



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية
عليه صلوات الله
عليه وآله

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

كتاب القضاء

في الفرائض

للشيخ الفاضل الميرزا محمد باقر

مدرس في دارالعلوم في مدينة قزوین

في سنة ١٢٩٠

لقد اتمت

بندر

الشيخ محمد حسين السبلاني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب القضاء

كاتب:

آيت الله على حسينى ميلانى

نشرت فى الطباعة:

محمود شريعت المهدوى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٢٠	كتاب القضاء
٢٠	اشاره
٢٠	المجلد ١
٢٠	اشاره
٢٤	مقدمه
٢٩	كتاب القضاء
٢٩	القضاء فى اللغة و الاصطلاح
٣٢	القضاء فى الشريعه:
٣٣	وجوب القضاء:
٣٤	صفات القاضى
٣٤	اشاره
٣٩	١- البلوغ
٤٠	٢- العقل:
٤٠	٣- الايمان:
٤٢	٤- العدالة:
٤٢	٥- طهاره المولد:
٤٣	٦- العلم:
٤٣	اشاره
٥٧	و هنا مسائل:
٥٧	(الأولى) هل للمجتهد أن ينصب مقلده للقضاء؟
٥٩	(الثانيه)
٥٩	(الثالثه) ما المراد من معرفه الاحكام و العلم المعتبر فى القاضى؟
٦١	الضبط:

- ٦٢ الكتابه:
- ٦٣ ٧-الذكوره:
- ٦٩ الحريه:
- ٧٠ مسائل
- ٧٠ اشاره
- ٧٢ المسأله الاولى
- ٧٢ اشاره
- ٧٣ هل يشترط الرضا بالحكم بعده؟
- ٧٥ هل يشترط فيه ما يشترط في المنصوب؟
- ٧٩ و هل يشترط الأعلميه؟
- ٧٩ و هل يشترط الأعلميه في البلد؟
- ٨٠ نفوذ قضاء الفقيه في الغيبه:
- ٨٨ المسأله الثانيه
- ٨٨ اشاره
- ٩٤ هل له ان يبذل مالا ليلبي القضاء؟
- ٩٥ المسأله الثالثه
- ١٠٣ المسأله الرابعه
- ١٠٣ اشاره
- ١٠٥ هل القضاء قابل للوكاله؟
- ١١٠ المسأله الخامسه
- ١١٠ اشاره
- ١١١ موجز الكلام في أخذ الأجره على الواجبات:
- ١١٩ ما ورد في خصوص القضاء:
- ١٢٢ هل يجوز أخذ الأجره على الشهاده؟
- ١٢٤ المسأله السادسه
- ١٢٤ اشاره

- ١٣١ أمور أخرى تثبت بالاستقاضه:
- ١٣٥ المسأله السابعه
- ١٣٥ اشاره
- ١٣٦ لو اختلف المترافعان فى تعيين القاضى:
- ١٤١ المسأله الثامنه
- ١٤٧ المسأله التاسعه
- ١٤٧ اشاره
- ١٥١ لو مات القاضى الأصلى فهل ينزل النائب عنه؟
- ١٥٤ المسأله العاشره
- ١٥٨ المسأله الحاديه عشر
- ١٦٢ آداب القاضى و القضاء
- ١٦٢ اشاره
- ١٦٢ الآداب المستحبه،
- ١٦٩ (و الآداب المكروهه)
- ١٧٢ مسائل
- ١٧٢ اشاره
- ١٧٤ المسأله الأولى
- ١٨٢ المسأله الثانيه
- ١٨٤ المسأله الثالثه
- ١٨٤ اشاره
- ١٨٤ حكم تجديد المرافعه:
- ١٨٥ حكم نظر الثانى فى حكم الأول:
- ١٩٠ متى يجوز النقض؟
- ١٩٣ بم يتحقق الحكم؟
- ١٩٤ هل يجب على المجتهد الاعلام بتغير رأيه؟
- ٢٠٠ المسأله الرابعه

- المسأله الخامسه ٢٠٤
- المسأله السادسه ٢٠٨
- المسأله السابعه ٢١٢
- المسأله الثامنه ٢١٤
- اشاره ٢١٤
- بحث الحاكم عن عداله الشاهدين: ٢١٤
- انتقاض الحكم بفسقهما وقت الحكم: ٢٢٢
- هل يجوز التعويل على حسن الظاهر؟ ٢٢٣
- السؤال عن التزكيه و كيفيه ثبوتها: ٢٢٤
- كيفيه ثبوت الجرح: ٢٢٧
- حكم ما لو اختلف الشهود بالجرح و التعديل: ٢٣٠
- المسأله التاسعه ٢٣٣
- المسأله العاشره ٢٣٩
- المسأله الحاديه عشره ٢٤٢
- المسأله الثانيه عشره ٢٤٤
- المسأله الثالثه عشره ٢٤٥
- المسأله الرابعه عشره ٢٤٨
- المسأله الخامسه عشره ٢٤٩
- المسأله السادسه عشره ٢٥١
- المسأله السابعه عشره ٢٥٢
- اشاره ٢٥٢
- موضوع الرشوه: ٢٥٣
- حكم الرشوه فى غير الحكم: ٢٥٥
- حكم الهديه للقاضى: ٢٥٧
- المسأله الثامنه عشره ٢٦٠
- كيفيه مجلس الحكم ٢٦٤

- ٢٦٦ اشارة
- ٢٦٨ (المقصد الأول (فى وظائف الحاكم))
- ٢٦٨ اشارة
- ٢٦٨ (الأولى: التسويه بين الخصمين)
- ٢٧٧ الوظيفه الثانيه
- ٢٧٩ الوظيفه الثالثه
- ٢٨١ الوظيفه الرابعه
- ٢٨٢ الوظيفه الخامسه
- ٢٨٣ الوظيفه السادسه
- ٢٨٤ الوظيفه السابعه
- ٢٨٦ المقصد الثانى
- ٢٨٦ المسأله الأولى
- ٢٩٠ المسأله الثانيه
- ٢٩٦ المسأله الثالثه
- ٢٩٨ المسأله الرابعه
- ٢٩٨ المسأله الخامسه
- ٣٠٠ المقصد الثالث
- ٣٠٠ اشارة
- ٣٠١ ١-الإقرار و جملة من أحكامه:
- ٣٠١ اشارة
- ٣٠٥ هل يحكم عليه من دون مسأله المدعى؟
- ٣٠٧ حكم كتابه الإقرار:
- ٣١١ هل يحبس الممتنع عن أداء الدين؟
- ٣١٢ حكم ما لو ادعى الإعسار:
- ٣١٥ هل يحبس حتى يتبين حاله؟
- ٣١٧ ٢-الإنكار و جملة من احكامه:

- ٣١٧ اشارة
- ٣٢٥ حكم ما إذا حلف المنكر:
- ٣٣٢ حكم ما إذا رد اليمين:
- ٣٣٦ اليمين المردودة في حكم البينه أو الإقرار؟
- ٣٣٨ حكم ما إذا نكل المنكر:
- ٣٤٦ لو بذل اليمين بعد النكول:
- ٣٤٨ هل يأمر الحاكم المدعى بإحضار البينه؟
- ٣٥١ بعض أحكام البينه:
- ٣٥٤ حكم جرح المدعى عليه البينه:
- ٣٥٦ حكم ما لو كانت الدعوى على الميت:
- ٣٦٥ أحكام قيام البينه على الغائب و الصبي و المجنون:
- ٣٧١ حكم ما لو ذكر المدعى ان له بينه غائبه:
- ٣٧٤ ٣-الأحكام المترتبة على سكوت المدعى عليه:
- ٣٧٩ ٤-حكم ما لو أجاب بقوله «لا ادري» :
- ٣٧٩ اشارة
- ٣٨٤ (مسائل تتعلق بالحكم على الغائب)
- ٣٨٨ المسألة الاولى
- ٣٩١ المسألة الثانية
- ٣٩٣ المسألة الثالثة
- ٣٩٦ المقصد الرابع
- ٣٩٦ اشارة
- ٣٩٦ (الأول: في اليمين)
- ٣٩٦ اشارة
- ٣٩٨ لا يستحلف أحد إلا بالله:
- ٤٠٣ عدم جواز الإحلاف بغير أسماء الله:
- ٤٠٥ استحباب تقديم العظه و تغليظ اليمين:

- ٤١٠ فرعان:
- ٤١٠ الأول: حكم ما لو امتنع عن الإجابة إلى التغليب:
- ٤١٣ الثاني: حكم ما لو حلف لا يجيب إلى التغليب:
- ٤١٧ كيفية استحلاف الأخرس:
- ٤١٨ هل يشترط كون الاستحلاف في مجلس الحكم؟
- ٤٢٢ البحث الثاني
- ٤٢٢ اشاره
- ٤٢٤ حكم ما إذا كان الحلف على نفي فعل الغير و فروع ذلك
- ٤٣٢ هل يجوز الحلف اعتمادا على اليد و الاستصحاب؟
- ٤٣٥ متى يحلف المدعى؟
- ٤٣٩ مسائل ثمان
- ٤٣٩ المسألة الأولى
- ٤٤٢ المسألة الثانية
- ٤٤٤ المسألة الثالثة
- ٤٤٨ المسألة الرابعة
- ٤٤٩ المسألة الخامسة
- ٤٥٠ المسألة السادسة
- ٤٥٤ المسألة السابعة
- ٤٥٦ المسألة الثامنة
- ٤٥٨ البحث الثالث
- ٤٥٨ اشاره
- ٤٦٢ حكم ما لو تقدمت اليمين على الشهادة
- ٤٦٤ الكلام في مورد قبول الشاهد و اليمين
- ٤٧٣ حكم ما لو كان المدعى جماعه و الشاهد واحد
- ٤٧٦ عدم جواز الحلف من غير علم:
- ٤٧٨ لا تثبت اليمين مالا لغير الحالف:

- ٤٨٢ حكم ما لو ادعى جماعه مالا لمورثهم:
- ٤٨٥ هل للممتنع عن اليمين شركه مع الحالف؟
- ٤٩٠ حكم ما لو كان في المدعين صغير
- ٤٩٢ مسائل خمس
- ٤٩٢ المسأله الأولى
- ٤٩٤ المسأله الثانيه
- ٥٠١ المسأله الثالثه
- ٥٠٨ المسأله الرابعه
- ٥٠٨ المسأله الخامسه
- ٥١١ المجلد ٢
- ٥١١ اشاره
- ٥١٧ تتمه كتاب القضاء
- ٥١٧ الكلام في: كتاب قاض إلى قاض
- ٥١٧ اشاره
- ٥١٩ حكم إنهاء الحكم بالكتابه:
- ٥٢٣ حكم إنهاء الحكم بالقول مشافهه:
- ٥٢٤ حكم إنهاء الحكم بالشهاده:
- ٥٢٧ دليل المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض و رده:
- ٥٢٩ لا يعتبر الاشهاد في هذه الشهاده.
- ٥٣٠ قصر العمل بالكتاب على حقوق الناس:
- ٥٣٠ ما ينهى إلى الحاكم:
- ٥٣٣ حكم إنفاذ الثبوت لو أخبر الأول به:
- ٥٣٤ حقيقه الإنفاذ
- ٥٣٥ صورته الإنهاء:
- ٥٣٦ حكم ما لو تغير حال الحاكم الأول:
- ٥٣٧ لا أثر لتغير حال المكتوب اليه:

- ٥٣٩ مسائل ثلاث
- ٥٣٩ المسأله الأولى
- ٥٤١ المسأله الثانيه
- ٥٤٢ المسأله الثالثه
- ٥٤٣ الكلام فى: بعض أحكام القسمه
- ٥٤٣ اشاره
- ٥٤٥ مشروعيه القسمه:
- ٥٤٦ حقيقه القسمه:
- ٥٤٨ حكم نصب القاسم:
- ٥٤٩ صفات القاسم:
- ٥٥٠ هل يشترط الرضا بعد القرعه؟
- ٥٥١ و هل يشترط القرعه؟
- ٥٥٢ هل تتحقق القسمه بالصلح؟
- ٥٥٢ عدم الفرق بين قسمه الرد و غيره:
- ٥٥٥ الكلام فى أجره القاسم:
- ٥٥٩ النظر فى المقسوم:
- ٥٦٢ أقسام القسمه:
- ٥٦٦ كيفيه القسمه:
- ٥٦٨ مسائل ثلاث
- ٥٦٨ المسأله الاولى
- ٥٦٩ المسأله الثانيه
- ٥٧١ المسأله الثالثه
- ٥٧٤ النظر فى اللواحق
- ٥٧٤ الاولى: لو ادعى بعد القسمه الغلط و هى ثلاث،
- ٥٧٧ الثانيه: إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً:
- ٥٨٠ الثالثه: لو قسم تركه الميت ثم ظهر عليه دين

- الكلام فى: أحكام الدعوى ٥٨٥
- اشاره ٥٨٥
- تعريف المدعى: ٥٨٧
- الشروط المعبره فى المدعى: ٥٩٠
- (البلوغ) ٥٩٠
- اشتراط العقل: ٥٩١
- ان لا يدعى مالا لغيره: ٥٩١
- ان لا يدعى ما لا يجوز تملكه: ٥٩٢
- اشتراط كون الدعوى صحيحه لازمه: ٥٩٣
- هل تسمع دعوى المنكر فسق الحاكم أو الشهود؟ ٥٩٤
- هل يلزم بالجواب عن دعوى الإقرار؟ ٥٩٧
- هل تفتقر صحه الدعوى الى الكشف؟ ٥٩٩
- هل تسمع دعواه ان هذه بنت أمته أو ثمره نخله؟ ٦٠٢
- الكلام فى: التوصل إلى الحق ٦٠٥
- اشاره ٦٠٥
- ١- ان كان الحق عقوبه: ٦٠٧
- ٢- ان كان الحق مالا: ٦٠٨
- اشاره ٦٠٨
- صور كون الحق ديناً: ٦١٠
- اشاره ٦١٠
- الاولى- أن يكون مقرا بالحق و بإذلاله: ٦١١
- الثانيه- أن يكون مقرا ممتنعا من البذل: ٦١١
- الثالثه- أن يكون المدين جاحدا للحق: ٦١٢
- حكم الاقتصاص من الوديعه: ٦١٥
- لو كان من غير جنس الموجود: ٦١٧
- جواز تولى بيع الوديعه: ٦١٨

- ٦١٨ لو تلفت الوديعة قبل البيع فهل يضمن؟
- ٦٢١ مسألتان
- ٦٢١ الاولى: من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له
- ٦٢٤ الثانيه: لو انكسرت سفينه في البحر فما هو حكم ما خرج منه؟
- ٦٢٧ الكلام في:الاختلاف في دعوى الاملاك
- ٦٢٧ اشاره
- ٦٢٩ (المسأله الاولى):
- ٦٢٩ اشاره
- ٦٢٩ الصورة الاولى: لو تنازعا عينا في يدهما و لا بينه
- ٦٣٢ الصورة الثانيه: لو كانت يد أحدهما عليها
- ٦٣٢ الصورة الثالثه: لو كانت يدهما خارجه
- ٦٣٢ اشاره
- ٦٣٢ ١-ان يصدق من هي بيده أحدهما
- ٦٣٦ ٢-ان يصدق من هي بيده كليهما
- ٦٣٦ ٣-أن يكذب من هي بيده كليهما
- ٦٣٧ ٤-ان يقر من هي بيده لأحدهما غير المعين.
- ٦٣٨ ٥-أن يقول من هي بيده ليست لى و لا ادرى لمن
- ٦٤٢ المسأله الثانيه
- ٦٤٢ اشاره
- ٦٤٢ متى يحصل التعارض؟
- ٦٤٣ صور تعارض البيئات.
- ٦٤٣ اشاره
- ٦٤٣ الصورة الأولى: كون العين بيد المتداعيين:
- ٦٤٩ الصورة الثانيه: كون العين بيد أحدهما فهل يقدم الداخل و الخارج؟
- ٦٥٥ صور الشهاده المشتمله على السبب
- ٦٥٥ ١-شهادتهما معا بالسبب:

- ٢-ان تشهد للخارج بالسبب و للداخل بالملك المطلق: ٦٥٧
- ٣-ان تشهد للداخل بالسبب و للخارج بالملك المطلق: ٦٥٧
- الصوره الثالثه: كون العين بيد ثالث و فيها الرجوع الى المرجحات ٦٥٩
- النظر فى اخبار الترجيح و طريق الجمع بينها: ٦٦٣
- (الأولى: ما يدل على التنصيف، ٦٦٣
- الطائفه الثانيه: ٦٦٣
- الطائفه الثالثه: ٦٦٣
- الطائفه الرابعه: ٦٦٤
- حكم ما لو أقر الثالث لأحدهما: ٦٦٥
- الصوره الرابعه: كون العين لا فى يد أحد ٦٦٦
- مورد تحقق التعارض ٦٦٦
- الحكم بالقسمه يختص بمورد إمكانه ٦٦٩
- هل اليد من المرجحات؟ ٦٧٠
- هل الشهاده بقدم الملك أولى؟ ٦٧٣
- حكم الاستناد الى الاستصحاب فى الحكم و الشهاده: ٦٧٨
- الشهاده بالإقرار ٦٨٠
- تقدم الشهاده بالملك على الشهاده باليد ٦٨١
- تقدم الشهاده بسبب الملك على الشهاده بالتصرف ٦٨١
- (المسأله الثالثه) ٦٨٣
- اشاره ٦٨٣
- حكم ما لو أنكر المقر له الملكيه للشئ: ٦٨٦
- لو كان المقر له غائبا ٦٨٧
- لو كان المقر له ممن يمتنع مخاصمته ٦٨٩
- لو كان المقر له مجهولا ٦٩٠
- (المسأله الرابعه) ٦٩١
- (المسأله الخامسه) ٦٩٣

- الكلام في:الاختلاف في العقود - ٧٠١
- اشاره ٧٠١
- مقدمه: ٧٠٣
- حكم الاختلاف في الأجره و لا بينه: ٧٠٤
- حكم الاختلاف في الأجره مع البينه ٧٠٨
- حكم الاختلاف في العين المستأجره و لا بينه. ٧١١
- حكم الاختلاف في العين المستأجره مع البينه. ٧١١
- حكم ما لو ادعى اثنان شراء دار و هى فى يد البائع ٧١٣
- و هل يقبل قول البائع لأحدهما؟ ٧١٥
- و هل لهما الفسخ؟ ٧١٧
- حكم ما لو فسخ أحدهما دون الآخر ٧١٨
- حكم ما لو ادعى اثنان شراء ثالث المبيع من كل منهما. ٧٢٠
- حكم ما لو ادعى شراء المبيع من زيد و ادعى آخر شراؤه من عمرو ٧٢٣
- و هل لهما الفسخ؟ ٧٢٤
- حكم ما لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه و ادعى آخر شراؤه من المولى. ٧٢٦
- و هل للمولى خيار الفسخ ٧٢٧
- (مسائل) ٧٣٠
- (الاولى: لو شهد للمدعى بملكه الدابه منذ مده فكذبتها سنه) ٧٣٠
- (المسأله الثانيه) ٧٣١
- (المسأله الثالثه) ٧٣٣
- اشاره ٧٣٣
- حكم ما لو كان كبيرا. ٧٣٥
- (المسأله الرابعه) ٧٣٧
- (المسأله الخامسه) ٧٣٩
- (المسأله السادسه) ٧٤٠
- اشاره ٧٤٠

- ٧٤١ حكم ما لو ادعى ذلك و يدهما عليها مع البينه:
- ٧٤٥ حكم ما لو ادعى أحدهم نصف الدار و الآخر الثلث و الثالث السدس
- ٧٤٦ حكم ما لو ادعى أحدهم الكل و الآخر النصف و الثالث الثلث:
- ٧٥٠ حكم ما لو كانت في يد أربعة.
- ٧٥٥ (المسألة السابعه)
- ٧٥٥ اشاره
- ٧٦٠ حكم ما لو ادعى أبو الميته أنه أعارها بعض المتاع:
- ٧٦٣ الكلام في: دعوى المواريث
- ٧٦٣ اشاره
- ٧٦٥ (المسألة الاولى)
- ٧٦٥ اشاره
- ٧٦٧ حكم ما لو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلما و اختلفا في الآخر:
- ٧٦٧ حكم ما لو ادعى كل منهما انه لم يزل مسلما و أنكر الآخر:
- ٧٦٩ (المسألة الثانيه)
- ٧٧١ (المسألة الثالثه)
- ٧٧١ اشاره
- ٧٧٣ ما هو المراد من البينه الكامله هنا؟
- ٧٧٤ حكم ما لو لم تكن البينه كامله
- ٧٧٦ حكم ما لو كان الوارث ممن يحجبه غيره:
- ٧٧٨ (المسألة الرابعه)
- ٧٨٠ (المسألة الخامسه)
- ٧٨١ الكلام في: الاختلاف في الولد
- ٧٨١ اشاره
- ٧٨٣ مقدمه:
- ٧٨٤ صور الاختلاف في الولد
- ٧٨٤ اشاره

٧٨٤ الصورة الأولى:

٧٨٤ الصورة الثانية:

٧٨٥ الصورة الثالثة:

٧٨٥ الصورة الرابعة:

٧٨٨ فروع ذكرها في الجواهر عن بعض الأصحاب:

٧٩٠ خاتمه الكتاب:

٧٩١ تعريف مركز

سرشناسه: حسینی میلانی، سیدعلی، ۱۳۲۶ -

عنوان و نام پدیدآور: کتاب القضاء / السيد علی الحسيني الميلاني

مشخصات نشر: قم: شریعت، ۱۴۱۳ق. = ۱۳۷۱-

مشخصات ظاهری: ج ۲.

وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری

یادداشت: عربی.

یادداشت: چاپ اول: ۱۴۰۱ق. = ۱۳۵۹، چاپ دوم: ۱۴۱۳ق. = ۱۳۷۱.

یادداشت: کتابنامه به صورت زیرنویس.

مندرجات: ج. ۱. قضا و اوصاف قاضی.

موضوع: زبان عربی -- معانی و بیان -- اصطلاح ها و تعبیرها

رده بندی کنگره: PJA۲۰۲۸/ح ۵۴ق ۶ ۱۳۷۱

رده بندی دیویی: ۸۰۸/۰۴۹۲۷

ص: ۱

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، و الصلاة و السلام على سيدنا محمد و آله الطاهرين، لا سيما خليفه الله فى الأرضين الإمام الثانى عشر الحجه ابن الحسن العسكرى أرواحنا فداه، و لعنه الله على أعدائهم أجمعين من الأولين و الآخرين.

اللهم انا نرغب إليك فى دوله كريمه تعز بها الإسلام و أهله و تذل بها النفاق و أهله، و تجعلنا فيها من الدعاه إلى طاعتك و القاده الى سبيلك، و ترزقنا بها كرامه الدنيا و الآخره.

و بعد:

فان لكل موجود من الموجودات التى يشاهدها الإنسان نظاما دقيقا متقنا يسير عليه و لا يحيد عنه و ذلك «صِيْنَعِ اللَّهِ الَّذِى أَتَقَنَّ كُلَّ شَيْءٍ»، كما يشاهد الإنسان كذلك نظاما كلياً محكماً، و سننا إلهيه ثابتة تخضع لها الكائنات بأسرها، و تلك سنه الله «وَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَبْدِيلًا» .

ص: ٥

و لم يكن الإنسان الذى خلقه الله تعالى و كرمه و فضله على كثير ممن خلق كما قال عز من قائل «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَيْنِي آدَمَ وَ حَمَلْنَاهُمْ فِي الْبُرِّ وَ الْبَحْرِ وَ رَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَ فَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا» (١) بدعا من سائر الموجودات من هذه الناحية، بل ان الإنسان أحق و أولى منها فى أن يكون له نظام، لان الموجودات الأخرى قد خلقت لأجله و سخرت له و جعلت تحت سلطنته لتعينه على السير فى الصراط المستقيم المرسوم له حتى يصل الى الغايه المنشوده التى لأجلها خلق.

فكان لا بد للإنسان أيضا من نظام يحدد له تصرفاته فى مختلف شئونه الخاصه منها و العامه، و يتناسب مع شتى حالاته، و ذلك النظام هو الذى يعبر عنه ب «الدين» ، و يعرف بأنه «ما شرع الله لعباده على لسان رسله» ، حتى بعث سيدنا و مولانا محمد المصطفى صلى الله عليه و آله و سلم و كان ما جاء به هو النظام الأتم و القانون الادق، و من ثم كان هذا الدين خاتمه الأديان.

ان الدين الإسلامى هو النظام الوحيد الذى يستجيب لنداء الإنسان و يتلائم مع فطرته التى خلق عليها، و انه النظام الذى يتكفل سعاده الإنسان و رقيه إلى أعلى درجات الكمال و يأخذ بيده الى ما فيه خيره فى عاجله و آجله.

لقد اهتم الدين الإسلامى بكل ناحيه من نواحي الحياه الإنسانيه بالقدر اللازم من الاهتمام، و على هذا الأساس بذل بالنسبه إلى صيانه

ص:٦

حقوق الإنسان و حفظ النظام العام اهتماما بالغاً للأهميه البالغه لهذه الناحيه من حياه الإنسان، فشرع لها القوانين الحقوقيه الثابته، و حدد علاقته الإنسان بالإنسان و ما يجب له و عليه تجاه الآخريين، و وصله الفرد بالمجتمع و حدود المسئوليات الفرديه و الاجتماعيه، الى غير ذلك من المسائل المتعلقة بهذا المجال من مجالات الحياه.

و قد أشارت الآيه الكريمه «لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيُقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بِيَاسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعٌ لِلنَّاسِ» (١) الى طريقه الإسلام في معالجه المشاكل التي تعرض الإنسان و المجتمع في هذا المقام. و توضيح ذلك بايجاز هو: ان الغرض من خلق الإنسان هو إيصاله عن اختيار الى الكمال المعنوى و الفوز برضى الله عز و جل و القرب منه، و ذلك لا- يتحقق الا- بتنميه الروح الإنسانيه المودعه فيه و فطرته السليمه التي خلق عليها، و تعديل الغرائز المختلفه الكائنه فيه، فأرسل الله سبحانه رسله بالبينات و أنزل معهم الكتاب و الحكمه و الميزان لتحقيق هذا الغرض، و قال النبي صلى الله عليه و آله و سلم: «انما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق»، فجاء «ص» بتعاليم أخلاقيه ساميه و علم الكتاب و الحكمه، و دعا الى تهذيب النفوس، و أمر بالعدل و الإحسان، و نهى عن الفحشاء و المنكر و البغى، و قد نجح-الى حد بعيد- في هذا المجال، فكان في نفس كل انسان مسلم متأدب بآدابه وازع داخلي يمنعه من الاقتراب من أموال الآخريين و النيل من إعراضهم

ص:٧

والتعدى على حقوقهم.

وقد جعل فى الشريعة الإسلاميه إلى جانب ذلك الأحكام القضائيه والقوانين الجزائيه لتكون سدا أمام من لم ينتفع بالآيات و الحكم و لم تؤثر فيه المواعظ و الآداب، فمال مع غرائزه النفسانيه التى تحمل الإنسان على أن لا يقتنع بحقوقه و تدفعه الى الظلم و التعدى على حقوق الآخرين، فجعل «القاضى» لأن يكون مرجعا للناس لفصل الخصومات و قطع المنازعات، و جعل «الحديد» فيه بأس شديد تستأصل به جذور الفساد و عناصر البغى فى المجتمع.

و من وقف على جزئيات تلك التشريعات فى الفقه الجعفرى عرف مدى الدقه المبذوله فيها من جهه و مدى تلائمها مع فطره الإنسانيه من جهه أخرى، و لا عجب فإنها تشريعات متخذة من أخبار أهل بيت الوحي و الرساله، و هى مستمدة من جدهم عن الله عز و جل العالم الخبير بما يصلح شأن العباد و ينظم أمورهم، و ذلك قوله تعالى «أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَ هُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ» (١). و حينئذ يسقط عن الاعتبار و الاعتماد سائر التشريعات المنسوبه إلى السماء فكيف بالقوانين الوضعيه الحديثه؟.

فشكر الله سعى علمائنا الأبرار الذين نقحوا هذه المسائل و رووا أخبارها و جمعوا آثارها، و كتبوا هذه البحوث العلميه الرقيه و درسوها و خلدوها الى يومنا الحاضر.

و عند ما انبثقت الثوره فى بلادنا ضد النظام الامبراطورى و أطاحت

ص: ٨

به و طالبت الأمة بالعودة بها الى أحكام الإسلام و أقيمت المحاكم الشرعيه، قام سيدنا الأستاذ الأكبر فقيه الأمة و زعيم الحوزه العلميه، المرجع الدينى الكبير، آيه الله العظمى الحاج السيد محمد رضا الموسوى الكليبايگانى دام ظله الوارف بتدريس «كتاب القضاء» (١) لإعداد ثله من الفضلاء للتأهل بتولى هذا المنصب الخطير.

و الحق أنها بادره منه دام ظله جديره بالتقدير، فان القضاء إذا صلحوا و ساروا على النهج الصحيح، و حكموا بالحق و هم يعلمون، و أقاموا العدل. قام المجتمع بالقسط و ساده الأمن و انتشر فيه الصلاح، و أما إذا تولى القضاء من ليس أهلا له، أو اتبع هواه عند الحكم أو جار فيه انتشرت الفوضى و اختل النظام و فسدت البلاد و العباد.

هذا و قد وفقت لتدوين ما يلقى سيدنا الأستاذ فى بحثه الشريف، و عرضته عليه فلاحظه و أقره، فلما اكتمل جزء استأذنته فى نشره- نزولا عند رغبه بعض الزملاء الأفاضل- فأذن بذلك. و انى إذ أقدم هذا المجهود العلمى-مع تعليقات على بعض مواضعه- الى زملائى الفضلاء و إخوانى العلماء أسأل الله عز و جل أن يمن علينا بدوام وجود سيدنا الأستاذ، و أن يجعل أعمالنا خالصه لوجهه الكريم انه سميع مجيب.

قم المقدسه ١٨ رمضان ١٤٠١ على الحسينى الميلانى

هو لغة لمعان كثيره و لا- حاجه الى بيانها فليراجع كتب اللغة (١)) أما في عرف الأصحاب فقد قيل: هو فصل الخصومه بين المتخاصمين و تطبيق الاحكام على مواردھا الجزئيه، بأن يحكم بأن هذه الدار لزيد، كما أن الفتوى عبارہ عن الحكم الكلى الإلهى بغض النظر عن تطبيقه.

وقيل: هو الولايه على تطبيق الحكم الجزئى فى الموارد الجزئيه (١).

أقول: و الظاهر أن القضاء هو «الحكم» ، و هو أحد معانيه المذكوره فى اللغه، و هو الأنسب بموارد استعماله، قال تعالى:

ص: ١١

« وَ قَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ . » (١) .

الا أن هذا الحكم الذى يجب اطاعته و تنفيذه لا بد أن يكون ممن نصب لذلك من قبل الله تعالى، قال عز و جل «يا داؤد إنا جعلناك خليفه فى الأرض فاحكم بين الناس» (١) .

أو من قبل النبى صلى الله عليه و آله و سلم أو الإمام عليه السلام اما خصوصا أو عموما كما فى روايه أبى خديجه: «و لكن انظروا.

« (٢) .

و هو حكم مطابق للحكم الإلهى، فليس فصل الخصومه من القاضى بفتوى الفقيه أو الفقهاء، بل انه حكم يصدره و من آثاره و خواصه وجوب تنفيذه على الكل حتى الفقهاء، - و هذه حيثيه أخرى للتفريق بين المفتى و الحاكم (٢) إلا إذا قطع أحدهم بعدم تماميه

ص: ١٢

١-١) سورة ص: ٢٦.

٢-٢) وسائل الشيعة: ١٨-٤.

بعض مقدمات حكم من الاحكام، أو لم يقل بولاية الفقيه (١)).

و بالجمله فالمراد من الحكم هنا هو ما يصدره القاضى بعنوان الولاية و السلطنه الشرعيه (٢) لا- بعنوان الاخبار عن فتوى أو اجتهاد لنفسه أو غيره، و لهذا الحكم آثار شرعيه كعدم جواز نقضه حتى من مجتهد آخر، و عدم ضمان القاضى مع عدم تقصيره فى مقدمات الحكم-الى غير ذلك.

القضاء فى الشريعه:

ثم ان القضاء أمر ثابت فى الشريعه لا يمكن المناقشه فيه، و تدل عليه الايات (٣).

ص: ١٣

و الروايات البالغه حد التواتر عندنا (١))، فإنها تدل على ثبوت أصل القضاء فى الشريعة الغراء من قبل الله عز و جل بين الناس.

و العقل أيضا يحكم بوجوبه، فكما أن قاعده اللطف تقضى بوجود أحكام بين الناس من قبل الله عز و جل، كذلك تقضى بوجود ولى يقضى بينهم فى موارد الاختلاف حسما للنزاع و دفعا للخصومه، و أنه لا- يجوز على الله سبحانه أن يترك الناس سدى من غير ولى يرجعون اليه عند الخصومه و النزاع ليرفعها و يأخذ للمظلوم حقه من الظالم.

بل ان القضاء أمر ضرورى من ضروريات الدين، و لذا نرى المحقق «قده» فى الشرائع لا يتعرض لهذه الناحيه لأنه أمر مسلم مفروغ عنه.

وجوب القضاء:

هذا و لا- يجوز التصدى للقضاء لمن لم يكن واجدا للشرائط المعتمبره الا-تية (٢)) و أما الواجد فهل يجب عليه ذلك؟ أما الوجوب:

ص: ١٤

فإنه واجب كفائي، لأن الغرض حفظ النظام به كسائر الواجبات الكفائية المتوقف عليها حفظ نظام المجتمع الإسلامي، و قد يجب عينا في صورته عدم تصدى أحد له، و متى لم يتوفر الواجد للشرائط أو وجد و لم يتصد له فهل يجب تحصيلها أو حمل الغير على ذلك؟ الظاهر ذلك لتوقف حفظ النظام عليه أولا (١))، و لانه لو لم يكن ذلك لتصداه غير أهله و هو ينافي الإرادة التشريعية لله عز و جل ثانيا.

و هذا الواجب كفائي و مع عدم قيام أحد به فالكل معاقبون.

ص: ١٥

اشاره

البلوغ. العقل. الايمان. العدالة. طهاره المولد العلم. الضبط. الكتابه. الذكوره. السمع و البصر و النطق. الحريه.

ص: ١٧

الأصل: عدم نفوذ حكم أحد في حق أحد، لكن قام الدليل-نقلا و عقلا-على نفوذ حكم أشخاص. فالنبي صلى الله عليه وآله وسلم لا ريب في نفوذ حكمه لأنه خليفة الله في الأرض و صاحب الولاية الكبرى المقتضيه لنفوذ حكمه. و قد قال عز و جل «فَلَا وَ رَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا» (١) كما لا ريب في ولاية الأئمة من أهل بيته و عترته و نفوذ حكمهم للأدلة المعتمره الداله على ذلك كتابا و سنه، و من ذلك قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَ الرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ.» (١).

ص: ١٩

و لا ريب فى أنه صلى الله عليه و آله و سلم قد تصدى لذلك و كان ينصب أو يرسل بعض أصحابه لفصل الخصومات و قطع المشاجرات. و كذلك فعل مولانا أمير المؤمنين عليه الصلاه و السلام. و هذا يدل على أنه يمكن إعطاء هذا المنصب لبعض الأشخاص و توليتهم القضاء (١)) فمن يصح نضبه لهذا الأمر؟ و من الذى ينفذ حكمه و ان لم يكن منصوبا بالخصوص؟ و ما هى صفاته؟

١- البلوغ

قال المحقق قدس سره: «و يشترط فيه البلوغ» .

أقول: لا ريب و لا خلاف فى اشتراط البلوغ فى القاضى فلا

ص: ٢٠

ينعقد القضاء لغير البالغ (١)) ، لانه قاصر محتاج إلى الولي و لا تنفذ أعماله في حق نفسه و لا ولايه له عليها، فكيف يكون وليا على غيره؟

٢-العقل:

قال: «و كمال العقل» أقول: لا ريب و لا خلاف في اشتراطه كذلك و لا حاجة الى الاستدلال عليه (٢). .

٣-الايمان:

قال: «و الايمان» .

أقول: قد يراد به الايمان المقابل للكفر، فلا ينعقد القضاء

ص: ٢١

لكافر، قال الله تعالى «أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا نُزِّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ.» (١) وقال صلى الله عليه وآله وسلم:

«الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» (٢).

وقد يراد به الايمان بالمعنى الأخص، وهو كونه إماميا اثني عشريا. قال في الجواهر: هو من ضروريات مذهبنا، ويدل على اشتراطه النصوص الكثيره البالغه حد الاستفاضه بل التواتر، الناهيه عن الترافع الى قضاءه الجور و حكام المخالفين-الا عند التقية- و المقتضيه عدم جواز التصرف فى ما حكم به قاضى الجور و ان كان حقا (١).

ص: ٢٢

١- ١) سورة النساء: ٦٠.

٢- ٢) وسائل الشيعة: ١٧-٣٧٦.

٤-العدالة:

قال: «و العدالة» .

قال بعض علمائنا المعاصرين: هذا الشرط يغنى عن اشتراط «الايمان» . و يمكن الاستدلال لاشتراط العدالة بقوله سبحانه:

«لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ» (١) لأن الولاية على القضاء و نفوذ الحكم عهد من الله تعالى و الفاسق ظالم فلا يناله عهده (١) .

و يدل عليه النصوص الكثيرة (٢) .

٥-طهاره المولد:

قال: «و طهاره المولد» .

أقول: لا دليل يدل عليه بالخصوص . قال في الجواهر: هو واضح

ص: ٢٣

بناء على كفره (١) أما على غيره فالعمده الإجماع المحكى و فحوى ما دل على المنع من إمامته و شهادته ان كان و قلنا به.» و لكن لا يحضرنى الان دليل له هذا الفحوى بحيث يستدل به و يعتمد عليه لذلك، اللهم الا بتنقيح المناط أو إثبات الأولويه، و الانصاف ان كل ذلك مشكل، فالعمده الإجماع المحكى عن جماعه (٢).

٦- العلم:

اشاره

قال: «و العلم» .

أقول: لا ريب فى عدم نفوذ حكم الجاهل بالأحكام الشرعيه و أنه يشترط كون القاضى عالما، فعن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«القضاء أربعة ثلاثه فى النار و واحد فى الجنة: رجل قضى بجور و هو يعلم فهو فى النار، و رجل قضى بجهل فهو فى النار، و رجل قضى بجور و هو لا يعلم فهو فى النار و رجل قضى بالحق و هو لا يعلم فهو فى النار، و رجل قضى بالحق

ص: ٢٤

و هو يعلم فهو فى الجنة» (١).

فهل المراد من العلم (١) فى هذا الخبر و نحوه الاجتهاد المطلق أو يعم المتجزى و علم المقلد الذى يحكم بفتوى مقلده أو ناصبه أيضا؟

ص: ٢٥

١-١) وسائل الشيعه: ١٨-١١.

لقد حكى الإجماع على لزوم كون القاضى مجتهدا، و القدر المتيقن منه «المجتهد المطلق» و أما بالنسبه إلى غيره فنقول: تاره يقال بأن حكم الحاكم موضوع للنفوذ و وجوب الامتثال، و أخرى يقال بأنه بيان لحكم الامام عليه السلام فيكون كناقل الحكم، فبناء على الثانى ينفذ حكمه سواء كان مقلدا أو مجتهدا مطلقا أو متجزيا و على الأول يكون لحكمه موضوعيه فيتوقف جواز الرجوع الى المقلد و المتجزى و نفوذ حكمهما على حجه شرعيه، و مع الشك فالأصل عدم النفوذ.

و قد استدل لجوازه بروايه أبى خديجه سالم بن مكرم الجمال:

قال أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام: «إياكم أن يحاكم بعضكم بعضا الى أهل الجور و لكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم فانى قد جعلته قاضيا فتحاكموا إليه» (١) فان كلا من المقلد و المجتهد المتجزى «يعلم شيئا».

ص: ٢٧

وقوله عليه السلام: «فانى». يكشف عن أن القضاء منصب وليس وجوبه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وروايه تعم زمان الغيبه والحضور معا، لكن قال المجلسي «قده» هي خاصه بزمان الحضور، ولم يكن القضاء في ذلك الزمان مجتهدين بل كانوا يروون أحكام الأئمه ويرجعون إليهم، وفيه: ان ظاهر قوله عليه السلام: «يعلم شيئا». اشتراط كونه عالما سواء مع الواسطه أو بدونها فلا- اختصاص بزمان الحضور، و سواء علم بالكبريات و عرف تطبيقها على الموارد الجزئيه باجتهاده أو لم يكن كذلك خلافا للعلامه المذكور حيث استظهر منها الدلاله على اعتبار الاجتهاد.

و الروايه مشتهره بين الأصحاب كما في المسالك. و هو يجبر ضعف سندها لو كان-يرويه الشيخ الكليني «قده» عن أحمد بن محمد بن خالد، و طريقه اليه صحيح، و أحمد ثقه و «أبو خديجه» ضعفه الشيخ و وثقه النجاشي و العلامه في المختلف و أبو على في كتاب الرجال الكبير، و لدى التعارض بين الجرح غير المفسر و التعديل فالتعديل مقدم (١).

الا أن مقتضى قول صاحب الزمان أرواحنا له الفداء: «و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواه حديثنا فإنهم حجتي عليكم و أنا حجة الله» (١) و مقوله عمر بن حنظله: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعه في دين أو ميراث فتحاكما الى السلطان و الى القضاة أ يحل ذلك؟ قال: من تحاكم إليهم في حق أو باطل فإنما تحاكم الى الطاغوت و ما يحكم له فإنما يأخذ سحتا و ان كان حقا ثابتا له لأنه أخذه بحكم الطاغوت و ما أمر الله ان يكفر به، قال الله تعالى يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ .

قلت: فكيف يصنعان؟ قال: ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكما فاني قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله و علينا رد و الراد علينا كالراد على الله و هو على حد الشرك بالله» (٢) لزوم كون القاضى مجتهدا.

و هذه الروايه أيضا مشتهره بين الأصحاب كما فى المسالك

ص: ٢٩

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٠١.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٨-٩٨.

كذلك، و يكفى لاعتبارها اشتهاها بالمقبوله بينهم، بل لا يوجد فى سندها من توقف فى توثيقه الا «داود بن الحصين» قال الشيخ:

واقفى، لكن وثقه النجاشى، فهى موثقه معتبره (١).

ص: ٣٠

أقول: و يمكن الجمع بين روايتي أبي خديجه و عمر بن حنظله بأن يقال: بأنه لا تنافي بين منطوقيهما، و انما التنافي بين مفهوم روايه ابن حنظله و منطوق روايه أبي خديجه، فإن مفهوم تلك: من لم يرو حديثنا و لم ينظر في حلالنا و حرامنا فغير مجعول للقضاء، و منطوق هذه: «. يعلم شيئاً.» لكن التنافي هو بالإطلاق

والتقييد، فالمنطوق مقيد و المفهوم مطلق، و حينئذ يتقدم خبر أبي خديجه لأنه منطوق أولاً (١))، و لانه مقيد ثانياً، فتكون النتيجة:

« . قد روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا» و هو «يعلم شيئاً من قضايانا» .

و قد يقال: ان روايه أبي خديجه مطلقه كذلك، لأنها تدل على نفوذ حكم من «يعلم شيئاً» سواء كان «راوياً» و «ناظراً في الحلال و الحرام» أولاً- فلا- يتم الجمع بينهما بما ذكر، الا أن يقال: بأن الميزان هو «العلم» كما في روايه «القضاه أربعه» و أن «الروايه» و «النظر» ليس لهما موضوعيه بل اعتباراً كمقدمه و طريق لحصول «العلم» . و بعبارة أخرى: التقييد ب «الروايه» و «النظر» محمول على الغلبه لا الاحتراز، لانه ظاهر في الطريقيه لا الموضوعيه حتى يكون وصفا يحترز به عن الظن ليسقط حكم غير المجتهد عن درجه الاعتبار، و يؤيد الحمل المذكور أنه يبعد جداً أن لا ينفذ حكم من «عرف الاحكام» و لكن لم يرو شيئاً من حديثهم، فلو كان التقييد ب «الروايه» احترازياً كان المعنى: من لم يرو شيئاً من أحاديثنا فلا ترجعوا اليه و ان كان عارفاً بأحكامنا و عالماً بشيء من قضايانا.

و يؤيد ما ذكرنا أن بعض الرواه كانوا يتعلمون الحكم من الامام

عليه السلام فى الواقعه ثم يقضون به، كما فى روايه عبد الله بن طلحه عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل دخل على امرأه.

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

فقال: يضمن مواليه» (١).

وفى أخرى: «عن أبى عبد الله عليه السلام قال: لما ولى أمير المؤمنين عليه السلام شريحا القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه» (٢).

و حينئذ فمن «يعلم شيئا» سواء عن اجتهاد أو تقليد مجعول من قبل الامام عليه السلام حاكما، و يكون حكمه نافذا، و حاصل ذلك نفوذ حكم القاضى العالم بالأحكام تقليدا فضلا عن المجتهد المتجزي.

الا- أن يجمع بين الخبرين بنحو آخر فيقال: ان المعتمده تشترط «العلم بشىء من قضاياهم» أى الاحكام و كيفية القضاء بين المتخاصمين، و المقبوله تشترط «الروايه» و «النظر فى الحلال و الحرام» و «معرفة الاحكام» ، أى: الاجتهاد، فيكون الشرط المعتمده: الاجتهاد مع العلم بشىء من قضاياهم. جمعا بين الخبرين بناء على ظهورهما فى المعنيين المذكورين، فلا ينفذ حكم المتجزي فضلا عن المقلد هذا كله بناء على ظهور معتمده أبى خديجه فى جعل منصب

ص: ٣٣

١- ١) وسائل الشيعه: ١٩-٤٥.

٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-٦.

القضاء لمن «يعلم شيئاً» من قضايهم عليهم السلام كما هو الصحيح خلافاً لبعض علمائنا المعاصرين حيث قال: «ان الروايه غير ناظره إلى نصب القاضى ابتداءً و ذلك لان قوله عليه السلام فانى قد جعلته قاضيا متفرع على قوله عليه السلام فاجعلوه بينكم و هو القاضى المعجول من قبل المتخاصمين. فالنتيجه أن المستفاد منها أن من جعله المتخاصمان بينهما حكماً هو الذى جعله الامام عليه السلام قاضياً، فلا دلالة فيها على نصب القاضى ابتداءً.» (١).

أقول: ما ذكره يخالف ظاهر الروايه، لأن قوله عليه السلام «فانى قد جعلته.» تعليل، أى: لا ترجعوا الى من ليس منكم بل ارجعوا الى من جعلته قاضياً منكم و هو الذى ينفذ فيكم حكمه و ترضون به، أو أن المعنى: إذا تراضيتم بحكم رجل منكم فانى قد جعلت ذلك الرجل قاضياً. فالحاصل ان جعل الامام عليه السلام هو عله نفوذ حكمه و جواز الرجوع اليه.

هذا و العجب من صاحب الجواهر «قده» قوله بعد استظهار إرادته الأعم من المجتهد من معتبره أبى خديجه: «نعم قد يقال بتوقف صحه ذلك على الاذن منهم عليهم السلام.» مع أن نفس هذه الروايه داله على الاذن.

ثم قال: «و لو سلم عدم ما يدل على الاذن فليس فى شىء من النصوص ما يدل على عدم جواز الاذن لهم فى ذلك» و فيه: ان

ص: ٣٤

مجرد عدم وجود نص على عدم الاذن لا أثر له، وقد ذكرنا أن الأصل عدم نفوذ حكم أحد في حق أحد، فالنفوذ محتاج الى الدليل و عدم ما يدل على عدم الاذن ليس بدليل.

قال: «بل عموم ولايتهم تقتضى ذلك» و لولا كلمه «بل» لارتفع الاشكال و دل الكلام صدرا و ذيلا على أن عموم ولايتهم -مع فرض عدم الدليل على الاذن- دليل، و به يخرج عن مقتضى الأصل المذكور، لكن ظاهر العبارة أن عموم الولاية دليل آخر.

قال: «بل قد يدعى أن الموجودين في زمن النبي صلى الله عليه و آله و سلم ممن أمر بالترافع إليهم قاصرون عن مرتبه الاجتهاد و انما يقضون بين الناس بما سمعوه من النبي صلى الله عليه و آله و سلم» .

أقول: و هذا يتم بناء على عدم الفرق بين زمن الحضور و زمن الغيبه. نعم إذا كان المناط تعلم الحكم سواء من السماع منهم عليهم السلام أو الاستنباط من الأدله أو الأخذ من المجتهد-لم يفرق بين الزمنين.

ثم قال: «و يمكن بناء ذلك بل لعله الظاهر على اراده النصب العام» .

أقول: يعنى أن مقتضى «فانى جعلته حاكما» و «فإنهم حجتي عليكم» أن للمجتهد أن ينصب العامى، لأن له ما للإمام عليه السلام فيكون للعامى ما للمجتهد. قلت: لكن هذا المعنى يستفاد من

الخبر الثاني منهما فقط.

هذا ما يتعلق بالمسألة حسب الروايات الواردة في الباب، و بقى الإجماع:

قال فى الجواهر: «و أما دعوى الإجماع التى سمعتها فلم أتققها، بل لعل المحقق عندنا خلافها، خصوصا بعد أن حكى فى التنقيح عن المبسوط فى المسألة أقوالا ثلاثة.» .

أقول: هذه عبارته الشيخ فى شرائط القضاء من المبسوط:

«لا- ينعقد لأحد إلا بثلاث شرائط: أن يكون من أهل العلم و العدالة أو لكمال. و عند قوم بدل كونه عالما أن يكون من أهل الاجتهاد، و لا- يكون عالما حتى يكون عارفا بالكتاب و السنه و الإجماع و لسان العرب و عندهم القياس. و فى الناس من أجاز أن يكون القاضى عاميا. و الأول هو الصحيح» (١).

و قال فى الخلاف: «لا يجوز أن يتولى القضاء الا من كان عارفا بجميع ما ولى، و لا يجوز أن يشذ عنه شىء من ذلك و لا يجوز أن يقلد غيره ثم يقضى به. و قال الشافعى: ينبغى أن يكون من أهل الاجتهاد و لا يكون عاميا و لا يجب أن يكون عالما بجميع ما ولىه

ص: ٣٦

وقال فى القديم مثل ما قلناه، وقال أبو حنيفة يجوز أن يكون جاهلا بجميع ما ولىه إذا كان ثقة و يستفتى الفقهاء و يحكم به. و وافقنا فى العامى أنه لا يجوز أن يفتى.

دليلنا: إجماع الفرقه و أخبارهم، و أيضا توليه الولايه لمن لا يحسنها قبيحه فى العقول بأدله ليس هذا موضع ذكرها بينها فى غير موضع، و أيضا ما اعتبرناه مجمع على جواز توليته و ليس على ما قالوه دليل.» .

فالشيخ قدس سره يدعى الإجماع على اشتراط الاجتهاد مرتين.

فما نسب إليه فى الجواهر عن التنقيح لا وجه له.

و قد ادعى هذا الإجماع أيضا جماعه منهم الشهيد الثانى «قده» .

نعم ان مثل هذا الإجماع-حيث يوجد على معقده أخبار- لا يعتمد عليه، إذ يحتمل أن تكون تلك الأخبار هى المدرك له ((١)) ، فهى المرجع و قد استظهرنا منها عدم الاشتراط.

هذا و لا أقل من دلالة الإجماع و غيره على شهره القول بالاشتراط بين الأصحاب، و ذهاب المشهور الى هذا القول يدل على وجود قرائن لديهم تمنع من انعقاد ظهور تلك الأدله فى المعنى الذى استظهرناه منها حتى ادعوا الإجماع على الاشتراط، و هذا ما يمنعنا من الجزم

بما استظهرناه و يرجح القول باشتراط كونه مجتهدا مطلقا أو فى خصوص مسائل القضاء، مع أن التصدى للقضاء مع الجهل بالمسائل التى سببلى بها و الأدله التى يحتاج إليها خلاف ما هو المرتكر فى أذهان المشرعه.

و أما الجاهل العامى فلا يجوز له التصدى قطعاً.

و هنا مسائل:

(الأولى) هل للمجتهد أن ينصب مقلده للقضاء؟

قد يقال بالعدم لعدم الدليل، و نصب المعصوم «ع» القاصر عن درجه الاجتهاد لا يقتضى جوازه للمجتهد، لان له الولاية العظمى الثابته له من الله تعالى (١).

و قد يقال بالجواز، لعموم أدله ولاية الفقيه (٢) الداله على ثبوت

ص: ٣٨

كل ما للإمام عليه السلام للمجتهد، و من ذلك نصب القضاة، فله أن ينصب مقلده للقضاء بين الناس حسب فتاواه، أو استنادا الى ولايته على النصب للقضاء خاصة، أو يقال: بأن المجتهد منصوب للقضاء و لنصب غيره له.

و تحقيق الكلام فى هذه المسأله موكول الى ما تقرر فى مبحث ولايه الفقيه، و كيف كان فان فتوى المشهور باشتراط الاجتهاد فى القاضى تمنعنا من الجزم بالوجه الثانى.

ص: ٣٩

(الثانيه)

قال بعض المعاصرين: حكم القاضى فى الشبهه الحكميه- و هى القضيه التى يكون منشأ الترافع فيها الاختلاف فى الفتوى، كما إذا تنازع الورثه فى الأراضى فادعت الزوجه ذات الولد الإرث منها و ادعى الآخرون حرمانها فتحاكما إلى القاضى-إرشادى لا مولوى، لأنه حينئذ تنجيز للمتجنز و هو تحصيل للحاصل و هو محال، فلا- يتصور الحكم فى الشبهات الحكميه. و عليه يكون المراد من روايه عمر بن حنظله هو الفتوى لا الحكم، و حينئذ تبقى روايه أبى خديجه بلا معارض (١).

و فيه: أولاً-انه لا ظهور لروايه عمر بن حنظله فى الشبهه الحكميه بل النزاع فى «الدين» من حيث الشبهه الموضوعيه أكثر و أظهر، و كذا «الميراث» فقد يترافع حوله بنحو الشبهه الموضوعيه.

و ثانياً: ان الحكم يعتبر فيه النفوذ عند العقلاء، فهو أمر اعتبارى ينتزع منه وجوب الامتثال، فالفرق بين «الفتوى» و «الحكم» ظاهر و ليست المقبوله ظاهره فى الأولى.

(الثالثه) ما المراد من معرفه الاحكام و العلم المعتبر فى القاضى؟

ان كان المراد من «عرف أحكامنا» هو معرفه الاحكام الواقعيه كان المعنى نفوذ حكم من علم بأن حكمه هذا هو حكم الله الواقعى فقط، و مع الشك فلا يجوز الرجوع اليه و لا ينفذ حكمه، لأنها

ص: ٤٠

شبهه مصداقيه كما إذا قال: أقتد بالعدل، فشك في عداله زيد، فلا يجوز له الائتمام به.

و ان كان المراد كون الخصمين عالمين بأنه عارف بأحكامهم عليهم السلام فما هو الحكم في صوره اختلافهما في معرفه هذه الجبهه فيه؟ و بعبارة أخرى: هل ينفذ حكم الحاكم في القضيه مع العلم بالخلاف؟ أقول: لم تلحظ الخصوصيات في «الرجل» العالم بشيء من قضايا الأئمه عليهم السلام، و العارف بأحكامهم، من حيث أنه عالم بالحكم الواقعي أو أنه عالم حسب علمه هو أو علم المتخصصين.

فان هذه الدقائق لم تكن ملحوظه عند الأمر بالرجوع الى هكذا عالم، بل يكفي كون الرجل عالما مشارا اليه بالعلم، و على هذا عمل الناس في هذه الأزمنه أيضا، و ليس معنى الروايات هذه مجملا عندهم.

و أما في موارد العلم بالخلاف فنقول: ان حكم الحاكم ملزم و نافذ، إلا في صوره كون أحد الطرفين عالما بالخلاف، فلو كان المدعى يعلم بأن المال الذي يدعى تملكه ليس له-بل لخصمه-لكن أحضر لدى القاضى شاهدين فحكم بأنه له، فان هذا الحكم لا-يجوز له التصرف في هذا المال، لانه عالم بالخلاف و بكذب دعواه، و ليس عدم نفوذ حكم القاضى حيث رددا لحكمه بل انه رد لدعواه نفسه و إقرار بكذبه فيها.

و لو علم المحكوم عليه بمخالفه الحكم للواقع كما إذا علمت

المرأه بأنها ليست بزوجه لزيد لكن حكم القاضى بزوجيتها له، فلا ينفذ هذا الحكم-حتى لو قيل بنفوذ الحكم مع العلم بالخلاف فيما إذا كان مورد الترافع مالا-فلا- يجوز لزيد وطؤها، و على المرأه أن لا تمكنه من نفسها ما أمكن، لأن حكم الحاكم ليس محللا للحرام.

فالحاصل: ان حكم الحاكم لا يغير الواقع عما هو عليه فيما إذا خالفه.

الضبط:

قال المحقق قدس سره: «و يدخل فيه أن يكون ضابطا، فلو غلب عليه النسيان لم يجز نصبه» .

أقول: هذا مما لا يحتاج الى الدليل، فلا بد من أن يكون القاضى ضابطا-بالإضافة إلى العلم-بهذا المعنى (١)).

ص: ٤٢

قال: «و هل يشترط علمه بالكتابة؟ فيه تردد. و الأقرب:

اشترط ذلك.» (١).

أقول: ان كان عدم علم القاضى الجامع للشرائط بالكتابة موجبا لوقوع الخلل فى الحكم أو مقدماته فهو، و الا فإن الكتابة بنفسها لا ضروره لها، و على هذا عمل أصحاب الحوانيت و الكسبه، فإنهم يكتبون مطالباتهم فى الدفاتر حذرا من الضياع و النسيان، و أما إذا كان أحدهم متمكنا من حفظ ذلك فلا يكتب.

ص: ٤٣

و مع إخلال الجهل بالكتابه فى الحكم أو مقدماته يشترط العلم بالكتابه فى القاضى مع عدم وجود عارف بها يطمئن اليه و يستعين به و الا فلا حاجه.

٧- الذكوره:

قال المحقق «قده»: «و لا ينعقد القضاء للمراه و ان استكملت الشرائط» .

أقول: ادعى عدم الخلاف بل الإجماع على عدم انعقاد القضاء للمراه، و استدل بوجوه:

الأول: قوله تعالى «الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» فإنه ظاهر فى قيمويه الرجال على النساء، و لازمها سلطنه الرجال و حكومتهم عليهن دون العكس.

فان قيل: الآيه وارده فى مورد الزوجين.

قلنا: و هل يجوز أن لا تكون المراه ذات سلطنه فى شئونها مع زوجها و تكون لها السلطنه فى خارج دارها، و على غير زوجها من الرجال؟ فان قيل: الآيه المباركه تنفى ولايه النساء على الرجال، و أى مانع من ولايه المراه على النساء؟ فإنه يقال: بأن ذلك مقتضى الإجماع المركب.

«بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ» (١) قال الفاضل الجواد «قده» :

ص: ٤٤

«أى الرجال على النساء، وذلك بالعلم والعقل وحسن الرأى والتدبير والعزم ومزيد القوه فى الأعمال والطاعات والفروسيه ورمى، وان منهم الأنبياء والأئمه والعلماء، وفيهم الإمامه الكبرى وهى الخلافه والصغرى وهى الاقتداء بهم فى الصلاه، وانهم أهل الجهاد والأذان والخطبه. الى غير ذلك مما أوجب الفضل عليهن.

قال فى الكشف: وفيه دليل على أن الولاية انما يستحق بالفضل لا بالتغليب والاستطاله والقهر. قلت: هذا مما أجراه الله على لسانه، فانا لم نجد فيمن تقدم على على عليه السلام بعد النبى صلى الله عليه وآله وسلم فضيله يستحق بها الولاية كما عرف فى محله (١).

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

ويشهد بذلك ما ذكره الفاضل المذكور من أن فيهم النبوه والإمامه والولاية، ولم نجد إلى الان انعقاد القضاء لامرأه، ولو كان ذلك جائزاً لتصدى له بعض النساء الفاضلات كالصديقه الطاهره وعقيله بنى هاشم عليهما السلام ولو بالنسبه الى النساء خاصه، بل ان حضور النساء عند القاضى الرجل-فى حال جواز انعقاده لامرأه-مرجوح مرغوب عنه شرعاً.

على أنا قد استشكلنا فى إمامه المرأه للنساء واقتدائهن بها فى

ص: ٤٥

الصلاه لعدم وجود دليل معتبر يدل عليه (١)) هذا و الآيه نازله بعنوان حكم الهى فى قضيه رواها الطبرسى (١) و هى تدل على أن للرجال الولايه على النساء، و ليس لهن عليهم ولايه.

فهى مخصصه لعمومات الحكومه بالعدل (٢)).

الثانى - قوله تعالى «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَ لِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ» (٢) فإن هذه الآيه ظاهره فى أن للنساء على الرجال حقوقا و لكن

ص: ٤٤

١-١) مجمع البيان فى تفسير القرآن: ٢-٤٣.

٢-٢) سوره البقره: ٢٢٨.

«لِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ» .

الثالث-قوله تعالى «وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ» (١) و استلزام تصدى المرأة القضاء للخروج عن البيت و إسماع صوتها الرجال و غير ذلك من الأمور المنهى عنها فى الشرع فى غاية الوضوح، و تعبير الأصحاب و الصحابيات عائشه بنت أبى بكر على خروجها من بيتها إلى البصره -من هذه الجبهه- و نهيم إياها عن الخروج و تذكيرهم لها بأمر الله و حكمه بأن تقر فى بيتها مشهور.

الرابع-قوله عليه السلام فى معتبره أبى خديجه: «انظروا الى رجل» . لا- يقال: انه ليس للرجل موضوعيه، لأنه لا- يمكن إلغاء الخصوصيه فى مثل هذا المقام، و أن مناسبه الحكم و الموضوع تقتضى الموضوعيه، فالروايه هذه مقيده للروايات المطلقه ان لم تكن منصرفه عن النساء.

الخامس-ما ورد فى وصيه النبى صلى الله عليه و آله و سلم لأمير المؤمنين عليه السلام المرويه فى الفقيه بإسناده عن حماد بن عمرو و أنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام- «يا على ليس على المرأة جمعه-الى أن قال-و لا تولى القضاء» (٢) و هذا النفي وضعى كما لا- يخفى، و الروايه و ان كانت غير تامه سندا (١) الا- أن روايه الأصحاب لها و استدلالهم بها يجبر ضعفها

ص: ٤٧

١- ١) سورة الأحزاب: ٣٣.

٢- ٢) وسائل الشيعة: ١٨-٦.

كما تقرر هذا المعنى بالنسبة إلى حديث «علي اليد.» و نظائره.

و ربما يقال: ان قوله صلى الله عليه و آله «ليس على النساء.

و لا تولى القضاء» لا يدل على المنع، بل ظاهره عدم الوجوب.

و فيه: ليس الأمر كذلك فى كل مورد، فان هناك موارد جاء فيها «ليس على.» بمعنى «لا يجوز.» .

السادس-النبوى «لا يفلح قوم وليتهم امرأه» (١).

السابع-ما عن مكارم الأخلاق: «ان الإقامه للصلاه.

و لا تتولى المرأة القضاء» (١) و هى مطلقه تعم الحكم الوضعى و التكليفى معا (٢).

ص: ٤٨

الحرية:

و هل يشترط الحرية؟ قال فى المبسوط: نعم، و قال المحقق:

الأقرب: انه ليس شرطاً.

و قد استدل للأول فى المبسوط و المسالك و غيرهما بأمرين:

أحدهما: ان من كان لغيره ولاية عليه لا يكون ذا ولاية، و الثانى:

ان القضاء منصب عظيم و العبد قاصر عن نيل هذا المنصب.

