال»^(١).

و لكن ما ورد في ذيل الرواية لا يمكن الاعتماد عليه، فإنّ ما رواه في التهذيب في ذيل الرواية: «و قال: تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجل»^(٢)، و ما رواه في الاستبصار: «و قال: تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجال»^(٣)، و قد أورد الحديث في الكتابين عن الحسين بن سعيد عن القاسم عن أبان عن عبد الرحمن.

فمن المحتمل أن يكون الصحيح هو ما في الاستبصار فيكون ظاهرا في اعتبار شهادة النساء مع شهادة الرجال، و هذا يختص بحد الزنا كما تقدم.

أضف إلى ذلك أن الكليني أورد الحديث عن الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الوشاء عن أبان عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله^(٤)، و ليس فيه هذا الذيل و لم يعهد أيضا العمل بالذيل بغير ما ذكرنا.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢١: ٢٦٢.

(٢) التهذيب ٦: ٢٧٠، الحديث ٧٢٨.

(٣) الاستبصار ٣: ٣٠، الحديث ١٠٠.

(٤) الكافي ٧: ٣٩٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٤٠

إشارة

أما حقوق الآدمي (١) فثلاثة،

[منها: ما لا يثبت إلا بشاهدين]

منها: ما لا يثبت إلا بشاهدين، وهو الطلاق

(١) قد تقدم أن المعروف في كلماتهم تقسيم الحق إلى حق الله سبحانه وحق الآدمي، و ما ذكروا من الضابط لكل من القسمين لا يرجع إلى وجه صحيح مستفاد من الخطابات الشرعية.

نعم الثابت في بعض الموارد من قبيل الحق، بحيث يكون إقراره و إسقاطه بيد المكلف، سواء كان حقا ماليا أم غيره، كالدين و حدّ القذف و حق القصاص و التبريم و الرهن و الشفعة و الخيار إلى غير ذلك، و قسم لا يقبل الإسقاط و لا رفع اليد عنه إلا بوجه خاص، كالنكاح و الوقف و نظائرها من العقد و الإيقاع و غير ذلك.

و ذكرنا الثبوت بشهادة العدلين في كل ما يحتاج إلى ثبوته، غير ما تقدم في الزنا و اللواط و المساحقة، فلا بدّ من التعرض للموارد التي يثبت فيها الشيء بغير شهادتهما أيضا بحسب ما يستفاد من الخطابات، سمى الشيء بحق الله أو بحق الآدمي.

و قد قسم الماتن ما سمى بحق الآدمي إلى ثلاثة أقسام: الأول ما يثبت بشهادة عدلين خاصة، و ذكر الطلاق و الخلع و الوكالة و الوصية إليه و النسب و رؤية الأهل منها، و تردد في العتق و النكاح و القصاص، و ذكر أن الأظهر إلحاقها بالقسم الثاني، و هو ما يثبت بكل من شهادة العدلين و شهادة شاهد أو امرأتين أو شاهد و يمين، و عدّ في هذا القسم الديون و الأموال، كالقرض و القراض و الغصب، و عقود المعاوضات، كالبيع و الصرف و السلم و الصلح و الإجازات و المساقاة و الرهن و الوصية له و الجنائية التي توجب الدية، و تردد في الوقف، و ذكر أن الأظهر ثبوته بشاهد و امرأتين أو شاهد و يمين، و ذكر القسم الثالث، و هو ما يثبت بشهادة الرجال و النساء، سواء اشترطت في سماع شهادتهن انضمام الرجال أم لم يشترط.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٤١

و الخلع و الوكالة و الوصية إليه و النسب و رؤية الأهل، و في العتق و النكاح

أقول: ما ذكره - قدس سرّه - من عدم ثبوت الطلاق بغير شهادة عدلين هو المشهور بين الأصحاب، و المحكى عن المبسوط أنه قوى ثبوته بشهادة النساء منضمات، و في المسالك نسبته إلى جماعة، و في كشف اللثام أنّ الشهادة المعتبرة في إجراء الطلاق هي شهادة العدلين، و أما ثبوته في مقام المخاصمة بشهادة النساء منضمات محتمل.

و فيه: أنّ ثبوته كاجرائه يكون بشهادة العدلين خاصة، كما هو مقتضى ظاهر الروايات، كصحيحه محمد بن مسلم قال: «قال: لا تجوز شهادة النساء في الهلال و لا في الطلاق» (١)، فإن مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين انفرادهن أو انضمام شهادتهن.

و في صحيحه حماد بن عثمان عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «لا تقبل شهادة النساء في رؤية الهلال، و لا يقبل في الهلال و لا في الطلاق إلا رجلا ن عدلان» (٢).

و في صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «أنه سئل عن شهادة النساء في النكاح، فقال: تجوز إذا كان معهنّ رجل، و كان على - عليه السلام - يقول: لا أجزها في الطلاق» (٣)، إلى غير ذلك.

و ما ذكر- قدس سره- في الخلع فإنه يدخل في الطلاق، وقد تقدم ما يدل على عدم ثبوته بغير شهادة العدلين، بلا فرق بين كون مدعى الخلع هو الزوج أو الزوجه، ولا ينافي اشتغال الخلع على المال فإن المال تابع و المقصود منه البيونة. قال في كشف اللثام: لو اتفقا على الطلاق و اختلفا في أنه بالخلع أو

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٨: ٢٦٠.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ١٧: ٢٦٢.

(٣) المصدر نفسه: الحديث ٢: ٢٥٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٤٢

و القصاص تردد، أظهره ثبوته بالشاهد و المرأتين.

بدونه فلا- شبهة في أن النزاع في المال، إلما أن تكون المرأة هي المدعية بالخلع لتبطل رجعة الزوجه، فيحتاج ثبوته أيضا بشهادة العدلين.

أقول: يمكن أن يكون دعوى الزوج حصول البيونة بينهما بالطلاق، لئلا تستحق المرأة مطالبته بالنفقة أيام عدتها، فالمخاصمة في نفس حصول البيونة، فلا تسمع دعوى الزوج الخلع إلا بشاهدين و لو مع اتفاقهما على أصل وقوع الطلاق.

و كذا الحال في دعوى الوكالة و الوصاية إليه، فإنهما من دعوى النيابة و الولاية، بل الأمر كذلك في مطلق الوصية غير التمليكية، لما تقدم من المطلقات الدالة على عدم قبول شهادة النساء منفردة أو منضمة في غير العذرة و المنفوس و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه. و في معتبرة عبد الرحمن المتقدمة قال: «سألت أبا عبد الله- عليه السلام- عن المرأة يحضرها الموت و ليس عندها إلا امرأة تجوز شهادتها؟ قال: تجوز شهادة النساء في العذرة و المنفوس «١»، و هذه و ان شملت الوصية التمليكية أيضا، إلا أنه لو كانت المراد بالمرأة الجنس فيرفع اليد عن إطلاقها بالإضافة إلى الوصية التمليكية، و إن كان المراد المرأة الواحدة فيحمل المراد بالإضافة إلى الوصية التمليكية على عدم ثبوت تمامها بقرينة ما يأتي.

و كذا الحال في دعوى النسب و رؤية الهلال، حيث ورد في غير واحد من الروايات: «لا تجوز شهادة النساء في الهلال» «٢».

نعم في موثقه داود بن الحصين عن أبي عبد الله- عليه السلام-: «لا تجوز

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢١ و ١٧- ١٨: ٢٦٢.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢١ و ١٧- ١٨: ٢٦٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٤٣

.....

شهادة النساء في الفطر إلا شهادة رجلين عدلين، و لا بأس في الصوم بشهادة النساء و لو امرأة واحدة» «١».

و لكن ظاهرها جواز الصوم فيما إذا احتمل رمضان و لو بقول امرأة واحدة، و لا- بأس بالالتزام به، غاية يتبع في الصوم ما ورد في قصده على ما ذكر في الصوم يوم الشك.

و على الجملة، ما ورد في عدم قبول شهادة النساء في الهلال يعم الهلال من رمضان أو غيره، كانت شهادتهن منضمة إلى شهادة رجل أم لا، و نظير ذلك دعوى النسب و لو كانت للإرث، أو دعوى الوقف و نحوه، فإن مقتضى الإطلاق فيما تقدم عدم سماع شهادة

النساء فيها بلا فرق بين ما انفردن في شهادتهن أم لا.

لا يقال قد ورد في صحيحة منصور بن حازم أنّ أبا الحسن موسى بن جعفر - عليه السلام - قال: إذا شهد لطالب الحق امرأتان و يمينه فهو جائز «٢»، و في 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، الحديث» «٣»، و مقتضاها قبول الشهادة لمدعى الحق، سواء كانت بشهادة عدلين أم شهادة رجل و امرأتين بدعوى النسب أو وقف المال.

(١) الوسائل: ١٨ الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣٦: ٢٦٦.

(٢) المصدر نفسه: الباب ١٥ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٩٧.

(٣) المصدر نفسه: الحديث ٢: ١٩٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٤٤

.....

فإنه يقال: قد تقدم أنّ المراد بالحق في مثل هذه الروايات دعوى الدين و المال، بأن يكون المدعى به في دعواه هو الدين أو مطلق المال، فلا يعمّ دعوى النسب و العتق و الوقف حتّى و لو كان الغرض من دعوى النسب أو الوقف الوصول بالمال.

و ممّا ذكرنا يظهر الحال في صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر - عليه السلام -:

«لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس» «١»، فإنّ المراد من حقوق الناس هو الدين أو مطلق المال كما تقدم ذلك في بحث القضاء، و على تقدير الإطلاق فلا تعمّ شهادة المرأتين مع الرجل.

و أمّا بالإضافة إلى دعوى النكاح فتسمع شهادة النساء منضمّة إلى الرجل، و في صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله - عليه السلام - أنّه سئل عن شهادة النساء في النكاح فقال: «تجوز إذا كان معهنّ رجل - الحديث» «٢»، و في معتبره محمد بن الفضيل قال: «سألت أبا الحسن الرضا - عليه السلام - قلت له: تجوز شهادة النساء في نكاح أو طلاق أو رجم؟ قال: تجوز شهادة النساء فيما لا تستطيع الرجال أن ينظروا إليه و ليس معهنّ رجل، و تجوز شهادتهنّ في النكاح إذا كان معهنّ رجل - الحديث» «٣».

و بهما يرفع اليد عن إطلاق ما دلّ على قبول شهادة النساء في النكاح،

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٢: ١٩٥.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٥٨.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٧: ٢٥٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٤٥

.....

بتقييده بما إذا كان معهنّ رجل، كما أن ما ورد في عدم قبول شهادتهن في النكاح يقيّد بما إذا انفردن، كمعتبره السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي - عليه السلام - أنّه كان يقول: «شهادة النساء لا - تجوز في طلاق و لا - نكاح و لا في حدود، إلّا في الديون و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه» «١».

و يدل أيضا على عدم سماع شهادتهن بانفردهن في النكاح رواية إسماعيل ابن عيسى قال: «سألت الرضا - عليه السلام - هل تجوز

شهادة النساء في التزويج من غير أن يكون معهن رجل؟ قال: لا هذا لا يستقيم» (٢).

نعم، قد ورد في معتبرة داود بن الحصين عن أبي عبد الله - عليه السلام - في النكاح قال: «سألته عن شهادة النساء في النكاح بلا رجل معهن إذا كانت المرأة منكراً، فقال: لا بأس به، ثم قال: ما يقول في ذلك فقهاؤكم؟ قلت: يقولون: لا تجوز إلا شهادة رجلين عدلين، فقال: كذبوا لعنهم الله هونوا واستخفوا بعزائم الله وفرائضه وشددوا وعظموها ما هون الله، إن الله أمر في الطلاق بشهادة رجلين عدلين، فأجازوا الطلاق بلا شاهد واحد، والنكاح لم يجز عن الله في تحريمه عزيمة، فسئ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في ذلك الشاهدين تأديبا، ونظرا لئلا ينكر الولد والميراث، وقد ثبتت عقدة النكاح واستحل الفروج ولا - أن يشهد، وكان أمير المؤمنين - عليه السلام - يجيز شهادة المرأتين في النكاح عند الإنكار - الحديث» (٣).

(١) الوسائل: ١٨ الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٤٢: ٢٦٧.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ٣٩: ٢٦٦.

(٣) المصدر نفسه: الحديث ٣٥: ٢٦٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٤٦

.....

و لكن لا يخفى عدم منافاتها لما تقدم، من اعتبار انضمامهن إلى شهادة رجل، فإن صدرها المفروض فيها عدم حضور الرجل ناظر إلى حصول عقد النكاح، وأنه لا تشترط فيه الشهادة، ولذا يحصل العقد بلا شاهد، وقوله - عليه السلام - بعد ذلك: «و كان أمير المؤمنين - عليه السلام - يجيز - إلخ»، ناظر إلى إثبات النكاح في مقام المخاصمة، فيحمل بقرينه ما سبق على شهادة المرأتين فيما إذا كان معهن رجل.

أما القصاص، فهو أيضا لا يثبت بشهادة النساء منفردات أو منظمات، وفي صحيحة الربيعي: «لا تجوز شهادة النساء في القتل» (١)، و نحوها صحيحة محمد بن مسلم، و في معتبرة غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي - عليه السلام - قال: «لا تجوز شهادة النساء في الحدود و لا في القود» (٢).

و على مثل هذا يحمل ما ورد في سماع شهادتهن في القتل و الدم على القبول بالإضافة إلى الديه، من غير فرق بين شهادتهن على موجب الديه أو موجب القصاص.

أما الأول، فإنه مقتضى سماع شهادتهن في القتل و عدم سماع شهادتهن في القود، و أما الثاني فلأنه أيضا مقتضى الجمع بين ما دل على سماع شهادتهن في القتل معللا بأنه لا يبطل دم امرء مسلم، و بين ما دل على عدم ثبوت القود بشهادتهن. و عن أبي الصلاح أنه تقبل شهادة النساء في الديه مطلقا، و لو كانت في

(١) الوسائل: ١٨ الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧: ٢٦٣.

(٢) الوسائل: ١٨ الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧: ٢٦٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٤٧

.....

البين شهادة امرأتين فقط يثبت نصف الديه و يثبت بشهادة المرأة الواحدة ربع دية قتل النفس.

و لعله استند إلى صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر - عليه السلام - قال:

«قضى أمير المؤمنين - عليه السلام - في غلام شهدت عليه امرأة أنه دفع غلاما في بئر فقتله، فأجاز شهادة المرأة بحساب شهادة المرأة»
«١».

و رواها الصدوق أيضا، إلا أنه أسقط: «بحساب شهادة المرأة» «٢»، و لكن الاختلاف المزبور لا يوجب خلافا في الاستدلال بها، فإن عدم نقل الصدوق - قدس سره - لا يدل على عدم الوجود.

مع أنه لا بد من حمل قبول شهادتها على ذلك، فإن تمام الدية لا يثبت بشهادة امرأة واحدة، و المرتكز من شهادة النساء إن شهادة أربع منهن تقوم مقام شهادة رجلين، و شهادة امرأتين تقوم مقام شهادة عدل واحد، و على ذلك فقبول شهادة المرأة في الدية نظير شهادته في الوصية التملكية ثبت ربعها، كما أن الأمر كذلك بالإضافة إلى شهادة القابلة باستهلال المولود.

و يدل عليه أيضا رواية عبد الله بن الحكم التي لضعفها سندا قابلة للتأييد قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن امرأة شهدت على رجل أنه دفع صبيا في بئر فمات، قال: على الرجل ربع دية الصبي بشهادة المرأة» «٣».

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٦: ٢٦٣.

(٢) الفقيه ٣: ٥٢.

(٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣٣: ٢٦٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٤٨

[و منها: ما يثبت بشاهدين و شاهد و امرأتين و شاهد و يمين]

و منها: ما يثبت بشاهدين و شاهد و امرأتين و شاهد و يمين، و هو الديون (١) و الأموال، كالقرض و القراض و الغصب، و عقود المعاوضات كالبيع و الصرف

(١) لا خلاف في ثبوت الدين بشهادة رجلين، و شهادة رجل و امرأتين، و شهادة رجل مع يمين المدعى، و بشهادة المرأتين مع يمينه، و سماع شهادة المرأتين مع شهادة الرجل، مقتضى ظاهر قوله سبحانه فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان «١».

و في صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله - عليه السلام - أنه سئل عن شهادة النساء في النكاح، فقال: «لا تجوز، إذا كان معهن رجل و كان على - عليه السلام - ليقول: لا أجزها في الطلاق، قلت: تجوز شهادة النساء مع الرجل في الدين؟ قال: نعم» «٢».

و كذا لا خلاف في سماع شهادة الرجل مع يمين المدعى في الديون، و كذلك في شهادة المرأتين مع يمين المدعى فيها.

و في صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله إن حقه لحق» «٣»، كما تقدم ذلك في بحث القضاء، و ذكرنا أن الأظهر ثبوت دعوى العين أيضا بشاهد و يمين، كما يشهد له صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج الواردة في درع طلحة، فإن دلالتها على ثبوت أخذ درع طلحة غلولا، الّذى يدخل في دعوى الغصب بشاهد و يمين لا بأس بها.

و لا- يبعد أيضا الالتزام بثبوت دعوى كل معاملة يكون الغرض من دعواها المطالبة بالمال عينا أو دينا، أو منفعة كالبيع و الإجارة، و المصالحة المالية و المضاربة و المزارعة و المساقاة و الرهن و الوصية التملكية و الجنائية الموجبة للدية و دعوى

(٢) الوسائل: ١٨ الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٥٨.

(٣) المصدر نفسه: الباب ١٥ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣: ١٩٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٤٩

و السلم و الصلح و الإجازات و المساقاة و الرهن و الوصية له، و الجناية التي توجب

حق الشفعة و الرهن و الخيار مما يعد ذلك من حقوق الناس.

و يمكن لأربابها رفع اليد عن حقهم بالإسقاط و الإبراء و التملك و الاعراض، أخذنا بصحيفة محمد بن مسلم عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس» (١).

و ان تقدم سابقا احتمال اختصاص السماع بموارد دعوى العين أو الدين، فإنه لا فرق بين دعوى العين أو الدين ابتداء، أو دعوى ما يكون الغرض منه العين أو الدين كالمعاوضات المالية و نحوها.

و المشهور ان شهادة رجل و امرأتين، أو شهادة المرأتين مع يمين المدعى أيضا كذلك تثبت بها الدعاوى المالية على غرار ما تقدم في شهادة رجل مع يمين المدعى.

و ربما يستدل على ذلك برواية منصور بن حازم المعبر عنها في الجواهر بالصحيفة قال: «حدثني الثقة عن أبي الحسن - عليه السلام - قال: إذا شهد لصاحب الحق امرأتان و يمينه فهو جائز» (٢)، بدعوى أنه إذا ثبت دعوى الحق بشهادة امرأتين مع يمين المدعى يكون ثبوته بشاهد و المرأتين بالفحوى.

و في مرسله يونس: «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» (٣).

و لكن لا يخفى ان الشيخ روى رواية منصور بإسناده إلى محمد بن عبد

(١) الوسائل: ١٨ الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٢: ١٩٦.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣١: ٢٦٤.

(٣) المصدر نفسه: الباب ١٥ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ١٩٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٥٠

الدية، و في الوقف تردد، أظهره أنه يثبت بشاهد و امرأتين و يشاهد و يمين.

الحميد، و سنده إليه على ما في الفهرست: أخبرنا بكتابه جماعة عن أبي المفضل عن ابن بطة عن أحمد بن أبي عبد الله عنه، و أبو المفضل الشيباني ضعيف و في ابن بطة كلام و رواية يونس مع أنه لم يرد فيها شهادة المرأتين مع يمين المدعى ضعيفة بالإرسال.

و دعوى انجبار ضعفهما بعمل المشهور لا يمكن المساعدة عليها، فعمل المشهور رأوا ان لشهادة المرأتين مع الرجل تقدم على شهادة رجل مع يمين المدعى كما هو ظاهر معتبرة داود بن الحصين، و إذا قبلت شهادة المرأتين مع الرجل في النكاح الذي لا يثبت بشاهد و يمين، و كانت شهادة المرأتين مع الرجل مقدمه على شهادة رجل و يمين المدعى، فاستفادوا اعتبار شهادة المرأتين مع الرجل في كل مورد تسمع شهادة رجل مع يمين المدعى، و عليه فتبوت الدعوى في غير الدين بشهادة المرأتين مع الرجل أو مع يمين المدعى مشكل.

و رواية منصور و ان رواها الكليني (١) و الصدوق - قدس سرهما - إلا أن في سند الكليني إرسال حيث رواها عن بعض أصحابنا، و

في سند الصدوق- قدس سره- محمد بن علي ماجيلويه «٢».