و الجواب: أما عن الأول فبأنه متى اجتمعت الشرائط المعتبره فيه و أذن له المولى فى تصدى القضاء فلا مانع.

و أما عن الثانى: فبأن مقتضى الإطلاقات جوازه للعبد ان كان واجداً للشرائط المعتبره كالحرق (١)).

فى قاضى التحكيم حكم تولى القضاء هل يجوز الرجوع الى المفضول مع وجود الأفضل عند التعدد؟ هل يجوز للقاضى الاستخلاف؟ . حكم ارتزاق القاضى من بيت المال بم تثبت ولايه القاضى؟ جواز نصب قاضيين فى البلد الواحد ما يتعلق بانعزال القاضى و عزله هل ينعزل بموت الامام؟ هل تنعقد الولاية لفاقد الشرائط لو نصبه الإمام مصلحه؟ هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته؟

(فى الكلام فى قاضى التحكيم)

قال المحقق «قده»: «يشترط فى ثبوت الولاية اذن الامام عليه السلام أو من فوض إليه الإمام» .

أقول: لا ريب ولا خلاف فى هذا، وقد أشرنا الى ما يدل على ثبوته، وهذه الكلمه من المحقق «قده» كمقدمه لقوله بعده:

«و لو استقضى أهل البلد قاضيا لم يثبت ولايته. نعم لو تراضى خصمان بواحد من الرعيه.» .

أقول: أما عدم نفوذ حكم من استقضاه أهل البلد فإنه بالنسبه إلى زمن حضور المعصوم و بسط يده واضح، لأن النبى و أمير المؤمنين صلى الله عليهما و آلهما و سلم كانا يرسلان القضاء إلى البلاد، فلا ينفذ حكم قاض آخر مع وجود القاضى المنصوب من قبل المعصوم. و أما فى زمن الغيبه-أو الحضور مع عدم بسط

اليد-فإن الإذن العام الصادر منهم عليهم السلام- كما تدل عليه الروايات- يقتضى نفوذ حكم القاضى الذى استقضاه أهل البلد و طلبوا منه النظر فى مرافعاتهم على الخلاف فى الصفات المعتره فيه، و القدر المتيقن هو المجتهد المطلق.

فعلية: لا ينفذ حكم من استقضاه الناس من دون مراجعه الإمام المبسوط اليد و كسب اذنه، و أما فى زمن الغيبه أو عدم بسط اليد فالإذن العام يكفى لنفوذ حكم من كان هذا الاذن شاملا له.

و لقد أشكل الأمر هنا على الأصحاب فقالوا: ان كان من رجع إليه أهل البلد مجتهدا فالإمام قد أذن فى الرجوع اليه مطلقا، و ان لم يكن مجتهدا فلا اعتبار بحكمه مطلقا، فأى ثمره لهذا الكلام؟ لكن بما ذكرنا ظهرت الفائده فى عبارته و علم المراد من عنوان المسأله.

و قيل: المراد من قوله: «لو استقضى» هو القاضى العام فى البلد لعموم أهله. و من قوله «نعم.» هو من استقضاه الخصمان فى واقعه خاصه من غير أن يعرف بأنه قاضى البلد. أقول: لكن الاولى ما ذكرناه.

هل يشترط الرضا بالحكم بعده؟

قال المحقق «قده»: «و لا يشترط رضاهما بعد الحكم» .

أقول: فى المسأله قولان، فالمشهور هو النفوذ و كفايه الرضا قبل الحكم فليس لهما الرجوع عن حكمه و لا يشترط رضاهما بعد

الحكم، و قيل: يشترط رضاها بعد الحكم أيضا.

أقول: مقتضى الدليل التعبدى تأثير رضاها بالحكم بعده فى بعض الموارد مثل كون الديه على العاقله (١)، و فى بعض الموارد لا- يتوقف الحكم على الرضا أصلا كما إذا تنازعا فى الرضاع مثلا بأن قال أحدهما بتحقيق الرضاع الموجب للحرمة فى مورد و قال الآخر بعدمه، فحكم الحاكم حسب القواعد و الأدله، فإنه لا أثر لرضاها بعدئذ. و الحاصل: ان تأثير رضاها على القاعده إلا إذا دل الدليل فى مورد على العدم أو التأثير بأثر بالنسبه الى غير المتخاصمين.

و يمكن أن يستدل لكفايه الرضا السابق فى جميع الموارد بروايه الحلبي قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ربما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعه فى الشىء فيتراضيان برجل منا. فقال: ليس هو ذاك انما هو الذى يجبر الناس على حكمه بالسيف و السوط» (١) بأن يقال: فرق بين لسانها و لسان معتبره أبى خديجه التى جاء فيها:

«فانى قد جعلته قاضيا» فتلك تعلل نفوذ الحكم بالجعل و هذه بالرضا

ص: ٥٥

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-٥. و هى صحيحه.

و ظاهرها نفوذ حكم من رضى المتخاصمان من الأصحاب بحكمه إذ ليس من أولئك الذين يجبر الناس على حكمهم بالسيف و السوط.

نعم يشترط كونه واجدا للشرائط المعبره، و حيثئذ يكون الرضا دليلا على النفوذ كالأذن مطلقا، و على هذا فلا تبقى ثمره لهذا البحث بالنسبه إلى زمن الغيبه حيث تحقق الاذن منهم بنفوذ حكم المجتهد من دون أثر للرضا. الا أن يدعى دلاله ما فى ذيلها و هو قوله عليه السلام «انما هو الذى.» على لزوم الرضا بعد الحكم، أى بأن يكونان مطيعين للحكم و منفذين له بدون إجبار، فلو كان كذلك لم ينفذ الحكم.

هذا و يدل قول المحقق: «و لا يشترط رضاهما بعد الحكم» على جواز الرجوع عن الرضا بالحكم قبله.

هل يشترط فيه ما يشترط فى المنصب؟

قال: «و يشترط فيه ما يشترط فى القاضى المنصب عن الإمام» .

أقول: أشكل عليه بأن هذا الكلام لا ثمره له أصلا، لأنه بعد اشتراط كونه واجدا للشرائط المعبره فى القاضى المنصب من الاجتهاد و غيره يكون قاضى التحكيم المستجمع لها منصوبا من قبل الامام عليه السلام و مأذونا له فى الحكم.

و قال جماعه: بأن هذا الفرع يجرى فى زمن حضور الولى الذى بيده الحكم و نصب القاضى لأجل الحكم، فإنه ينفذ حكم من تراضى الخصمان بالتراجع عنده مع كونه واجدا للشرائط المعبره

و ان لم يأذن له الامام بالحكم، سواء كان فى زمن الحضور مع بسط اليد كزمن النبى و أمير المؤمنين عليهما الصلاه و السلام أو مع عدمه فلا ثمره للبحث عن قاضى التحكيم فى زمن الغيبه، لأنه ان لم يكن واجدا للشرائط فلا أثر لحكمه و ان كان واجدا لها فقد دلت المقبوله و غيرها على أن من كان كذلك كان مأذونا من قبل الإمام فى الحكم.

و عن بعض المعاصرين تصوير المسأله بحيث يكون لها ثمره فى زمن الغيبه كذلك، لدلاله روايه الحلبي المتقدمه على أنه لا مانع من الترافع عند من تراضيا بالترافع عنده، و انما منع الامام عليه السلام من الترافع عند من يجبر الناس على الترافع عندهم بالسوط و السيف، فالروايه ظاهره فى أنه حيث لا جبر يصح الترافع و ان لم يكن واجدا للشرائط، فيكون حاصل البحث: ان الامام عليه السلام يقول بأن تلك الشرائط انما تعتبر فيما إذا كان هناك إجبار على قبول الحكم بعد إصداره- و ان الحاكم الحق أيضا قد يلتجأ الى السيف و السوط لتنفيذ أحكامه- فمفاد قوله إذا لم يكن سيف و سوط انه ينفذ حكمه و ان لم يكن مجتهدا و يكفى علمه بالحكم فى الواقعه المتخاصم فيها.

و كذا معتبره أبى خديجه فإنها ظاهره فى عدم لزوم الاجتهاد بل يكفى كونه عالما ببعض القضايا، و الرضا بالحكم عله لجواز الرجوع اليه.

و قوله تعالى «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا

وَ إِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» يشمل بإطلاقه العامى غير المأذون بالحكم الذى تراضيا بالترافع عنده.

أقول: و فى هذا القول نظر، فان الآيه و أمثالها لم نتمسك بإطلاقها لأجل نفوذ حكم غير المجتهد المطلق بل أخذنا بالقدر المتيقن منها و هو المجتهد المطلق، فكيف يكون لها إطلاق بالنسبه إلى العامى الذى تراضيا بالترافع عنده؟ و أما روايه أبى خديجه فليس المستظهر منها ما ذكر، بل تقدم أنها ظاهره فى أن من كان كذلك فتراضوا بالرجوع إليه لأنه مجعول حاكما من قبلى فإذا حكم فقد حكم بحكمتنا، و مع التسليم بما ذكره فإن النسبه بين هذه الروايه و المقبوله العموم من وجه فيقع التعارض و يتساقطان و يرجع الى الأصل المذكور فى أول الكتاب.

و لكن الصحيح هو ما استظهرناه سابقا، و أنه يتقدم المنطوق على مفهوم تلك الروايه الأخرى لأن المنطوق يتقدم على المفهوم، و لانه خاص أيضا، بل لقد احتملنا سابقا كون المقبوله بصدد بيان اعتبار المعرفه و النظر فى الاحكام، و المعتبره بصدد بيان العلم بالقضايا، فتكون إحداهما مؤكده للأخرى. نعم لا يشترط الإحاطه بجميع الاحكام و القضايا بل يكفى كونه مجتهدا متجزيا (١)

فالحاصل ان كان المستفاد من المقبوله و المعتبره هو اشتراط كونه مجتهدا كما تقدم فنقول بنفوذ حكم المجتهد المطلق و
المجتهد

المتجزى، و أما إذنهما لغيرهما للتصدى فيحتاج الى دليل.

و لو فرض الإطلاق فى «يعلم شيئاً» فإن المشهور قد أعرضوا عنه و أفتوا بخلافه و لعله لقرينه موجوده عندهم مفقوده عندنا، فالقول بجواز جعل العامى قاضيا للتحكيم مشكل جدا ((١)).

ص: ٥٩

و هل يشترط الأعلمية؟

لا دليل على اعتبار هذا القيد، والأدلة مطلقه، على أنه يستلزم العسر و الحرج.

و هل يشترط الأعلمية فى البلد؟

يمكن اشتراط ذلك فى البلاد الصغيره، و أما الكبيره فإنه يستلزم العسر و الحرج و الأدله مطلقه.

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

ص: ٦٠

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٦٣ و عهد الإمام أمير المؤمنين عليه السلام الى مالك الأشر رضى الله عنه مذکور فى نهج البلاغه.

وقال صاحب الجواهر «قده» باشرط أن لا يكون الحاكم المجتهد انسداديا، لان الانسدادي غير عالم وقد اعتبر الشارع كونه عالما بالأحكام. إلا- إذا كان عالما و قاطعا بحكم الله تعالى و ان كان عن طريق ظني لان ظنيه الطريق لا تنافي قطعيه الحكم، و أما مع كونه ظانا بالحكم في حينه فلا يجوز الرجوع اليه و لا ينفذ حكمه.

أقول: و هذا متين إلا إذا صادف كون جميع الفقهاء في عصر من العصور انسداديين.

قال المحقق «قده»: «و يعم الجواز كل الأحكام» .

أقول: هذا إشارة إلى مذهب بعض العامه الذين خالفوا في هذا الحكم أو من فصل فقال بنفوذه في بعض الاحكام فقط.

نفوذ قضاء الفقيه في الغيبه:

قال المحقق: «و مع عدم (١) الامام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت.» (٢)

ص: ٦١

و لو عدل و الحال هذه الى قضاءه الجور كان مخطئا» (١)).

أقول: و فى الجواهر: نعم لو توقف حصول حقه عليه و لو

ص: ٦٢

لامتناع خصمه عن المرافعه الا إليهم جاز. و قال السيد «قده» فى العروه: لا يجوز الترافع الى قضاء الجور اختيارا و لا يحل ما أخذه بحكمهم إذا لم يعلم بكونه محقا الا من طرف حكمهم، و أما إذا علم بكونه محقا واقعا فيحتمل حليته.

أقول: لكن الروايه (١) تدل على عدم جواز الأخذ بحكمهم و ان كان حقا، الا أن تحمل الروايه على صورته شكه بكونه محقا و أن أخذه بحكمهم حالكونه شاكا غير جائز، فإن تم هذا الحمل لم تشمل الروايه صورته العلم و لم يبعد كلام السيد قدس سره.

و عن الكفايه: ان حكم الجائر بينهما فعل محرم و الترافع إليه يقتضى ذلك فيكون اعانه على الإثم و هى منهى عنها. و أجاب فى الجواهر بمنع كونه إعانه أولا و منع حرمتها ثانيا.

أقول: أما الحكم فإنه يصدر من القاضى اختيارا و ليس الترافع إليه اعانه عليه لانه ليس له أثر فى تحققه فليس من قبيل إعطاء السوط

لأجل الضرب ظلماً-و ان كان لولاه لما صدر الحكم منه، فهو كأن يقول لزيد: أقتل عمرا، فان كلامه هذا ليس مؤثرا في تحقق القتل مع فرض اختيار زيد و قدرته على الترك. هذا وجه ما ذكره أولا.

و وجه ما ذكره ثانيا هو: دعوى انصراف روايه ابن حنظله المشار إليها إلى صورته عدم توقف إنفاذ الحق و احقاقه على الترافع إليه، فيكون حكمه في هذا المورد الخاص غير محرم و ان كان في سائر الموارد حراما، و إذ ليس هذا الحكم اثما فليس الترافع إليه اعانه على الإثم.

هذا ان أراد عدم حرمة الحكم، و يمكن أن يراد عدم حرمة هذه الإعانه على هذا الإثم، نظير ما إذا رجع الى جائر لإنقاذ حقه من غاصب، فلو ضرب الجائر الغاصب و استرجع الحق منه كان رجوعه إليه اعانه على الإثم-إذ لو لم يرجع إليه لما ضربه-و لكنها و الحال هذه ليست اعانه محرمه، نظير ضرب اللص المتوقف عليه دفعه و حفظ المال.

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

هذا و استدل في الجواهر بخبر علي بن محمد قال: «سألته هل تأخذ في أحكام المخالفين ما يأخذون منا في أحكامهم؟ فكتب عليه السلام: يجوز لك ذلك ان شاء الله إذا كان مذهبكم فيه التقيه و المداراه لهم» (١) قال: بناء على ما في الوافي من أن: المراد هل

يجوز لنا أن نأخذ حقوقنا منهم بحكم قضاتهم كما يأخذون منا بحكم قضاتهم. يعنى إذا اضطر اليه كما إذا قدمه الخصم إليهم.

أقول: ان كان هذا معنى الروايه كانت هذه الروايه معارضه لروايه ابن حنظله الداله على أن المأخوذ بحكمهم سحت و ان كان حقا ثابتا، الا أن تحمل تلك على صورته التمكن من إنقاذ الحق من طريق آخر و تحمل هذه على صورته الانحصار و الضروره، أو تحمل هذه على صورته العلم بكونه محقا و تلك على صورته الجهل أو الشك بكونه حقا له كما تقدم.

و يحتمل أن يكون المراد: انهم يقولون-مثلا-بصححه الطلاق ثلاثا فى المجلس الواحد و نحن نقول ببطلانه، فهل يجوز لنا أن نحكم عليهم طبق أحكامهم و فتاواهم و نعاملهم بحسبها؟ فتكون نظير «الزموهم ما ألزموا به أنفسهم.» (١) و تخرج بذلك عن مبحث القضاء.

و عن على بن الحسين عليهما السلام: «إذا كنتم فى أئمه الجور فامضوا فى أحكامهم و لا تشهروا أنفسكم فتقتلوا و ان تعاملتم بأحكامنا كان خيرا لكم» (١).

ص: ٦٥

و مورد هذه الروايه خصوص حال التقيه، و العبادات فى تلك الحال صحيحه نصا و فتوى، أما المعاملات فلو عامل طبق أحكامهم تقيه فهل تصح حالكونها باطله عندنا؟ قال فى الجواهر: لم يحضرنى الان كلام للأصحاب بالخصوص. أقول: و كيف كان فهى وارده فى حال التقيه و لا مناسبه لها بمورد انحصار طريق الاستنقاذ بذلك، إلا إذا كان الانحصار من جهه التقيه فهى داله على الجواز حينئذ.

و فى المسالك: «يستثنى منه ما لو توقف حصول حقه عليه فيجوز كما يجوز الاستعانه على تحصيل الحق بغير القاضى، و النهى فى هذه الاخبار و غيرها محمول على الترافع إليهم اختيارا مع إمكان تحصيل الغرض بأهل الحق و قد صرح به فى خبر أبى بصير (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «فى رجل كان بينه و بين أخ له مماراه فى حق فدعاه الى رجل من اخوانه ليحكم بينه و بينه فأبى الا أن يرافعه إلى هؤلاء كان بمنزله الذين قال الله عز و جل أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَ مَا نُزِّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ. الآيه» .

أى فإنها ظاهره بل صريحه فى اختصاص النهى عن الترافع

ص: ٦٦

إليهم بصوره التمكن من الترافع إلى القاضى العدل، و قد وافقه فى الجواهر على ذلك و أضاف: بأن الإثم حينئذ على الممتنع.

و قد استدلل لجواز الترافع إلى الجائر حتى مع التمكن من العادل ان كان عالما بكونه محققا بخبر ابن فضال قال: «قرأت فى كتاب أبى الأسد الى أبى الحسن الثانى عليه السلام و قرأته بخطه سأله: ما تفسير قوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ؟ فكتب بخطه: الحكام: القضاة. ثم كتب تحته: هو أن يعلم الرجل أنه ظالم فيحكم له القاضى، فهو غير معذور فى أخذه ذلك الذى قد حكم له إذا كان قد علم أنه ظالم» (١).

أقول: و التحقيق أنه لو لا- أدله النهى المطلقة لحكمنا بجواز الترافع الى قضاة الجور مع العلم بالحق أو الشك سواء تمكن من الترافع الى العادل أو لا- بمقتضى الآية الكريمة و الرواية الواردة فى ذيلها، لكن الآية مطلقة و تلك الأدلة واردة فى خصوص قضاة الجور و أنه لا يجوز الترافع إليهم حتى مع العلم بالحق أو الشك فيه، فمقتضى الجمع جواز الرجوع الى الحاكم الجائر فى صورته العلم أو الشك بكونه محققا مع عدم التمكن من الترافع إلى القاضى العادل، و أما فى صورته العلم بالخلاف فلا يجوز مطلقا كما لا يجوز الترافع الى قضاة الجور فى صورته التمكن من العادل حتى مع العلم بكونه محققا.

ص: ٦٧

و استدلل المحقق الآشتياني للجواز فى صورته توقف أخذ الحق على التحاكم الى قضاءه الجور بقاعده نفى الضرر و الضرار فى الشريعة. و فيه: ان قاعده نفى الضرر لا ترفع الضرر، أى:

ان الحكم بحرمه الترافع إليهم فى صورته التوقف ضرورى و لكن لا- دلالة للقاعده على كون عدم نفوذ حكمه حيثئذ ضروريا كذلك، فلا تقتضى القاعده هذه الارتفاع الحرمه التكليفيه، و أيضا: ان كان معنى «السحت» فى قوله عليه السلام: «و ما يحكم له فإنما يأخذ سحتا و ان كان حقه ثابتا» بمعنى الإثم رفعتة قاعده نفى الضرر، و أما ان كان بمعنى حرمة الأكل فإنه حكم ضررى مجعول، و من المعلوم أن القاعده لا ترفع الحكم الضررى المجعول.

ص: ٦٨

(فى حكم تولى القضاء)

قال المحقق «قده»: «تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه و ربما وجب و وجوبه على الكفايه.» .

أقول: فيه مطالب: الأول: تولى القضاء مستحب، و ظاهر كلامه أنه مستحب ذاتا. الثانى: انه لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه.

الثالث: انه قد يجب. الرابع: وجوبه حينئذ كفائى.

و فى الدروس: و لو وجد غيره فى استحباب تعرضه للولايه نظر من حيث الخطر و عظم الثواب إذا سلم، و الأقرب ثبوته لمن يثق من نفسه القيام به.

و فى الروضه: و فى استحبابه مع التعدد عينا قولان: أجودهما ذلك مع الوثوق.

و فى كشف اللثام: و يستحب التوليه على الأعيان الا من وجبت عليه عينا، لأنه أمر مرغوب عقلا و شرعا.

و فى الرياض: استجابة-أى قبوله-عينى، فلا ينافى ما قدمناه من أنه واجب كفاى (١)).

ص:٧٠

أقول: المنافاه أو عدمها يتوقف على بيان الواجب الكفائي، و هو: ما وجب إتيانه على الكل و يسقط يأتیان البعض بخلاف العيني و سقوط الوجوب يكون إما بالإطاعه و اما بالعصيان و اما بارتفاع الموضوع، و محل الكلام من قبيل الثالث، نظير ما إذا صلى أحد المكلفين على الميت فإنه لا يبقى موضوع للوجوب، إذ لا يجب إلا صلاه واحده عليه، و لما كان الوجوب و الاستحباب ضدین فكيف يكون الشيء الواحد واجبا و مستحبا معا؟ المستحب ما يجوز تركه فإذا كان مستحبا عينيا كيف يكون واجبا لا يجوز تركه و أنه إذا ترك فالكمل معاقبون على ذلك؟ و قيل: الواجب الكفائي ما يجب فعله على المجموع. و لم يتضح لنا وجه الفرق بين هذا التعريف و ما ذكرناه.

فالحاصل: دعوى عدم التنافي بينهما غير واضحه عندنا.

فالقائلون بعدم المنافاه فى سعه من توجيه عباره المحقق، و أما الذين لا يوافقون على ذلك فقد حاولوا توجيهها، ففى المسالك: وظيفه القضاء من فروض الكفايه لتوقف النظام عليه أو لما يترتب عليه من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و لعظم فائدته تولاه النبى صلى الله عليه و آله و سلم و من قبله من الأنبياء بأنفسهم لامتهم

و من بعدهم من خلفائهم، و حينئذ فحكم المصنف باستجابته لمن يثق بنفسه محمول على طلبه من الامام ممن لم يأمره به إذا كان من أهله، أو على فعله لأهله في حال الغيبة حيث لا- يتوقف على اذن خاص. و قوله «و ربما وجب» يتحقق الوجوب فيما ذكرناه من طلب الامام له و فيما إذا انحصر الأمر فيه و لم يعلم الامام به أو لم ينحصر بالنظر الى الوجوب الكفائي أو على تقدير توقف حصول الحق عليه أو الأمر بالمعروف في حال الغيبة. و قوله «و وجوبه على الكفايه» يعنى به على تقدير وجوبه عنده، و انما يكون على الكفايه إذا أمكن قيام غيره مقامه و لم يعينه عليه الامام و الا كان وجوبه عينيا كغيره من فروض الكفايات إذا لم يحصل منها الا فرد واحد.

أقول: ان كان مراد المحقق «قده» تولى القضاء و التصدى لهذا المنصب فإنه يختص بزمان حضور الإمام، لأنه الزمن الذى لا حكم وجوبى عليه-الا فى حال تعيين الامام و نصبه-فيستحب له الحضور عند الإمام لأخذه منه، و لا مورد للاستحباب غيره، فان نصبه كان واجبا عينيا و ان نصب جماعه كان كفاييا، و لا يجتمع الاستحباب مع الوجوب الكفائي.

و ان كان المراد أن يجعل نفسه فى معرض ترفع الناس اليه -و ان كان هناك قاض-فان كان التصدى واجبا عليه كان تعريض نفسه لذلك واجبا كذلك من باب المقدمه، و ان كان واجبا عليه و على غيره كفايه كان ذلك واجبا عليه من باب المقدمه كذلك إذ لا يكون

ذو المقدمه واجبا و المقدمه مستحبه.

و ان كان المراد من التولى نفس القضاء و فصل الخصومه فإن كان فى زمن الحضور و قد نصب لذلك و أمر به كان واجبا عينيا عليه و مع الاذن العام يكون واجبا كفاثيا فلا يتصور الاستحباب.

و ان كان القضاء وجوبه من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر كان واجبا عليه من باب مقدمه الواجب.

فالحاصل: ان من كان حكمه فى زمن الغيبه نافذا كان وجوب القضاء عليه كفاثيا سواء وجد غيره أيضا لوضوح الأمر حينئذ، أو لم يوجد غيره لان الواجب الكفاثى لا ينقلب معه إلى العينى، بل يتعين عليه القضاء بحكم العقل، و هذا هو مراد من عبر بالواجب العينى حينئذ.

فظهر أنه لا يتصور الاستحباب.

و خالف فى استحبابه أو وجوبه بعض العامه فحكم بكراهته لعظم خطره و نظرا إلى الأحاديث المحذره. و أوجب عنه فى المسالك و غيره بأن المقصود من التحذير بيان عظم خطره و لزوم شدة الاحتياط فيه.

ثم ان الاحكام التى ذكرها المحقق «فده» فى هذه المسأله بالنسبه إلى زمن الحضور (١) لا ثمره للبحث عنها بالنسبه إلينا، نعم

يحتمل وجود الثمره فى قوله: «و لو وجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله، و لو ألزمه الإمام: قال فى الخلاف: لم يكن له الامتناع.» .

أقول: وجه ما ذهب اليه المحقق «قده»: أن الامام لا يوجب ما وجب كفايه بالوجوب العينى، فلو خاطب الإمام أحد المكلفين فى واجب كفائى لم يخرج بذلك عن كونه كفائى و لا يلزم بامثاله مع وجود غيره.

و وجه ما ذكره الشيخ «قده» فى الخلاف: أن المصالح قد توجب اختلاف الحكم و تغييره-لا أنه يجتمع حينئذ حكامان- فيكون كحال الاضطرار و طرو العنوان الثانوى.

فظهر أنه لا اختلاف بين المحقق و الشيخ فى المسأله لاختلاف الموضوع، و أن الامام عليه السلام لا يجعل الواجب الكفائى عينيا بالعنوان الاولى.

قال المحقق: «و لو لم يعلم به الامام وجب أن يعرف نفسه.» .

أقول: علم الامام عليه السلام بالأمر يكون فى ظرف ارادته و اشاءته لانه يعلم به (١)) ، فعلم الامام كبصر البصير، و دليل الوجوب فى حال عدم وجود غيره أن القضاء من باب الأمر بالمعروف فيكون -بناء عليه- واجبا من باب المقدمه. و هذه العبارة كالتمهيد لقوله:

هل له ان يبذل مالا ليلى القضاء؟

«و هل يجوز أن يبذل مالا ليلى القضاء؟ قيل: لا لأنه كالرشوه» .

أقول: أما فى زمن الحضور فلا مورد لهذا الفرع كما هو واضح، و أما فى زمن الغيبه حيث الأمر بيد السلطان و لا قاضى يقضى بالحق فإن راجعه فاشترط عليه بذل مال فهل له أن يبذله لتصدى ذلك لغرض الحكم بالحق و إجراء الأحكام الإلهيه و أداء الواجب عليه؟ لا- يبعد الجواز بل الوجوب مقدمه للواجب، نظير الضرائب التى تعينها الحكومات لاداء بعض الفرائض كالحيج حيث يجب دفعها مع الإمكان لأجل التمكن من أداء الواجب. هذا مع انحصار القاضى به و الا فلا وجوب، و يشترط-على أى حال- أن يثق من نفسه القيام بالحق و الالتزام بالأحكام، و ليس هذا رشوه و لا كالرشوه.

نعم يحرم هذا المال على آخذه.

ص: ٧٥

(هل يجوز الرجوع الى المفضول مع وجود الأفضل)؟

قال المحقق «قده»: «إذا وجد اثنان متفاوتان في الفضيله مع استكمال الشرائط المعتمبره فيهما، فان قلد الأفضل جاز» .

أقول: لا خلاف و لا إشكال في ذلك، و في الجواهر: و ان كان المفضول أوع، لأن الملاك- و هو العداله المانع من الاقتحام في المحرمات و ترك الواجبات- موجود في كليهما، و الشرائط المعتمبره متوفره فيهما، و الأعلم مقدم على غيره.

قال المحقق «قده»: «و هل يجوز العدول الى المفضول؟ فيه تردد، و الوجه الجواز، لان خلله ينجبر بنظر الإمام» .

أقول: وجه الجواز: اشتراك المفضول و الأفضل معا في الأهليه و لزوم العسر و الحرج على العامي في معرفه الأفضل، و أن الصحابه كانوا يتصدون لذلك من غير توقف و لا إنكار مع أنهم كانوا متفاوتين

فى الفضيله، فكأنهم قد أجمعوا على جواز ذلك.

و أجيب عن الأول: بأن الأهليه لكل منهما تجوز التصدى و توجب نفوذ الحكم، و لكن جواز رجوع المترافعين الى المفضول مع وجود الأفضل أول الكلام.

و عن الثانى: بأنه ان كانت معرفه أصل الأهليه ممكنه له فإن معرفه الأعلميه ممكنه أيضا.

و عن الثالث: بأن الأصحاب الذين أعرضوا عن أمير المؤمنين عليه السلام و هو الأفضل من جميع الجهات و صاحب الولاية العظمى بنص من الله عز و جل و رسوله صلى الله عليه و آله و سلم ليس عملهم حجه عندنا.

و وجه المنع: انه مقتضى مقبوله عمر بن حنظله ((١)).

وفيه: ان هذا فى ظرف المعارضه، و أما فى غيره فلا- دليل على تقدم قول الأ-علم. بل يفهم من المقبوله نفسها أن لكليهما صلاحيه الحكم و أهليته، و انما حكم الامام عليه السلام بتقدم قول الأعلم لدى الاختلاف بينهما. و يشهد بهذا قوله عليه السلام فى معتبره أبى خديجه: «انظروا الى رجل منكم يعلم.» و الا لقال من أول الأمر: .

الى رجل أعلم.

و أن الظن الحاصل من حكم الأفضل أقوى من الظن الحاصل من حكم المفضول فيجب اتباعه بحكم العقل دونه.

وفيه: ان هذا أول الكلام، فربما يكون الظن الحاصل من حكم المفضول أقوى. سلمنا و لكن ما الدليل الشرعى على تقدم ما يفيد الظن الأقوى؟ ((١)).

و قد رتب فى المسالك القولين على أن المقلد هل يجب عليه تقليد أعلم المجتهدين أم يتخير فى تقليد من شاء منهم؟ و فيه: أن

ص: ٧٨

الظاهر كون الملازمه من طرف واحد كما سيتضح ذلك قريباً، و كأن صاحب الجواهر «قده» وافقه على هذه الملازمه-و ان لم يصرح بها-لاستدلالة بنفس هذه الأدله للقول بجواز العدول عن الأفضل و ان أجاب عنها بعد ذلك بمثل ما تقدم منا في الجواب.

لكن ظاهر المحقق عدم القول بتلك الملازمه فإنه قال: الوجه الجواز لاین خلله ينجبر بنظر الامام، و هذا يرتبط بحال حضور الامام عليه السلام و نصبه للمفضول و لا- يفيد بالنسبه الى حال الغيبه، فيكون فرض المسأله خاليا عن الثمره ضروره أنه عليه الصلاه و السلام أعلم بما يفعل حينئذ و لا يحق لنا أن نتكلم عن جواز ذلك له و عدمه (١).

و في المستند اختار الجواز للأصل و الإطلاقات.

أقول: لم يتضح لنا مراده من «الأصل»، لأن مورد الشك ان كان جواز التصدي للمفضول و عدم جوازه فلا ريب في أن الأصل

هو البراءة، و ان كان نفوذ حكم المفضول و عدم نفوذه فلا ريب فى أن مقتضى الأصل عدم النفوذ.

و أما التمسك بإطلاقات الروايات فلا بأس به، لان الروايات الواردة فى الباب مطلقه، ففى إحداهما: «. يعلم شيئاً.» و فى أخرى: «. عرف أحكامنا و نظر فى حالنا و حرامنا.» .

لا يقال: ان هذه الاخبار فى مقام الردع عن الترافع الى قضاء الجور و الأمر بالترافع الى قضاء الحق و العدل فلا إطلاق فيها.

لأننا نقول: ان الراوى يسأل الإمام عليه السلام قائلاً: «فكيف يصنعان؟» فلو أراد الإمام خصوص الأعم لم يكن ذلك و الا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، لا- سيما مع التفات الراوى إلى الجهات المختلفه و أنه لو اختلفا فكيف يصنع؟ ثم ان الراوى لم يسأل الإمام عليه السلام عن اشتراط الأعميه و عدمه و هذا يشهد بفهمه الإطلاق من كلام الامام عليه السلام.

اللهم الا- أن يدعى تقييدها بما ورد فى ذيل المقبوله و هو قوله عليه السلام «. أفقهما.» . لكن يجاب عن ذلك بأنه ناظر الى خصوص حال التعارض كما تقدم، أى: انها مقيده فى موردها لا- بنحو الإطلاق، بمعنى أنه يقدم حكم الأفضل منهما لدى الاختلاف فقط.

و قال السيد «قده»: لا- يبعد قوه هذا القول-يعنى: تقديم الأعم- لكون الإطلاقات مقيده بالأخبار الداله على الرجوع الى المرجحات عند اختلاف الحاكمين من الافقيه و الاصديه و الأعدليه

مع إمكان دعوى عدم كونها إلا- فى مقام بيان عدم جواز الرجوع الى قضاءه الجور فلا- إطلاق فيها. و دعوى: أن مورد أخبار المرجحات التى هى العمده فى المقام خصوص صورته اختيار كل من المترافعين حاكما أو صورته رضاهما بحكمين-فاختلفا، فلا دلالة فيها على وجوب الرجوع الى الأعلم مطلقا-مدفوعه: بأن الظاهر منها أن المدار على الأرجح عند التعارض مطلقا كما هو الحال فى الخبرين المتعارضين، بل فى صورته عدم العلم بالاختلاف أيضا لوجوب الفحص عن المعارض، لكن هذا إذا كان مدرك الحكم هو الفتوى و كان الاختلاف فيها بأن كانا مختلفين فى الحكم من جهة اختلاف الفتوى، و أما إذا كان أصل الحكم معلوما و كان المرجع إثبات الحق بالبينه و اليمين و الجرح و التعديل و نحو ذلك فلا دلالة فى الاخبار على تعيين الأعلم.

أقول: فتكون الأقوال فى المسألة ثلاثة: أحدها: تقدم قول الأعلم مطلقا. و الثانى: تقدم قوله لدى الاختلاف، و الثالث: انهما إذا رجعا إليهما فحكما بحكمين مختلفين قدم قول الأعلم، و الا- فيجوز الرجوع الى المفضل ابتداء حتى مع العلم أو احتمال الاختلاف بينهما فى الحكم.

و الروايات المقيده وارده فى مورد الترافع الى كليهما ثم وجدان الاختلاف بينهما، و هى غير متعرضه إلى صورته المراجعة ابتداء.

الا- أن يقال: انه لما كان قول الأعلم هو المقدم حكم الامام عليه السلام بتقدمه فى صورته التعارض و الا لما حكم بذلك فى تلك الصوره.

بل ان السيد «قده» يقول بعدم جواز المراجعه الى غير الأعلم لو لم يعلم بموافقته فتواه لقول الأعلم، لأن ذلك كالخبرين المتعارضين حيث يجب الأخذ بالخبر الراجح منهما.

و على هذا يجب على المراجع الى غير الأعلم مراجعه الأعلم من ذى قبل، فان لم يجده مخالفا لفتوى غيره جاز رجوعه الى غير الأعلم، و لكن هذا المعنى يتوقف تماميته على استفادته من الاخبار و الافلا وجه له، و لعله من هنا قال فى الجواهر بمنعه كل المنع.

هذا و التوسع فى الترافع و عدم وجوبه إلى الأفضل لا يلزم التوسع فى الفتوى، فهناك يكون رجوع الجاهل الى العالم لغرض الوصول إلى الأحكام الإلهيه، و يكون فتوى الأعلم هناك أقرب الى الواقع، أما هنا فان اشتراط ذلك يؤدي الى التضيق على المكلفين، فالتوسع هنا نظير التوسع فى مورد الشك أو الظن بنجاسه شىء حيث تجرى أصاله الطهاره توسعه على الأمه، و لانه ليس الغرض هنا الوصول الى الواقع فقط. و على هذا الأساس يمكن أن يقال بنفوذ حكم غير الأعلم فى حق الأعلم إذا كان طرفا فى النزاع و عدم جواز الرد عليه، لأن الغرض فصل الخصومه لا كون القضاء طريقا الى الواقع حتى يقال بوجوب الأخذ بالقول الأقرب اليه.

و مما ذكرنا يظهر ما فى قولهم: ان قول الأعلم يفيد الظن الأقوى قياسا على الدليل فى مورد التعارض، ففيه كما تقدم سابقا لو سلمنا كون الظن الحاصل من قول الأعلم أقوى-انه ليس الغرض

هنا تحصيل الواقع.

و كذا قولهم: ان تقديم المفضول على الفاضل قبيح، و لذا نقول بقبح تقدم من تقدم على أمير المؤمنين عليه السلام، لان ذلك فى الإمامه العامه و الرئاسة الكبرى حيث الغرض منها إجراء الأحكام الواقعيه و الوصول الى الواقع، لكن الغرض هنا فصل الخصومه و حسم النزاع و قد اقتضت المصلحه التوسعه فيه فلا قبح.

ص: ٨٣

هل يجوز للقاضى الاستخلاف؟

قال المحقق «قده»: «إذا أذن له الإمام فى الاستخلاف جاز». .

أقول: تاره يبحث عن ذلك فى زمن الحضور، و أخرى فى زمن الغيبه، أما بالنسبه إلى زمن الحضور فان نصب الإمام أحدا و أذن له فى الاستخلاف فلا كلام فى الجواز و ان صرح بالمنع فلا كلام فى عدمه، و ان أطلق فإن كان هناك شاهد حال مثلا على الاذن فيه كإرسال الوالى إلى بلاد واسعته بحيث لا تضبطها اليد الواحده فهو و الا فلا (١)). .

و لا ثمره عمليه لنا فى البحث عن ذلك، نعم فيه ثمره علميه،

فقد ذكروا فى كتاب الوكاله أن كل ما اشترط فى المباشره شرعا فلا يقبل الوكاله و كل ما لم يشترط فى ذلك جاز التوكيل فيه (١)).

و جعل الإمام القاضى فى زمن الحضور يدل على أن القضاء من الأمور القابله لقيام الغير بها و لا يشترط فى المباشره، فيقع الكلام فى أن ذلك توكيل منه عليه السلام-أى: أن القاضى المنصوب من قبله انما يقضى و كاله عنه-أو أنه توليه منه له على الحكم، كما جعل الأب و الجد له و ليا على الصغير، فيجوز له التوكيل لغيره فى الأمور التى تخصه كما يجوز له جعل الولى عليه بعد الموت ليقوم بأموره؟ ان كان جعله من باب الوكاله تم ما ذكره المحقق «قده» من أنه إذا أذن له فى الاستخلاف جاز، لانه يكون حينئذ وكيلا- فى القضاء و وكيلا فى التوكيل فيه، و ان كان جعله من باب الولاية فلا حاجه الى الاذن فى استخلاف غيره للقضاء فيجوز له استخلاف من كان واجدا للشرائط المعتره فى القاضى، نظير من جعلت له الولاية فى أمور الصغير من قبل وليه ليكون وليا عليه بعد موته، فإنه يجوز له حينذاك توكيل غيره فى القيام بالأمور من قبله.

و كذا الأمر بالنسبه الى من عين لأجل القيام بأمور وقف من قبل

حاكم الشرع، فان كان وكيلا في ذلك لم يجز له استخلاف غيره الا مع الاذن الصريح أو شاهد الحال، و لو مات الحاكم بطلت و كالتة، و أما إذا جعل الولاية له عليها لم يجب عليه الاستئذان في الاستخلاف، و لا معنى لان يكون وليا بشرط المباشره، و لم تبطل بموت الحاكم.

فظهر أن ثمره البحث، أنه ان كان الجعل بنحو الوكالة فعليه إحراز الاذن في الاستخلاف، و ان كان بنحو الولاية فلا يجب.

هل القضاء قابل للوكالة؟

و أما بالنسبة إلى زمن الغيبة فهل للفقهاء أن يستخلف غيره إذنا أو وكالة أو ولاية؟ فيه خلاف، فعن جامع المقاصد: ان القضاء من الأمور القابلة للتوكيل، و مال إليه في الجواهر، و عن المسالك عدم الجواز. أقول: لا نص في المسألة و لا يمكن الجزم بوجود المباشره في القضاء أو بعدم وجوبها عن طريق دليل آخر، فلا بد من مراجعه الی الأصل. قال في وكالة الجواهر: ان الاستفادة من كلمات الأصحاب كون الأصل جواز الوكالة في كل شيء، ثم ذكر الأصل و عموم أدله الوكالة. قلت: أما الأصل الذي ذكره- و هو عدم اشتراط المباشره في القضاء- فإنه معارض بأصالة عدم ثبوت جواز القضاء بالوكالة، و ما أفاده في الجواب من أن أصالة عدم جريان الوكالة فيه منقطعه بمشروعيه الوكالة، مندفع بأن المشروعيه لها موارد هي القدر المتيقن من ذلك، و هناك موارد لا تجوز فيها

الوكاله قطعاً، و موارد أخرى أصل المشروعيه فيها مشكوك فيه، فلا ينقطع أصله عدم الوكاله بمشروعيه الوكاله بنحو الإهمال، لأنه مع الشك في أصل المشروعيه فالأصل عدمها.

و الحاصل: ان المباشره ليست من قيود المكلف به بل الحاكم بها هو العقل، و حينئذ لا يمكن رفعها بالأصل عند الشك، و لو سلمنا جريانه فالأصل عدم جواز توكيل الحاكم غيره في أمر القضاء.

و أما الأدله العامه فإن إرجاع القاضى أمر القضاء الى المقلد اما يكون عن طريق جعل التوليه له كما هو المشهور بين الفقهاء من جواز ذلك للحاكم كأن يجعله متولياً على موقفه أو ولياً على الصغار للقيام بأمرهم، و اما يكون عن طريق التوكيل، بأن يوكله في أمر القضاء كما تجوز الوكاله في أمور أخرى كالبيع و الطلاق و نحوهما.

لكن الولايه ان كانت من جهه أن لازم جعل الحكومه صلاحيه الحاكم لتفويضها الى غيره فان هذا يتوقف على استفاده هذه الناحيه من أدله الجعل و هى غير متحققه، لأن الإمام عليه السلام يذكر صفات القاضى «كالروايه» و «النظر» و غير ذلك و هذا تحديد من الامام و كون القاضى متمكناً من جعل من ليس متصفاً بتلك الصفات معناه أن تكون دائره صلاحيته أوسع من الامام و هذا لا يقول به أحد.

و نحن في التوليه على الأوقاف لا- نقول بجواز توليه المتولى غيره، لان جعل الحاكم إياه متولياً لا يستلزم جواز جعله غيره متولياً عليها بعد موته.

و ان كانت من جهه تنزيل الامام الحاكم منزلته و إثبات الولاية العامه له فله أن يجعل مقلده كما للإمام عليه السلام أن ينصب للقضاء غير المجتهد، ففيه: أن الامام قد تعرض لأمر القضاء و للنصب له كلا على حده و انفراد، و هذا يدل على عدم شمول التنزيل لأمر القضاء و أنه لم يجعل القاضى نازلا منزلته، و مع الشك في جعل الولاية له على نصب غيره فالأصل العدم كما هو واضح.

فالحاصل: عدم تماميه إرجاع أمر القضاء الى المقلد عن طريق الولاية.

و أما الوكاله فهي ثابتة و جائزه في كثير من العقود، و لكن ثبوتها في القضاء يتوقف على وجود دليل خاص على جواز التوكيل فيه أو دليل عام يدل على أن كل أمر يجب صدوره من المكلف يجوز التوكيل فيه الا ما استثني كالنذر و الايمان و نحوهما. أما الدليل الخاص فغير موجود، نعم هناك دليل يمكن الاستدلال بإطلاقه، و هو قوله عليه الصلاه و السلام: «من وكل رجلا على إمضاء أمر من الأمور فالوكاله ثابتة أبدا حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها» (١).

و تقريب الاستدلال: انه لا-ريب فى أنه إذا لم يكن المتكلم فى مقام بيان جهه من جهات الكلام لم يجر التمسك بالإطلاق بالنسبه إليها، و هذه الروايه تدل على مضى الوكاله فى كل أمر يجوز فيه التوكيل، و أن الوكاله باقيه حتى الاعلام بالعزل، و ليست فى مقام الدلاله على صحه الوكاله بأى نحو كانت، الا أنه قد يكون لتلك الجهه التى ينظر إليها المتكلم فى الكلام لازم فيجوز أن يتمسك بالكلام بالنظر الى ذلك اللازم، مثلا قوله تعالى: «. فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا .» فى مقام تشريع التيمم عند فقدان الماء، فيجب على فاقد الماء التيمم، و لكن يجوز التمسك بإطلاق «الماء» فيها-بأن يقال المراد عدم وجدان مطلق ما يصدق عليه الماء-و ان لم تكن الآيه الكريمه ناظره الى هذا الحيث، لانه لازم تشريع التيمم بيان أنه متى يجب التيمم، فنقول: ان الآيه بإطلاقها تدل على أنه متى لم يوجد ما يصدق عليه الماء يجب التيمم.

و هنا كذلك، فإن الإمام عليه السلام فى مقام بيان أن الوكاله إذا ثبتت كان عمل الوكيل فى ما وكل فيه ماضيا حتى يعلمه بالعزل، و لكنه قال قبل ذلك «على إمضاء أمر من الأمور» و لازم هذا جواز الوكاله فى كل أمر لم يقم دليل على عدم جوازها فيه، و الالبين ذلك فى نفس الكلام، فيجوز التمسك بإطلاق هذا الكلام بأن يقال بجواز

الوكاله فى القضاء لأنه أمر من الأمور عند العرف و لم يقم دليل شرعى على عدم قابليه القضاء للوكاله.

فالظاهر تماميه هذا الإطلاق و أنه لا- مانع من التمسك به (١) الا- إذا قيل بأن القضاء من الأمور التى يعتبر فيها أهل العرف المباشره و لا يقبل التوكيل عندهم لكن مذهب جماعه من الأصحاب صحه الوكاله فيه، و وجه المنع عند غيرهم عدم تماميه الإطلاق لا عدم القابليه عرفا.

هذا، و قد جوز بعض المانعين التوكيل فى مقدمات الحكم كاستماع الشهاده و التحليف، و أشكل عليه فى الجواهر بأنه إذا كان استماع الشهاده قابلا- للوكاله فالحكم بالأولويه. و وجه ذلك ما ذكرناه سابقا من أن أهل العرف يقسمون الأمور الى ما يقبل الوكاله و ما لا يقبلها، فمن الأول: البيع و الشراء، و من الثانى: الأكل و الشرب، فصاحب الجواهر يقول انه ان جازت الوكاله فى استماع الشهاده و التحليف- مع أن الحاكم نفسه هو المكلف باستماعها و بتحليف المنكر- كانت جائزه فى نفس الحكم بالأولويه.

و الصحيح: أن كل أمر كان للوكاله عرفيه فيه و لا منع من قبل الشرع كان مشمولاً ل «الأمور» فى الروايه المذكوره، و الله العالم.

فى حكم ارتزاق القاضى من بيت المال

قال المحقق «قده»: «إذا ولى من لا يتعين عليه القضاء فان كان له كفايه من ماله فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال (١)»، و لو طلب جاز لانه من المصالح، و ان تعين عليه القضاء و لم يكن له كفايه جاز له أخذ الرزق، و ان كان له كفايه قيل: لا يجوز له أخذ

الرزق لانه يؤدي فرضاً .

أقول: ارتزاق القاضى من بيت المال ان لم يكن له كفايه من ماله جائز سواء كان القضاء متعينا عليه أولا، فله أخذ مؤنته من بيت المال، و الحاكم يعطيه منه لا بعنوان الأجره على القضاء، بل بعنوان أن ذلك من مصالح المسلمين التى أعد لها بيت المال. و ان كان عنده ما يكفى المؤنه فأخذه من بيت المال يكون بعنوان الأجره على القضاء قهرا، فيدخل فى مبحث (١) جواز أخذ الأجره على الواجبات و عدم جوازه، فنقول:

موجز الكلام فى أخذ الأجره على الواجبات:

ان العمل الذى يقوم به الإنسان المكلف تاره يكون ذا منفعه و أخرى يكون بلا منفعه، فإن كان بلا منفعه فلا معنى لان يطالب بالعرض سواء كان واجبا أو لا، و ان كان العمل الذى يقوم به لغيره ذا منفعه له جاز له المطالبه بالعرض منه فى صورته عدم منافاه أخذ

ص: ٩٢

العوض للعمل المطلوب منه إتيانه، فلو أمره زيد بالخروج للصلاه على ميت فطالبه بشيء في مقابل امتثاله-الذى أثره لزيد سقوط خروجه إليها وقد كان واجبا عليه كذلك-جاز، ولكنه يتنافى مع قصد القربة المعتبر في الصلاه على الميت، فيشكل أخذ الأجره على فعله هذا، الا بأن يتصور إيجاد الداعى إلى الداعى، نظير ما إذا أعطى مالا لغيره لأجل أن يطيع أمر زيد بالقيام بعمل، فان قام بالعمل اطاعه لزيد جاز أخذ الأجره و ان كان لا بقصد ذلك لم يجز، و حينئذ فلو أعطاه مالا لان يطيع الله و يمثل أوامره، فإن اعتبر قصد القربة في العمل لم يجز له الأخذ لعدم صلاحية هذا العمل للمقريه، و ان قلنا بأن كونه داعيا إلى الداعى لا يضر بقصد القربة و أنه يكفى كون الأمر الإلهى هو الداعى و لا يضر فى ذلك وجود واسطه دنيويه تدعو اليه جاز له أخذ الأجره على العمل.

و فصل بعضهم الداعى الراجع نفعه الى الفاعل بين ما إذا كان منفعه من الله سبحانه فلا يضر بالقصد و الا لما كان لذكر الأجور التى فى القرآن للذين آمنوا و عملوا الصالحات وجه، و ان كان منفعه من غيره عز و جل فيضر بالقصد.

هذا، و فرق بين الواجب التعبدى و الواجب التوصلى، ففي التوصلى يمكن أن يوجب الشارع أصل العمل و أن لا يمنع من أخذ الأجره عليه كسائر الصنائع و الحرف، فإنها واجبات توصليه و يجوز أخذ الأجره عليها، لكن قيل: هذا ما دام الوجوب فيه كفاثا، و أما

إذا كان تعييننا فلا- يجوز، فلو انحصر الطبيب في واحد كان معالجه المرضى واجبا عينيا بالنسبه إليه لوجوب حفظ النفوس المحترمه فلا يجوز له أخذ الأجره، و من هنا كان الأطباء المتدينون سابقا يتقاضون الأجر عوضا عن الحضور لدى المرضى و يعبرون عن ذلك ب «حق القدم» .

و ظاهر قول العلامة في القواعد: «و يجوز أخذ الأجره على عقد النكاح و يحرم الأجر على الإمامه و الشهاده و أدائها» هو أن الواجب المعين لا يجوز أخذ الأجره عليه. و قال في إجاره القواعد «هل يجوز على تعليم الفقه؟ الوجه المنع مع الوجوب» أى: إذا كان واجبا عينيا «و الجواز لا معه» أى: لا مع التعيين و كونه كفائيا.

و فصل الفخر في الإيضاح بين ما يشترط فيه القربه فلا يجوز كالصلاه على الميت و ما لا يشترط فيجوز.

و في جامع المقاصد معلقا على «هل يجوز» من عباره القواعد المزبوره: ان كان واجبا على المعلم و المتعلم عينا أو كفايه لم يجز أخذ الأجره عليه لاین المعلم مأخوذ بالتعليم و مؤديه، فيمتنع أخذ الأجره كسائر الواجبات» و تنظر في كلام الفخر قائلًا بأن الوجوب مطلقا مانع عن أخذ الأجره عليه كما تقدم في كتاب التجاره و هو صريح كلام الأصحاب، و ما ذكره من الجواز إذا لم يكن الواجب مشروطا بالنيه مخالف لما عليه الأصحاب» .

أقول: أما الكفائي فسيأتى الكلام عليه، و أما العيني توصليا كان

أو تعبديا فوجه المنع من أخذ الأجره عليه هو أن أخذ الأجره انما يصح حال كونه مالكا لما يعطيه فى مقابل الأجر، فلا مانع من أن يملك الإنسان ما يملكه عينا أو عملا- و يأخذ العوض، و لذا لا- يجوز له أن يؤجر نفسه لثالث فى ذلك الزمان المعين أو العمل المعين، و أما إذا كان العمل واجبا عليه شرعا و لا يجوز له تركه فإنه لا يملك ذاك العمل بل عليه إتيانه و تسليمه لله، و حيث لا يملكه بل كان ملكا لله سبحانه فلا قدره له على أن يملكه الغير سواء كان تعبديا أو توصليا، و أضاف فى الجواهر بأنه لو أخذ عوضا عنه لزم الجمع بين العوض و المعوض، لكن الاولى أن يقال: بأنه عوض بلا معوض فهو آكل للمال بالباطل.

و فى الواجب الكفائى صرح الأكثر بأنه لو تعين بالانحصار لم يجرز أخذ الأجره عليه و الا جاز لقدرته على الترك، لكن الواجب الكفائى -عندنا- يتعلق بالمكلفين، أى بكل واحد منهم كالواجب العينى سواء كان عباديا أو لا، و الفرق بينهما حيثئذ أن العينى لا يسقط بقيام الغير به بخلاف الكفائى فإنه يسقط بقيام الغير به بحكم العقل، و عليه فقبل قيام أحد المكلفين بالواجب لا يملك أحد منهم العمل فلا يجوز له أخذ الأجره عليه لكونه أكلا للمال بالباطل، فظهر أنه لا فرق بين الواجب الكفائى المتعين و غيره فى عدم جواز أخذ الأجره.

و ذهب جماعه من الأصحاب إلى جواز أخذ الأجره و قالوا فى وجه الجواز: بأن هذه الأعمال صالحه لأن تقع عليها المعامله - بقطع النظر عن الوجوب- لان لها ماله و يبذل بإزائها المال

لرفع الحاجه، و يجوز أخذ المال فى مقابلها لأنها مملوكه لأصحابها، و مع الوجوب يكون للمسأله وجوه: أحدها: وجوب العمل مجاناً، و الثانى: وجوب العمل مع جواز أخذ الأجره، و قد يجب الأخذ للإئفاق على من يجب الإئفاق عليه، و الثالث: وجوب العمل مع الخيار فى أمر أخذ الأجره عليه.

قالوا: و لا- منافاه بين الوجوب و أخذ الأجره على العمل، نعم لو صرح بوجوب إتيانه مجاناً لم يجز، و أما مع عدم التصريح أو التصريح بالاختيار أو وجوب الأخذ للإئفاق الواجب أخذ، و ذلك لا ينافى وجوب العمل، و مع الشك فى اشتراط المجانيه فى هذا الواجب و عدمه كان له الأخذ كذلك جميعاً بين دليل وجوب العمل و دليل حرمه عمل المسلم، لما تقدم من عدم المنافاه.

و اختار السيد فى العروه الجواز مطلقاً (١) قال: «للأصل و الإطلاقات

و عدم الدليل على المنع سوى دعوى الإجماع و الشهرة أو عدم الخلاف، و لا حجيه فى شىء منها لا سيما مع ما مر من وجود الخلاف بل دعوى الشهرة على الجواز، و سوى ما هو المشهور المدعى عليه الإجماع من المحقق الثانى من عدم جواز أخذ الأجره على الواجبات، و قد بين فى محله عدم الدليل عليه، لمنع الإجماع -مع أن القدر المتيقن منه على فرضه الواجب العينى التعينى التعبدى- و لضعف سائر ما استدلوا به عليه» .

و قد استدل على المنع بوجوه: منها: انه مناف لقصد القربه.

و فيه: انه يختص بالتعبدى و لا يشمل التوصلى، و هل القضاء من التعبديات أو التوصليات؟ أن نتيجه القضاء كنتيجه الطهاره من الخبث، فكما أن الطهاره من الخبث حصولها لا يتوقف على قصد القربه فإن أثر القضاء هو فصل الخصومه و هو يتحقق من غير حاجه الى قصد القربه، فكون القضاء من التعبديات غير معلوم، الا- أن يقوم دليل على اعتبار قصد القربه فيه حتى مع تحقق الغرض منه بدونه.

و قد اختلفوا فى العبادات، هل يكفى فيها قصد امتثال الأمر أو لا بد من قصد القربه أيضا؟

وقصد الامتثال يكون على أنحاء، تاره: يعبد الله و يمثّل أوامره لانه خالقه و رازقه، و أخرى: يعبده و يطيعه خوفا من عذابه، و ثالثه:

طمعا فى جتته، و رابعه: طلبا للمزيد من فضله. و نحو ذلك، و قد يعبد الله تعالى لأنه أهل للعباده و تلك عباده أمير المؤمنين عليه السلام و الأئمه المعصومين عليهم السلام.

فان كان المعتر عدم وجود شىء من الدواعى النفسانيه و الأمور الماديه كان الأخذ منافيا و لم يكن عمله مقربا و مسقطا للتكليف، و ان كان المعتر الامتثال و القيام بالعمل و تحقّقه فى الخارج—و ان كان الداعى إليه الأجره—جاز أخذها، و كأنه يأخذ الأجر على اطاعه الله و امتثاله، لكن المانعين لا يصححون الداعى إلى الداعى، فأما الامتثال خوفا فغير مضر.

و منها: التنافى بين الوجوب و أخذ الأجره، لأن إيجاب العمل مقتضاه سلب اختيار العبد فى العمل و إلغاء ملكيته له، فهو ليس له حتى يأخذ شيئا بإزائه أو لا يأخذ، بل ان العمل حينئذ يوجد فى الخارج مملوكا لله، و هذا نظير ما إذا كان أجيرا لزيد فى خياطه مثلا فإنه لا يجوز له أن يملك نفس هذه الخياطه لعمرو.

و أجاب عنه السيد «قده» بعد قوله: «انه مختص بالواجب العينى» بوجهين أحدهما: «منع كون الوجوب من الله تعالى موجبا للملكيه نظير الملكيه للناس» .

و توضيحه: ان الإيجاب لا يوجب سلب ملكيه الإنسان لعمله،

فمثلا عند ما ينذر دفع كذا من المال فى سبيل الله، يجب عليه ذلك عند تحقق مطلوبه لكن ذلك لا يخرج عن ملكه فلو باعه كان البيع صحيحا وضعا، فالوجوب التكليفى لا يقتضى سلب الملكيه، وكذلك العمل ان وجب لا يخرج عن ملك العبد.

و الثانى: «لا مانع من اجتماع المالكين إذا كان احدى الملكيتين فى طول الأخرى فإن الله تعالى مالك لذلك الفعل و المستأجر أيضا مالك له لكن لا لنفسه بل لله تعالى» .

و توضيحه. ان سلمنا كون الفعل ملكا لله فإنه لو كانت ملكيته عرضيه ورد الاشكال بأنهما لا يجتمعان لان اعتبار الملكيتين كذلك غير معقول، لكن احدى الملكيتين فى طول الأخرى نظير ملكيه العبد التى هى فى طول ملكيه مولاه، فإنه يملك ما وهب مثلا لكنه مع ما فى يده لمولاه، كما أن العقلاء يعتبرون الملكيه لما يحصل من الطرق المعينه، و الشارع قد أمضى هذه الملكيه و وافق على هذا الاعتبار إلا بالنسبه إلى أشياء مخصوصه كالخمر و الخنزير، و بالنسبه إلى طرق معينه كالمنازحه و الربا، بل الملكيه من ضروريات جميع الأديان. مع أن الله عز و جل مالك السماوات و الأرضين، و سنخ ملكه للأشياء غير سنخ ملكيتنا لها إلا فى المورد الذى جعل هو سنخ ملكيتنا لنفسه، حيث قال تعالى فى آيه الخمس «وَإِعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِي الْقُرْبَى وَ الْيَتَامَى وَ الْمَسَاكِينِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ» الآية (١) .

ص: ٩٩

و الحاصل: ان الملكيه الطويله موجوده للعبد بالنسبه إلى ماله و عمله و هي ممضاه من قبل الله سبحانه، فيجوز له بيع ماله و عمله و أخذ العوض و ان كان هو و ما يملكه لله تعالى.

أقول: هذا توضيح الجواب و تقريبه، فأما أن يقال بأن ذات العمل الواجب لله و أنه عند ما يؤجر الشخص نفسه لهذا العمل يؤجر نفسه لإيجاده موصوفاً بكونه لله و يأخذ الأجر عليه، فغير واضح لعدم اعتبار ملكيه ما كان موصوفاً بكونه لله لأحد عرفاً.

و منها: ان أخذ المال على الفعل الواجب أكل للمال بالباطل، و العقلاء لا يعتبرون الملكيه في هذه الصوره، لأن الإلزام الشرعى كالإلزام الطبيعى.

و أجاب السيد «قده» عنه بوجهين أحدهما: اختصاصه بالواجب العيني التعيني، و الثانى: إمكان أن يكون للمستأجر غرض عقلائى فى ذلك لا أقل من حب كون معبوده مطاعاً.

و منها: ان أخذ الأجره على الواجب معناه توقيف الواجب على شرط و لا يجوز توقيف الواجب على شرط بل يجب إتيانه مطلقاً.

و أجاب بأن هذا الاشكال يتوجه فيما إذا جاء بالفعل فى مقام العمل مشروطاً، و أما إذا جاء به بنحو الإطلاق و قصد ذات العمل -لا العمل الذى كان يازائه كذا- فلا مانع.

على أن هذا-لو تم- يتمشى فى التعدييات فقط.

ما ورد فى خصوص القضاء:

ثم انه قد وردت نصوص عديده فى خصوص أخذ الأجره على

القضاء، كالصحيحه التي رواها في الوسائل عن عبد الله بن سنان قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق. فقال عليه السلام: ذلك السحت» (١) أقول: فهل انه «سحت» لان السلطان حاكم جور أو أنه سحت لأنه في مقابل القضاء؟ وجهان، قال السيد: ان ظاهره خلاف الإجماع، فإنه لا مانع من ارتزاقه من بيت المال. أي: فلا بد من حمل الروايه على الوجه الأول، الا أن ظاهر «على القضاء» هو الوجه الثاني.

على أنه ان كان من جهه كون السلطان جائرا فإن للإمام عليه السلام الولايه على الاذن في القضاء في سلطنه السلطان الجائر.

و كالصحيحه عن الشيخ الصدوق في الخصال عن عمار بن مروان قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «كل شيء غل من الامام فهو سحت، و السحت أنواع كثيره، منها ما أصيب من أعمال الولاه الظلمه، و منها أجور القضاء، و أجور الفواجر، و ثمن الخمر و النبيذ المسكر، و الربا بعد البيئه. فأما الرشا يا عمار في الاحكام فان ذلك الكفر بالله العظيم و برسوله صلى الله عليه و آله و سلم» (٢).

فقال المانعون: بأن الصحيحه هذه ظاهره في أن المراد من «أجور القضاء» فيها ما يأخذه القضاء في مقابل القضاء و ان لم يكن

ص: ١٠١

١-١) وسائل الشيعه: ١٨-١٦١.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٢-٦٤.

ما يأخذونه من «الولاه الظلمه» : كأن يأخذوا من المتخاصمين مثلاً، فيكون ذلك من «السحت» كأجور الفواحش و ثمن الخمر.

و أجاب المجوزون-كالسيد «قده» -بأن الظاهر أنها ناظره إلى الأجور التي كان القضاء يأخذونها من «الولاه الظلمه» فأجورهم ان كانت مما أصيب من أولئك فهي سحت لا مطلقاً، من جهة أن الظاهر كون الضمير في «و منها» راجعا الى «ما» في «ما أصيب» فتكون الحرمة من هذا الحيث.