و لو بنى على اعتبار الرواية لكون محمد بن علي ماجيلويه ممن أكثر عنه الصدوق- قدس سره- الرواية، مع التزامه بأنه لا يروى في الفقيه إلّا ما يكون حجة بينه وبين ربه أو أنه من المعاريف و لم يرد فيه قدح، فدلالته أيضا لا يخلو عن تأمل، لما تقدم في بحث القضاء من انصراف الحق في الروايات إلى الدين، وهذا غير ما ورد في صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة من حقوق الناس، حيث ذكرنا أنه لا يبعد العموم فيه بالإضافة إلى جميع الحقوق و الدعاوى المالية.

(١) الكافي ٧: ٣٨٦.

(٢) الفقيه ٣: ٥٥، المشيخة ٤: ٤٣٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٥١

[الثالث: ما يثبت بالرجال و النساء]

الثالث: ما يثبت بالرجال و النساء، منفردات و منضّمات، و هو الولادة و الاستهلال و عيوب النساء الباطنة (١)، و في قبول شهادة النساء منفردات في

(١) الثالث من حقوق الأدمى ما يثبت بشهادة النساء منفردات و منضّمات إلى الرجال عيوب النساء الباطنة لا الظاهرة كالعرج، و كذا كلّ ما لا يجوز للرجال النظر إليه، بلا خلاف ظاهر أو معروف، بالإضافة إلى شهادتهنّ منفردات. كما يشهد صحيحة عبد الله بن سنان قال: «سمعت أبا عبد الله- عليه السلام- يقول: لا تجوز شهادة النساء في رؤية الهلال، و لا يجوز في الرجم شهادة رجلين و أربع نسوة، و يجوز في ذلك ثلاثة رجال و امرأتان، و قال: تجوز شهادة النساء و حدهنّ بلا رجال في كلّ ما لا يجوز للرجال النظر إليه» (١).

في معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي- عليهم السلام- أنه كان يقول:

«شهادة النساء لا تجوز في طلاق و لا نكاح و لا في حدود، إلّا في الديون و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه» (٢).

و يشمل فيما لا- يستطيع الرجال النظر إليهنّ العذرة، فإنّها تثبت بشهادتهنّ بلا خلاف، و في صحيحة العلاء عن أحدهما- عليهما السلام- قال: «لا- تجوز شهادة النساء في الهلال، و سألته: هل تجوز شهادتهنّ و حدهنّ؟ قال: نعم في العذرة و النفساء» (٣)، نحوها صحيحة محمد بن مسلم (٤) و غيرها، و هذا كلّ بالإضافة

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١٠: ٢٦٠.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ٤٢: ٢٦٧.

(٣) المصدر نفسه: الحديث ١٨: ٢٦٢.

(٤) المصدر نفسه: الحديث ١٩: ٢٦٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٥٢

الرضاع خلاف، أقربه الجواز، و تقبل شهادة امرأتين مع رجل في الديون و الأموال،

إلى شهادتهنّ منفردات.

و أما بالإضافة إلى شهادتهن منضمات، كما إذا شهد امرأتان مع رجل واحد أو شهد رجلان بالعيب الخفى، و كذا الولادة و استهلال، فقد نسب جواز السماع إلى المشهور و لعله لاعتبار الإطلاق في اعتبار البيئة و انّ الأصل في الشاهد الرجل. و ذكر في الجواهر أنه لم يتحقق في ذلك خلافا، و ان حكى عن القاضى عدم جواز انضمام الرجل إلى شهادتهن، و احتمال أن يكون مراده عدم الجواز عند عدم الضرورة على الأجانب و غير الزوج، كما إذا ادعت المرأة أنها بكر فإنه لا يجوز النظر لغير النساء، فإن الرجل مع النظر يخرج عن العدالة فلا يجوز شهادته، و أما مع الضرورة على الأجانب أو ما إذا حصل الاطلاع عليه بنحو الاتفاق من غير تعييد، نظير الاطلاع على حصول الزنا بالإدخال و الإخراج، أو ما إذا حصل الاطلاع قبل عدالتهم، فهذا غير داخل في مراده و على تقدير الدخول فهو ضعيف.

أقول: الكلام في أنّ ظاهر الروايات الواردة في سماع شهادتهن فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه بيان الطريق إلى ثبوت ذلك الأمر، و هذا الطريق اعتباره توسعه لما دلّ على انّ القضاء يكون بالبيئة و شهادة العدلين، أو أنّ ظاهرها تعيين شهادتهن فيه و فى صحیحه زرارة عن أحدهما- عليهما السلام-: «فى أربعة شهدوا على امرأة بالزنا فقالت: أنا بكر، فنظر إليها النساء فوجدنها بكرا، فقال: تقبل شهادة النساء» (١).

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٤٤: ٢٦٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٥٣

و شهادة امرأتين مع اليمين، و لا يقبل فيها شهادة النساء منفردات و لو كثرن، و تقبل

و لو كانت شهادة الرجال أصلا و قبول شهادة النساء للتوسعة لما كان وجه لقبول شهادتهن و طرح شهادة الرجال بالزنا، اللهم إلا أن يقال: إنّ ذلك لاندفاع الحدّ بالشبهة. و على الجملة فيمكن أن يكون عدم اطلاع الرجال على مثل العذرة نوعا أو عدم جواز النظر إليها للرجال كذلك موجبا لأن يعتبر الشارع شهادة النساء فيها طريقا.

و لا ينافى ذلك اعتبار البيئة أيضا، أخذنا بقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان» (١) و ظاهر البيئات شهادة العدلين، نعم هذا لا يفيد بالإضافة إلى شهادة امرأتين مع رجل فيها كما لا يخفى.

و أما قبول شهادتهن فى الرضاع، فهو منسوب إلى الأكثر، و فى المبسوط روى أصحابنا لا تقبل شهادة النساء فى الرضاع، و ادعى أنه يمكن اطلاع الرجال عليه.

و لكن مع ذلك الأظهر جواز شهادة النساء فيه كما يشهد له صحیحه عبد الله بن سنان، حيث ورد فيها: «تجوز شهادة النساء و حدهنّ بلا رجال فى كل ما لا يجوز للرجال النظر إليه» (٢).

فإنّ الوارد فيها اعتبار عدم جواز النظر للرجال، و ليس المراد عدم جواز النظر لأى رجل حتى زوج المرأة، بل ظاهرها عدم جواز النظر من الأجانب، و هذا يجرى فى الرضاع أيضا، إلا أن يدعى انصرافها أيضا إلى مثل العذرة و المنفوس،

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٦٩.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١٠: ٢٦٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٥٤

شهادة المرأة الواحدة فى ربع ميراث المستهل، و فى ربع الوصية، و كل موضع تقبل

و لكن يمنعها أن المتعارف عند النساء الإرضاع باستشهاد النساء، و هذا هو الموجب لدخوله فيما ورد في الصحيحة و غيرها.
بقي في المقام أمور:

أحدها: أنه قد تقدم سماع شهادة المرأة في ميراث المستهل، و كذا في الوصية التمليلية و الدية، و انّ الثابت في الثلاثة بشهادة امرأة واحدة ربعها، و بالاثنتين نصفها، و بالثلاث ثلاثة أرباعها، و بالأربع تمامها، فهل يعتبر في الشهادة في ميراث المستهل كونه قابله أم يعمّ غيرها؟

فالظاهر عدم الخلاف في عدم اعتبار كونها قابله، و ذلك بشهادة صحيحة عبد الله بن سنان قال: «سمعت أبا عبد الله - عليه السلام - يقول: تجوز شهادة القابلة في المولود إذا استهلّ و صاح في الميراث، و يورث الربع من الميراث بقدر شهادة امرأة واحدة، قلت: فإن كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتهما في النصف من الميراث» (١).

فإنّ ما في الذيل: «لو كانت امرأتين»، شاهد لعدم اعتبار كون المرأة قابله، و كذلك ما ورد في الروايات من جواز شهادة النساء بكل ما لا يستطيع الرجال النظر إليه، و المستهل يدخل فيها، و كذا ما ورد في جواز شهادتهن بالمنفوس.
و على الجملة: ذكر القابلة في الشهادة على المستهل في جملة من الروايات

(١) الوسائل: ١٨ الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٤٥: ٢٦٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٥٥

فيه شهادة النساء لا يثبت بأقل من أربع.

لاعتبار الغلبة، من حيث الاطلاع على حال المولود فلا يمنع عن الأخذ بالإطلاق في غيرها.

الثاني: إنّ ما تقدم في اعتبار الشهادات في الحقوق و ما يعتبر في الشاهد فيها من الوصف و العدد، فيما إذا لم يحصل للحاكم العلم بواقع الأمر من شهادة الفاقد للوصف أو العدد و لو بضميمة القرائن التي تلاحظها معها، و إلّا بأن حصل له اليقين بالواقع فيجوز له الحكم، على ما تقدم في بحث القضاء من جواز الحكم للحاكم بعلمه، و الظاهر أيضا عدم الفرق بين حقوق الناس و حقوق الله سبحانه، و الله سبحانه هو العالم.

الثالث: قد تقدّم أنّه يثبت بشهادة المرأة الواحدة ربع الموصى به للموصى له بلا خلاف ظاهر، و تدلّ عليه عدّة روايات.

منها صحيحة ربعي عن أبي عبد الله - عليه السلام - في شهادة امرأة حضرت رجلا يوصى فقال: «يجوز في ربع ما أوصى بحساب شهادتها» (١)، و في صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: «قضى أمير المؤمنين - عليه السلام - في وصية لم يشهدا إلّا امرأة، فقضى أن تجاز شهادة المرأة في ربع الوصية» (٢)، و في صحيحة الأخرى: «قال أبو جعفر - عليه السلام -: في وصية لم يشهدا إلّا امرأة أن تجوز شهادة المرأة في ربع الوصية إذا كانت مسلمة غير مريية في

(١) التهذيب ٦: ٢٦٨، الحديث ٧١٨، الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١٦:

٢٦٢.

(٢) الوسائل: ١٨ الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١٥: ٢٦١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٥٦

.....

دينها» (١).

ولكن في مقابل هذه الروايات رواية إبراهيم بن محمد الهمداني قال: «كتب أحمد بن هلال إلى أبي الحسن - عليه السلام -: امرأة شهدت على وصية رجل لم يشهدا غيرها، وفي الورثة من يصدقها ومن يتهمها، فكتب: لا إلا أن يكون رجل و امرأتان وليس بواجب أن تنفذ شهادتها» (٢).

ولكن مع إمكان المناقشة في سندها يقيد الإطلاق في ناحية عدم نفوذ شهادتها بتمام الوصية، كما يقيد إطلاق المستثنى فيها بما إذا لم تكن رجل و امرأتان أو أربع نسوة.

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما رواه الشيخ - قدس سره - بإسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن أبان عن عبد الله بن سنان أو عبد الله بن سليمان قال:

«سألته عن امرأة حضرها الموت وليس عندها إلا امرأة أ تجوز شهادتها؟ فقال: لا تجوز شهادتها إلا في المنفوس و العذرة» (٣).
 ووجه الظهور أنه لم يفرض فيها الوصية التملكية فتحمل على غيرها، أضف إلى ذلك أن الرواية مضمرة و لم يحرز أن السائل هو عبد الله بن سنان ليقال إنه لا يسأل غير الإمام - عليه السلام -، و على ذلك فالرواية ساقطة عن الاعتبار.
 و في صحيحة الحلبي قال: «سئل أبو عبد الله - عليه السلام - عن امرأة ادّعت

(١) الوسائل: ١٣ الباب ٢٢ من أحكام الوصايا، الحديث ٣: ٣٩٦.

(٢) التهذيب ٦: ٢٦٨، الحديث ٧١٩، الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣٤: ٢٦٥.

(٣) التهذيب ٦: ٢٧٠، الحديث ٧٣١، الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٤: ٢٦٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٥٧

.....

أنه أوصى لها في بلد بالثلث و ليس لها بينة؟ قال: تصدق في ربع ما ادّعت» (١).

و ظاهرها قبول دعوى المرأة في الوصية له بلا بينة بالإضافة إلى ربع مدعاها، و لم يعهد العمل بها أو سماع دعوى شخص بلا بينة و حلف و الحكم بثبوتها في بعضها.

بقي في المقام أمر، و هو: أن ما رواه الشيخ بسنده عن الحسين بن سعيد قد ورد فيها: «لا تجوز شهادتها إلا في المنفوس و العذرة» (٢)، و يستظهر من ذلك قبول شهادة المرأة الواحدة في العذرة، و قد ذكر في التحرير الاكتفاء في ثبوت العذرة بشهادة المرأة الواحدة.
 ولكن لا يخفى عدم إمكان المساعدة على ذلك، أما أولاً: فلما ذكرنا من أن الرواية مضمرة، و ثانياً لم يظهر أن المراد مما ذكر في السؤال و ليس عندها إلا امرأة هو معنى النكرة، بل الظاهر أن المراد الجنس، و غرض السائل عدم حضور الرجل بل الحاضر عند وصيتها المرأة، فتحمل على التعدد، بقريته ما تقدم مما ورد في قبول شهادة النساء و حدهن في العذرة و نحوها.

الرابع: كل مورد تقدم سماع شهادة النساء فيه منفردات، فلا تقبل شهادة الأقل من الأربع، حيث إن المرتكز في الأذهان الناشئ عن الخطابات الشرعية كون شهادة المرأتين تساوي شهادة رجل واحد، خصوصاً بقريته التقييد الوارد في شهادة المرأة الواحدة باستهلال المولود، و في شهادتها في دية القتل و في

(١) الوسائل: ١٣، الباب ٢٢ من أحكام الوصايا، الحديث ٥: ٣٩٦.

(٢) التهذيب ٦: ٢٧٠، الحديث ٧٣١، الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٤: ٢٦٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٥٨

.....

الوصية التملكية.

و لكن المحكى عن المفيد- قدس سره- من أنه تقبل شهادة امرأتين مسلمتين مستورتين فيما لا يراه الرجال كالعذرة و عيوب النساء و النفاس و الحيض و الولادة و الاستهلال و الرضاع، و إذا لم يوجد إلّا شهادة امرأة واحدة مأمونة قبلت شهادتها. و عن المراسم ما يقرب من ذلك، و قد تقدم حكاية الاكتفاء بشهادة امرأة واحدة في العذرة عن العلامة في التحرير. أقول: أما ما عن التحرير، فقد تقدّم عدم إمكان المساعدة عليه، و لعلّ المنشأ لما ذكروا هو ما ورد في رواية أبي بصير عن أبي جعفر- عليه السلام- قال:

«تجوز شهادة امرأتين في استهلال» (١)، و ما ورد في صحيحة الحلبي أنه سأل أبا عبد الله- عليه السلام- عن شهادة القابلة في الولادة قال: «تجوز شهادة الواحدة» (٢).

و لكن ذكرنا سابقاً أنه يتعين الحمل على القبول بالإضافة إلى ربع الميراث، بدلالة صحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة قال: «سمعت أبا عبد الله- عليه السلام- يقول: تجوز شهادة القابلة في المولود إذا استهلّ و صاح في الميراث، و يورث الربع من الميراث بقدر شهادة امرأة واحدة، قلت: فإن كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتهما في النصف من الميراث» (٣).

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٤١: ٢٦٧.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ٢: ٢٥٨.

(٣) المصدر نفسه: الحديث ٤٥: ٢٦٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٥٩

[مسائل]

إشارة

مسائل:

[الأولى: الشهادة ليست شرطاً في شيء من العقود إلّا في الطلاق]

الأولى: الشهادة ليست شرطاً في شيء من العقود إلّا في الطلاق (١)،

(١) لا- خلاف عندنا في اعتبار الاشهاد في الطلاق، فلا يحصل إلّا بإيقاعه عند حضور عدلين، و لا تكفى شهادة النساء منضمة إلى الرجل فضلاً عن انفرادهن، و يدلّ على ذلك قوله سبحانه و أشهدوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ (١)، و لو بملاحظة ما ورد في تفسيره. و في صحيحة زرارة و محمد بن مسلم و بكير و بريد و فضيل و إسماعيل الأزرق و معمر بن يحيى عن أبي جعفر و أبي عبد الله- عليهما السلام- في حديث أنه قال:

«و إن طلقها في استقبال عدتها طاهراً من غير جماع و لم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه إيّاها بطلاق» (٢).

و صحیحہ أحمد بن محمد بن أبی نصر قال: «سألت أبا الحسن - عليه السلام - عن رجل طلق امرأته بعد ما غشيها بشهادة عدلين؟ قال: ليس هذا طلاقاً، قلت:

فكيف طلاق السنّة؟ قال: يطلقها إذا طهرت من حیضها قبل أن يغشيها بشاهدين عدلين كما قال الله عزّ وجلّ في كتابه، فإن خالف ذلك ردّ إلى كتاب الله، قلت: فإن طلق على طهر من غير جماع بشاهد و امرأتين، قال: لا تجوز شهادة النساء في الطلاق - الحديث «٣»، إلى غير ذلك.

ثمّ إنّه كما يعتبر الاشهاد في الطلاق كذلك يعتبر في الظهار، حيث لا يترتب على الظهار حكم إلّا إذا كان في حضور شاهدين، و لم يتعرض لذلك

(١) الطلاق: ٢.

(٢) الوسائل: ١٥، الباب ١٠ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٣: ٢٨٢.

(٣) الوسائل: ١٥، الباب ١٠ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٤: ٢٨٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٦٠

و يستحب في النكاح و الرجعة، و كذا في البيع.

الماتن - قدس سرّه -، و لعلّه لعدم صحته و ان يترتب عليه الحكم.

و في تعرضه للطلاق بصورة الاستثناء من العقد ما لا يخفى، و لعلّه بمعنى العهد و الالتزام، و في صحیحہ حرمان عن أبی جعفر - عليه السلام -: «لا يكون ظهار في يمين و لا في إضرار و لا في غضب، و لا يكون ظهار إلّا في طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين» (١)، و نحوها غيرها.

و أمّا عدم اعتبار الاشهاد في غيرهما من العقود و الإيقاعات، فإنّه مقتضى الإطلاق فيما ورد في إمضاءها مع عدم قيام دليل على اعتبار الاشهاد، بل ورد النص في بعضها على نفي اعتباره فيه كالنكاح، حيث ورد في معتبرة داود بن الحصين «٢» المتقدمة استحبابه فيه و عدم اعتباره في صحته.

و كذلك لا يعتبر الاشهاد في الرجعة في الطلاق الرجعي، و لكنّه مستحب، و في صحیحہ زرارة و محمد بن مسلم عن أبی جعفر - عليه السلام - قال: «ان الطلاق لا يكون بغير شهود، و إن الرجعة بغير شهود رجعة، و لكن ليشهد بعد فهو أفضل» (٣)، و في صحیحہ الحلبي عن أبی عبد الله - عليه السلام - في الذي يراجع و لم يشهد قال: «يشهد أحب إلّی و لا أرى بالذی صنع بأساً» (٤).

و لا يبعد أن يكون الأمر بالإشهاد في البيع و الدين كذلك، و ان يحتمل كونه لمجرد الإرشاد إلى قضية الإثبات عند وقوع المخاصمة و الإنكار.

(١) الوسائل: ١٥، الباب ٢ من كتاب الظهار، الحديث ١: ٥٠٩.

(٢) المصدر نفسه: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات.

(٣) المصدر نفسه: ١٥، الباب ١٣ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ٣: ٣١٨.

(٤) المصدر نفسه: ١٥، الباب ١٣ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ٢: ٣١٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٦١

[الثانية: حكم الحاكم يتبع للشهادة]

الثانية: حكم الحاكم يتبع للشهادة، فإن كانت محقّة نفذ الحكم باطنا و ظاهرا (١)، و إلّا نفذ ظاهرا، و بالجملة الحكم ينفذ عندنا ظاهرا لا باطنا، و لا يستيحب المشهود له ما حكم له، إلّا مع العلم بصحة الشهادة أو الجهل بحالها.

(١) قد تقدّم في بحث القضاء إنّ مشروعية القضاء و نفوذه لأنهاء الخصومة و فصلها و لا يوجب تغييرا في الواقع، فمن حكم له بحق مالى أو غيره إنّما يكون له الحق واقعا مع ثبوته له في الواقع مع قطع النظر عن القضاء و ما هو مستنده من شهادة الشهود. و بتعبير آخر منشأ القضاء للقاضي من شهادة الشهود يعتبر طريقا إلى الواقع و القضاء المستند إليها أو غيرها ينفذ على المتخاصمين، فلا يجوز لهما تجديد المخاصمة بعد ذلك و لو عند قاض آخر، و على ذلك فيجوز لمن حكم له بحق مالى أو غيره أن يطالب خصمه به فيما إذا علم كونه محقّا أو احتمله.

و في صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: إنّما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان، و بعضكم ألحن بحجته من بعض، فأبىما رجل قطعت له من مال أخيه شيئا فإنما قطعت له به قطعة من النار» (١). و هذه صريحه بعدم تغيير الواقع بمدرك القضاء بشهادة الشهود و غيرها و لا بنفس القضاء، بلا فرق بين القضاء في الأموال أو غيرها، و ما ذكر في ذيلها من الأمر الراجع إلى المال تفريع على كبرى عدم تغيير الواقع بالقضاء. و المحكى عن أبي حنيفة نفوذ القضاء واقعا و ظاهرا مطلقا، و فيه ما لا يخفى، من استلزامه تحليل الحرام الواقعي و تجويز نكاح المحارم و نحوه، ممّا هو بديهى البطلان.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٦٢

[الثالثة: إذا ادعى من له أهلية التحمل وجب عليه]

الثالثة: إذا ادعى من له أهلية التحمل وجب عليه (١)، و قيل: لا يجب، و الأول مروى و الوجوب على الكفاية، و لا يتعيّن إلّا مع عدم غيره ممن يقوم

و قد ذكرنا أنّه فيمن حكم له بالمال له إلزام خصمه بذلك المال، و لا يبعد إلزامه بقيام الشاهدين و شهادتهما و لو عند غير الحاكم لاعتبار شهادتهما، و لا يفرّق في ذلك بين علمه بحقّه أو احتماله.

نعم، إذا توقّف ثبوت حقّه على حلفه، كما إذا كانت دعواه على الميت بالدين فلا يجوز له الإلزام، كما لا يجوز للقاضي أن يقضى بدون حلف المدعى المفروض عدم جواز الحلف له لعدم علمه بحقّه.

(١) المشهور قديما و حديثا عند الأصحاب على ما قيل، أنّ من له أهلية تحمّل الشهادة إذا دعى لتحملها وجب عليه الحضور و التحمّل، مع عدم لزوم ضرر غير مستحق عليه، لقوله سبحانه و لا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذْ مَا دُعُوا (١)، بقرينة ما ورد في الروايات، من أنّ المراد الدعوة إلى التحمل.

و في صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله - عليه السلام - في قول الله عزّ و جلّ:

وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ قَال: «قبل الشهادة و قوله و مَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَمُ قَلْبُهُ (٢) قال: بعد الشهادة» (٣).

و في مصححة أبي الصباح عن أبي عبد الله - عليه السلام - في قوله تعالى **وَلَا يَأْبُ الشُّهَادَةُ إِذِمَّا مَآ دُعُوا قَالَ: «لا ينبغي لأحد إذا دعى إلى شهادة ليشهد بها أن يقول: لا أشهد لكم عليها»** (٤).

و في صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله - عليه السلام - في قول الله عز و جل:

(١) البقرة: ٨٢.

(٢) البقرة: ٢٨٣.

(٣) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و ٢ و ٤ و ٥: ٢٢٥.

(٤) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و ٢ و ٤ و ٥: ٢٢٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٦٣

بالتحمل، أما الأداء فلا خلاف في وجوبه على الكفاية، فإن قام غيره سقط عنه،

وَلَا يَأْبُ الشُّهَادَةُ إِذِمَّا مَآ دُعُوا فَقَالَ: «لا ينبغي لأحد إذا دعى إلى شهادة يشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم، و قال: فذلك قبل كتابه» (١)، يعني كتابة الدين.

و في موثقة سماعة عن أبي عبد الله - عليه السلام - في قول الله عز و جل **وَلَا يَأْبُ الشُّهَادَةُ إِذِمَّا مَآ دُعُوا فَقَالَ: «لا ينبغي لأحد إذا دعى إلى شهادة ليشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم»** (٢)، إلى غير ذلك.

و التعبير بلا- ينبغي في جملة من الروايات لا ينافي وجوب الإجابة، فإن ما يذكر من ظهور لا ينبغي في الطلب غير الإلزامي اصطلاح متأخر، و معناه اللغوي لو لم يكن هو الإلزام فلا ينبغي التأمل في أنه لا ينافيه، نظير ما ذكر في معنى الكراهة.

و ما ذكر في الجواهر، من أنه يحتمل قريبا أن يكون المراد من النهي عن الإباء عن التحميل كراهته، بقريته سائر ما ذكر في الآية المباركة، من النهي عن الإباء عن الكتابة و التسائم، و التعبير في الروايات بلا ينبغي، و أنه يظهر من الصدوق - قدس سره - المفروغية من عدم وجوب التحمل، حيث روى في نوادر الشهادات من الفقيه: **«و قيل للصادق - عليه السلام -: إن شريكا يردّ شهادتنا، فقال: لا تذّلوا أنفسكم»** (٣)، و ذكر بعد ذلك قوله: قال مصنف هذا الكتاب - رحمه الله -: ليس يريد بذلك النهي عن إقامتها، لأن إقامة الشهادة واجبة، و إنما يعني تحملها، يقول: لا تتحملوا الشهادات فتذّلوا أنفسكم بإقامتها عند من يردّها» (٤).

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و ٢ و ٤ و ٥: ٢٢٥.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و ٢ و ٤ و ٥: ٢٢٥.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٥٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٣٠٤.

(٤) الفقيه ٣: ٧٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٦٤

و ان امتنعوا لحقهم الدم و العقاب، و لو عدم الشهود إلا اثنان تعين عليهما، و لا

لا يمكن المساعدة عليه لما ذكر، من أن التعبير بلا ينبغي لا ينافي الوجوب أو حرمة الإباء، و ما ذكر في الآية من النهي عن الإباء عن الكتابة أو التسائم لا- يكون موجبا لرفع اليد عن ظهور المنع عن الإباء عن التحمل فيما إذا دعى إليه، و ما نقل من كلام الصدوق - قدس سره - لا يوجب أيضا رفع اليد، نعم كلامه يدل على عدم وجوب التحمل أصلا كما هو مقتضى تعليقه عدم إرادة الأداء بأن إقامة

الشهادة واجبة.

و بما أن ظاهر الآية أنّ النهي عن الإيذاء عن التحمل لحصول الاستشهاد بالمأمور به فيها يكون وجوبه كفائياً، فيسقط بحضور عدلين أو عدل و امرأتين، و لا يجب التحمل أيضاً إذا كان في ذلك ضرر عليه، و لو بأن يخاف الدل بعدم سماع شهادته عند الأداء، و إطلاق الوجوب الكفائى فيه تسامح كما يأتى.

و قد ذكر الصدوق- قدس سرّه- فى ذيل كلامه المتقدم: «و قد روى عن أبى كهمس أنه قال: تقدمت إلى شريك فى شهادة لزمته، فقال لى: كيف أجز شهادتك و أنت تنسب إلى ما تنسب إليه؟ قال أبو كهمس: فقلت: و ما هو؟ قال: الرفض، قال: فبكيت، ثم قلت: نسبتى إلى قوم أخاف ألا أكون منهم فأجاز شهادتى، و قد وقع مثل ذلك لابن أبى يعفور و لفضيل سكرة» (١).

هذا كله بالإضافة إلى التحمل، و أمّا الأداء فلا ينبغى التأمل فى وجوبه بلا خلاف معروف أو منقول، و يشهد له قوله سبحانه: قَلْبُهُ (٢)، و فى صحيحة هشام بن سالم فى قول الله عزّ و جلّ:

(١) الفقيه ٣: ٧٥.

(٢) البقرة: ٢٨٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٦٥

يجوز لهما التخلف، إلا أن تكون الشهادة مضرّة بهما ضرراً غير مستحقّ.

وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ قَالَ: «بعد الشهادة» (١) و نحوها غيرها.

و فى رواية جابر عن أبى جعفر- عليه السلام-، قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «من كتم شهادة أو شهد بها ليهدر بها دم امرئ مسلم أو ليزوى بها مال امرئ مسلم أتى يوم القيامة و لوجهه ظلمة مدّ البصر و فى وجهه كدوح تعرفه الخلائق باسمه و نسبه» (٢). و ظاهر الآية و الروايات كون الوجوب عيئياً، و لكن بما أن الغرض من إيجاب إقامتها ثبوت الحق أو حسم المخاصمة، فلا يجب إقامتها بعد ثبوت الحق و فصلها، و هذا يفترق عن الوجوب الكفائى الذى يكون سقوط التكليف فيه بعد حصول المتعلق من بعض، و يكون العلم بحصوله و لو مستقبلاً من بعض عذراً فى تركه، و هذا بخلاف أداء الشهادة، فإنّ العلم بحصوله مستقبلاً من غيره لا يكون عذراً كما هو مقتضى تحريم الكتمان.

و على كلّ تقدير فظاهر عبارة الماتن- قدس سرّه- أنّ الأداء واجب كفائى، بلا فرق بين أن يكون تحمل الشهادة بالدعوة إلى الإشهاد أو بدونها، و لكن قد تقدم أنّ وجوب الأداء يختص بمن دعى إلى التحمل، و أمّا بدونه فهو مختير إن شاء شهد و إن شاء سكت. و فى صحيحة هشام بن سالم عن أبى عبد الله- عليه السلام- قال: «إذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها فهو بالخيار إن شاء شهد و إن شاء سكت، و قال:

إذا أشهد لم يكن له إلا أن يشهد» (٣).

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٢٧.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٢٧.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٣١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٦٦

.....

و في موثقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر- عليه السلام-: «إذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد و إن شاء سكت، إلّا إذا علم من الظالم فيشهد، و لا يحلّ له إلّا أن يشهد» (١).
 و ظاهر هذه أن مع كون أحد الخصمين ظالماً للآخر و في شهادته دفع ظلمه يجب عليه الأداء مع عدم دعوته إلى تحمّلها، فيؤخذ بهذا التقييد و يرفع اليد عن الإطلاق في غيرها، و قد تقدم سابقاً احتمال أن يكون المراد من الظلم التعدي و ان لم يكن المتعدى عامداً، و عليه يكون الأداء واجبا فيما إذا توقف إثبات الحق لصاحبه على أداء شهادته.
 ثم إنّ المذكور في كلمات جملة من الأصحاب كالماتن- قدس سره- إنّ التخلف عن أداء الشهادة يجوز مع الضرر غير المستحق، فلو كان المراد الضرر على المشهود عليه كما إذا علم الشاهد أنّه لو شهد بالدين للمدعى فيلزم المدعى عليه بالأداء مع عسره، فلا يبعد كما يدل عليه خبر علي بن سويد (٢)، و أمّا إذا كان في شهادته ضرر متوجه إليه فيشكل نفى الوجوب بمجرد ذلك، لأنّ قاعدة نفى الضرر امتناني فلا- ترفع التكليف فيما كان الرفع على خلاف الامتنان على المشهود له، بل لا بدّ من ملاحظة التراحم لو كان الضرر المتوجه إليه لازم الدفع، كوجوب أداء الشهادة.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٤: ٢٣١.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٢٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٦٧

[الطرف الرابع: في الشهادة على الشهادة]

الطرف الرابع:

في الشهادة على الشهادة و هي مقبولة في حقوق الناس (١)، عقوبة كانت كالقصاص أو غير عقوبة، كالطلاق و النسب و العتق، أو مالا كالقراض و القرض و عقود المعاوضات، أو ما لا

(١) تقبل الشهادة على الشهادة المسماة بشهادة الفرع في حقوق الناس، سواء كانت من قبيل العقوبة كالقصاص أم غير عقوبة كالطلاق و النسب و العتق و النكاح، أم كانت من المال كالقرض و المضاربة و سائر المعاوضات، و يقبل أيضا شهادة الفرع فيما لا يطلع عليه غير النساء نوعا، كالولادة و الاستهلال و عيوب النساء، و ادعى عدم الخلاف أو الإجماع على ذلك في كلماتهم.
 و يستدل على الحكم، مضافا إلى الإجماع بروايات، كموثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه- عليهما السلام-: «أنّ عليا- عليه السلام- كان لا يجيز شهادة رجل على شهادة رجلين على شهادة رجل» (١)، و موثقة طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عن أبيه عن علي- عليهم السلام-: «أنّه كان لا يجيز شهادة رجل على رجل إلّا شهادة رجلين على رجل» (٢).

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٤٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٤: ٢٩٨.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٤٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٩٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٦٨

يطلع عليه الرجال غالبا كعيوب النساء و الولادة و الاستهلال، و لا تقبل في الحدود، سواء كانت لله محضه، كحدّ الزنا و اللواط و

السحق، أو مشتركة كحدّ السرقة و القذف، على خلاف فيهما، و لا بدّ أن يشهد اثنان على الواحد لأنّ المراد إثبات

و بهما يرفع اليد عن إطلاق موثقة غياث بن إبراهيم الأخرى عن جعفر عن أبيه:

«أنّ عليا- عليه السلام- قال: لا أقبل شهادة رجل على رجل حيّ و إن كان باليمن (باليمين)» (١). فإنّها تحمل على صورة عدم تعدّد الشاهد على شاهد الأصل، بل لا يبعد كون ظاهرها ذلك.

ثمّ إنّ قد تقدم عدم تمام الضابط لحقوق الناس الذي ذكروها في كلماتهم، بل على تقديره أيضا لا يختصّ السماع بما إذا كان داخلا في ذلك الضابط، بل تسمع الشهادة على الشهادة في كل ما يحتاج ثبوته إلى الشاهد.

نعم، لا- اعتبار بشهادة الفرع في الحدود، سواء كان الحدّ من حقوق الله المحضة كالزنا و اللواط و السحق و شرب الخمر إلى غير ذلك، أم كان مشتركا كحدّ القذف و حدّ السرقة.

و عدم سماع شهادة الفرع في حق الله المحض اتفاقى، و المشهور على عدم القبول في الحدّ المشترك أيضا، و هو الأظهر، لأنّ عدم السماع مقتضى الإطلاق في كلّ من موثقة طلحة بن زيد و موثقة غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله- عليه السلام- عن أبيه عن عليّ- عليه السلام-: «أنّه كان لا يجيز شهادة على شهادة في حدّ» (٢)، و في الثانية: «لا تجوز شهادة على شهادة في حدّ و لا كفالة في حدّ» (٣).

و لا- يبعد أن يكون التعزير أيضا كالحدّ في عدم ثبوته بشهادة الفرع، و قد أطلق الحدّ على التعزير في غير واحد من الروايات، و يساعده أنّه كالحدّ في

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٤٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٩٨.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٤٥ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٩٩.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٤٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٩٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٦٩

شهادة الأصل، و هو لا يتحقق بشهادة الواحد، فلو شهد على كل واحد اثنان صحّ.

و كذا لو شهد اثنان على شهادة كل واحد من شاهدي الأصل، و كذا لو

البناء على عدم الاجراء مع الشبهة و التخفيف، كما أنّ الاعتبار في شهادة الفرع يناسب غير الحدود، من أنّ شهود الأصل في غيرها في معرض الانقضاء بالموت أو غيره، فالإبقاء على ما ثبت بشهادتهم يقتضى اعتبار شهود الفرع.

ثمّ إنّ قد ذكروا في اعتبار شهادة الفرع أمورا:

الأوّل: انّ سماع شهادة الفرع يختصّ بما إذا لم يتمكن شاهد الأصل من الحضور في مجلس القضاء لأداء الشهادة.

و قد ورد في رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر- عليه السلام- في الشهادة على شهادة الرجل و هو بالحضرة في البلد قال: «نعم و لو كان خلف سارية يجوز ذلك إذا كان لا- يمكنه أن يقيمها هو لعلّه تمنعها عن أن يحضره و يقيمها، فلا بأس بإقامة الشهادة على شهادته» (١).

و هذه الرواية رواها الشيخ و الصدوق (٢)- قدّس سرهما-، و في سند الشيخ موسى بن أكيل عن محمد بن مسلم، و الراوى عن موسى بن أكيل زيبان بن حكيم، و زيبان مهمل، و سند الصدوق إلى محمد بن مسلم على ما ذكر في مشيخة فقيه (٣) ضعيف، و دعوى انجبار ضعف الخبر بعمل الأصحاب و قد عمل المشهور بها لا يمكن المساعدة عليهما، حيث من المحتمل جدا اعتبار المزبور و العمل

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٤٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٩٧.

(٢) التهذيب ٦: ٢٥٦، الاستبصار ٣: ٢٠، الفقيه ٣: ٧١.

(٣) الفقيه ٤: ٤٢٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٧٠

شهد شاهد أصل و هو مع آخر على شهادة أصل آخر، و كذا لو شهد اثنان على جماعة كفى شهادة الاثنان على كل واحد منهم، و كذا لو كان شهود الأصل شاهدا

بها لمطابقتها للاحتياط في القضاء، و هذا مع ثبوت الإطلاق في الموثقتين بل في خطاب اعتبار البينة مشكل.

الأمر الثاني: يختص اعتبار شهادة الفرع بشهادته على شهادة الأصل، فلا تسمع شهادة الفرع على شهادة الفرع، و قد ذكر في كلمات الأصحاب أنه لا خلاف في ذلك و ادعى جماعة عليه الإجماع.

و يستدل على ذلك برواية عمرو بن جميع عن أبي عبد الله عن أبيه - عليهما السلام - قال: «اشهد على شهادتك من ينصحك، قالوا: كيف؟ يزيد و ينقص، قال: لا، و لكن من يحفظها عليك و لا تجوز شهادة على شهادة على شهادة» (١).

و لكن عمرو بن جميع ضعيف و كذا السند إليه، و دعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا - يمكن المساعدة عليها فإنه لم يحرز استنادهم إليها و لعله لما قيل من انصراف الموثقين إلى شهادة الفرع على شهادة الأصل.

و لكن مع التأمل في الانصراف يكفي في اعتبار شهادة الفرع على الفرع بأي مرتبة ما دلّ على اعتبار البينة و كونها مدرّك القضاء، فإن الإطلاق تعم البينة الموجودة و باعتبارها ثبت مدلولها و هي البينة الأخرى، و هكذا على ما ذكر في بيان اعتبار الخبر عن الإمام - عليه السلام - بالوسائل.

و على الجملة: فإن أحرز الإجماع على عدم اعتبار شهادة الفرع على شهادة الفرع فهو، و إلا فلا وجه لعدم الاعتبار مع مسيس الحاجة إليها في بقاء الأوقاف و نحوها.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٤٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٩٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٧١

و امرأتين فشهد على شهادتهما اثنان، أو كان الأصل فيما يقبل فيه شهادتهن منفردات كفى شهادة اثنتين عليهن.

الثالث: مقتضى إطلاق موثقتي طلحة بن زيد و غياث بن إبراهيم المتقدمتين، و كذا الإطلاق في اعتبار البينة، عدم الفرق في الاعتبار بأن يشهد على كل واحد من شهادة الأصلين اثنان، بأن يكون شاهدا الفرع أربعة عدول، أو يشهد الاثنان على شهادة كل من شاهدي الأصل، أو كان أحد الشاهدين الأصل و يشهد هو مع شخص آخر على شهادة الأصل الآخر، كلّ ذلك للإطلاق في الموثقتين و ما دلّ على اعتبار البينة، فما حكى عن الشافعي من اعتبار المغايرة في شاهدي الفرع أمر لا أساس له.

و أيضا: لا فرق بين كون شاهدا الأصل رجلين أو رجلا و امرأتين أو أربعة نساء، فإنه و إن يعتبر في شاهدي الفرع كونهما رجلين، كما هو ظاهر انصراف البينة في إطلاق خطاب اعتبارها، إلا أنه لا يضرّ باعتبار شهادة الفرع اختلاف شهود الأصل.

و ذلك لا لإطلاق الموثقتين، فإنهما لا تعمّان غير شهادة رجلين على شهادة رجل، بل للإطلاق في اعتبار البينة، فإنه يعمّ البينة القائمة بشهادة النساء، و إنما يرفع اليد عنه بالإضافة إلى الحدود كما تقدم، و يعم بالإضافة إلى غير الحدّ ممّا يترتب على موجه كنشر الحرمة.

و دعوى أن الزنا لا يثبت إلا بأربعة شهود، و كيف يثبت بشهادة رجلين على شهادة كل من الأربعة، مع أن الأصل لا يكون أسوأ حالا من الفرع، فيها ما لا يخفى، و مما ذكر يظهر أنه يثبت بشهادة الفرع على شهادة الأصل بالسرقة رد المال لا القطع و هكذا.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٧٢

و للتحليل مراتب، أتمها أن يقول (١) شاهد الأصل: أشهد على شهادتي أنني أشهد على فلان بن فلان لفلان بن فلان بكذا، و هو الاسترعاء، و اخفض منه ان يسمعه يشهد عند الحاكم، إذ لا ريب في تصريحه هناك بالشهادة.

و يليه أن يسمعه يقول: أنا أشهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا، و يذكر السبب، مثل أن يقول: من ثمن ثوب أو عقار، إذ هي صورة جزم، و فيه تردد، أما لو لم يذكر سبب الحق، بل اقتصر على قوله: أنا أشهد لفلان على فلان بكذا، لم يصير متحملاً لاعتقاد التسامح بمثله، و في الفرق بين هذه و بين ذكر السبب اشكال.