أقول: و الظاهر أنه ان كان هذا الضمير راجعا الى ما ذكر لجااء بلفظ المذكور لا المؤنث، فما ذكره خلاف الظاهر، و مجرد عدم تكرار «منها» لكل واحد من الأنواع لا يكون دليلاً على ما ذكر. و بالجملة:

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

نعم لا تدل على حرمة الارتزاق من بيت المال لا بعنوان الأجر، و لا سيما مع الحاجه و الضروره، فإن ذلك لا مانع منه، و يكون القاضي حينئذ كسائر العمال، لكن لا بمعنى كون ذلك في مقابل العمل «القضاء» بل يكون نظير تحصيل الطلاب للعلوم الدينيه قربه الى الله تعالى مع أن الحاكم الشرعى يرزقهم من بيت المال، و لقد كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقسم الغنائم على من اشترك في الحروب و الغزوات و يعطى كلا حسب جهده و مقامه. لكن لا بعنوان العوض (١) .

قال المحقق: «أما لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلاف.» .

أقول: و بناء على الجواز فهل له أن يأخذه من المدعى أو المحكوم له أو المتخاصمين معا؟ ان كان بعنوان الأجر فهو اما جعل و اما إجاره، و حينئذ يجب دفعه على الجاعل أو المستأجر، و ان كان قد قضى و لم يقصد كونه مجانا ضمن أجره، فهل يضمه المحكوم له لانه المنتفع بحكمه أو كلاهما لانه قد عمل للمحكوم عليه أيضا و عمله محترم و لا يشترط فى وجوب دفع العوض وجود المنفعة؟ وجهان.

هل يجوز أخذ الأجر على الشهادة؟

قال المحقق: «أما الشاهد فلا يجوز له أخذ الأجر.» .

أقول: لا إشكال فى حرمه أخذ الأجره على الشاهد بناء على حرمه أخذ الأجره على الواجبات مطلقا، لأن الشهاده واجبه عليه، فيكون الشاهد كالقاضى فى حرمه الأخذ بناء عليه بلا- فرق بينهما، فلا وجه لان يكون أخذ الأجره عليها أشد حرمه منه على القضاء. نعم يحصل الفرق فيما إذا كان الوجوب على الشاهد عينيا و القضاء كفاثيا.

ص: ١٠٣

و هل يجوز أخذها على تحمل الشهاده؟ قال فى الجواهر:

قد يقال بجواز الأخذ عليه مع عدم تعينه عليه، لكن الأولى تركه.

و هل يجوز أخذها على مقدمات أداء الشهاده؟ وجهان، من أن الواجب إقامة الشهاده لا تحصيل المقدمات، و من أن الشهاده واجبه و تحصيل مقدماتها مقدمه للواجب فهو واجب فلا يجوز أخذ شىء فى مقابل مقدمه الشهاده.

أقول: أداء الشهاده من الواجبات البدنيه لا-الماليه، فلا يجب عليه بذل المال لتحصيل المقدمات المتوقف عليها أداء الشهاده كأجره السياره التى نقله الى بلد آخر لأجل الحضور فى مجلس الشهاده و القضاء مثلاً، الا أن يقال بوجوبها عليه حتى مع بذلك ما يلزم من المال فى سبيلها.

قال المحقق: «و يجوز للمؤذن و القاسم و كاتب القاضى و المترجم و صاحب الديوان و والى بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال المعد للمصالح، و كذا من يكيل للناس و يزن و من يعلم الآداب و السنن» .

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

فى طريق ثبوت ولايه القاضى

قال المحقق «قده»: «ثبت ولايه القاضى بالاستفاضه» .

أقول: لم يتعرض رحمه الله الى ثبوت ولايه القاضى بالعلم و البينه، لأن ثبوتها بهما لا- ريب فيه (١)، فالولايه تثبت بشهاده عدلين بها و ان لم يحكم بها حاكم كما فى المسالك و غيرها، فتكون نظير الاجتهاد، فإنهم ذكروا أن الاجتهاد و الأهليه للمرجعيه فى الأحكام الشرعيه تثبت بشهاده عدلين من أهل خبره من دون توقف على حكم مجتهد آخر بها، لإطلاق أدله البينه الشامل للمورد. نعم لو أنكروا منكر ولايه القاضى مدعيًا عدم نصب الحاكم إياه للقضاء، أو

أنكر اجتهاده بناء على اشتراطه فيه-وقعت المرافعه و توقف ثبوت الولاية على حكم الحاكم فيها حينئذ.

و حيث لا علم و لا بينه تثبت ولاية القاضى بالاستفاضه، و مع عدم ثبوتها فلا يجوز الترافع عنده و التحاكم اليه.

و هل المراد من الاستفاضه الخبر المفيد للعلم أو الشيع المفيد للظن المتآخم للعلم أو يكفى فى صدقه افادته للظن؟ فى المسالك: هى اخبار جماعه لا يجمعهم داعيه التواطى عاده يحصل بقولهم العلم بمضمون خبرهم على ما يقتضيه كلام المصنف هنا، أو الظن الغالب المقارب له على قول.

و فى الجواهر فسر الاستفاضه بالشيع الذى يحصل غالبا منه سكون النفس و اطمئنانها بمضمونه، قال: بل لعل ذلك هو المراد بالعلم فى الشرع موضوعا أو حكما.

فإن أراد المحقق الشيع المفيد للظن كان نظير خبر الواحد و البينه، غير أنه فى البينه يشترط العدالة و العلم الحسى بالموضوع و غير ذلك و لا- يشترط ذلك فى المستفيض، فلو جاء جماعه-فيهم الكبير و الصغير و المسلم و غير المسلم-بنيا أفاد المجموع الظن و ان لم يقدر كل واحد من الاخبار الظن بوحده.

و الظاهر أن المحقق لا يريد ما ذكر فى المسالك و الجواهر، لأن إرادته ما يفيد العلم أو ما كان كالعلم بعينه بعد أن لم يتعرض الى العلم و البينه فى طريق ثبوت الولاية، فكأنه يريد أن ثبوت ذلك بالعلم

أو الاطمئنان مسلم و لذا تعرض إلى الاستفاضه غير المفيده لأحدهما رأسا. بل الظاهر أن مراده من الاستفاضه هو الشيع المفيد للظن، فهو الحججه فى ثبوت الولايه للقاضى (١)).

و لعل وجه كلام الشهيد الثانى حيث ينسب المعنى المذكور الى المحقق هو قول المحقق فى آخر المسأله: «و لا يجب على أهل الولايه قبول دعواه مع عدم البينه و ان شهدت له الامارات ما لم

ص: ١٠٧

يُحصل اليقين» ، و لكن الذي يقوى في النظر أنه قد تطرق الى هذا الحث على فرض عدم تحقق الاستفاضه إذ قال قبل ذلك: «و لو لم يستفص. أشهد الإمام عليه السلام أو من نصبه الامام على ولايته شاهدين.» فلا يدل كلامه المذكور على أن مراده من الاستفاضه ما يحصل منه العلم و اليقين.

ثم قال في المسالك في بيان وجه كلام المحقق: ان كان المراد من الاستفاضه ما يوجب العلم فإنها تفيد ذلك لأنها أولى من البينه، و ان أريد ما يفيد الظن فهو حجه في كل مورد لا طريق إلى إقامة البينه عليه و لا طريق الى العلم فيه، ففي مثل ذلك قامت السيره على الاعتماد على الاستفاضه.

و الشيخ «قده» ذكر في المبسوط ثبوت ذلك بالاستفاضه، ثم استدل لحجيه الاستفاضه في مورد آخر بالاخبار، و ذلك يدل على أن مراده من الاستفاضه ما يفيد الظن و الا لم يستدل بالاخبار.

و صاحب الجواهر تمسك بالسيره و الاخبار لحجيه الاستفاضه بغض النظر عن افادتها للعلم أو الظن، فظاهر كلامه «قده» أنها حجه عند العقلاء مطلقا.

و مما استدل به فيها: مرسله يونس عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن البينه إذا أقيمت على الحق أ يحل للقاضي أن يقضى بقول البينه إذا لم يعرفهم من غير مسأله؟ فقال: خمسه أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم

امكان ارائه محتوا وجود ندارد

ص:

لكن ما ذكره فى الجواهر مشكل أيضا.

و فى الروايه احتمالات أخرى، و الحاصل انه لا دلاله تامه لها على الحكم (١).

و مما استدل به منها: صحيحه حريز قال: «كانت لإسماعيل ابن أبى عبد الله عليه السلام دنانير و أراد رجل من قریش أن يخرج الى اليمن، فقال إسماعيل: يا أبه ان فلانا يريد الخروج الى اليمن

ص: ١١٠

و عندى كذا و كذا ديناراً، أفتري أن أدفعها يتاع لى بها بضاعه من اليمن؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: يا بنى أما بلغك أنه يشرب الخمر؟ فقال إسماعيل: هكذا يقول الناس: فقال: يا بنى لا تفعل.

فعصى أباه و دفع اليه دنائره، فاستهلكها و لم يأت بشيء منها، فخرج إسماعيل، و قضى أن أبا عبد الله عليه السلام حج، و حج إسماعيل تلك السنه فجعل يطوف البيت و هو يقول: اللهم أجرنى و أخلف على. فلحقه أبو عبد الله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه و قال له:

مه يا بنى. فلا و الله ما لك على الله هذا و لا لك أن يأجرك و لا يخلف عليك و قد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمته.

فقال إسماعيل: يا أبة انى لم أره يشرب الخمر انما سمعت الناس يقولون.

فقال: يا بنى ان الله عز و جل يقول فى كتابه «يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ» يقول: يصدق لله و يصدق للمؤمنين، فإذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم و لا تأتمن شارب الخمر فان الله تعالى يقول «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» فأى سفیه أسفه من شارب الخمر، ان شارب الخمر لا يزوج إذا خطب و لا يشفع إذا شفع و لا يؤتمن على أمانه، فمن ائتمنه على أمانه فاستهلكها لم يكن للذى ائتمنه على الله أن يأجره و لا يخلف عليه» (١).

فإنها صريحه في اعتبار الشيعاء بين الناس و ترتيب الأثر عليه بأن لا يأتي الإنسان بما يخالف مقتضاه، و لكن لو كان هذا الشيعاء كالبينه في الحجيه للزم اجراء الحد عليه و هو خلاف الإجماع بل الضروره.

فمراد الامام عليه السلام هو الاحتياط من هكذا شخص و ان لا يسلم الإنسان ماله و لا يأتمن أحدا على شىء الا بعد الوثوق بدينه و أمانته، بل الشيعاء لا يقتضى التفسيق، و الغالب فى الشيعاء عدم الاستناد الى الحس، فان الحكم بفسق من شاع عنه أنه يشرب الخمر و اجراء حد شرب الخمر عليه بالاستناد اليه غير جائز. نعم ترك تزويجه فى محله، لانه محل شبهه و ان لم يكن العقد لشارب الخمر باطلا.

و بالجملة: ان أفاد الشيعاء العلم أو الاطمئنان العقلانى-و هو الذى يعبرون عنه بالعلم و يرتبون عليه أثره أو يجعلونه موضوعا- فهو و الا فليس بحجه الا أن تقوم السيره على جعل الشيعاء كخبر الواحد فى ترتيب أثره عليه، و لا يبعد تحقق هذه السيره عند عموم الناس- ما عدا المحتاطين منهم- و لكن فى اتصالها بزمن المعصوم و إمضائه لها تأمل.

أمور أخرى تثبت بالاستفاضه:

قال المحقق: «و كذا يثبت بالاستفاضه النسب و الملك المطلق و الموت و النكاح و الوقف و العتق» .

أقول: يكفى فى ثبوت النسب-كما لو شك فى كون زيد هاشميا مثلا-شباع ذلك فى بلده حيث لا طريق آخر إلى إثباته، و كذا الأمر فى الوقف، فلو شاع أن القرية الفلانية موقوفه للجهه الكذائيه كفى ذلك فى ثبوت الوقف حيث لا- طريق مفيدا للعلم بذلك، و كذا الموت، فإنه قد يشهد بذلك شاهدان عادلان أو يحصل العلم الوجدانى بالموت، و أما مع عدمهما كالموت فى السفر-مثلا-فلا طريق الى الثبوت الا الشباع، فتقسم الأموال و تترتب الآثار.

و كذا الأمر فى الملك المطلق، فإنه لا- طريق إلى إثباته إلا بالأخذ بالشباع، لان تواطى الناس على ذلك محال عادة، و كذا النكاح و العتق.

و الدليل على كفايه الاستفاضه فى ثبوت هذه الأمور هو السيره، -كما أنها الدليل المعتمد عليه فى حجية خبر الواحد-فإن أهل العرف يرتبون الأثر فى مثل هذه الأمور على الاستفاضه فيها لأنها مفيدة للوثوق النوعى عندهم.

أقول: و نفس اقامه الدليل على الاعتماد على الاستفاضه دليل على أنهم لا يريدون من الاستفاضه ما يفيد العلم أو الاطمئنان المتأخم له، و الا فنفس حصول العلم أو الاطمئنان دليل.

و فى المسالك: الاستفاضه المفيده للعلم دليل حجيتها هو العلم، و المفيده للظن دليل حجيتها السيره، و لكن السيره لا تتحقق إلا فى موارد مخصوصه و منها الولايه على القضاء، لانه لولا الاستناد إليها يلزم العسر و الحرج لعدم إمكان إقامه البيئه.

و عن بعضهم دليل آخر على حجيه الاستفاضه و هو: ان الحججه لا تقام عند الحاكم و الا لزم الدور، مثاله: إذا كان فى البلد قاض و قد نصب الحاكم قاضيا آخر و لم يعتبر الشيعاء و لا البيئه إلا بحكم و توقف قبول البيئه على ولايه الثانى على الحكم، فان كان الحاكم بثبوت ولايه الثانى هو القاضى الأول فإن المفروض سبق عزله بثبوت ولايه القاضى الجديد بناء على القول بسقوط ولايته بمجرد نصب الثانى فلا ينفذ حكمه، و كذلك الأمر بناء على القول بانعزاله ببلوغه خبر نصب الثانى لأنه مع وصول الخبر ينعزل فلو أراد أن يحكم لم ينفذ حكمه بولايه الثانى. و ان كان الحاكم بثبوت الولايه هو القاضى الثانى نفسه فان ثبوت ولايته يتوقف على حكمه و حكمه يتوقف على ثبوت ولايته، و هذا دور ظاهر.

أقول: هذا يتم فيما إذا لم يكن هناك قاض آخر غير الأول المعزول أو لم يكن فى بلد آخر قاض يمكنهم الرجوع إليه لأجل الحكم.

و قال فى المسالك: «و هذا يتم على القول بعدم جواز تعليق العزل على شرط و قد جوزه العلامة فى القواعد» .

أقول: لكن فيه: انه لا يوافق قواعد الأصحاب و قد حكموا ببطلان الوكاله المعلقه، أى: لا يصح تعليق الوكاله على شرط و لا بد من كونها منجزه، فإذا كان التعليق مبطلا لها مع كونها من العقود الإذنيه فان إبطاله للولايه التى ليست منها يكون بطريق أولى.

وقيل بالفرق بين الولاية والوكالة لأن الوكالة من العقود. فلا بد لها من الصيغه الممتنع فيها التعليق شرعا و الولاية ليست من العقود بل هو جعل للمنصب نظير جعل الوجوب و الحرمة، فيجوز فى الولاية ما لا-يجوز فى الوكالة، فيجوز أن يكون الأول معزولا عن الولاية فى ظرف ثبوت ولاية الثانى، فحينئذ يحكم بولاية الثانى و ينزل هو عن القضاء.

و هذه بحوث علميه بحتة ليست محلا للابتلاء فعلا، نعم يجرى البحث لو قلنا بقبول القضاء للوكالة كأن يوكل الثانى و يرسله الى البلد، فإنه بوصوله اليه ينزل الأول، و من البحوث العلميه قول المحقق: «و لو لم يستفص اما لبعد موضع ولايته عن موضع عقد القضاء له أو لغيره من الأسباب أشهد الإمام عليه السلام أو من نصبه الامام على ولايته شاهدين بصورة ما عهد اليه و سيرهما معه ليشهدا له بالولاية» .

و كيف كان: «لا يجب على أهل الولاية قبول دعواه مع عدم البينه و ان شهدت له الامارات ما لم يحصل اليقين» .

فى جواز نصب قاضيين فى البلد الواحد

قال المحقق: «يجوز نصب قاضيين فى البلد الواحد لكل منهما جهه على انفراده» .

أقول: لا ريب فى جواز نصب قاضيين فى البلد الواحد على أن يكون لكل منهما جهه على انفراده، كجعل أحدهما قاضيا فى الأموال و الآخر فى الدماء و الفروج و نحو ذلك.

قال: «و هل يجوز التشريك بينهما فى الجهه الواحده؟» .

أقول: و هل يجوز التشريك بينهما فى الولاية الواحده؟ قولان، اختار المحقق «قده» الجواز، و الصحيح: المنع، لأن الولاية من الأمور ذات الإضافه فلا يمكن التشريك فيها، الا أن يراد من التشريك اناطه نفوذ حكم أحدهما بموافقه الآخر.

و مع التعدد فحيث أن كل واحد منهما جعله الشارع قاضيا

بالاستقلال و ليس نفوذ حكمه مشروطا-فى زمن الغيبه-بموافقه الآخر و إمضاء حكمه كان النافذ حكم السابق منهما فى الحكم فى الواقعه، فلا يجوز للآخر نقضه-الا مع طلب المترافعين أو العلم بالاشتباه فى الحكم-كما هو الحال فى إجراء العقد للصبى من قبل كل من الأب و الجد.

لو اختلف المترافعان فى تعيين القاضى:

فإن اختلف المترافعان فى تعيين القاضى فهل يلزم المنكر بالتراجع عند من شاء المدعى التراجع عنده؟ قيل: نعم و ادعى عليه الإجماع، لان المدعى هو صاحب الحق. و فيه نظر وفاقا للسيد صاحب العروه «قده»، إذ ليس للمدعى الحق لا على القاضى-لأنه لو كان ذا حق لجاز له إسقاطه و الحال ان نظر القاضى فى المرافعه حكم واجب -و لا على المدعى عليه لانه ما لم يثبت صدق دعواه بحسب القواعد لم يثبت الحق و ان أمكن ثبوته فى علم الله سبحانه.

على أنه لو كان من حق فهو للمترافعين معا، فإن للمدعى عليه التراجع عند من شاء من القاضيين حتى يخلصه من دعوى المدعى و كذا إحضاره عنده ليثبت عدم صدق دعواه، و حينئذ قالوا: يرجع الى القرعه لتعيين القاضى لأنها المرجع عند التداعى كما سيأتى.

فتحصل سقوط هذا الوجه لتقديم قول المدعى و يبقى الإجماع ان كان، و الا فالقرعه هى المرجع أيضا.

و أما فى صوره التداعى بأن يكون كل منهما مدعىا و منكرا، كأن

يدعى أحدهما البيع فيثبت لنفسه الخيار و الآخر الصلح فلا- خيار، فان توافقا على الترافع عند أحد الحاكمين فهو، و ان سبق أحدهما إلى الحاكم نفذ حكمه بناء على نفوذ الحكم الغيابي، و ان رجح كل واحد من المترافعين الى واحد من الحاكمين و حكم كل منهما غيابا قال الأ- كثر بالقرعه لأن أحد الحاكمين المتنافيين مطابق للواقع فيعين بها، لكن مقتضى القاعده بطلان الحكمين معا، لأنه ان أريد بالقرعه العثور على الواقع كترافع الرجلين على مال في يد ثالث فيقترع فهو، و لكن في المورد حيث مقدمات الحكم في كلا- الطرفين تامه و يراد ترتيب الأثر على كل واحد باعتباره حكما مطابقا للواقع كان الحكمان متضادين و مقتضى القاعده سقوطهما، لكن لم أجد من أفتى بذلك.

و تفصيل المسأله: انه إذا حكم كل من الحاكمين لكل من المتخاصمين بنحو الثقارن فالوجه سقوط الحكمين، و انما يتصور ذلك في الحكم الغيابي، و الحكم الغيابي يتصور في حالين:

الأول: أن يحضر أحد المترافعين عند الحاكم فيرسل الحاكم خلف الأخر فتارة يمتنع عن الترافع عند هذا الحاكم و أخرى يمتنع عنه مطلقا، فان أبي عن الحضور مطلقا طلب الحاكم من المدعى الشهود ثم يحكم حكما غيابيا على الخصم و ينفذ هذا الحكم في حقه بلا كلام، و ان أبي عن الحضور عند هذا الحاكم مع موافقه على الترافع عند غيره فهل يسمع كلامه أو لا فيحكم عليه غيابا؟ الصحيح: انه لا وجه للإلزامه بل يرجع الى القرعه.

الثانى: أن يكون الحكم غاييا بالنسبه إليهما معا (بأن يكون أحدهما فى بلد و الآخر فى بلد آخر، فيرجع كل منهما الى حاكم بلده -بعد عدم اجتماعهما فى بلد واحد للمرافعه لجهه من الجهات- فيحكم كل واحد من الحاكمين حكما غاييا على الخصم الآخر) فأى الحكمين النافذ؟ ان علم الأسبق منهما زمانا فهو المقدم، و مع عدمه فالقرعه هى الطريق لتعيين الحكم السابق النافذ، و مع العلم بوقوعهما فى زمان واحد فمقتضى القاعده سقوطهما، لأنهما كالسبيين المتمانعين، و بعبارة أخرى: هما حكمان لموضوع واحد و دليل اعتبارهما واحد فحيث لا يمكن اجتماعهما يسقطان.

و قيل: انهما كالخبرين المتعارضين فيحكم بالتخير.

قلت: انما يحكم بالتخير بين الخبرين المتعارضين فى صوره الإمكان لا- فى كل خبرين متعارضين، و فيما نحن فيه لو كان مقتضى أحد الحكمين كون المال المتنازع فيه لزيد و مقتضى الآخر كونه لعمر و كيف يحكم بالتخير؟ قال السيد «قده»: ان أدله نفوذ حكم الحاكم منصرفه عن مورد التعارض بين الحكمين، فدليل اعتبار الحكم لا يشمل.

قلت: إذا كان كذلك ارتفع فرض التعارض فى كل مورد، على أنه لو قيل بحجيه حكم الحاكم فى صوره عدم وجود حكم معارض كان لازمه جعل حال الحكم قيذا للموضوع و هو محال.

و احتمال السيد الرجوع الى حاكم ثالث فيكون حكمه رافعا للنزاع.

قلت: و هل يجب ذلك أو هما بالخيار فيرجع البحث؟ و الصحيح: سقوط الحكمين معا، فان تراضيا بعدئذ بالترافع عند حاكم ثالث فهو و الا فيرجع الى القرعه لتعيين الحاكم.

ثم ان التداعي يكون تاره في الشبهه الحكميه كأن تعقد البنت الباكره العاقله الرشيده نفسها لرجل-بناء على صحته-و يعقدها الولي لرجل آخر-بناء على استقلاله في ذلك-فيقع النزاع بين الرجلين.

و كما لو وقع النزاع في الحبه بين الولد الأكبر و سائر الورثه فاختلف الطرفان في الحكم تبعا لمقلديهما-مثلا.

و أخرى في الشبهه الموضوعيه كأن يتنازعا على مال فان كان في يد أحدهما كان الآخر مدعيا و صاحب اليد منكرا، فإن أثبت المدعى ملكيته له فهو، و الا-حلف المنكر على أنه ليس للمدعى و أبقى في يده، و ان لم يكن لأحدهما يد على المال كان التداعي.

و قد أجرى في المستند هذا التفصيل في الشبهه الحكميه أيضا و الحق وفاقا للسيد «قده» كونهما متداعيين في تلك الشبهه و ان كان لأحدهما يد، لان اليد حجه في صوره الجهل بمدركها فيحتمل أن تكون على وجه صحيح، و أما مع العلم بكون مستند اليد فتوى المجتهد مثلا فليست بحجه. فلو كانت المرأه تحت من عقد له الأب و جاء من يدعى سبق عقد الجد له عليها و وقع النزاع حول

الأقدم كان احتمال صحة اليد في محله فيطالب الخصم بالبينه فإن جاء بها و الا حلف صاحب اليد و بقيت تحته، ففي هذه الصورة حيث النزاع على الأسبقية و ليس المنشأ هو الاختلاف في الحكم يحتمل صحة اليد و كان من قبيل المدعى و المنكر لا المتداعين.

ص: ١٢١

فيما يتعلق بانعزال القاضى و عزله

قال المحقق «قده»: «إذا حدث به ما يمنع الانعقاد انعزل و ان لم يشهد الامام بعزله كالجنون و الفسق، و لو حكم لم ينفذ حكمه»

أقول: إذا فقد القاضى أحد الشروط المعبره سقط حكمه عن الاعتبار و لم ينفذ، لأن أدله اعتبار الصفات تقتضى وجودها فيه ابتداء و استدامه، فلا وجه للاستصحاب لأنه أصل و هو لا يعارض الأدله، فإن ارتفع المانع فهل تعود التولية أو لا بد من نصب جديد؟ اختار فى المسالك الثانى و وافقه فى الجواهر قال: لا تعود بزوال هذه العوارض للأصل. أقول: و المراد من الأصل اما استصحاب حال الجنون-مثلا-و اما أن التولية تحتاج الى دليل و بعد زوال الجنون فالأصل عدم التولية، فيكون نظير الوكاله إذا جن الوكيل.

و الحق: أنه ان نصب شخص الامام عليه السلام أحدا بخصوصه

للقضاء كان حاله حال الوكيل فيما ذكر، و أما إذا كان حكم النصب كليا سواء فى زمن الحضور أو الغيبه كما فى معتبره أبى خديجه فإنه مع زوال العارض يشمله الحكم الكلى و ينفذ حكمه، نظير:

«لا- تصل الا خلف من تثق بدينه» ، فلو حدث فى إمام الجماعه فسق لم تجز الصلاه خلفه، فان تاب و عاد جاز الائتمام به لقوله «ع» «صل» لان معناه: جواز الصلاه خلفه فى كل زمان حصل الوثوق بدينه و عدالته. و لعل كلمات الأصحاب ناظره إلى المنصوب من قبل الامام «ع» بشخصه، و هذا جار فى المنصوب من قبل المجتهد أيضا بناء على أن له ذلك.

هذا كله فى الانعزال القهرى، فإن القاضى ينعزل بحدوث ما يمنع انعقاد القضاء له و ان لم يعلم الامام عليه السلام بذلك لأنهم إذا شاءوا علموا.

و ربما فرق بين ما إذا كان العارض سريع الزوال كالإغماء و بين غيره كالجنون فتعود فى الأول قياسا على السهو و النسيان دون الثانى.

أقول: و فيه انه يشترط فى القاضى العقل، و ان زواله يوجب العزل سواء كان بالإغماء أو الجنون، إذ لا أثر لقله زمان الزوال حتى يفرق بين الإغماء و الجنون، و أما فى حال النوم و السهو و النسيان و نحو ذلك فلا يزول العقل، فهو قياس مع الفارق.

قال المحقق «قده»: «و هل يجوز أن يعزل اقتراحا؟ الوجه لا، لان ولايته استقرت شرعا فلا تزول تشهيا» .

أقول: ان كان فى العزل مصلحه فلا إشكال فى جوازه، و مورد البحث ما إذا أراد عزله لا لمصلحه بل تشهيا، و قد استدل المحقق «قده» للعدم بما سمعت لكنه مصادره محضه. و قيل: لانه عبث و الامام عليه السلام لا يفعله، و فيه: انه ان عزله فلا يكون عبثا، و قيل: انه يعرض بذلك للقدح من ليس بمقدوح فيه، و فيه: ان عزله مع رفع هذه الشبهه فلا- اشكال، على أن لزوم ذلك أمر ثانوى، و العنوان الثانوى قد يحصل حتى من النصب، فقد ينصب الحاكم للقضاء و يترتب على ذلك المفسده، فلا بد من البحث فى جهه أخرى و هى أنه هل يجوز عزل القاضى عن القضاء أو لا-؟ لقد ذكرنا سابقا أن الولاية على القضاء أمر اعتبارى عرفى قابل للجعل كالزوجه و الملكيه و نحوهما، فهى موجوده بين أهل العرف و قد جعل الشارع هذه الولاية للنبي و الامام عليهما الصلاه و السلام ثم رخص المجتهد فى ذلك أيضا، فهل يستفاد من نفس التمكن من الجعل التمكن من العزل كذلك؟ أما بالنسبه الى الامام عليه السلام فلا ريب فى انزال من يعزله، و أما بالنسبه إلى المجتهد فهذا مشكل بل لا بد من دليل آخر، كما ليس لحاكم الشرع عزل من جعله متوليا على وقف أو نصبه وليا على أمر من الأمور من غير سبب يقتضى ذلك شرعا، الا أن يدعى النيابة العامه للمجتهد بأن يكون له فعل كل ما فعله الامام عليه السلام. و هذا يتوقف بالإضافة إلى إثبات ذلك من ناحيه الأدله على إثبات فعل الامام عليه السلام ذلك،

الا- أن يقال بأن أمير المؤمنين عليه السلام كان قد نصب و عزل بعض القضاة، و لكن هذا يحتاج إلى الإثبات، فلعله أرجح القاضى من ذاك البلد ليرسله الى بلد آخر.

و كيف كان فيحتاج الى دليل آخر غير ما دل على جواز النصب.

نعم كل شىء يتوقف على الاذن-لا الجعل-جاء الرجوع فيه عن الاذن.

و لو عين الواقف أحدا للتولية على الوقف فليس له عزله عن التولية، لأن ذلك كالرجوع عن الوقف و قد ثبت أن الوقف على ما يوقفها أهلها، على أن بعض الفقهاء يفتون بعدم جواز عزله حتى مع الخيانه، قالوا: بل يجب حينئذ ضم أحد اليه. و هذا كله مما يشهد بأن جواز الجعل بوحده لا يكفى للدلاله على جواز العزل.

هذا و ليس من شأننا البحث عن حكم الامام عليه السلام لثبوت عصمته، على أن نفس إرادته الإمام مرجحه، إذ لا يتصور التوقف له فى مورد التعارض بين طرفى الفعل و الترك، و لا يشترط أن يكون لفعله مرجح، بل يكفى عدم المرجوحه للفعل.

و على فرض جواز العزل فهل ينعزل القاضى بمجرد العزل أو بعد بلوغ الخبر اليه كالوكيل؟ قال فى المسالك: قولان أظهرهما الثانى لعظم الضرر فى رد قضيته بعد العزل و قبل بلوغ الخبر فيكون الحكم فيه أولى من الوكيل.

و فى الأول: ان الضرر اللانزم كما يمكن أن يكون متوجها الى من كان له الحق كذلك يحتمل أن يتوجه الى مدعى الباطل منهما و دليل «لا ضرر» لا ينفى مثل هذا الضرر، فيكون المورد شبهه مصداقيه له فلا يجوز التمسك به، فيكون حكم هذا القاضى حينئذ نظير حكم من حكم بتوهم كونه منصوبا لذلك من قبل الامام ثم بان له أنه لم يكن له ذلك فان حكمه باطل، و كذا من باع مال غيره متخيلا أنه و كيله ثم ظهر العدم.

و فى الثانى: ان الأولويه ممنوعه، الا أن يقال بأن الولاية على القضاء و كاله مع زياده السلطنه أو يصحح ذلك بتفتيح المناط.

و بما ذكرنا ظهر أنه لا مجال للتمسك باستصحاب بقاء نفوذ الحكم.

قالوا: هذا إذا عزل القاضى لفظا أو كتب إليه: أنت معزول -مثلا- و أما إذا كتب إليه: إذا قرأت كتابى فأنت معزول ففيه فروع منها: أنه لا- ينعزل الا- بعد قراءه الكتاب سواء و صل الى يده أو لا- فلو وصل اليه الكتاب و حكم فى قضيه قبل أن يقرأه نفذ حكمه بلا- اشكال. و منها: أنه لا يشترط قراءته للكتاب مباشره بل الظاهر أن المراد فهمه بما فيه و لو بقراءه غيره له، و منها: أنه هل يشترط قراءه الكتاب كله أو يكفى العلم بحاصل المراد؟ و تظهر الفائدة فيما لو ذهب بعض الكتابه أو تعذر عليه قراءته.

قال فى الجواهر: ان هذه احتمالات بارده أطنب فيها العامه

فى كئبهم لغرض صبروره الكئاب ضخما.

قلت: و يمكن أن ئنمر هذه الفروع فى الإجازات و الوكالات التى يئئبها الفقهاء للأشخاص. و لكنها قليلة الجدوى.

ص: ١٢٧

هل ينزل القاضي بموت الامام؟

قال المحقق «قده»: «إذا مات الامام عليه السلام قال الشيخ:

الذى يقتضيه مذهبنا انزال القضاء أجمع. و قال فى المبسوط:

لا ينزلون، لان ولايتهم ثبتت شرعا فلا تزول بموته. و الأول أشبهه» .

أقول: علل فى المسالك القول الأول بقوله: لأنهم نوابه و ولايتهم فرع ولايته فإذا زال الأصل زال الفرع، و وافقه فى الجواهر فيه و أضاف: فإن أمر كل عصر الى امام ذلك العصر. أى: ان قضاء ذلك العصر ينزلون بموته ثم ينصبهم الامام اللاحق مره أخرى أو ينصب غيرهم.

و استدلل للقول الثانى: بأن ولايه القضاء قد ثبتت شرعا فلا- تزول بموت الامام و مع الشك تستصحب، و قد أيد ذلك فى الجواهر و غيره بما فى الانزال من الضرر العام للخلق بخلو البلدان من

الحكام الى أن يجدد الامام اللاحق نوابا فتعطل الاحكام.

و الصحيح أن يقال: ان كل فرد من الناس إذا وكل أحدا أو أنابه أو أذن له في شئونه الخاصه و الأمور التي بيده فإنه إذا مات ينزل الوكيل و النائب و المأذون بلا كلام، من غير فرق في ذلك بين الامام و غيره، فان كان القضاء كذلك بمعنى أن يكون أمر القضاء للإمام و أن القاضى ينوب عنه في القضاء أو يقوم بذلك و كاله عنه انزل القضاء بموته، لان من قواعد المذهب انزال الوكيل و النائب بموت الموكل و المنوب عنه.

و ان كان القضاء نظير نصب المتولى على الموقوفه أو الولاية على الصغار فلا- ينزل بموت من نصبه، لانه يقوم بالأمر بعنوان السلطنه لا بعنوان الوكالة و الاذن.

و بما ذكرنا يظهر الحال في التمسك بالاستصحاب لعدم انزالهم بموت الإمام، لأن ولايتهم ان كانت من باب الوكالة فقد بطلت، و ان كانت من باب الولاية فلا شك في بقائها حتى تستصحب، بل لو شك يستصحب عدم جعل الولاية، و لا يعارضه استصحاب عدم كونه و كاله لعدم الأثر.

و يمكن تقريب الاستدلال بأن يقال: ان الولاية قد يكون جعلها مقيدا بزمان حياه الامام فلا ريب في انقطاعها بالموت، و قد يكون غير مقيد بذلك فهي مطلقه و لا ريب في بقائها بعد موت الامام، و مع الشك في كونها مقيده أو مطلقه يستصحب كلى الولاية فلا ينزل

القاضي بموته و ينفذ حكمه.

و لكن يشكل بأنه يبنى على القول بجريان الاستصحاب مع الشك فى المقتضى.

و يمكن أن يكون المستصحب عدم وجود القيد فى الولاية، و ليس هذا الاستصحاب مثبتا لخفاء الواسطه، و حينئذ يسند بقاء الولاية المطلقه إلى الشارح.

و أما استصحاب نفوذ الحكم، ففيه: ان استصحاب الحكم مع الشك فى تحقق موضوعه غير جائز، كما لا يجوز استصحاب قيام قيام زيد مع الشك فى وجوده.

و أما استدلالهم بلزوم الضرر العام بالانعزال، فيرد عليه: ان لزوم الضرر لا يفيد لإثبات عدم الانعزال، فلو أن ماء حكم بطهارته الظاهرية بالاستصحاب و توضأ به مده من الزمن و غسلت به الثياب و نحو ذلك ثم انكشف الخلاف لم يكن الضرر العظيم المترتب على ذلك موجبا للقول بعدم نجاسه الماء.

الا أن يقال بأن لزوم الضرر يقتضى القول بعدم سقوط أحكام هؤلاء القضاة، و أما أصل ولايتهم على الحكم فلا تثبته قاعده نفى الضرر لأنه أمر تكويني.

قال فى المسالك: «و الأظهر هو الأول، و قد يقدح هذا فى ولاية الفقيه حال الغيبه و أن الامام الذى قد جعله قاضيا و حاكما قد مات، فيجرى فى حكمه ذلك الخلاف المذكور، الا أن الأصحاب

مطبّقون على استمرار تلك التولية، فإنها ليست كالتولية الخاصه بل حكم بمضمون ذلك، فإعلامه بكونه من أهل الولاية على ذلك كإعلامه بكون العدل مقبول الشهاده و ذى اليد مقبول الخبر و غير ذلك و فيه بحث» .

قلت: و هو خلاف ظاهر المعبره حيث قال عليه السلام «فانى جعلته حاكما» و لم يقل: فحكمه نافذ-مثلا-فلو كان حكما إلهيا لم يكن متوقفا على جعل من الامام، بل ظاهر الروايه أن الحكومه لغير النبى و الامام متوقفه على الجعل و هو بيد الامام «ع» ، فيكون الحاصل: ان من كان معنونا بتلك العناوين مجعول وليا من قبل الامام، و ليس هذا الجعل مقيدا بزمان حياته، بل هو نظير جعل التولية على المسجد لإمام الجماعه من قبل الواقف، فليس من شك حتى يستصحب. و أما كون المسأله نظير الوكاله أو الحكم فكل ذلك خلاف الظاهر.

و بالجمله: ان كان توليهم للقضاء مستندا إلى النيابة من ناحيه الإمام أو الى الوكاله عنه كانت ولايتهم فرع ولايه الامام و بموته ينزلون، و ان كان جعلاً من قبله و سلطنه لهم على الحكم فلا ينزلون بموت الامام.

فالحق فى المسأله ما ذكرناه (١) .

لومات القاضي الأصلي فهل ينعزل النائب عنه؟

ثم قال المحقق «قده»: «و لو مات القاضي الأصلي لم ينعزل النائب عنه لأن الاستنابه مشروطه بإذن الإمام عليه السلام فالنائب عنه كالنائب عن الامام فلا ينعزل بموت الواسطه. و القول بانعزاله أشبهه» .

أقول: لو أذن الامام للقاضي الأصلي في نصب القضاء بأن يكونوا وكلاء عن الإمام أو يكونوا نوابه أو مأذونين من قبله في الحكم لم ينعزلوا بموت القاضي الأصلي لكونه واسطه في النصب فحسب و هذا واضح، و لو كان ذلك من قبل نفسه لا الامام فلا ريب في انعزالهم بموته، و هذا واضح أيضا، و لو أمره الإمام بإنشاء النصب و جعل الولاية على القضاء فلا- ينعزلون لا بموته و لا بموت الامام لما تقدم في الفرع السابق.

ص: ١٣٢

هذا كله فى مقام الثبوت.

و فى مقام الإثبات: ان علم الأمر من الامام عليه السلام أو بالقرائن الحافه بالكلام فلا بحث، و ان شك فى كيفية الأمر و فى نفوذ حكم القضاء المنصوبين بعد موت القاضى الأصلى فلا مجال لاستصحاب كلى الوكاله أو النيابة لعدم جريانه مع الشك فى المقتضى، مضافا الى أنه مسبب عن الشك فى كون الجعل من قبل الامام و الأصل عدمه كما أن الأصل عدم جعل الولاية و السلطنه، فلا وجه لنفوذ حكمهم بعد موت القاضى الأصلى.

و أما فى حال الغيبه فلا ريب فى نفوذ قضاء الفقيه الجامع للشرايط لأن له الولاية على القضاء، فان قلنا بأنه لا يجوز له نصب غيره للقضاء فلا كلام، و ان قلنا بأن له ما للإمام جاء فيه التفصيل المذكور فى الفرع السابق.

و أما فى الأمور الحسينيه فتاره ما يأذن أو يوكل أو ينيب من يثق به فيها فإن إعماله نافذه ما دام الفقيه الناصب له حيا و ينزل بموته البتة و أخرى يجعل الولاية له بالاستقلال فلا ينزل بموته.

و أشكل المحقق الآشتياني فى أن يكون للفقيه ما للإمام من التصرف فى الأمور المستقبليه لعدم الدليل على ذلك. و فيه: ان هذا صحيح و لكن الفقيه يجعل الولاية فى حال حياته ثم تبقى بعد موته حتى يحدث ما يزيلها أو يموت- نظير علقه الزوجيه التى لا تزول بموت العاقدين- لان ذات الولاية المجعوله قابله للبقاء بمجرد إنشائها حتى يقوم الدليل على زوالها.

ص: ١٣٣

و هل للنائب أو الوكيل جعل الولايه الخاصه لثالث؟ الظاهر: لا، لان غرض الشارع فى الأمور الحسيه يتحقق بالاذن. و تظهر الفائده فى أنه مع الجعل لا يمكن العزل. و قد تدعو الضروره إلى العزل بخلاف الاذن، فلذا يكون التصرف بنحو الاذن حتى يتمكن من ذلك.

ص: ١٣٤

هل تنعقد الولايه لفاقد الشرائط لو نصبه الإمام مصلحه؟

قال المحقق: «إذا اقتضت المصلحه توليه من لم يستكمل الشرائط انعقدت ولايته مراعاة للمصلحه فى نظر الامام عليه السلام كما اتفق لبعض القضاة فى زمن على عليه السلام. و ربما منع من ذلك.» .

أقول: اختلف الأصحاب فى المسأله على قولين، و منشأ الخلاف أن أمير المؤمنين عليه السلام نصب شريحا للقضاء مع أنه لم يكن جامعا للشرائط المعتبره فى القاضى، فالمستفاد من بعض الروايات أنه لم يكن عالما حتى بأحكام القضاء، كما أنه لم يكن عادلا كما هو واضح، فيدور الأمر فى الحقيقه بين رفع اليد عن بعض الشرائط فى حال توليه الإمام أو حمل فعل الامام على بعض الوجوه، و قد حمل بعضهم نصب الإمام أمير المؤمنين عليه السلام شريحا على التقيه، لأنه كان منصوبا من قبل فى الكوفه، فلو عزله عليه السلام

لخالف القوم كما وقع بالنسبه الى بعض الأمور التي أراد عليه السلام تغييرها أو رفعها كصلاه التراويح حيث ارتفعت أصوات القوم و جعلوا ينادون «وا عمراه» .

وقيل: ان الأئمة عليهم السلام مهما كانوا فى تقيه و شده لم يكونوا يتقون فى أمر القضاء، و كانوا ينهون عن التحاكم الى قضاء الجور و المخالفين، فكيف بنصب القاضى الجائر؟ على أن أمير المؤمنين عليه السلام لو كان فى حال تقيه لما عزل معاويه عن الشام.

أقول: أما النقض بعزل معاويه فغير تام، لأن معاويه لم يبايع الامام مع بيعه سائر المسلمين و الولاه له، و أما شريح فإن الإمام لم يوله و لم يتمكن من عزله حتى خاطبه قائلاً: «يا شريح جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصي أو شقي» .

وقيل: ان الامام لم يفوض إليه أمر القضاء، بل شاركه فيما ينفذه. و هذا هو المستفاد من الروايات، و هو أحسن الوجوه فى المسأله.

وقيل: انه كان يحكم و لكن لا يترتب على حكمه أثر. و هو خلاف الظاهر.

و فى المسالك: المروى من حال شريح معه عليه السلام خلاف ذلك و فى حديث الدرع الغلول ما يرشد الى ما ذكرناه.

أقول: و لنذكر بعض الروايات التى أشرنا إليها، ثم حديث الدرع:

منها- ما عن هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام قال

«لما ولى أمير المؤمنين عليه السلام شريحا القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه» (١).

و منها- ما رواه المشايخ الثلاثة عن سلمه بن كهيل قال: سمعت عليا عليه السلام يقول لشريح: «و إياك أن تنفذ قضيه فى قصاص أو حد من حدود الله أو حق من حقوق المسلمين حتى تعرض ذلك على ان شاء الله.» (٢).

و أما حديث الدرع الغلول فهذا نصه عن الكلينى «قده» بسنده عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: «دخل الحكم بن عتيبه و سلمه بن كهيل على أبى جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد و يمين. فقال: قضى به رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و قضى به على عليه السلام عندكم بالكوفه. فقالا: هذا خلاف القرآن. فقال: و أين وجدتموه خلاف القرآن؟ قالا: ان الله يقول «و أشهدوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ». فقال:

قول الله «و أشهدوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ» ، هو لا تقبلوا شهاده واحد و يمينا! ثم قال:

ان عليا عليه السلام كان قاعدا فى مسجد الكوفه، فمر به عبد الله ابن قفل التميمى و معه درع طلحه. فقال على عليه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره. فقال له عبد الله بن قفل: اجعل بينى و بينك قاضيك الذى رضيته للمسلمين. فجعل بينه و بينه شريحا.

ص: ١٣٧

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-٦.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٨-١٥٥.

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

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

قال: فغضب على عليه السلام وقال: خذها فان هذا قضى بجور ثلاث مرات. قال: فتحول شريح وقال: لا أفضى بين اثنين حتى تخبرني من أين قضيت بجور ثلاث مرات؟ فقال له: ويلك-أو ويحك-انى لما أخبرتكَ أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره فقلت: هات على ما تقول بينه وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: حيث ما وجد غلول أخذ بغير بينه. فقلت: رجل لم يسمع الحديث. فهذه واحده. ثم أتيتك بالحسن فشهد. فقلت:

هذا واحد ولا أفضى بشهادة واحد حتى يكون معه آخر وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بشهادة واحد ويمين، فهذه ثنتان. ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره فقلت: هذا مملوك و ما بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلا. ثم قال:

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

ص: ١٣٨

هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته؟

قال المحقق «قده»: «كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه كالولد على الوالد و العبد على مولاه و الخصم على خصمه. و يجوز حكم الأب على ولده و له، و الأخ على أخيه و له» .

أقول: هذا مذهب الأ-كثر، بل ادعى عليه الإجماع لكنه غير معلوم، و استدل على ذلك بأن الحكم شهاده و زياده، فكل من لا تقبل شهادته في حق أحد لا- ينفذ حكمه فيه، و قد أنكر جماعه كون الحكم كذلك، فلا مانع من شمول الإطلاقات و نفوذ حكم من ذكر كالولد على الوالد و العبد على مولاه، و في أصل قبول هذه الشهاده إخبار متعارضه سيأتي التعرض لها في محلها ان شاء الله تعالى.

و كذلك حكم الحاكم على خصمه أو له الا إذا رجع حكمه الى الإقرار و هذا بحث آخر، و يدل عليه-مضافا الى الإجماع

المدعى-انصراف الأدله عن ذلك، بل المتبادر منها الرجوع الى الغير، فان قوله عليه السلام «انظروا الى رجل منكم. فتحاكموا اليه» ظاهر في وجوب ترفع الخصمين عند من كان واجدا للشرائط المعتمره و ان كان أحدهما كذلك.

قال السيد صاحب العروه «قده»: نعم له أن ينقل حقه الى غيره ثم يرجع ذلك الغير مع الخصم إليه، فإنه حينئذ ينفذ حكمه لذلك الغير و ان انتقل اليه بعد ذلك بإقاله أو نحوها.

و هل ينفذ حكمه لمن له عليه ولايه خاصه كالأبوه و الوصايه؟ قيل: نعم لان الحكم ليس لنفسه، و قيل: لا، لانه هو المنازع في الحقيقه، و اختاره السيد و هو الأظهر.

و أما المولى عليه بالولايه العامه فالصحيح نفوذ حكمه و الا- لم يرتفع النزاع في هذه الموارد لانه كل قاض ولى الأيتام و المجانين و نحو ذلك.

و إذا كان للحاكم شركه مع غيره في مال و وقع النزاع فيه بينهما و بين غيرهما كما إذا تنازع أخوه مع غيره في مال مشترك بينه و بين أخيه من جهه الإرث فليس للحاكم أن يطالب الغير بالترافع عند نفسه، لكن لأخيه مطالبته بالترافع عنده، و هل ينفذ حكمه حينئذ؟ ذكروا أنه إذا حكم لأخيه نفذ في حصه أخيه و لا- ينفذ في حصه نفسه. و هذا فيه بحث، لأنه إذا ثبت كون المال إرثا كان النصف الآخر للحاكم في الفرض المذكور و الا لزم التفكيك بين اللازم و الملزوم.

و أجاب المحقق النراقي «قده» بأن اللوازم الشرعيه ليست كالعقلية بل هي قابله للاستثناء.

و فيه: انه لا- يمكن المساعدة عليه، لان الواقع لا- ينقلب عما هو عليه، لان هذا المال ان كان لأبيهما واقعا كان الحاكم و أخوه شريكين فيه، و ان لم يكن له فليس لأحدهما فيه شيء. نعم يمكن التفكيك في فصل الخصومه بأن ترفع بالنسبه إلى حصه أخيه و يترافع هو و الغير عند حاكم آخر لفصل الخصومه في حصته خاصه.

و لما كانت الملازمه المذكوره بحسب واقع الأمر فإنه يمكن التفكيك بين السهمين بحسب الظاهر، و ذلك في حال الشك في كون المال إرثا، نظير ما إذا تيقن زيد بمتنجس ماء معين و شك عمرو فيجب على الأول الاجتناب عنه دون الثاني فله البناء على طهارته الظاهرية فحصل التفكيك في الحكم بينهما مع وجود الملازمه بينهما بحسب الواقع، لأنه ان كان طاهرا واقعا جاز لهما شربه، و ان كان متنجسا واقعا وجب عليهما الاجتناب عنه.

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

و قد فرق السيد في مسأله الشركه في صورته كون مورد الدعوى عينا بين ما إذا كانت الدعوى بعد افراز الحاكم حصته عن حصه أخيه و بين ما إذا كانت بعده، قال: إذا كان للحاكم شركه مع غيره

فى مال و وقع النزاع فىه بىنهما و بىن غيرهما نفذ حكمه فى حصه شريكه لا فى حصه نفسه. مثلا: إذا تنازع أخوه مع غيره فى مال مشترك بىنه و بىن أخيه من طرف الإرث و ترافعا اليه فحكم لأخيه نفذ فى حصه أخيه و لا ينفذ فى حصه نفسه، و لا يشارك مع أخيه فى تلك الحصه التى ثبتت لأخيه، إلا إذا كانت الدعوى فى عين و قد قسمها أخوه مع ذلك الغير و أفرز حصته، إذ حينئذ يشارك معه فى تلك الحصه لإقراره بالشركه. و أما قبل القسمة فلا يشارك معه، فلاخيه أن ينقلها الى غيره على إشاعتها. و أما إذا كانت الدعوى دينا فلا يشاركه مطلقا و لو بعد القبض على الأتوى.

و فىه نظر، لأنه إن استلزم الإقرار لم يكن فرق بين العين و الدين و ان لم يستلزمه فكذلك، فالتفريق بينهما لا وجه له.

و لو تنازع جماعه مشتركون فى مال مع غيرهم فأقاموا شاهدا واحدا و حلف بعضهم دون بعض، فإنه يثبت حصه الحالف دون غيره، لان يمين كل واحد منهم جزء، و لولاه فالخصومه باقيه.

ص: ١٤٢

أشاره

وهي قسمان:

الآداب المستحبه،

الآداب المكروهه

ص: ١٤٣

آداب القاضي و القضاء قال المحقق «قده»: «النظر الثاني في الآداب (١) و هي قسامان:

مستحبه و مكروهه.

فالمستحب: أن يطلب (٢) من أهل ولايته من يسأله عما يحتاج

ص: ١٤٥

إليه في أمور بلده، و أن يسكن عند وصوله في وسط البلد ليرد الخصوم عليه وورودا متساويا، و أن ينادى بقدمه ان كان البلد واسعاً لا ينتشر خبره فيه الا بالنداء، و أن يجلس للقضاء في موضع بارز مثل رحبه أو فضاء ليسهل الوصول اليه، و أن يبدأ بأخذ ما في يد الحاكم المعزول من حجج الناس وودائعهم (١)).

و لو حكم في المسجد صلى عند دخوله تحيه المسجد، ثم يجلس مستدبر القبلة ليكون وجه الخصوم إليها، و قيل: يستقبل القبلة لقوله عليه السلام: خير المجالس ما استقبل به القبلة، و الأول أظهر (٢)).

ثم يسأل عن أهل السجون و يثبت أسماءهم و ينادى في البلد بذلك و يجعل له وقتاً، فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد و يسأله

عن موجب حبسه و يعرضه على خصمه، فان ثبت لحبسه موجب أعاده و الا أشاع حاله بحيث ان لم يظهر له خصم أطلقه (١)).

ص: ١٤٧

و كذا لو أحضر محبوسا و قال: لا خصم لى فإنه ينادى فى البلد، فان لم يظهر له خصم أطلقه. و قيل: يحلفه مع ذلك (١).

ثم يسأل عن الأوصياء و عن الأيتام و يعمل معهم ما يجب من تضمين أو إنفاذ أو إسقاط و لايه إما لبلوغ اليتيم أو لظهور خيانه أو ضم مشارك ان ظهر من الوصى عجز.

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

ثم ينظر فى الضوال و اللقط، فيبيع ما يخشى تلفه و ما يستوعب نفقته ثمه، و يتسلم ما عرّفه الملتقط حولا ان كان شىء من ذلك فى يد أمناء الحاكم، و يستبقى ما عدا ذلك مثل الأثمان و الجواهر محفوظة على أربابها لتدفع إليهم عند الحضور على الوجه المحرر.

و يحضر من أهل العلم (٢) من يشهد حكمه فإن أخطأ نبهوه، لأن

المصيب عندنا واحد. و يخاوضهم فيما يشته من المسائل النظرية لتقع الفتوى مقرره.

و لو أخطأ فأتلف لم يضمن و كان على بيت المال (١).

و إذا تعدى أحد الغريمين عرفه خطأه برفق، فان عاد زجره، فإن عاد أدبه بحسب حاله مقتصرًا على ما يوجب لزوم النمط.

ص: ١٤٩

(و الآداب المكروهه)

و الآداب المكروهه أن يتخذ حاجبا وقت القضاء (١)) و أن يجعل المسجد مجلسا للقضاء دائما، و قيل: لا يكره مطلقا التفاتا الى ما عرف من قضاء على عليه السلام بجامع الكوفه (٢))، و أن يقضى و هو

ص: ١٥٠

غضبان ((١)) ، و كذا يكره مع كل وصف يساوى الغضب فى شغل النفس كالجوع و العطش و الغم و الفرح و مدافعه الأخبثين و غلبه النعاس ((٢))

ص: ١٥١

فلو قضى و الحال هذه نفذ إذا وقع حقا، و أن يتولى البيع و الشراء لنفسه ((١)) ، و كذا الحكومه ((٢)) ، و أن يستعمل الانقباض المانع من اللحن بالحجه، و كذا يكره اللين الذى لا يؤمن معه جراه الخصوم.

و يكره أن يرتب للشهاده قوما دون غيرهم، و قيل يحرم لاستواء العدول فى موجب القبول و لأن فى ذلك مشقه على الناس بما يلحق من كلفه الاقتصار ((٣)) .

ص: ١٥٢

هل للقاضي أن يحكم بعلمه؟ حكم ما لو لم يعرف الحاكم عداله البينه هل للحاكم الثاني نقض حكم الأول؟ فى تتبع الحاكم حكم من قبله فى دعوى ان المعزول حكم عليه بشهاده فاسقين فى تعدد و عداله مترجم الحاكم فى شرائط كاتب القاضى فروع حول عداله الشاهدين فى تفريق الشهود عند الشهاده فيما يعتبر فى الشهاده بالجرح فى الحكم باستمرار العداله حتى تبين ما ينافيها فى كتابه الحاكم قضايا كل أسبوع هل يجب عليه كتابه المحضر؟ يكره له ان يعنت الشهود لا يجوز له أن يتعتع الشاهد يكره له ان يضيف احد الخصمين فى حرمه الرشوه فى إحضار الخصم الى مجلس القضاء

(هل للقاضى أن يحكم بعلمه؟)

قال المحقق: «و هنا مسائل-الأولى: الإمام عليه السلام يقضى بعلمه مطلقا، و غيره من القضاة يقضى بعلمه فى حقوق الناس، و فى حقوق الله تعالى على قولين أصحهما القضاء. و يجوز أن يحكم فى ذلك كله من غير حضور شاهد يشهد الحكم».

أقول: أما حكم قضاء الامام بعلمه فلا ثمره للبحث عنه (١) الا من

جهه أنه إذا ثبت أن الامام عليه السلام لا يقضى بعلمه ثبت عدم جواز القضاء لغيره من القضاء بعلمه بالأولوية، و لكن قد وجدنا أنه عليه السلام قد قضى بعلمه فى بعض الموارد، الا- أن هذا بوحده لا يكفى للقول بجوازه لغيره كما لا يخفى، بل لا بد من ملاحظه الأدله بالنسبه اليه.

و أما غير الامام من القضاء فلا كلام و لا إشكال فى حكمه بعلمه فى الشبهات الحكيمه، فلو تنازع الولد الأكبر مع سائر الورثه فى حكم الجبوه لاختلاف فتوى مقلديهما فى المسأله فتراضيا بالترافع عند مجتهد ثالث حكم بينهما بما رآه و لزم على الطرفين قبول حكمه.

و انما الكلام فى الشبهات الموضوعيه كما إذا تنازع زيد مع عمرو فى مال و علم القاضى بأنه لزيد فهل له أن يحكم بعلمه من دون بينه أو إقرار أو لا-؟ الحق هو الأول-وفاقا للمشهور بل حكى الإجماع عليه عن جماعه من الأكابر، و قد حكى عن بعضهم التفصيل بين حق الله و حق الناس فأجازاه فى الأول دون الثانى، و عن آخر

التفصيل على عكسه-لما تقرر في محله في القطع الموضوعى من أنه إذا أخذ القطع في موضوع الحكم بما هو طريق له قامت الاماره مقامه في العمل، (بخلاف ما إذا أخذ بما هو صفه خاصه قائمه بالشخص)، فإذا كان الظن الحاصل من البيئه بما هي طريق يترتب عليه الأثر لحجيتها فان العلم أقوى من البيئه فيجب ترتيب الأثر عليه بالأولويه (١)).

و يدل عليه-بعد الإجماع-ما ذكره من استلزام عدم القضاء به فسق الحاكم أو إيقاف الحكم و استلزامه عدم وجوب إنكار المنكر و عدم وجوب إظهار الحق مع إمكانه أو الحكم بعلمه.

و يدل عليه أيضا عموم ما دل على الحكم بالحق و القسط و العدل فإذا علم بكون المال لزيد و جب عليه الحكم بذلك و كان على عمرو قبوله.

و أشكل المحقق العراقي «قده» على الاستدلال بهذه العمومات بأن التمسك بها فرع كون المراد من الحكم و الحق و القسط و العدل هو الحكم و الحق و أخويه في نفس الواقعه، و لانزمه حينئذ كون القضاء من آثار نفس الواقع لا من آثار الحججه عليه، و لكن لا يخفى أن مثل هذا المعنى ينافى ما فى قوله: «رجل قضى بالحق و هو لا يعلم»، إذ الظاهر منه عدم جواز مثل هذا القضاء لا وضعا

و لا تكليفا.

و يمكن رفع المنافاه بأنه و ان كان ظاهر العمومات كون الواقع تمام الموضوع للحكم لكن هذه الروايه تقضى باعتبار أمر آخر مع ذلك و هو كون القاضى عالما بالواقع، فيكون مجموع الأمرين هو الموجب لنفوذ الحكم و فصل الخصومه.

و أما حمل الروايه على بيان شرطيه العلم فى أصل القضاء، أو إثبات العقوبه على مثل هذا القاضى من جهه تجريه على القضاء بغير علم و ان كان نافذا فخلافا للظاهر.

فيكون حاصل الجمع: ان الحكم النافذ هو الحكم المطابق للواقع مع علم الحاكم بهذه المطابقه و ان كان هذا العلم جهلا مركبا فى نفس الأمر، و مع شك المتخاصمين بكون الحاكم عالما بالواقع فلا ينفذ، لكن لا يشترط علمهما بالمطابقه، و مع علمهما بعدم المطابقه فيؤثر الحكم فى رفع الخصومه خاصه. فظهر أن العلم بوصف الطريقيه جزء لموضوع الحكم، و تقوم البيئه و الايمان مقامه مع عدمه، مع الفرق بينهما من جهه أن العلم حجه بذاته و لا سبيل للجعل اليه بخلافهما.

هذا، و لكن المستفاد من طائفه من آيات الكتاب العظيم كقوله تعالى «وَلِيُحْكُمَ أَهْلَ الْأَنْجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (١) و قوله تعالى:

ص: ١٤٠

«وَأَنْ أُحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ.» (١) أن على الحاكم أن يحكم «بما أنزل الله»، و ظاهر ذلك أن «ما أنزل الله» هو موضوع الحكم بين الناس، و مع العلم به يجب الحكم بحسبه عقلا- و الا- لم يجز الحكم لانه افتراء على الله تعالى، فموضوع الحكم هو الواقع فقط، فان علم به حكم بحسبه و مع عدم العلم لم يجز له الحكم عقلا و لا شرعا.

و أما البيئات و الايمان فلا- تحمل على ما هو الغالب كما فى الجواهر بل انها طريق شرعى لإحراز الموضوع- و هو الواقع- عند عدم العلم به، فلا دخل للعلم و لا للبيئات و الايمان فى فصل الخصومه.

و أما قوله صلى الله عليه و آله و سلم فى قضيه الملاء عنه: «لو كنت راجما من غير بينه لرجمتها» الظاهر فى توقف الرجم على البينه بالرغم من علمه «ص» بالواقع فلا يمكن حمله على مورد الشك.

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

و أما المتخصصمان فلا- يحكم عليهما بالعمل بما أنزل الله، بل عليهما العمل بالحكم و تنفيذه، نعم لا يكلفان بذلك فى صوره علمهما بالخلاف، نعم الحكم يفصل الخصومه بينهما.

هذا و قد استثنى القائلون بالمنع صورا من القضاء بالعلم فأفتوا

ص: ١٤١

فيها بالجواز:

(منها) تزكيه الشهود و جرحهم. قلت: قد يقال بترتب الأثر هنا شرعا على إقامه البينه للتعديل و أنه لا يكفي علم القاضى بالعداله، و لكن يندفع هنا باستلزامه للدور أو التسلسل، على أنه قد حكى الإجماع على الجواز فى هذه المسأله.

(و منها) تعزير من أساء الأدب فى مجلس القضاء و ان لم يعلم به غير القاضى حتى لا تقل أبهه القضاء.

(و منها) الإقرار فى مجلس القضاء و ان لم يسمعه غير الحاكم.

أقول: أما نحن فى سعه من اقامه الدليل على الجواز فى هذه الموارد إذ المختار هو الجواز مطلقا، لكن على من استثناها بيان ذلك ((١)).

ص: ١٤٢

(حكم ما لو لم يعرف عداله البيئه)

قال المحقق «قده»: «إذا أقام المدعى بينه و لم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدعى حبس المنكر ليعديلها. قال الشيخ رحمه الله: يجوز حبسه لقيام البيئه بما ادعاه. و فيه اشكال من حيث لم يثبت بتلك البيئه حق يوجب العقوبه» .

أقول: فى المسأله قولان، و قد جعل بعضهم الخلاف فى المسأله مبينا على الخلاف فى أن العداله فى البيئه شرط فما لم يحرز الشرط لا يعتبر بها فيكون قيام البيئه غير المعلوم عدالتها كالعدم، أو أن فسقها مانع عن الحكم فيكفى فى ثبوت الحق بها عدم العلم بفسقها و مع الشك فيه فالأصل عدمه.