(١) ذكر في كلماتهم أن لتحمل شهادة الفرع مراتب، و أعلاها المعبر عنها بالاسترعاء أى طلب الإصغاء، و صورتها أن يقول شاهد الأصل للفرع: أشهد على شهادتي لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا، و أخفض منها أن يسمع شهادة الأصل عند حاكم. و في الجواهر: أن شهادته عند حاكم للحكم بها و تحمّلها أقوى من التصريح الأول، و المرتبة الأخيرة ان يسمعه يقول أنا شاهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا، و يذكر السبب من قرض أو شراء أو غيرهما، و أمّا إذا لم يذكر السبب فقد جزم غير واحد بأنه لا يصير متحملاً لاعتبار التسامح بمثله، و لعل الأصل في ذلك كله ما ذكره الشيخ- قدس سرّه- في المبسوط من التفصيل و تبعه غيره فيه، و لكن لا يخفى مع كون كلام الأصل شهادة كما هو الفرض يكون المستمع إليه متحملاً، بلا فرق بين أن يذكر الأصل السبب أم لم يذكر و بلا فرق بين ما ذكر من المراتب.

و ما ذكر- قدس سرّه- من عدم قبول شهادة الفرع إلا عند تعذر حضور شاهد الأصل قد تقدم أنه بلا وجه يعتمد عليه فلا نعيد.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٧٣

ففي صورة الاسترعاء يقول: أشهدني فلان على شهادته، و في صورة سماعه عند الحاكم يقول: أشهد أن فلانا شهد عند الحاكم بكذا، و في صورة السماع لا عنده يقول: أشهد أن فلانا شهد على فلان لفلان بكذا بسبب كذا. و لا تقبل شهادة الفرع إلا عند تعذر حضور شاهد الأصل، و يتحقق العذر بالمرض و ما ماثله و بالغيبة، و لا تقدير لها، و ضابطه مراعاة المشقة على شاهد الأصل في حضوره.

ثم إنه إذا حضر الأصل و أنكر ما شهد به الفرع، فإن كان ذلك بعد حكم الحاكم فلا ينقض الحكم لتمام ملاكه، و إنكار شهادة الأصل لا يزيد على ما كان الحكم بشهادته ثم رجع عنها.

و أمّا إذا كان قبل الحكم فلا يسمع شهادة الفرع إلا إذا كان عدل من شاهد الأصل، كما يشهد لذلك صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله- عليه السلام- في رجل شهد على شهادة رجل فجاء الرجل فقال: أنى لم أشهده؟ قال: «تجوز شهادة عدلها، و إن كانت عدلتهما واحدة لم تجز شهادته» (١).

و في رواية أخرى عن أبي عبد الله- عليه السلام- عن رجل شهد شهادة على شهادة آخر فقال: لم أشهده، فقال: «تجوز شهادة عدلها» (٢)، و نحوهما صحيحة عبد الله ابن سنان (٣).

و دعوى أن شهادة الفرع تبطل بحضور شاهد الأصل قبل الحكم و لا- يمكن العمل بالروايات المزبورة لذلك، و لأن ظاهرها قبول شهادة الفرع الواحد على رجل من الأصل، لا يخفى ما فيها، فإن حضور الأصل لا تبطل شهادة الفرع على

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٤٦ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٩٩.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٤٦ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٩٩.

(٣) الوسائل: ١٨، الباب ٤٦ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٩٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٧٤

و لو شهد شاهد الفرع فأنكر الأصل، فالمرؤى العمل بشهادة أعدلها، فإن تساويا أطرح الفرع، و هو يشكل بما أن الشرط فى قبول الفرع عدم الأصل، و ربّما أمكن لو قال الأصل: لا أعلم، و لو شهد الفرعان ثم حضر شاهد الأصل، فإن كان بعد الحكم لم يقدح فى الحكم وافقا أو خالفا، و ان كان قبله سقطه اعتبار الفرع، و بقى الحكم لشاهد الأصل (١)، و لو تغيّرت حال الأصل بفسق أو كفر لم يحكم بالفرع، لأنّ الحكم مستند إلى شهادة الأصل (٢).

ما تقدم.

و على تقديره، فقد ورد الاستثناء على اشتراط التعذر فيما كان الفرع أعدل أو لم يخالف الأصل عند حضوره عملا بها، كما أن المراد بالرجل فيها الجنس فلا ينافى اعتبار التعدد، حيث أنّها ناظرة إلى حكم صورة مخالفة الأصل فى الشهادة بالواقعة مع الفرع قبل الحكم. و أمّا ما ذكر الماتن - قدس سرّه - من حمل الروايات على صورة قول الأصل لا أعلم، ينافى ظاهرها فى إنكار الأصل الشهادة بالواقعة على الفرع.

(١) قد تقدم عدم سقوط شهادة الفرع فيما إذا خالفا الأصل و كان الفرع أعدل، و كذا لا يقدح حضور الأصل فى شهادة الفرع فيما إذا حضر و لم يظهر مخالفته لشهادة الفرع، فللحاكم ان يحكم بشهادته، و إطلاق العبارة يقتضى عدم الاعتناء بشهادة الفرع حتى فى الصورتين.

(٢) هذا مبنى على المنسوب إلى المشهور، من أنّ خروج الشاهد عن شروط الشهادة بغير الموت و الإغماء قبل الحكم يوجب سقوط الشهادة عن الاعتبار، و بشهادة الفرع فى الفرض يثبت الشهادة التى لا- اعتبار لها فى الحكم بها، و أمّا بناء على ما ذكرنا فى بحث القضاء، من أنّ خروج الشاهد عن الشرائط بعد أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٧٥

و تقبل شهادة النساء على الشهادة، فيما يقبل فيه شهادة النساء منفردات، كالعيوب الباطنة و الاستهلال و الوصية، و فيه تردد أشبهه المنع (١)، ثمّ الفرعان ان

شهادته و قبل الحكم نظير خروجه عنها بعد الحكم لا يضّرّ بشهادته السابقة، و إن ميزان الحكم و هو الحكم بالبينة قد حصل، فلا موجب لرفع اليد عن شهادة الفرع.

و ما فى الجواهر تبعا لغيره من الفرق بين موت الشاهد أو إغمائه بعد شهادته و بين فسقه أو كفره، لكون الكفر و الفسق مقتضيا لعدم القبول بخلاف الإغماء و الموت، فإنّ أقصاهما عدم اقتضاءهما القبول، فيه ما لا يخفى، حيث إنّ الفسق أو الكفر حال الشهادة يقتضى عدم القبول و بعد الشهادة كالموت و الإغماء لا يقتضيان القبول.

نعم، لو كان الخروج إلى الكفر و الفسق كاشفا عن عدم عدتهما حين الشهادة أيضا، فعدم الاعتبار لفقد شرط الشهادة عند أدائها، و هذا خلاف الفرض.

و من العجب أنّ الماتن - قدس سرّه - التزم بأنّ خروج الشاهد بالواقعة قبل الحكم لا يوجب نقصا فى مدرك القضاء، وفاقا للشيخ فى الخلاف و الحلبي، و لكن ذكر فى المقام أنّ خروج الأصل عن شرط القبول قبل الحكم بشهادة الفرع يمنع القضاء، مع أنّ القضاء

بشهادة الفرع يقع على شهادة الأصل التي وقعت عند عدم خروجه عن الشرط.

(١) قد تقدم انّ ما ورد في القضاء بالبينات ظاهره القضاء بشهادة العدلين، من غير فرق بين كون شهادتهما بالواقعة مباشرة أو على الشهادة في تلك الواقعة، و ما ورد في قبول شهادة النساء ظاهره شهادتهنّ بنفس الواقعة، فإنّها هي التي لا يطلع عليها الرجال، لا الشهادة بتلك الواقعة.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٧٦

سمّيا الأصل و عدّلاه، قبل (١)، و ان سمّياه و لم يعدّلاه سمعها الحاكم و بحث عن الأصل و حكم مع ثبوت ما يقتضى القبول و طرح مع ثبوت ما يمنع القبول لو حضر و شهد، أمّا لو عدّلاه و لم يسمّياه لم يقبل.

و عليه فيتعيّن شهادة عدلين على شهادة كل واحد منهنّ، و لا تفيد شهادة النساء على شهادتهن، حتى الأمر كذلك في الشهادة على الشهادة بالمال من الدين أو العين، فإنّ بشهادة رجل مع امرأتين يثبت الدين، و لا- يثبت شهادة الرجل و المرأتين به بغير شهادة العدلين، و دعوى الأولوية في القبول لا وجه لها، فإنّها لا تخرج إلّا إلى الاستحسان.

(١) تعرض - قدس سرّه - لأداء الشهادة، على الشهادة و ذكر انّ للأداء صوراً:

الأولى: أن يذكر اسم الأصل و أثبتا عدالتهما، بأن شهدا بعدالتهما و ما شهدا به عندهما، و هذا القسم من شهادة الفرع مدرّك القضاء.

و الثانية: أن يذكر اسمهما و ما شهدا به عندهما و لم يشهدا بعدالتهما، و في هذه الصورة فحص الحاكم عن عدالتهما فإن ثبتت يقضى بالشهادة المزبورة.

و الثالثة: أن لا يذكر اسمهما بل ذكر انّ كل واحد من العدلين شهد عندهما بكذا، و هذا لا يصلح مدرّكاً للقضاء، حيث إنّ مع عدم ذكرهما و عدم تعيينهما كما هو الفرض لا يتمكن الخصم على الجرح بل يمكن أن يكونا أو يكون أحدهما غير عادل عند الحاكم. أقول: يشكل رفع اليد عن إطلاق ما دلّ على اعتبار البيّنة مع فرض شهادتهما بعدالة كل من شاهدي الأصل و إن لم يذكر اسمهما، إلّا أن يتم الإجماع على خلافه.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٧٧

و لو أقرّ باللواط أو بالزنا بالعمّة أو الخالّة أو بوطى البهيمة ثبت بشهادة شاهدين (١)، و تقبل في ذلك الشهادة على الشهادة، و لا يثبت بها حدّ، و يثبت انتشار حرمة النكاح، و كذا لا يثبت التعزير في وطى البهيمة، و يثبت تحريم الأكل في المأكولة، و في الأخرى و جوب بيعها في بلد آخر.

(١) كما تسمع الشهادة على الشهادة في حقوق الناس كذلك تسمع الشهادة على الإقرار فيها، و كذا الشهادة على الإقرار في حقوق الله.

و لكن لا- تثبت بالشهادة على الإقرار فيها الحدّ، بل تسمع بالإضافة إلى سائر ما يترتب على موضوع الحد من نشر الحرمة، كما في الشهادة على الإقرار باللواط أو الزنا بالعمّة و الخالّة، حيث تحرم أم الموطوء و أخته و بنته على اللطاطى المقرّ به، و في الإقرار بالزنا بالخالّة تحرم بناتها على المقرّ، و كذا في الزنا بالعمّة على الأحوط.

و كذا لا يثبت بالشهادة على إقراره بوطى بهيمة التعزير، و لكن تحرم أكل لحمها، على المقرّ فيما يطلب أكل لحمها و في غيرها يثبت عليه الغرامة و لزوم بيعها في بلد آخر.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٧٨

[الطرف الخامس: فى اللواحق]**إشارة**

الطرف الخامس:

فى اللواحق و هى قسمان:

[القسم الأول: فى اشتراط توارد الشاهدين على المعنى الواحد]**إشارة**

القسم الأول: فى اشتراط توارد الشاهدين على المعنى الواحد (١)، و يترتب عليه مسائل:

[الأولى: توارد الشاهدين على الشىء الواحد، شرط فى القبول]

الأولى: توارد الشاهدين على الشىء الواحد، شرط فى القبول، فان

(١) ذكر فى القسم الأول من الطرف الخامس اشتراط وحدة الواقعة التى يحكيها الشاهدان، فلو لم يكن مدلول كلام كل من الشاهدين الحكاية عن الواقعة التى يحكيها الآخر فلا تتحقق البينة بتلك الواقعة، كما أنه يعتبر فى تحققها بها توافق حكايتهما فيها، فإن اختلفا فى حكايتهما لم يصدق أن ما شهد به أحدهما شهد به الآخر. و على ذلك فلا- يعتبر فى قيام البينة بواقعة اتحاد الكلامين بحسب ألفاظهما، بل المعيار اتحادهما فى المحكى خارجا و توافقهما بحسب حكايته، فلا فرق بين أن قال أحدهما: قد غصب فلان مالا كذا من فلان، و قال الآخر: أخذ فلان ذلك المال من فلان عدوانا. و على ما ذكر، فإن لم يكن لكلامهما ظهور فى وحدة المحكى، بأن شهد أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٧٩

اتفقا معنى حكم بهما و ان اختلفا لفظا، إذ لا فرق بين أن يقولوا غصب و بين أن يقول أحدهما غصب، و الآخر انتزع، و لا يحكم لو اختلفا معنى، مثل أن يشهد أحدهما بالبيع و الآخر بالإقرار بالبيع، لأنهما شيان مختلفان، نعم، لو حلف مع أحدهما ثبت.

أحدهما بأن فلانا باع المال الفلانى، و قال الآخر بأن فلانا أقرّ عنده ببيعه المال المزبور، لم يثبت دعوى البيع بالبينة، نعم لو حلف المدعى مع أحدهما يثبت دعواه لما تقدم، من ثبوت الدعاوى المالية بل غيرها بشاهد و يمين. و هذا مع تعدد المحكى بحيث لا ينفى أحد الشاهدين ما يحكيه الشاهد الآخر، و إلا فمع حكايتهما عن أمر واحد خارجى و اختلفاهما فى حكاية ذلك الأمر، كما إذا قال أحدهما: سرق زيد من عمرو النصاب ليلا، و قال الآخر: سرق ذلك النصاب من عمرو نهارا، فلا تتم البينة بالسرقة الخارجية.

و ظاهر كلام جملة من الأصحاب أن فى هذه الصورة أيضا لو حلف المدعى مع أحد الشاهدين يثبت المال دون حد السرقة نعم يثبت حد السرقة، أيضا فيما إذا شهد أحدهما أنه سرق ثوبا بعينه و قيمته درهم، و قال الآخر: أنه سرقه و لكن قيمته درهما، فإن السرقة الموجبة للحد ثبتت بشهادتهما معا و الاختلاف إنما هو فى قيمة ما سرق، فالواجب فى الفرض على السارق درهم عند تلف العين، نعم إذا حلف المدعى على أن قيمته درهما غرم درهمين.

و لكن ما يظهر من كلامهم لا يمكن المساعدة عليه، فإن ثبوت دعوى المدعى بشهادة أحدهما مع يمينه فيما إذا لم يكن بين شهادته و شهادة الآخر معارضة، لتعدد الواقعة أو لاحتمال تعددها بحسب حكايتهما، و أما إذا أظهرنا أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٨٠

[الثانية: لو شهد أحدهما أنه سرق نصاباً غدوة، و شهد الآخر أنه سرق عشية]

الثانية: لو شهد أحدهما أنه سرق نصاباً غدوة، و شهد الآخر أنه سرق عشية لم يحكم بها، لأنها شهادة على فعلين، و كذا لو شهد الآخر أنه سرق ذلك بعينه عشية، لتحقق التعارض أو لتغاير الفعلين.

وحدتها و إن ما حكاها أحدهما هي حكاية الآخر و اختلفا في نقلها بحيث ينفي كل منهما الواقعة على طبق حكاية الآخر. فلا يفيد في ثبوت دعوى المدعى حلفه مع شهادة أحدهما، لأن شهادته مبتلاة بالمعارض، و ظاهر ما تقدم من ثبوت الدعوى بشاهد واحد و يمين المدعى، ما إذا لم يكن شهادته مبتلاة بالمعارض، كما هو الحال في القضاء بالبينه أيضا كما مر. و ما في كلام بعض من سقوط الشهادتين و تثبت الدعوى باليمين صحيح، لو كان مرادهم باليمين اليمين المردودة، و في مثال الشهادة بسرقة النصاب لا يثبت الحد و لا الغرم، و في مثال الثوب لا يثبت غرم درهمين بل الغرم في مسألة النصاب و غرم درهمين في مسألة الثوب يتوقف على اليمين المردودة.

نعم، لو اتفقا على الشهادة بسرقة النصاب في زمان واحد، بأن قال كل منهما في الشهادة: رأيت مع صاحبي إنه يسرق النصاب، و لكن اختلفا في ذلك الزمان، فقال أحدهما: أنه كان ليلا و قال الآخر: كان نهارا، فلا يبعد ثبوت الغرم بل ثبوت الحد لتفاقمهما على الشهادة بالسرقة الواحدة، و اختلفهما في زمانها كما ذكر لا يوجب تعدد المحكى أو احتمالها، كما لا ينفي أحدهما ما يذكر الآخر من موجب الغرم و موجب الحد.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٨١

[الثالثة: لو قال أحدهما سرق ديناراً، و قال الآخر درهما]

الثالثة: لو قال أحدهما سرق ديناراً، و قال الآخر درهما، أو قال أحدهما سرق ثوبا أبيض، و قال الآخر أسود، ففي كل واحدة منهما يجوز أن يحكم مع أحدهما مع يمين المدعى (١)، لكن يثبت له الغرم و لا يثبت القطع، و لو تعارض في ذلك بينتان

(١) لعل مراده - قدس سره - ما إذا كانت شهادة أحدهما بواقعة غير الواقعة التي يشهد بها الآخر، و حيث إن لكل من الواقعتين شاهداً واحداً يمكن إثبات كل منهما أو أحدهما بضم يمين المدعى، فيلزم الغرم بالواقعة التي حلف بها المدعى، و لو فرض حلفه على كل منهما مع كل من الشاهدين يثبت الغرم، و لكن لا يثبت القطع، لأن الحد لا يثبت بشاهد و يمين.

ثم ذكر - قدس سره - أنه لو وقع التعارض بين البيئتين في عين واحدة، بحيث لا يحتمل تعدد الواقعة، بأن شهد اثنان أنه سرق الثوب الفلاني عشية، و شهد اثنان أنه سرقه نهاراً، أو قال أحدهما: سرق الدرهم الفلاني ليلاً، و قال الآخر: سرقه نهاراً.

ففي هذا الفرض لا يثبت القطع للشبهة لتعارض البيئتين، و لكن يثبت الغرم على نسخة الجواهر، حيث قال في تعليقه: أن سرقة ذلك الثوب أو الدرهم المزبور متفق عليه بين البيئتين و الاختلاف في غيرها، من وقوعها ليلاً أو نهاراً، و عن المبسوط: أن الحاكم في حكمه بالسرقة يعتمد على احدى البيئتين و يخرجها بالقرعة، و استشكل في القرعة في كشف اللثام بأنه لا فائدة في

استعمال القرعة في المقام ولا يترتب عليها ثمره، و أورد- قدس سره- بأن على الحاكم تعيين البيئه التي يعتمد عليها في حكمه بتحقيق السرقة، ولا يمكن التعيين إلا بالقرعة، و يترتب على تعيينها بها الثمره عندما يرجع الشاهد عن شهادته في ثبوت الغرم عليه، فإن الغرم يثبت عند رجوع شاهد أخرجت شهادته بالقرعة في تعيين البيئه، و لكن استشكل في ذلك بأن القرعة في البيئتين عندما لم يمكن العمل بهما.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٨٢

على عين واحدة سقط القطع للشبهه، و لم يسقطه الغرم، و لو كان تعارض البيئتين (١) لا على عين واحدة ثبت الثوبان و الدرهمان.

أقول: لم يظهر الفرق بين هذا الفرض و بين ما تقدم، من قول أحد الشاهدين: أنه سرق النصاب ليلا، و قال الآخر: أنه سرقه نهارا، فإن شهادة الشاهدين بواقعه واحدة بينه فلا بد من ثبوت الغرم، لو لم نقل بثبوت القطع أيضا، حيث إن الاختلاف في أن زمان الواقعة كان ليلا أو نهارا لا يوجب تعددها.

تبريزي، جواد بن علي، أسس القضاء و الشهادة، در يك جلد، دفتر مؤلف، قم - ايران، اول، ه ق

أسس القضاء و الشهادة؛ ص: ٥٨٢

إلا أن يحمل ما تقدم على صورة احتمال تعدد الواقعة في شهادتهما، بأن سرق المال نهارا ثم أخذه مالك المال ثم سرقه ليلا، و هذا الاحتمال لا- يجرى في تعارض البيئتين على عين واحدة، حيث أن الشاهدين من كل من البيئتين يشهدان بواقعه من غير اختلافهما فيهما، و إنما الاختلاف بين شاهدي البيئه مع شاهدي البيئه الأخرى.

(١) المراد من تعارض البيئتين لا على عين واحد تواردهما، بأن قامت بيئه بأنه قد سرق الثوب الأسود، و شهدت بيئه أخرى أنه سرق الثوب الأبيض، أو قالت إحدهما: أنه سرق الدرهم، و قالت الأخرى: أنه سرق الدينار، و في هذا الفرض يثبت ضمان الثوبين و ضمان الدرهم و الدينار، و لا موجب في الفرض لسقوط القطع، و الشبهه مع وحدة العين غير آتية مع عدم وحدتها.

نعم، لو اعترف المدعى بعدم وقوع السرقتين، بل ادعى أحدهما فقط، فيمكن أن يقال بسقوط البيئتين، إن لم يثبت دخولهما فيما ورد الأمر بالقرعة عند تعارضهما، كما هو كذلك، حيث أن ما ورد في القرعة بين البيئتين لا يعم المقام، بل ظاهره ما إذا كان في البين مدعيان دعواهما متنافيتان و قام لكل منهما بيئه، فإن في هذه الصورة تخرج احدي البيئتين بالقرعة و يحلف صاحب تلك البيئه و المقام ليس من هذا القبيل، و الله سبحانه هو العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٨٣

[الرابعة: لو شهد أحدهما أنه باعه هذا الثوب غدوة بدينار، و شهد له آخر أنه باعه ذلك الثوب بعينه في ذلك الوقت بدينارين]

الرابعة: لو شهد أحدهما أنه باعه هذا الثوب غدوة بدينار، و شهد له آخر أنه باعه ذلك الثوب بعينه في ذلك الوقت بدينارين لم يشتا، لتحقق التعارض، و كان له المطالبة بأيهما شاء مع اليمين (١)، و لو شهد له مع كل واحد شاهد آخر ثبت

(١) مراده- قدس سره- أن يبيع الثوب المفروض بدينار واقعه و يبعه بدينارين يحسب معاملة أخرى، و لا تجتمع الواقعتان في الفرض، مع عدم قيام بيئه بكل منهما، بل شهد واحد بأحد البيعين و الآخر بالبيع الآخر، فيمكن للمدعى مع دعواه أحدهما بعينه إثباته بشاهد واحد مع ضم يمينه.

أقول: قد تقدم إن ضم اليمين إلى شاهد إنما إذا لم تكن شهادته مبتلاة بالمعارض كما هو الفرض في المقام. و لو قامت بكل من البيعين بينة ثبت الديناران و أنه يستحقهما على المدعى عليه، لتمام البينة عليه و لغت البينة التي قامت بالدينار. و ظاهر المحكى عن المبسوط أن البيتين في الفرض متعارضتان، و قال في الجواهر: التعارض صحيح فيما إذا كان لكل من البيع بالدينارين و البيع بالدينار مدعيا، كما إذا قال البائع بعته بدينارين و قال خصمه اشتريته بدينار فقط.

أقول: مع اختلاف البائع و المشتري كما ذكر، و قيام البينة لكل منهما يدخل الفرض في البيتين المتعارضتين فيقرع بينهما، فمن أخرجت القرعة بينتها يحلف كما تقدم، كما أنه مع عدم البينة لا للبائع و لا للمشتري، فمع بقاء الثوب يحلف البائع و تثبت دعواه و مع عدم بقائه يحلف المشتري عملا بالنص الوارد في المورد، على ما تقرر في مبحث اختلاف المتبايعين. و لو فرض أن خصم المدعى ينكر الشراء، فبينة البيع بالدينارين مع بيئته بدينار متعارضتان عند الحاكم و ان يعترف الخصمان ببطلانها، فلا يمكن له

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٨٤

الديناران، و لا كذلك (١) لو شهد واحد بالإقرار بالألف و الآخر بألفين، فإنه يثبت الألف بهما و الآخر بانضمام اليمين، و لو شهد بكل واحد شاهدان، يثبت الألف بشهادة الجميع، و الألف الآخر بشهادة اثنين.

الحكم بثبوت البيع بدينارين، و لا مجال في الفرض للقرعة أيضا لأن الأمر الوارد بالرجوع إلى القرعة فيما إذا أحرز انحصار الحق بين البيتين، و في الفرض يحتمل الحاكم عدم وقوع البيع أصلا و لا قيمة للبينة المبتلاة بالمعارض، و عليه فيحلف المشتري على عدم الشراء، أخذا بما دل على كون الحلف على المدعى عليه مع عدم قيام البينة للمدعى، و المراد البينة غير المبتلاة بالمعارض. اللهم إلا أن يقال: ليس للحاكم الحكم بوقوع البيع بدينار لاتفاق الخصمين على عدمه، فتكون بينة الدينارين بلا معارض.

(١) كان نظره - قدس سره - إن يبيع شيء بدينار مع يبعه بدينارين من المتبايعين، بخلاف الإقرار بالألف و الإقرار بألفين أو ضمان دينار أو ضمان دينارين فإنهما من الأقل و الأكثر، و عليه فلو شهد شاهد بإقراره لزيد بألف و شهد الآخر بإقراره له بألفين، فبالإضافة إلى الإقرار بالألف يحسب شهادتهما بينة، و كذا الحال في الشهادة بقيمة الثوب بعد تلفه، و أما الإقرار بالألف الآخر أو ضمان الزائد فهو قول شاهد واحد يمكن أن يثبت بضم حلفه إلى قوله.

أقول: هذا فيما إذا لم ينف الشاهد بالإقرار بالألف و وقوع الإقرار بالزائد أو لم ينف ضمان الزائد و إذا تكون شهادة المثبت مبتلاة بالمعارض، كما تقدم في الشهادة بسرقة ثوب معين و ان قيمته درهم و شهادة الآخر بسرقة و قيمته درهماً. و على ما ذكر - قدس سره - يترتب أنه لو شهدت بينة على الإقرار بالألف و شهدت بينة أخرى بالإقرار بألفين، ثبت الألف بشهادة شهود كلتا البيتين و الألف الآخر يثبت بالبينة بالإقرار بألفين، و قد ذكرنا أن هذا فيما إذا لم ينف البينة بالأقل الإقرار بالألف الثاني أو ضمان الزائد.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٨٥

و كذا لو شهد أنه سرق ثوبا قيمته درهم و شهد آخر أنه سرقه و قيمته درهماً، ثبت الدرهم بشهادتهما، و الآخر بالشاهد و اليمين، و لو شهد بكل صورة شاهدان ثبت الدرهم بشهادة الجميع، و الآخر بشهادة الشاهدين بهما، و لو شهد أحدهما بالقذف غدوة و الآخر عشية أو بالقتل كذلك لم يحكم بشهادتهما (١)، لأنها شهادة على فعلين، أما لو شهد أحدهما بإقراره بالعريية، و الآخر بالمعجمية قبل، لأنه اخبار عن شيء واحد.

(١) يريد بذلك بيان أنه لو شهد شاهدان كل منهما بواقعة غير الواقعة الأولى، سواء أمكن اجتماعهما كشهادة القذف أم لم يمكن

كما إذا اختلفا في قتل شخص، و قال أحدهما: قتله ليلا، و شهد الآخر فقال: قتله نهارا، فلا يثبت شيء منهما، لتوقف كل منهما على شهادة العدلين في ثبوته لولا التكاذب، حيث إنَّ كلاً من القذف و القتل يحتاج في ثبوته إلى شهادة الشاهدين، و لم يتم في كل قذف شهادتهما و الأمر في الشهادة بالقتل كذلك مع حصول التكاذب أيضا.

بخلاف ما إذا تعدد الواقعة و أمكن حصول المتعدد و يثبت كل منهما بشهادة عدل، كما إذا شهد أحدهما أنه أقر لزيد بألف بالعربية، و شهد الآخر أنه أقر له بألف بالعجمية، حيث يحتمل حصول الإقرارين بلا تناف بينهما، فإنَّ كلاً من الإقرارين اخبار عن شيء واحد، فتقبل شهادة كل منهما بضم يمين المدعى.

و لكن ظاهر عبارته- قدس سره- عدم الحاجة في الأخير إلى ضم اليمين، حيث علل القبول بأنه اخبار عن شيء واحد. و فيه: إنَّ الإقرار و ان يكون اخبارا عن شيء واحد إلا أنَّ هذا بالإضافة إلى المقر، فتعدّد إقراره مع وحدة المقر به خارجا لا يوجب إلّا تعدد الحكاية، و أمّا بالإضافة إلى شهادة الشاهد فكل من الشاهدين يخبر عن حكاية غير حكاية الآخر و ثبوت كل منهما يكون بالبينة أو بشاهد و يمين المدعى.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٨٦

[القسم الثاني: في الطواري]

إشارة

القسم الثاني: في الطواري، و هي

[مسائل]

إشارة

مسائل:

[الأولى: لو شهدا و لم يحكم بهما فماتا حكم بهما]

الأولى: لو شهدا و لم يحكم بهما فماتا حكم بهما (١)، و كذا لو شهدا ثم زكيا بعد الموت.

[الثانية: لو شهدا ثم فسقا قبل الحكم حكم بهما]

الثانية: لو شهدا ثم فسقا قبل الحكم حكم بهما، لأنَّ المعبر في العدالة عند الإقامة، و لو كان حقا لله كحد الزنا لم يحكم، لأنه مبني على التخفيف، و لأنه نوع شبهة، و في الحكم بحد القذف و القصاص تردد، شبهه الحكم لتعلق حق الآدمي به.

(١) الظاهر عدم الخلاف في جواز القضاء بشهادة شاهدين ماتا أو مات أحدهما قبل الحكم، حيث إنَّ مدرك القضاء شهادة العدلين بالدعوى أو غيرها و قد تحققت، فموت أحدهما أو كليهما كحياتهما بعد شهادتهما غير دخيل في القضاء تكليفا أو وضعاء، و من هذا

القبيل ما إذا شهدا ثم زكيا بعد موت أحدهما أو كليهما، حيث إن مع التزكية يحرز حصول البينة و تمامها للمدعى. و هل الحكم كذلك فيما إذا شهدا ثم فسقا أو فسق أحدهما قبل الحكم، أو يسقط شهادة الفاسق عن الاعتبار مطلقا، أو يفصل بين ما كان المشهود به من حق الآدمي فلا يسقط اعتبار الشهادة و بين حق الله المحض. ظاهر الماتن - قدس سره - هو الثالث، و لكن ذكر فيما سبق في مسألة فسق شاهدي الأصل عند شهادة الفرع ما يقتضى الثانى يعنى عدم القبول مطلقا، كما هو المحكى عن الشيخ - قدس سره - فى أحد قوليهِ و العلامة فى المختلف و الشهيدين - قدس سرهم. و يستدل على ذلك بما استفاض من الروايات الواردة فى ردّ شهادة الفاسق، و يضعف بأن ظاهر تلك الروايات عدم قبول شهادة الفاسق عند شهادته، كما هو الحال فى ردّ شهادة الشريك لشريكه فى المال المشترك أو ردّ شهادة الأجير و غيرهما. أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٨٧

[الثالثة: لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم]

الثالثة: لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم فانقل المشهود به إليهما، لم يحكم لهما بشهادتهما.

[الرابعة: لو رجعا عن الشهادة قبل الحكم لم يحكم]

الرابعة: لو رجعا عن الشهادة قبل الحكم لم يحكم (١).

و دعوى أنّ مع فسقهما تحصل الشبهة فى شهادتهما السابقة، و لذا ذكر الماتن فى المقام عدم الحكم بشهادتهما فى حدود الله و كأنه لدرء الحدود بالشبهة، و لأنها مبنية على التخفيف. و لكن شيئا من ذلك لا يصلح لرفع اليد عما دلّ عليه من اعتبار البينة، أى شهادة رجلين عدلين عند أدائها، و لا تكون فى البين شبهة فى الحكم، لا فى حق الآدمي و لا فى الحدّ، فإنّ مع ثبوت موجهه لا معنى للتخفيف. و لو كان فى البين شبهة لما كان يجرى، سواء كان من حق الله المحض جلّ و علا أم مشتركا كحدّ القذف و القصاص، بناء على كونه عقوبة على القتل.

نعم قد يشكل الحكم فيما إذا شهد لمن يرثانه فمات قبل الحكم و انتقل المشهود به من المال إليهما، فإنّه ربّما يقال بأنّ الحكم بعد ذلك بكون المال لهما من الحكم للمدعى بشهادة نفسه، و يمكن الجواب عن ذلك أيضا بأنّ ظاهر ما ورد فى أنّ البينة على المدعى هو كون المدعى غير الشاهدين عند شهادة الشاهدين، و أمّا المغايرة عند صدور الحكم فلا يساعد على المغايرة دليل، و الله سبحانه هو العالم.

(١) لو رجعا عن شهادتهما قبل الحكم لم يحكم، بلا خلاف ظاهر أو معروف، نعم عن ظاهر كشف اللثام أنّه يحكم و لا يعتنى برجوعهما بعد إقامتهما الشهادة فيما كانا معروفين بالعدالة و الضبط، و لكن الأظهر عدم الحكم بشهادتهما برجوعهما قبل الحكم حتى ما إذا عادا إلى شهادتهما.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٨٨

.....

و يستدلّ على عدم الحكم بأنّ الشهادة التي رجح الشاهد عنها قبل الحكم لا تحسب شهادة، و ما دلّ على أنّ القضاء بالبينات ينصرف عن الشهادة المزبورة، بل ذكرنا سابقا أنّ البينة المبتلاة بالمعارض لا تصلح مدركا للحكم، و رجوع الشاهد عن شهادته يعارض الشهادة السابقة، و لما كان قيام المعارض قبل الحكم فلا تصلح سنداً للحكم.

و بتعبير آخر الرجوع عن الشهادة إمّا يكون بنفى ما شهد به أولاً أو نفي حسّه ذلك المشهود، فيكون كما إذا شهدا بأمر و شهد عدلان آخران بنفى ما شهدا به، أو بنفى حضورهما في الواقعة التي شهدا بها.

و هذا فيما إذا كان رجوعهما بدعواهما و وقوع الاشتباه فيما وقعا منهما من الشهادة ظاهر، نعم لو كان رجوعهما بقولهم: إنّنا تعمّدنا الكذب، فيشكل رفع اليد عن شهادتهما السابقة لو كان عدلها عند إقامة الشهادة محرزا، فإنّهما و إن يحكم بفسقهما فعلا بالكذب إمّا بالشهادة السابقة أو برجوعهما، إلّا أنّ مقتضى الطريق إلى عدلها عند شهادتهما و لا أقل من أنّ مقتضى الاستصحاب في عدلها عند أدائهما الشهادة اعتبارها.

و يدلّ على عدم جواز الحكم بعد الرجوع مرسله جميل عمن أخبره عن أحدهما -عليهما السلام-: «قال في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم و قد قضى على الرجل: ضمنوا ما شهدوا به و غرموا، و إن لم يكن قضى طرحت شهادتهم و لم يغرموا الشهود شيئا» (١)، فإنّ ظاهرها إلغاء الشهادة برجوع الشاهد قبل الحكم.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١٠ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٣٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٨٩

.....

و استدللّ في كشف اللثام بجواز الحكم مع رجوع الشاهد على ما قيل بصحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله -عليه السلام- قال: «كان أمير المؤمنين -عليه السلام- يأخذ بأول الكلام دون آخره» (١)، و في معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي -عليه السلام-: «إنّ النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم قال: من شهد عندنا ثمّ غير أخذناه بالأوّل و طرحنا الأخير» (٢)، بدعوى أنّ ظاهرهما أنّ الرجوع عن الشهادة بعد إقامتها لا يسقط اعتبارها.

و لكن في نسخة الوسائل في صحيحه هشام: «كان أمير المؤمنين -عليه السلام- لا يأخذ بأول الكلام دون آخره» (٣)، و لا يحتمل أن يكون الغلط في نسخة الوسائل لأنّه لو كان الوارد: و كان أمير المؤمنين يأخذ بأول الكلام، لما كان إيراده في الباب الذي أورده مناسباً.

و على الجملة، مع إجمال متن الرواية لا يمكن الاستدلال بها، مع أنّ إطلاقها ممّا لا يمكن الأخذ به فيما كان آخر الكلام قرينة على المراد من أوّل الكلام.

و أمّا رواية السكوني فقد رواها الصدوق -قدّس سرّه- عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم مرسلًا، و في نقله: «من شهد عندنا بشهادة ثمّ غير أخذنا بالأولى و طرحنا الأخرى» (٤)، و هذه و إن يمكن الاستظهار كما ذكر كاشف اللثام و لكنّها لإرسالها لا يمكن الاعتماد عليها.

(١) التهذيب ٦: ٣١٠، الحديث ٨٥٣.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٣٩.

(٣) المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٣: ١٥٨.

(٤) الفقيه ٣: ٤٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٩٠

و لو رجعا بعد الحكم و الاستيفاء و تلف المحكوم به لم ينقض الحكم (١)، و كان الضمان على الشهود.

و رواها الشيخ بسنده عن محمد بن أحمد بن يحيى و منها كما نقلنا، و ظاهر قوله- عليه السلام-: «انّ النبيّ صلى الله عليه و آله و سلّم قال: من شهد عندنا ثم غير أخذناه بالأول و طرحنا الأخير» (١)، أخذ الشاهد بأول كلامه.

و هذا لا يجرى إلّا في مثل الإقرار، حيث انّ العدول عنه و لو في آخر كلامه غير مسموع لا يوجب ترك أخذه بما أقر به أولاً، و لكن الشاهد المفروض في المقام لا يؤخذ و إنّما يؤخذ بشهادته كما لا يخفى، و ممّا ذكر يظهر أنّ رجوعهما ينافى شهادتهما حتى ما إذا عادا إليها.

(١) و أمّا إذا كان رجوعهما بعد الحكم و بعد الاستيفاء فلا ينقض الحكم بل يكون الضمان عليهما، بلا خلاف معروف أو منقول، و يشهد لذلك صحيحة جميل عن أبي عبد الله- عليه السلام- في شاهد الزور قال: «ان كان الشيء قائما بعينه ردّ على صاحبه، و إن لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل» (٢).

و في صحيحته الأخرى عن أبي عبد الله- عليه السلام- في شهادة الزور: «ان كان قائما و إلّا ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل» (٣). و هاتان المحتمل اتحادهما و إن وردتا في شاهد الزور إلّا أنّ الإلتلاف الموجب للضمان يجرى في صورة الرجوع أيضا لتنفيذ الحكم بعد صدوره بميزانه، بل

(١) التهذيب ٦: ٢٨٢.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٣٩.

(٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٣٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٩١

.....

يمكن الاستدلال بمعتبرة السكوني المتقدمة في صورة الحكم و انقضاء الاستيفاء، حيث إنّ مقتضاها أخذ الشاهد بشهادته الأولى و معنى أخذه بها ضمانه.

و على الجملة، فلا موجب لرفع اليد عن الحكم الحاصل بموازينه فيما إذا حصل الرجوع بعده و بعد الاستيفاء، بلا فرق في ذلك بين حقوق الله و حقوق الناس، و يدلّ على ضمان الشهود في حق الله أيضا صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر- عليه السلام- قال: «قضى أمير المؤمنين- عليه السلام- في رجل شهد عليه رجلان بأنّه سرق فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر، فقال:

هذا السارق و ليس الذي قطعت يده إنّما شبهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أن غرهما نصف الديّة و لم يجر شهادتهما على الآخر» (١). و في معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي- عليه السلام-: «في رجلين شهدا على رجل أنّه سرق فقطعت يده، ثم رجع أحدهما فقال: شبّه علينا، غرما دية اليد من أموالهما خاصّة، و قال في أربعة شهدوا على رجل أنّهم رأوه مع امرأة يجامعها و هم ينظرون، فرجم، ثم رجع واحد منه، م قال: يغرم ربع الدية إذا قال:

شبّه عليّ، و إذا رجع اثنان و قالوا: شبّه علينا، غرما نصف الديّة، و إن رجعوا كلّهم و قالوا: شبّه علينا، غرموا الديّة، و إن قالوا: شهدنا

بالزور، قتلوا جميعاً» (٢).

وهذه كما قبلها وإن وردت في رجوع الشاهد أو الشهود بموجب الحد ولكن لا فرق بين الحدود وغيرها ولو بملاحظة ما تقدم.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٤٣.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٤٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٩٢

و لو رجعا بعد الحكم و قبل الاستيفاء، فإن كان حدًا لله نقض الحكم (١)

(١) المشهور عند الأصحاب أنه إذا رجع الشهود بموجب الحد عن شهادتهم بعد الحكم و قبل الاستيفاء ينقض الحكم، بلا فرق بين كون الحد من حق الله المحض أو غيره، و عللوا ذلك بأن الحدود مبيته على التخفيف و تدرء بالشبهة و رجوع الشاهد عن شهادته يحسب شبهة، بل ألحقوا بالحدود القصاص فإن القتل خطره عظيم و مورد للاحتياط.

و صرح بعضهم أن الساقط بالرجوع نفس الحد لا سائر ما يترتب على ارتكاب الموجب، من نشر الحرمه و انتقال ماله إلى ورثته، كما إذا شهدا بالارتداد و رجعا عن شهادتهما بعد الحكم، فإن الساقط قتل المشهود عليه بالارتداد لا انتقال أمواله إلى ورثته و اعتداد زوجته.

و إذا ألحق القصاص بالارتداد في سقوطه برجوع الشاهدين أو أحدهما، فهل يطالب المشهود عليه بالدية أو لا يطالب بشيء، فإن الدية تطالب بالمصالحة في مورد القصاص أو لثبوت الموضوع لها و هو القتل خطأ، و المفروض عدم ثبوته و عدم المورد للمصالحة لفقد القصاص.