و قد يؤيد الأول بأن الأصل فى الأشخاص هو العداله حتى يثبت الخلاف، و بأن الأصل فى فعل المسلم هو الصحه فتحمل الشهاده على الصحه و يحكم على طبقها.

و فى ذلك كله نظر إذ لا يقتضى شىء من هذه الوجوه جواز حبسه و لا سيما فى حال استلزام ذلك بقائه فى السجن مده من الزمن فأما أصاله الصحه فهى تجرى فى فعل المسلم لا بالنسبه إلى شخصه، و أما كون الأصل فى كل شخص مسلم هو العدالة فليس هذا أصلا عقلائيا يبنى العقلاء عليه أمورهم، و إجراء أصاله الإسلام بالنسبه الى من شك فى كونه مسلما فى بلد أكثر أهله مسلمون هو من باب الغلبه، و ليست العدالة فى هذا الحد بين المسلمين.

فالحق-وفاقا للمشهور-عدم جواز حبسه قبل ثبوت الحق بل هو كذلك حتى على القول بمانعيه الفسق، لانه و لو سلم تماميه قاعده المقتضى و المانع لا يحصل القطع بالحق ما لم يقطع بعدم المانع، على أن مقتضى القول بتماميه القاعده فى المقام هو الحكم رأسا لا الحبس ريثما يثبت الحق.

و بالجمله فما لم تثبت عداله البيئه لا يجوز الحبس.

(هل للحاكم الثانى نقض حكم الأول)

قال المحقق «قده»: «لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال و أمر بحبسه فعند حضور الحاكم الثانى ينظر، فان كان الحكم موافقا للحق لزم و الا إبطه، و كذا كل حكم قضى به الأول و بان للثانى فيه الخطأ فإنه ينقضه، و كذا لو حكم هو ثم تبين الخطأ.»

أقول: لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال و أمر بحبسه حتى يستوفى منه الحق ثم حضر الحاكم الثانى بعد موت الأول أو انزاله مثلا، قال المحقق «قده»: ينظر الثانى فى حكم الأول، فإن كان الحكم موافقا للحق أمضاه و ألزمه بدفع المال، و ان وجده مخالفا للحق أبطله. و فى المسأله فروع كثيره.

حكم تجديد المرافعه:

فنعول: لا ريب فى أن حكم الحاكم نافذ بالنسبه إلى المحكوم

عليه فلا يجوز له بعد الحكم الإياء عن قبوله أو المطالبة بتجديده المرافعه عنده أو عند حاكم آخر لانه رد عليه و الراد عليه كالراد على الامام عليه السلام.

و لا إشكال فى عدم جواز إلزام المحكوم له بالحضور عند حاكم آخر للترافع مره أخرى، و لو رضى المحكوم له بذلك ففيل:
لا- مانع من ذلك، و قيل: لا يجوز كذلك لعدم الأثر لرضا المحكوم له. و منشأ الخلاف هو هل يصدق الرد بذلك أو لا؟ و الأقوى هو القول الثانى لصدقه حينئذ، على أنه لو جاز للزم التسلسل، نعم لو ادعى المحكوم عليه تقصير الحاكم الأول فى الحكم أو فى بعض مقدماته كان له الترافع معه عند حاكم آخر.

هذا كله بالنسبه إلى المحكوم عليه.

حكم نظر الثانى فى حكم الأول:

و أما بالنسبه إلى الحاكم الثانى ففيل بوجوب النظر عليه فى حكم الأول، و قيل: لا يجب عليه ذلك، و قيل: بل لا يجوز.

و منشأ الخلاف هو الخلاف فى صدق الرد على النظر كذلك، لكن الظاهر العدم، كما أن جريان أصاله الصحه فى حكم الحاكم الأول لا- يقتضى حرمه النظر و السؤال عن الواقع فى ذلك المورد و لا دليل على وجوب العمل بهذا الأصل، فلو أوقع عقدا و شك فى صحته لم يمنع الاحتياط بإجرائه مره أخرى جريان أصاله الصحه فيه، فالظاهر جواز النظر فى الحكم و ان أمكن حملة على الوجه الصحيح،

نعم لو استلزم النظر نقض حكم صحيح لم يجز له ذلك، و أما القول بالوجوب فمشكل جدا، لان الشك في صحه حكم الحاكم الأول الواجد للشرائط لا يقتضى وجوب النظر كما لا يخفى.

و هل يجب على الحاكم الثانى النظر فى الأمور الجاربه فى البلد؟ الظاهر: لا إلا إذا طالبه أحد من الناس بالنظر فى قضيه، أو كانت له دعوى بالنسبه إلى الحاكم الأول فحينئذ يجب عليه النظر لفصل الخصومه.

أما قول المحقق «ينظر» فظاهره وجوب النظر، و به صرح فى الجواهر و قال فى المسالك بوجوب النظر فى صورتين إحداهما:

دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأول فى حكمه، و الثانيه:

كون الغريم محبوسا و لم يفصل الأمر بعد.

أقول: ان كان النظر فى مورد لم تفصل الخصومه فيه فلا- مانع منه بل هو واجب، و ان كان بعد تمام حكم الحاكم الأول لكن امتنع المحكوم عليه من أداء الحق فأمر بحبسه فلا- وجه للقول بوجوب النظر و لا- جوازه، لان المفروض تمام الحكم فالرد عليه غير جائز، لا سيما مع عدم دعوى المحكوم عليه تقصير الحاكم الأول فى الحكم. نعم على الحاكم الثانى حينئذ مراجعه الغريم، فان كان عنده ما يجب عليه أدائه و جب عليه إجباره على الأداء من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و أما النظر فى الحكم فلا وجه له. و حمل عباره المحقق عليه غير صحيح، و لذا استشكل

فى الجواهر فى الفتوى بوجوبه، و حمل فى المسالك كلام المحقق على مورد دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأول، و حمله فى الجواهر على اراده النظر ان شاء. و فىه ان أدله حرمه النقض و إنفاذ الحكم تعم المورد الذى احتمل صدقه فىه فلا- يجوز النظر، بل يحمل الحكم حينئذ على الصحه. فظهر أنه لا بد من حمل عباره المحقق «قده» على معنى آخر لا وجوب النظر، و ما ذكره الشهيد الثانى هو الاولى.

بل لا يجوز النظر حتى مع تراضى الخصمين خلافا لصاحب الجواهر «قده» إذ لا وجه لذلك أيضا، مع صدق النقض و الرد على هذا النظر، و حمل عباره المحقق على هذا الوجه فى غير محله، و لا ينافى ذلك ما ذكره الأصحاب فى آداب القضاء من نظر الحاكم الثانى فى المحبوسين، إذ لا منافاه بين استحباب النظر و عدم جواز تجديد الحكم بمعنى أن ينظر فى المحبوسين فمن وجده محبوسا بحكم حاكم تركه فى الحبس.

نعم يجب تجديد النظر فى صوره دعوى المحكوم عليه كون حكم الحاكم الأول على خلاف القواعد و الأحكام المقرره فى القضاء، فان كان حكمه عن تقصير فهو ضامن، و ان كان عن قصور فضمنانه من بيت المال.

فالحاصل: انه مع حكم الحاكم الأول و فصل الخصومه بحكمه و حبس المحكوم عليه لا- يجوز تجديد النظر بمجرد امتناع المحكوم

عليه عن أداء الحق و ان رضى المحكوم له بذلك، و قد ظهر بما ذكرنا أنه لا مجال للقول بتجديد النظر الا فى صورته دعوى المحكوم عليه مخالفه الحاكم الأول لاحكام القضاء فى حكمه فإنها مورد البحث و الكلام، فقيل بلزوم النظر و ان أمكن حمله على الوجه الصحيح، و أنه ينفذ حكم الحاكم الثانى و ان استلزم النقض. أقول: ان استلزم نقض الحكم مع إمكان حمله على الوجه الصحيح فهو مشكل و الا و جب النظر إذ لا وجه لعدم سماعها حينئذ.

و أما التبع لحكم الحاكم الأول و التفحص عن دليل حكمه للوقوف عليه و البحث عن صحته و عدم صحته من غير موجب لذلك فغير جائز الا أن يدعى بأن حكم الحاكم الأول بوحده لا يكفى للحمل على الصحة، فلو حكم على الغريم بأداء الحق و أخذه منه و أعطاه لمن له الحق فحينئذ لا يجوز النظر فيه، لانه نقض لحكمه أو لأنه ليس موردا للابتلاء، و أما مع صدور الحكم المجرد عن استيفاء الحق فالنظر واجب، لكون الحكم الأول ناقصا، فعند ما حضر الحاكم الثانى و أراد استيفاء الحق فلا بد من تجديد النظر فى أصل الحكم ليكون مسوغا لاستنقاذ الحق، لكن عبارته المحقق تأبى الحمل على هذا المعنى فان ظاهرها تمام الحكم لا نقصانه.

و كيف كان فلا يشترط فى حكم الحاكم استيفاء الحق، بل الحكم بدونه تام، الا أن تقوم دعوى أخرى لأجل استيفاء الحق، فلو ادعى المحكوم عليه الإعسار سمعت دعواه و طولب بالبينة و أمهل حتى

اليسار كى يؤدى الحق، فظهر أن القول بالنظر فى هذه الصورة مشكل.

و أما لو ادعى المحكوم عليه جور الحاكم الأول فى الحكم فهل يكون سماعها ردا على الحكم أو لا؟ التحقيق: أنه ان كان المراد من الحكم الواجب إنفاذه و المحرم نقضه هو الحكم الصادر بحسب القواعد و الأدله الشرعيه، فكل حكم لا- يكون كذلك فليس حراما نقضه، فلا وجه لقول صاحب الجواهر «و ان اقتضى نقض الأول» و أما إذا صدق عليه النقض فلا مناص من الالتزام بتخصيص أدله سماع الدعوى لأدله نفوذ الحكم، فلا يجوز نقض الحكم إلا إذا كان عن جور أو تقصير.

و يكون المسوغ لأصل النظر فى الحكم مع وجود الأدله الإمره بحمله على الوجه الصحيح هو دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأول فإن ذلك يوجب النظر فى الحكم مع وجود الأصل المذكور لان هذا الأصل لا يقتضى عدم جواز النظر.

فتلخص: ان الحق وجوب النظر فى هذه الصورة و عليه يحمل عبارته المحقق كما فى المسالك، و أما حملة على صورته تراضى الخصمين أو صورته صدور الحكم من الحاكم الأول من غير استنقاذ للحق كما فى الجواهر فغير صحيح كما تقدم، و قد عدل هو «قده» عن ذلك أيضا و حملة على اراده النظر ان شاء و قد تقدم ما فيه أيضا.

ص: ١٧٠

و كيف كان فمع جواز النظر يجوز نقض الحكم بالدليل الاجتهادى المعبر، و لا- يختص جواز النقض بصوره مخالفه الحاكم الأول للإجماع أو الدليل المعبر كالخبر المتواتر. و بعبارة أخرى:

ان كان الحكم الأول طبق الموازين الشرعيه فلا يجوز نقضه سواء بالقطع النظرى أو غيره من الأدله المعبره أو الظن الاجتهادى، و أما إذا كان الحاكم الأول مقصرا فى اجتهاده أو قد حكم غافلا عن دليل معتبر فى المسأله فأخطأ على أثر ذلك فى الحكم جاز نقض الثانى حكمه سواء كان عن قطع أو غيره.

و الأوضح أن يقال: ان أمكن للحاكم الثانى أن يعذر الأول فى حكمه- و ان كان مخالفا له فى رأى- فلا يجوز نقضه، و ان لم يمكنه ذلك نقضه بلا اشكال، بل ان هذا ليس نقضا فى الحقيقه و انما يكون تنبيها على الخطأ فى الحكم.

و لا فرق فى هذا بين العقود و الإيقاعات و غيرها حتى الأحكام الوضعيه كالطهاره و النجاسه و نحوهما. و لا بين حق الله سبحانه و حق الناس.

و أما دعوى الإجماع من بعضهم على عدم جواز نقض الحكم الناشئ عن اجتهاد صحيح باجتهاد كذلك، و انما يجوز نقضه بالقطعى من إجماع أو سنه متواتره أو نحوهما. فمندفعه أو لا بأنه إجماع منقول و ثانيا: بأن المفروض بطلان ذاك الاجتهاد عنده بعد تبدل رأيه أو عند الحاكم الثانى، فلا يكون حجه حينئذ و لا يصدق

فى صحه الببع و عدمها و ترافعا الى مجتهد كان مذهبه عدم نجاسته و صحه الببع فحكم بصحته لزم على المشتري العمل بحكمه و جاز له التصرف فى ذلك المائع، فى هذا المورد بالخصوص يعمل بمقتضى الطهاره و بينى عليها و ينقض الفتوى بالنسبه إليه بذلك الحكم.

و أما بالنسبه إلى سائر الموارد فىعمل على طبق مذهبه و هو القول بالنجاسه، و حتى أنه إذا لاقى ذلك المائع بعد حكم الحاكم بالطهاره عرق الجنب من الحرام مره أخرى يبقى على ذلك ما لم يقع نزاع و لم يرجع الى الحاكم.

و حيث حكم بطهاره هذا المائع فلو لاقاه مائع آخر فهل يحكم بطهاره الملقى كذلك أو لا؟ ان كان النزاع فى صحه الببع و بطلانه فحكم الحاكم بصحه الببع دون طهاره المائع فليل فى هذه الصوره يحكم بصحه الببع و طهاره المائع الأول دون الملقى.

و ان كان النزاع فى نفس الطهاره و النجاسه فمع الحكم بالطهاره يترتب جميع آثار الطهاره عليه.

و سيجىء تتمه لهذا الفرع ان شاء الله تعالى.

و بالجملة فإن الحكم ينقض الفتوى من غير فرق بين أن يكون الحكم فى العقود و الإيقاعات و الأحكام الوضعيه، فىجب تنفيذ الحكم مطلقا الا فى صوره القطع بمخالفته للواقع.

و أما انتقاض الفتوى بالظاهر ذلك، فلو عقد بنتا لمن ارتضع معها عشر رضعات، ثم تبدل رأيه فى المسأله و اختار القول

بنشر هذا العدد الحرمه قال فى الجواهر ببقاء الزوجيه، و هو مشكل لانه بناء على الطريقيه فقد انكشف الخلاف و ظهر له بطلان هذا العقد من أصله، و بناء على السببيه حيث يحكم باستمرار الحكم ففیه أنه مع كشف الخلاف ينكشف له عدم تحقق علقه الزوجيه بينهما، فالعقد باطل من أصله فكيف يستمر الحكم؟ و كذا الكلام فى ثوب غسل بماء أفتى بطهارته سابقا ثم تبدل رأيه و أفتى بنجاسته الآن، فإنه يجب عليه تطهير الثوب الآن و الا- لم تصح الصلاه فيه. و تفريق صاحب الجواهر بين النكاح حيث اختار فيه العدم و بين الثوب حيث اختار فيه النقض. غير واضح و ان ادعى فى منيه الطالب الإجماع على عدم النقض و تمسك فى الجواهر بالسيره، لأنه لو تم ذلك كان لازمه رفع اليد عن الحكم الواقعى فى ذاك المورد و نظائره، و قد ذكرنا فى الحاشيه على العروه فى مسأله عدول المجتهد عن فتواه أن الأحوط أن يرتب المقلد ما أمكنه من آثار الفتوى اللاحقه الا أن يدعى العسر و الحرج. و فيها اشكال آخر، فان الحرج يرفع التكليف و لكنه لا يغير الحكم الشرعى.

بم يتحقق الحكم؟

و هل يشترط فى وجوب امتثال الحكم كونه صادرا فى مورد نزاع و تخصصم؟ لا- إشكال فى صدق الحكم ان كان فى مورد النزاع كما لا إشكال فى نفوذ الحكم الصادر فى غير المورد المذكور كالهلال-مثلا، و أما إذا حكم فى مورد نزاع قبل التحاكم إليه

ففى نفوذه إشكال، الا أن يقال بأن نفوذ حكمه هو من جهة كونه منصوباً من قبل الامام عليه السلام و أنه كما ينفذ حكم الامام من غير تخاصم فهو كذلك، و لكن فى صدور مثل هذا الحكم من الامام تأمل، على أن المعروف كون الحكم بعد التحاكم.

و لا- إشكال فى تحقق الحكم بلفظ «حكمت» و «أنفذت» و نحوهما كقوله: «ادفع اليه ماله» بقصد الإنشاء. و هل يتحقق بقوله: ثبت عندى؟ الظاهر: العدم و لذا يمكنه نقضه بعدئذ.

و هل يتحقق الحكم بالفعل كأن يعطى الشىء لمستحقه بعد ثبوت الحق بقصد الحكم؟ فيه اشكال، للشك فى شمول الإطلاقات له. و القدر المتيقن من الحكم كل لفظ ظاهر فى إنشاء الحكم فلا يكفى الفعل و الكتابه و نحوهما.

هل يجب على المجتهد الاعلام بتغير رأيه؟

هذا و مع تغير رأى المجتهد يجب عليه اعلام مقلديه بذلك؟ أقول: أما بالنسبه إلى المجتهد فإنه مع تغير رأيه-بحيث يكون الرأى الثانى مقتضياً لفساد الأول من الاين-على الأقل-يجب الإعلام لأمرين أحدهما: ان لازم تغير رأيه كذلك بطلان عمل مقلديه بالرأى السابق، و الآخر: وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و إرشاد الجاهل، فبناء على هاتين المقدمتين يجب على المجتهد اعلام مقلديه بتغير رأيه.

و أما مع العدول لدليل ظنى لا يقتضى فساد الاجتهاد الأول فقيل:

لا- يجب الاعلام، و هو مشكل، لانه بعد حصول الظن المعتبر عنده على خلاف الرأى السابق لا يبقى له ظن بذلك الرأى بل ينقلب الى الشك، فالحق أنه لا فرق بين العدول بدليل قطعى أو بدليل ظنى فان كلا منهما يرفع طريقيه الظن السابق و يوجب سقوطه عن التأثير و دعوى القطع بعدم وجوب الاعلام غير واضحه، و التمسك بسيره العلماء و اختلاف فتاواهم فى الكتاب الواحد يتوقف تماميته على استمرارها و اتصالها بزمن المعصوم عليه السلام.

و أما بالنسبه إلى المقلد فان المقلد إذا لم يعلم بتغير رأى المجتهد يعمل بالفتوى التى تعلمها، فان لم يطابق الواقع فهو معذور و غير آثم، و معه فلا يجب على المجتهد الاعلام إذ لا موضوع للنهى عن المنكر و الأمر بالمعروف بالنسبه اليه، و ان كان شاكا فى تغير رأى مقلده كان له استصحاب بقاء الرأى السابق، أو استصحاب عدم تغيره، و حينئذ فلا آثم عليه فلا موضوع للنهى عن المنكر و الأمر بالمعروف بالنسبه إليه كذلك، و ان علم بتغير الرأى و جب عليه العمل بالرأى اللاحق.

و أما مع ترك التفحص و العمل بالفتوى السابقه و قد كان الرأى متغيرا فى الواقع، فإن أفتى المجتهد بصحة عمله فهو، و الا فقد قيل يجريان الاستصحاب هنا، و توضيحه: إذا تيقن سابقا بأن الواجب فى الصلاه ثلاث تسيحات ثم شك فى صحة هذا اليقين كان مقتضى دليل الاستصحاب العمل على طبق اليقين السابق، و هنا المقلد متيقن من صحة صلاته-مثلا-و مع الشك فى صحة يقينه بالصحة يستصحب.

قال: فان تم استفادته هذا المعنى من دليل الاستصحاب كانت صلاته بدلا عن الواقع. و أما على قول جماعه من بعد استفادته هذا المعنى من الدليل فلا سبيل الى تصحيحها الا ما تقدم من أن الاجتهاد اللاحق لا يوجب بطلان الاجتهاد السابق فلا يجب الاعلام، و أعمال المقلد صحيحه لأن كلا من الرأيين مستند الى دليل ظنى.

و عن المحقق القمى «قده» ان المقلد ان عمل بلا تقليد ثم ظهر مطابقته لرأى مجتهد صح عمله، لكن فى العروه: عمل الجاهل المقصر الملتفت باطل و ان كان مطابقا للواقع، و قد ذكرنا فى التعليقه ان هذا ان كان عباديا و لم تمش منه القربه (1)، و أما التوصلى فصحيح، و أما إذا اتفق مطابقته للواقع و تمشى منه قصد القربه فلا تحب الإعاده.

و عنه «قده»: ان طابق العمل فتوى المجتهد و شك فى مطابقه الفتوى للواقع فيحمل على الصحه بعد العمل. قلت: الحمل على الصحه «بعد العمل» له صور:

١- أن يشك بعد العمل، كأن يشك بعد الفراغ من الوضوء فى تحريك خاتمه مثلا، فهنا يحمل على الصحه عند الكل.

٢- أن يعلم فى المثال المذكور- بعدم تحريكه للخاتم فى حال الوضوء لكن يحتمل نفوذ الماء الى تحته. و هذه الصوره خلافيه.

ص: ١٧٧

١- ١) أنظر: العروه الوثقى، المسأله ١٦ من مسائل التقليد.

٣- أن يعلم بعدم التحريك و عدم النفوذ معا، فلو أن مجتهدا أفتى بعدم إخلال ذلك في صحه الوضوء و شك في مطابقه هذه الفتوى للواقع فهل يحمل الوضوء على الصحه الواقعيه؟ مقتضى كلام القمى:

نعم. و هو مشكل جدا.

كالإشكال فيما قد يقال بصحه العقد من المجتهد أو مقلده إذا أوقعه على خلاف الاجتهاد أو التقليد و كان موافقا لأحد الآراء فى المسأله، بل الأصل فى العقود هو الفساد. هذا فى صورته الاحتمال و أما مع وجود الطريق عنده الى بطلان هذا العقد فلا يحكم بصحته بالأولويه:

و أما لو أتى بالاعمال مده من الزمن من غير تقليد، فإنه بعد الالتفات الى وجوب التقليد يجب عليه ذلك، ثم ان كل ما طابق من أعماله السابقه فتوى المجتهد الذى يريد تقليده فصحيح، لان فتوى المجتهد تكون طريقا الى الواقع، و الا فإن أمكن الحكم بصحتها على بعض القواعد فهو و الا لزمته الإعادته.

و لو أوقع العقد و تنازعا فى صحته تبعا لفتوى مقلديهما وجب الرجوع الى حاكم ثالث و حكمه نافذ فى حقيهما.

و الحاصل فى مسأله الاعلام بتغير الرأى: أنه ان كان المجتهد يرى صحه أعمال المقلد حسب الفتوى السابقه فلا يجب الاعلام، و أما مع القطع ببطلانها فيجب. قال فى الجواهر: «بل الظاهر اتحاد الحكم و الفتوى فى ذلك» يعنى: انه ينكشف له بطلان الحكم

ص: ١٧٨

من حينه لا أنه ينقضه الان.

و المقلد إذا شك في تغير رأى المجتهد استصحب و كان عمله صحيحا، و المراد من الصحة أنه ان طابق الواقع فهو و ان كان على خلافه كان معذورا و قد أدرك مصلحه العمل بالحكم الظاهرى بناء على الاجزاء، و ليس المراد من الصحة هو صحه عمله سواء طابق أو لا. و إذا كان الأمر كذلك لم يجب على المجتهد اعلامه بتغير رأيه.

نعم يمكن أن يقال بأنه حينئذ يفوت المصلحه على المقلد.

الا أنه قد يجاب بأن ذلك غير معلوم. لكن قد يقال: هل يجوز للمجتهد السكوت في مقابل اجراء المقلد هذا الاستصحاب الذى لا يراه المجتهد مطابقا للواقع؟ الأقوى: انه لا يجوز له السكوت، لانه هو السبب فى وقوع المقلد فى خلاف الواقع (و أما إذا لم يكن السبب فلا- يجب الاعلام و المنع عن اجراء الاستصحاب إلا- فى الدماء و الفروج لاهميتها) فيجب عليه الاعلام من هذه الجبهه لا من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

و كذا الأمر فى صورته تيقن المقلد بعدم تغير فتوى مقلده و كون عمله طبق الفتوى السابقه مع تغيرها فى الواقع، فهنا جهل مركب و لا حكم ظاهرى فإن الأقوى حينئذ وجوب الاعلام و ان طابق العمل فتوى من يجوز تقليده، لان هذا المجتهد لما تغير رأيه فقد قام عنده الدليل على بطلان تلك الاعمال.

ص: ١٧٩

و أما ما عن القمى من صحه عمله لو كان بلا تقليد عن تقصير فوافق فتوى من يجوز تقليده، فمبنى على ما ذكروا فى الأصول من أنه إذا قامت حجه و كان عمل الشخص بلا التفات إليها ثم صادف العمل تلك الحجه صح عمله و جاز للعبد الاحتجاج بتلك الحجه و ان كان حين عمله جاهلا بها، لكن فيه نظر. نعم مطابقه العمل للواقع اتفاقا تكفى لصحه العمل، أما مطابقته للحجه التى لا يعلمها لا توجب صحه العمل عقلا، بل العقل يجوز مؤاخذه المولى للعبد فى مثل المورد.

ثم انه لو كان كل من الصحيح و الفاسد معلوما ثم شك فى صحه عمله جرت أصاله الصحه، و أما مع الجهل بالصحيح فلا أصل ليمسك به.

ص: ١٨٠

(فى تتبع الحاكم حكم من قبله)

قال المحقق «قده»: «ليس على الحاكم الثانى تتبع حكم من كان قبله» .

أقول: ليس على الحاكم الثانى تتبع حكم الأول حملاً لذلك الحكم على الصحه، و ان جاز له ذلك سواء طلب المحكوم عليه ذلك أو لا- للأصل. و أشكال فى الجواز بأن التبع قد يظهر خطأ الحاكم الأول، فعليه ترك التبع لئلا يؤدي الى ذلك و حمل الحكم على الصحه و إنفاذه، نعم إذا طوب بالحكم فى المسأله كان عليه الفحص و التبع. و فيه: ان العثور على خطأ الحاكم الأول لا يوجب القرح فيه البتة حتى لا يجوز، إذ لا يسلم من الخطأ الا أهل العصمه عليهم الصلاه و السلام.

نعم لو علم بأن تفحصه سيؤدى الى العلم بفسق الحاكم الأول لم يجز له التبع إلا إذا توقف عليه إحقاق حق أو إنجاء نفس

محترمه مثلاً.

و بالجمله فإن النظر فى حكم الأول يحتاج الى مسوغ كأن يطلب المحكوم عليه ذلك أو يتوقف عليه إحقاق حق أو إنجاء نفس محترمه أو نحو ذلك، و العثور على الخطأ ليس بقادح.

و قد حمل فى الجواهر قول بعضهم بلزوم النظر على الثانى على صورته عدم تمام حكم الحاكم الأول أو تراضى الخصمين بتجديد النظر.

نعم لو علم الثانى بفساد حكم الأول وجب عليه التتبع سواء كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس، و قيل: لو رضى المحكوم له بذلك فى حقوق الناس.

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

قال فى الجواهر: بلا خلاف أجده بين من تعرض له منا، و أوضحه بقوله: لأنها دعوى لا دليل على عدم سماعها، فتبقى مندرجه فى إطلاق ما دل على قبول كل دعوى من مدعيها من قوله صلى الله عليه و آله و سلم «البينه على المدعى» و غيره.

أقول: و أى دلالة لهذا الحديث على وجوب استماع الدعوى و النظر؟ فالصحيح التمسك بأدله وجوب القضاء.

فان قيل: لعل وجه الدلالة أنه لما يدعى على الأول الحكم بالجور فان الحاكم الثانى يطالبه بالبينه و ينظر فى القضية، فنقول

ص: ١٨٢

ان الأمر الاجتهادى و الحكم الشرعى ليس من الأمور التى تقام بينه عليها، بل يجب عليه النظر فى حكم الأول و أدلته-عند دعوى الجور-ثم الحكم فى القضييه عن علم.

فظهر أن مورد النظر فى حكم الأول دعوى المحكوم عليه حكمه بالجور أو علم الثانى بفساد حكمه، و من هنا قال المحقق:

«و كذا لو ثبت عنده ما يبطل حكم الأول أبطله سواء (١) كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس» .

و قيل: ان الحاكم المنصوب من قبل الامام عليه السلام خصوصا أو عموما له الولاية على الناس و حكمه نافذ، فكما لا تسمع دعوى المولى عليه على وليه لا تسمع دعوى المحكوم عليه على الحاكم.

هذا ما قاله بعضهم و لذا حمل كلام المحقق على صورته كون الحاكم الأول معزولا- و لا ولاية له على المحكوم عليه حين الدعوى.

لكن فيه: ان النظر فى حكم الأول فى صورته العلم بفساده أو دعوى المحكوم عليه الجور ليس نقضا لحكمه وردا عليه، و هو و ان كان له الولاية الا- أنه قد ولى لأن يحكم بالحق و مع الجور فى الحكم أو العلم بفساده فلا مانع من النظر فيه، و المولى عليه ان علم

بفساد عمل من أعمال وليه المتعلقه بأمره يجوز له الرد عليه، فلو عقد له امرأه و ظهر له فساد العقد لم يقبل هذه الزوجيه، لأنه كان وليا عليه لان يوقع عقدا صحيحا و حيث لم يكن عقده كذلك لم يكن عليه القبول، و ترتب الأثر على رده عند ما يكون متمكنا منه.

ص: ١٨٤

(فى دعوى أن المعزول حكم عليه بشهاده فاسقين)

قال المحقق: «إذا ادعى رجل أن المعزول قضى عليه بشهاده فاسقين وجب إحضاره و ان لم يقم المدعى بينه، فان حضر و اعترف ألزم» .

أقول: إذا ادعى أن له عند الحاكم المعزول حقا من دين و نحوه أو قال: ارتشى منى، وجب إحضاره للفصل بينهما بحسب الموازين الشرعيه كغيرها من الدعاوى.

و ان ادعى أنه قضى عليه بشهاده فاسقين عنده و عادلين عند الحاكم لم يكن على الحاكم شىء، لان المفروض حكمه بشهاده شاهدين عادلين، فان جاء المدعى بالبينه لجرهما فهو و الا فلا تسمع دعواه.

و ان ادعى أنه قد حكم عليه بالجور لانه قد حكم بشهاده فاسقين عنده أيضا ففى هذه الصوره قال المحقق: يجب على الحاكم إحضار الحاكم الأول و ان لم يقم المدعى البينه، ثم بعد إحضاره يطالب

المدعى بالبينه، فإن أقامها فهو و الا فإن اعترف الحاكم الأول بما يدعيه المدعى ألزم، و ما قطع به «قده» هو مذهب الأكثر. و قيل:

لا يحضر الحاكم الا أن يذكر المدعى أن له بينه بذلك.

و على تقدير إحضاره-سواء قلنا بجوازه مطلقا أو بعد ذكر المدعى وجود البينه-فإن أقام المدعى البينه حكم الحاكم فى القضية بحسب الموازين الشرعيه، و ان اعترف الحاكم ألزم، و ان قال:

ما حكمت عليك بشهاده فاسقين كان منكرا و الخصم هو المدعى «و ان قال: لم أحكم إلا بشهاده عادلين قال الشيخ: يكلف البينه لأنه اعترف بنقل المال و هو يدعى بما يزيل الضمان عنه» و يكون خصمه المنكر، فإن أقام البينه فهو و الا حلف الخصم.

قال المحقق: «و يشكل بما أن الظاهر استظهار الحكام فى أحكامهم فيكون القول قوله مع يمينه لأنه يدعى الظاهر» و هذا مذهب الأكثر، فعلى من ادعى خلاف الظاهر-و هو الخصم- إقامة البينه على دعواه كما هى القاعده المقرره فى نظائر المسأله.

و مورد البحث فى هذه المسأله هو الحاكم المنسوب من قبل الامام عليه السلام فى زمن الحضور و المعزول من قبله، و أما قبل العزل فلا تسمع دعوى المولى عليه، و به صرح فخر المحققين فى شرح القواعد، و من هنا قيد المحقق ب «المعزول» (١)).

(فى تعدد و عداله مترجم الحاكم)

قال المحقق «قده»: «إذا افتقر الحاكم الى مترجم لم يقبل الا شاهدان عادلان و لا يقنع بالواحد عملا بالمتفق عليه» .

أقول: إذا افتقر الحاكم الى المترجم، فقد حكى الإجماع على اشتراط كون المترجم بالغاً عادلاً- و ان كانت السيره قائمه على القبول و ترتيب الأثر مع الوثوق و الاطمئنان و ان لم يكن المترجم بالغاً عاقلاً، فالناس فى حوائجهم الشخصيه يكتفون بالطريقه النوعيه لكلام المترجم و لا يشترطون فيه ذلك.

انما الكلام فى التعدد فهل يكفى المترجم الواحد البالغ العاقل أو لا بد من التعدد؟ فهل هو كالبينه حيث يشترط التعدد أو كخبر الواحد فيكفى الواحد؟ ان كانت الترجمة شهاده فلا بد من التعدد لقوله تعالى:

«وَأَشْهِدُوا ذُوَى عَدْلِ مِنْكُمْ» (١) و ان كانت اخبارا أمكن القول بكفايه الواحد بناء على شمول أدله حجيه خبر الواحد لجميع الإخبارات، قال المحقق بلزوم التعدد لانه القدر المتيقن من الحجه، و كأنه «قده» غير جازم بكون الترجمة خيرا أو شهاده، إذ لو كان جازما بكونه خيرا لأفتى بكفايه الواحد، و ان كان جازما بكونه شهاده لأفتى بالتعدد، فلم يجزم بأحد الوجهين و أفتى بعدم قبول الواحد من باب الأخذ بالقدر المتيقن لعدم وجود إطلاق أو أصل يقتضى عدم لزوم التعدد مع الشك في حجيه ترجمه الواحد.

و قيل: الروايه خبر و الشهاده خبر و لكن اشترط في حجيه الثانى أن يكون المخبر متعددا، فأدله حجيه خبر الواحد تقتضى حجيته إلا- فى مورد الشهاده حيث قام الدليل على لزوم التعدد، و مع الشك في كون الترجمة شهاده يتمسك بعموم أدله حجيه خبر الواحد أخذاً بالقدر المتيقن من الدليل المخصص المجمل (٢).

ص: ١٩٠

١- ١) سورة الطلاق: ٢.

٢- ٢) و يمكن توجيه هذا القول بأن عمده الأدله على حجيه خبر الواحد هي السيره و هي قائمه على اعتبار خبر الثقة فى الاحكام و الموضوعات على السواء، و لما كان اعتبار السيره متوقفا على عدم ردع الشارع، فإنه فى كل مورد قام الدليل الشرعى على اشتراط التعدد كان ذاك الدليل رادعا فى ذاك المورد، و حيث لم يرد نص فى اعتبار التعدد فى خصوص الترجمة ليكون رادعا عن السيره

و أجاب فى الجواهر بأن الشهاده غير الخبر عند العرف، فهما مفهومان متباينان و ليست الشهاده خبرا مقيدا بتعدد المخبر حتى يقال فيه ذلك. هذا أولا.

و ثانيا: ان عمده الأدله لحججه خبر الواحد هو السيره، و هو دليل لى يؤخذ منه بالقدر المتيقن و هو غير الترجمه.

فإن قيل: ان آيه النبيا (١) مطلقه و مفهومها عدم وجوب التبين عند اخبار العادل، و المترجم العادل يخبر فلا يشترط فيه التعدد. و أجاب فى الجواهر: بأن التبين غير واجب، و لكن التعدد أمر آخر لا تنفيه الآيه، و لا منافاه بين عدم وجوب التبين و لزوم تعدد المخبر لدليل خاص.

و أيضا: آيه النبيا و ارده فى مورد موضوع خاص يحتاج إلى البينه.

و أيضا: آيه النبيا يمكن أن نقول بأنها ليست فى مقام وجوب العمل بخبر العادل، بل هى فى مقام بيان عدم جواز ترتيب الأثر و التعويل على قول الفاسق، و بعبارة أخرى: ينكر أن يكون للايه مفهوم.

و الحاصل: انه لا إطلاق للايه الكريمه.

و الاولى أن نقول: ان لم تكن الترجمة في مورد الحكم و مقام الترافع-نظير الواعظ الذي يقرأ الروايه على المنبر و يترجمها- كفى الواحد، و السيره قائمه على قبول هذه الترجمة، بل الترجمة في هذه الحاله نظير الرجوع الى أهل الخبره عرفاً، و ان كانت في مورد الحكم و توقف القضاء عليها اشترط فيه التعدد. و بالجمله:

ان كليهما اخبار غير أنه في مورد الترافع شهاده فيعتبر التعدد و في مورد غيره اخبار، و حيث تكون الترجمة للشهاده في مورد الترافع فإنها تكون شهاده على الشهاده، و عليه ففي الشهاده على الزنا حيث يشترط أن يكون الشهود أربعة يكفي أن يكون المترجم اثنين.

و كذا في مورد لا يسمع الحاكم الشهاده، فمع الحاجه الى مسمع الحاكم يكفي الاثنان و ان لزم أن يكون الشهود أربعة.

ص: ١٩٢

(فى شرائط كاتب القاضى)

قال المحقق «قده»: «إذا اتخذ القاضى كاتباً وجب أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً بصيراً ليؤمن انخداعه، وان كان مع ذلك فقيهاً كان حسناً» .

أقول: ويشترط أن يكون مع ذلك مؤمناً. وقد قال المحقق:

«إذا اتخذ» لكن فى المسالك: ينبغى للحاكم أن يتخذ كاتباً لمسيس الحاجه الى كتب المحاضرات و السجلات و الكتب الحكيميه، و الحاكم لا يتفرغ لها غالباً، و من المشهور أنه كان لرسول الله «ص» كتاب و كذا لغيره من الخلفاء. و ذكر فى المسالك أوصافاً أخرى اشترطها فى الكاتب استجاباً حيث قال: و يستحب أن يكون مع ذلك وافر العقل، عفيفاً عن المطامع الفاسده، لكيلا يخدع من غيره بمال و غيره، و أن يكون فقيهاً لا يؤتى من جهل. و أن يكون جيد الخط ضابطاً للحروف لئلا يقع فى الغلط و الاشتباه.

ص: ١٩٣

و عن بعض العامه: ان الكتابه هى للتذكر فلا يشترط فى الكاتب وجود شىء من هذه الأوصاف بل يجوز أن يكون غير مسلم و لا عادل.

أقول: يحتاج الى هذه الأوصاف فى الكاتب حتى على القول بعدم الاعتبار للقرطاس، و ذلك من جهات أخرى كاشتغال المكاتبات على أمور يجب أن يكون كاتبها مسلماً عدلاً لكى يتمكن من استئمانه عليها و يحصل الاطمئنان بها.

ص: ١٩٤

(فروع حول عداله الشاهدين)

قال المحقق: «الحاكم ان عرف عداله الشاهدين حكم و ان عرف فسقهما اطرح و ان جهل الأمرين بحث عنهما» .

بحث الحاكم عن عداله الشاهدين:

أقول: إذا طرح المدعى دعواه و طالبه الحاكم بإقامه البينه فإن عرف الحاكم عداله الشاهدين حكم و لا حاجه الى التزكيه، و ان عرف فسقهما أطرح الدعوى، لما تقدم من أن للحاكم أن يحكم بعلمه، و ان جهل حال الشاهدين بحث عنهما بنفسه-إذا لم يوجد هناك شاهدان عادلان يزكيانهما-فعن تفسير الإمام العسكرى عليه السلام عن آبائه عن أمير المؤمنين عليهم السلام قال: «كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إذا تخاصم اليه رجلان قال للمدعى: أ لك حجه؟ فان أقام بينه يرضاهما و يعرفها أنفذ الحكم على المدعى عليه و ان لم يكن له بينه حلف المدعى عليه بالله ما لهذا قبله ذلك الذى

ادعاه و لا شىء منه. و إذا جاء بشهود لا يعرفهم بخير و لا شر قال للشهود: أين قبائلكما؟ فيصفان، أين سوقكما، فيصفان، أين منزلكما؟ فيصفان. ثم يقيم الخصوم و الشهود بين يديه ثم يأمر فيكتب أسامى المدعى و المدعى عليه و الشهود و يصف ما شهدوا به، ثم يدفع ذلك الى رجل من أصحابه الخيار، ثم مثل ذلك الى رجل آخر من خيار أصحابه، ثم يقول: ليذهب كل واحد منكما من حيث لا يشعر الآخر إلى قبائلهما و أسواقهما و محالهما و الربض الذى ينزلانه فيسأل عنهما، فيذهبان و يسألان، فإن أتوا خيرا و ذكروا فضلا رجعوا الى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فأخبراه، أحضر القوم الذى أثنوا عليهما و أحضر الشهود، فقال للقوم المثنين عليهما: هذا فلان ابن فلان، و هذا فلان ابن فلان أ تعرفونهما؟ فيقولون: نعم، فيقول: ان فلانا و فلانا جاءنى عنكم فيما بيننا بجميل و ذكر صالح إنكما قالا، فان قالوا: نعم، قضى حينئذ بشهادتهما على المدعى عليه، فان رجعا بخبر سيئ و ثناء قبيح دعا بهم، فيقول: أ تعرفون فلانا و فلانا؟ فيقولون: نعم. فيقول: ااعدوا حتى يحضرا فيقعدون فيحضرهما فيقول للقوم: أ هما هما؟ فيقولون: نعم، فإذا ثبت عنده ذلك لم يهتك سرا بشاهدين و لا عابهما و لا وبخهما، و لكن يدعو الخصوم الى الصلح، فلا يزال بهم حتى يصطلحوا لثلا- يفتضح الشهود و يستر عليهم، و كان رؤوفا رحيفا عطوفا على أمته، فإن كان الشهود من أخلاط الناس غرباء لا يعرفون و لا قبيله لهما و لا سوق و لا دار،

أقبل على المدعى عليه فقال: ما تقول فيهما؟ فان قال ما عرفنا الا خيرا غير أنهما قد غلطا فيما شهدا على أنفذ شهادتهما، و ان جرحهما و طعن عليهما أصلح بين الخصم و خصمه و أحلف المدعى عليه و قطع الخصومه بينهما» (١).

قال: «و كذا لو عرف إسلامهما و جهل عدالتهما. و قال في الخلاف: يحكم و به روايه شاذه».

أقول: لو جهل الحاكم إسلام الشاهدين أو عدالتهما من جهة الشك في إسلامهما فلا خلاف في وجوب التوقف عن الحكم و التفحص عن حالهما، و كذا لو عرف إسلامهما و جهل عدالتهما عند المشهور لان الواجب على الحاكم أن يحكم بالحق عند التخاصم اليه، و من شرائط الحكم بالحق عداله الشاهدين في مورد قيام البيئه، فمع الجهل بها لا يكون الحكم بالحق، و مذهب المشهور أن العداله أمر زائد على الإسلام بل الايمان أيضا، و استدلوا لذلك بقوله تعالى:

«وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ» (٢) فإنه ظاهر في أن العداله وصف زائد على الإسلام، إذ لو كان الإسلام كافيا لما قيد بالعداله مع وجود كلمه «منكم»، و هذه الآيه المباركه تقيده الآيه الأخرى «وَ اسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِّنْ رِّجَالِكُمْ» (٣) بالمنطوق أو بمفهوم الوصف، و الظاهر

ص: ١٩٧

١- ١) وسائل الشيعة: ١٨-١٧٤ و ليصحح النص على التفسير.

٢- ٢) سورة الطلاق: ٢.

٣- ٣) سورة البقره: ٢٨٢.

من الآيه-لكونها في مورد الشهاده-بيان الحكم الوضعى، أى:

ان شرط قبول الحكم موقوف على كون البينه عادله.

و عن الشيخ فى الخلاف و المفيد و ابن الجنيد عدم وجوب الفحص عن عداله الشاهدين مع العلم بإسلامهما، قالوا: و الآيتان تدلان على قبول شهاده المسلم و التقييد المذكور غير تام لعدم حجيه مفهوم الوصف، و قال تعالى «إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا» (١) و هو ظاهر فى أن وجوب التبين مشروط بالعلم بالفسق، فمع الشك فى كونه فاسقا لا وجوب للفحص و التبين.

أقول: انا لو سلمنا ما ذكروا بالنسبه إلى الآيتين فان هذه الآيه الثالثه الداله على عدم قبول قول الفاسق تقيدهما، فيكون الحاصل:

استشهدوا شهيدين غير فاسقين من رجالكم، فإن أرادوا التمسك بإطلاق الآيتين كان من التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

و حيث أن الدليل الدال على اشتراط العداله لا- يوضح معنى العداله كان للقائل بعدم وجوب الفحص و التحقيق عن حال الشاهدين المسلمين أن يقول بأن الإسلام عداله، لكننا نقول: لا إشكال فى أن أحكام الإسلام مبنيه على العداله، و أن من كان مسلما واقعا كان عادلا لأنه يأتى بجميع الاحكام و يطيعها فعلا و تركا، فإن أرادوا من قولهم:

«الإسلام عداله» هذا المعنى فهو صحيح، و ان أرادوا من «الإسلام» مجرد التفوه بالشهادتين، فإن أثر التفوه بالشهادتين- كما فى الروايات- هو أن له ما للمسلمين و عليه ما على المسلمين، و هذا أمر تعبدى

ص: ١٩٨

لا يفيد العدالة كما هو واضح.

نعم قيل: ان الأصل في المسلم أن يكون عادلا، لان الاعتقاد ان كان كاملا جاء العمل بالأحكام قهرا، فلا يعصى هذا المسلم ربه الا نادرا، وحينئذ فمع الشك في عداله مسلم أخذ بالأصل المذكور و حكم بعدالته من باب أن الظن يلحق الشيء بالأعم الأغلب، و هذا الأصل يبتنى على القول بأن الإسلام غير العدالة و أن العدالة ملكه أو أنها فعل الواجبات و ترك المحرمات، أو كفايه حسن الظاهر.

و لكن الحق أنه مع وجود الدواعى الكثيره المختلفه إلى المعصيه لا غلبه حتى يلحق بها، بل قد يكون الأصل و الغالب في بعض الأزمنه هو الفساد و به روايه (١) و كذلك زماننا.

قال في المسالك بالنسبه إلى مذهب الشيخ «قده»: ان هذا القول و ان كان أمتن دليلا. لكن المشهور الان بل المذهب خلافه.

ص: ١٩٩

أقول: و مراد المحقق من وصف الروايه بالشذوذ هو إعراض الأصحاب عما يدل على ذلك و ان كانت عليه روايات عديده (١)

،

ص: ٢٠٠

حتى أن الشيخ نفسه لم يعمل بها في مواضع أخرى، بل ان التفحص عن الشهاده كان معمولاً به في زمن النبي صلى الله عليه و آله و سلم كما دلت على ذلك الروايه المذكوره سابقاً، و هي و ان كانت ضعيفه سنداً (١)) لكن عليها العمل.

و قال السيد في العروه: «لو جهل الحاكم حالهما وجب عليه أن يبين للمدعى أن له تزكيتهما بالشهود إذا كان جاهلاً بذلك ثم

ص: ٢٠١

يطلبها منه، و لو قال: لا طريق لى الى ذلك أو قال: يعسر على أو قال: لا أفعل و طلب من الحاكم الفحص عن ذلك هل يجب عليه أو لا؟ قد يقال بوجوبه. و الأقوى عدم وجوبه عليه لمنع كون الحكم مطلقا و الا لزم على الحاكم الفحص عن وجود الشاهد و عدمه أيضا مع أنه ليس كذلك قطعاً.

أقول: ليس المراد من قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» ترك النظر فى الدعوى إذا لم يكن للمدعى بينه عادله على دعواه، بل المعنى انه حينئذ يقضى باليمين، نظير الصلاه حيث تجب الصلاه مع الوضوء فى حال وجدان الماء و الا وجبت مع التيمم بعد الفحص و اليأس عنه فى الحدود المعينه لذلك شرعاً، غير أن الشارع لم يحدد وجود بينه بل أحال الأمر إلى العرف، و أهل العرف يفحصون عن حال الشاهدين فى بلدهما و عشيرتهما، بل روى ذلك عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أيضاً، فحاصل معنى الحديث أنه ان كان هناك-مع الجهل بحال الشاهدين-طريق متعارف إلى معرفه حالهما فالفحص عن ذلك لازم، و الا-فيكون الحكم بالايمان. و هذا تقريب آخر لمذهب المشهور، بل يجب على الحاكم الإرسال خلف الشاهدين-لو امتنع المدعى عن إحضارهما-ان أمكنه ذلك، لان الحكم واجب عليه فيجب عليه تحصيل مقدماته بحسب الإمكان و المتعارف.

فالحق مع المشهور.

ص: ٢٠٢

قال المحقق «قده»: «و لو حكم بالظاهر ثم تبين فسقهما وقت الحكم نقض حكمه» .

أقول: لا- ريب في هذا ولا- يختلف باختلاف الأقوال في حقيقه العدالة، فإنه بتبين فسق الشاهدين ينتقض الحكم، لكن يشترط تحقق موجب الفسق منهما قبل صدور الحكم بل قبل أداء الشهاده، و وجه الانتقاض: أن العدالة شرط واقعي لا- علمي فمع انكشاف الخلاف ينتقض الحكم. وقد يقال بأن الشرط في قبول الشهاده هو كون الشاهد عادلاً في نظر الحاكم و الا فلا طريق الى العلم بالعدالة الواقعيه لأحد، بل الاكتفاء بذلك هو المراد من قوله تعالى «وَ أَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ» .

و فيه: ان ظاهر اشتراط شيء لشيء هو اشتراط تحقق مفهومه الواقعي، و كذا الاحكام تتوجه إلى الأمور الواقعيه، فإذا قيل: الغنم حلال، أو البول نجس أريد الغنم الواقعي، و البول الواقعي، و لو أريد الاشتراط العلمي لكان بيان ذلك بتعبير آخر، ألا ترى الى قول الشارع في مسأله الاقتداء في الصلاه حيث العدالة فيه شرط علمي لا واقعي: «لا تصل الا خلف من تثق بدينه» (1) فلو صلى خلف من وثق بعدالته و انكشف الخلاف لم تجب عليه الإعادة و لا القضاء

ص: ٢٠٣

بخلاف ما لو كان الكلام هكذا: صل خلف العادل، فإنه ظاهر في الشرطيه الواقعيه و يترتب عليه الإعاده أو القضاء مع انكشاف الخلاف.

و قد ذكر صاحب الجواهر: أن الأصل الواقعيه فى الشرائط، و هذا الأصل غير واضح عندنا و لعله يريد الظاهر، و لقد كان الاولى التعبير به دونه، لان الظاهر أماره.

و قال فى الجواهر: الفسق بعد الحكم لا ينقض الحكم، قال:

بل لعله كذلك لو كان بعد الإقامه قبل الحكم، و ان المراد من التبين هو تبين حاله اتفاقا لا بأن يقول الخصم-بعد إحراز الحاكم العداله:-

لو تفحصتم عن حالهما لبان لكم فسقهما، فليس للحاكم قبول كلامه و التفحص عن ذلك.

هل يجوز التعويل على حسن الظاهر؟

قال المحقق «قده»: «و لا يجوز التعويل فى الشهاده على حسن الظاهر» .

أقول: أى انه لا- يجوز الاعتماد على حسن الظاهر، بل لا بد من معرفه باطن الشخص على أثر المعاشره و المخالطه معه، و هذا مبنى على أن العداله ملكه فإنه بناء على هذا يشترط الشهاده بوجود الملكه فيهما و لا يحصل العلم بذلك إلا بالمعاشره، إذ الأعمال الجوارحيه يمكن الاطلاع عن طريقها الى الجهات الباطنيه لأن الإناء يترشح بما فيه.

و أما بناء على أن العدالة حسن الظاهر- كما عليه جماعه- فيشهد بحسبها، كما أن الأمر بناء على أن الإسلام عداله واضح.

و قد شبه صاحب الجواهر العدالة بناء على مذهب المحقق بالإعسار، فلو ادعى المدين الإعسار لم يقبل منه و لا يثبت الإعسار بمجرد ظاهر حاله حتى تحرم المطالبه، بل لا بد من التحقيق، فالملكه أيضا كذلك، فان كثيرا من المعاصى لا يتظاهر بها أهلها فلا يكفى حسن الظاهر، و خالفه استنادا الى الاخبار الكثيره الداله على جواز الشهاده تعويلا على حسن الظاهر.

و سيأتى فى كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى البحث تفصيلا عن جواز الشهاده استنادا الى طريق من الطرق و الأمارات الشرعيه كاليد و البيئه و عدم جوازه و وجوب العلم بالمشهود به، و ملخصه: أنه لو شك مثلا فى كلام لا يعلم هل هو كذب أو لا جاز التكلم به لعدم جواز التمسك بأدله حرمة الكذب حينئذ لأنها شبهه مصداقيه، و عليه تجرى البراءه عن الحرمة، الا- أن يقال بالاحتياط ان كان ذلك الكلام يتعلق بما يحتاط فيه كالفروج و الدماء، و أما الاخبار عن شىء بنحو الجزم -مع الشك فى تحققه- فلا يبعد كونه افتراء، فالشهاده بما لا يعلم افتراء، اذن لا بد من العلم فى الشهاده، فان لم يعلم لكن كان له طريق شرعى فهل يقوم ذلك الطريق مقام العلم فى جواز الشهاده؟ الظاهر أن هذا العلم مأخوذ فى الموضوع بنحو الكاشف و الطريق، فتجوز الشهاده اعتمادا على الطريق الشرعى، هذا كله أصولا.

و أما فقها فان الروايات الواردة فى الجواز كثيره (١)) ، و تفصيل المسأله فى كتاب الشهادات. بل فى الجواهر ان حسن الظاهر بنفسه عداله، فما ذكره المحقق هنا مخالف للروايات، بل قال: ان البحث هنا علمى مرجعه الى أن العداله شرعا هى ملكه يصدر عنها حسن الظاهر أو أنها عباره عنه، و الا فالجميع متفقون على تحققها بذلك بناء على كون مراد القائلين بحسن الظاهر هو أن جميع ما يظهر منه حسن بعد الخلطه و الصحبه المتأكده فى سره و علانيته.

أقول: و عندى أن العداله هى الملكه و حسن الظاهر طريق إليها، لأن حسن الظاهر أعم من العداله، لكن الملكه تكون عله لحسن الظاهر، لأنها حاله نفسانيه مستنده الى الاعتقادات الراسخه و توجب ترك المحرمات و العمل بالواجبات، بحيث لو صدر منه خطأ حملته الملكه على الندم و التوبه.

و لا ريب فى أن العلم بحسن الظاهر أيضا يتوقف على المعاشره كذلك، فان الصفات التى ذكرت فى الروايات-المستفاد منها الاكتفاء بحسن الظاهر-لا يمكن الاطلاع عليها الا بها. فالحاصل:

ان الآثار تترتب على حسن الظاهر المعلوم بما ذكر عملا بالاخبار خلافا للمحقق، و ليس حسن الظاهر هو العداله خلافا للجواهر، بل هو طريق إليها، و عليه تقوم الطرق الشرعيه مقام العلم فى الشهاده.

ثم ان المستفاد من تلك الاخبار عدم وجوب التعمق الشديد فى حالات الشخص.

السؤال عن التزكية و كيفية ثبوتها:

قال المحقق: «و ينبغي أن يكون السؤال عن التزكية سرا فإنه أبعد من التهمة» .

أقول: و هذا واضح، لأنه ان سأل الشخص عن حال الشاهد في حضوره يصعب عليه الجواب بعدم التزكية إما حياء و اما وفاء و اما خوفا و اما رجاء، و ان كان يعلم بعدالته فأجاب بالإيجاب و شهد بذلك لانهم من قبل الخصم بأنه زكاه لأحد الأسباب المذكوره.

قال: «و تثبت مطلقه و تفتقر إلى المعرفة الباطنه المتقادمه» .

أقول: ان التزكية تفتقر إلى المعرفة السابقه بباطن المزكى على أثر المخالطه و لا- تكفى الشهاده تعويلا على حسن الظاهر عند المحقق، لكن في الجواهر «تفتقر إلى المعرفة الباطنه المتقادمه المفيده للعلم أو الظن بحصول الملكه و أن ما يصدر من ذلك من آثارها، أو بحسن الظاهر بمعنى أنه لا يظهر منه سرا و علانيه إلا الحسن» أى: ان علم بالعداله فهو و الا كفى الظن بحصول الملكه، و كذا يكفى الشهاده بحسن ظاهره بالمعنى المذكور، فكأنه يحمل عباره المحقق الصريحه فى عدم كفايه حس الظاهر على حسن ظاهر بعض أحواله و أفعاله التى لا- يستفاد منها الحسن فى جميع ما يظهر منه سرا و علانيه، قال: و هذا هو مراد القائلين بكفايه حسن الظاهر فيتحد القولان.

ثم ان الشهاده بالعداله لا يشترط فيها التفصيل فيكفى أن يشهد

بعدالته. وقيل: بل يلزم أن يقول في حقه: عادل مقبول الشهاده إذ ربما يكون عادل غير مقبول الشهاده كالعادل الكثير الشك و صاحب الوسوسه، و ربما يقال: بكفايه الشهاده بأنه مقبول الشهاده.

و سيأتى لذلك تتمه قريبا ان شاء الله.

كيفيه ثبوت الجرح:

قال المحقق: «و لا يثبت الجرح الا مفسرا و في الخلاف:

يثبت مطلقا» .

أقول: في هذا المقام أقوال، فقيل: لا تثبت العداله و لا الجرح الا مفسرا بذكر سبب التعديل دون التفسيق، و قيل بالعكس و هو مختار المحقق «قده» .

و وجه تفصيل المحقق هو: ان تفسير العداله يحتاج الى ذكر جميع الواجبات و انه يعملها كلها، و ذكر جميع المحرمات و انه يتركها كلها و هذا أمر يستلزم العسر و الحرج، فلذا تكفى الشهاده بالعداله مطلقه، بخلاف الجرح لعدم العسر بذكره لأنه يكفى في ثبوت الفسق فعل كبيره واحده من الكبائر.

و أيضا: أسباب الفسق مما وقع الخلاف فيها بين الفقهاء، فلو كان الشاهد مقلدا لمن يرى حرمه فعل من الافعال و ليس حراما عند من يقلده الفاعل كانت شهادته بذلك عند الحاكم إغراء له بالجهل، أو ربما يكون لعمل الفاعل وجه شرعى لا يعلمه الشاهد. فلا بد من ذكر السبب حتى يتضح الأمر و ترتفع الجهاله.

ص: ٢٠٨

وقد أوجب عن الوجه الأول بالمنع من لزوم الحرج، و عن الثانى: بوقوع الخلاف فى سبب العدالة كذلك، و عليه يكفى الإطلاق فى كلا المقامين أو يجب التفصيل فىهما معا.

ثم ان المعدل أو الجرح يجب أن يكون عالما بمعنى العدالة و أن أى شىء يضربها و أى شىء لا يضربها، و أن يكون عالما بفتوى الحاكم فى المسأله لئلا يلزم الإغراء بالجهل، فان أحرز الحاكم معرفه الشاهدين بالأمرين رتب الأثر على شهادتهما سواء فى الجرح و التعديل من غير حاجه الى ذكر السبب، و ان علم الحاكم بالاختلاف بين فتواه و نظر الشاهدين أو مقلديهما فى معنى العدالة فلا يرتب الأثر، و كذا إذا احتتمل الاختلاف.

و فى الجواهر استوجه حمل عباره الشاهد على الواقع و ان اختلف الاجتهاد فى تشخيصه، قال: و من هنا لا يجب سؤاله عن سبب التملك مع الشهاده به، و كذا التطهير و التنجيس و غيرهما و ان كانت هى أيضا مختلفه فى الاجتهاد، بل يحمل قول الشاهد على الواقع كما يحمل فعله على الصحيح.

و أورد عليه بالفرق بين المقامين، إذ يكفى فى مسأله الطهاره لأجل ترتيب آثارها على الثوب وجود أصل أو طريق إلى الطهاره، أما فى مسأله الحكم فلا- بد من إحراز الواقع، و أيضا: أصاله الصحه جاريه فى عمل غاسل الثوب فيحمل عمله على الصحه الواقعيه ما لم يعلم بالخلاف بخلاف الأمر فى الشهاده، فلو شهدا بمالكيه زيد

للدار و أراد الحاكم الحكم بمقتضى تلك الشهاده توقف الحكم على إحراز عداله الشاهدين، فظهر أن بين الطهاره و الملكيه و ما نحن فيه فرقا.

أقول: فى مسأله الشهاده ان شهد بوجود ملكه العداله فى المشهود له قبلت الشهاده، و ان شهد بالعداله فلا تقبل لانه يكون نظير الشهاده بعداله زيد مع عدم تعيين زيد المشهود بعدالته، و أما الحمل على الصحه الواقعيه- كما هو الحال فى الطهاره و الملكيه- ففیه تأمل و يحتاج الى تتبع كلماتهم فى ذلك.

ثم انه لا بد أن يظهر المطلب بعنوان الشهاده، و بعبارة أخرى:

يشترط أن ينشئ الشهاده لا أن يخبر عن العداله مثلا، للفرق الواضح بين مفهومي الشهاده و الاخبار لغه و عرفا.

و يجب تعيين المزكى أو المجروح فلا يكفى القول المجمل بل كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يسأل الشاهدين فى حضور المدعى عليه هل هو نفسه أو لا-؟ و هل يشترط ضم ألفاظ أخرى إلى الشهاده بالعداله مثل «مقبول الشهاده» كما عن بعضهم أو «مقبول الشهاده لى و على» كما عن آخر أو لا يشترط؟ الذى يقوى فى النظر هو الثانى وفاقا لصاحب الجواهر، و لكن لا- لما ذكره قدس سره فإنه يبتنى على تماميه قاعده المقتضى و المانع، و هى محل بحث كما فصل فى محله، على أن تلك القاعده لا مجال لها فى بعض صور المسأله، كما إذا كان المانع احتمال بنوه الشاهد-بناء على أن شهادة الولد على والده غير

مسموعه- فإنه لا معنى للقول بأن الأصل عدم كونه ولد له.

بل لأن الإطلاقات و العمومات تعتبر العدالة فحسب و تفيد أن شهاده العادل مقبوله، فمن ادعى العدم فعليه اقامه الدليل المخصص لكن فى موارد الشك كما إذا شك فى كون الشاهد خصما للمدعى عليه فلا بد من إحراز عدم الخصومه و الا لكان التمسك بالعام حيثئذ من التمسك به فى الشبهات المصادقيه.

قال المحقق «قده»: «و لا يحتاج الجرح الى تقادم المعرفه و يكفى العلم بموجب الجرح» .

أقول: هذا واضح، بخلاف الشهاده بالعداله فهى متوقفه عليه.

حكم ما لو اختلف الشهود بالجرح و التعديل:

قال: «و لو اختلف الشهود بالجرح و التعديل قدم الجرح» .

أقول: فى حال اختلاف الشهود بالجرح و التعديل يتقدم الجرح لان حاصل شهاده المعدلين هو عدم العلم بما يوجب الفسق، لكن الجارحين يقولان: رأينا منه كذا. فتكون الشهاده بالجرح شهاده بما خفى عن المعدلين فيقدم الجرح و لا تعارض بين الشهادتين.

و على هذا الأساس لو قال الجارح: رأيتَه يفعل كذا يوم كذا، فقال المعدل: أشهد بأنه قد تاب عن ذلك الفعل و التزم بإتيان الواجبات و ترك المحرمات بعد هذا التاريخ قدم التعديل لأنه شهاده بما يخفى على الجارحين.

انما الكلام فيما لو شهد الطرفان بنحو لا يمكن الجمع بين

الشهادتين، كأن يقول الجارح: رأيتَه يفعل كذا في مكان كذا يوم الجمعة، و يقول المعدل: كان معي يوم الجمعة في سفر الى بلد آخر، فإنه تتعارض البيتان، قال المحقق: «و لو تعارضت البيتان في الجرح و التعديل قال في الخلاف: وقف الحاكم، و لو قيل: يعمل على الجرح كان حسنا» .