و لكن يقال: أن نقض الحكم برجوعهما قبل الاستيفاء ينافي ما دلّ على نفوذه، و مع الدليل على نفوذ الحكم لا شبهة في البين بحسب الظاهر، و أمّا الشبهة واقعا فهي تجرى حتى في صورة عدم رجوع الشهود عن شهادتهم، و لعله لذلك تردّد في نقض الحكم قبل الاستيفاء الفاضلان و فخر المحققين.

بل قيل بأنه لو أجاز نقض الحكم قبل الاستيفاء برجوع الشاهد جرى جواز النقض في العقوبات التي لا تدخل في الحدود كالقتل و الجرح قصاصا، و في الفروج لعظم خطرها و عدم استدراك فائت البضع.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٩٣

للشبهة الموجبة للسقوط، و كذا لو كان للآدمي كحد القذف أو مشتركا كحد السرقة.

أقول: لا يبعد القول بسقوط الحد برجوع الشهود في الحدود قبل إجرائها حتى فيما إذا كان الرجوع بعد الحكم، بل لا يترتب سائر التوابع أيضا مع الرجوع و ذلك فإنه لم يبق دليل في إجراء الحد على اعتبار الحكم و القضاء، بل المقدار الثابت هو أن يثبت الارتكاب عند الحاكم، فعليه مع ثبوته عنده إجراء الحد و لا- يعتبر إنشاء الحكم أولا، و الثابت اعتبار الحكم و القضاء في موارد الدعاوى و فصل الخصومات.

و عليه يكون رجوع الشاهد عن شهادته قبل إجراء الحد لمعارضه شهادته الثانية مع الأولى، لو لم نقل إن شمول دليل الاعتبار على الثانية يوجب انحلال الشهادة الأولى.

و يمكن استظهار سقوط الحد أو تأييد السقوط بصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر- عليه السلام- قال: «قضى أمير المؤمنين- عليه السلام- في رجل جاء به رجلان و قالا: إن هذا سرق درعا، فجعل الرجل يناشده لما نظر في البيئه، و جعل يقول: و الله لو كان رسول

اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ مَا قَطَعَ يَدِي أَبَدًا، قَالَ: وَ لَمْ؟ قَالَ: يَخْبِرُهُ رَبُّهُ أَنِّي بَرِيءٌ فَيَبْرَأُنِي بِبِرَائَتِي، فَلَمَّا رَأَى مَنَاشِدَتَهُ إِتْيَاهُ دَعَا الشَّاهِدِينَ فَقَالَ: اتَّقُوا اللَّهَ وَ لَا تَقْطَعُوا يَدَ الرَّجُلِ ظُلْمًا وَ نَاشِدُهُمَا، ثُمَّ قَالَ: لِيَقْطَعَ أَحَدُكُمَا وَ يَمْسُكُ الْآخَرَ يَدَهُ- الْحَدِيثُ «١».

فَإِنَّ ظَاهِرَهَا سَمَاعُ شَهَادَةِ الشَّاهِدِينَ وَ ثُبُوتُ السَّرْقَةِ بِشَهَادَتِهِمَا، فَقَوْلُهُ- عَلَيْهِ السَّلَامُ- بَعْدَهُ: «اتَّقُوا اللَّهَ وَ لَا تَقْطَعُوا يَدَ الرَّجُلِ»، ظَاهِرُهُ إِنَّهُ لَوْ أَبَدِيًا بَطْلَانُ شَهَادَتِهِمَا وَ لَوْ بِخَطَايَاهُمَا فِي شَهَادَتِهِمَا لَمْ يَجْرَ عَلَيْهِ حَدُّ السَّرْقَةِ وَ لَوْ بَعْدَ الْقَضَاءِ أَى ثُبُوتِ السَّرْقَةِ.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٣ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٢: ٣٤٥.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٩٤

و فِي نَقْضِ الْحُكْمِ لَمَّا عَدَا ذَلِكَ مِنْ الْحَقُوقِ تَرَدَّدًا، أَمَّا لَوْ حُكِمَ وَ سَلِمَ فَرَجَعُوا وَ الْعَيْنُ قَائِمَةٌ، فَالْأَصْحَحُ أَنَّهُ لَا يَنْقُضُ وَ لَا يَسْتَعَادُ الْعَيْنُ، وَ فِي النِّهَايَةِ: تَرَدَّدَ عَلَى صَاحِبِهَا، وَ الْأَوَّلُ أَظْهَرَ (١).

[الخامسة: المشهود به ان كان قتلا أو جرحا فاستوفى ثم رجعوا]

الخامسة: المشهود به ان كان قتلا أو جرحا فاستوفى ثم رجعوا فان قالوا تعمدنا، اقتص منهم (٢)، و ان قالوا: أخطأنا كان عليهم الدية.

(١) قد ظهر ممَّا ذكرنا في الحدود أنَّه لا مجال للالتزام بنقض الحكم في موارد الدعاوى المخاصمات بعد صدور الحكم بميزانه و شمول خطاب النفوذ له برجوع بعض الشهود عن شهادتهم، سواء كان الرجوع قبل تسليم العين إلى المشهود له أم بعده، غاية الأمر يكون على الراجع ضمان البديل للمشهد عليه، أخذا له باعترافه بإتلاف العين عليه، نظير الضمان في موارد الإقرار بعد الإقرار، و يقتضى ذلك معتبرة السكونى المتقدمة، حيث مقتضاها ان مع بقاء العين أيضا يؤخذ الشاهد بشهادته.

كما يدل على ذلك مرسله جميل بن دراج حيث ورد فيها: «الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم و قد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به و غرموا» (١)، فإن مقتضى الإطلاق تغريم الشهود مع بقاء العين و عدمه.

و ما ورد في بعض الروايات المتقدمة ان مع بقاء العين ترد إلى صاحبها، فهي ناظرة إلى صورة بطلان القضاء لكون الشهادة زورا، و هو غير مسألة رجوع الشاهد عن شهادته كما لا يخفى.

(٢) إن كان المشهود به موجبا للقصاص قتلا أو جرحا، أو كان موجبا

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٣٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٩٥

.....

للحدِّ قتلا أو رجما فاستوفى القصاص أو الحد ثم رجع الشهود عن شهادتهم، فإن قالوا: تعمدنا، اقتص من الشهود، و إن قالوا: أخطأنا، فعليهم الدية في أموالهم، حيث لم يتم دليل على كونها على العاقلة في رجوع الشهود، بل ظاهر بعض ما ورد في رجوع الشاهدين أن الدية من أموالهما، كما ان ظاهر غيرها كون التكليف بأداء الدية متوجها إلى الشاهد.

و في معتبرة السكونى عن جعفر عن أبيه عن عليّ -عليهم السلام-: «في رجلين شهدا على رجل أنه سرق فقطعت يده، ثم رجع أحدهما فقال: شبه علينا، غرما دية اليد من أموالهما خاصة» (١).

و في معتبرة مسمع كردين عن أبي عبد الله - عليه السلام - : « في أربعة شهدوا على رجل بالزنا فرجم، ثم رجع أحدهم فقال: شككت في شهادتي، قال: عليه الدية، قال: قلت: فإن قال: شهدت عليه متعمدا؟ قال: يقتل » (٢).

ثم إن كل ما ورد في رجوع الشاهدين ظاهره قبول قوله في كون شهادته التي رجع عنها بنحو الخطأ أو التعمد.

نعم ذكر في الجواهر أنه لو منع عن قبول قوله في التعمد و الخطأ فهل يلزم بالدية لأنه لا يبطل دم امرء مسلم أو يتوقف حتى يعلم الحال و لو بموت الشاهد و نحوه لينتقل الأمر إلى الدية، الأقوى الأول، و يستفاد ما ذكره - قدس سره - من الاستدلال في بعض ما ورد في تعليل الدية في بعض موارد ثبوت القتل.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٤٣.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٤٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٩٦

و ان قال بعضهم تعمّدنا، و بعض أخطأنا، فعلى المقرّ بالعمد القصاص، و على المقرّ بالخطأ نصيبه من الدية (١)، و لولّى الدم قتل المقرّين بالعمد أجمع، و ردّ الفاضل عن دية صاحبه، و له قتل البعض و يرّد الباقي قدر جنايتهم.

و لو قال أحد شهود الزنا بعد رجم المشهود عليه: تعمّدت، فان صدّقه الباقي (٢) كان لأولياء الدم قتل الجميع، و يرّدون ما فضل عن دية المرجوم، و ان شاءوا قتلوا واحدا، و تردّ الباقي تكمله ديته بالحصاص بعد وضع نصيب المقتول، و ان شاءوا قتلوا أكثر من واحد، و يرّد الأولياء ما فضل عن دية صاحبهم، و أكمل الباقي من الشهود ما يعوز بعد نصيب المقتولين.

و أمّا لو لم يصدقه الباقي (٣) لم يمض إقراره إلّا على نفسه فحسب، و قال في

(١) قد تقدم أنّ الشاهد فيما إذا رجع عن شهادته يقبل قوله في أنّ شهادته السابقة كانت خطأ أو عمدا، و عليه فإن قال بعض الشهود: تعمّدت، و قال بعض الآخر: أخطأت، فعلى المعترف بالتعمد القصاص و على المعترف بالخطأ الدية، و لولّى الدم قتل المقرّين بالتعمد و دفع ما يفضل عن دية المرجوم على أولياء الشاهد المقتول بالقصاص، و يأخذ من المعترف بالخطأ مقدار ما عليه من الدية.

و إذا قال اثنان من شهود الزنا: تعمّدنا، و اثنان آخرا: أخطأنا، و اقتصّ ولي المرجوم من المقرّين بالتعمد، يدفع إلى أولياء كل من الشاهدين المقتولين بالقصاص ثلاثة أرباع ديته و يأخذ من المعترف بالخطأ كل منهما بربع الدية.

(٢) المراد أن يقول الباقي: نعم تعمّدنا في الشهادة.

(٣) المراد أن يقول الباقي: لا نرجع عن شهادتنا، ففي هذا الفرض يكون إقرار الشاهد الراجع عن شهادته نافذا في حقه، لكونه إقرارا على نفسه فلولي المرجوم القصاص منه مع ردّ فاضل ديته أو أخذ الدية منه بحسب نصيبه.

و ذكر الشيخ - قدس سره - في النهاية ان اقتص منه ولي المرجوم يدفع

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٩٧

النهاية: يقتل و يرد عليه الباقي ثلاثة أرباع الدية، و لا وجه له، و لو شهدا بالعق فحكم ثم رجعا ضمنا القيمة (١) تعمّدا أو خطأ، لأنهما أتلفاه بشهادتهما.

الباقي من شهود الزنا ثلاثة أرباع الدية إلى ورثة الشاهد المقتول قصاصا.

و لعلّه - قدس سره - اعتمد فيما ذكر مع كونه على خلاف القاعدة على رواية إبراهيم بن نعيم الأزدي قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن أربعة شهدوا على رجل بالزنا فلما قتل رجع أحدهم عن شهادته، قال: فقال: يقتل الراجع و يؤدي الثلاثة إلى أهله ثلاثة

أربع الديق «١».

و فيه مع عدم ثبوت توثيق لإبراهيم بن نعيم الأزدي يحمل على دعوى الثلاثة الخطأ فى رجوعهم، كما يحمل قتل الراجع بصورة إقراره بالتعمد، بقرينه ما استفدنا من الروايات المتقدمة أنّ وجه الضمان إتلاف الشاهد، فإن كان مع التعمد يثبت القصاص و فى غيره الديق.

بقى أمر، و هو أنّه إذا شهدوا بالزنا الموجب للجلد فجلد، فأتفق موته بالجلد، ثمّ رجع بعضهم و قال: تعمدت، تثبت الديق بمقدار شهادته، حيث إنّ الرجوع الموجب للقتل ما إذا شهدوا بموجه، و أما الشهادة بما لا يوجه و يقع الموت معه اتفاقاً، فيبقى التعمد فيه فى الإتلاف خطأ.

(١) إذا شهدا بأنّ مولاة قد أعتقه، فحكم بحصول العتق، ثمّ رجعا عن شهادتهما لم يبطل الحكم، لما تقدم من أنّ الرجوع عن الشهادة بعد الحكم لا ينقض الحكم، و بما أنّ رجوعهما اعتراف بإتلافهما العبد على مولاة ضمنا له قيمته، و القيمة فى القيميات وقت الإتلاف و هو حصول الحكم من الحاكم.

و القول بعود العبد إلى الرق فيردّ على مولاة، كما عن بعض العامة، بلا-وجه، حتى فيما إذا اعترفا بالتعمد فإنّ الإتلاف الموجب للضمان لا يفرق فيه بين التعمد و غيره.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٤٠.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٩٨

[السادسة: إذا ثبت أنّهم شهدوا بالزور نقض الحكم و استعيد المال]

السادسة: إذا ثبت أنّهم شهدوا بالزور نقض الحكم (١) و استعيد المال، و ان تعذر غرم الشهود، و لو كان قتلا ثبت عليهم القصاص و كان حكمهم حكم الشهود إذا أقروا بالعمد، و لو باشر الولى القصاص و اعترف بالتزوير لم يضمن الشهود و كان القصاص على الولى.

(١) المراد بشهادة الزور الشهادة الباطلة، و إذا علم الحاكم بطلان الشهادة المزبورة علما وجدانيا و لو بالقرائن نقض حكمه، حيث تبين أنّه لم يكن على موازين القضاء، و أنّه لم تكن أقوال الشهود بيّنة.

و هذا النقص نظير ما تقدم سابقا من ظهور حال الشهود و إنّهم كانوا عند أداء الشهادة فساقا، و هذا غير قيام البيّنة بأنّهم كانوا عند شهادتهم بشاهدى الزور، فإنّ هذه البيّنة مع الحكم لا تسمع.

كما أنّ هذه المسألة غير مسألة رجوع الشاهدين عن شهادتهم بعد الحكم، سواء قالوا: تعمدنا، أم قالوا: أخطأنا، فإنّ قبول رجوعهم كان من باب سماع الإقرار على أنفسهم.

و فى صحيحة جميل عن أبى عبد الله- عليه السلام- فى شاهد الزور قال: «إن كان الشىء قائما بعينه ردّ على صاحبه، و إن لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلّف من الرجل» (١)، و قريب منها صحيحته الأخرى» (٢).

و لو كان المشهود به قتلا ثبت عليهم القصاص، و يدلّ عليه ما ورد فى رجوع الشهود و أنّهم إذا أقروا بالعمد قتلوا، حيث انّ تبين كون شهادتهم زورا لا يقصر عن مسألة إقرارهم.

نعم لو باشر الولى القصاص و اعترف بالتزوير و علمه ببطلان شهادة

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٣٩.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٣٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٥٩٩

[السابعة: إذا شهدا بالطلاق ثم رجعا]

السابعة: إذا شهدا بالطلاق ثم رجعا، فإن كان بعد الدخول لم يضمنا (١)،

الشهود يكون الضمان عليه و يقتصر منه، لأنه المباشر في القتل، و يدخل في الموارد التي يكون المباشر فيها أقوى في نسبة القتل إليه، كما ظاهر كلام الماتن في إثباته القصاص على الولي مع اعترافه بالتزوير.

و قد يقال بأنه مع رجوع الشهود يكون الولي شريكا في القتل و يثبت القصاص أو الدية على الجميع و يلزم على ذلك مع اعترافه وحده بالخطأ ان يكون عليه ربع الدية.

و على الجملة الكلام في المقام، في أن القتل بعنوان القصاص أو الحد مستند إلى الولي المباشر خاصية و الشهود نظير الممسك للقاتل، أو أن استناده إليهم كاستناد القتل إلى متعدّد.

(١) و الوجه في ذلك أنّهما لم يفوتا على الزوج شيئا من مهرها، لاستقراره عليه بالدخول كما هو الفرض.

و ربّما يخطر بالبال أنّهما أتلفا على زوجها بضعا فيما لم يكن المشهود به طلاقا رجعيا، أو كانت شهادتهما بالطلاق الرجعي الذي انقضت في زمن أدائهما الشهادة عدتها، و لكن البضع لا يضمّن، و لذا لا تضمّن المرأة لزوجها بقتلها نفسها، و كذا لا يضمّن الغير لزوج المرأة بقتلها.

و ذكر في كشف اللثام أنّه لو صحّ ضمان البضع لزم أن لا ينفذ طلاق الزوج المريض إلّا من الثلث و إن لا ينفذ فيما كان للزوج دين محيط بتركته.

و لكن لا يخفى ما فيه، فإنّه لو فرض بأنّ الطلاق إتلاف البضع و البضع يضمّن، فهو بالإضافة إلى زوجها لا بالإضافة إلى الورثة أو الديان، فلا مانع عن طلاق الزوج مع إحاطة دينه تركته، و كذا في طلاق المريض.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٠٠

و ان كان قبل الدخول ضمنا نصف المهر المسمّى (١)، لأنّهما لا يضمنان إلّا ما دفعه

نعم في طلاق المريض بالإضافة إلى إرث زوجته تفصيل مذکور في كتاب الطلاق و لا يرجع إلى مسألة تفويت البضع، هذا بالإضافة إلى الشهادة على الزوج المطلّق بطلاقه بعد دخوله.

(١) و أمّا إذا كانت الشهادة بالطلاق قبل دخوله، فقد ذكر الماتن أنّ الشاهدين برجوعها بعد الحكم بالطلاق يضمنان للزوج نصف المهر، و هذا منسوب إلى المشهور، و لكن لا يمكن المساعدة عليه، بل الشاهدان كفرض الدخول لا يضمنان شيئا، فإنّهما لم يتلّفا على زوجها نصف المهر، لاستقرار نصف المهر على الزوج بمجرد العقد يعنى النكاح، و إنّما الطلاق يوجب سقوط النصف الآخر عن ذمة الزوج أو خروجه عن ملك المرأة.

نعم، في المقام فروض أخرى:

منها: ما إذا شهد الشاهدان بطلاق امرأة زورا فاعتدّت المرأة و تزوجت زوجا آخر استنادا إلى شهادتهما و كان الزوج غائبا فجاء و

أنكر الطلاق، فيفترق بين المرأة و من تزوجت نفسها منه أخيراً، و تعتدّ منه عدّة و طأ الشبهة، و يضمن الشاهدان الصداق للزوج الأخير و يضربان حدّ شهادة الزور، و قد ورد في موثقة سماعة و غيرها: أنّ شهود الزور يجلدون حدّاً ليس فيه وقت أى عدد معين «١»، و يعتبر عنه بالتعزير و يلزم على ذلك حرمتها للأخير مؤبداً.

و يشهد لما ذكر صحيحه إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله - عليه السلام - في شاهدين شهدا على امرأة بأنّ زوجها طلقها، فتزوجت، ثمّ جاء زوجها فأنكر الطلاق قال: «يضربان الحد و يضمنان الصداق للزوج، ثمّ تعتد، ثمّ ترجع إلى

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١٥ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و ٢: ٢٤٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٠١

المشهود عليه بسبب الشهادة.

زوجها الأوّل» «١».

و ظاهر الحد حدّ شهادة الزور، و على الجملة فذكر الحدّ في الصحيحة قرينته جليّة على وقوع الطلاق بشهادة الزور أو اعتراف الشاهدين بأنّهما قد شهدا بالطلاق زورا في كلتا صورتين.

و منها: ما إذا فرض أنّهما شهدا على الزوج الغائب بأنّه طلقها و تزوّجت بعد عدّتها بآخر، ثمّ جاء الزوج فأنكر الطلاق و كذب أحد الشاهدين نفسه، و في هذا الفرض أيضا يحكم بطلان الزواج الثاني و ضمان الشاهد الذي كذب نفسه المهر.

و يشهد لذلك صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر - عليه السلام -: «في رجلين شهدا على رجل غائب عن امرأته أنّه طلقها، فاعتدت المرأة و تزوجت، ثمّ إنّ الزوج الغائب قدم، فزعم أنّه لم يطلقها و أكذب نفسه أحد الشاهدين، فقال:

لا سبيل للأخير عليها و يؤخذ الصداق من الذي شهد و رجع، فيرد على الأخير و يفرّق بينهما و تعتدّ من الأخير و لا يقربها الأوّل حتى تنقضى عدّتها» «٢».

و ما قيل من أنّ الدخول من الثاني يوجب المهر عليه، فلا معنى لضمان الشاهدين الراجعين أو الشاهد الذي كذب نفسه، لا يخرج عن الاجتهاد في مقابل النص، و قد ثبت الضمان على الغير في بعض الموارد كمورد التدليس.

نعم، قد يقال أنّ الحكم ممّا لا ينبغى التأمل فيه في مورد شهادة الزور، و أمّا عمومها فيما إذا رجع الشاهدان عن شهادتهما و قالوا: تعمدنا، أو قال أحدهما:

تعمدت، فهذا لا يوجب بطلان الشهادة الأولى و عدم ثبوت الطلاق، خصوصا فيما كان الراجع أحدهما، كما هو مورد صحيحه محمد بن مسلم.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١٣ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٤١.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ٣: ٢٤٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٠٢

.....

و لكن لا يمكن المساعدة عليه، فإنّه لا مانع من الالتزام بأنّ الحكم في صورة الشهادة على الغائب بطلاق زوجته كذلك، بلا فرق بين ظهور شهادة الزور في الشهادة بالطلاق أو اعتراف الشاهدين أو أحدهما بأنّه كان زورا، و حتى مع حكم الحاكم بوقوع الطلاق اعتمادا

على الشهادة المزبورة.

ولا- يجرى هذا فيما إذا كان شهادتهما مع حضور الزوج أو مع غيابه، ولكن كان رجوع الشاهدين أو أحدهما بدعوى الخطأ و التشكيك في تلك الشهادة، مع حكم الحاكم بوقوع الطلاق قبل رجوعهما أو رجوع أحدهما.

اللهم إنما أن يقال: إنه لم يفرض في الصحيحين حكم الحاكم بوقوع الطلاق و رفع اليد عن نفوذه في صورة اعترافهما بالتعمد في شهادتهما كذبا فضلا عن اعتراف أحدهما بلا موجب، و هذا غير بعيد، و الله العالم.

و منها: ما إذا شهد الشاهدان بموت زوجها فاعتدت ثم تزوجت فجاءها زوجها، و في هذه الصورة يحكم ببطان الزواج الثاني بل حرمتها عليه مؤبدا.

و في صحيحة أبي بصير في امرأة شهد عندها شاهدان بأن زوجها مات، فتزوجت، ثم جاء زوجها الأول قال: «لها المهر بما استحل من فرجها الأخير، و يضرب الشاهدان الحد، و يضمنان المهر لها بما غزا الرجل، ثم تعتد و ترجع إلى زوجها الأول» (١).

و لا يفرق في هذه الصورة حكم الحاكم و عدمه لبطان الحكم بظهور حياة الزوج، و ضرب الحد قرينه واضحة على أنها ناظرة إلى صورة وقوع الشهادة زورا و عمدا، فلا يستظهر الضمان في صورة دعوى الاشتباه و الخطأ، خصوصا بملاحظة التعبير فيها عن الضمان بما غزا الرجل، و أن يقال إن هذا التعبير في نسخته.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٤٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٠٣

[فروع]

إشارة

فروع:

[الأول: إذا رجعا معا ضمنا بالسوية]

الأول: إذا رجعا معا ضمنا بالسوية، و إن رجع أحدهما ضمن النصف (١)،

(١) الوجه في ذلك، أنه استفاد مما ورد في شاهد الزور أن شهادته تسبب في إتلاف المال بحسب شهادته، و تقدم أيضا عدم الفرق في التسبب للإتلاف بين شهادة الزور و بين الرجوع بعد الحكم، و ذكرنا أنه يمكن استفادة الضمان بالرجوع بعد الحكم من معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي - عليه السلام - أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال: «من شهد عندنا ثم غير أخذناه بالأول و طرحنا الأخير» (١)، حيث إن ظاهر أخذ الشاهد بالشهادة الأولى مع تغييره إيها بعد الحكم تضمنينه.

و على ذلك، فلو كان الثابت بشهادة رجلين و رجعا فعلى كل واحد النصف، و إن رجع أحدهما دون الآخر فعلى الراجع النصف دون الزائد، و لو كان بشهادة رجل و امرأتين و رجع الرجل فعليه النصف و إن رجعت إحداهما فعليها الربع.

و هذا كله فيما إذا ثبت المال بالشهادة، و أما إذا ثبت بشهادة رجل و يمين المدعى، أو بشهادة امرأتين مع يمينه، فقد يقال في الفرض

الأول: إن رجع الرجل فعليه النصف، و في الفرض الثاني: إن رجعت المرأتان فعليهما النصف، و إن رجعت إحداهما فعليها الربع، لأنّ ثبوت المال و إتلافه مستند إلى حلف المدعى و شهادة الرجل، أو إلى حلفه و شهادة المرأتين التي تقوم شهادتهما مقام شهادة رجل. و قد يقال بعدم التقسيط على الحلف، بل يكون تمام الضمان على الرجل في الأول و على المرأتين في الثاني، حيث إنّ المال يثبت بشهادته أو شهادتهما و يمين المدعى شرط في قبول شهادته أو في قبول شهادتهما.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ٤: ٢٣٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٠٤

و لو ثبت بشاهد و امرأتين فرجعوا، ضمن الرجل النصف و ضمن كل واحد الربع، و لو كان عشر نسوة مع شاهد، فرجع الرجل ضمن السدس (١)، و فيه تردّد.

و لكن ظاهر ما ورد في ثبوت الدعوى بشاهد و يمين كون ثبوتها بهما معا، و عليه فإن رجع الشاهد يكون عليه النصف. و أمّا إذا رجع المدعى في حلفه فهو اعتراف منه بعدم استحقاقه المال و لو بحسب الظاهر يعنى الحكم الظاهري فيضمن المال، بل عليه ردّ العين إلى المدعى عليه أخذا بإقراره، و لا أثر لرجوع الشاهد في الفرض كما لا يخفى، لأنّ مع اعتراف المدعى بعدم استحقاقه المال لا تكون شهادة الشاهد إتلافا رجوع أم لا، و لذا يقال: كل مقام يرجع المدعى فيه يختصّ بضمان ما استوفاه و لا غرم على الشاهد.

(١) ضمان السدس مبني على الالتزام بأمرين:

الأول: إن شهادة كل امرأتين تساوي شهادة رجل واحد فيما يقبل شهادة النساء منضمّة إلى الرجل و كنّ النساء أزيد من العدد المعتبر في قبول شهادتهن مع الرجل، و في مقابل ذلك من يلتزم بأنّ شهادة مجموع النساء حتى مع كونهن أزيد من العدد المعتبر تساوي شهادة رجل واحد.

الثاني: أن يلتزم مع كون الشهادة أزيد من العدد اللازم في ثبوت المشهود به، بأنّ الغرم يقسّط على الجميع بحسب شهادتهم، لأنّ الحكم يثبت بشهادة الجميع، و في مقابل ذلك القول بأنّه لا يثبت الغرم على الراجع فيما لم تكن شهادته معتبرا في ثبوت المشهود به، فلعدم دخالة شهادته في ثبوته لا يغرم مع رجوعه.

و إذا بنى على ما ذكر من الأمرين، يلزم فيما شهد رجل مع عشرة نسوة إن يثبت على الرجل مع رجوعه غرم سدس المشهود به، و إن يثبت على كل امرأة ترجع في شهادتها بعد الحكم غرم نصف سدس المشهود به، و بما أنّ الأمرين كل منهما مورد المناقشة كما نذكر في الفرع الثاني تردّد في الغرم بالسدس.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٠٥

[الثاني: لو كان الشهود ثلاثة ضمن كل واحد منهم الثلث]

الثاني: لو كان الشهود ثلاثة ضمن كل واحد منهم الثلث، و لو رجع واحد منفردا، و ربّما خطر أنّه لا يضمن لأنّ في الباقي ثبوت الحق (١)، و لا يضمن الشاهد

(١) قد يقال كما عن الشيخ و جماعة أنّ الشهادة إذا كانت بأكثر ممّا يعتبر في ثبوت المشهود به، فعلى الراجع بعد الحكم الغرم بحسب

شهادته في الواقعة، فلو كان ثبوت المال بشهادة ثلاثة رجال فرجع أحدهم بعد الحكم فيضمن ثلث المال، و يستدل على ذلك بوجهين:

الأول: إن الشهادة الزائدة و إن لم تكن معتبرة في الحكم بثبوت المشهود به إلا أن الحكم بثبوتها فعلا مستند إلى شهادة الجميع، و عليه فمن رجع فعليه الغرم بحسب شهادته.

و فيه: إن الحكم و إن صدر بعد شهادة الجميع، إلا أن الشهادة الزائدة غير دخيلة في ثبوتها، فالراجع عن شهادته مع كون شهادته زائدة على النصاب لم يتلف على المشهود عليه شيئا.

الثاني: الاستدلال بصحيفة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله - عليه السلام - في شاهد الزور ما توبته؟ قال: «يؤدى من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله، إن كان النصف أو الثلث إن كان شهد هذا و آخر معه» (١)، حيث قيل: و لو لم يكن التقسيط بحسب شهادة الشهود أجمع لم يكن في البين التقسيط بالثلث، فإنه لا يعتبر في ثبوت المال شهادة ثلاثة رجال.

و فيه: أنه لا دلالة للصحيفة على التقسيط، فإن موردها شهادة الزور،

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٣٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٠٦

ما يحكم به بشهادة غيره للمشهود له، و الأول اختيار الشيخ - رحمه الله -، و كذا لو شهد رجل و عشر نسوة فرجع ثمان منهن، قيل: كان على كل واحدة نصف

و في مورد شهادة الزور يكون إتلاف المال على المشهود عليه مع عدم بقاءه مستندا إلى شهادة الاثنين، و بما أنه لا تعيين للاثنين يقسط الغرم على الجميع، و نظيره ما إذا رجع الشهود الثلاثة عن شهادتهم بعد الحكم، فإن الغرم على الاثنين منهم، و لكن بما أنه لا معين للاثنين يقسط الغرم على الجميع.

و يترتب على ذلك أنه لو رجع اثنان منهم بعد الحكم فيغرم الراجعان نصف المال، لأن شهادة رجلين هو الموجب للحكم و أحدهما لم يرجع و رجع الآخر، و بما أنه لا معين لذلك الآخر فيغرم النصف المزبور.

و لكن يمكن أن يجاب عن المناقشة في دلالة الصحيفة، بأنه لو كان ضمان الثلث من هذه الجهة لكان على الإمام - عليه السلام - أن يحكم بضمن شاهدي الزور اللذين شهدتا أولا، لا الحكم بضمن الثلث مطلقا حتى في صورة العلم، بأن أي من الشهود شهد أخيرا، و عليه يقوى الحكم بالتقسيط بحسب شهادة الشهود.

و بهذا يظهر الحال في باقي الفروض و على الجملة تحديد البينة بشاهدي العدل إنما هو بالإضافة إلى الأقل، نظير تحديد أقل الجمع بثلاثة و الزائد على شاهدي العدل مع وجوده يدخل في البينة، كما يدل على ذلك ما ورد في تعارض البينتين في بعض الموارد من تقديم بينة يكثر أفرادها على البينة الأخرى.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٠٧

السدس لا شراكمهم في نقل المال، و الاشكال فيه كما في الأول (١).

[الثالث: لو حكم فقامت بينة بالجرح مطلقا لم ينقض الحكم]

الثالث: لو حكم فقامت بينة بالجرح مطلقا لم ينقض الحكم (٢)، لاحتمال التجدد بعد الحكم، و لو تعين الوقت و هو متقدم على

الشهادة نقض، و لو كان بعد الشهادة و قبل الحكم لم ينقض.

(١) قد تقدم أن في ضمان الرجل السدس و في ضمان كل امرأة نصف السدس اشكالا آخر غير اشكال التقسيط، و هو بما أنه يعتبر في سماع شهادتهن انضمام الرجل فيثبت بشهادة الرجل نصف المال و يقسط نصفه الآخر على شهادتهن بناء على التقسيط، فيكون على كل امرأة ترجع عن شهادتها نصف عشر المال.

و على الجملة فلم تنزل شهادة الرجل منزل شهادة المرأتين فما زاد ليكون عليه سدس المال، بل المرأتين فما زاد نزلت شهادتهما منزلة شهادة رجل واحد.

(٢) مراده- قدس سره- إذا قامت بينة بفسق الشاهدين اللذين صدر الحكم بشهادتهما و كانت البينة القائمة بعد الحكم مطلقة، يعنى لم يعين أنهما كانا فاسقين عند شهادتهما لم ينقض الحكم، لاحتمال حدوث فسقهما بعد الحكم، فلم يظهر الخلل في ميزان الحكم الصادر.

و كذا الحال فيما عينا فسقهما بعد أداء شهادتهما و قبل الحكم، لما تقدم من أن طريان الفسق على الشاهد بعد أداء شهادته لا يضر بالحكم، حيث إن المعبر عدالة الشاهد عند أداء شهادته.

نعم، إذا شهدت البينة بفسقهما حال أداء شهادتهما أو فسق أحدهما في تلك الحال نقض الحكم، لقيام البينة بأن الحكم لم يكن بميزان القضاء.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٠٨

و إذا نقض الحكم فإن كان قتلا أو جرحا فلا قود (١)، و الدية في بيت المال، و لو كان المباشر للقصاص هو الولي، ففي ضمانه تردد، و الأشبه أنه لا يضمن، مع حكم الحاكم و اذنه، و لو قتل بعد الحكم و قبل الاذن ضمن الدية.

و دعوى ان الميزان في القضاء عدالة شاهدي البينة عند أداء الشهادة واقعا أو ظاهرا و لا يعتبر خصوص العدل الواقعي، فلا يكون قيام البينة بفسقهما حال أدائهما الشهادة مضرا بصحة الحكم الصادر لا يمكن المساعدة عليها، فإن الاكتفاء بالعدل الظاهري نظير الاكتفاء بإحراز الشرط بالحكم الظاهري في سائر الموارد، و لا يسقط في تلك الموارد واقع الشيء عن الشرطية كما هو الحال في المقام أيضا، فإنه مقتضى الخطابات الواردة في عدم قبول شهادة الفاسق و شارب الخمر أو غيره.

و دعوى أن الظفر بالبينة بعد الحكم لا يوجب نقض الحكم، فكيف يكون الظفر بالبينة الجارحة موجبا له لا يمكن المساعدة عليها، فإن البينة التي لا يفيد الظفر بها بعد الحكم هي بينة المدعى بدعواه، فإنه إذا لم يقيم البينة و طالب الخصم باليمين و حلف على نفى دعواه فلا يفيد الظفر بها بعد الحكم، كما تقدم في بحث القضاء، و تقدم أيضا عدم جواز نقضه فيما إذا تبدل رأى القاضى و اجتهاده، فإنه لا يجوز له و لا لقاض آخر نقض الحكم الصادر من قبل.

(١) ثم إنه إذا نقض الحكم عند تبين فسق الشهود أو قيام البينة الجارحة و قد استوفى الحكم، فإن كان الاستيفاء بالقتل و الجرح و القطع، سواء كان بعنوان الحد أم القصاص، فلا قصاص سواء كان المستوفى هو الحاكم أم غيره، و سواء كان الغير ممن و كله الحاكم أم الولي أو من و كله الولي، حيث إن القصاص و القود يثبت على من جنى عمدا و ظلما، و المفروض عدم تحقق ذلك.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٠٩

و أما لو كان مالا فإنه يستعاد ان كانت العين باقية، و ان كانت تالفة فعلى المشهود له، لأنه ضمن بالقبض بخلاف القصاص، و لو كان معسرا

نعم، إذا كان القطع أو القتل في الحد يثبت الدية على بيت المال، وكذلك القصاص فيما إذا كان بأمر الحاكم و اذنه كما إذا كان وليّ الدم أو المجنى عليه قاصراً، وذلك فإن بيت المال معدّ لمصالح المسلمين و الدية في المقام منها، حيث لا يمكن أن يقال بضمان الحاكم أو من وكّله، فإن ذلك ينجزّ إلى سدّ اجراء الحدّ و ترك الحكم بالشهادة أو استيفاء الحقوق.

مضافاً إلى ما ورد في رواية الأصبح بن نباتة قال: قال: أمير المؤمنين - عليه السلام - : «ان ما أخطأت القضاء في دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين» (١)، و نحوها ما رواه الكليني في الموثق عن أبي مريم عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: «قضى أمير المؤمنين - عليه السلام - انّ ما أخطأت به القضاء في دم أو قطع فعلى بيت مال المسلمين» (٢).

و أمّا إذا كان قصاصاً استوفاه الولي، فعن الماتن - قدس سرّه - إن كان استيفاء الولي بإذن الحاكم فعلى بيت المال و إلّا كان في ماله. و لكن الأظهر عدم الفرق بين إذن الحاكم و عدمه، حيث وظيفة الحاكم الحكم بثبوت القصاص للولي و استيفائه أو العفو عنه أو المصالحة بالدية، فهذا كلّ للولي، و إذا اختار القصاص و انكشف الخطأ فلا موجب لضمان غيره، بل ما دل على أنّ على الجاني خطأ الدية يعم الولي.

و على الجملة، إذن الحاكم في الاستيفاء غير شرط في القصاص و أمره

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١٠ من أبواب آداب القاضى، الحديث ١: ١٦٥.

(٢) الوسائل: ١٩، الباب ٧ من أبواب دعوى القطع، الحديث ١: ١١١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦١٠

قال الشيخ: ضمن الإمام و يرجع به على المحكوم له إذا أيسر، و فيه اشكال من حيث استقرار الضمان على المحكوم له بتلف المال في يده، فلا وجه لضمان الحاكم.

موكول إلى الولي، فلا موجب لضمان الحاكم و لو بمعنى إعطاء الدية من بيت المال.

لا يقال: عموم ما دلّ على ما أخطأت القضاء في دم أو قطع فعلى بيت مال المسلمين يشمل صورة استيفاء الولي أو وكيله.

فإنه يقال: مع أنّه يمكن أن يقال: إنّ ذكر القطع و عدم ذكر الجرح قرينة على اختصاصه بالحد، إنّ الروايتين لضعف سندهما تأييد لما ذكرناه.

من القرينة على عدم ضمان الحاكم أو وكيله و المقدار المتيقن من ضمان بيت المال ما ذكرناه و مما ذكرنا يظهر عدم المجال لدعوى انجبار ضعفهما بعمل الأصحاب، و الوجه في عدم المجال أنّ عملهم لعلّه كان بتلك القرينة.

و أمّا لو كان المشهود به مالا فمع بقاءه تستعاد العين و مع تلفه في يد المشهود له يكون عليه ضمانه حيث تلف مال الغير بيده.

نعم، لو جرت يد القاضى أو وكيله على المال فلا يبعد جواز رجوع المشهود عليه على القاضى، و يكون ضمانه على بيت المال و بعد أدائه يرجع إلى من تلف المال بيده لاستقرار الضمان عليه، على ما ذكر في قاعدة تعاقب الأيدي على مال الغير، فإنّ الضمان و إن كان على كلّ من جرت يده على العين إلّا أنّ استقراره على من تلفت في يده.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦١١

[مسائل]

إشارة

مسائل:

[الأولى: إذا شهد اثنان ان الميت أعتق أحد مماليكه و قيمته الثلث]

الأولى: إذا شهد اثنان ان الميت أعتق أحد مماليكه و قيمته الثلث، و شهد آخران أو الورثة ان العتق لغيره و قيمته الثلث، فان قلنا: المنجزات من الأصل، عتقا (١)، و ان قلنا: تخرج من الثلث، فقد انعتق أحدهما، فإن عرفنا السابق صح عتقه، و بطل الآخر، و ان جهل استخرج بالقرعة، و لو اتفق عتقهما في حالة واحدة، قال الشيخ: يقرع بينهما بعتق المقروع، و لو اختلفت قيمتهما أعتق المقروع، فإن كان بقدر الثلث صح و بطل الآخر، و إن كان أزيد صح العتق منه في القدر الذي يحتمله الثلث، و ان نقص أكملنا الثلث من الآخر.

[الثانية: إذا شهد شاهدان بالوصية لزيد، و شهد من ورثته عدلان أنه رجع عن ذلك و أوصى لخالد]

الثانية: إذا شهد شاهدان بالوصية لزيد، و شهد من ورثته عدلان أنه رجع عن ذلك و أوصى لخالد، قال الشيخ: يقبل شهادة الرجوع (٢)، لأنهما لا يجزان نفعاً، و فيه اشكال، من حيث ان المال يؤخذ من يدهما، فهما غريما المدعى.

(١) هذا فيما إذا احتمل عتق كل منهما، و مع العلم بأنه لم يعتق إلا أحدهما فيقرع في المعتق، كما يستفاد ذلك من بعض ما ورد في اختلاف البيهقيين و ما إذا تردد المعتق بين المتعدد.

و كذلك الحال فيما لو قيل بأن منجزات المريض من الثلث فإنه بناء عليه يرجع في تعيين المعتق إلى القرعة، مع عدم إحراز تقدم عتق أحدهما، و إنما صح عتقه و بطل عتق الآخر، و لو أعتقهما معا فلا يبعد الحكم بصحة العتق في بعض كل منهما بحساب ثلثه ثلث المولى المعتق.