أقول: القول بالتوقف في صورة التعارض يكون تارة بمعنى رفع اليد عن شهادة الطرفين فلا يحكم بالفسق و لا بالعدالة بل يحلف الخصم، و أخرى لا- يحكم بشيء و لا- يحلف الخصم، لكن في الخلاف أيضا: «إذا تعارضت البيتان على وجه لا- ترجيح لإحدهما على الأخرى أقرع بينهما فمن خرج اسمه حلف و أعطى الحق، هذا هو المعول عليه عند أصحابنا، و قد روى أنه يقسم نصفين» .

أما عدم تحليف الخصم فمن جهة انصراف قوله «ص»: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» عن صورة التعارض بين البيتين و حينئذ فإن أمكن التنصيف و الا فالقرعه لأنها لكل أمر مشكل، و يحلف من خرجت باسمه احتياطا.

و أما لو قال أحدهما: هو الاذن عادل، و قال الأخر: هو الاذن فاسق، فهل يقدم قول الجارح أو يتعارضان؟ الظاهر هو الثاني فيتساقطان.

و قال في الجواهر: و قد يقال أيضا «ان هذا كله مع فرض عدم أمر سابق يمكن استصحابه من عداله أو فسق و الا حكم به» .

أقول: ان أراد صوره التعارض بين البينتين فإنه مع جريان الاستصحاب لا حاجة الى الجرح و التعديل بل تستصحب الحاله السابقه و يترتب الأثر، الا- أن الفقهاء لم يتعرضوا الى الاستصحاب هنا بل قالوا ان للحاكم أن يحكم بعلمه بالحال على أثر المخالطه، و ظاهر ذلك هو الاعتماد على البيئه مع عدم العلم لأنها الكاشفه عن الواقع. اللهم الا أن يقال بأن اقامه البيئه حكم تعبدى يعامل مع مفادها معامله الواقع لا أنها تكشف عنه، و حينئذ يقوم الاستصحاب مقامها لكن الظاهر أن حجيه البيئه هي بعنوان تميم الكشف و لعله لذا ذكر صاحب الجواهر المطلب بعنوان قد يقال.

ثم نقل عن كاشف اللثام احتمال تقديم شهاده التعديل لدى التعارض للأصل مع الخلو عن ظهور المعارض خلافا لمن قدم شهاده الجرح ثم قال: «و هو جيد فيما يرجع الى ما ذكرناه لا- مطلقا» فان قول بعضهم بأن الإسلام ملكه تمنع من ارتكاب المحرمات و ترك الواجبات ضعيف، و قد ضعفه كاشف اللثام أيضا و اختار أن العداله حسن الظاهر كالجواهر.

(فى تفريق الشهود عند الشهاده)

قال المحقق «قده»: «لا بأس بتفريق الشهود، و يستحب فى من لا قوه عنده» (١).

ص: ٢١٤

أقول: ان الميزان الشرعى للقضاء هو البيّنات و الايمان كما فى الحديث الشريف، و لكن هل تعبدنا الشارع بالأخذ بذلك أو يجوز القضاء بالسؤال عن الخصوصيات و النظر فى القرائن و غير ذلك مما يستكشف به الواقع و يتوصل به الى حقيقه الحال ((١)؟ قال المحقق: «لا بأس بتفريق الشهود و يستحب فى من لا قوه عنده» .

أقول: ان إطلاق الآيه الكريمه «وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ» (١) و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبيّنات و الايمان» (٢) يشمل ما إذا شهدا معا أو شهد كل واحد من الشاهدين على حده، فيجوز الأمران، لكن فى صوره التفريق بينهما ربما يظهر كذبهما أو خطأهما فى الشهاده بخلاف ما إذا شهدا معا.

هذا بحسب القاعده و قطع النظر عن الاخبار الخاصه الوارده، لكن المحقق أفتى بالاستحباب فى صوره كون الشاهد لا قوه عقل عنده و لعل وجهه عمل النبى و أمير المؤمنين صلى الله عليهما و آلهما فى

ص: ٢١٥

١- ١) سورة البقره: ٢٨٢.

٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٦٩.

و فى الجواهر: قد يقال باختصاص جواز التفريق قبل إثبات العدالة و طلب المدعى الحكم.

و هذا غير واضح إذ لا أثر لتفريق الشهود و استماع شهادتهما بعد ذلك إلا التأكد و الاطمئنان. و كيف كان فلا شبهه فى الجواز و يدل على ذلك روايات منها: ما روى عن معاوية بن وهب عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «أتى عمر بن الخطاب بجاريه قد شهدوا عليها أنها بغت، و كان من قصتها أنها كانت يتيمه عند رجل و كان الرجل كثيرا ما يغيب عن أهله، فشبت اليتيمه فتخوفت المرأه أن يتزوجها زوجها، فدعت بنسوه حتى أمسكنها، فأخذت عذرتها بإصبعها، فلما قدم زوجها من غيبته رمت المرأه اليتيمه بالفاحشه و أقامت البينه من جاراتها اللائى ساعدنها على ذلك، فرفع ذلك الى عمر فلم يدر كيف يقضى فيها، ثم قال للرجل: ائت على بن أبى طالب عليه السلام و اذهب بنا إليه.

فأتوا علينا عليه السلام و قصوا عليه القصة فقال لامرأه الرجل: أ لك بينه أو برهان؟ قالت: لى شهود هؤلاء جاراتى يشهدن عليها بما أقول فأحضرتهن، فأخرج على بن أبى طالب عليه السلام السيف من غمده فطرح بين يديه، و أمر بكل واحده منهن فأدخلت بيتا، ثم دعا بامرأه الرجل فأدارها بكل وجه، فأبت أن تزول عن قولها فردها الى البيت الذى كانت فيه، و دعا احدى الشهود و جثى على

ركبته ثم قال: تعرفيني أنا على بن أبي طالب و هذا سيفى و قد قالت امرأه الرجل ما قالت و رجعت الى الحق و أعطيتها الأمان، و ان لم تصدقين لأملأن السيف منك، فالتفتت الى عمر فقالت: يا أمير المؤمنين الأمان على فقال أمير المؤمنين فاصدقنى، فقالت: لا- و الله الا أنها رأأت جمالا و هيئه فخافت فساد زوجها عليها، فسقتها المسكر و دعتنا فأمسكناها فافتضتها يا صبعها، فقال على عليه السلام: الله أكبر، أنا أول من فرق بين الشاهدين (الشهود) الا- دانيال النبي. فألزم على المرأه حد القاذف و ألزمهن جميعا العقر، و جعل عقرها أربعمائه درهم، و أمر امرأه الرجل أن تنفى من الرجل و يطلقها زوجها، و زوجه الجاربه، و ساق عنه على المهر. فقال عمر: يا أبا الحسن فحدثنا بحديث دانيال، فقال على عليه السلام: ان دانيال. (١)

و ما عن أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث: «ان شابا قال لأمير المؤمنين عليه السلام: ان هؤلاء النفر خرجوا بأبى معهم فى السفر، فرجعوا و لم يرجع أبى، فسألتهم عنه فقالوا: مات فسألتهم عن ماله فقالوا: ما ترك مالا، فقدمتهم الى شريح فاستحلفهم و قد علمت أن أبى خرج و معه مال كثير، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: و الله لأحكنم بينهم بحكم ما حكم به خلق قبلى إلا داود النبي عليه السلام. يا قنبر أذع لى شرطه الخميس فدعاهم، فوكل

ص: ٢١٧

١-١) وسائل الشيعة: ١٨-٢٠٢. و هى صحيحه أو حسنه بإبراهيم ابن هاشم.

بكل رجل منهم رجلا من الشرطه، ثم نظر الى وجوههم فقال: ماذا تقولون؟ تقولون انى لا أعلم ما صنعتم بأبى هذا الفتى؟ انى إذا لجاهل.

ثم قال: فرقوهم و غطوا رؤوسهم. قال: ففرق بينهم و أقيم كل رجل منهم إلى أسطوانه من أساطين المسجد و رؤوسهم مغطاه بثيابهم. ثم دعا بعبيد الله بن أبى رافع كاتبه فقال: هات صحيفه و دواه، و جلس أمير المؤمنين عليه السلام فى مجلس القضاء، و جلس الناس اليه، فقال لهم: إذا أنا كبرت فكبروا. ثم قال للناس: أخرجوا. ثم دعا بواحد منهم فأجلسه بين يديه و كشف عن وجهه. ثم قال لعبيد الله:

أكتب إقراره و ما يقول، ثم أقبل عليه بالسؤال فقال له أمير المؤمنين عليه السلام: فى أى يوم خرجتم من منازلكم و أبو هذا الفتى معكم؟ فقال الرجل: فى يوم كذا و كذا. فقال: و فى أى شهر؟ فقال: فى شهر كذا و كذا، قال: فى أى سنه؟ فقال: فى سنه كذا و كذا. فقال:

و الى أين بلغتكم فى سفركم حتى مات أبو هذا الفتى؟ قال: الى موضع كذا و كذا. قال: و فى منزل من مات؟ قال: فى منزل فلان ابن فلان. قال: و ما كان مرضه؟ قال: كذا و كذا. قال: و كم يوما مرض؟ قال: كذا و كذا. قال: ففى أى يوم مات؟ و من غسله؟ و من كفنه؟ و بما كفتتموه؟ و من صلى عليه؟ و من نزل قبره؟ فلما سأله عن جميع ما يريد كبر أمير المؤمنين عليه السلام و كبر الناس جميعا، فارتاب أولئك الباقون، و لم يشكوا أن صاحبهم قد أقر عليهم و على نفسه، فأمر أن يغطى رأسه و ينطلق به الى السجن. ثم دعا بآخر فأجلسه بين يديه و كشف عن وجهه و قال: كلا زعمتم أنى

لا أعلم ما صنعتم؟ فقال: يا أمير المؤمنين ما أنا إلا واحد من القوم، ولقد كنت كارها لقتله، فأقر. ثم دعا بواحد بعد واحد كلهم يقر بالقتل و أخذ المال. ثم رد الذي كان أمر به الى السجن فأقر أيضا.
فألزمهم المال و الدم. ثم ذكر حكم داود عليه السلام بمثل ذلك.» (١).

ص: ٢١٩

١- ١) وسائل الشيعة: ١٨-٢٠٤. وفي سندها علي بن أبي حمزة البطائني.

(فى ما يعبر فى الشهاده بالجرح)

قال المحقق «قده»: «لا يشهد الشاهدان بالجرح الا مع المشاهده لفعل ما يقدح فى العداله أو أن يشيع ذلك فى الناس شياعا موجبا للعلم.» .

أقول: يشترط فى الشهاده بالجرح مشاهده الشاهدين لفعل ما يقدح فى العداله أو أن يشيع ذلك الفعل منه فى الناس شياعا موجبا للعلم و اليقين، و الا- فلا تجوز الشهاده به، و أما فى الشهاده بالعداله فلا يشترط ذلك بل يكفى حسن الظاهر من جهه أنه- كما فى الاخبار- الطريق إلى معرفه العداله و الكاشف عن وجود الملكه الراسخه و ان كان احتمال الخلاف موجودا فقد ورد فى تلك الاخبار (١)

من كان كذلك تقبل شهادته، و من هنا يقع الفرق بين الشهاده بالجرح و الشهاده بالعداله.

و قد تقدم أن الشهاده استنادا إلى البينه و الاستصحاب جائزه.

و عن المسالك: ان لم يبلغ المخبرون حد العلم لكنه استفاض و انتشر حتى قارب العلم ففي جواز الجرح و جهان، من أنه ظن في الجملة و قد نهى الله عن أتباعه إلا ما استثنى، و من أن ذلك ربما كان أقوى من البينه المدعيه للمعاينه كما مر في نظائره.

و أورد عليه في الجواهر بقوله: و فيه ما لا يخفى بعد فرض عدم حصول مرتبه العلم، و عدم الدليل على الاكتفاء بمثله و حرمه القياس على البينه التي مبناها التعبد، و من هنا كان ظاهر المصنف و غيره اشتراط العلم.

أقول: ان البحث هو في الشهاده بالجرح فان قلنا بعدم جواز الشهاده استنادا إلى البينه بل و لا- بالاستناد إلى العشره، فنقض المسالك غير وارد حتى يتوجه اشكال الجواهر عليه.

هذا و تجوز الشهاده بالعداله استنادا الى حكم الحاكم، و حكم الحاكم بعداله الشاهدين أو فسقهما حجه بالنسبه إلى الحاكم الأخر، و لكن ليس للاول و لا غيره الشهاده بالفسق أو العداله، فحكم الحاكم حجه و أما شهادته فغير مسموعه.

ثم هل للافعال ظهور كالأقوال بحيث يجب الأخذ به؟ فيه خلاف و الظاهر هو العدم كما عليه أهل العرف. و انما يحصل له ظهور من بعض المقارنات، فإن أفادت تلك المقارنات العلم جرى عليه الحكم، و الا فهل الظن الحاصل من هذا الظهور حجه أو لا؟ الظاهر هو الأول وفاقا للسيد «قده» (١)).

ص: ٢٢٢

(فى الحكم باسمرار العداله حتى ثبوت ما ينافيها)

قال المحقق «قدّه»: «لو ثبت عداله الشاهد حكم باسمرار عدالته.» أقول: لو ثبت عداله الشاهد حكم الحاكم باسمرارها بالاستصحاب غير أنه لما كان للاستصحاب كاشفيه نوعيه بنى العقلاء على العمل بها كما تقرر فى الأصول-يشترط عدم الفاصل الطويل بين زمانى اليقين و الشك لان ذلك يؤدى الى ضعف الظن بالبقاء و الكاشفيه النوعيه المذكوره.

قال: «وقيل: ان مضت مده يمكن تغير حال الشاهد فيها استأنف البحث عنه و لا حد لذلك، بل بحسب ما يراه الحاكم.» .

أقول: و هذا قول ثان فى المسأله-قال فى الجواهر-و ان

كنا لم يتحقق القائل بذلك منا (١). و عن المبسوط عن بعضهم تحديده بسته أشهر و لا دليل عليه، بل الاستصحاب حجه حتى يتبين ما ينافي العدالة.

ص: ٢٢٤

(فى كتابه الحاكم قضايا كل أسبوع)

قال المحقق: «ينبغى أن يجمع قضايا كل أسبوع و وثائقه و حججه و يكتب عليها، فإذا اجتمع ما لشهر كتب عليه قضاء شهر كذا، فإذا اجتمع ما لسنة جمعه و كتب عليه قضاء سنه كذا» .

أقول: كان ينبغى ذكر هذه المسأله فى الآداب، و الأمر سهل.

(هل يجب على الحاكم كتابه المحضر؟)

قال المحقق: «كل موضع وجب على الحاكم كتابه المحضر.» أقول: لا يجب على الحاكم تحصيل مقدمات الكتابه و لوازمها كالدواه و القرطاس، و قيل: يجب عليه الدواه، و لو بذل باذل أو أرسل إليه من بيت المال-و كانت الكتابه واجبه عليه-وجب عليه الكتابه، و فى الجواهر: «لا دليل على الوجوب مع البذل أيضا و ان نسبه فى المسالك إلى الأشهر تاره و الى المعروف بين الأصحاب أخرى معللا- له بأن ذلك حجه فكان عليه إقامتها كالحكم، و كما لو أقر له بالحق و سأله الإشهاد على إقراره. الا أنه كما ترى، ضروره أن الحجه حكمه و الاشهاد عليه لا كتابه الحكم، بل و كذا كتابه الاشهاد على الإقرار.

أقول: قد يكون للكتابه و إعطائها بيد من حكم له دخل فى إحقاق الحق و وصول صاحبه اليه كالحكم نفسه بحيث إذا لم تكن

كتابه لم يتحقق الحق و تحصيله، بل قد يجب على الحاكم أخذ الحق بعد الحكم مع التمكن من ذلك من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و تسليمه لأهله.

و قد يستدل لوجوب الكتابه بقوله تعالى: «. وَ لِيُكْتَبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَ لَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ. » (١) فإنه ظاهر فى الوجوب و قد أكده بالنهى عن الإباء عنها، و أجاب فى الجواهر: بأنه فى غير ما نحن فيه و هو محمول على ضرب من الكراهه، للقطع بعدم وجوب ذلك.

و فيه: أن المستفاد من الآيه الكريمة هو الملاك العام و هو: عدم إباء الكاتب و الشاهد عن الكتابه و الشهاده عند الحاجه و احتمال ضياع الحق بدون ذلك. و خصوصيه مورد الآيه لا تخصص، و لذا استدل بها الأصحاب فى غير الدين.

و أما دعوى القطع بعدم وجوب الكتابه فإن أريد القطع بعدم وجوبها أولا و بالذات فهو حق، و ان أريد القطع بعدم وجوبها عليه و ان بذل له ما يلزم و طولب بها و احتمال ضياع الحق لو لم يكتب فتلك دعوى بعيده.

و قد يستدل بقوله تعالى «وَ أَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَ لَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَ لَا شَهِيدٌ وَ إِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فُشِقَ بِكُمْ. » (٢) بناء على ما هو الأظهر من أن «يضار» أصله «يضار» فأدغمت الراء فى الراء و فتحت

ص: ٢٢٧

١- ١) سورة البقره: ٢٨٢.

٢- ٢) سورة البقره: ٢٨٢.

لالتقاء الساكنين، فيكون معناه: لا يكتب الكاتب الا بالحق و لا يشهد الشاهد الا بالحق و الا كان فسقا (١)).

نعم فى الآيه السابقه ما يحتمل معه كون الأمر فيه إرشاديا و هو قوله عز و جل «ذَلِكُمْ أَقْسَطُ» بناء على أنه يتوجه الى جميع الآيه لا الجملة الأخيره منها، و لكن الظاهر دلالة الآيه على الوجوب فى حال المطالبه و وجود الحاجه كما ذكرنا.

ص: ٢٢٨

(فى تعنيت الحاكم للشهود)

قال المحقق: «يكره للحاكم أن يعنت الشهود إذا كانوا من ذوى البصائر». .

أقول: أى يكره أن يعامل الحاكم الشهود الذين هم من ذوى البصائر و الفهم و الأديان معاملة من ليسوا كذلك.

قال: «لأن فى ذلك غضاظه لهم» كما لا يخفى.

قال: «و يستحب ذلك فى موضع الريبه» .

أقول: و يظهر من قول أمير المؤمنين عليه السلام: «أنا أول من فرق الشهود» (1) ان هذا الأمر لم يكن جاريا إلا فى موارد الشبهه و الريبه.

ص: ٢٢٩

(لا يجوز للحاكم ان يتعتع الشهود)

قال المحقق: «لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد، و هو أن يداخله في التلفظ بالشهادة أو يعقبه، بل يكف عنه حتى ينتهى ما عنده و ان كان يتردد.

و لو تردد في الشهاده لم يجر ترغيبه في الاقدام على الإقامه و لا تزهيده في إقامتها.

و كذا لا- يجوز إيقاف عزم الغريم عن الإقرار لأنه ظلم لغريمه و يجوز (١) ذلك في حقوق الله، فان الرسول صلى الله عليه و آله و سلم

ص: ٢٣٠

قال لماعز عند اعترافه بالزنا «لعلك قبلتها، لعلك لمستها» و هو تعريض يإيثار الاستتار» .

أقول: و كل ذلك واضح.

ص: ٢٣١

(فى أنه يكره للحاكم أن يضيف أحد الخصمين)

قال المحقق «قده»: «يكره أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه» .

أقول: و وجهه واضح، فان فيه ترجيحاً له على صاحبه، و قد روى: «أن رجلاً نزل بأمر المؤمنين عليه السلام فمكث عنده أياماً ثم تقدم إليه فى خصومه (حكومه) لم يذكرها لأمر المؤمنين، فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم. قال: تحول عنا فان رسول الله «ص» نهى أن يضاف الخصم الا و معه خصمه» (١).

و كذا يكره أن يذهب الى دار أحدهما دون الآخر، بل كل ما يقتضى ترجيح أحد الخصمين على صاحبه.

ص: ٢٣٢

(فى حرمه الرشوه)

قال المحقق: «الرشوه حرام على آخذها» .

أقول: لا- يجوز أخذ الرشوه، و هى حرام على آخذها بالإجماع بل بالضروره من الدين، و يدل عليه قوله تعالى «وَلَا تَأْكُلُوا
أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْءُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ» (١).

و الاخبار فى هذا الباب متواتره، و فى جملة منها: ان الرشا فى الحكم كفر بالله (١).

ص: ٢٣٣

و فى بعضها: انه شرك ((١)).

فلا ريب فى الحكم.

موضوع الرشوه:

إنما الكلام فى موضوع الرشوه، و كلمات الأصحاب من الفقهاء و اللغويين فى ذلك مضطربه:

قال المحقق: «و يآثم الدافع لها ان توصل بها الى الحكم له بالباطل، و لو كان الى حق لم يآثم» .

أقول: و عن جامع المقاصد: «ان جعل من المتحاكمين رشوه» لكن ظاهر الروايه ((٢)): ان الأجره على القضاء غير الرشوه فلذا كانت الاولى سحتا و الثانيه كفرا.

ص: ٢٣٤

وقيل: ما يبذله المتحاكمان رشوه و لو كان بعنوان الجعالة و الأجره.

و فى القاموس فسر الرشوه بالجعل، لكن فى مجمع البحرين:

قلما تستعمل الرشوه إلا فيما يتوصل به الى إبطال حق أو تمشييه باطل.

و قال السيد: هى ما يبذله للقاضى ليحكم له بالباطل أو ليحكم له حقا كان أو باطلا أو ليعلمه طريق المخاصمه حتى يغلب على خصمه، و لا فرق فى الحرمه بين أن يكون ذلك لخصومه حاضره أو متوقعه» .

أقول: فإذا كانت الكلمات فى بيان حقيقه الرشوه مختلفه و مضطربه فإنه فى كل مورد يشك فى صدق عنوان «الرشوه» فيه مثل «أجور القضاء» يكون المرجع أصاله الحق لكونها شبهه مصداقيه لأدله حرمه الرشوه، الا أن تثبت الحرمه من دليل آخر و بعنوان غير عنوان الرشوه.

و القدر المتيقن من الرشوه: أنها ما يبذله للقاضى حتى يحكم لصالحه، فهذا هو القدر المتيقن من الآيه المباركه المذكوره أو لا الا- أن الأخبار المستفيضه الوارده فى الباب الخامس من أبواب ما يكتسب (1) به تدل على أن الرشا فى الأحكام «سحت» و «كفر» و هى

ص: ٢٣٥

بإطلاقها تعم ما إذا كان البذل لإحقاق الحق، لا يقال: انها وارده في مورد الآيه الكريمه. لأنه يحتمل أن يكون قيد «بالإثم» غالبيًا، لان غالب الراشين يتوصلون بالرشوه إلى أكل مال الناس و ابطال حقوقهم.

فظهر أن الرشا في الحكم مطلقا-أى حقا كان الحكم أو باطلا- حرام بالكتاب و السنه، و أما إذا توقف إحقاق الحق على بذل شىء بحيث لو لم يبذله لوقع فى الضرر العظيم و ضاع حقه-جاز البذل لتقدم قاعده نفى الضرر حينئذ، نظير ما قد يبذل للظالم مال دفعا لاذاه و تحفظا من ضرره.

حكم الرشوه فى غير الحكم:

و أما فى غير الاحكام فان أخبار الرشوه و ان كانت وارده فى مورد الحكم و الاحكام الا أن مقتضى إطلاق بعض تلك الاخبار هو حرمتها فى غير الاحكام أيضا، فقد روى الشيخ الصدوق «قده» عن الأصبغ ابن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «أیما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه يوم القيامة و عن حوائجه، و ان أخذ هديه كان غلولا، و ان أخذ الرشوه فهو مشرك» (١).

فهل تقييد إطلاق الروايه بالروايات المقيده أو أن ظهورها آب عن التقييد؟ الظاهر هو الثانى، و «حوائج الناس» يعم غير الاحكام كما لا يخفى.

ص: ٢٣٦

و روى الشيخ الصدوق «قده» أيضا عن سيدنا أبى الحسن الرضا عليه السلام عن آباءه عن أمير المؤمنين فى تفسير قوله تعالى:

أَكَاوُنَ لِلشُّحْتِ . قال: «هو الرجل يقضى لأخيه حاجته ثم يقبل هديته» (١).

و يمكن أن يقال -ولا سيما بالنظر الى هذين الخبرين- أنه و لو فرض كون الرشوه فى الحكم فقط، فان كون الرجل منصوبا - شرعا أو عرفا- لرفع الظلم عن الناس و قضاء حوائجهم يقتضى وجوب ذلك عليه و أن مطالبته أو أخذه شيئا فى مقابل عمله سحت.

و بالجمله فإن الرشوه فى الأحكام لإبطال الحق مقطوع بحرمتها و الظاهر أنها كذلك فى مطلق الحكم ان كان البذل بعنوان الرشوه سواء أثر فى كيفية الحكم أو لم يؤثر، و أما فى غير الاحكام فالمستفاد من الخبرين المذكورين حرمة الأخذ على من كان موظفا بالقيام بالواجبات الموضوعه على عاتقه.

ثم انه لا فرق فى «الرشوه» بين المال المبدول له و بين العمل النافع الذى يعمل له كخياطه ثوب مثلا أو إنجاز غرض له كأن يبيعه داره و لو بالثمن المتعارف، أى بأن يقدمه على غيره فى المعامله، و هل هذه المعامله باطله حينئذ؟ قيل: لا لانه نظير البيع عند النداء و قيل: نعم لان الحكم الوضعى هذا مترتب على الحكم التكليفى، فلما كانت الرشوه محرمة و كانت هذه المعامله مصداقا لها كانت باطله.

ص: ٢٣٧

و أيضا: لو دفع اليه الخمس أو الزكاه حتى يحكم له، فإنه حرام و لا تبرء ذمه المعطى من الخمس و الزكاه حينئذ.

و فى هذه الأيام يقول بعض جهله القضاة: إن أعطيت كذا للمستضعفين نجوت من العقوبه مثلا، فان هذا المال رشوه و لا يملكه المستضعفون.

و كذا يحرم احترام القاضى و تبجيله و الثناء عليه ان كان بعنوان الرشوه، و لو أثر ذلك فى نفس القاضى فحكم له كان مرتكبا للحرام أيضا.

و بالجملة فإن كل ما قصد به التوصل الى حكم الحاكم كان رشوه محرمة، و ان شك فى بعض الافراد فى الدخول تحت الاسم أو جزم بعدمه فالبراءه جاريه خلافا لصاحب الجواهر.

حكم الهديه للقاضى:

و أما الهديه فهى فى نفسها أمر مرغوب فيه، و قد كان النبى صلى الله عليه و آله و سلم و الأئمه عليهم السلام يأمرن بها و يقبلونها الا أنه لا ريب فى حرمة الهديه للقاضى و العامل، و قد ورد أن هدايا العمال «غلول». و «سحت» (1)، و فى حديث عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال «. ما بال العامل نبعثه على أعمالنا يقول:

هذا لكم و هذا أهدي لى، فهلا جلس فى قلب بيت أمه و أبيه ينظر أ يهدى له أم لا. و الذى نفسى بيده لا يأخذ أحد منها شيئا إلا جاء

ص: ٢٣٨

يوم القيامة يحمله على رقبتة.» (١)) و هذا الحديث يدل على ان أخذ العمال مطلقا-أى سواء كانوا عمال الظلمه أو غيرهم-الهديه حرام، و لا يبعد صدق عنوان «الرشوه» على هذا المال، و تخصيص بعض الأصحاب ذلك بعمال سلاطين الجور خلاف ظاهر الاخبار.

و أما صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام:

«عن رجل يرشو الرجل على أن يتحول من منزله فيسكنه. قال:

لا بأس.» .

فإن كان المنزل ملكا له فلا بأس بأن يأخذ شيئا حتى يتحول عن ملكه، و ان لم يكن -كما ذكر صاحب الوسائل- فيمكن حملها على المنزل المشترك كالموقوف للسكنى فيعطى الثانى للأول لأجل النزول عن حقه الحاصل له بالسبق-هذا بناء على ثبوت حق له بالسبق اليه، و اما بناء على أن الوقف مال محرر فلا يكون ملكا و لا متعلق حق لأحد، فإن سبق الى مكان موقوف فلا يجوز إزاحته عن ذلك المكان جبرا لان الناس مسلطون على أموالهم و أنفسهم.

فلا بأس بأن يطالب بشيء فى مقابل قيامه عن هذا المكان و ان لم يكن له حق فيه كما هو المفروض.

و هذا البحث جار فى المسجد و مكان المصلى، و كذا فى سوق المسلمين حيث قال صلى الله عليه و آله: «سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق اليه كان أحق به الى الليل.» .

ص: ٢٣٩

و على كل حال يكون التعبير عن الشيء المأخوذ في مقابل التحول عن المنزل ب «الرشوه» تعبيراً مجازياً، أو يقال بأنه رشوه - لأنه مال أعطى له لأجل التوصل الى الغرض - ولكنه لا بأس به هنا لكونه في مورد محلل.

فتلخص أن الرشوه هو ما يبذله للقاضي أو الوالي أو العامل في مقابل عمله الواجب عليه سواء كان بعنوان الرشوه أو الهديه.

و ان بذل للقاضي مال و جهل عنوانه فهل يحمل على الصحه؟ قال السيد نعم، و هو مشكل، فإن أثر حمل فعل المسلم على الصحه هو أن لا يكون فاعلاً لمحرّم، و لكن هذا لا يثبت كون المال المأخوذ صدقه مثلاً حتى يجوز له أخذه. و بعبارة أخرى: الحمل على الصحه انما يفيد الحل مع العلم بالعنوان، كأن يعلم بأنه هديه و يشك في كونها هديه صحيحه أو فاسده، فيحمل فعل المسلم على الصحه و يجوز التصرف في المال المأخوذ.

هذا، و لا ينفذ حكم الحاكم الأخذ للرشوه و ان كان حكمه بالحق لصيرورته فاسقاً بأخذها، و عليه رد ما أخذ على صاحبه.

قال المحقق: «و يجب على المرتشى إعادته الرشوه إلى صاحبها و لو تلفت قبل وصولها اليه ضمنها له» .

أقول: القول بالضمنان هو المختار، و عن بعضهم نفي الخلاف فيه، و يدل عليه عموم قوله «ص»: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» .

(هل يجب إحضار الخصم الى مجلس الحكم؟)

قال المحقق «قده»: «إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم أحضره إذا كان حاضرا» .

أقول: ظاهر «أحضره» هو الوجوب، و في القواعد: إذا استعدى رجل على رجل الى الحاكم لزمه أن يعديه و يستدعى خصمه ان كان حاضرا، سواء حرر المدعى دعواه أو لا. قال في الجواهر:

بلا خلاف أجده فيه، بل في المسالك نسبتة إلى علمائنا و أكثر العامه و كذا عن ظاهر المبسوط الإجماع عليه.

فان كان إجماع على وجوب الإحضار فهو و الا- ففى ما ذكروه من تعلق حق الدعوى به نظر واضح، لان الحاكم كما يحتمل صدق المدعى فى هذه الدعوى يحتمل كذبه و بطلان دعواه أيضا، و حيث لم يتبين للحاكم بعد صدق الدعوى و وجود الحق كيف يجب عليه إحضار الخصم؟

و كذا الكلام فى قولهم: ان مقتضى منصب الحاكم إحضار الخصم، فان لازم منصب الحاكم سماع الدعوى و القيام بجميع مقدمات رفع الخصومه و لكن لا توقف لذلك على إحضار الخصم بل له النظر فى القضية بحسب الموازين الشرعيه ثم الحكم على الخصم حكما غاييا.

فظهر سقوط كلا- الوجهين، فالعمده هو الإجماع ان تم، قال فى الجواهر: «لكن الإنصاف أنه لا- يخفى عليك ما فى دعوى الإجماع فى أمثال هذه المسائل، على أن المحكى عن الفاضل فى المختلف عدم وجوب إحضار الغائب بعد تحرير الدعوى.» و عليه فلا يجب الإحضار و يتعين الحكم الغيابى و الغائب على حجته.

و بناء على الوجوب فلا فرق بين الأشخاص المحترمين و غيرهم قال فى كشف اللثام: سواء كان من أهل الصيانات و المرات أو لا.

قال فى المبسوط: لان عليا عليه السلام حضر مع يهودى عند شريح.» و هذا يعنى أن جميع المسلمين فى الحقوق و الاحكام على حد سواء و لا فضل لأحد منهم على أحد فيها (١)).

و لا فرق فى ذلك بين تحرير المدعى دعواه و عدم تحريره لها:

قال المحقق: «سواء حرر المدعى دعواه أم لم يحررها» .

قال: «أما لو كان غائبا لم يعده الحاكم حتى يحرر دعواه و الفرق لزوم المشقه فى الثانى و عدمها فى الأول» .

أقول: هذا المقدار من المشقه لا يرفع وجوب الإحضار على الحاكم أو وجوب الحضور على المدعى عليه، و الا لانتفت الفائده من نصب الحاكم و الرجوع اليه و هى فصل الخصومه و رفع النزاع.

فلا- وجه لهذا التفصيل لكن تقدم التأمل فى أصل وجوب الإحضار، فعلى الحاكم أن يحكم فى القضييه بحسب الموازين ثم الغائب على حجته.

ص: ٢٤٣

قال: «هذا إذا كان في بعض مواضع ولايته و ليس له هناك خليفه يحكم» .

أقول: أى و الا سمع بيته ان كانت و كتب بالأمر إلى خليفته.

قال: «و ان كان في غير ولايته أثبت الحكم عليه بالحجه و ان كان غائباً» .

أقول: و حيث يكون غائباً يكون على حجته، فان حضر و أثبت بطلان دعوى المدعى سقطت الدعوى كما سيجيء في محله ان شاء الله تعالى.

و حيث يجب على الحاكم إحضار الخصم فعلى من تكون مؤنه الإحضار؟ هل على الحاكم أو على المدعى أو على المدعى عليه؟ فى المره الأولى المؤنه على المدعى لانه الملتمس للإرسال خلف خصمه فعليه المؤنه، لاین عمل الرسول محترم و لم يقصد المجان، الا أن يقال: لما وجب الحكم على الحاكم فقد وجب عليه دفع مؤنه إحضار المدعى عليه لأنه مقدمه للواجب، فيكون نظير شراء الماء للوضوء، و لكن الصحيح أن الواجب على الحاكم هو أصل الحكم.

ثم ان أرسل اليه و أبلغه الرسول إحضار الحاكم إياه، فإن أجاب فهو و الا فيرسل إليه أحد عماله للمره الثانيه، فان لم يجب أجبر على الحضور، فعلى من تكون المؤنه فيما عدا المره الأولى؟ قال الشهيد الثانى فيه وجهان، من أن الملتمس هو المدعى فتكون المؤنه عليه، و من أن الموجب لهذه المؤنه هو الخصم لاستكافه عن الحضور فعليه المؤنه.

أقول: مقتضى القاعده الأولىه توجه المؤنه الى الملتمس، و أما توجهها الى الخصم الممتنع فيتوقف على كونه السبب الأقوى فى لزوم المؤنه و الضرر، و الظاهر أن المدعى هنا هو السبب للضرر اختياراً، و ليس امتناع الخصم عن الحضور أقوى فى السببيه للضرر.

و فى الجواهر: لا يمكن مطالبه المدعى بالضرر لانه لا جعله و لا اجاره، و أما الخصم فلا وجه لمطالبته، قال: بل فى المره الأولى كذلك لا يجب على المدعى دفع المؤنه. و فيه: أنا قد ذكرنا سابقاً أن عمل المسلم محترم و المفروض عدم إتيانه العمل بقصد المجان فحيث كان الملتمس هو المدعى فعليه دفع المؤنه.

و أما أن يصبر الحاكم حتى آخر الدعوى فيأخذ المؤنه كلها من المحكوم عليه، فاستحسان عقلى لا دليل عليه.

قال المحقق: «و لو ادعى على امرأه فإن كانت برزه (١) فهى كالرجل و ان كانت مخدره بعث إليها من يثق به فى الحكم بينها و بين غريمها» .

أقول: وجه هذا كله واضح لا يخفى.

ص: ٢٤٥

اشاره

و فيها مقاصد: «الأول» في وظائف الحاكم.

«الثاني» في مسائل متعلقه بالدعوى.

«الثالث» في جواب المدعى عليه.

«الرابع» في كيفية الاستحلاف.

ص: ٢٤٧

المقصد الأول (فى وظائف الحاكم)

(الأولى: التسويه بين الخصمين.)

الأولى: التسويه بين الخصمين.

قال المحقق: «التسويه بين الخصمين فى السلام و الجلوس و النظر و الكلام و الإنصات و العدل فى الحكم» .

أقول: جعله التسويه بين الخصمين من الوظائف ظاهره الوجوب و به صرح فى الجواهر (١).

قال: «و لا تجب التسويه فى الميل بالقلب لتعذره غالباً» .

أقول: و أما ما ورد عن الامام الباقر عليه السلام من أنه «كان فى بنى إسرائيل قاض و كان يقضى بالحق فىهم فلما حضره الموت قال لامرأته: إذا أنا مت فاغسلينى و كفنينى و ضعينى على سريرى و غطى وجهى فإنك لا ترين سوءاً، فلما مات فعلت ذلك ثم مكث بذلك

حيناً، ثم انها كشفت عن وجهه لتنظر اليه فإذا هي (هو) بدوده تقرض منخره ففزعت من ذلك.

فلما كان الليل أتاها في منامها فقال لها: أفزعك ما رأيت؟ قالت: أجل، فقال لها: أما لئن كنت فزعت ما كان الذى رأيت إلا فى أخيك فلان، أتانى و معه خصم له، فلما جلسا الى قلت:

اللهم اجعل الحق له و وجه القضاء على صاحبه، فلما اختصما التى كان الحق له و رأيت ذلك بينا فى القضاء، فوجهت القضاء له على صاحبه، فأصابنى ما رأيت لموضع هواى كان مع موافقه الحق» (١) فقد حمله صاحب الجواهر على ضرب من الحث على المراتب العاليه (٢).

قال: «هذا كله مع التساوى فى الإسلام أو الكفر» .

أقول: أى انما تجب التسويه-على القول بها-مع التساوى

ص: ٢٥٠

بين الخصمين في الإسلام أو الكفر أي كونهما مسلمين أو كافرين، و أما إذا كان أحدهما مسلماً جاز أن يكون الذمى قائماً و المسلم قاعداً أو أعلى منزلاً، قال في الجواهر «بلا خلاف، بل في الرياض أنه كذلك قولاً واحداً» (١).

قلت: أما العدل في الحكم فلا خلاف بين المسلمين في وجوبه حتى لو كان أحد الخصمين مسلماً و الآخر كافراً، و هو صريح الكتاب (٢).

ص: ٢٥١

و الاخبار المستفيضة ان لم تكن متواتره (١). هذا إذا لم يكن في الحكم ضرر، و أما إذا كان فيه ضرر فان كان الضرر المترتب متوجها الى حياه الحاكم، بمعنى أنه لو حكم بالعدل في القضية وقعت حياته في خطر ترك الحكم بالعدل، و لكن ليس له الحكم بالباطل، و ان استلزم الحكم ضررا على المدعى عليه زائدا على أصل ما يقتضيه لم يجب عليه إصدار الحكم حينئذ، و ان استلزم ضررا على المدعى فان كان باختيار نفسه فالأمر واضح، و ان كان الضرر يتوجه اليه فيما إذا حكم له الحاكم من قبل المحكوم عليه فلا يجب على الحاكم الحكم كذلك.

و ان تعارض ضرران على أثر حكم كضرر الحاكم و ضرر المحكوم عليه مثلا فقليل: مقتضى قاعده نفي الضرر أن يحكم الحاكم بحيث يندفع الأشد، و فيه: ان مقتضى القاعده أن لا يحكم الحاكم في القضية أصلا.

و أما التسويه بين الخصمين المسلمين أو الكافرين في الأمور

الأخرى كالسلام و الجلوس و النظر و الكلام و الإنصات و نحو ذلك ففي وجوبها خلاف، ففي المسالك نسبة الوجوب إلى الأكثر، بل ادعى عليه الشهره، و قد استدل له بقوله تعالى «فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (١) و نحوه، بناء على أن التسويه بينهما في هذه الأمور أيضا من مقدمات الحكم، فيكون معنى الآية وجوب العدالة في الحكم و مقدماته.

بل قيل بوجوب التسويه بينهما في رد السلام، فان سلم أحدهما قبل الآخر صبر حتى يسلم الآخر فيرد عليهما معا مره واحده بقوله:

«و عليكم السلام» الا إذا طالت المده عرفا فيرد السلام على الأول حينئذ.

أقول: لكن استفاده وجوب التسويه بينهما في هذه الأمور من الآية الكريمة مشكله.

و استدل أيضا بروايات على وجوب التسويه:

(١) محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن الحسن ابن محبوب عن عمرو بن أبي المقدام عن أبيه عن سلمه بن كهيل قال: سمعت عليا عليه السلام يقول لشريح. «. ثم واس بين المسلمين بوجهك و منطقتك و مجلسك حتى لا يطمع قريبيك في حيفك و لا يياس عدوك من عدلك.» (٢).

ص: ٢٥٣

١-١ (١) سورة ص: ٢٤.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٥٥.

و هذه الروايه يبتنى اعتبار سندها على القول بتصحيح ما يصح عن أحد الرواه الذين عرفوا بأصحاب الإجماع فلا تقدر جهاله الراوى الذى هو بعده، و هنا فى سند هذه الروايه من أصحاب الإجماع: «الحسن بن محبوب» (١) و لولاه فهى غير معتبره لوجود «سلمه بن كهيل» فيه.

و من حيث الدلاله قال المحقق العراقى «قده»: يستفاد من تعليله عليه السلام التساوى بهذا المعنى عدم وجوبه و كون الأمر إرشادياً، فلو حكم بالعدل واقعا و علم الخصمان بذلك و اطمأنا بذلك لم يلزم مراعاة هذه الأمور و كان فى سعه بالنسبه إليها.

ص: ٢٥٤

أقول: و ما ذكره «قده» يتم بناء على كون «حتى» تعليليه، و أما بناء على كونها غائيه و أن الامام عليه السلام قد ألزمه بالتسويه حتى لا- يطمع. فلا، و الظاهر هو الثانى، و لو سلمنا كلامه فإن العله لا ترفع الحكم، فلو قال: لا تشرب الخمر لانه مسكر لم يكن معناه عدم الحرمة عند عدم الإسكار، بل يحرم شربه حتى قليله الذى لا يسكر و حتى إذا مزج بالماء كما روى فعله من بعض خلفاء الجور.

(٢) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام لعمر بن الخطاب: «ثلاث ان حفظتهن و عملت بهن كفتك ما سواهن و ان تركتهن لم ينفعك شىء سواهن. قال: و ما هن يا أبا الحسن؟ قال: اقامه الحدود على القريب و البعيد و الحكم بكتاب الله فى الرضا و السخط و القسم بالعدل بين الأحمر و الأسود. قال عمر:

لعمري لقد أوجزت و أبلغت» (١)).

قال بعض المعاصرين: ان قوله عليه السلام: «ان حفظتهن

و عملت بهن كفتك ما سواهن، و ان تركتهن لم ينفكك شيء سواهن» يفيد عدم لزوم شيء آخر وراء ما ذكر (١).

و فيه: ان كانت الأخبار الداله على وجوب تلك الأمور معتبره سندا و دلاله لم يجز لنا رفع اليد عن مداليلها بهذه الروايه، و المراد من هذه الروايه التأكيد على أهميه هذه الأمور الثلاثه، على أن من الواضح وجود أمور لا ريب في حرمه فعلها أو تركها على القاضى لم يذكرها الامام عليه السلام فى هذه الروايه فتكون نظير قوله تعالى:

«إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ» (٢) فإنه لا يقتضى خروج الصغائر عن كونها معاصى منهي عنها.

٣-السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم فى الإشاره و فى النظر و فى المجلس» (١).

ص: ٢٥٦

١-١) جامع المدارك: ٦-٢١.

٢-٢) سورة النساء: ٣١.

و الأمر ظاهر فى الوجوب.

٤-السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: «ان رجلا نزل بأمر المؤمنين عليه السلام فمكث عنده أياما ثم تقدم إليه فى خصومه لم يذكرها لأمر المؤمنين عليه السلام فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم.

قال: تحول عنا فان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى أن يضاف الخصم الا و معه خصمه» (١).

فان الاستفادة منه لزوم ترك كل أمر ينتزع منه الحب و الاختصاص و اللطف لأحد الخصمين دون الآخر.

٥-عن عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا تقدمت مع خصم الى وال أو الى قاض فكن عن يمينه. يعنى عن يمين الخصم» (٢) أى كن الى جنبه من طرف يمينه.

هذا، و قد اختار فى الجواهر تبعا لجماعه استحباب التسوية، فقال-بعد أن أورد بعض هذه الاخبار و ذكر كلام صاحب الرياض فى اعتبار أسانيدها و حجيه بعضها: «الا أنه لا يخفى عليك ما فيه من دعوى اعتبار أسانيدها و حجيه بعضها، لانه مبنى على أنه ان كان فى السند أحد من أصحاب الإجماع لم تقدر جهاله الراوى بل و فسقه، و التحقيق خلافه. و حينئذ فقطع الأصول المعظمه بمثل هذه النصوص المنساق منها اراده ضرب من النذب و الكراهه كما

ص: ٢٥٧

١-١) وسائل الشيعة: ١٨-١٥٧ بالإسناد المتقدم.

٢-٢) وسائل الشيعة: ١٨-١٥٩. و هو خبر صحيح.

سمعت الفتوى بها فى إضافة أحد الخصمين مشكل، خصوصا مع ظهور خبر سلمه فى إرادته بيان الآداب فى أحوال القاضى لا خصوص المتخاصمين الذى هو محل البحث، و صعوبه المساواه الحقيقيه.» .

أقول: المراد من التسويه هى التسويه العرفيه لا الحقيقيه، و حيث أن القول بالوجوب قد حكى عليه الشهره المطلقه بين الأصحاب و هى الجابره لضعف بعض هذه النصوص مع تصحيح بعضها الآخر بوقوع أحد أصحاب الإجماع فى سنده فالأظهر هو الوجوب، و مع التنزل فلا يترك الاحتياط.

و بما ذكرنا يندفع ما قاله بعض المعاصرين من أن إيجاب التسويه يورث الوحشه فى الحاكم و يوقعه فى الحرج (١).

هذا، و الظاهر أن ذكر تلك الأمور فى هذه الروايات هو من باب التمثيل فلا مانع من التعدى منها الى غيرها، بل ان الاستفادة من قوله عليه السلام «حتى لا- يطمع قريبيك فى حيفك و لا يياس عدوك من عدلك» هو لزوم ترك كل أمر يورث طمع القريب فى حيفه و يأس البعيد من عدله.

الوظيفه الثانيه

(ترك تلقين أحد الخصمين)

قال المحقق: «لا يجوز أن يلقت أحد الخصمين ما فيه ضرر

ص: ٢٥٨

١-١) جامع المدارك: ٦-٢٠.

على خصمه، ولا أن يهديه لوجه الحجاج» .

أقول: ذكروا أنه لا يجوز للحاكم أن يلحق أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه، فمثلا قد يطرح المدعى دعواه بحيث يحتاج إلى إقامه البينه عليها، فيلقنه طرحها على النحو الذى لا يحتاج إليها، أو أن يقول المنكر للمدعى «أعطيتك طلبك» فيكون مدعىا يحتاج إلى البينه على إعطائه الطلب، فيلقنه الحاكم أن يقول «لا- تطلبنى» فيكون منكرا لا- يحتاج إلى إقامه البينه، وقد ذكر المحقق الدليل على ذلك بقوله: «لان ذلك يفتح باب المنازعه و قد نصب لسدها» .

أقول: و لكن هذا لا- يكون دليلا- لعدم جواز التلقين فى جميع الموارد، بل التلقين قد يؤدي الى سرعه حل النزاع و سد باب المخاصمه فى بعض الموارد فالدليل أخص من المدعى. هذا أولا.

و ثانيا: فتح باب المخاصمه فيما إذا ساعد على ظهور الحق و واقع القضيه غير محرم، فالصحيح عدم الحرمة (١) إلا إذا استلزم التلقين

ص: ٢٥٩

ضرراً أو كان منافياً للتسوية بناء على وجوبها، و لم أجد فى النصوص ما يقتضى حرمة التلقين بخصوصه.

هذا، و لا- مانع من الاستفسار، بأن يسأله عن الخصوصيات لغرض العثور على الحق و وضوح الحكم إلا إذا استلزم ضرراً أو خالف التسوية كذلك.

الوظيفة الثالثة

(أمر الخصمين بالتكلم)

قال المحقق «قده»: «إذا سكت الخصمان استحب أن يقول

ص: ٢٦٠

لهما: تكلم أو ليتكلم المدعى، و لو أحس منهما باحتشامه أمر من يقول ذلك» .

أقول: لم أجد نصا يقتضى استحبابه، و الظاهر أنه أمر أخلاقي مستحسن عقلا (١)).

قال: «و يكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لما يتضمن من إيحاش الآخر» .

أقول: هذا لأنه ينافى التسوية، لكن بناء على وجوبها يكون مواجهه أحدهما بالخطاب دون الآخر غير جائز لا مكروها (٢)،

اللهم

ص: ٢٤١

الا إذا كان ذلك بحيث لا ينافي التسويه مثل ما إذا كان أحدهما حاضرا قبل الآخر و هو لا يعلم بكونهما خصمين.

الوظيفة الرابعه

(ترغيب الخصمين فى الصلح)

قال المحقق: «إذا ترفع الخصمان و كان الحكم واضحا لزمه القضاء، و يستحب ترغيبهما فى الصلح.» .

أقول: فى صوره وضوح الحكم يلزمه القضاء و لا سيما مع المطالبه به.

و الترغيب فى الصلح حينئذ معناه أن يتراضيا-بترغيب من القاضى-بعدم صدور الحكم و بفصل الخصومه بالمصالحه (١)) ، لكن المحقق رحمه الله يقول فى الوظيفة السابعه-كما سيأتى:- «و يكره للحاكم أن يشفع فى إسقاط حق أو إبطال» ، الا أن يجمع بين كلاميه بأن ترغيبهما فى الصلح هو قبل الحكم و فى صوره جهلهما

ص: ٢٦٢

به، و أما بعد ما حكم و علم به يكره أن يشفع في إسقاط حق أو إبطال.

بل يجب على القاضى ذلك في موارد، و من الموارد التى على القاضى الترغيب فى المصالحة فيها هو فيما إذا نصب قاض للقضاء بين الناس و هو يعلم بعدم عداله نفسه، فإنه لا يجوز له الحكم فى هذه الحال، بل عليه ترغيب المتخاصمين فى المصالحة أو حل النزاع بينهما بنقل الفتوى أو نحو ذلك من الطرق، ثم إرجاع النظر فى القضييه و الحكم فيها الى الحاكم الجامع للشرائط ان لم يتوافقا على الصلح.

هذا و أما مع عدم وضوح الحكم فلا- يجوز التعجيل فى الحكم بل يستحب إحضار العلماء و الفضلاء فى مجلس الحكم و التشاور معهم حتى يقل الاشتباه و الخطأ مهما أمكن.

الوظيفة الخامسة

(رعايه العدالة فى ورود الخصوم عليه)

قال المحقق «قده»: «إذا ورد الخصوم مترتين بدأ بالأول فالأول، فإن وردوا جميعا قيل: يقرع بينهم، و قيل: يكتب أسماء المدعين و لا يحتاج الى ذكر الخصوم، و قيل: يذكرهم أيضا لتنحصر الحكومه معه و ليس معتمدا، و يجعلها تحت ساتر و يخرج رقعته رقعته ثم يستدعى صاحبها، و قيل: انما يكتب أسماءهم مع

ص: ٢٤٣

تعسر القرعه بالكثرة» .

أقول: اذن فى المسأله أقوال متعدده، لكن المشهور- كما عن المسالك- هو القول الأخير (١) .

الوظيفة السادسة

(عدم سماع دعوى المدعى عليه حين إقامة المدعى دعواه)

قال المحقق: «إذا قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم يسمع حتى يجيب عن الدعوى و تنتهى الحكومه ثم يستأنف هو» .

أقول: إذا أقام أحد المتداعيين دعواه كان وظيفه القاضى الاستماع لها، فلو تكلم الآخر فى خلال دعواه لم يسمع كلامه، ثم عند ما تنتهى دعواه يسكت هذا و يبدأ ذاك، و ذلك لاحقيه السابق فى الحقوق المشتركة مطلقاً، أى سواء فى القضاء أو الفتوى أو الدرس، فان الأسبق أحق، و كذا الأمر فى الأموال المشتركة فمن سبق الى مكان مشترك فهو أحق به.

و هل لو خالف الحاكم ذلك ضمن-بالإضافة إلى المخالفه للوظيفة الشرعيه-؟ فيه تردد.

و لو أسقط السابق حقه سقط.

و هذا المعنى لا يختص بمورد الخصومه، فلقد كان من سيره

ص: ٢٦٤

النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه إذا كلمه أحد لا يستمع الى كلام غيره حتى يتم الكلام مع الأول الا ياذنه.

الوظيفة السابعه

(استماع دعوى الذى على يمين صاحبه)

قال المحقق: «إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى ولو ابتدرا بالدعوى سمع من الذى على يمين صاحبه» .

أقول: لا ريب فى أولويه من بدر من الخصمين بالدعوى بإيراد دعواه، و لو ابتدرا معا ذكروا: أنه يسمع الحاكم من الذى على يمين صاحبه (مع أنهم قالوا فى مسأله ورودهما معا عليه بالقرعه) ، و قد استندوا فى ذلك الى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: «فضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يقدم صاحب اليمين فى المجلس بالكلام» (١). و يؤيده صحيحه عبد الله بن سنان المتقدمه سابقا: «إذا تقدمت مع خصم الى وال أو الى قاض فكن عن يمينه-يعنى: عن يمين الخصم» (٢) بناء على عود الضمير الى الخصم.

و عن الشيخ فى المبسوط نسبه إلى روايه أصحابنا، ثم ذكر الأقوال فى المسأله ثم قال: «و بعد ما روينا القرعه أولى» ، و عن

ص: ٢٦٥

١-١) وسائل الشيعه: ١٨-١٦٠.

٢-٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٥٩.

الخلاف قوه القول بالقرعه، قال: «لانه مذهبنا فى كل أمر مجهول» .

قلت: القول بتقديم الحاكم من شاء منهم-بعد الروايه- هو الأولى، لأنه بناء على كون الاستماع وظيفه شرعيه فحيث لا يمكنه الاستماع لهما معا للتزاحم كان الحكم هو التخيير عقلا، و معه لا جهاله حتى يرجع الى القرعه. لكن المتعين هو العمل طبق النص الموجود فى المقام.

قال: «و لو اتفق مسافر و حاضر فهما سواء ما لم يستضر أحدهما فيقدم دفعا للضرر» .

أقول: لكن هذا فى صورته حل النزاع بذلك، و أما لو توقف على الاستماع منهما فلا أثر لتقديم المسافر سواء كانا متداعيين أو لا و العجب من الشراح كيف لم يلتفتوا الى هذه النكته. نعم هذا الفرع يفيد فى صورته تعدد الدعوى، فإنه إذا استضر أحد طرفى إحداهما قدمت تلك الدعوى دفعا للضرر.

قال المحقق: «و يكره للحاكم أن يشفع فى إسقاط حق أو إبطال» .

أقول: قد ذكرنا طريق الجمع بين هذه العبارة و عبارته السابقه فى الوظيفه الرابعه.

المقصد الثاني

المسألة الأولى

(هل تسمع الدعوى المجهوله؟)

قال المحقق «قده»: «قال الشيخ: لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهوله، مثل أن يدعى فرسا أو ثوبا، و يقبل الإقرار المجهول و يلزم تفسيره، و فى الأول إشكال» (١).

ص: ٢٤٧

أقول: وجه الاشكال عدم الفرق بين الدعوى و الإقرار فى ذلك و قد استدل القائلون بالفرق بعدم الفائدة من الدعوى إذا كانت مجهولة. و أورد عليه بأن الإقرار كذلك، فإن الزم بالتفسير فليزم المدعى بتفسير دعواه المجهولة. و ذكر بعضهم فى وجه الفرق: ان أثر الإقرار ثبوت حق للمقر له و لو إجمالاً- عند الحاكم فلو لم يسمعه لضاع هذا الحق، فعليه أن يسمعه حتى يمكنه إلزامه بالتفسير فإذا لم يسمعه لم يفسر، بخلاف المدعى للدعوى المجهولة فإنه إذا لم يرتب الحاكم أثراً على دعواه المجهولة اضطر بنفسه الى التفسير، لأنه يدعى حقاً لنفسه عند المدعى عليه. و أشكل عليه بأن مجرد هذا

لا يكفي لدفع الإيراد بأن وظيفه الحاكم هو الحكم و هذا متوقف على استماعه بلا فرق بين الدعوى و الإقرار.

و يمكن أن يقال: بأن الفرق هو أنه بالإقرار يقطع الحاكم بالحق فيحكم به و يلزم المقر بالتفسير، و أما فى الدعوى المجهوله فإن أصل الحق مشكوك فيه، و حينئذ فليس على الحاكم إلزامه بالتفسير فان شاء المدعى أن يفسر فهو. و لكنه أيضا لا يكون جوابا، فان القضاء واجب على الحاكم، سواء فى المورد المقطوع بها و المشكوك فيها.

و قال صاحب الجواهر بعد ذكر الوجوه المذكوره و الاشكال فيها: «فالتحقيق أن يقال: لا ريب فى عدم سماع الدعوى المجهوله من كل وجه التى من أفرادها ما لا يقبل الدعوى. أما المجهوله التى كليها يوجب غرامه بأى فرد يفرض تشخيصه فلا مانع من قبولها وفاقا لأكثر المتأخرين أو جميعهم الا النادر.» أقول: ذكر هذا الشيخ فى المبسوط، و لعل وجهه دعوى انصراف الإطلاقات الواردة فى القضاء عن المورد الذى لا يفسر فيه المدعى دعواه. و هنا تاره عند ما يطالب بالتفسير بترك الدعوى و يرفع اليد عنها فلا كلام. و أخرى يدعى النسيان لخصوصيات مورد الدعوى فيطالب المدعى الحاكم بالسؤال من المدعى عليه فيقول «أسألوه فان لم يقر فلا دعوى»، فهنا الظاهر وجوب السؤال من المدعى عليه. فدعوى الانصراف فى الشق الأول صحيحه دون الثانى.

ثم قال الشيخ: «هذا كله ما لم يكن وصيه فأما ان كانت وصيه

سمع الدعوى فيها» .

أقول: لما تقرر فى كتاب الوصيه من أنه يصح الوصيه بالمجهول و قد بحثوا هناك عن مقدار ما إذا أوصى ب «شئ» أو «شئ» كثير» أو «جزء من المال» و نحو ذلك، حيث يدل ذلك على صحه الوصيه بالمجهول.

قال الشيخ «قده»: «و الفصل بينها و بين سائر الحقوق. ان تملك المجهول بها يصح فصح أن تدعى وصيه، و ليس كذلك غيرها لان تملك المجهول به لا يصح» .

أقول: لا- ريب فى جواز تملك المال المجهول كما و كيفاً، و هل يجوز تملكه؟ نعم يجوز تملكه هبه كأن يعطيه صندوقاً قائلاً له: وهبتك الصندوق بما فيه، أو وصيه، فان ادعى تملك شئ مجهول لا بالوصيه و الهبه و الصلح لم تسمع دعواه لعدم جواز تملك المجهول بغير هذه الأمور.

و حيث أن الإقرار بالمجهول مسموع فهل دعوى الإقرار كذلك مسموعه أيضاً؟ قيل: نعم لوجود الفائدة، و فى الجواهر عن الدروس فيه وجهان، و ذكر لعدم عدم إيجاب هذا الإقرار حقاً لأن الإقرار لا يثبت المقر فيه، و أجاب عنه فى الجواهر: بأنه لما ثبت إقراره بالدعوى أثبت الإقرار المقر فيه، و لا فرق فى ترتب الفائدة و وجودها بين كونه مع الواسطه أو بدونها، فالصحيح أنه بناء على الاستماع لا فرق.

ص: ٢٧٠

(هل يشترط الجزم فى الدعوى؟)

قال الشيخ «قده»: «فان كانت أثمانا فلا بد من ثلاثه أشياء يكون بها معلومه و هو: أن يذكر القدر و الجنس و النوع. فان كان هناك خلاف فى صحاح أو مكسره فلا بد من أن يقول: صحاحا أو مكسره، لأن التفاوت كثير فى كل هذا. قالوا: أليس لو باع ثوبا بألف مطلقا انصرف الى نقد البلد؟ هلا قلتم يسمع الدعوى مطلقا و ينصرف الى نقد البلد؟ قلنا: الفصل بينهما أن الدعوى اخبار عما كان واجبا عليه و ذلك يختلف فى وقت وجوبه باختلاف الازمان و البلدان، فلهذا لم يسمع منه الا محرره، و ليس كذلك الشراء لأنه إيجاب فى الحال، فلهذا انصرف الى نقد البلد كقيم المتلفات، فوزان الدعوى من الشراء أن يكون فى البلد نقود مختلفه فحينئذ لا يصح أن يطلق الثمن و لا بد أن يكون موصوفا. هذا إذا كانت أثمانا.

فأما ان كانت من غير الأثمان لم يخل من أحد أمرين: اما أن يكون عينا قائمه أو تالفه، فإن كانت عينا قائمه نظرت فان كانت مما يمكن ضبطها بالصفات كالحبوب و الثياب ضبطها و طالب بها، و ان ذكر القيمه كان تأكيدا. و ان لم يذكرها جاز لان الاعتماد على ضبط الصفات. و ان كانت العين مما لا يمكن ضبط صفاتها كالجواهر

و نحوها ذكر قيمتها. و أما ان كانت تالفه نظرت فان كان لها مثل كالحبوب و الادهان و الاقطان وصفها و طالب بها لأنها يضمن بالمثل، و ان لم يكن لها مثل كالعييد و الثياب فلا بد من ذكر قيمه» .

قال المحقق: «و فى الكل الإشكال ينشأ من مساواه الدعوى بالإقرار» .

ثم قال «قده»: «و لا بد من إيراد الدعوى بصيغته الجزم» .

أقول: فسر صاحب الجواهر «قده» كلام المحقق بقوله:

«التي يستدل بها على جزم المدعى بما يدعيه كما عن الكافي و الغنيه و الكيدرى و ظاهر الوسيله بل فى الكفايه نسبته إلى الشهره» و علل قول المحقق: «فلو قال أظن أو أتوهم لم تسمع» بقوله: «لان من لوازم الدعوى الصحيحه إمكان رد اليمين على المدعى و هو منتف، و للقضاء بالنكول فيها مع يمين المدعى أو عدمه و هو منتف هنا أيضا» أى: لا فرق بين النكول و الرد، و حيث أن كلا منهما منتف هنا يظهر أن هذه الدعوى ليست صحيحه. هذا توجيه منه لكلام المحقق.

قال فى الجواهر: «و لعدم صدق الدعوى عليه عرفا» أى:

لأن الدعوى هو الاخبار عن جزم.

قال المحقق «قده»: «و كان بعض من عاصرناه يسمعها فى التهمه و يحلف المنكر. و هو بعيد عن شبه الدعوى» .

أقول: مراده هو الشيخ نجيب الدين محمد بن نما الحلّى، و فى الجواهر عن بعضهم التفصيل بأنها تسمع فى مثل القتل و السرقة

و نحوهما من الأمور التي يعسر الاطلاع عليها و لا يمكن الجزم فيها بسرعه و لا تسمع في غيرها، و عن الإيضاح: أنه قوى عدم اشتراط الجزم، لكن عن الرياض الجواب عنه بأنه لم يقل به أحد من الأصحاب، بل انهم بين قولين: اعتبار الجزم و الاكتفاء بالتهمة في مقامها.