(٢) لو كان الموصى به عينا في يد غير الوارث فشهادة الورثة برجوع الموصى عن وصيته و وصيته تلك العين لخالد مسموعة كشهادة غيرهم، و لا تكون الورثة في الفرض المدعى عليه بالإضافة إلى العين الموصى بها، لعدم كونها بيدهم حتى أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦١٢

[الثالثة: إذا شهد شاهدان لزيد بالوصية، و شهد شاهد بالرجوع و انه أوصى لعمرو]

الثالثة: إذا شهد شاهدان لزيد بالوصية، و شهد شاهد بالرجوع و انه أوصى لعمرو، كان لعمرو أن يحلف مع شاهده (١)، لأنها شهادة منفردة لا تعارض الأولى.

يجب عليهم دفعها إلى الموصى له، بل التكليف يتوجه إلى الوصى و من بيده العين.

نعم، إذا كانت العين بيدهم فهم المدعى عليهم بالإضافة إلى دعوى زيد، فشهادتهم برجوع الموصى عن وصيته العين له لا تسمع. و كذا الحال فيما إذا كان الموصى به مشاعاً في التركة التي بيد الورثة كلاً أو بعضاً، و قد تقدم اعتبار الشاهد في ثبوت الدعوى و كونه من غير أطراف المخاصمة.

(١) إذا شهد اثنان بأن الموصى أوصى العين لزيد و شهد عدل آخر أنه قد رجع عن تلك الوصية و أوصاها ثانياً لعمرو، يجوز العمرو

أن يحلف مع ذلك الشاهد العدل على أنه رجع عن وصيته و أوصى العين له. و ما ذكرنا سابقا من أن الشاهد العادل و حلف المدعى لا يفيد شيئا في مقابل البينة لا يجرى في المقام، فإن ما ذكرناه يختص بصورة تعارض البينة مع شاهد عدل و يمين المدعى، و في المقام لا تعارض بينهما، حيث إن ما شهدت به البينة لزيد وصية العين له، و هذا لا ينافي رجوع الموصى عن تلك الوصية و وصيته العين لآخر، كما يشهد به الشاهد الآخر. و بما أن دعوى المال تسمع و تثبت بشهادة عدل مع يمين المدعى، فإن حلف عمرو يحكم بأن العين له حيث يثبت الرجوع، و إلا يحكم ببقاء الوصية الأولى و إن العين لزيد، و لكن قد تقدم في بحث القضاء إن مثل هذا الحكم حكم ظاهري لا قضاء. أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦١٣

[الرابعة: لو أوصى بوصيتين منفردتين، فشهد آخران أنه رجع عن إحداهما]

الرابعة: لو أوصى بوصيتين منفردتين، فشهد آخران أنه رجع عن إحداهما، قال الشيخ: لا يقبل (١) لعدم التعيين، فهي كما لو شهدت بدار لزيد أو لعمرو.

(١) الظاهر أن الشيخ - قدس سره - يعتبر في سماع البينة تعيين المشهود به، فالمشهود به بلا تعيين لا يثبت بالبينة كما لا تسمع الدعوى بلا تعيين المدعى عليه، بأن يدعى أنه أمّا يطالب زيدا بكذا أو عمرا، أو يقول أنه يطالب زيدا بالدار الفلاني أو بالمال على عهده، و بتعبير آخر لا تسمع البينة مع عدم تعيين المشهود عليه و لا مع عدم تعيين المشهود به. و قد يقال: أنه لا يعتبر التعيين، غاية الأمر يرجع في تعيين المشهود به إلى القرعة، أخذا بما دلّ على اعتبارها في إخراج الحق و المحق، و احتمال الرجوع إلى القسمة بأن يؤخذ من كل من الوصيتين بنصفها. أقول: إن كان المراد تعيين الوصية المرجوع فيها في مقام القضاء لا- يكون بالبينة المزبورة، كما إذا ادعى الورثة على الوصى أو الموصى له، بأن الموصى قد رجع في الوصية الفلانية، و لكن شهدت بيّنتهم برجوعه في إحدى الوصيتين من غير تعيين لما يدعيها الورثة، فلا يثبت بها دعوى الورثة و لا بالقرعة المنضمة إليها، لأن الدعوى تثبت بالبينة و المفروض أنها لم تقم بها و القرعة لا تثبت الدعوى فهو صحيح.

و إن كان المراد أن البينة المزبورة غير معتبرة في مقام تعيين الوظيفة على الوصى أو الورثة، فهو غير صحيح، لأنه بعد ثبوت رجوع الموصى عن إحدى الوصيتين يؤخذ بالقرعة في تعيينهما، كما إذا صرح الموصى برجوعه عن إحداهما من غير تعيين منه عند رجوعه، أخذا بالإطلاق الوارد في بعض رواياتها كما تقدم سابقا. أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦١٤

[الخامسة: إذا ادعى العبد العتق و أقام بيّنة]

الخامسة: إذا ادعى العبد العتق (١) و أقام بيّنة تفتقر إلى البحث و سأل التفريق حتى تثبت التزكية، قال في المبسوط: يفرّق و كذا لو أقام مدعى المال شاهدا واحدا و ادعى أنه له آخر و سأل حبس الغريم، لأنه متمكن من إثبات حقه باليمين، و في الكل إشكال، لأنه تعجيل للعقوبة قبل ثبوت الدعوى.

و أما الرجوع إلى القسمه فلا دليل عليه في المقام بدعوى قاعدة العدل و الإنصاف، حتى فيما إذا تردّد الموصى له بين شخصين، فإنّ تلك القاعدة لم تثبت بعنوان القاعدة، نعم ورد القسمه في بعض صغرياتها كتلف الوديعة و نحوها، و التقسيط في مورد الوصية فيما إذا كانت الوصايا متعددة و قصر الثلث عن الوفاء بها في غير الموارد التي تثبت فيها تقديم بعضها.

(١) المراد إنّه إذا ادّعى العبد عتقه و أقام شاهدان على دعواه بحيث يحتاج الحكم بعتقه بشهادتهما إلى تركيتهما و سأل العبد القاضى أن يفرّق بينه و بين مولاه حتى تثبت تركية شاهديه.

قال الشيخ- قدّس سرّه- يفرّق، و ذكر في المسالك في وجه وجوب الإجابة بأنّ العبد قد عمل بما هو وظيفته و التركية تكليف الحاكم، لأنّ الأصل العدالة حتى يثبت الجرح، و لأنّ مدعى العتق ربّما تكون أمه فعدم التفريق بينها و بين مولاه ضرر عليها، لأنّ المولى ربّما يقدم إلى مواقعتها أو إلى غيرها.

و لكن لا يخفى ما فيه، فإنّ اعتبار الشهادة يحتاج إلى تركية الشاهدين و لم تثبت و إنّ الأصل العدالة لا أساس له. و على الجملة سؤال التفريق في الفرع كسؤال الحبس في الفرع الثاني، و هو ما إذا أقام المدّعى شاهدا على دعوى المال على الغير و ادّعى أنّه له شاهدا آخر و سأل الحاكم حبس غريمه، فإنّه قيل بوجوب الإجابة على الحاكم، لأنّ المدّعى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦١٥

.....

يمكن على إثبات دعواه بضمّ يمينه إلى شاهده، و لكن القول المزبور غير صحيح، لأنّه من العقوبة قبل ثبوت الدعوى. نعم، يجوز في بعض الموارد لبعض الخصوصيات حبس الغريم، و هذا أمر آخر و بعنوان آخر كما تقدم في بحث القضاء ثمّ إنّه قد ألحق بالمسائل المتقدمة مسائل أخرى.

و ذكر في السادسة منها:

إنّ المصرّح به في كلام العلّامة و بعض آخر عدم الفرق في الضمان بين شهود الدعوى و شهود التركية، فلو زكى اثنان شهود الزنا و كان تركيتهما بنحو التعميد بالكذب، و علم ذلك بعد قتل المشهود عليه بالزنا يكون الضمان على المزكّين، نعم لا يقتص منهما بل يؤخذ منهما الديّة لأنّ الثابت من القصاص عن الشاهد ما إذا ظهر كذب الشاهد بالزنا أو اعترافه بالكذب في شهادته به.

و على الجملة القصاص في مورد كذب الشاهد في شهادته بموجب القتل أو اعترافه بالتعميد في شهادته به من غير علم، و هذا لا يجرى في شاهدي التركية لاحتمالهما صدق شهود الزنا و إنّما كذبا في شهادتهما بتركية الشهود و الحكم بضمانهما الديّة لبعض ما ورد في ضمان الديّة من أنّه لا يذهب دم المسلم هدرًا، و لو فرض في مورد علمهما بكذب شهود الزنا في شهادتهم على المشهود عليه فلا يبعد ثبوت القصاص في شهادتهما بتركية شهود الزنا كذبا لاستناد القتل إلى تعمدهما في شهادتهما بالتركية زورا.

ثمّ هل يؤخذ من المزكّين مع ظهور كذبهما في التركية أو رجوعهما عن شهادتهما تمام الديّة أو نصفها، فقد يقال بأخذ النصف لأنّ القتل يستند إلى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦١٦

.....

شهود الزنا و شاهدي التركية فشهادتهما معا كشهادة رجل واحد فيما يكون ثبوته بشهادة رجلين.

أقول: مقتضى ما ذكره فيما ثبت بشهادة رجل و عشرة نسوة من التقسيط المتقدم أن يكون الديّة الثابت على المزكّين ثلثا لا نصفًا، لأنّ قتل المشهود عليه لشهادة ستة أربعة بالزنا و اثنان بعدالتهم، اللهم إلّا أن يقال باختلاف المشهود به في المقام دون ما تقدم.

و كيف ما كان فلو لم يظهر كذب شهود التزكية في شهادتهم بتزكية الشهود و لم يرجع واحد منهم عن شهادته بالتزكية بل ظهر فسق شاهدي التزكية فالضمان على بيت المال كما تقدم في فرض ظهور فسق شهود الواقعة.

المسألة السابعة:

لو شهد أربعة بالزنا و اثنان بالإحصان فرجم ثم رجع شهود الإحصان اقتصّ منهما إن اعترفا بالتعمد و إن قالوا أخطأنا تؤخذ منهم الدية على نحو التقسيط الآتي، و إن اقتصّ منهما يرد على وليهما بقدر نصيب شهود الزنا من الدية، كما أنه لو رجع شهود الزنا، فإن قالوا: تعمّدنا، اقتصّ منهم، و يردّ على وليهم بقدر ما على شاهدي الإحصان على تقدير رجوعهما و قولهما: أخطأنا. و لو رجع الجميع يكون الضمان على الجميع قصاصا أو دية لاشتراكهم في التسبب إلى القتل على قرار ما تقدم في شاهدي التزكية من التسبب، فيحتمل أن يكون الضمان فيما لو قالوا أخطأنا على الكلّ بالسوية، كما يحتمل أن يكون الضمان على شاهدي الإحصان بالنصف و على شهود الزنا بالنصف الآخر.

و على ذلك فلو كان اثنان من شهود الزنا شاهدي الإحصان فرجع

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦١٧

.....

كلّهم يكون الضمان على شهود الإحصان بثلاثة أرباع الدية، على القول بالنصف ربعان لشهادتهما بالإحصان و الربع لشهادتهما بالزنا مع رجوعهما عن شهادتهما بالإحصان و الزنا كما هو الفرض، و يكون على الشاهدين الآخرين ربع الدية، و على القول بالتسوية يكون على شاهدي الرجوع ثلثا الدية و على الآخرين من شهود الزنا ثلثها الباقي لأنّ القتل كأنه وقع بفعل ستة أشخاص. و يحتمل أن يكون لكل من الشهود الأربعة ربع الدية، لأنّ الجناية من شهود الإحصان و إن تعدّد إلّا أنّ الدية لا تقسّط على الجناية بل على الرؤوس، كما إذا قتل شخصاً أحدهما ضربه ضربتين و الآخر ضربه واحدة فمات بسبب الضربات الثلاث.

المسألة الثامنة:

إذا رجع المعرفان عن الشهادة بعد حكم الحاكم، كما إذا شهد أعميان عند الحاكم بأنّ زيد بن خالد اقترض من عمرو كذا، و شهد المعرفان بأنّ زيد بن خالد المدّعى عليه هو الذي أحضره المدّعى، ثمّ رجعا عن شهادتهما و قالوا: شككنا في المشهود عليه في شهادة الأعميين هل هو هذا أو غيره، غرّم المال المأخوذ من المدّعى عليه الحاضر، فهل يضمنان نصفه أو تمامه.

و وجه ضمان النصف أنّ المال المأخوذ من الحاضر بشهادة الشاهدين و المعرفين معا، و مقتضى ذلك ضمان المعرفين النصف و الأصل برأيه ذمتهما عن ضمان النصف الآخر، و لا يعارض لأصالة براءة ذمة الأعميين لأنّهما لم يرجعا عن شهادتهما، و وجه ضمان الكل أنّ الموجب لتمام شهادة كل من الأعميين و صيرورتها شهادة على الحاضر حصل بالمعرفين، فيستند الإلتلاف على الحاضر إليهما لا إلى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦١٨

.....

الشاهدين بالدين.

و لا يخفى أنّ الصحيح هو الثاني، فيما إذا اعترف المعرف الراجع بصحة شهادة الشاهدين، و مع عدمه يكون عليه غرم ربع المال و لذا لو رجع المعرفان و الشاهدان يتعين القول بالتقسيط على الجميع.

المسألة التاسعة:

إذا ثبت الحكم بشهادة شاهدي الفرع على كل من شاهدي الأصل ثم رجعا عن شهادتهما، فيضمن الفرع برجوعهما في شهادتهما، و إذا حضر شاهدا الأصل و لم يكذبا شاهدي الفرع في رجوعهما فالضمان على الفرع بلا كلام، و أما إذا كذباهما في رجوعهما بأن قالوا: شهادة شاهدي الفرع كانت صحيحة، فقد يقال:

إن رجوعهما كالعدم في عدم كونه موجبا لضمانهما، فإن تكذيب الأصل شهادة بأن شاهدي الفرع لم يتلفا على المشهود عليه مالا. وفيه: إن البينة لا تعتبر مع الإقرار فالراجع معترف بأنه بشهادته أتلف المال على المشهود عليه فيؤخذ به ما لم يعلم وجدانا خلافة و مع البينة، خصوصا مع عدم اعتبارها لا يعلم الخلاف كما هو الحال في كل بيته ينفيا إقرار المقر. و كيف ما كان، فلو شهد كل من شاهدي الفرع بشهادة كل من الأصل، ثم رجعا ضمن كل من شاهدي الفرع نصف المال لأنهما معا بشهادتهما أتلفا على المشهود عليه كل المال، و لو رجع كل من الفرعين عن الشهادة بأحد الأصليين أي بالمعين من شاهدي الأصل ضمن كل منهما ربع المال لأن رجوعهما معا بمنزلة رجوع أحد الأصليين. و ما في الجواهر من احتمال ضمان جميع المال لكون رجوعهما كرجوع الأصليين لم يعلم وجهه.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦١٩

.....

و لكن إذا رجع أحد الفرعين عن الشهادة بشهادة أحد الأصليين و الآخر من الفرعين عن الشهادة بالأصل الآخر ضمنا كل المال لأنهما برجوعهما كذلك قد أوجدا الخلل في شهادة كل من الأصليين حيث لا تثبت شهادة أي من الأصليين إلا بشهادة الفرعين على كل منهما.

و لكن لا يخفى أن الموجب لضمان الشاهد إتلاف المال على المشهود عليه بشهادته، و في المفروض كل من شاهدي الفرع و ان تلف على المشهود عليه نصف المال إلا أنه ليس إتلافه بانفراده بل منضمنا إلى شهادة صاحبه الذي لم يعترف بإتلافه لعدم رجوعه عن تلك الشهادة التي رجع عنها الفرع الآخر.

المسألة العاشرة:

قد تقدم حرمه شهادة الزور و يعزّر مرتكبها و ارتكابها كترك الشهادة و كتمانها في مقام وجوب الأداء من الكبائر، كما ورد في صحيحة عبد العظيم الحسنی الواردة في الكبائر، و تزيد على الكتمان بكونها كذبا، حيث ورد فيها: «و شهادة الزور و كتمان الشهادة، لأن الله عزّ و جلّ يقول و مَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (١).

و في موثقة سماعة: «شهود الزور يجلدون حدا ليس له وقت» (٢)، و نحوها رواية عبد الله بن سنان «٣»، و في معتبرة غياث بن إبراهيم: «إن عليا- عليه السلام- كان إذا أخذ شاهد الزور، فإن كان غريبا بعث به إلى حيّه، و إن سوقيا بعث به إلى سوقه فطيف به، ثم يجسه أياما ثم يخلي سبيله» (٤)، و قد تقدم في صحيحة

(١) الوسائل: ١١، الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٢: ٢٥٣، و الآية في البقرة: ٢٨٣.

(٢) المصدر نفسه: ١٨، الباب ١٥ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٤٤.

(٣) المصدر نفسه: ١٨، الباب ١٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٤٤.

(٤) المصدر نفسه: ١٨، الباب ١٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٤٤.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٦٢٠

.....

محمد بن مسلم «١» و صحیحہ جمیل «٢» ضمانه ما أتلّف على المشهود عليه بشهادته.

و كتمان الشهادة في مقام وجوب أدائها، كما تقدم في بحث وجوب الأداء، و ان كان محرماً إلا أنه لا يوجب ضمان المال، لأنّ الضمان مستفاد ممّا ورد في شاهد الزور و الكاتم بترك الشهادة لا يدخل فيه و إتلاف الحق أو المال لا يستند إلى ترك الشهادة، فإنّ الحكم من الحاكم يستند إلى غيره من البيّنة أو الحلف كما لا يخفى، إلى هنا انتهى ما أورده من مباحث الشهادات.

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٣٨.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٣٨.

تبریزی، جواد بن علی، أسس القضاء و الشهادة، در یک جلد، دفتر مؤلف، قم - ایران، اول، ه ق

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/٤١).

قال الإمام علي بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بناذر البحار - في تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عيون أخبار الرضا(ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رَحِمَهُ اللَّهُ - كان أحدًا من جهابذة هذه المدينة، الذي قد اشتهر بشعفه بأهل بيت النبي (صلوات الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة لم ينطفي مصباحها، بل تتبّع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطه من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميّة و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، في مجالات شتى: دينية، ثقافية و علمية...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافة الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحرر الأذق للمسائل الدينيّة، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايتي المتبدلة أو الرديئة - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضية واسعة جامع ثقافية على أساس معارف القرآن و اهل البيت عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم الإسلامية، إنالة المنابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة في الجامعة، و...

- منها العدالة الاجتماعية: التي يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثة متصاعدة، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في أكناف البلد - و نشر الثقافة الإسلامية و الإيرانية - في أنحاء العالم - من جهة أخرى.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريّة، مع إقامة مسابقات القراءة

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقية و مكتبيه، قابلة للتشغيل في الحاسوب و المحمول

- ج) إنتاج المعارض ثلاثية الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الدينيّة، السياحيّة و...
- د) إبداع الموقع الانترنتي "القائمية" www.Ghaemiyeh.com و عدّة مواقع أُخرَ
- ه) إنتاج المُنتجات العرضيّة، الخطّابات و... للعرض في القنوات القمرية
- و) الإطلاق و الدّعم العلميّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيّة، الاخلاقيّة و الاعتقاديّة (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)
- ز) ترسيم النظام التلقائيّ و اليدويّ للبلوتوث، ويب كشك، و الرّسائل القصيرة SMS
- ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعيّة و اعتباريّة، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميّة، الجوامع، الأماكن الدينيّة كمسجد جَمكران و...
- ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسة" الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشاركين في الجلسة
- ي) إقامة دورات تعليميّة عموميّة و دورات تربية المربّي (حضوراً و افتراضاً) طيلة السّنة
- المكتب الرّئيسي: إيران/أصبهان/ شارع "مسجد سيد" / "ما بين شارع" پنج رَمضان " و مُفترق "وفائي" / "بنايه" القائمية " تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجريّة الشمسيّة (= ١٤٢٧ الهجريّة القمرية) رقم التسجيل: ٢٣٧٣ الهويّة الوطنيّة: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦ الموقع: www.ghaemiyeh.com البريد الالكتروني: Info@ghaemiyeh.com المتجر الانترنتي: www.eslamshop.com الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠٢٣ (٠٠٩٨٣١١) الفاكس: ٢٢-٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١) مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١) التّجاريّة و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١) ملاحظه هامه:
- الميزانيّة الحاليّة لهذا المركز، شعبيّة، تبرّعيّة، غير حكوميّة، و غير ربحيّة، اقتُنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنّها لا تُوفّي الحجم المتزايد و المتسعّ للامور الدينيّة و العلميّة الحاليّة و مشاريع التوسعة الثقافيّة؛ لهذا فقد ترجّى هذا المركزُ صاحبَ هذا البيتِ (المُسمّى بالقائمية) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقيّة الله الأعظم (عَجَل اللهُ تعالى فرجه الشريف) أن يُوفّق الكلَّ توفيقاً متزائداً لإعانتهم - في حدّ التمكن لكلِّ احدٍ منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء اللهُ تعالى؛ و اللهُ وليّ التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان

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