و قال في المسالك: نبه بقوله إيراد الدعوى بصيغه الجزم على أن المعتبر من الجزم عنده ما كان في اللفظ، بأن يجعل الصيغه جازمه دون أن يقول: أظن أو أتوهم كذا، سواء انضم الى جزمه بالصيغه جزمه بالقلب و اعتقاده لاستحقاق الحق أم لا، و الأمر كذلك فان المدعى لا يشترط جزمه في نفس الأمر، لأنه إذا كان للمدعى بينه يشهد له بحق و هو لا يعلم به فله أن يدعيه به عليه و ان لم يعلم سببه في نفس الأمر ما هو.

أقول: كأن ثاني الشهيدين «قده» يريد أن قول المحقق «قده»:

«بصيغه الجزم» و عدم قوله بالجزم القلبي هو لأجل وجوب السماع في هاتين الصورتين و ان لم يكن يقين قلبي، كما تجوز الشهاده بالحق استنادا إلى الإقرار و ان لم يكن يقين قلبي، و كذا المجتهد يخبر عن حكم الله تعالى و يفتي به تاره عن علم و أخرى بالاستناد إلى اماره و ان لم يجزم بذلك الحكم.

لكن الظاهر من الجواهر استظهار أنه لما كان يمكن دعوى الجزم في الموردين و يجب سماعها و ان لم يكن عن يقين، فإنه إذن يمكن دعوى الجزم في كل مورد.

أقول: ان كانت استفاده صاحب الجواهر من كلام المحقق صحيحه ورد عليه اشكاله بأن إظهار الجزم بالصيغه مع عدمه في القلب كذب و تدليس، و لكن استفاده هذا المعنى منه غير تامه، بل الحق ما ذكره صاحب المسالك، و هو الظاهر من قول المحقق «بصيغه الجزم» .

و هل الجزم شرط للسمع؟ قال به جماعه بل قيل انه المشهور، لان من لوازم الدعوى هو الحلف عند رد اليمين، و لان الدعوى لا تصدق مع عدمه. و قال في الجواهر: و التحقيق احاله الأمر إلى العرف، و في مورد التهمه تصدق الدعوى، و لو سلم عدمه يصدق التشاجر و التخاصم، و مع صدق الدعوى شملتها عمومات وجوب الحكم، ثم استشهد رحمه الله بالأخبار الوارده في تهمه القصار و نحو ذلك ((١)).

ص: ٢٧٤

و أما استدلال صاحب الرياض عليه بأن الدعوى توجب التسلط على الغير بالإلزام بالإقرار أو بالإنكار أو التبريم و هو ضرر عليه منفي، ففيه أنه قد يوجب عدم سماعها الضرر على المدعى.

و أما لزوم رد اليمين فان ذلك غير لازم في موارد كثيره و عن المحقق العراقي «قده» الاستدلال بالأخبار الواردة في القصار و الصباغ لجواز الدعوى المجهوله التي قامت الاماره على تهمة المدعى عليه، فان تم هذا الحمل بالنسبه إلى تلك الأخبار فإن التمسك بالعمومات لا مانع منه، و لو شك في تخصيصها فالأصل عدمه (١).

أحلفته» (٣) خبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضا: «لا- يضمن الصائغ و لا- القصار و لا الحائك الا أن يكونوا متهمين فيخوف بالبينه و يستحلف لعله يستخرج منه شيئا» و هذه الاخبار و نحوها تجدها في الباب (٢٩) من أبواب كتاب الإجاره من وسائل الشيعه: ١٣-٢٧١. ثم انه أجاب عن الاستدلال بهذه الاخبار بنحو ما سينقله السيد الأستاذ دام بقاءه عن المحقق العراقي.

و فى المسند: إذا كانت الدعوى بحيث لا- يترتب عليها فائده فلا تسمع، مثل أن يعلم من قبل انه لن يقر و لا يحلف و لا يرد اليمين- بناء على عدم الحكم بمجرد النكول-فلا تسمع هذه الدعوى، بخلاف ما إذا علم بترتب فائده عليها.

ص: ٢٧٤

(فى حكم مطالبه المدعى عليه بالجواب)

قال المحقق «قده»: «إذا تمت الدعوى هل يطالب المدعى عليه بالجواب أو يتوقف ذلك على التماس المدعى؟ فيه تردد، و الوجه أنه يتوقف لانه حق له فيقف على المطالبه» .

أقول: إذا حرر المدعى دعواه و المدعى عليه حاضر فهل على الحاكم أن يطالب بالجواب من المدعى عليه أو لا يطالبه به الا بعد التماس المدعى ذلك؟ لا إشكال فى جواز مطالبه الحاكم الجواب من المدعى عليه و ان لم يلتمس منه المدعى ذلك، إلا إذا رفع المدعى اليد عن حقه، فلا- موضوع لمطالبه الحاكم الجواب من المدعى عليه، فان لم يسقط حقه و لكن لم يلتمس من الحاكم المطالبه بالجواب فلا يجب كذلك، فان التمس وجب على الحاكم ذلك عند الأكثر لأن ذلك مقدمه للقضاء الواجب فيجب. و يمكن الخدشه فى ذلك بأنه ليس القضاء موقوفا على جواب المدعى عليه فى كل مورد بل للحاكم أن يطالب بإقامه البينه من المدعى فان أقامها حكم. هذا أولا- و ثانيا: لو فرض توقف الحكم عليه و أنه قد يقر بالحق فلا حاجه الى البينه، فما الدليل على وجوب تحصيل موضوع القضاء و مقدمته على الحاكم؟ و فى المبسوط ذكر فى المسأله قولين، ثانيهما: عدم التوقف،

قال: ان نفس طرح الدعوى عند الحاكم مطالبه بالجواب. وقد نقله صاحب الجواهر عن المسالك و قال: ان هذا لا ينفى التوقف، و استدل في الجواهر لعدم التوقف بأمرين: أحدهما: الأصل، و الثاني: كون ذلك حقا للحاكم المنصوب لقطع الخصومات.

أقول: هل للحاكم في مقام الدعوى حق على المترافعين مجعول شرعا، فيكون ذا حق على المدعى عليه ليطلبه بالجواب على دعوى المدعى؟ ان هذا مشكل، و لعل مراده من الحق هو الولاية و السلطنه على المترافعين لفصل الخصومه. و هذا صحيح لكن موضوع وجوب القضاء هو مطالبه المدعى بذلك، فان لم يطالب فهل يجب ذلك على الحاكم من باب الولاية؟ لا- وجه للوجوب، نعم له ذلك لغرض فصل الخصومه و حسم النزاع.

و أما الأصل: فإن مقتضاه عدم حرمه مطالبه المدعى عليه بالجواب، اللهم الا- أن يريد من الأصل ان مقتضى الإطلاقات و العمومات وجوب القضاء بعد مطالبه المدعى عليه بالجواب، و مع الشك في شرطيه التماس المدعى من الحاكم مطالبته به فالأصل عدمها، و يكون مرجع ذلك الى تخصيص أدله وجوب القضاء و الأصل عدمه.

و كيف كان فإنه يبقى عليه أنه ان أسقط المدعى حقه فلا خصومه حتى ترفع، و الا فان لم يطالب بالجواب فعلا فلا وجه لذلك بالنسبه إلى الحاكم و ان قلنا بإطلاق أدله القضاء، فيبقى صوره التماس المدعى. و هنا يمكن أن يقال بأن أدله القضاء لا تشمل هذه الصورة

بأن يحكم بعد قيام البينه و لا يطالب المدعى عليه بشيء، فان قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» و نحوه منصرف عن مثله، لا سيما و ان المتعارف من القضاء كونه كذلك، فإن القضاء كانوا يسألون المدعى عليه عن رأيه فى دعوى المدعى.

المسألة الرابعة

(فى حكم الدعوى على القاضى)

قال المحقق: «لو ادعى أحد الرعية على القاضى، فإن كان هناك امام رافعه اليه و ان لم يكن و كان فى غير ولايته رافعه إلى قاضى تلك الولاية، و ان كان فى ولايته رافعه الى خليفته» .

أقول: ان كان النزاع فى زمن حضور الإمام فإنه يرجع اليه، و ان كان فى زمن الغيبة و كان النزاع مع حاكم فإنه يحضر عند حاكم آخر فى عرضه فى ولايته فان لم يكن فى الولاية ففى غيرها و ان كان ذاك الحاكم منصوباً من قبل هذا الحاكم المخاصم. و الدليل على سماع هذه الدعوى إطلاقاً أدله القضاء.

المسألة الخامسة

(فى استحباب جلوس الخصمين بين يدى الحاكم)

قال المحقق «قده»: «يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدى

الحاكم، و لو قاما بين يديه كان جائزا» .

أقول: قال في مفتاح الكرامه: لما روى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قضى أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي.
وقول على عليه السلام فيما تقدم: «لو لا أنه ذمى لجلست معه بين يديك» وأصل البراءه وأصل الإباحه مع ضعف السند وعدم
وضوح الدلاله على الوجوب شواهد على الاستحباب. ولعل السر أنه أقرب للتسويه والخطاب معهما أسهل وأمرهما أوضح.

ص: ٢٨٠

(فى جواب المدعى عليه)

قال المحقق «قده»: «فى جواب المدعى عليه، و هو اما إقرار أو إنكار أو سكوت» .

أقول: جواب المدعى عليه للدعوى التى يقيمها المدعى له صور، و قد أضاف بعض الأصحاب الى ما ذكر المحقق صورته رابعه و هى أن يقول فى الجواب: لا ادرى (١)) ، و أضاف آخر صورته خامسه

ص: ٢٨١

و هي: أن يصرف الدعوى عن نفسه و يوجهها الى غيره كأن يقول في الجواب: لست أنا طرف الدعوى بل هو فلان.

١-الإقرار و جملة من أحكامه:

إشاره

قال: «أما الإقرار فيلزم إذا كان جائز التصرف» .

أقول: إذا أقر المدعى عليه و كان إقراره مطابقا لاعتقاده كان المؤثر هو الاعتقاد، لأنه إذا علم بأن الشيء المترافع فيه لزيد و جب عليه رده اليه عند مطالبته به سواء أقر بذلك بلسانه أو لم يقر، و حيث كان إقراره جامعا لشرائط الحجية المذكوره في محلها فإنه يلزم بما أقر به و العمل على طبقته، و لكن هل هذا الإقرار الحجج يتوقف ترتيب الأثر عليه على حكم الحاكم أو أنه بعد تماميه حجيته يترتب عليه الأثر من قبل المدعى بلا- توقف على الحكم، و لسائر الناس إلزامه من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر كما هو الحال في الإقرار الجامع لشرائط الحجية الذى يترتب عليه الأثر مع عدم المرافعه و التحاكم الى الحاكم بلا خلاف؟ .

ص: ٢٨٢

لا إشكال في أن فصل الخصومه من آثار الحكم، فمع الحكم لا تسمع دعواه لو عدل عن إقراره أو أنكره بعدئذ، و لو كان ذلك منه قبل الحكم لسمعت دعواه، فهذا الأثر يختص بالحكم، و أما غير هذا الأثر من الآثار فقد قال جماعة بأن الأحوط عدم ترتيبه حتى يحكم الحاكم، و وجه هذا الاحتياط هو أنه كما أن فصل الخصومه متوقف على الحكم فكذلك غيره من الآثار، إذ مع الحضور عند الحاكم و الترافع لديه يكون الأمر بيده و تتوقف الآثار كلها على حكمه، و ان قامت الحجج بعد الإقرار للمدعى على أخذ ما يدعيه، فلا يبعد أن يكون هذا وجه الاحتياط و ان كان مقتضى إطلاقات الأدله هو الأخذ بالحججه و به قال جماعة.

و يدل على حججه الإقرار بناء العقلاء و سيرتهم على الأخذ به سواء حكم الحاكم أو لا، و قد أمضى الشارع هذه السيره بقوله:

«إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١))، فالإقرار حجه و ان لم يحكم الحاكم، نعم يحتمل أن يكون للحكم موضوعيه في مورد النزاع، فالأحوط أن ترتب الآثار بعده.

ثم هل البينه كالإقرار أو أن حجيتها متوقفه على الحكم؟ قال غير واحد من الأصحاب-بل قيل: انه المشهور-بالفرق بين

الأمرين (١). و أن الإقرار حجه و تترتب عليه الآثار-عدا ما يختص منها بالحكم-بخلاف البينه فلا يترتب عليها أثر مطلقا، فلا يجوز له التصرف فى المال ما لم يحكم الحاكم، فالبينه حجه بعد الحكم فى مقام المرافعه إلى الحاكم، و أما مع عدم الترافع اليه و قيامها فهى حجه و الأثر مترتب عليها.

و قيل: لا فرق بين الإقرار و البينه، فكما أن الإقرار حجه و للمقر له التصرف فى المال و ترتيب الأثر و كذا لغيره باذنه، فكذلك البينه بعد قيامها. نعم يتوقف قطع النزاع على حكم الحاكم و يكون أثره عدم سماع الدعوى بعد ذلك، فان كانت حجه البينه متوقفه فى مقام التخاصم على حكم الحاكم فكذلك الإقرار من دون فرق بينهما.

ثم هل الإقرار تتقدر حجيته بمقدار ضرر المقر أو أنه كالبينه فى الطريقه إلى إثبات حق المقر له؟ مثلا: إذا أقر بأن لزيد على ذمته كذا من الدراهم يكون إقراره حجه، و أما إذا أقر بالنسبه إلى عين خارجيه بأنها لزيد فهل يفيد عدم كونها له فقط أو يفيد مع ذلك كون

العين لزيد أيضا فيكون الإقرار طريقا إلى مالكيه زيد لتلك العين كالبينه؟ وجهان.

قد يقال بالأول لأن ذلك حد دليل حجيه الإقرار و هو «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» ، و أما كون الشيء لزيد بالخصوص فلا يقتضيه بل يحتاج الى دليل آخر، بخلاف البينه فإن مفاد دليل حجيتها و هو: «انما أقتضى بينكم بالبينات و الايمان» كون الشيء لمن أقامها فضلا عن دلالة على عدم كونه للمنكر.

أقول: و الوجه الثاني غير بعيد، فإنه لما يقر بكون الشيء لزيد يلزم بما أقر به-خصوصا بعد حكم الحاكم-و كون الشيء لزيد هو من مصاديق ضرر المقر كذلك، فلا- فرق بين البينه و الإقرار من هذه الجهة، و انما ينشأ الإشكال فيما ذكرنا بناء على القول بانحلال الإقرار إلى أمرين: «أحدهما» عدم كون المقر فيه للمقر، و «الأخر» كونه للمقر له، فيقال بكونه حجه في الأول فقط-و هو عدم الملكيه-لأنه مقدار الضرر. و لكن لا وجه لهذا المعنى، بل ان نفس ملكيه زيد للشيء المقر فيه من مصاديق الضرر فيشملة «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» .

و كذلك لا فرق بين الإقرار و البينه في سماع دعوى ثالث لذلك الشيء الذى تنازعا فيه، لان حكم الحاكم يفصل الخصومه بين المترافعين فلا تسمع دعوى أحدهما بعد صدور الحكم من الحاكم فى ذلك النزاع، أما بالنسبه إلى دعوى ثالث مالكيه ما أخذه المقر

له أو مقيم البينه فلا يقتضى الحكم عدم سماعها لأنها دعوى جديده يجب سماعها و النظر فيها بحسب الموازين الشرعيه.

و أما اليمين فليس لها حجيه شرعيه بالنسبه الى غير الحاكم، فليست كالبينه و الإقرار فى ترتب آثار الحجيه، بل ان الآثار كلها تترتب عليها بالحكم (١)).

هل يحكم عليه من دون مسأله المدعى؟

قال المحقق «فده»: «و هل يحكم به عليه من دون مسأله المدعى؟ قيل: لا لانه حق له فلا يستوفى إلا بمسأله».

أقول: و هل يحكم الحاكم على المقر قبل مطالبه المقر له بالحكم؟ لا إشكال فى جواز الحكم مع مسأله المدعى، بل قد يجب كما إذا توقف استيفاء الحق على حكمه، بل لا- يبعد الوجوب و ان لم يتوقف عليه، لان الحكم من شأن الحاكم و وظيفته بعد الإقرار و المطالبه و أما الحكم من دون مطالبه المدعى ففيه قولان، فعن المبسوط:

ليس للحاكم الحكم قبل التماس المدعى، و ظاهره الحرمة قال:

لانه حق للمدعى فلا يستوفى إلا بمسأله، أى: فلا يجوز إصدار الحكم قبلها أو مع منعه. و لكن هذا التعليل غير تام، لان كونه

حقا لا ينافى أن لا يكون أداء هذا الحق موقوفا على اذنه أو مطالبته و لا يستلزم أن يكون حراما بدون ذلك، فالصحيح الرجوع الى الأدله أو الأصول، و حيث لا- دليل فى المسأله فإن الأصل مع الشك فى الحرمة هو عدم الحرمة، و مع الشك فى الوجوب فهو عدم الوجوب الا- أن يستفاد الوجوب من إطلاقات أدله الحكم و القضاء-فمقتضى الأصل هو جواز الحكم من دون مسأله المدعى هذا من الناحيه التكليفيه، و أما وضعا فالأصل مع الشك هو عدم نفوذ هذا الحكم لكن ظاهر مقبوله عمر بن حنظله «فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه.» هو الإطلاق، فليس الحكم مقيدا بالمطالبه و المسأله من المدعى.

هذا مع أن الحكم قد يكون حقا للمنكر كما إذا لم يقيم المدعى البيه فيحلف المدعى عليه، فان الحكم حينئذ حق للمدعى عليه لا للمدعى. نعم يجوز لمن كان حقا له أن لا يطالب بحقه أو يسقطه ان كان قابلا له.

اذن يمكن القول بجواز الحكم مع عدم المطالبه، الا أن يقال بوجوبه حينئذ أيضا تمسكا بإطلاقات الايات و الروايات فيقال بأن الحكم وظيفه الحاكم بعد تماميه المقدمات سواء سئل بذلك أو لا، و أما مع المطالبه فالحكم واجب بلا كلام.

قال: «و صوره الحكم أن يقول: ألزمتك.» .

أقول: كل لفظ ظاهر فى الحكم صدر بقصد الإنشاء فهو الحكم و أما «ثبت عندي» و نحوه فليس صوره له لعدم ظهوره فيه.

و هل يتحقق الحكم بالفعل بقصد الإنشاء؟ قيل: نعم، و هو مشكل لعدم تحقق الحكم بالفعل عند أهل العرف، و شمول الإطلاقات له غير معلوم.

حكم كتابه الإقرار:

قال: «و لو التمس أن يكتب له بالإقرار لم يكتب حتى يعلم اسمه و نسبه.» .

أقول: و حيث حكم فهل يجب عليه كتابه الحكم مطلقا أو فى صورته الالتماس أو لا- يجب؟ قيل: يجب لأن الكتابه من تبعات الحكم و لواحقه فيجب كتابه الحكم حتى يبقى و لا- ينكر أو ينسى، و لأنه ان لم يكتب أضع حق المقر له، و قيل لا يجب لأن الذى يفصل الخصومه و يقطع النزاع هو الحكم، و أما الكتابه فهى من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر-لا- من آثار الحكم و لواحقه- و حيث كان من باب الأمر بالمعروف لغرض استيفاء الحق و إنقاذه فإن هذا الغرض يتحقق من طرق أخرى أيضا فلا تجب الكتابه.

و قيل: تحرم الكتابه لأنها قد تكون اعانه على الإثم كما إذا أخذ الشخص الكتابه إلى حاكم جور فكانت سبب الظلم لأحد أو ارتكاب محرم من قبل الحاكم الجائر فتكون اعانه على الإثم الصادر منه، و فصل بعضهم بأنه ان كان إحقاق حق المقر له متوقفا على الكتابه وجبت و الا فلا.

و بناء على وجوب الكتابه فلا يجوز له أخذ الأجره عليها بناء

على عدم جواز أخذ الأجره على الواجبات، و هو جائز له بناء على عدم وجوبها عليه، و حيث لا يجوز له أخذ الأجره فإنه لا يجوز له أخذ شيء في مقابل الدواه و القرطاس أيضا، فظهر أن الحكم هنا يتفرع على الحكم في الفرع السابق.

هذا، و لو قصر في تطبيق القواعد و الاحكام أو خالف في شيء منها فإنه لا أثر لحكمه حيثئذ و لا نفوذ و ان كان حكمه حقا لقوله عليه السلام «. و رجل قضى بالحق و هو لا يعلم فهو في النار.» (١) إذ من الواضح أنه لا ينفذ حكم من كان من أهل النار، و لعل السر في ذلك أن الحكم له جهه تعبدية و يعتبر فيه قصد القربه و أن يكون على طبق الاحكام و القواعد المقرره لذلك من قبل الشارع، فان لم يكن كذلك أو كان بالمقدمات المحرمه لم ينفذ البتة، و عليه فلو حكم بالحق رياء أو طلبا لرضا أحد من المخلوقين لم ينفذ حكمه.

و يحتمل أن يكون السر في ذلك اشتراط نفوذ الحكم بكونه صادرا عن المقدمات الصحيحه و المشروعه، فمع انتفاء الشرط ينتفى المشروط.

و لو شك في كون إصدار الحكم واجبا تعبديا أو توصليا فإن الأصل في الواجبات هو التعبدية. و سيأتي مزيد تحقيق لهذه المسأله إنشاء الله تعالى.

هذا، و لو أجاب الحاكم المدعى بكتابه الإقرار و الحكم لم

ص: ٢٨٩

يكتب حتى يعلم اسمه و نسبه، أو يشهد على الاسم و النسب شاهدا عدل حتى يأمن الحاكم بذلك من التدليس بجعل الحكومه بالإقرار أو الشهاده به لغير من وقع، و قد اتفق حصول هذا التزوير فى زماننا من بعض المزوره، إذ حضر رجلان عند فقيه ورع-و هو مكفوف البصر-و ذكروا عنده أن فلانا حاضر عندكم يقر بأنه قد باع داره لفلان و نحن شهود على ذلك، فكتب الفقيه المذكور بذلك، ثم ظهر أنه كان تزويرا من الرجلين، و قد أدى الأمر إلى النزاع و الخصومه. إذن يشترط أن يكون الحاكم عارفا للشخص من حيث اسمه و نسبه و الا فيشترط شهاده شاهدين عادلين.

قال المحقق «قده»: «و لو شهد عليه بالحليه جاز و لم يفتقر إلى معرفه النسب.» .

أقول: و هل يغنى ذكر أوصافه و ملامحه الذاتيه عن ذكر الاسم و النسب قال المحقق: نعم، لكن فى الجواهر عن السرائر الإشكال فى كفايه ذلك، الا أن عبارته السرائر تدل على خلاف ما نسب إليها فى الجواهر فليراجع (١)). و كيف كان فما ذكره المحقق «قده» هو الأظهر لكن يجب ذكر الحليه بحيث يأمن معه من الاشتباه و التزوير.

و كيف كان فان امتثل المحكوم عليه حكم الحاكم فهو، و ان امتنع من أداء الحق أجبره الحاكم أو سائر الناس على الأداء من باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، و للغيرم أن يغلظ له القول و يخاطبه بما يكرهه في حدود الشرع، و لو لم يفد ذلك كله حبسه الحاكم بالتماس الغريم لقوله صلى الله عليه و آله و سلم- في الخبر الضعيف المنجبر بعمل الأصحاب- «لى الواجد بالدين يحل عرضه و عقوبته ما لم يكن دينه فيما يكره الله عز و جل» (١) لكن العقوبه فيه مطلقه فالظاهر إناطتها بنظر الحاكم، الا أن فى جواز حبسه لذلك نص خاص، ففي الموثق: عن أبى عبد الله عليه السلام «ان عليا عليه السلام كان يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ما له بينهم بالحصص (٢)» و فى هذا الحبس احتمالات، فيحتمل أن يكون عقوبه للمماطله السابقه منه، و أن يكون تحذيرا له عن المماطله فيما يستقبل، و أن يكون لغرض حمله على الاعتراف بما يملكه من الأموال، و يدل الخبر المذكور على أنه بعد الحبس يؤمر الغريم أو لا- بأداء الحق بأن يقسم أمواله بين الغرماء بالحصص، فان أبى فعلى الامام ذلك بعد بيع ماله، و فى خبر السكونى: «ان عليا

ص: ٢٩٢

١- ١) وسائل الشيعة: ١٣-٩٠ عن مجالس ابن الشيخ.

٢- ٢) وسائل الشيعة: ١٣-١٤٧.

عليه السلام كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال أعطى الغرماء و ان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم ان شئتم و أجروه و ان شئتم استعملوه» (١).

بل عن الشيخين في المقنعه و التهذيب رسالا: «قال الصادق عليه السلام لقوم من أصحابه: انه قد حق لي أن آخذ البرىء منكم بالسقيم، و كيف لا يحق لي و أنتم يبلغكم عن الرجل منكم القبيح فلا تنكرون عليه و لا تهجرونه و لا تؤذونه حتى يترك» فهذا يفيد جواز الإيذاء من باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، الا أنه لم يذكر حده في الروايات فيرجع ذلك الى نظر الحاكم.

فالحاصل: انه يلزم أن تكون أحكام القضاء و عقوباتهم مطابقه للأدله الشرعيه و الموازين المقرره الإلهيه، فما تداول في هذه الأيام من بعضهم من الحكم بالسجن و دفع كذا من المال في بعض الموارد حكم بل دليل، و كذا مصادره الأموال، فإنه لم يجعل الشارع هذه العقوبه على جرم في الشريعه المقدسه، و لو علم بوجود أموال مغصوبه في أموال أحد فاللازم استرداد ذلك المقدار فقط و دفعه الى صاحبه أو الى ورثته لا أن يجعل في صندوق المستضعفين أو يتصرف فيه الحاكم أو غيره تصرفات أخرى.

حكم ما لو ادعى الإعسار:

قال المحقق «قده»: «و لو ادعى الإعسار».

ص: ٢٩٣

أقول: أى لو أقر بالحق ثم ادعى الإعسار، فإن استبان فقره و علم صدق دعواه أنظره لقوله تعالى «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرِهِ» (١) و للموثق الاتى ذكره و غيره.

قال: «و فى تسليمه الى غرمائه ليستعملوه أو يؤاجروه روايتان.» .

أقول: قال فى الجواهر: أشهرهما عملا- و أصحهما سندا أو أكثرهما عددا و أوفقهما بالأصل و الكتاب روايه الإنظار، يعنى الموثقه:

«ان عليا عليه السلام كان يحبس فى الدين، فإذا تبين له حاجه و إفلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا» (٢) و روايه السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام: «ان امرأه استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها و كان زوجها معسرا فأبى أن يحبسه و قال: ان مع العسر يسرا» (٣) و مراده من الأصل هو أنه مع الشك فى وجوب كونه أجيرا أو تسليم نفسه ليؤاجروه حتى يؤدى دينه فالأصل عدم الوجوب، و المراد من الكتاب الآيه الشريفه المذكوره آنفا.

و الروايه الأخرى ما رواه السكونى: «ان عليا عليه السلام كان يحبس فى الدين ثم ينظر فان كان له مال أعطى الغرماء و ان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم ان شئتم و أجروه و ان شئتم استعملوه.» .

ص: ٢٩٤

١-١) سورة البقره: ٢٨٠.

٢-٢) وسائل الشيعه: ١٣-١٤٨.

٣-٣) وسائل الشيعه: ١٣-١٤٨.

لكن الشيخ عمل فى النهايه بروايه السكونى، و عن ابن حمزه التفصيل بين ما إذا كان يتمكن من العمل فيستعمل، و ما إذا كان عاجزا.

عن العمل فينظر حتى حصول الميسره.

و قد رجح صاحب الجواهر الاولى على الثانيه لموافقته للكتاب، و قيل ان روايه السكونى غير مخالفه للكتاب حتى ترجح الاولى عليها لان المتمكن من العمل ليس معسرا، و بهذا المعنى صرح العلامة فى المختلف، و لذا لا يستحق الزكاه لأنه واجد للمال بالقوه.

أقول: ان كان لفظ «المعسر» ظاهرا فيمن ليس واجدا للمال فعلا سواء تمكن من تحصيله بسهولة أو لا وافقت الروايه الأولى لظاهر الكتاب، و ان كان ظاهرا فيمن ليس واجدا للمال و لو بالقوه لم توافقه، و الظاهر أن «المعسر» هو الذى ليس عنده مال و لا يمكنه تحصيله، لأن أكثر الناس يحصلون مؤنتهم عن طريق العمل و اجاره أنفسهم فى مختلف الصنائع و الحرف و الأشغال. لكن روايه السكونى تخالف الكتاب من جهه أخرى، و ذلك أنها تدل على تسليمه الى الغرماء و ليس فى الكتاب دلالة على ذلك.

و يحتمل أن تكون روايه السكونى موافقه للأصل، فإنه إذا كان مال المدين أقل من حقوق الغرماء أو مساويا لها منعه الحاكم عن التصرف فى ماله مع مطالبه الغرماء لحقوقهم، لان تصرفه فى ماله يوجب الضرر فى حقوق أولئك الا أن يأذنوا بذلك، فلو كان المدين ذا صنعه و حرفه لها ماله يبذل بإزائها المال و الغرماء يطالبون بحقوقهم

ص: ٢٩٥

كان على الحاكم أن يمنعه من العمل لنفسه و تسليمه الى الغرماء ليستعملوه حتى يستوفوا حقوقهم عن طريق استعماله و تشغيله- كما يمنعه و يحجره عن التصرف فى اعيان أمواله-لأن المفروض مالىه عمله، فتكون روايه السكونى غير مخالفه للأصل إذ الأصل وجوب حفظ حق الناس كيفما أمكن و المنع عن تضييعه و السعى وراء أدائه.

نعم لا- يجوز حمل المدين على عمل حرجى أو إجباره على تحصيل المال عن طريق غير متعارف كأن تؤمر الامراه بالتزوج لتأخذ المهر و تقضى الديون أو يؤمر الرجل بنخلع زوجته فيأخذ عوضه و نحو ذلك.

و بما ذكرنا يجمع بين الروايتين بأن من كان ذا صنعه و حرفه يستعمل و يحسب عمله عوضا عن ديونه نظير من عمل فى بناء المسجد مده و طلب من الفقيه أن يحسب عمله بدلا عن مبلغ معين من سهم الامام عليه السلام فى ذمته، و من لم يكن كذلك و لا يتمكن من عمل مشروع مطابق لشأنه فإنه ينظر حتى حصول الميسره.

هل يحبس حتى يتبين حاله؟

قال المحقق: «و هل يحبس حتى يتبين حاله؟ فيه تفصيل ذكر فى باب الفلس» .

أقول: لو أقر بالحق و ادعى الإعسار و جهل حاله ففى المسأله صور أربع

الصورة الاولى: ان يكون حالته السابقه الإعسار و الدائن يصدقه فى ذلك لكنه يدعى يساره الان و المدين يدعى بقاء حاله الإعسار.

الصورة الثانية: أن يقر بالدين و باليسار سابقا-أو وجود مال الدائن عنده ان كان أصل الدعوى مالا-لكن يدعى الإعسار الان فيقول له الدائن: أنت على يسارك السابق، أو أن مالى موجود عندك الاذن.

الصورة الثالثة: الجهل بحالته السابقه.

الصورة الرابعة: أن يكون سابقا معسرا تاره و واجدا أخرى.

و تفصيل الكلام فى الصورة الاولى: فى هذه الصورة يجب على الدائن الذى يدعى يسار المدين إقامه البيئه على دعواه، لان قول مدعى الإعسار هو الموافق للأصل، فان أقام البيئه حكم على المدين بدفع المال و أداء الحق و لا معنى للأنظار، و ان أبى حبس، و ان لم يقم البيئه أحلف مدعى الإعسار فإن حلف أنظر، و ان رد اليمين على من يدعى اليسار أحلف، فان حلف حكم على المدين بأداء الحق فإن أدى فهو و الا حبس، و ان امتنع عن اليمين فليل:

انه مع رد اليمين على المدعى و نكوله يكون النكول سببا للحكم بضرره، لان النكول عن اليمين المردوده هو بمثابة يمين المدعى عليه، و قيل: النكول لا يوجب ذلك و تبقى الدعوى مجمله، و المرجع فى صوره إجمال الدعوى-فى غير مسألتنا-هو الأصول و القواعد،

أما فى هذه الصورة فى محل الكلام فالمرجع هو قوله تعالى:

«وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ» فإنها تدل على أن وجوب الانظار مشروط بكونه معسرا، أى ان للدائن مطالبه حقه من المدين إلا- فى حال كونه ذا عسره، فان أحرز الشرط ترتب حكم وجوب الانظار، و مع الشك فلا يحكم بوجوبه، فله المطالبه بحقه و أن يطلب من الحاكم حسبه ان امتنع عن أدائه.

و لو أقام مدعى الإعسار البينه على ذلك قال بعض الأصحاب بحجيه تلك البينه بناء على إطلاق قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

«إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان»، و قيل: لا تقبل منه البينه لأنه منكر لقوله عليه الصلاه و السلام: «البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر» (١) و سيأتى تحقيق المسأله فى محلها ان شاء الله تعالى، و على الأول فهل يحتاج الى ضم اليمين إلى البينه؟ قيل: لا، لأن البينه حجه تامه، و قيل: نعم، لأن البينه على النفى ليست بحجه فلا بد من ضم اليمين إليها.

٢- الإنكار و جملة من احكامه:

اشاره

قال المحقق: «و أما الإنكار فإذا قال «لا حق له على» فان كان المدعى يعلم أنه موضع المطالبه بالبينه فالحاكم بالخيار ان شاء قال للمدعى: أ لك بينه؟ و ان شاء سكت، أما إذا كان المدعى لا

ص: ٢٩٨

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-٢١٥ فى حديث فدك عن تفسير على ابن إبراهيم القمى.

يعلم أنه موضع المطالبة بالبينه وجب أن يقول الحاكم ذلك أو معناه، فان لم تكن له بينه عرفه الحاكم أن له اليمين، و لا يحلف المدعى عليه الا بعد سؤال المدعى لانه حق له فيتوقف استيفاؤه على المطالبه .

أقول: حاصل ما ذكره قدس سره أنه ان طرح المدعى دعواه عند الحاكم و قال المدعى عليه: لا حق له على، فالمدعى اما لا يعلم بأن عليه إقامه البينه على ما يدعيه فحينئذ يطالبه الحاكم بإقامتها، و اما يعلم فلا يجب على الحاكم أن يطلب منه ذلك، فان لم يكن عنده بينه على دعواه أو لم يقيمها أعلمه الحاكم بأن له استحلاف المدعى عليه المنكر لدعواه، لان ترتب الأثر على يمين المدعى عليه مشروط باستحلافه إياه، فلو حلف بدون له ليرتب عليه أثر، و كذا لو استحلفه المدعى و لم يحلفه الحاكم، أو أحلفه الحاكم بدون استحلاف المدعى، فترتب الأثر على يمين المدعى عليه يتوقف على كلا الأمرين: استحلاف المدعى و إحلاف الحاكم إياه بعد ذلك بإذن المدعى.

و هل المراد من قوله: «و لا يحلف المدعى عليه الا بعد سؤال المدعى» و أن الحاكم لا يحلفه الا بعد اذنه هو الأثر التكليفي أو الوضعي؟ أما تكليفا فلا أثر لليمين الواقعة بدون أحد الأمرين لأنها حينئذ لغو، بل قد يقال بحرمتها للنهي عن ذلك في الكتاب حيث قال عز و جل «وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ» (١)، هذا بالنسبه

ص: ٢٩٩

الى المدعى عليه، و أما الحاكم فان قلنا بحرمة الحلف على المدعى عليه لما ذكرنا حرم على الحاكم إحلافه لأنه يأمره بالمعصية حينئذ و أما وضعا فلا يترتب على هذه اليمين أثر، و هذا هو المراد من قول المحقق «قده» :

«و لو تبرع هو أو تبرع الحاكم بإحلافه لم يعتد بتلك اليمين و أعادها الحاكم ان التمس المدعى» .

و لقد استدلووا لعدم تأثيره وضعا بأن إحلاف المدعى عليه حق للمدعى، و ما لم يأذن صاحب الحق بذلك لم يكن للحاكم إحلافه لتوقف استيفاء حق المدعى عليه مطالبته. و فيه تأمل: لأن مجرد كون ذلك حقا للمدعى لا يمنع من قيام الحاكم بوظيفته الشرعيه و هو فصل الخصومه بين المتنازعين بعد تحاكمهما إليه، فإنه بعد التحاكم اليه يجب عليه النظر فى القضية بحسب الموازين الشرعيه لغرض قطع النزاع من بين المتخاصمين، فلا يمكن المساعدة على القول بعدم ترتب الأثر على حكم الحاكم الصادر بعد إحلافه المدعى عليه بدون إذن المدعى بالاستناد الى مجرد كون الحلف حقا للمدعى، بل قضيه إطلاقات أدله الحكم و القضاء كتابا و سنه هو نفوذ حكمه و وجوب امتثاله و ان كان صادرا بدون إذن المدعى، و لا مجال لدعوى انصرافها عن مثل هذا المورد.

فالحاصل: كونه حقا للمدعى لا يكون دليلا على عدم جواز حكم الحاكم و عدم نفوذ الحكم الصادر بدون مطالبه المدعى باستيفاء حقه فى إحلاف المدعى عليه.

كما أن هذا الحق لا يجوز له منع المدعى عليه من الحلف ان أراد أن يحلف، بل هو كحق الدائن على المدين حيث لا يجوز له أن يمنعه عن أداء الدين اليه الا بقصد إسقاط حقه و إبراء ذمته، أو بقصد التنازل عن حقه و العدول عن مطالبته فيما نحن فيه، و أما بقصد إبقاء النزاع و الخصومه فلا.

و قد اعترض في الجواهر على استدلالهم بما ذكر بأن ذلك يقتضى عدم تحليفه مع عدم رضاه لا عدمه مطلقا حتى مع قيام شاهد الحال، و ذلك لاین الحق كالمال، فكما يجوز بعض التصرف في مال الغير برضاه و لو بشاهد الحال فكذلك الحق و لا يلزم الاذن الصريح منه بالحق، و عليه فان مجيئه بالخصم الى الحاكم و طرح الدعوى عنده يكفى شاهدا على رضاه بإحلاف المدعى عليه و الحكم في القضية.

و من هنا قال في الجواهر: فالأولى الاستدلال لذلك بعد الإجماع بظاهر النصوص الآتية في اشتراط الرضا الذى لا بد من العلم به، و شاهد الحال انما يفيد الظن فتأمل.

أقول: اذن لا بد من النظر في الاخبار، و قد وجدنا هذه الاخبار داله على لزوم الاستحلاف، ثم إذا حلف ذهب اليمين بحقه، فهذه الاخبار حيث ورد فيها الاستحلاف تكون بمنزله الشارح لإطلاقات «البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر» أو المبين لإجمالها، إذ تضمنت كيفية اليمين و أن المدعى يستحلف المنكر، فلو فرض

عدم دلالة الاخبار على تأثير اليمين بدون استحلاف المدعى فلا- ريب في أن القدر المتيقن من مدلولها كون يمين المنكر بمطالبه المدعى. و بهذا البيان يتم دلالة هذه الاخبار بظاها على ما ذهب إليه الأصحاب، و يكون ما نحن فيه نظير المعاملات، فان العلم برضا صاحب المال بيع ما له لا يكفي لجوازه بل لا بد من إظهار رضاه الباطن و التصريح به. و لعل السر في ذلك أنه كثيرا ما يندم البائع عن بيع متاعه فمع التصريح بالاذن و الرضا لا يؤثر ندمه، بخلاف ما إذا أريد الاعتماد على رضاه فيمكنه إنكار الرضا أصلا و لا- طريق إلى إثبات الرضا الباطني، و هنا كذلك فإنه إذا قال له احلف لم يبق له مجال بعدئذ للإنكار بخلاف ما إذا أريد الاستناد الى الرضا.

فحاصل المستفاد من الاخبار أن لاستحلاف المنكر موضوعيه في قبول حكم الحاكم في تلك القضية.

هذا و ليس في الروايات أن يقول المدعى للحاكم: أحلفه، بل فيها أنه يستحلف المنكر، بل في بعض الروايات أنه بنفسه يقول للمنكر: احلف، فما الدليل على أن استحلافه إياه هو أن يقول للحاكم: حلفه؟ و أن على الحاكم الاستيذان منه في إحلاف المنكر؟ و حيث لا دلالة في الاخبار على اشتراط الاذن فما هو وجه القول بعدم الاعتداد بيمين المنكر مع عدم إذن المدعى؟ ثم انه إذا أحلفه في حضور الحاكم و حلف فما الدليل على عدم صدق الاستحلاف

عليه؟ و هل المراد من الاستحلاف استدعاؤه من الحاكم إجلاله؟ اللهم الا أن يكون الدليل هو الإجماع و أن سيره المسلمين منذ صدر الإسلام حتى الان هي على إجلال الحاكم المنكر بعد مطالبه المدعى، و الا فإن المستفاد من الروايات هو ما ذكرناه، بل قيل: انه يعتد بيمينه الواقعه بعد التماس المدعى و ان لم يكن في محضر الحاكم، و هو مقتضى إطلاق معتبره ابن أبي يعفور:

«إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له. قلت له:

و ان كانت عليه بينه عادله؟ قال: نعم.» (١).

لكن الظاهر أنها محموله على المعهود المتداول بين المسلمين في كيفية حل النزاع بينهما، فان المتخاصمين يتحاكمان الى الحاكم و يفوضان الأمر إليه فتجرى في مجلسه جميع المقدمات باذنه و تحت نظره ثم يحكم في الواقعه بحسب الموازين المقرره في الشرع، فلا- إطلاق لها إذا، و يشهد بما ذكرنا أن في الروايه: «قلت: و ان كانت له عليه بينه عادله؟» أى: هل اليمين تذهب بحقه و ان كانت له عليه بينه؟ فقد يتفق غياب البينه و هما مستعجلان في فصل خصومتها فيحلف المدعى عليه المنكر ثم يحضر الشاهدان، فان المراد من البينه هنا هي البينه التي تقام عند الحاكم كما هو واضح، و بقرينه

ص: ٣٠٣

المقابلة بين هذه البيه و اليمين يعلم أن المراد من اليمين فى الخبر هى يمين المنكر عند الحاكم.

ثم ان الإجماع المدعى على لزوم إذن المدعى فى يمين المنكر مستند الى فهم الأصحاب اشترط ذلك من بعض الروايات أو الى السيره المستمره التى ذكرناها، و أما كونه إجماعا تعبديا غير مدركى فبعيد جدا، و الأظهر استناده الى السيره المستمره القائمه على كون أمر المترافعين بيد الحاكم بعد التحاكم اليه، و أنهما ليسا مختارين فى حل النزاع بينهما حيثئذ، و لذا قالوا بأن الحاكم يطالب المدعى بالبينه و يذكره بإقامتها ان كان غافلا عن ذلك، بل قيل بلزوم قول الحاكم له: أ لك بينه؟ و ان لم يكن غافلا فهذا يكشف عن قيام السيره على أن أمر المترافعين بيد الحاكم و أنه لا يجوز لهما التقدم عليه فى شأنهما، نعم القدر المتيقن من نفوذ حكم الحاكم هو الحكم الصادر منه بعد إحلاف المنكر بطلب من المدعى.

و ليس المراد من «الإحلاف» أن يأمر الحاكم المنكر بالحلف حتى يكون المنكر عاصيا بنكوله منه، لان المنكر بالخيار بين اليمين و الرد و النكول، بل المراد هو أن يأذن له باليمين، و هذا هو مراد من عبر ب «الأمر» أيضا.

و قد روى الشيخ الصدوق معتبره ابن أبى يعفور المذكوره بزياده جمله «من حلف لكم على حق فصدقوه» (1) و قد يدعى

ص: ٣٠٤

كونها مطلقه، لكنها محموله على ما ذكرنا ولا سيما و أن الجملة في ذيل تلك الروايه.

و في روايه أخرى: «. و ان تركه و لم يستحلفه فهو على حقه» (١).

و في أخرى لعبد الله بن وضاح: «كانت بيني و بين رجل من اليهود معامله فخانني بألف درهم فقدمته إلى الوالي فأحلفته فحلف، و قد علمت أنه حلف يمينا فاجر، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح و دراهم كثيره، فأردت أن أقتص آلاف درهم التي كانت لي عنده و أحلف عليها، فكتبت الى أبي الحسن عليه السلام فأخبرته: أنى قد أحلفته فحلف، و قد وقع له عندى مال، فإن أمرتى أن آخذ منه الالف درهم التي حلف عليها فعلت. فكتب: لا تأخذ منه شيئا ان كان قد ظلمك فلا تظلمه، و لو لا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، و لكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها» (٢) و قد استشهد في الجواهر بما في هذا الخبر-من أنه قد أحلفه عند الوالي لا الحاكم-على كفايه الحلف و ان لم يكن عند الحاكم.

لكن لعل هذا الوالي الذي حلف عنده كان من الولاه الذين لهم الولايه على الحكومه و نصب القضاء بعد الترافع اليه، فلا يستفاد منها كفايه الحلف عند غير الحاكم، و القدر المتيقن منها ما ذكرناه.

ص: ٣٠٥

١-١) وسائل الشيعة: ١٨-١٧٩.

٢-٢) وسائل الشيعة: ١٨-١٨٠.

و كيف كان فلو حلف سقطت دعواه في الدنيا و ان لم تبرء ذمته ان كانت يمينه فاجره بالإجماع، و في الحديث: «. فأیما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعه من النار» (١).

قال المحقق «فده»: «ثم المنكر اما أن يحلف أو يرد أو ينكل».

أقول: عند ما يطرح المدعى الدعوى و ينكر المدعى عليه فاما أن يحلف مع اذن الحاكم أو يرد اليمين على المدعى أو ينكل فلا يحلف و لا يردها عليه.

حكم ما إذا حلف المنكر:

قال: «فإذا حلف سقطت الدعوى».

أقول: إذا حلف المنكر سقطت دعوى المدعى و لا- حق له على المنكر، ثم ان أثر هذه اليمين هو أنه ان كان صادقاً فكالأول، أى:

ان كان الشىء المتنازع فيه له حقاً فهو، و ان كان كاذباً فكذلك، أى لا يكون الشىء له باليمين و يحرم عليه التصرف فيه كما كان كذلك من قبل، هذا بالنسبة إلى المنكر نفسه، و أما بالنسبة الى المدعى فلا تجوز له مطالبه المدعى عليه بالشىء بحسب الظاهر و هذا معنى سقوط دعواه، و أما بالنسبة إلى الحاكم فأثر اليمين أن عليه أن يحكم للمنكر بما يطابق قوله، و أما بالنسبة إلى سائر الناس فإنهم إذا أرادوا

ص: ٣٠٦

التصرف فى الشىء المتنازع فيه لزمهم الاستيدان من المدعى عليه.

قال المحقق: «و لو ظفر المدعى بعد ذلك بمال الغريم لم تحل له المقاصه» .

أقول: و إذا سقطت الدعوى فهل للمدعى التقاص من مال المدعى عليه بحيث لا يشعر بذلك أحد؟ ادعى الاتفاق على عدم جواز التقاص منه ان كان مورد النزاع ديناً، و أما إذا كان عينا فالمشهور على الجواز، و قال جمع بالعدم و بقاء الحق إلى الآخره، بل قالوا بعدم جواز التصرف فى العين المتنازع فيها و ان لم يكن تصرفاً منافياً لكونها بيد المدعى عليه كأن تكون عبداً و يعتقه فى سبيل الله عز و جل أو يبرأ ذمه المنكر قربه الى الله تعالى، لان ذلك ينافى حكم الحاكم المقتضى لعدم كون المنكر مديناً للمدعى و مقتضى الإبراء كونه مديناً له.

أقول: ان مقتضى القاعده هو جواز التقاص منه-الا أن يقوم الدليل على المنع-إذ ليس الحكم من المملكات و النواقل للأموال و الا- لما قال صلى الله عليه و آله و سلم: «. فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعه من النار» فلا يقال بأنه على أثر اليمين و الحكم يكون الحالف مالكا و ان أثم فى اليمين الكاذبه نظير البيع وقت النداء من يوم الجمعة، و حيث لا تصبح العين ملكاً للحالف يمينه فاما أن تكون ملكاً بلا- مالك أو تبقى على ملك المدعى و الأول ساقط فثبت الثانى، فللمدعى التصرف فى العين أينما وجدها غير أنه يكون حينئذ راداً على الله لمخالفته لحكم الحاكم، و لكن

لو فعل ذلك خفيه أمكن القول بالجواز لعدم تحقق الرد. اللهم الا أن يقال بوجوب التزام المدعى بترتيب آثار مالكيه المدعى عليه و ان كانت العين ملكا له في اعتقاده، و أن سائر الناس ملزمون بمعامله هذه العين معاملة ملك المنكر كالمدعى نفسه، فعليهم الاستيذان من المنكر ان أرادوا التصرف فيها، و قيل بوجوب ذلك عليهم ان لم يكونوا عالمين بكونها ملكا للمدعى في نفس الأمر، الا أن الكلام في أثر إذن المدعى عليه حيث قد حلف كاذبا و هو يعلم بأن العين لم تدخل في ملكه واقعا بل هي باقيه على ملك المدعى، فإنه لا يجوز له الاذن و لو أذن لم يؤثر، فالأحوط لهم الاستجازه من المتداعيين كليهما في التصرف في العين.

قال المحقق: «و لو عاود المطالبه أثم و لم تسمع دعواه» .

أقول: أى ان الحاكم بعد ما حكم بأن الشيء للمنكر أو بأنه ليس مدينا للمدعى لا يجوز له سماع الدعوى مره ثانيه، و لا استماع شهاده بينه المدعى على مالكيته للشيء المتنازع فيه، قال المحقق: «و لو أقام بينه بما حلف عليه المنكر لم تسمع» و هذا مذهب المشهور بل حكى عليه الإجماع، و ذلك لحكومته خبر ابن أبي يعفور عن الصادق «ع» :

«إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف لا حق له قبله ذهب اليمين بحق المدعى فلا دعوى له. قلت له: و ان كانت عليه بينه عادله؟ قال: نعم و ان أقام بعد ما استحلفه خمسين قسامه ما كان له، و كانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه. قال رسول الله من حلف لكم بالله فصدقوه و ان سألكم بالله

فأعطوه، ذهب اليمين بدعوى المدعى ولا دعوى له» (١) وغيره من الاخبار على: «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» (٢).

و هنا قولان آخران، قال المحقق: «و قيل: يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين، و قيل: ان نسي بينته سمعت و ان أحلف» و الثالث: انها تسمع مطلقا، قال المحقق: «و الأول هو المروى» و تلك الأقوال مخالفه للنصوص الوارده فى المقام، و هى تدل على أن يمين المنكر يذهب بحق المدعى و أنه لا تسمع بعد ذلك دعواه أبدا، و قد عمل الأصحاب بتلك النصوص الا من شذ.

قال المحقق: «و كذا لو أقام بعد الإحلاف شاهدا و بذل معه اليمين، و هنا أولى» و هذا واضح.

قال: «أما لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته و حل مقاصته».

أقول: لو أكذب المدعى عليه الحالف نفسه بعد يمينه فهل يكون إقراره بالكذب كالبينه التى يقيمها المدعى بعد يمين المنكر فى عدم التأثير أو يؤثر هذا الإقرار؟ ان دليل حجية الإقرار مطلق، فهو حجه سواء كان قد حلف أو لا، و دليل حجية اليمين و ذهابها بحق المدعى مطلق فهى تذهب بحقه سواء أكذب الحالف نفسه بعدها أو لا، فالنسبه بين الدليلين

ص: ٣٠٩

١-١) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٩.

٢-٢) وسائل الشيعه: ١٨-٢١٥.

هو العموم من وجه، فهل يتقدم دليل الإقرار لذهاب الأصحاب الى ذلك أو أنه لا تعارض بينهما في مورد الاجتماع لحكمه دليل ذهاب اليمين بحقه على دليل الإقرار لأنه رافع لموضوعه؟ المستفاد من المعتبره: «انى كنت استودعت رجلا مالا فجدنيه فحلف لى عليه، ثم انه جاءنى بعد ذلك بسنتين بالمال الذى أودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذ و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فهى لك مع مالك و اجعلنى فى حل، فأخذت منه المال و أبيت أن آخذ الربح منه، و رفعت المال الذى كنت استودعته و أبيت أخذه أستطلع رأيك، فما ترى؟ فقال: خذ نصف الربح و أعطه النصف و حلله، فان هذا الرجل تائب و الله يحب التوابين» (١) كون الإقرار مسموعا و أنه يتقدم على أدله ذهاب اليمين بحق المدعى.

بل ان تلك الأدله منصرفه عن صورته تكذيب الحالف نفسه.

بل ان اليمين من الطرق العقلية، و قد جعل الشارع يمين صاحب اليد طريقا لتثبيت حقه لو نازعه أحد على ما فى يده، كما أن الدليل المعتمد فى حجيه خبر الواحد هو السير و بناء العقلاء لكن اعتبارهم لليمين و الخبر مقيد بما إذا لم يكذب الحالف أو المخبر نفسه، و عليه فلا معنى للقول بإطلاق دليل حجيه خبر الواحد و يمين الحالف، لان عدم ترتيب العقلاء الأثر على ذلك حينئذ يكشف عن عدم اعتبار الشارع لتلك اليمين و أنها ليست مصداقا عنده لأدله ذهاب اليمين بحق المدعى. و كذلك اليينه لو أكذب الشاهدان

ص: ٣١٠

و أما بقاء مالكيه المدعى على المال فهو مقتضى خبر مناهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حيث ورد فيه النهى عن أكل أموال الناس بشهاده الزور، فعن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبي «ص»: «فى حديث المناهى: انه نهى عن أكل مال بشهاده الزور» (١). و كذا قوله «ص»: «. فإنما قطعت له قطعه من النار» (٢).

و فى خبر عبد الله بن وضاح: «كانت بينى و بين رجل من اليهود معامله فخانى بألف درهم فقدمته إلى الوالى فأحلفته فحلف، و قد علمت أنه حلف يمينا فاجره، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح و دراهم كثيره، فأردت أن أقتص الالف درهم التى كانت لى عنده و أحلف عليها، فكتبت الى أبى الحسن فأخبرته. فكتب: لا- تأخذ منه شيئا ان كان قد ظلمك فلا- تظلمه، و لو لا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، و لكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها» (٣).

بناء على أنه عليه السلام قد استعمل لفظ «الظلم» فيها من باب المشاكلة كما فى قوله تعالى «فَمَنْ إِعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» (٤)، و الا فإن أخذ الحق ليس ظلما حقيقه، نعم

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٦٩.

٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٦٩.

٣- ٣) وسائل الشيعه: ١٨-١٨٠.

٤- ٤) سورة البقره: ١٩٤.

هو بعد حكم الحاكم غير جائز شرعا.

فتحصل: ثبوت ملكية المدعى للمال المتنازع فيه بعد إقرار الحالف بالكذب و سقوط يمينه عن التأثير، بخلاف البيه التي يقيمها المدعى بعد حلف المنكر فقد دلت النصوص على تقدم اليمين و عدم سماع البيه بعدها.

هذا، و في كلمات صاحب الجواهر أن اليمين لا تذهب بالمال بل تذهب بحق المدعى على المنكر. و فيه: أنه لا يثبت لصاحب المال المدعى حق على المنكر، بل ليس لصاحب المال المغصوب منه حق على غاصبه، و انما له المطالبه بماله و إيقاع أنحاء التصرفات فيه، و من الواضح ان هذه التصرفات من آثار سلطنته على ماله و ليست حقوقا له على من عنده المال، فالصحيح أن أدله ذهاب اليمين بحق المدعى تمنع تصرفه في ماله الذي بيد المنكر بعد يمينه لكن لا مانع من بقاء اعتبار مالكيته له و المنكر مخاطب بترتيب آثارها على هذا المال الذي بيده، فإن أكذب نفسه جاز للمدعى مطالبته بالمال و حلت له مقاصته ان امتنع من تسليمه.

و في المسالك: «أما لو أكذب الحالف. كما يحل له مع امتناعه من التسليم لتصادقهما حينئذ على بقاء الحق في ذمه الخصم فلا وجه لسقوطه». أقول: هذا يتوقف على عدم تماميه إطلاق أدله «ذهبت اليمين بحقه» كما ذكرنا و الا كان الإطلاق هو الوجه لسقوط الحق.

ص: ٣١٢

ثم انه هل يسقط حق المدعى بمجرد يمين المدعى عليه أو يتوقف ذلك معها على حكم الحاكم؟ ظاهر النصوص هو الأول، قال السيد: و الانصاف أنه ليس كل البعيد ان لم يكن الإجماع على خلافه. و الصحيح هو الثانى وفاقا للجواهر، لان اليمين مقدمه للحكم-كالبينه-و فصل الخصومه يحصل بالحكم و قد قال صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» أى: ان الحكم القاطع للنزاع يصدر بعد قيام البينه أو تحقق اليمين، فكل واحده منهما فى موردها مقدمه لحكم الحاكم و به ينقطع النزاع، فلو حلف المدعى عليه و لم يصدر الحكم من الحاكم لسبب من الأسباب جاز للمدعى استئناف الدعوى.

هذا كله إذا حلف المنكر.

حكم ما إذا رد اليمين:

قال المحقق: «و ان رد اليمين على المدعى لزمه الحلف» .

أقول: ان رد المنكر اليمين على المدعى قالوا: يجب على المدعى أن يحلف، و ليس المراد من هذا الوجوب أو اللزوم هو الوجوب التكليفى بل بمعنى أنه ان أراد تحصيل حقه من المدعى عليه لزمه الحلف، فهو لزوم وضعى من باب المقدمه لاحقاق الحق فإذا حلف حكم له و وجب على المنكر تسليم الشىء المتنازع فيه اليه.

و يدل على ذلك الإجماع و الاخبار المستفيضه أو المتواتره كما

فى الجواهر، و هذه نصوص طائفه من تلك الاخبار نذكرها لاشتمالها على أحكام أخرى أيضا:

١- محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «فى الرجل يدعى و لا بينه له. قال: يستحلفه فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له» (١).

٢- عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام: «فى الرجل يدعى عليه الحق و لا بينه للمدعى. قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق فان لم يفعل فلا حق له» (٢).

٣- الصدوق بإسناده عن أبان عن جميل عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا أقام المدعى بينه فليس عليه يمين و ان لم يتم بينه فرد عليه الذى ادعى عليه اليمين فأبى فلا حق له» (٣).

٤- الكلينى عن حميد بن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعه عن بعض أصحابه عن أبان عن رجل عن أبى عبد الله عليه السلام:

«فى الرجل يدعى عليه الحق و ليس لصاحب الحق بينه. قال: يستحلف المدعى عليه فان أبى أن يحلف و قال: أنا أرد اليمين عليك لصاحب الحق فإن ذلك واجب على صاحب الحق أن يحلف و يأخذ ماله» (٤).

٥- يونس عن رواه قال: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه:

ص: ٣١٤

١- (١) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٦. و هى صحيحه.

٢- (٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٦. و هى صحيحه.

٣- (٣) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٧ و ليلاحظ طريق الصدوق الى أبان.

٤- (٤) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٧. و هى مرسله.

بشهاده رجلين عدلين، فان لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان، فان لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدعى، فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه، فان لم يحلف ورد اليمين على المدعى فهي واجبه عليه أن يحلف و يأخذ حقه، فان أبى أن يحلف فلا شيء له» (١).

٦- عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: قلت للشيخ عليه السلام:

«خبرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه بماله.

قال: فيمين المدعى عليه فان حلف فلا- حق له، و ان رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا- حق له (و ان لم يحلف فعليه) و ان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه بينه فعلى المدعى اليمين بالله الذي لا إله الا هو لقد مات فلان و أن حقه لعليه، فإن حلف و الا فلا حق له، لأننا لا ندري لعله قد أوفاه بينه لا نعلم موضعها، أو غير بينه قبل الموت، فمن صارت عليه اليمين مع بينه فإن ادعى بلا- بينه فلا- حق له لان المدعى عليه ليس بحى، و لو كان حيا لا لزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق» (٢).

فتحصل أن للمنكر رد اليمين على المدعى فان حلف ثبت حقه و حكم له، و أما إذا كانت دعواه ظنيه فقيل لا تسمع الدعوى الظنيه

ص: ٣١٥

١- ١) وسائل الشيعة: ١٨-١٧٦. و هي مضمرة.

٢- ٢) وسائل الشيعة: ١٨-١٧٢. و فيها «ياسين الضرير» و ليس لأئمه الرجال فيه مدح و لا ذم.

مطلقا، وقيل: بل تسمع إذ قد تقوم البيه على طبقها و تكون دليلا و مستندا لحكم الحاكم، لكن لا أثر لرد المنكر اليمين على المدعى حتى على القول الثانى، لأن الظان لا يمكنه الحلف، و كذا لو كان المدعى يدعى شيئا لغيره كولى الصغير الذى يدعى على أحد حقا للصغير، لان يمينه لا تثبت حقه و ان كان جازما به، لما تقرر عندهم من أن يمين أحد لا تثبت الحق لغيره، و كذا الأمر لو كان المدعى وصيا لميت فيدعى وصيته بشىء فينكر الوارث مثلا- ذلك، فإن أقام البيه على دعواه فهو و الا حلف الوارث أو أقر بالحق و لا يرد اليمين على الوصى. و قيل: لقد قام الدليل على أن البيه على المدعى و على المنكر أن يحلف أو يرد أو ينكل، و هذا الدليل مطلق يشمل صورته ما إذا لم يتمكن المدعى من اليمين أو لم تكن يمينه نافذه، فنحكم فى صورته رد المنكر اليمين و عجزه عنها- لكونه ظانا أو لكون الحق لغيره- بسقوط الحق المدعى لا بأن يكون عجزه سببا لتخير المنكر بين الأمرين الآخرين.

و الجواب من وجهين: «الأول» ان أدله تردد أمر المنكر بين الأمور الثلاثه منصرفه عن هذه الصوره، فليس له الرد فيها و يبقى الأمران. «الثانى» الشك فى إطلاق الأدله- بعد التنزل عن القول بانصرافها- فيؤخذ بالقدر المتيقن و هو ما عدا هذه الصوره.

و حيث لا يمكن الرد- لأجل لغويه يمين المدعى أو عجزه عنها- فهو مخير بين الإقرار و الحلف.

اليمين المردوده فى حكم البيئه أو الإقرار؟

و هل اليمين المردوده فى حكم بينه المدعى أو فى حكم إقرار المنكر؟ قولان.

وجه الأول: ان الذى على المدعى هو البيئه، و على المنكر اليمين، فان رد المنكر اليمين على المدعى و حلف ثبت حقه، فتكون هذه اليمين فى حكم البيئه.

و وجه الثانى: ان إقرار المدعى عليه يثبت حق المدعى فتقوم اليمين المردوده منه على المدعى مقام الإقرار، إذ هو حينئذ مسلم لما يدعيه ان حلف.

و قد ذكروا لهذا الخلاف ثمرات منها: أن المدعى عليه إذا أقام بينه على أداء المال مثلا- حلف المدعى، فان كانت اليمين المردوده نازله منزله البيئه جاز للمنكر إقامه البيئه بعدها، و ان كانت نازله منزله الإقرار فلا مجال لإقامتها لأن الإقرار منه يكذبها.

قلت: و الأقوى أن اليمين المردوده طريق مستقل لإثبات حق المدعى، و ما ذكره فى وجه القولين ضعيف، و ليس طريق إثبات الحق منحصر بالبيئه و الإقرار بل هى ثلاثه طرق: البيئه و الإقرار و اليمين المردوده، و لكل واحد منها أحكامه و آثاره، و أما الثمره التى ذكرها فغير مترتب لأن اليمين المردوده لا تصلح لنفى أداء المدعى عليه الدين بل هى تثبت أصل الدين، و حينئذ للمدعى عليه إقامه البيئه على الأداء «كما أنه لو أقر بأصل الدين ثم أقام البيئه على الأداء سقط الحق، و ان لم يكن عنده بينه حلف المدعى لانه

المنكر للأداء» و لا- معنى لإقامتها على نفى ما تثبته اليمين المردوده التي جعلت لخصم النزاع بينهما، اذن يجوز أن تقام البيئه فى مقابل اليمين المردوده لو اختلف مدلولاهما- كما ذكرنا.

و حيثذ نبحت عن مقتضى الأدله أو الأصول فيما إذا أقام المنكر البيئه بعد يمين المدعى مثلا، فان شملت إطلاقات أدله البيئه هذه البيئه فهو و الا- فيرجع الى الأصل من دون أن يطبق على هذه اليمين أحكام أحد الأمرين. فالحاصل أنه لا وجه للحصر المذكور، و حيثذ نقيده أدله البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر بأن اليمين على المنكر إلا إذا ردت على المدعى فهى عليه لا على المنكر.

ثم ان أثر اليمين المردوده يتوقف ترتيبه على حكم الحاكم، فهى من مقدمات الحكم، و الذى يثبت الحق هو الحكم و به تنفصل الخصومه و ينقطع النزاع كما ذكرنا سابقا، فيكون معنى قوله عليه السلام- فى مرسله أبان:- «. أن يحلف و يأخذ ماله» انه يحلف و يحكم الحاكم و يأخذ ماله.

قال المحقق: «و لو نكل سقطت دعواه» .

أقول: لو نكل المدعى عن اليمين المردوده فقد ذكروا أنه تسقط دعواه، ثم ادعى الإجماع على عدم جواز اعاده الدعوى فى ذلك المجلس، و فى إعادتها فى مجلس آخر قولان، و فى المسالك:

ان كان ترك اليمين لسبب وجيه و عذر مقبول أمهل و الا كان ناكلا تسقط دعواه بامتناعه من اليمين.

أقول: ليس فى الاخبار تعرض للنكول، بل فىها: «أبى أن يحلف» و «لم يحلف» فان قال فى المجلس «لا أحلف» مثلاً فقد أبى أن يحلف، و لا- ببقى له حق، فان حكم الحاكم سقطت الدعوى و لا- تسمع بعدئذ، و ان لم يحكم الحاكم لم تسقط و بقيت و جازت المطالبه بالحق و لكن تجديدها فى ذلك المجلس لغو، و أما الإمهال فإن كان لجهه عقلائيه أمكن القول بجوازه بدعوى انصراف الاخبار عن ذلك و الا فلا وجه لامهال الحاكم إياه، و هذه المهله- أى مقدار طالت- فقد آخر إحقاق حقه بنفسه و لا يجبر على اليمين لأجل أخذ حقه، بخلاف يمين المنكر فهناك لا يمهل لأن الحق للمدعى.

و هذا العذر الموجه لا بد أن يكون له أمد اما عرفاً و اما بتحديد من الحاكم.

و أما إذا رد اليمين على المدعى فادعى أنه ظان بالحق غير متيقن به فلا يمكنه الحلف، فان كان المنكر متيقناً قيل له: احلف، و ان كان هو أيضاً ظاناً أو شاكاً كالمدعى بقيت الدعوى و رجع الحاكم إلى الأصول العمليه و أفتى فى المسأله بما أدى اليه نظره.

حكم ما إذا نكل المنكر:

قال المحقق: «و ان نكل المنكر بمعنى أنه لم يحلف و لم يرد، قال الحاكم: ان حلفت و الا جعلتك ناكلاً.» .

أقول: المراد من قوله: «و الا جعلتك ناكلاً» هو حكمه بنكوله، فالحاصل أنه ان حلف المنكر سقطت الدعوى، و ان رد

اليمين على المدعى فان نكل المدعى سقطت الدعوى كذلك، و ان نكل المنكر فلم يحلف و لم يرد قال المحقق: «قال الحاكم.» ثم قال: «و يكرر ذلك ثلاثا استظهارا لا فرضا» و لم يقم دليل على ذلك، بل لو فرضنا أن مجرد النكول يوجب الحكم عليه فهو محكوم الا أن يقوم إجماع على ما ذكره «قده» .

قال: «فإن أصر قيل يقضى عليه بالنكول، و قيل: يرد اليمين على المدعى فان حلف ثبت حقه و ان امتنع سقط.» .

أقول: ان أصر المنكر على النكول ففيه قولان: أحدهما يقضى عليه بالنكول، قال به جماعة من المتقدمين، و الآخر: يقول له الحاكم: رد اليمين على المدعى، فان رد و حلف ثبت حقه و ان امتنع المدعى عنه سقط حقه، و هو قول جماعة من الأصحاب.

قال المحقق: «و الأول أظهر و هو المروى» .

لقد استدلل للقول الأول بأخبار منها: قوله صلى الله عليه و آله و سلم «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» فقد فصل «ص» بين المدعى و المنكر، فجعل البينه وظيفه للمدعى و اليمين وظيفه للمنكر و التفصيل قاطع للشركه، أى: انهما ليسا شريكين فى البينه و اليمين بل لكل واحد منهما وظيفته فى ميزان فصل الخصومه، و أما «رد اليمين» فمن الاحكام الطارئه، مثلا: حقيقه الصلاه منوطه بتحقق أجزاءها و شرائطها المحققه لها و المذكوره أولا و بالذات، و أما ركعه الاحتياط مثلا فمن الأمور الطارويه عليها، . و حينئذ لو رد المنكر اليمين على المدعى وجب عليه أن يحلف، و أما إذا

لم يردّها عليه عن اختيار كان القانون العام المذكور هو المطبق لا محاله، و أما القول بأنه متى سكت رد الحاكم اليمين على المدعى ولايه أو حمل المنكر على الحلف فيستلزم أن لا يبقى مصداق لنكول المدعى عليه عن اليمين.

و بعبارة أخرى: مقتضى الدليل الاولى الحكم بنكوله إذا لم يحلف، و ان رد كان أمرا طارئا و اقتضى الدليل الثانوى ترتيب الأثر عليه لتحقق موضوعه و هو الرد، و أما إذا لم يحلف و لم يرد بقى الدليل الأول على مقتضاه و هو الحكم بنكوله.

و منها: ما رواه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه دين و أنكر و لم يكن للمدعى بينه؟ فقال: ان أمير المؤمنين عليه السلام أتى بأخرس فادعى عليه دين و لم يكن للمدعى بينه فقال أمير المؤمنين «ع»: الحمد لله الذى لم يخرجنى من الدنيا حتى بينت للأمة جميع ما تحتاج اليه، ثم قال:

ايتونى بمصحف، فأتى به، فقال للأخرس: ما هذا؟ فرفع رأسه الى السماء و أشار أنه كتاب الله عز و جل، ثم قال: ايتونى بوليّه، فأتى بأخ له فأقعدّه الى جنبه ثم قال: يا قنبر على بدواه و صحيفه، فأتاه بهما ثم قال لأخى الأخرس: قل لأخيك هذا بينك و بينه، انه على، فتقدم اليه بذلك، ثم كتب أمير المؤمنين «ع»: و الله الذى لا إله الا هو عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الذى يعلم السر و العلانيه ان فلان ابن فلان المدعى ليس له قبل فلان ابن فلان أعنى الأخرس حق

و لا طلبه بوجه من الوجوه و لا بسبب من الأسباب، ثم غسله و أمر الأخرس أن يشربه فامتنع، فألزمه الدين» (١).

فان الظاهر منها أن الامام عليه السلام قد ألزمه الدين بمجرد امتناعه عن الشرب، و ذلك يقتضى أنه قد امتنع عن رد اليمين على المدعى، للاتفاق على أنه لا يحكم عليه مع الرد. و ما أشكل عليه فى الجواهر: بالقطع بعدم اراده هذا الظاهر ضروره اشتراط الحكم بنكوله عن رده أيضا فلا بد فى إصلاحه حينئذ من تقدير، و التزام كونه موافقا لذلك ليس بأولى من جعله مخالفا له. ضعيف لانه لو رد لحكم الامام عليه السلام على المدعى باليمين قطعا و لحكى الامام الصادق عليه السلام ذلك البتة، إذ لا وجه لحكايه بعض الواقعه و ترك البعض الأخر مع كونه محتاجا اليه، لكن لا مانع من عدم حكايه ما هو المحرز منها و هو ما ذكرنا من عدم رده اليمين على المدعى، بل ان حكم الامام عليه السلام بأداء الحق قرينه على ذلك.

و أما قوله: على أنه قضيه فى واقعته لا عموم فيها. ففيه أن الامام الصادق عليه السلام قد ذكر القضيه فى جواب السؤال عن كيفية إحلاف الأخرس حينئذ مستشهدا و مستدلا بها و لم يكن ذلك منه مجرد حكايه لها حتى لا يكون لها عموم.

فتحصل أن الروايه تدل على كفايه عدم رده-مع علمه بأن له

ص: ٣٢٢

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-٢٢٢. باب كيفية إحلاف الأخرس. الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى.

ذلك-للحكم عليه بدفع حق المدعى، و لا يلزم أمره بالرد ثم الحكم بذلك ان امتنع عن الرد.

و منها: روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله (١) المتقدمه سابقا.

فهذا الخبر يدل بظاهره صدره و ذيلا-على روايه الشيخ الكليني «قده» و ذيلا على روايه الشيخ الصدوق «قده» فى الفقيه- على القول الأول، لأن حاصل القدر المتفق على روايته: أن المدعى عليه ان حلف سقطت الدعوى، و ان لم يحلف فعليه الحق الا أن يرد- هو أو الحاكم من قبله- اليمين على المدعى- و لا يحكم على المدعى عليه بامتناعه عن اليمين- فان حلف المدعى ثبت حقه و الا سقطت الدعوى.

ثم ان الجواب عن دعوى الجواهر بأن اختلاف متنه موجب للترزل فيه. هو أن التزلزل يكون فى حال اختلاف متن الخبر فى الكتاب الواحد، و أما هذا الخبر فقد رواه الصدوق «قده» بلفظ يختلف عن لفظ الكليني «قده»، و قد تقرر عندهم أن الشيخ الكليني أضبط من غيره (١)، مع أن المحتمل تعدد نفس الروايه، و محل الاستدلال روايه الكليني، و مع التزلزل فان الذيل الذى اتفقا عليه ظاهر فى الدلاله على القول الأول.

ص: ٣٢٣

و ليس مخالفه ما تدل عليه روايه الفقيه لفتوى أبى حنيفه مرجحه، لأن الترجيح بمخالفه العامه هو فى الخبرين المتعارضين حكما لا المختلفين زياده و نقصانا.

و احتمال تقدير جمله، بأن يقال: فان لم يحلف-أى المدعى عليه-ورد اليمين على المدعى فحلف-فعليه. ضعيف جدا.

هذا، و قد تلقى الأصحاب هذا الخبر بالقبول و أفتوا على طبقه فى لزوم ضم اليمين إلى البيئه فى الدعوى على الميت-و لا دليل لهم غيره-و هذا جابر لضعف سنده.

ثم ان صاحب الجواهر بعد أن ذكر أدله الطرفين قال: «و بذلك كله ظهر لك أن أدله الطرفين محل نظر. نعم قد يقال: انه بعد فرض الإجماع المركب على انحصار القضاء فى الفرض بأحد الأمرين و ان اختيار أمر ثالث. خرق للإجماع المزبور يتجه القول حينئذ انه يرد اليمين منه على المدعى، لأصالة عدم ثبوت الحق بدونه و لظهور حصر استخراج الحقوق فى مضمير يونس بالأربعه، و مجرد النكول خارج عنها، بل لعل النصوص المستفيضه أو المتواتره الداله على انحصار كيفيه القضاء بين الناس بالبينات و الايمان تقتضى ذلك.» .

أقول: أما الإجماع المركب فمنتف هنا، و أما أصاله عدم ثبوت الحق بدون رد اليمين على المدعى فمعارضه بأصاله عدم وجوب رد اليمين حينئذ، مع أن حكم الحاكم بوجوب أداء الحق على المنكر ان كان من جهه نكوله فالحق ثابت، و ان كان الحكم مترتبا على اليمين أو الرد فلا- يحكم عليه بدفع الحق. فظهر أنه لا مجال لجريان أصاله عدم ثبوت الحق، لأن موجب الحكم فى الصوره الأولى حاصل قطعا و فى الثانية غير حاصل قطعا و حيث يتردد الأمر بين أمرين مقطوع بهما لا يجرى الاستصحاب أبدا، الا- أن يقال هنا بأن الأصل عدم جعل حكم للنكول، لكن هذا الأصل أيضا معارض بأصاله عدم جعل جواز الرد أو وجوبه أو وجوب إلزام المدعى عليه بالرد على الحاكم.

و الحاصل: انه لو افترت الأمه على قولين، فقالت طائفه بأن مجرد النكول موجب لحكم الحاكم، و قالت أخرى: بأنه ليس له الحكم بالنكول بل يأمر المنكر برد اليمين على المدعى-أو يردها هو من قبله-فان حلف حكم بثبوت الحق و الا حكم بسقوطه، فان كان القولان متباينين-نظير ما إذا قالت طائفه بوجوب الجمع فى زمن الغيبه و قالت الأخرى بحرمتها-فلا مجال للاستدلال لأحد القولين بالأصل، و ان كان القولان غير متباينين كأن يكون الاختلاف بينهما حول شرط من شروط الواجب أو جزء من أجزائه بأن تقول إحداهما بوجوب السوره فى الصلاه و تقول الأخرى بعدم وجوبها

مع اتفاقهما على اجزاء الصلاه مع السوره، فهنا لا تجرى أصاله عدم وجوب السوره لعدم الشك في اجزاء الصلاه الواجده لها.

و على هذا فان كان مقتضى القول بكفايه النكول عدم لزوم الرد على المدعى مع عدم المنع عنه، و مقتضى القول الآخر لزومه بعد النكول، فالقولان متفقان على ثبوت الحق ببذل المدعى اليمين المردوده و نفوذ الحكم بذلك قطعا فلا مجال لأصاله العدم حينئذ، لكن أصاله العدم بالنسبه إلى النكول وحده جاربه كما في الجواهر.

هذا، فان رد اليمين على المدعى فنكل فقولان كذلك، و هنا أيضا يتعارض الأصلان.

فظهر أن الأصل الذى ذكره في الجواهر يجرى في حال قبول الطرفين لترتب الأثر على رد اليمين على المدعى مع عدم وجود قول ثالث في البين.

و أما استدلاله بظهور حصر استخراج الحقوق في مضمرة يونس بالأربعه. ففيه نظر، إذ الروايه في مقام بيان طرق استخراج الحق من طرف المدعى فقط لا مطلقا و الا فإن إقرار المدعى عليه مثلا من أسباب ثبوت حق المدعى و ليس له ذكر في الروايه.

و أما قوله: بل لعل النصوص المستفيضه. ففيه: أن الأمر يدور بين تخصيص دليل وجوب البينه على المدعى بأن نقول: إلا في حال رد المنكر اليمين عليه، و بين تخصيص دليل وجوب اليمين على المنكر، بأن نقول: إلا إذا ردها على المدعى فحينئذ تجب

على المدعى لا المنكر، لكننا ذكرنا سابقا بأن اليمين توجب الاطمئنان نوعا بصدق الحالف و ان الامتناع منها يكشف-نوعا- عن الكذب، فهي مؤثره وجودا و عدما، فميزان القضاء هو بينه المدعى و يمين المنكر أو نكوله عن اليمين.

لو بذل اليمين بعد النكول:

و كيف كان فقد قال المحقق: «و لو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت إليه» .

أقول: لو بذل المنكر يمينه فان كان بذله لها بعد حكم الحاكم بنكوله فلا ريب فى عدم الالتفات إليها، و هو المشهور بل عليه الأ-كثر بل ادعى عليه الإجماع، لأن الحكم قد فصل الخصومه و قطع النزاع و لا يجوز نقضه، و ان كان بذله قبل الحكم و بعد النكول فكذلك، لأن النكول حينئذ كاليمين و الإقرار و البينه فى تعقب الحكم له من دون حاله منتظره، فلا أثر لبذل اليمين- بمعنى حلفه هو أو رد اليمين على المدعى- و لا يلتفت إليه، انما الكلام فى كيفية تحقق النكول، فالمحقق «قده» على أنه يقول له الحاكم:

ان حلفت و الا- جعلتك ناكلا و يكرر ذلك ثلاثا، و اكتفى صاحب الرياض بالمره الواحده، و عن كاشف اللثام انه لا يجب إلا الأمر بالحلف لا قوله: ان حلفت و الا جعلتك ناكلا و لا مره، و هو الأظهر.

و أما بناء على القول الثانى من أنه لا يحكم عليه بالنكول بل ترد اليمين على المدعى فيلتفت إليه، لأنه يكون حينئذ كالبذل قبل

الحكم، فان حلف المدعى لم يلتفت اليه كذلك لأنه حينئذ يحكم عليه الحاكم بدفع الحق الى المدعى و بذلك ينقطع النزاع.

قال فى الجواهر: ان أدله القولين لا يعارضها إطلاق ما دل على أن اليمين على المنكر بعد تقييدها به، قال: بل فى الرياض دعوى اختصاصه بحكم التبادر و غيره بيمينه قبل الحكم عليه بنكول أو إحلاف المدعى برد اليمين عليه و لو من الحاكم. قلت: و أما بناء على ما ذكرنا من أن ما دل على ذلك ظاهر فى تأثير اليمين وجودا و عدما و أنه لو امتنع عن اليمين يتحقق النكول و يحكم عليه بالحق، فلا تصل النوبه إلى الإطلاق و التقييد أو دعوى الانصراف.

و فى الرياض: هذا إذا كان الحكم عليه بنكوله بعد عرض حكمه عليه و لو مره و لو قضى بنكوله من غير عرض فادعى الخصم الجهل بحكم النكول ففى نفوذ القضاء اشكال: من تفريطه و ظهور عذره، و لعل الثانى أظهر و بالأصل أوفق.

و أشكل عليه فى الجواهر بأنه: ليس فى شىء مما وصل إلينا من الأدله وجوب العرض عليه بمعنى اعلامه حكم النكول و الأصل البراءه، فلا وجه لنقض الحكم حينئذ مع العلم بحاله فضلا عن دعواه الجهل خصوصا بعد ملاحظه الاستصحاب و غيره.

أقول: ليس شرط نفوذ الحكم علم المنكر بحكم النكول، فان الحكم نافذ و الأصل براءه ذمه الحاكم عن وجوب الاعلام، لكن تمسك صاحب الجواهر باستصحاب بقاء الحكم و نفوذه الثابت

قبل البذل لو شك في بقاءه بعده، مخدوش بأن المتيقن تأثير اليمين أو الرد شرعا قبل صدور الحكم، و بعد الحكم حيث يشك في بقاء التأثير و عدمه فيستصحب فيقع التعارض بين الاستصحابين.

و لو بذل المنكر يمينه قبل حلف المدعى اليمين المردوده- قال في الجواهر-فالمتمجه جوازه للأصل، من غير فرق بين كون الرد منه أو من الحاكم، أى: ان الرد وحده ليس موضوع الحكم الشرعى بل هو الرد و يمين المدعى بعد، فإن أظهر استعداده لليمين قبل حلف المدعى فقد حصل ذلك قبل تحقق موضوع الحكم الشرعى، فلذا يلتفت اليه.

و لو بذلها بعد حلف المدعى اليمين المردوده و قبل حكم الحاكم فقولا-ن، من أن الفاصل للنزاع هو الحكم فما لم يحكم الحاكم يجوز بذله و يلتفت اليه، و من أنه لما حصل سبب الحكم و موجه فقد قامت الحجة التامه للحاكم لان يحكم على طبقها فيجب عليه إصدار الحكم لا أن ينتظر قيام سبب آخر على خلاف السبب القائم. نظير الإقرار، فلو أقر المنكر بما يدعيه المدعى ثبت الحق و لزم الحكم بذلك، فلو رجع عن إقراره لا يلتفت اليه و ان كان قبل الحكم.

هل يأمر الحاكم المدعى بإحضار البيئه؟

قال المحقق: «و لو كان للمدعى بينه لم يقل الحاكم أحضرها لأنه حق له» .

أقول: هذا شروع فيما يتعلق بالمدعى من الأحكام، و ظاهر «لم يقل» عدم الجواز، و يشهد بذلك قوله فى مقابل هذا القول «و قيل: يجوز». و وجه عدم الجواز: ان الحق للمدعى و ليس للحاكم إجباره على إقامة البينه لاحقاق حقه. و لكن هذا الدليل هو بالنظر الى القاعده الكلبيه فى الحقوق، فالقاعده العامه فيها هى أن من كان ذا حق على أحد لا يجوز إجباره على استيفاء حقه، و أن للمدعى أن يطالب بيمين المنكر و ان كان له بينه على ما يدعيه.

فهذا الدليل يفيد الحكم بعدم جواز الإلزام و لا- يقتضى حرمه أن يقول له «أحضرها» من باب الإرشاد و التنبيه كما هو أحد الأقوال فى المسأله، فالأقوال أربعه: عدم الجواز مطلقا، و الجواز مطلقا، و التفصيل المذكور، و قيل: يجوز ان كان الغرض تعليمه المسأله.

و الظاهر أنه ان كان قوله من باب الإرشاد فهو جائز.

هذا بحسب القواعد الكلبيه، و أما بالنسبه إلى مورد المخاصمه فهل مدلول الأخبار الداله على أن «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر هو أن اليمين على من أنكر ان لم يكن للمدعى بينه أو لا- بل يجوز إحلاف المنكر و ان كانت البينه حاضره؟ فى الوسائل «باب أن المدعى إذا لم يكن له بينه فله استحلاف المنكر» (١) و النصوص الداله على ذلك كثيره، ففى خبر محمد

ص: ٣٣٠

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٦. الباب-٧ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

ابن مسلم: «فى الرجل يدعى ولا بينه له قال: يستحلفه» .

فهذا الخبر وارد فى مورد عدم وجود البينه، فله استحلافه حينئذ، فالظاهر هو الوجه الأول و أن ميزان المرافعه هو إقامه المدعى البينه فان لم يكن عنده بينه فله استحلافه فان رد اليمين على المدعى فحلف ثبتت الدعوى و ان نكل سقطت. و ان وظيفه الحاكم هو الحكم بحسب هذا الميزان.

و فى خبر عبيد بن زراره: «فى الرجل يدعى عليه الحق ولا بينه للمدعى. قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق» .

و فى خبر: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه. بشهادة رجلين عدلين» .

و فى مرسله أبان: «فى الرجل يدعى عليه الحق و ليس لصاحب الحق بينه. قال: يستحلف المدعى عليه» .

فمفاد هذه النصوص (١) و غيرها أن ميزان المرافعه عند الشرع ذلك، فكيف نرفع اليد عنها و نقول: ان اقامه البينه حق للمدعى و له رفع اليد عن حقه؟ و يؤيد ذلك أنا لم نجد خبرا يتضمن يمين المنكر أو استحلافه مع وجود البينه.

قال: «و قيل: يجوز و هو حسن» .

أقول: أى: يجوز الإلزام بناء على ما ذكرنا فى معنى «لم يقل» . لكن القول بجواز الإلزام غير تام.

ص: ٣٣١

لو كان للمدعى بينه فهنا ثلاثة أحكام، الأول ما تقدم من قول المحقق «لم يقل الحاكم أحضرها» .

و الحكم ثانى قول المحقق: «و مع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدعى» .

و الحكم الثالث قوله: «و مع الإقامه بالشهاده لا يحكم إلا بمسأله المدعى أيضا» .

و الدليل على هذه الأحكام الثلاثة قول المحقق فى ذيل الأول:

«لأن الحق له» أى الحق للمدعى فى هذه الحالات، فله ألا يحضر البينه و ان لا تدلى بشهادتها مع حضورها و ألا يحكم الحاكم فى القضييه بعد إقامتها بأن ينصرف عن حقه، أو يرضى بيمين المدعى عليه حينئذ فإن حلف كان له الانصراف عن حقه و ان امتنع أو رد اليمين على المدعى فهل على المدعى أن يحلف مع وجود البينه أو لا؟ فيه بحث.

و كيف كان فإنه يستفاد من هذه الاحكام مطلب آخر، و هو أن للمدعى أن يطالب المدعى عليه باليمين بعد إقامه الشهاده و قبل حكم الحاكم له، الا- أنا ذكرنا سابقا أن المنسبق من قوله صلى الله عليه و آله و سلم «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» بضميمه أدله «البينه على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه» انه لو كان للمدعى بينه على دعواه لا- تصل التوبه إلى مطالبه خصمه باليمين، فهو و ان كان له الانصراف عن حقه لقاعده السلطنه، أما كون التخيير بين اقامه

البينه و بين المطالبه بيمين المنكر حقا له فغير معلوم، بل لا- يبعد أن يكون من جمله الأحكام المقرره لمجلس القضاء و فصل الخصومه أن يطالب الحاكم المدعى بإقامه البينه، فان لم تكن عنده فيطالب المنكر باليمين، فليس تخيير المدعى بين الأمرين حقا له، كما أنه ليس من حقوق الحاكم أن يطلب من المنكر اليمين مع وجود بينه المدعى خلافا لمن قال بذلك.

هذا، و لكن ظاهر بعض الاخبار كروايه ابن أبي يعفور هو تخيير المدعى في ذلك، فقد جاء فيها: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له. قلت: و ان كانت عليه بينه عادله؟ قال: نعم و ان أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه ما كان له و كانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه» (١).

فهى ظاهره فى وجدانه البينه قبل رضاه بيمين المنكر، الا أنها غير ظاهره فى كون ذلك بعد إقامه البينه و قبل الحكم.

و المستفاد من روايه أبى العباس: «إذا أقام الرجل البينه على حقه فليس عليه يمين» (٢) انه لا أثر لرد اليمين بعد إقامه البينه بل يحكم الحاكم له.

و فى روايه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام

ص: ٣٣٣

١- ١) وسائل الشيعة ١٨-١٧٩. الباب-٩ من أبواب كيفية الحكم.

٢- ٢) وسائل الشيعة ١٨-١٧٨. الباب-٨ من أبواب كيفية الحكم.

عن الرجل يقيم البينه على حقه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» (١).

فان كان «يستحلف» مبنيًا للمعلوم كان المعنى أنه ليس عليه أن يستحلف المنكر، و ان كان مبنيًا للمجهول كان المعنى انه مع إقامه البينه على حقه لا يستحلف المدعى مع البينه، و الثاني هو الظاهر.

و فى روايه القاسم بن سليمان عن عبيد بن زراره: «فى الرجل يدعى عليه الحق و لا بينه للمدعى. قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحبه فان لم يفعل فلا حق له» (٢).

و فى روايه يونس: «فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه، فان لم يحلف ورد اليمين على المدعى فهى واجبه عليه أن يحلف» (٣) فان مفهومها أنه ان كان له شاهد فلا يمين على المدعى عليه.

فالحاصل: ان له المطالبه بيمين المنكر مع وجود البينه بمقتضى روايه ابن أبى يعفور، و أما أن يفعل ذلك بعد إقامه الشهاده فلا دليل عليه، بل مقتضى أدله الحكم مثل «فَأَخْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (٤) وجوب الحكم على الحاكم حينئذ.

ص: ٣٣٤

١-١) وسائل الشيعة: ١٨-١٧٦. الباب-٧ من أبواب كيفية الحكم.

٢-٢) وسائل الشيعة: ١٨-١٧٦. الباب-٧ من أبواب كيفية الحكم. و «القاسم بن سليمان» من رجال كامل الزيارات.

٣-٣) وسائل الشيعة: ١٨-١٧٦. و هى مضمرة.

٤-٤) سورة ص: ٢٦.

و ظاهر عبارہ الجواهر أخيراً هو اختيار هذا الوجه حيث قال:

«لكن قد يقال: ان له الحكم و ان لم يسأله المدعى لان ذلك منصبه و وظيفته.» .

فان كان المدعى جاهلاً- أو غافلاً- عن أنه ما لم يحكم الحاكم لم يثبت حقه فهل على الحاكم تنبيهه أو تعليمه ذلك كي يأذن بحكمه فيحكم أو لا يلزم عليه ذلك فلا يجب أن يحكم؟ وجهان.

ثم ان التمس المدعى سؤال الحاكم البينه فهل للحاكم أن يأمرها بالشهادة أو ليس له ذلك؟ ذهب الى الثاني جماعه و قالوا:

له أن يقول: من كان عنده شهادة فلا يكتمها، لأن الأمر بالشهادة قد يوهم الأدلاء بالشهادة و ان لم تكن عن علم، و لكن هذا لا يمكن المساعدة عليه إذ لا- يكون معنى الأمر بالشهادة ما ذكروا و لا يتوهمه أحد، بل ان عليه أن يأمرهما بالشهادة لو احتمل كتمانها من باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، فالحق هو القول الأول.

حكم جرح المدعى عليه البينه:

قال المحقق «قده»: «و بعد أن يعرف عداله البينه يقول: هل عندك جرح؟» .

أقول: و كيف كان فإن أقيمت الشهاده و عرف الحاكم عداله البينه فإن قال للمدعى عليه: هل عندك جرح؟ فأجاب: نعم و سأل الانظار فى إثبات الجرح أنظره الحاكم ثلاثه أيام، و ان قال: لا،

حكم للمدعى. لكن فى الروايه (١) إمهاله أمدًا-يحضر فيه الجرح، بل هو مقتضى أدله القضاء. و لعله لذا احتمل فى كشف اللثام تنزيل إطلاق العبارة على ما إذا لم يدع بعد مسافه اليينه بحيث لا تحضر فى ثلاثه أيام، و اعترض عليه فى الجواهر و وجه العبارة بأن التأخير ثلاثه أيام لقاعده لا ضرر و لا ضرار، الا أنه كلام لا يمكن قبوله لان الخصم على حجته فمتى أثبت الجرح بطل الحكم و سقطت الدعوى، فلو انقضت الثلاثه أيام و أثبت الجرح كشف عن بطلان الشهاده و أن الحكم الصادر لم يكن على طبق الموازين الشرعيه، أى: ان العداله المعتبره فى الشاهد هى نظير العداله المعتبره فى شاهد الطلاق لا العداله المعتبره فى إمام الجماعة.

و يحتمل أن وجه تحديد الأصحاب الأمد بثلاثه أيام هو أن المستفاد من الروايه كون الأمر بيد الحاكم، و حينئذ فمقتضى الحكم بالحق و العدل هو الانظار ثلاثه أيام لا انه يكون ذلك بلحاظ قاعده لا حرج.

قال: «فان تعذر الجرح حكم بعد سؤال المدعى» .

أقول: ان تعذر الجرح مده الانظار-و هى ثلاثه أيام-أو الأمد الذى يمكن إتيان اليينه فيه بحسب المتعارف على اختلاف الموارد حكم عليه الحاكم بعد سؤال المدعى ذلك عند المحقق.

ص: ٣٣٦

حكم ما لو كانت الدعوى على الميت:

قال المحقق «قده»: «و لا يستحلف المدعى مع البيئه الا أن تكون الشهاده على ميت.» .

أقول: فى هذا الفرع حكمان «الأول»: انه لا- يستحلف المدعى مع البيئه، و الدليل على ذلك الإجماع المدعى، مضافا الى النصوص الوارده فيه، مثل خبر محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يقيم البيئه على حقه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» (١).

و خبر أبى العباس عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا أقام الرجل البيئه على حقه فليس عليه يمين، فان لم يقم البيئه فرد عليه الذى ادعى عليه اليمين فان أبى أن يحلف له فلا حق له» (٢).

لكن فى الخبر فى وصيه أمير المؤمنين عليه السلام لشريح:

«ورد اليمين على المدعى مع بيئته فان ذلك أجلى للعمى و أثبت للقضاء» (٣) و لكنه ليس بحجه لضعفه، و لم يأخذ به أحد من الأصحاب فضعفه غير منجبر، و قد حمل على بعض الوجوه، و لكن الاولى فى

ص: ٣٣٧

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٧. الباب-٨ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٨. الباب-٨ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

٣- ٣) وسائل الشيعه: ١٨-١٥٥.

الجواب عنه ما ذكر، و بالجمله فالحكم فى الفرع الأول خال عن الاشكال.

«الحكم الثانى»: لو كانت الشهاده على ميت استحلف المدعى على بقاء حقه فى ذمه الميت استظهارا، قال فى الجواهر: بلا خلاف أجدّه فيه بين من تعرض له كما اعترف به غير واحد، و العمده فى الاستدلال عليه هو النصوص مثل:

ما رواه عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال: «قلت للشيخ: خبرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه. قال: فىمىن المدعى عليه فان حلف فلا حق له، و ان رد اليمىن على المدعى فلم يحلف فلا حق له (و ان لم يحلف فعليه) و ان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينه، فعلى المدعى اليمىن بالله الذى لا إله الا هو لقد مات فلان و ان حقه لعليه و الا فلا حق له، لأننا لا ندرى لعله قد أوفاه ببينه لا نعلم موضعها، أو غير بينه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمىن مع البينه، فإن ادعى بلا بينه فلا حق له، لان المدعى عليه ليس بحى، و لو كان حيا لألزم اليمىن أو الحق أو يرد اليمىن عليه، فمن ثم لم يثبت الحق» (١).

و بالجمله فلا إشكال فى أصل الحكمين المذكورين، انما الكلام فى جهات:

ص: ٣٣٨

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٢. الباب-٤ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

(الأولى): هل البينه فى الدعوى على الميت ساقطه عن الحجيه إلا- إذا ضم إليها اليمين أو أنها باقيه على حجيتها و لكن وجبت اليمين على المدعى معها، من جهه أن المدعى عليه لو كان حيا و ادعى وفاء الدين و أنكر هو ذلك لوجبت عليه اليمين؟ و ثمره هذا البحث واضح، إذ على الأول لا حجيه للينه بدون اليمين مطلقا، و أما على الثانى فيترتب الأثر على البينه لو كان معذورا عن اليمين.

(الثانية): هل يمكن التعدى عن مورد السؤال فى النصوص الى غيره أو لا؟ للتعدى عن مورد النص أنحاء، كالتعدى عن احتمال الوفاء الى احتمال الإبراء أو الوفاء بواسطه غيره فى حياته أو بواسطه وصيه بعد موته.

و كالتعدى عن الدائن إلى وليه، بأن نقول لا يشترط أن يكون مقيم الدعوى هو الدائن بل تسمع حتى لو أقامها وليه أو وصيه. و كالتعدى عن الدين الى العين.

و كالتعدى عن البينه إلى الشاهد الواحد و اليمين.

(الثالثة): أنه بناء على عدم التعدى عن مورد النص الى الموارد المذكوره، فلو ادعى عينا على ميت فهل تسمع دعواه و تكفى البينه أو الشاهد الواحد مع اليمين لإثباتها أو لا تسمع أصلا؟ و بناء على التعدى و الإلحاق فهل تسمع دعواه لو كان معذورا عن اليمين و يكتفى لإثباتها بالينه أو هى حينئذ ساقطه؟

(الرابعة): هل الوجوه و الاحتمالات التى يذكرها الامام عليه السلام فى جواب عبد الرحمن بن أبى عبد الله تقتضى قصور حجه البينه فى الدعوى على الميت؟ .

أقول: ان التعدى و الخروج عن مورد النص الى الموارد الأخرى يحتاج الى القطع بملاك الحكم الوارد فى النص و وجود ذلك الملاك بالقطع و اليقين فى غيره، أو الاستظهار من نفس اللفظ، أو العلم بعلة الحكم بمناسبه الحكم و الموضوع فيحكم به فى كل موضوع وجدت فيه تلك العلة، و أما تعديه الحكم من موضوع الى آخر من باب «حكم الامتثال فيما يجوز و فيما لا يجوز واحد» فهو قياس باطل و أما تنقيح المناط فالمعتبر منه القطعى و تحصيله مشكل.

فالمتمعن هو الاستظهار من النصوص و الدقه فيها للوصول إلى أحكام الفروع المشار إليها فى الجهات المذكوره.

ففى خبر عبد الرحمن: «. فان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينه فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله الا هو لقد مات فلان و ان حقه لعليه فإن حلف و الا فلا حق له لأننا لا ندرى لعلة قد وفاه ببينه لا نعلم موضعها أو بغير بينه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينه، فإن ادعى و لا بينه فلا حق له لان المدعى عليه ليس بحى و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه فمن ثم لم يثبت له عليه الحق» .

ص: ٣٤٠

و هو ظاهر فى أن يكون المدعى نفس صاحب الحق لا وليه أو وارثه أو وصيه. اللهم الا أن يقال بأن ما ذكره الامام عليه السلام فيه هو على سبيل التمثيل و لكنه مشكل. و أما دعوى الإطلاق فى «المطلوب بالحق» فمشكل أيضا لا سيما بالنظر الى ما جاء بعده من قوله: «فعلى المدعى اليمين. و ان حقه لعله» .

و كذا التمسك لذلك بالتعليل المذكور فى الخبر، و هو قوله عليه السلام «لأننا لا ندرى لعله قد واه بينه لا نعلم موضعها.» بأن نقول بأنه فى كل مورد لا-ندرى لعل المدعى عليه قد وفى ما للمدعى بينه كذلك وجبت اليمين لإثبات الحق، سواء كان الحالف المدعى نفسه أو وليه أو وصيه أو وارثه، لاحتمال كون هذا الكلام تعليلا للحكم بوجوب اليمين على المدعى نفسه. نعم لا مانع من التمسك به للتعدى عن الدين الى العين، و عن الوفاء إلى الإبراء و نحوه.

و بالجمله لا نتمكن أن نستفيد من هذه الروايه جواز حلف الولي أو الوصى أو الوارث مثلا بدلا من المدعى، كما أنه ليس عندنا دليل يدل على جواز يمين أحد بدلا عن غيره، بل من المسلم به أن اليمين حجه للحالف فقط و لا أثر ليمين غير ذى الحق و ان كان وليه و كان عالما بالواقع، و سيأتى وجهه فى محله ان شاء الله تعالى.

و هل يتعدى الحكم من الميت إلى الغائب و الطفل و المجنون؟ قولان ذكرهما الشهيد الثانى «قده» فى المسالك و اختار العدم تبعا للمحقق و خلافا للأكثر.

و كيف كان فعلى التعدى لا حجه للبينه إلا بضم اليمين إليها، و كذا فى الموارد التى لا يتمكن المدعى من اليمين لأنها حقه و لا يتولاه غيره، و قال جماعه بأنه ان وجب الجمود فى كيفية اليمين على ظاهر اللفظ الوارد فى الخبر فهو، و أما ان كان المراد هو اليمين بحسب حال الحالف- كما هو ظاهر الخبر الآخر- فلا مانع من يمين الولي مثلا حيث يقيم الدعوى بدلا عن الطفل المولى عليه على الميت، فيحلف بالله الذى لا إله الا هو لقد مات فلان و ان حق هذا الطفل لعليه، ان كان عالما بذلك، و الا لم يحلف، فان ادعى وارث الميت على الولي العلم بأن الميت قد وفى الطفل حقه كان له أن يحلف على نفي العلم بذلك.

و لو فرض كون الولي عالما بأداء الميت حق الطفل لم يجز له المطالبة بشيء، و لكن هذا لا يمنع الطفل من المطالبة بحقه عند كبره.

هذا كله بناء على القول بسقوط البينه عن الحجية ما لم تضم إليها اليمين و ان كان المدعى غير متمكن منها، الا أن المختار أنه فى الفرض المذكور يعتمد على البينه و يحكم له بها.

ثم ان صاحب الجواهر «قده» لما كان يميل الى القول بالتعدى بالنسبه الى بعض الموارد اعترض على معاصره القائل بكفايه البينه فيما لو ادعى وارث ميت على ميت آخر- لان الدليل انما يدل على ثبوت اليمين على نفس المدعى فيبقى ما عداه على الأصل و أقصى ما يتوجه عليه بعد ذلك يمين نفي العلم- بأن ظاهر الفتوى

و النص خصوصا الصحيح كون ذلك-أى البيئه مع اليمين-هو الحججه على الميت، فيتجه حينئذ سقوط الحق.

أقول: مراده من «الصحيح» هو صحيحه الصفار: «كتب محمد بن الحسن الصفار الى أبى محمد الحسن بن على عليه السلام هل تقبل شهاده الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع عليه السلام: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين. 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 ينبغى للوصى أن يشهد بالحق و لا يكتم الشهاده. و كتب: أو تقبل شهاده الوصى على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقع عليه السلام نعم من بعد يمين» (١).

ثم قال قدس سره «الا أنه كما ترى مناف لمذاق الفقه، فقد يقال ان للوارث الحلف على مقتضى الاستصحاب كما يحلف على مقتضى اليد. لكن هو-مع أنه كما ترى أيضا خصوصا إذا كان المستصحب غير معلوم له و انما شهدت به البيئه-لا- يتم فى الوصى الذى لا يجوز حلفه لإثبات مال الغير، اللهم الا أن يقال به هنا باعتبار أنه ليس مثبتا، بل هو شرط فى حجيه البيئه التى هى فى الحقيقه المثبته، أو يقال بالاكْتفاء بيمين الوارث مع البيئه فى إثبات مفادها الذى

ص: ٣٤٣

١- ١) وسائل الشيعه ١٨-٢٧٣. الباب-٢٨ من أبواب الشهادات.

لا فرق فيه بين متعلق الوصايا والإرث، لأنها من الحجج المثبتة للموضوع في نفسه.

بل منه ينقدح عدم وجوب اليمين على كل واحد من الورثة بل يكفي يمين واحد من أحدهم، لأن مقتضى إطلاق النص اعتبار يمين واحد في تمامه حججه البينه التي قد عرفت ثبوت الموضوع بها لسائر الشركاء و ان أقامها أحدهم، فتأمل فإنه دقيق نافع و ان كان لا يخلو من بحث، ضروره كون اليمين هنا نحوها مع الشاهد الواحد، فلا يكتفى بها لغير ذى الحق.

بل قد يناقش في قبول اليمين من الوارث لتضمن يمين الاستظهار عدم الوفاء والإبراء ونحوهما، و لا يكون منه على البت لانه فعل الغير، فمع فرض اعتبار يمين البت في يمين الاستظهار يتجه حينئذ سقوط الحق كما سمعته أولاً، بل قد يؤيد بأنه مقتضى أصل عدم ثبوت الحق بعد فرض تعارض الامارات على وجه لا وثوق بشيء منها» .

قلت: لكن الشك في ثبوت الحق و عدمه مسبب عن الشك في تخصيص أدله حججه البينه زائدا على القدر المتيقن، و قد تقرر في محله جريان الأصل في السبب، فلو أريد الرجوع الى الأصل في هذا المقام كان المرجع أصاله عدم التخصيص الزائد لأدله حججه البينه، و يكون الحاصل حجيتها في المورد من غير توقف على ضم اليمين إليها.

ثم قال رحمه الله: «نعم قد يقال-بعد استبعاد سقوط الحق

مع بينه العادله خصوصاً مع قطع الوارث بالحق، بل يمكن دعوى معلومه خلافه و لو بالسيره القطعيه، و استبعاد سقوط اليمين فى الدعوى على الميت مع ظهور النص و الفتوى فيه-ان المتجه إلزام الوارث باليمين على نفي العلم باستيفاء مورثه أو إبرائه.

لكن فيه: أن اليمين على نفي العلم تفيد فيما إذا كان عدم علم الوارث مؤثراً، و هنا لا أثر لعدم علمه باستيفاء مورثه حقه أو إبرائه إياه، إذ لا ملازمه بين عدم علمه بذلك و ثبوت الحق، و المفروض أن هذه اليمين هى للاستظهار، و حيث لا أثر لهذه اليمين فان المتجه هو القول بخروج هذا الفرع من تحت تلك النصوص و لو بالسيره القطعيه، فلا بد من الأخذ بالبينه.

و من فروع المقام ما ذكره فى المسالك بقوله: «لو أقر له قبل الموت بمدته لا يمكن فيها الاستيفاء عاده ففى ضم اليمين إلى البينه وجهان، من إطلاق النص الشامل لموضع النزاع و قيام الاحتمال و هو إبراؤه منه و قبضه من ماله و لو بعد الموت، و من البناء على الأصل و الظاهر من بقاء الحق. و هذا أقوى» .

قلت: و الصحيح هو الوجه الثانى، و أما ما أورد عليه فى الجواهر من أنه مناف لإطلاق صحيح الصفار فيه أن التعليل الموجود فى خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله حيث قال عليه السلام: «لأنا لا ندرى لعله قد واه.» يقيد إطلاق صحيح الصفار فلا يشمل هذا المورد الذى نعلم بعدم وفاء الميت للحق. و مما ذكرنا يظهر

الإشكال فى قوله بعد ذلك «مع أن ظاهر الصحيح المزبور التعبد» لانه لا مجال لهذا الاستظهار مع وجود التعليل المذكور الذى يقتضى كون اليمين للاستظهار.

قال: ثم ان ظاهر قوله: «و قبضه من ماله و لو بعد الموت» مراعاة نفى الاحتمال بعد الموت أيضا، لكن ظاهر اليمين فى الخبر المزبور اعتبار نفيه الى حين الموت دون ما بعده». أقول:

لكن مقتضى التعليل فى الخبر هو العموم لما بعد الموت.

أحكام قيام البينه على الغائب و الصبى و المجنون:

قال المحقق «قده»: «و لو شهدت على صبى أو مجنون أو غائب ففى ضم اليمين إلى البينه تردد، أشبهه أنه لا-يمين و يدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال» .

أقول: ذكروا أن للحاكم أو عليه أن يدفع من مال الغائب الى المدعى، و هذا سواء قلنا بأن اليمين شرط حجيه البينه هنا أو لم نقل بذلك، فإنه بعد قيام الحججه على الحكم و تماميه الحكم من قبل الحاكم يدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق الثابت عليه، لكن بعد تكفيل القابض بالمال لأن الغائب على حجته، فلو حضر و ظهر براءة ذمته من الحق المدعى استرجع المال المأخوذ منه اليه. و هل المراد من الكفاله هنا هو الضمان؟ ان الضمان المصطلح فى الدين هو: أن يضمن الشخص للدائن طلبه من المدين فينتقل الحق من ذمه المدين إلى ذمه الضامن و يكون هو المطالب

بالحق فى حال عدم وفاء المدين بالحق، لكن يشكك أن يكون المراد من التكفيل هنا هذا المعنى لعدم ثبوت اشتغال ذمه القابض - فلا معنى لان يضمه غيره لانه من قبيل ضمان ما لم يجب و هو باطل - و ان لم يكن عندنا قطع بعدم اشتغال الذمه، و أما العين فان ضمانها يكون بنحو التعهد لأخذها و ردها الى صاحبها. و حينئذ يقع الشك فى هذا المورد لانه -لما يدعى المدعى الحق على الغائب و يقيم البينه على ذلك و يحكم الحاكم له و يدفع اليه من مال الغائب بقدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال لما ذكرنا- يشكك فى أنه هل يصح ضمان الدين المشكوك. و بعبارة أخرى: هل يصح أن يضم الحق على تقدير ثبوته؟ هذا فى غير ما نحن فيه مشكك، لكن لما لم يكن ما نحن فيه من قبيل ضمان ما لم يجب أمكن الضمان فيه على تقدير، نعم يبقى فيه اشكال أن الإنشائيات يشترط فيها التنجيز و لا يصح التعليق، الا أن يدفع بأن التعليق هو فى المنشأ لا فى الإنشاء.

هذا، و لا حاجة الى ذكر دليل على جواز دفع الحاكم من مال الغائب الى المدعى لوضوح أن ذلك هو الأثر المترتب قهرا على البينه و حكم الحاكم بالحق، و أما التكفيل فدليل القول به هو النص و الا لم تكن حاجة إليه بعد ثبوت أن الغائب على حجته و أنه يسترجع ما له فيما إذا حضر و ثبت براءه ذمته، و النص المشار اليه هو:

ما رواه الشيخ بإسناده عن أبى القاسم جعفر بن محمد عن

جعفر بن محمد بن إبراهيم عن عبد الله بن نهيك عن ابن أبي عمير عن جميل بن دراج عن جماعه من أصحابنا عنهما عليهما السلام:

«الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيئه و يباع ماله و يقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجته إذا قدم. قال: و لا يدفع المال إلى الذي أقام البيئه إلا بكفلاء». و يمكن أن يستفاد منه اشتراط تعدد الكفيل لكن في الجواهر أنه لم يعثر على قائل به، و لعل وجه عدم القول بذلك جعلهم العبارة نظير قولهم: إذا شهد عليه المسلمون فكذا حيث يراد بذلك المسلم، و كذا قولهم: يشترط اذن العلماء في كذا، حيث يقصد العالم لا جميع العلماء.

قال في الوسائل: و عنه عن أبيه عن سعد بن عبد الله عن أيوب ابن نوح عن محمد بن أبي عمير عن جميل مثله (١).

و نحوه ما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، لكن فيه: «إذا لم يكن مليا» (١) فإنه ظاهر في تكفيل القابض إذا لم يكن مليا، و أما إذا كان مليا فلا يجب، و لعل وجه ذلك أنه ان كان

ص: ٣٤٨

فقيرا و لم يؤخذ كفيل ضاع حق الغائب على تقدير براءه ذمته، لان المفروض إفلاس المدعى و المفلس فى أمان الله. و من هذه الروايه يعلم أيضا أن المدعى يكفل من جهه المال الذى يأخذه لا من جهه شخصه، و لذا لو أقام المدعى عليه البيئه على براءه ذمته أخذ الحاكم حقه و أرجعه اليه و ان لم يكن المدعى حاضرا.

هذا، و ليس فى الروايات ذكر لليمين، و من هنا يتوجه القول بعدم لزومها هنا. و لو سلم عموم التعليل فى روايه الدعوى على الميت الداله على لزوم اليمين فى تلك الصوره لما نحن فيه كانت روايات هذا المقام مخصصه لتلك الروايه و تكون النتيجة لزوم اليمين فى كل مورد جهل حال المدعى عليه من جهه أداء حق المدعى الا الغائب فلا يلزم فى الدعوى عليه ضم اليمين إلى البيئه. الا أن يقال بلزومها هنا أيضا من جهه أنه لا منافاه بين اشتراط اليمين هناك و اشتراط الكفيل هنا و عدم ذكر اليمين هنا لا ينفى لزومها، بل ان المراد من البيئه هو البيئه مع اليمين، و لكن هذا الاحتمال خلاف الظاهر، لان ظاهر الأدله كفايه البيئه بوحدتها.

هذا، و جميل من أصحاب الإجماع و الروايه معمول بها عند الأصحاب فلا يقدر إرسالها فى حجيتها (١).

ثم ان صاحب المسالك قال فى شرح عبارته المحقق «قده» :

وانما اعتبر المصنف الكفيل لانه لم يوجب عليه اليمين مع البيئه، فجعل الكفيل عوضا عنه لاحتمال براءه الغائب من الحق على وجه لا- تعلمه البيئه، و من أوجب عليه اليمين لم يعتبر الكفيل الا- على تقدير تعذرهما كما لو كان المدعى على الغائب وكيل المستحق فإنه لا يجوز إحلافه فيستظهر بالكفيل، ولا شك فى أن الكفاله و اليمين احتياط و استظهار الا أن ثبوتهما يحتاج الى دليل» .

و قد استغرب صاحب الجواهر صدور هذا الكلام منه قائلا بأنه لو اشترطنا اليمين فإنه متى تعذرت عليه كما لو كان المدعى على الغائب وكيلا لزم القول بعدم ثبوت الدعوى لا التكفيل عوضا عن اليمين، الا أن يقول بأن هنا روايتين إحداهما تفيد الاستظهار بالكفيل و الأخرى تفيد الاستظهار باليمين، و فيما نحن فيه يمكن التمسك بكل منهما و لا يجمع بين الأمرين، بل ان حلف فلا يكفل و ان كفل فلا يحلف، و أورد عليه فى الجواهر بأنه لا مانع من الجمع بين الأمرين، و من هنا اعتبر فى القواعد ضم اليمين الى التكفيل.

قال: و لكن لا يجب شىء من الأمرين لا فيما نحن فيه و لا فى

صوره الدعوى على الميت، بل ان القضييه تتم بحكم الحاكم، بعد قيام البيئه و أما اليمين و الكفيل فلاحتياط و الاستظهار.

أقول: يتوجه هذا الكلام فى خصوص كون المدعى عليه غائبا لأن الروايه الداله على اعتبار ضم اليمين إلى البيئه فى حال كون المدعى عليه ميتا تختص بموردها و لا تشمل محل الكلام، و حينئذ يكون اعتبار اليمين هنا من باب الاحتياط و الاستظهار، و قد استفاد فى الجواهر أن أخذ الكفيل فى حال عدم الملاءه- كما فى روايه محمد بن مسلم- هو للاستظهار أيضا و أنه ليس الحكم متوقفا على التكفيل، و لكن ظاهرها توقف دفع المال إليه فى هذه الحاله على التكفيل.

و عن الأردبيلى قدس سره الإشكال فى دفع المال الى المدعى لانه قد يستلزم الضرر على الغائب، و أن الخبر غير عام فينبغى الاقتصار على موضع الوفاق و هو فيما إذا علم الخصم بأنه إذا لم يحضر يحكم عليه و هو غائب لأنه يكون أدخل الضرر على نفسه.

أقول: لكن الظاهر أنه فى مثل هذا الحكم الذى يستلزم الضرر غالبا لا يمكن القول بحكومه أدله لا ضرر.

هذا كله بالنسبه إلى الغائب، و كذلك المجنون و الصغير، فإنه بنفس البيئه يحكم الحاكم على وليهما بدفع حق المدعى من دون حاجه الى ضم اليمين إلى البيئه لعدم شمول روايه اعتبار اليمين

الوارده في خصوص الميت لهما وقياسهما عليه باطل بالضرورة، فالأشبه أنه لا يمين وفاقا للمصنف وجماعه.

حكم ما لو ذكر المدعى ان له بينه غائبه:

قال المحقق: «و لو ذكر المدعى أن له بينه غائبه خيره الحاكم بين الصبر و بين إحلاف الغريم.» .

أقول: ذكر جماعه أنه لو ذكر المدعى بعد طرح دعواه عند الحاكم أن له بينه على ما يدعى و لكنها غائبه خيره الحاكم بين أن يصبر حتى تحضر البيئه و بين أن يحلف غريمه المنكر، و ليس للمدعى ملازمه الغريم و لا مطالبته بكفيل.

و ليس في عباره المحقق «قده» ذكر لمداه الصبر، و أما التخيير بينه و بين إحلاف الغريم فهو مقتضى القاعده و لا حاجه الى دليل خاص يدل عليه لان الخيار بيده و أن يمين الغريم حق ثابت له، بل له اختيار إحلاف الغريم حتى مع حضور البيئه.

هذا ما ذكره المحقق «قده» هنا، لكن في النافع: «و لو قال: البيئه غائبه أجل بمقدار إحضارها، و في تكفيل المدعى عليه تردد، و يخرج من الكفاله عند انقضاء الأجل.» .

و قد ذكر الشهيد الثاني «قده» في المسالك أدله الطرفين، فدليل عدم لزوم أخذ الكفيل هو أن الأصل براءه ذمه المدعى عليه من إعطاء الكفيل و لا دليل على جواز لإلزام بإعطاء الكفيل، و دليل اللزوم: احتمال ضرر المدعى فيدفع الضرر بأخذ الكفيل. قال

فى المسالك: و هو الأحوط.

اذن فى المسأله ثلاثه أقوال.

و قد أشكل فى الجواهر فى التأجيل بأنه لا ثمره له، لأنه إن أحضر البينه بعد انتهاء المده سمعت الشهاده بلا خلاف، و لم يقل أحد بأنه يجبر على الإحلاف بعد المده مع عدم حضور الشاهدين، و ان كان المراد تعيين الأجل للكفاله بناء على جواز أخذ الكفيل كان له وجه، و تكون الثمره خروجه من الكفاله عند انقضاء الأجل، و لكن هذا لا يتلائم مع عباره النافع حيث تردد فى أخذ الكفيل، فيكون التأجيل لغوا.

لكن فى قول أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: «اجعل لمن ادعى شهودا غيبا أمدا بينهما فإن أحضرهم أخذت له بحقه و ان لم يحضرهم أوجبت عليه القضيّه» دلالة على لزوم تعيين الأجل، فمع انقضائه لم يمهل، الا أنه لا قائل بذلك، فالأولى حملة على مجرد الإمهال حتى حضور البينه، مع احتمال حملة و ان كان بعيدا على كون الشهاده على جرح بينه المدعى بعد إقامتها، فيجعل لإحضار شهود الجرح أمد حتى لا يبقى النزاع بينهما. هذا كله لو فرض تماميه سند الخبر.

و هل يلزم التكفيل؟ استدلل للعدم بأن المدعى قد اختار الصبر حتى حضور البينه، فلا وجه لإلزامه المدعى عليه بإعطاء الكفيل أو ملازمته إياه أو المطالبه بحبسه، لان حق المدعى غير ثابت فكيف يقال بإضرار المدعى عليه فعلا كأن يحبس أو يلازم دفعا للضرر المحتمل

ص: ٣٥٣

توجهه على المدعى.

فان قيل: اذن يؤخذ منه الكفيل لأنه ان كان ضررا على المدعى عليه فهو أقل من الضرر المحتمل توجهه الى المدعى، فنقول: ان قاعده نفي الضرر ليست مشرعه بل أنها قاعده ثانويه ترفع الحكم الاولي المجعول حالكونه ضرريا، و فيما نحن فيه لا حكم شرعى مجعول ترفعه قاعده نفي الضرر لكونه ضرريا.

فان قيل: ان حرمة الإلزام بالكفيل حكم ضررى فترفعه القاعده و يحكم بالجواز، فنقول: ان هذا المعنى يستلزم الضرر الكبير على المدعى عليه، و لا معنى لدفع ضرر أحد الشخصين بضرر الآخر.

و أما كون أخذ الكفيل هو الأحوط كما فى المسالك ففیه أن الأحوط هو العكس، لان معنى الاحتياط هو الإتيان بالفعل مثلا لأجل التيقن بفراغ الذمه على كلا احتمالى الوجوب و الاستحباب، و أما هنا فان فى أخذ الكفيل ضررا فعليا على المدعى عليه، و فى عدمه ضرر احتمالى على المدعى، فالأحوط عدم أخذ الكفيل منه، لأنه فى حال ترك الأخذ يعلم بعدم الضرر، و أما أخذ الكفيل فهو لدفع الضرر المحتمل مع أنه ضرر قد أقدم عليه المدعى باختياره الصبر فالأحوط الترك.

و قد يفصل بأنه إذا كان المدعى عليه مليا و يمكن استرجاع المال منه بعد ثبوت براءة ذمه الخصم فلا يكفل و الا فيكفل، و الوجه فى ذلك وجوب مراعاة الحاكم لأقل الضررين فى حال دوران الأمر بينهما.

ص: ٣٥٤

و هذا أيضا ضعيف لانه يلاحظ أقل الضررين ان كانا متوجهين الى شخص واحد لا شخصين.

و على التكفيل فهل يتعين فى ضرب مده ثلاثه أيام كما عن ابن حمزه أو يناط بنظر الحاكم؟ قولان.

و ان كان له شاهد واحد و ذكر أن الآخر غائب فقد قيل بحبسه حتى يحضر الآخر، و الأشبه أنه لا وجه للحبس و لا للتكفيل، فهذا الفرع كسابقه.

٣- الأحكام المترتبة على سكوت المدعى عليه:

قال المحقق: «و أما السكوت فان اعتمده أُلزم بالجواب فان عاند حبس حتى يبين، و قيل: يجبر حتى يجيب، و قيل. و الأول مروى.»

أقول: ان سكت المدعى عليه أو قال: لا أدري، فتاره يكون سكوته لا عن عناد بل من جهه خوف أو دهشه أو تفكير فى الأمر و الجواب أو نحو ذلك، فحينئذ يطمئنه الحاكم و يصبر حتى يزول خوفه، و تاره يكون سكوته عن عناد و لجاجه فهنا ثلاثه أقوال ذكرها المحقق «قده»: «الأول» الحبس حتى يبين الجواب «الثانى» إجباره على الجواب بالضرب و نحوه. «الثالث» أن يقول له الحاكم: اما أجبت و اما جعلتك ناكلا و رددت اليمين على المدعى، فان أصر على السكوت رد الحاكم اليمين على المدعى.

و هل هذا البحث و الخلاف قبل إقامه المدعى اليه أو بعدها؟

يمكن تصوير ثلاث صور لهذا المقام «الأولى»: أن يقيم المدعى دعواه عند الحاكم فيسأل الحاكم المدعى عليه عن جوابه فيسكت، «الثانية»: أن يقيم الدعوى و يطالبه الحاكم بإقامه بينه ثم يسأل المدعى عليه فيسكت. «و الثالثة»: أن يقيم الدعوى و لا بينه عنده عليها فيسكت المدعى عليه عن الجواب.

لا ريب في عدم كون الصورة الأولى محل الخلاف و الأقوال.

و أما في الصورة الثانية فإن علم الحاكم بعدالة الشاهدين فإنه بعد سكوت المدعى عليه يعمل بعلمه و يحكم و يرتفع النزاع.

فظهر أن مورد الأقوال هو الصورة الثالثة، و الحق أن جواب المدعى عليه ليس حقا للمدعى، و أنه لا- دليل على وجوبه عليه شرعا، نعم هو مقدمه للعلم بالحال و فصل النزاع. و ننظر فيما يمكن أن يستدل له للأقوال في هذا المقام، فنقول:

الظاهر أنه لا نص في المسألة بالخصوص، و قول المحقق و العلامة قدس سرهما بالنسبة إلى القول الأول: «و الأول مروى» يمكن أن يكون إشارة إلى النبوى المشهور: «لى الواجد يحل عرضه و عقوبته» (١) الذى ذكروا انجبار ضعفه بعمل الأصحاب. و قد أجيب بأن الظاهر من «الواجد» هو من وجد المال لا ما يعم استحقاق جواب الدعوى، و يشهد بذلك أن الامام أمير المؤمنين عليه السلام كان يحبس المدين و الغريم كما فى الاخبار.

ص: ٣٥٦

أقول: و في الاستدلال به و الجواب عنه كليهما نظر، أما في الاستدلال فلانه يتوقف على ثبوت كون الجواب واجبا على المدعى عليه اما من جهه كونه حقا للمدعى و اما من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و حينئذ لو شككنا في عقاب من لم يعمل بهذا الواجب أمكن الاستدلال بالحديث، و أما مع عدم ثبوت وجوب الجواب عليه فلا- يجوز حبسه، كما لا يجوز حبس من يشك في كونه مدينا. و قد تقدم أن في وجوب الجواب على المدعى عليه مطلقا تأملا و اشكالا اللهم الا أن يكون إجماع، فسقط الاستدلال.

و في الجواب المذكور أيضا نظر من جهه أنه لو فرض ظهور لفظ «الواجد» فيما ذكر، بل حتى لو صرح بالمال في الكلام فلا مانع من دعوى إلغاء خصوصيه المال هنا بمناسبه الحكم و الموضوع، فيكون معنى الحديث: لى الواجد عن أداء ما للناس -مالا كان أو حقا- يحل عقوبته و عرضه.

و استدل للقول الثاني بأن إجباره على الجواب بالضرب هو من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

و فيه: ان هذا أيضا متوقف على ثبوت وجوب الجواب عليه و الا- فإن أدله وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر لا تثبت موضوع المعروف و المنكر.

و استدل للقول الثالث بعموم الروايات الوارده في باب «أن المدعى إذا لم يكن له بينه فله استحلاف المنكر، فان رد اليمين على المدعى فحلف ثبتت الدعوى و ان نكل بطلت» كصحيحه محمد

ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «فى الرجل يدعى و لا بينه له. قال: يستحلفه، فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له» (١).

و بالروايه الوارده فى الأخرس (٢) إذ المستفاد منها أن الإنكار غير لازم بل يكفى لثبوت حق المدعى امتناع المدعى عليه من اليمين، و لكن الاستدلال بها يتوقف على عدم مجيء شبهه القياس.

و بروايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٣).

فالأظهر هو القول الثالث، و ان قال بالأول جماعه كبيره من الأصحاب.

و قد يستدل للمختار بأن السكوت لا يخلو عن أحد أمرين، لان المدعى عليه ان كان يعلم بصدق المدعى فهو مقر و عليه دفع ما يدعيه، و ان كان ينكر ذلك و جب عليه رد اليمين على المدعى، و حيث امتنع من ذلك بسكوته فان الحاكم يرد اليمين على المدعى فان حلف ثبتت دعواه و الا سقطت، فالحاصل أنه مع السكوت يحكم عليه بدفع الحق.

و فيه: ان الإقرار أو الإنكار لا بد من إبرازه حتى يترتب عليه الأثر، و العلم الإجمالى المذكور غير كاف لترتب أثر أحد الحالين.

ص: ٣٥٨

-
- ١-١) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٦. الباب: ٧ من أبواب كيفيه الحكم.
 - ٢-٢) وسائل الشيعه: ١٨-٢٢٢. الباب: ٣٣ من أبواب كيفيه الحكم.
 - ٣-٣) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٢. الباب: ٤ من أبواب كيفيه الحكم.

وقد يعترض بأنه لو كان السكوت فى حكم النكول-كما تمسك لذلك بالروايات العامه-فيرد اليمين على المدعى كان اللازم أن يكون مجرد عدم جواب الصغير و المجنون و الغائب و الميت موضوعا لجواز الرد على المدعى.

و فيه: انه قياس مع الفارق.

و أما رأى صاحب الجواهر «قده» فهو بقاء النزاع على حاله فيكون بحكم الدعوى على الميت بلا بينه.

و فيه: انه مشكل جدا فإنه يؤدى الى عدم ثبوت دعوى أبدا، و لا ريب فى بطلان نسبه هذا الحكم الى الشارع، و عليه فلا مناص من سماع الدعوى، و مع سكوت المدعى عليه يحلف المدعى بمجرد ذلك أو بعد رد الحاكم اليمين عليه، و ان كان الثانى هو الأحوط، فان لم يحلف سقطت الدعوى.

بل ربما يكون ما ذكرناه هو طريق فصل النزاع حتى فى صوره الحبس أو الضرب، لانه قد لا يجيب المدعى عليه بعدهما و يكون المرجع ما ذكرناه، و عليه فهل يجب الحبس أو الضرب مع وجود هذا الطريق الذى يحتمل سلوكه بالتالى؟ الحق هو العدم.

قال المحقق «قده»: «و لو كان به آفه من طرش أو خرس توصل إلى معرفه جوابه بالإشاره المفيده لليقين» .

أقول: هذا إذا لم نقل بأن إشاره الأخرس تقوم مقام لفظ المتكلم الذى يكتفى بالظن بالمراد منه فلا حاجه الى مترجم لتحصيل اليقين بكونه مقرا أو منكرا.

قال: «و لو استغلقت إشارته بحيث يحتاج الى المترجم لم يكف الواحد.» .

أقول: ان القول بافتقاره الى مترجمين عدلين مبنى على أن ذلك من مقام الشهاده، و أما بناء على كونه من باب الرجوع الى أهل الخبره فى فهم اللغات مثلا فلا يعتبر التعدد.

٤- حكم ما لو أجاب بقوله «لا ادرى»:

إشاره

إذا أجاب المدعى عليه بقوله «لا أدرى» فإن كان للمدعى بينه على دعواه فهو و الا فوجوه:

منها: سقوط الدعوى، لان المدعى بعد فرض عدم البينه يقر بأن من لا يدري هل هو مدين أو لا لا يجب عليه دفع شىء.

و منها: أن يحلف المدعى عليه بأنه لا حق للمدعى فى ذمته استنادا الى الأصل، فإن شك فى مشروعيه هذه اليمين و سقوط الدعوى بها فالأصل هو العدم، و لكن تعارضه أصله عدم استحقاق الحق.

و منها: ان يرد اليمين على المدعى.

و منها: انه منكر و عليه اليمين بنفى العلم باستحقاق المدعى ما يدعيه عليه، قال فى الجواهر: «ثم ان ظاهر حصر الأصحاب حال المدعى عليه فى الثلاثه عدم حال آخر رابع مخالف لها فى الحكم، و حينئذ فإذا كان جوابه لا ادرى و لا اعلم و نحو ذلك فهو منكر، ضروره عدم كونه إقرارا كضروره عدم كونه ساكتا فليس إلا الإنكار و انسياق القطع بالعدم منه لا ينافى كونه فردا آخر له مرجعه عدم

ص: ٣٦٠

استحقاق ما يدعيه و ان لم يعلمه في نفس الأمر، ضروره اقتضاء تعلق الدعوى به استحقاق المدعى به عليه، فإذا نفى العلم بسببه كان نافيا للاستحقاق المزبور الذي هو روح الدعوى عليه، وبذلك يكون منكرًا لا يتوجه عليه الا اليمين لموافقته للأصل و غيره، و لا ينافي ذلك ما تسمعه من الأصحاب من غير خلاف فيه يعرف بينهم من اعتبار الحلف على البت في فعله نفيًا و إثباتًا المنزل على الصورة الغالبه من الإنكار بخلاف ما إذا كان إنكاره بالصورة الثانيه فإنه يحلف على عدم العلم نحو يمين الوارث» .

و منها: ما ذكره السيد «قده» -و لا يبعد كونه الأصح- و هو التفصيل بين صورته تصديق المدعى دعوى المدعى عليه عدم الدرايه و بين صورته عدم تصديقه لها، فقال ما حاصله بلفظه: «إذا أجاب المدعى عليه بقوله: لا أدري، فاما أن يصدقه المدعى في هذه الدعوى أو لا- فعلى الأول: ان كان للمدعى بينه على دعواه فهو و الا فلا حق له، لان المفروض تصديقه في عدم علمه، و معه ليس مكلفًا بالأداء في مرحله الظاهر لأن الأصل براءة ذمته و المدعى أيضا معترف بذلك، فالمقام نظير الدعوى على الميت مع عدم البيئه و اعتراف المدعى بعدم علم الوارث، فإنه لا- خلاف في سقوط دعواه حيثئذ. و يمكن أن يستدل على ما ذكرنا بالأخبار الوارده في ادعاء رجل زوجته امرأه لها زوج و أنه لا تسمع دعواه إذا لم تكن بينه كموثقه سماعه (1) و روايه

ص: ٣٤١

١- ١) وسائل الشيعه: ١٤-٢٢٦. الباب: ٢٣ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد من كتاب النكاح.

يونس (١) و حسنه عبد العزيز (٢) فان المفروض في هذه الاخبار عدم علم الزوج بصدق المدعى و كذبه، و الظاهر عدم الفرق بين دعوى الزوجيه و غيرها.

و على الثانى فللمدعى عليه أن يحلف على عدم اشتغال ذمته فعلا بحسب الظاهر، لانه منكر من هذه الحثيه، فالمنكر قسمان: منكر للاشتغال الواقعى، و منكر للاشتغال بحسب ظاهر الشرع، و للمدعى أن يحلفه على نفي العلم ان ادعى علمه بثبوت الحق، فإن حلف كفى فى سقوط الدعوى، و ان رد اليمين على المدعى أو الحاكم ردها عليه فحلف ثبت حقه و لكن هذا الحلف لا يوجب سقوط حقه واقعا حتى لا تسمع منه البيئه بعد ذلك و لا يجوز له المقاصه» .

هذا إذا كانت الدعوى ديناً، و أما إذا كانت متعلقه بعين فى يده و أجاب المدعى عليه بقوله: «لا أدري» فقد ذكروا أنه ان كانت تحت تصرف تلك اليد فقط و لم تشاركها يد أخرى فى الأخذ و الوضع من الصندوق الذى وضعت تلك العين فيها مثلاً كانت اليد المنحصره حجه و الا و جب على المدعى إقامه البيئه، فإن أقامها حكم له و الا فيما أن المدعى عليه غير متمكن من الحلف لعدم درايته بالواقع و من هنا أيضا لا يمكنه رد اليمين على المدعى تكون الدعوى ساقطه ظاهراً.

ص: ٣٤٢

١-١) وسائل الشيعه: ١٤-٢٢٦.

٢-٢) وسائل الشيعه: ١٤-٢٢٦.

و قال السيد رحمه الله ما ملخصه «بل يمكن أن يقال بجواز حلفه على عدم الحق للمدعى على الميت اعتمادا على يد من انتقلت منه اليه كما يظهر من خبر حفص بن غياث (١) فإنه يظهر منه جواز الحلف إذا اشترى من ذى يد، بل يظهر منه جواز الشهادة باليد مع أن أمر الشهادة أصعب، بل و كذا إذا كانت فى يده و لم يعلم حالها يحكم بمقتضى يده أنها له، و لا يضر قوله: لا أدرى من أين صارت فى يدي و أنها فى الواقع لى أو ليست لى.

لكن قال فى المستند فى هذه الصورة: ان رد اليمين على المدعى فحلف كانت له و ان لم يدع عليه العلم أو ادعى و حلف على نفى العلم لا يحكم بكونها له بل يقرع بينه و بين المدعى، لانه يشترط فى دلالة اليد على الملكيه عدم اعتراف ذىها بعدم علمه بأنه له أو لا» .

قلت: و الاولى ما ذكره السيد «قده» لانه مقتضى قاعده اليد.

ص: ٣٦٣

ثم انه بناء على ما ذكرنا من سقوط الدعوى فى صورته تصديق المدعى دعوى المدعى عليه عدم درايتة و أنه لا أثر لليمين حينئذ -لأن الغرض منها ازاله الشك فى صدقه فمع العلم به لا أثر لها- يحكم بسقوط الدعوى كذلك لو علم بصدقه فى دعوى عدم الدرايه من دون حاجه الى يمين المدعى عليه على ذلك.

و قال بعض المعاصرين: و إذا أجاب المدعى عليه بعدم العلم فقد يقال مع تصديق المدعى له، فاما أن يكون له بينه فهو، و مع عدمها لا- حق له لعدم كون المدعى عليه مكلفا بالأداء فى الظاهر و المدعى معترف بذلك فلا يجوز مطالبتة، و معه ليست الدعوى مسموعه حتى يقال يصدق عليه المدعى و كل دعوى مسموعه يكون الفصل فيها باليمين و اليمين، و ذلك لعدم البينه و عدم إمكان الحلف على الواقع لعدم العلم به و لا على الظاهر لتصديقه له فى براءته بحسب الظاهر» (1).

و فيه: أنه ليس الشك فى الصدق ملحقا بالعلم به فى عدم جواز الإحلاف، لأن اليمين هى للاستظهار فى حال تكذيبه دعوى نفى العلم أو الشك فى صدق هذه الدعوى.

و انما يحلف مع كون الأصل عدم كونه مدينا لان الصحيح- كما ذكر الشيخ الأستاذ قدس سره (1) -ان قولهم بعدم وجوب الفحص فى الشبهه الموضوعيه ليس على إطلاقه، لأنه قد يكون

ص: ٣٦٤

الفحص من السهولة بحيث لا يصدق معه الشك و الشبهه عرفا، فلو توقف ظهور حقيقه الحال فى المنازعه على حق على مراجعه دفتر الحساب لم يؤثر جواب المدعى عليه بالشك فى صدق الدعوى و تمسكه بأصالة العدم حينئذ. و ما نحن فيه من هذا القبيل فالحلف لا بد منه فى هذا المقام.

(مسائل تتعلق بالحكم على الغائب)

الأصل- لو لا الدليل- عدم نفوذ الحكم على الغائب، الا أنه لا ريب فى سماع الدعوى و نفوذ الحكم عليه، و فى الجواهر الإجماع بقسميه عليه، و قد يستدل لذلك بالأدله التاليه:

١- إطلاق أدله القضاء كقوله تعالى «فَاخُكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (١).

٢- إطلاق أدله الحكم بالبينه و اليمين، كقوله صلى الله عليه و آله و سلم «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» (٢).

الا- أن التمسك بهاتين الطائفتين من الأدله غير تام لعدم الإطلاق الشامل للغائب فيها بحيث يمكن أن يكون دليلا للجواز لو لا الاخبار الخاصه و الإجماع، لأن هذه الأدله فى مقام بيان الحكم على الإجمال، فهى تبين أصل القضاء و تشريعه من غير تعرض إلى الشرائط

ص: ٣٤٥

١- ١) سورة ص: ٢٦.

٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٦٩. الباب: ٢ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

و الخصوصيات، و يكون معنى «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان»، انى لا افضى بينكم عن طريق العلم بالغيب و لا بالمعجزه بل أفضى بينكم بالبينات و الايمان، بل ان هذا الحديث و نحوه منصرف عن صورته كون أحد المتخاصمين غائباً.

٣- ما روى عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم من أنه قال لهند زوجه أبى سفيان بعد أن ادعت انه رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى و ولدى: «خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف» (١) و كان أبو سفيان غائباً.

و فيه- مع الغرض عن سنده و عما قيل من أن كون أبى سفيان غائباً غير معلوم- أنه لا ظهور له فى كون ذلك من النبي «ص» من باب الحكم، بل كونه من باب الولاية على الممتنع أولى، فلا يتم الاستدلال به.

٤- ما روى عن أبى موسى الأشعري: «كان النبي صلى الله عليه و آله و سلم إذا حضر عنده خصمان فتواعدا الموعد فوفى أحدهما و لم يف الآخر قضى للذى و فى على الذى لم يف. أى مع البيه» (٢).

و هذا الحديث- مع الغرض عن سنده- صريح فى حضور كليهما عند الحاكم و غياب أحدهما عند الحكم، فلا يستدل به لصورته غياب أحدهما من الأول.

٥-خبر جميل: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيه و يباع ماله و يقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجه إذا قدم و لا يدفع المال إلى الذى أقام البيه إلا بكفلاء» (١).

٦-خبر محمد بن مسلم: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيه و يباع ماله و يقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجه إذا قدم و لا يدفع المال إلى الذى أقام البيه إلا بكفلاء إذا لم يكن مليا» (٢).

٧-إطلاق ما روى عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال: «القضاه أربعه، ثلاثه فى النار و واحد فى الجنه، رجل قضى بجور و هو يعلم فهو فى النار، و رجل قضى بجور و هو لا يعلم فهو فى النار، و رجل قضى بالحق و هو لا يعلم فهو فى النار، و رجل قضى بالحق و هو يعلم فهو فى الجنه» (٣).

لكن الظاهر كونه فى مقام بيان لزوم العلم بالحق و الحكم بالحق فقط، فلا إطلاق له ليستدل به فى المقام.

و ببعض ما ذكر يتقيد إطلاق ما رواه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «إذا

ص: ٣٦٧

١-١) وسائل الشيعه: ١٨-٢١٦. الباب: ٢٦ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

٢-٢) وسائل الشيعه: ١٨-٢١٦.

٣-٣) وسائل الشيعه: ١٨-١١. الباب: ٤ من أبواب صفات القاضى.

تقاضى إليك رجلان فلا تقض للاول حتى تسمع من الآخر، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء» (١) و ان كان يحتمل ظهور «تقاضى إليك رجلان» فى كونهما حاضرين، فيكون وجه الجمع: الحكم فى القضية جزما و يكون الغائب على حجه إذا قدم.

و كذا ما عن على عليه السلام قال: «قال النبى صلى الله عليه و آله و سلم لما وجهنى إلى اليمن: إذا تحوكم إليك فلا تحكم لأحد الخصمين دون أن تسأل من الآخر. قال: فما شككت فى قضاء بعد ذلك» (٢)، و ما رواه العياشى فى تفسيره عن الحسن عن على عليه السلام ان النبى صلى الله عليه و آله و سلم بعثه ببراءة-الى أن قال-فقال: «ان الناس سيتقاضون إليك، فإذا أتاك الخصمان فلا تقض لواحد حتى تسمع من الآخر فإنه أجدر أن تعلم الحق» (٣) بناء على ظهورهما فى الإطلاق، و يكون مفاد أخبار الأمر بالسؤال من الآخر أنه إذا حضرا معا فلا يجوز الحكم قبل السؤال من الآخر و سماع كلامه، و قد حمل الأمر بالسؤال منه على الإرشاد و لكنه خلاف الظاهر.

و أما ما رواه أبو البخترى عن جعفر عن أبيه عن عليه السلام

ص: ٣٤٨

١-١) وسائل الشيعه: ١٨-١٥٨ ضعيفه.

٢-٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٥٩ ضعيفه.

٣-٣) وسائل الشيعه: ١٨-١٥٩ ضعيفه.

من أنه قال: «لا يقضى على غائب» (١) فلا يعارض ما تقدم لضعف سنده (١) و لإعراض الأصحاب عنه، مع إمكان حمله على بعض الوجوه.

و بعد، فهل يقضى على الغائب فى كل دعوى و على كل حال؟ يتضح الأمر فى هذا المقام فى مسائل:

المسألة الأولى

(فى المراد من الغائب)

قال المحقق «قده»: «يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقا مسافرا و حاضرا، و قيل: يعتبر فى الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم» .

أقول: لا- اشكال و لا- خلاف فى أنه يقضى على الغائب المتعذر عليه الحضور من جهه مرض أو شبهه، أو كان ممتنعا عن الحضور.

و لا- خلاف فى صدق «الغائب» على المسافر بمقدار المسافه الشرعيه، و أما إذا كان أقل منها فعن يحيى بن سعيد القول بعدم الصدق، و لعل دليله أن القدر المتيقن من «الغائب» هو المسافر بقدر المسافه الشرعيه.

ص: ٣٦٩

١-١) وسائل الشيعه: ١٨-٢١٧ عن قرب الاسناد عن السندي بن محمد عن أبى البختري.

و هو ضعيف لصدق الغائب على المسافر بأقل منها حقيقه.

و ان كان حاضرا فى البلد و غائبا عن مجلس الحكم فالمشهور أنه كالغائب عن البلد فيقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقا، قال فى الجواهر: و ان لم يتعذر عليه الحضور، لكن فيه عن المبسوط و تعليق الإرشاد: يعتبر فى الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم، إلا أنا لم نجد فى المبسوط ما نسب اليه، و الشيخ «قده» لم يتعرض إلى مسألتنا، و يمكن أن يكون قد تعرض لها فى محل آخر.

و فى المسالك: ان كان غائبا عن البلد قضى عليه باتفاق أصحابنا سواء كان بعيدا أم قريبا، و كذا لو كان حاضرا فى البلد و تعذر حضوره فى مجلس الحكم اما قصدا أو لعارض، و لو لم يتعذر حضوره فالمشهور الجواز أيضا لعموم الأدله. و قال الشيخ فى المبسوط:

لا يحكم عليه حينئذ لأن القضاء على الغائب موضع ضروره فيقتصر فيه على محلها، و لانه ربما وجد مطعنا و مدفعا و جاز فى الغائب للمشقه بطول انتظاره. و الأظهر الأول.

و لعل المشهور قد حملوا أدله السؤال من المدعى عليه على الحاضر فى المجلس، أو حملوا «الغائب» فى أدله القضاء عليه على من غاب عن المجلس، فتكون هذه الأدله مخصصه لأدله السؤال من المدعى عليه بناء على عموم التعليل الموجود فيها، لان ظهور «يقضى على الغائب» أقوى من ظهور العله فى تلك الأدله، و يجوز حمل العله على الاستحباب أو العليه الناقصه. لكن فى الحكم على الغائب عن المجلس تردد و ان كان ما ذهب اليه المشهور هو

الأظهر، و كونه على حجته إذا قدم يدفع الضرر عنه.

هذا و لا يجب على الحاكم الإرسال خلف المدعى عليه للحضور فى المجلس الا أن يلتمس المدعى ذلك.

ثم هل يشترط فى الحكم عليه دعوى جحوده كما فى القواعد التوقف فيه، بل عن التحرير الجزم بعدم سماع بيئته إلا لأخذ المال لو اعترف باعترافه-و مرجعه الى اشتراط ادعاء الجحود إذا طلب الحكم دون المال-و التردد إذا لم يتعرض لجحوده من اشتراط سماعها به و لم يعلم، و من تنزل الغيبه منزله السكوت النازل منزله الجحود، لاحتماله الجحود فى الغيبه و ان لا يقدر بعد على الإثبات إذا ظهر الجحود؟ قال فى الجواهر: لا يخفى عليك إطلاق النص و الفتوى و معقد الإجماع. أقول: على أنه إذا كان مبنى الحكم كون المدعى عليه جاحدا فيلزم فى صوره إقرار المدعى عليه أن لا يحكم الحاكم بعد الإقرار، نعم له أن يأمره بدفع ما أقر فيه لو كان متساهلا فى تسليمه. و الا فلا معنى لتوقف تنفيذ حكم الله على حكم الحاكم فى القضية. الا أن يقال بأن الله عز و جل قد أذن للحاكم أن ينشئ الحكم حتى تترتب الآثار على الحكم الشرعى ان كان لحكمه أثر زائد على الإقرار-لأن المسلم به أنه لا يسمع الإنكار بعد الإقرار و أن الإقرار كحكم الحاكم فى فصل الخصومه-كأن يكون أثر الحكم عدم سماع دعواه الاشتباه مثلا فى الإقرار.

قال فى الجواهر: نعم قد يتوقف فى صوره العلم باعترافه بناء

على اشتراط الخصومه فى مطلق القضاء على الحاضر و قد عرفت الكلام فيه سابقا، و المتيقن من الخبرين غير المفروض، نعم لا إشكال فى تناولهما غير معلوم الحال كما هو واضح.

أقول: لكن دعوى انصراف الخبرين عن هذه الصورة مشكله.

المسأله الثانيه

(يقضى على الغائب مطلقا أو فى حقوق الناس؟)

قال المحقق «قده»: «يقضى على الغائب فى حقوق الناس كالديون و العقود و لا يقضى فى حقوق الله تعالى كالزنا و اللواط لأنها مبنيه على التخفيف» .

أقول: و لذا تدرء الحدود بالشبهات، بخلاف حقوق الناس فإنها مبنيه على الاحتياط. فان قيل: فلما ذا لا يعتنى باحتمال خطأ الشاهدين بل يحكم على طبق شهادتهما على المدعى عليه الحاضر قلنا: ان احتمال خطأ البيه يبلغه دليل حجيتها فلا مجال حينئذ لدليل درء الحد بالشبهه و الا لتوقف اجراء الحد على العلم بالواقع فى القضيه أو بصدق الشاهدين، لكن حيث أن المدعى عليه غائب يمكن حضوره و جرح الشاهدين أو إقامه البيه على أن المتهم فى هذه القضيه ليس هو بل غيره، فهذا الاحتمال يدرأ به الحد.

قال المحقق: «و لو اشتمل الحكم على الحقين قضى بما يخص الناس كالسرقه يقضى بالغرم، و فى القضاء بالقطع تردد» .

أقول: لو اشتمل الحكم على حق الناس و حق الله معا كالسرقه

يقضى عليه في حق الناس، و أما القضاء بحق الله و هو القطع فقد تردد فيه المحقق «قده»، قال شارحوه انه لم يتردد في عدم القضاء به غيره من الفقهاء.

و ذكر في الجواهر وجه التردد: ان السرقة عله للأمرين، فإذا قامت البيهه عليها لم يعقل التفكيك بين المعلولين، و أوجب عن ذلك بأن الأحكام الشرعيه معرفات لا علل حقيقيه. و معنى هذا الكلام:

ان الأمور المذكوره في كلمات الشارع بعنوان العله ليست علالا حقيقيه يحكم العقل بامتناع الانفكاك بينها بل هي معرفات. أقول:

ان العقل لا يمكنه ادراك أن الشيء الكذائي عله للشيء الكذائي في الأحكام الشرعيه، فلو لا بيان الشارع ان الجنابه عله لوجب الغسل لم يدرك العقل ذلك، و حينئذ فلو جاء في كلامه أن الشيء الفلاني عله للشيء الفلاني و جب التصديق بحكم الشارع بالعليه، لكن الفرق بين العليه المدركه بالعقل كعليه النار للحراره و العليه الوارده في لسان الشارع هو أنه في الأول يستحيل التفكيك بين النار و الحراره إلا عن طريق الاعجاز، أما في الثاني فإنه يمكن تخلف ما جعل معلولا عما جعل عله، و لذا نرى أن الشارع قد يقول في مورد بعدم ترتب المعلول على العله و هو يكشف عن عدم العليه التامه. اذن ليست الأحكام الشرعيه معرفات، بل هي علل و معاليل كالعلل و المعاليل الأخرى.

و عليه فلو أقر الحاضر بالسرقة مرتين ترتب الأثران، و ان أقر مره واحده يؤخذ منه حق الناس و لا يحكم عليه في حق الله، فلا

يلزم أن نقول الأحكام الشرعيه معرفات، بل نقول هي علل، و لكن فى هذا المورد العله لترتب الأمرين هو الإقرار مرتين، و الإقرار مره واحده عله لترتب أحد الأثرين، و ذلك لان مبنى الشارع فى الحدود الإلهيه على التخفيف فلا بد من إقرارين، و أما فى حقوق الناس فعلى الاحتياط فيكفى الإقرار الواحد لأن يقضى عليه بالغرم.

هذا، و لكن مقتضى أدله القضاء عمومها بالنسبه إلى الحاضر و الغائب، و حيثئذ فلو سرق حكم بقطع يده و بالغرم معا لعموم الأدله، و دليل درء الحد بالشبهه لا يشمل هذا المقام و لا مخصص تام سندا و دلاله لتلك العمومات، فيقضى عليه فى الحقين بلا فرق الا أن يكون هناك إجماع.

المسأله الثالثه

(لو كان صاحب الحق غائبا فطالب الوكيل)

قال المحقق: «لو كان صاحب الحق غائبا فطالب الوكيل فادعى الغريم التسليم الى الموكل و لا بينه، ففى الإلزام تردد بين الوقوف فى الحكم لاحتمال الأداء، و بين الحكم و إلغاء دعواه لان التوقف يؤدي الى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء و الأول أشبهه» .

أقول: الوكيل تاره و كيل فى المرافعه فقط و أخرى هو و كيل فى المرافعه و المطالبه بالحق معا، و حيث يكون له المطالبه بالحق فان ادعى الغريم تسليمه الى الموكل طالبه بإقامه البيئه على دعواه الوفاء به، فإن أقامها حكم الحاكم له، و ان لم يكن له بينه على

تلك الدعوى فلا يمكنه إحلاف الوكيل لان يمين الوكيل لا أثر لها، و حينئذ تسقط دعواه و يلزم بدفع الحق، لأن الأصل عدم دفع الحق و عدم إبراء صاحب الحق إياه، و هذا هو الوجه الصحيح للقول بالإلزام.

و أما قوله: «لان التوقف يؤدي الى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء» فقد يجاب عنه بأن استيفاء الحق ليس متوقفا على ذلك، فيمكن طلبها بأسباب أخرى.

و أما القول بأنه لو لم يلزم لتوجه الضرر على صاحب الحق بضياع حقه، ففيه أنه يحتمل أيضا توجه الضرر الى الغريم لاحتمال صدقه فى دعوى الأداء.

و هل يلزم التكفيل حينئذ لو طلبه الدافع؟ ان كان ذلك بعد حكم الحاكم لم يكن للتكفيل أثر لان الدعوى بعد الحكم لا تسمع، و الا كان له وجه نظير ما إذا كانت الدعوى على غائب حيث ورد الخبر بأخذ الكفيل من المدعى.

و فى المسألة وجهان آخران:

أحدهما-تفصيل صاحب المستند بين ما إذا كان الوكيل وكيلا فى دعوى الإبراء و الوفاء أيضا فالتوقف، و بين ما إذا لم يكن وكيلا فالإلزام.

و الثانى-التفصيل الذى لم يستبعد السيد «قده» قوته، و هو التفصيل بين ما إذا ثبت الحق بالبينة أو بإقرار المدعى عليه من الأول،

فعلى الأول الإلزام و على الثانى فالتوقف.

و ان لم يأذن ذو الحق للوكيل بأخذ الحق من الغريم فلا- وجه لأخذه له، فحيث يلزم بدفع الحق فإنه يدفعه الى الحاكم حتى
يسلمه الى صاحب الحق عند حضوره.

ص: ٣٧٤

فى كئفئه الاستحلاف و البحث فى أمور ثلاثه

(الأول: فى اليمين)

اعلم أن المستفاد من الاخبار الكئفئه كراهه اليمين الصادقه و كونها مرجوحه مطلقا، فعن أبى عبد الله عليه السلام قال «قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من أجل الله أن يحلف به أعطاه الله خيرا مما ذهب منه» (١).

و عنه عليه السلام قال: «لا تحلفوا بالله صادقين و لا كاذبين، فإنه عز و جل يقول وَ لَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ» (٢).

و عن أبى جعفر عليه السلام فى روايه: «و انى لأكره أن أقول (و الله) على حال من الأحوال» (٣).

ص: ٣٧٧

-
- ١-١) وسائل الشيعه: ١٦-١١٥. الباب-١-كتاب الايمان.
 - ٢-٢) وسائل الشيعه: ١٦-١١٦. الباب-١-كتاب الايمان.
 - ٣-٣) وسائل الشيعه: ١٦-١١٥-الباب-١-كتاب الايمان.

و لكن تزول الكراهه بل يترجح إتيانها في كثير من الموارد بالنظر الى الأثر المترتب عليها كيان أهميه المطلب أو التأكيد عليه و نحو ذلك، و لذا كان النبي و الأئمه عليه و عليهم الصلاه و السلام قد يحلفون في كلامهم، فعن الرضا عليه السلام: «بلغنى أن الناس يقولون أنا نزعنا أن الناس عبيد لنا، لا و قرابتي من رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ما قلته قط.» (١).

بل قد يجب الحلف في بعض الموارد، كما إذا وقعت المرافعه على زوجيه امرأه مثلاً أو ملكيه دار و نحو ذلك.

و يحرم الحلف بالأوثان و الأصنام، فالحلف باللائم مثلاً حرام و ان كان على ترك محرم أو إتيان واجب، و لا كفاره عليه في صورته المخالفه.

و لو حلف على ترك واجب أو فعل حرام فقد يقال بحرمة هذا الحلف و لو خالف لم تجب عليه الكفاره.

لا يستحلف أحد إلا بالله:

قال المحقق قده: «و لا يستحلف أحد إلا بالله و لو كان كافرا» .

أقول: ان اليمين تكون في موارد ثلاثه:

الأول: في المورد الذي لا يترتب عليه أثر أصلا، كأن يحلف الرجل على ما يقوله في مقام التكلم مع غيره، فهذا ما لا يترتب عليه أثر وضعي.

و الثاني: أن يحلف على فعل أمر راجح فعله أو ترك أمر مرجوح فعله، و أثر هذه اليمين هو وجوب الكفاره عليه مع المخالفه ان كانت بالله عز و جل.

و الثالث: اليمين في مورد المرافعه لإثبات حق أو إسقاطه.

ففي الأول يجوز الحلف بغير الله تعالى؟ ان الاخبار الوارده في النهي عن اليمين بغير الله فوق حد التواتر، لكن الأصحاب رفعوا اليد عن ظهورها في الحرمة و حملوها على الكراهه و لم يفت أحد منهم بحرمة اليمين بغير الله، بل ادعى الإجماع على الكراهه، بل لقد وجدنا في الاخبار حلف الأئمه بغير الله في محادثاتهم و محاوراتهم (١)، و في كتاب القضاء للمحقق الآشتياني: أن عليه السيره، و أجاب عن

ذلك بأن الأخبار الناهية عن اليمين تصلح لأن تكون رادعه عن هذه السيره، وفيه: انها ليست رادعه، بل يمكن القول بأن السيره كاشفه عن عدم إرادته الحرمة من تلك الاخبار (١).

و أشكل بأن بعض تلك الأخبار يأبى الحمل على الكراهه، مثل ما روى عن النبي «ص»: «من حلف بغير الله فقد أشرك» (١) و في حديث آخر «فقد كفر» (٢).

و فيه: أن الحديثين-مع الغض عن سندهما-محمولان على اليمين الموجهه للكفر و الشرك كأن يحلف المسلم باللات و العزى، أو بالأب و الابن-تعالى الله عن ذلك-و نحوهما. و يشهد بذلك وجود لفظى الشرك و الكفر فى الحديثين، لان من المعلوم أن الحلف بغير الله مما لا يوجب الكفر و الشرك لا يكون كفرا و شركا، و يؤيد ذلك سيره المشرعه.

و فى الثانى لا إشكال فى جواز الحلف بغير الله و عدم وجوب الكفاره على مخالفته.

و أما الثالث-و هو مورد البحث و الكلام-فقد دلت جمله من النصوص بصراحه على أنه لا يحلف الا بالله، و إليك بعضها:

ص: ٣٨٠

١-١) مستدرک وسائل الشيعه: الباب: ٢٤ من كتاب الايمان.

٢-٢) سنن البيهقى: ١٠-٢٩.

(١) عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«لا يحلف اليهودى ولا النصرانى ولا المجوسى بغير الله، ان الله عز و جل يقول فَاخُكُمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ» (١).

(٢) عن جراح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السلام: «لا يحلف بغير الله. و قال: اليهودى و النصرانى و المجوسى لا تحلفوهم الا بالله عز و جل» (٢).

(٣) عن الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أهل الملل يستحلفون. فقال: لا تحلفوهم الا بالله عز و جل» (٣).

(٤) عن سماعة عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته هل يصلح لأحد أن يحلف أحدا من اليهود و النصرارى و المجوس بالهتهم؟ قال: لا يصلح لأحد أن يحلف أحدا إلا بالله عز و جل» (٤).

(٥) عن الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أهل الملل كيف يستحلفون؟ فقال: لا تحلفوهم الا بالله» (٥).

(٦) عن الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن استحلاف أهل الذمه. قال: لا تحلفوهم الا بالله» (٦).

ص: ٣٨١

١-١) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٤. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

٢-٢) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٤. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

٣-٣) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٤. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

٤-٤) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٥. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

٥-٥) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٥. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

٦-٦) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٦. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

٧) عن علي بن مهزيار قال: «قلت لأبي جعفر الثاني عليه السلام:

قول الله عز وجل وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ وَالنَّهَارِ إِذَا تَجَلَّىٰ . وقوله عز وجل وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ وما أشبه هذا. فقال: ان الله عز وجل يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا الا به عز وجل» (١).

٨) عن محمد بن مسلم قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام قول الله عز وجل وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ - وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ وما أشبه ذلك. فقال: ان لله عز وجل أن يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا الا به» (٢).

٩) عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا أرى للرجل أن يحلف الا بالله.» (٣).

١٠) عن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا أرى للرجل أن يحلف الا بالله.» (٤).

فهذه الاخبار تدل على أنه لا يستحلف أحد إلا بالله عز وجل ولو كان كافرا بإنكار أصل واجب الوجود فضلا عن غيره، وقد ورد في بعض الاخبار (٥) أن اليمين بغير الله يؤدي الى ترك الحلف بالله، أي

ص: ٣٨٢

١-١) وسائل الشيعة: ١٦-١٥٩. الباب: ٣٠، كتاب الايمان.

٢-٢) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٠. الباب: ٣٠، كتاب الايمان.

٣-٣) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٠. الباب: ٣٠، كتاب الايمان.

٤-٤) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٠. الباب: ٣٠، كتاب الايمان.

٥-٥) وسائل الشيعة: ١٦-١٦١، ١٦٠.

أنه فى المورد الذى يترجح فيه اليمين لا- بد من الحلف بالله حتى لا يعظم شىء فى مقابله عز و جل، لان الحلف يكون عادة بماله أهميه و جلاله و عظمه، فالالتزام بالحلف بالله تعالى تعظيم له و إثبات لعظمته و نفى لعظمه شىء سواه، و أما الاستحلاف فى مورد المرافعه فلا يجوز بغير الله عز و جل و ان رضى الطرفان بالحلف بغيره.

و هناك أخبار وارده فى الاستحلاف بغير الله تعالى سند كرها قريبا.

ثم ان ظاهر أخبار المقام عدم اعتبار إضافه شىء من صفات الذات أو الأفعال إلى الاسم فى ترتب الأثر، لكن قال المحقق:

«و قيل: لا يقتصر فى المجوس على لفظ الجلاله، بل يضم الى هذه اللفظه الشريفه ما يزيل الاحتمال لأنه سمي النور إلها» .

أقول: هل يستحلف المجوسى الذى يسمى النور آلهما بالله تعالى كالمسلمين أو يقال له: «احلف بخالق النور» مثلا و ان كان غير معتقد به؟ ظاهر المبسوط حيث قال: فان قيل: كيف حلفته بالله و ليست عنده يمين؟ قلنا: ليزداد اثما و يستوجب العقوبه» هو الثانى، لكن مقتضى إطلاق الاخبار هو الأول، و أما قول الشيخ: «ليزداد اثما و يستوجب العقوبه» فلم يظهر لنا المراد منه.

و كذا الأمر بالنسبه إلى منكر أصل واجب الوجود، و من يعتقد بآله غير الله، و من يعتقد بالهين كالثنويه، و من يعبد الأصنام.

لإطلاق الأدله.

قال المحقق: «و لا يجوز الإحلاف بغير أسماء الله سبحانه كالكتب المنزله و الرسل المعظمه و الأماكن المشرفه» .

أقول: و يدل على ذلك النصوص الكثيره المذكور بعضها آنفا، فلا يجوز الحلف بغير الله و ان تراضى الطرفان بالحلف بغيره، بل ان المصالحه على الحلف بغيره تعالى لا- يفصل النزاع، لان هذه اليمين محرمه اما تكليفا و وضعا و اما وضعا فقط على الخلاف، لانه على الأول يكون الصلح على أمر محرم فعله، و على الثانى يكون على أمر لغو، فيكون أكل ما صولح عليه به أكلا للمال بالباطل.

و وجه الخلاف فى هذا المقام بين الأصحاب هو اختلافهم فى الاستفاده من أدله النهى عن الاستحلاف بغير الله، و مع الشك فى الحرمة التكليفية تجرى البراءة، و حينئذ لا- يحكم بفسق المحلف و الحالف، أما مع الشك فى الحكم الوضعى فالأصل عدم النفوذ، و القدر المتيقن من النصوص دلالتها على عدم ثبوت الحق و عدم سقوطه باليمين بغير الله تعالى و ان كان من الكتب المنزله أو الرسل المعظمه أو الأماكن المشرفه.

لكن فى بعض الاخبار ما ينافى تلك الأدله، و هذه نصوص تلك الاخبار:

(١) عن السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: «ان أمير المؤمنين

عليه السلام استحلّف يهوديا بالتوراه التي أنزلت على موسى عليه السلام» (١).

(٢) عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «سألته عن الاحكام. فقال: في كل دين ما يستحلّفون به» (٢).

(٣) عن محمد بن قيس قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول:

قضى على عليه السلام فيمن استحلّف أهل الكتاب يمين صبر أن يستحلّف بكتابه و ملته» (٣).

(٤) عن محمد بن مسلم قال: «سألته عن الاحكام، فقال: تجوز على كل دين بما يستحلّفون» (٤).

(٥) الصدوق «قده» قال: «وقضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن استحلّف رجلا من أهل الكتاب يمين صبر أن يستحلّفه بكتابه و ملته» (٥).

و لعل بالنظر الى هذه الاخبار قال المحقق «قده» :

«و لو رأى الحاكم إحلاف الذمي بما يقتضيه دينه أردع جاز» .

لكن المشهور عدم جواز إحلاف اليهود و النصرارى بغير الله للنصوص الناهيه عن ذلك عموما و خصوصا، و قد أجابوا عن خبر

ص: ٣٨٥

١- ١) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٥. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

٢- ٢) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٥. و عن نسخه: يستحلون به.

٣- ٣) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٥. و «يمين صبر»: جهد القسم.

٤- ٤) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٦. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

٥- ٥) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٦. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

السكونى بضعف سنده، و فى الوسائل: حمله الشيخ على أنه مخصوص بالإمام، و على هذا حملت الأخبار الأخرى أيضا، و أما صحيح محمد بن مسلم فهو مجرد اخبار عن شرائعهم.

و الحاصل ان هذه النصوص لا تصلح معارضه للنصوص السابقة لقصور بعضها سندا و البعض الآخر دلالة.

و هل يجب أن يكون الحلف بلفظ الجلاله فقط؟ الواجب هو الحلف بذات الله المقدسه، أى المسمى بلفظ الجلاله و الأسماء الحسنى، فيجزى أى اسم كان من أسمائه أو أى صفة من صفاته الخاصه به عز و جل.

استحباب تقديم العظه و تغليظ اليمين:

قال المحقق: «و يستحب للحاكم تقديم العظه على اليمين و التخويف من عاقبتها» .

أقول: بأن يذكر له مما ورد من ذلك فى الاخبار مثل:

(١) «من حلف بالله كاذبا كفر و من حلف بالله صادقا أثم» (١).

(٢) «ان يمين الصبر الكاذبه تترك الديار بلاقع» (٢).

(٣) «من حلف على يمين و هو يعلم أنه كاذب فقد بارز الله» (٣).

ص: ٣٨٦

١-١) وسائل الشيعه: ١٦-١١٦.

٢-٢) وسائل الشيعه: ١٦-١١٩.

٣-٣) وسائل الشيعه: ١٦-١١٩.

٤) «اليمين الصبر الكاذبه تورث العقب الفقر» (١).

٥) «. ان اليمين الكاذبه و قطيعه الرحم ليزدان الديار بلاقع من أهلها و تثقلان الرحم، و ان ثقل الرحم انقطاع النسل» (٢).

٦) «قال الله عز و جل: لا أنيل رحمتي من يعرضني للإيمان الكاذبه.» (٣).

قال المحقق: «و يكفي أن يقول: و الله ما له قبلي حق».

أقول: و الدليل على ذلك إطلاق الأدله.

قال: «و قد يغلظ اليمين بالقول و الزمان و المكان، لكن ذلك غير لازم و لو التمس المدعى، بل هو مستحب استظهارا في الحكم».

أقول: يدل على عدم وجوب التغليظ إطلاق الأدله في الايمان، و يدل فعل أمير المؤمنين في إحلاف الأخرس كغيره من الاخبار على جواز التغليظ في اليمين، و قد استدل به على الاستحباب، قلت:

و فيه انه عليه السلام كتب تلك الكلمات و غسلها و أمر الأخرس بشرب ذلك الماء، فان كان الأخرس يعرف القراءه تحقق التغليظ و الا فأى تأثير لهذه الكلمات من حيث التغليظ؟ هذا غير واضح عندنا.

ثم ان الامام قد حكم بعد امتناعه عن شرب ذلك الماء من دون رد لليمين على المدعى، و هذا يخالف سائر الاخبار و القاعده المقرره في فصل الخصومه و كيفيه القضاء، مع أن فعل الامام عليه السلام لا

ص: ٣٨٧

١-١) و سائل الشيعه: ١٦-١٢٠.

٢-٢) و سائل الشيعه: ١٦-١٢٠.

٣-٣) و سائل الشيعه: ١٦-١٢٢.

يدل على استحباب التغليظ، و إنما على الجواز كما ذكر، فالتمسك بها لاستحباب التغليظ في اليمين في غير محله.

و قد يستدل بما رواه صفوان الجمال: «أن أبا جعفر المنصور قال لأبي عبد الله عليه السلام: رفع الي أن مولاك المعلى بن خنيس يدعو إليك و يجمع لك الأموال. فقال: و الله ما كان-الي أن قال المنصور-فأنا أجمع بينك و بين من سعى بك، قال: فافعل. فجاء الرجل الذى سعى به، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: يا هذا أ تحلف؟ فقال: نعم و الله الذى لا إله الا هو عالم الغيب و الشهادة الرحمن الرحيم لقد فعلت. فقال له أبو عبد الله عليه السلام: ويلك تبجل الله فيستحى من تعذيبك و لكن قل: برئت من حول الله و قوته و ألجئت إلى حولى و قوتى، فحلف بها الرجل فلم يستتمها حتى وقع ميتا. فقال أبو جعفر المنصور: لا أصدق عليك بعد هذا أبدا، و أحسن جائزته و رده» (١).

و لكن دلالتها على الاستحباب غير واضحة.

و استدل بروايه السيد الرضى «قده» عن أمير المؤمنين عليه السلام: «أحلفوا الظالم إذا أردتم يمينه بأنه برىء من حول الله و قوته، فإنه إذا حلف بها كاذبا عوجل و إذا حلف بالله الذى لا إله هو لم يعاجل لانه قد وحد الله سبحانه» (٢).

ص: ٣٨٨

١- ١) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٧. الباب: ٣٣، كتاب الايمان.

٢- ٢) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٧.

و هذه الروايه لا تدل على الاستحباب، بل الأمر فيها ظاهر فى الإرشاد، و يشهد بذلك قوله بعده: إذا أردتم.

و استدل بروايه الراوندى «قده» عن الرضا عليه السلام عن أبيه: «ان رجلا وشى الى المنصور أن جعفر بن محمد عليه السلام يأخذ البيعه لنفسه على الناس ليخرج عليهم، فأحضره المنصور، فقال الصادق عليه السلام: ما فعلت شيئا من ذلك، فقال المنصور لحاجبه: حلف هذا الرجل على ما حكاه عن هذا-يعنى الصادق عليه السلام-فقال الحاجب: قل و الله الذى لا إله الا هو، و جعل يغلظ عليه اليمين. فقال الصادق: لا تحلفه هكذا. فقال المنصور: فحلفه إذا يا جعفر. فقال الصادق عليه السلام للرجل: قل ان كنت كاذبا عليك فبرئت من حول الله و قوته و لجأت إلى حولى و قوتى. فقالها الرجل، فقال الصادق عليه السلام: اللهم ان كان كاذبا فأمته، فما استتم كلامه حتى سقط الرجل ميتا.» (١) و هذا أيضا لا يدل على الاستحباب.

فإنصاف: انه لا دليل على استحباب التغليظ، و من هنا قال فى المسالك: هذا الحكم هو المشهور بين الأصحاب و ذكروا أنه مروى و ما وقفت على مستنده.

و كيف كان فقد قال المحقق: «فالتغليظ بالقول مثل أن يقول:

و الله الذى لا إله الا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع

ص: ٣٨٩

المدرّك المهلك الذى يعلم من السر ما يعلمه من العلانيه ما لهذا المدعى على شىء مما ادعاه، و يجوز التغليظ بغير هذه الألفاظ مما يراه الحاكم» .

أقول: كما فى روايه إخالاف الأخرس، و روايه نهج البلاغه، و غيرهما.

قال: «و بالمكان كالمسجد و الحرم و ما شاكله من الأماكن المعظمه، و بالزمان كيوم الجمعة و العيد و غيرها من الأوقات المكرمه» .

أقول: و من التغليظ ما تعارف بين الناس فعله من وضع اليد على المصحف الشريف فى حال أداء اليمين.

قال: «و يغلظ على الكافر بالأماكن التى يعتقد شرفها و الأزمان التى يرى حرمتها» .

أقول: يدل عليه ما رواه الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه «أن عليا كان يستحلف اليهود و النصارى فى بيعهم و كنائسهم و المجوس فى بيوت نيرانهم و يقول: شددوا عليهم احتياطا للمسلمين» (١).

و ما رواه أبو البخترى عن جعفر عن أبيه «ان عليا عليه السلام كان يستحلف اليهود و النصارى بكتابهم و يستحلف المجوس ببيوت نيرانهم» (٢).

قال: «و يستحب التغليظ فى الحقوق كلها و ان قلت عدا المال

ص: ٣٩٠

١-١) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٦. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

٢-٢) وسائل الشيعة: ١٦-١٦٦. الباب: ٣٢، كتاب الايمان.

فإنه لا يغلظ فيه بما دون نصاب القطع» .

أقول: استحباب التغليظ هو المشهور بل ادعى عليه الإجماع لكن تقدم أنه لا دليل عليه، و أما النهى عن التغليظ فى المال الأقل من نصاب القطع فقد ورد فى خصوص كونه عند قبر النبى صلى الله عليه وآله و هو ما رواه محمد بن مسلم و زراره عنهما عليهما السلام جميعا قالوا: «لا يحلف أحد عند قبر النبى صلى الله عليه وآله على أقل مما يجب فيه القطع» (١) .

فرعان:

الأول: حكم ما لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ:

قال المحقق: «لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لم يجبر، و لم يتحقق بامتناعه النكول» .

أقول: استدل له بالأصل، أى: ان الأصل عدم جواز إجباره على ذلك، و قبله إطلاقات أدله القضاء و كيفية الحكم، مضافا الى قوله عليه السلام: «من حلف بالله فليصدق، و من حلف له بالله فليرض، و من لم يرض فليس من الله» (٢) و فى الجواهر: بلا خلاف أجده إلا- عند من ستعرف. ثم نقل الخلاف عن بعض العامة من وجوبها عليه و تحقق النكول بالامتناع لو طلبه الحاكم منه.

ص: ٣٩١

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-٢١٩.

٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٦-١٢٥. الباب: ٦، كتاب الايمان.

لكن بناء على كون الإحلاف و كفيته حقا للمدعى يجب عليه الإجابة، و فى روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله: «. فان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيه فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله الا هو لقد مات فلان و أن حقه لعليه، فإن حلف و الا فلا حق له.» (١) فان ظاهرها ان الامتناع عن اليمين المغلظه نكول، لكن لا يبعد أن لا يكون النظر فيها إلى الكيفيه بل المراد- كما عليه الأكثر- هو الامتناع عن أصل اليمين و أنه ان لم يحلف فلا حق له.

و ذكر فى الجواهر وجه خلاف بعض العامه بقوله: و لعل وجهه أنه لا- فائده فى استحبابه للحاكم مع فرض عدم وجوبه على المدعى عليه، مضافا الى استمرار السيره على توجيه اليمين مغلظه على المنكر. الا أن ذلك كله كما ترى.

أى: لأن اللغويه ممنوعه، لأن أثر استحباب التغليظ للحاكم هو تخويف المدعى عليه و تشديد الأمر عليه لئلا يقدم على اليمين الكاذبه (١)، و لان اتصال هذه السيره بزمن النبى صلى الله عليه و آله

ص: ٣٩٢

١- (١) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٢. الباب: ٤ من أبواب كفيته الحكم.

و سلم غير معلوم، و لو سلم فإنها لا تدل على وجوب الإجابة و أنه لو امتنع كان ناكلا.

فالحاصل: ان فى المسأله قولين الوجوب و هو لأصحابنا و عدم الوجوب و هو لبعض العامه، و لا قائل بالاستحباب، و عن آخر من العامه التفصيل بين التغليظ الزمانى و المكانى فتجب الإجابة عليه فيه و بين التغليظ القولى فلا- تجب و لعله لإطلاق أدله اليمين، و أما وجوبها بالنسبه إلى الزمانى و المكانى فلان للمدعى أن يؤخر استحلافه الى يوم الجمعة أو الى المسجد مثلا و ليس للمدعى عليه الامتناع من ذلك.

قال فى الجواهر: و فيه أنه يمكن أن يكون الأمر بالعكس.

لكن فى كشف اللثام الموافقه على ذلك، فلم يجوز الجبر فى التغليظ القولى، قال: أما بالزمان و المكان فيجبر عليهما، فان اليمين حق للمدعى.

أقول: ان التغليظ مطلقا مستحب للحاكم، و المستحب يتسامح فيه، الا أنهم دققوا النظر فى المسأله من جهه ترتب أثر النكول و عدم ترتبه على الامتناع عن الإجابة.

ثم هل يقتضى قوله عليه السلام: «لا يحلف أحد عند قبر النبى صلى الله عليه و آله و سلم على أقل مما يجب فيه القطع» (١) بناء على قراءته بالتشديد جواز التغليظ فى الحقوق و الأموال كلها مطلقا الا على الأقل مما يجب فيه القطع، أى سواء كان عند قبره «ص» أو

ص: ٣٩٣

غيره من الأماكن المشرفة، و سواء كان التغليظ مكانيا أو زمانيا؟ الإنصاف: ان استفاده هذا الحكم الكلى من الخبر مشكل.

قال فى الجواهر: و لو ادعى العبد- و قيمته أقل من نصاب القطع- العتق فأنكر مولاه لم يغلظ، و لو رد فحلف العبد غلظ عليه لان العتق ليس بمال و لا المقصود منه المال.

الثانى: حكم ما لو حلف لا يجيب الى التغليظ:

قال المحقق: «لو حلف لا يجيب الى التغليظ فالتمسه خصمه لم تنحل يمينه» .

أقول: لو حلف الشخص على أن لا يحلف اليمين المغلظه انعقدت يمينه و لو خالف وجبت عليه الكفاره، فإن التمسه خصمه قال المحقق: لا- تنحل يمينه، لعدم رجحان التغليظ، بل ان مفاد بعض الاخبار كراهه اليمين المغلظه و مرجوحيتها. و ليس من شرط متعلق اليمين أن يكون راجحا- كما هو الحال فى متعلق النذر- بل يشترط فيه أن لا يكون مرجوحا.

و استحباب إحلاف الحاكم إياه كذلك لا يلزم استحباب اجابه الحالف إليه. أقول: لكن يمكن القول بأن أدله استحباب إجابه دعوه المؤمن و قضاء حاجته توجب زوال الكراهه و تحقق الرجحان لليمين المغلظه، نظير الصوم المستحب حيث يترجح الإفطار منه لو طلب ذلك، و نظير ما إذا نذر الولد ترك شىء كشرب التتن مثلا حيث قالوا بانحلاله بأمر والده بفعل ذلك لان فعله حينئذ يترجح على تركه و من شرط انعقاد النذر رجحان متعلقه.

بل الظاهر عدم انعقاد اليمين مع طلب المؤمن على أن لا يجيب.

على أن هناك أخبارا تدل على أن الرجل لو حلف يمينا على أمر ثم رأى مخالفتها خيرا من الوفاء بها جاز له المخالفه بل استحب و لا كفاره عليه. فعن سعيد الأعرج: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحلف على اليمين فيرى أن تركها أفضل، و ان لم يتركها خشى أن يآثم أ يتركها؟ قال: أما سمعت قول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إذا رأيت خيرا من يمينك فدعها» (١).

و استدل في الجواهر لما ذكره المحقق بأن «حق المستحلف متأخر عن لزوم اليمين». أي: انه لما حلف على أن لا يجيب فقد لزمت اليمين، و حق المستحلف في إحلافه متأخر عن لزومها، و هذا الدليل لا يلائم الدليل السابق عليه، لانه مع فرض عدم استحباب الإجابة لعدم الملازمه لا يبقى حق للمستحلف، الا أن يكون هذا الوجه بعد الغض عن ذاك الوجه السابق له.

ثم قال: و ما ورد من أن طرو أولويه المحلوف على تركه يبيح الحل لا يجدى، إذ لا أولويه للحالف و ان التمسه الخصم أى طلبه منه. و هذا الكلام إشاره إلى خبر سعيد الأعرج و نحوه الظاهر في جواز المخالفه بل استحبابها.

قال: لكن في الدروس: و لو حلف على عدمه ففي انعقاد يمينه نظر من اشتمالها على ترك المستحب و من توهم اختصاص الاستحباب

ص: ٣٩٥

بالحاكم. و قد اعترض عليه بقوله: و فيه أنه لا خلاف أجده في اختصاص الاستحباب به، بل في الرياض: نسبه الى ظاهر النص و الفتوى بخلاف من عليه الحلف فإن الأرجح له ترك التغليظ بل الأرجح له ترك الحلف بالله. و من هنا قال في كشف اللثام معرضا بما سمعته من الدروس: و احتمال عدم انعقاد اليمين باستحباب التغليظ في غاية الضعف» .

قلت: لكن كاشف اللثام ممن قال بالفرق بين التغليظ القولى و بين التغليظ الزمانى و المكانى فاختر لزوم الإجابة فى الثانى دون الأول. و على هذا المبني لا مانع من القول بانحلال اليمين السابقه على عدم الإجابة.

ثم ان اليمين تاره تكون فى المرافعات المالىه فهنا يمكن أن يقال بتخير المدعى عليه بين اليمين و بين دفع المال المدعى، و لكن هل يمكن أن يكون الشىء الواجب بالوجوب التخييرى مكروها فى نفس الوقت؟ و أخرى تكون فى الجنائيات فإنه إذا لم يحلف حينئذ يجرى القصاص فى حقه فيكون الحلف حينئذ واجبا عليه بالوجوب التعينى، و حيث تجب اليمين فكيف يقال بكراهتها؟ فمن هنا قال فى الجواهر: و لكن الانصاف عدم خلو المسأله بعد من اشكال.

و كذا الأمر بالنسبه إلى التغليظ، و لذا قال «قده»: بل و كذا المغلظه منها بعد أمر الحاكم بها كذلك.

قال: بل لا يخفى استبعاد رجحان التغليظ للحاكم على وجه

يأمر به من عليه اليمين مع استحباب عدمه من الحالف و ان كان مخالفا للحاكم الذى لا ينبغي أن يأمره بما هو مكروه فى حقه كما هو مقتضى القول المزبور.

فتلخص أن ما ذكره المحقق «قده» مشكل.

أقول: تاره يجتمع حكمان من الأحكام الخمسه فى موضوع واحد مثل: «أنقذ الغريق، و لا تغصب» فيمن اتفق غرقه فى مكان مغصوب، و حينئذ يتقدم أحدهما الأهم بحكم العقل.

و تاره يتوجه أحد الحكمين الى ذات الموضوع و الآخر إلى ذاك الموضوع مقيدا بأن لا يتوجه اليه حكم آخر، و حينئذ لا ريب فى تقدم الحكم الأول على الثانى فى حال اجتماعهما، و من هنا قلنا بوجوب الحج على من نذر قبل حصول الاستطاعه أن يزور الحسين عليه السلام فى كل عرفه ثم حصلت له الاستطاعه، و انحلال نذره المذكور، خلافا لصاحب العروه «قده»، لان الشرط فى وجوب الحج هو الاستطاعه من حيث المال و البدن و تخليه السرب، و حيث تحقق ذلك كانت الاستطاعه متحققه و وجب الحج، لأن الأمر بالحج متوجه الى ذات الحج، و الأمر بالوفاء بالنذر فى حقيقته متوجه إلى زياره عرفه المقيده بعدم استلزامها لتفويت الحج (١).

و فيما نحن فيه ان كان الأمر بالحلف المغلظ متوجها الى ذات اليمين من دون قيد الرجحان و كان الأمر بالتزام ما حلف عليه سابقا مقيدا بعدم استلزام ذلك لترك ما هو الراجح فإنه يتقدم أمر الحاكم باليمين المغلظه إجابته لالتماس الخصم و تنحل اليمين السابقه.

كيفية استحلاف الأخرس:

قال المحقق: «و حلف الأخرس بالإشارة، و قيل: وضع يده على اسم الله في المصحف أو يكتب اسمه سبحانه و يوضع يده عليه، و قيل: يكتب اليمين في لوح و يغسل و يؤمر بشربه بعد اعلامه فان شربه كان حالفا و ان امتنع ألزم الحق استنادا الى حكم على عليه السلام في واقعه الأخرس» .

أقول: فالأقوال في كيفية استحلاف الأخرس مختلفه، و مستند الأخير صحيحه محمد بن مسلم التي ذكرناها سابقا، و ربما يستظهر

هل يشترط كون الاستحلاف في مجلس الحكم؟ منها التعيين و لكن الأصحاب لم يعلموا بها بهذا الوصف، إذ لعل الامام عليه السلام كان عالما بحقيقه الحال و واقع الأمر في تلك الوقعه، و قد يؤيد ذلك بحكمه «ع» بعد امتناعه عن الشرب من دون رد اليمين على المدعى، و قد يقال بكونها قضيه في واقعه لا سيما بالنظر الى ما ذكر، أو أن ذلك من كيفيه من أنحاء استحلاف الأخرس:

و الحق أنه لا يستفاد منها الحصر، لان لفظ اليمين الذى كتبه الامام عليه السلام يختلف من حيث التعليل عما جاء في الاخبار الأخرى، و لذا احتاط في الجواهر بالجمع بين الإشاره المفهمه التى بها يتم العقد و الإيقاع و غيرها من الأخرس و بين كيفيه المذكوره مع رضاه بشرب ذلك الماء و الا بالإشاره.

هل يشترط كون الاستحلاف في مجلس الحكم؟

قال المحقق: «و لا يستحلف الحاكم أحدا إلا في مجلس قضائه إلا مع العذر كالمرض المانع و شبهه.» .

أقول: لقد ادعى الإجماع على هذا الحكم، و ظاهر الجواهر أن الاستحلاف في مجلس القضاء و الحكم-أى كونهما في مجلس واحد-من شرائط نفوذ الحكم، فتكون عبارته المحقق هذه كقوله:

«لا يستحلف أحد إلا بالله.» و نحوه، و يكون نتيجة ذلك أنه لو استحلفه في غير ذاك المجلس من غير عذر لم يؤثر الحكم المتعقب له. قال في الجواهر: و لعله لأصالة عدم انقطاع الدعوى بغيره بعد الشك أو الظن بعدم تناول الإطلاق الوارد في تعليم ميزان القضاء

للحكام لغير الغرض و لو للاتفاق المزبور، بل يمكن دعوى انسياق ذلك منه خصوصا النصوص المستفيضة المشتمله على الشكوى من نبي من الأنبياء الى الله تعالى من القضاء بما لم تر العين و لم تسمع الاذن فقال: «اقض بينهم بالبينات و أضفهم إلى اسمى يحلفون به» (١) الظاهره فى مباشره ذلك بنفسه، فلا تصح الاستنابه فيه حينئذ.

لكن فى المسالك جعل المراد من العبارة الكراهه، فإنه قال:

قد تقدم أن مكان التغليظ المستحب للحاكم المسجد و نحوه، و حينئذ فالنهي عن الاستحلاف فى غير مجلس القضاء المراد به منه الكراهه انما يتم على تقدير كون مجلس القضاء من أمكنه التغليظ و الا لم يتم النفي و النهى مطلقا، أو يحمل على يمين لا تغليظ فيها.

بل ظاهر السرائر أن استحلافه فى مجلس الحكم من الأمور المستحبه للحاكم، فإنه قال: «و ينبغى للحاكم أن لا يحلف أحدا إلا فى مجلس الحكم.» فيكون من المستحبات مثل استحباب التغليظ للحاكم. و بناء عليه يتوجه البحث عن استحباب ذلك للحالف أيضا و عدمه.

و لكن الأكثر على الأول و هو جعل «لا يستحلف» عزيمة و لذا تعرضوا الى نفوذ الحكم و عدمه بدون ذلك، و لو كان مكروها أو مستحبا لم يكن لذلك البحث هنا وجه، و لما تمسكوا بالأصل أقول: الا أن الشك الذى ذكره فى الجواهر مسبب عن الشك

ص: ٤٠٠

فى شرطيه الاستحلاف فى مجلس الحكم لنفوذ الحكم، فىكون المرجع هو البراءة و تكون النتىجه نفوذ الحكم، و أما الخبر الذى ذكره «قده» فان ظهوره فى المباشرة لىس لفظىا، نعم اللانزم العقلى لتوجه الخطاب بإضافه الحاكم ذلك الى اسمه تعالى هو المباشرة، إلا إذا قامت قرينه على أن المطلوب غير مشروط بالمباشرة، و حيث لا قرينه فلا حجه للمخاطب على الترك.

ثم ان بعض الأمور تقبل الوكالة عرفا كالعقود فتشملها أدله الوكالة و ان كانت أدله تلك الأمور ظاهره فى المباشرة، لأن أدله الوكالة تنزل الغير منزله الوكيل، فان كان الاستحلاف منها شملته أدله الوكالة كذلك و لم يلزم مباشرة الحاكم له بل يكفى استحلاف وكيله، و يكفى استحلافه سواء كان فى المجلس أو غيره عملا بإطلاق «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»، و ان كان الاستحلاف من الأمور غير القابلة للتوكيل كما هو الأصل فى العبادات فالمباشرة لازمه.

هذا كله الا مع العذر كالمرض المانع من الحضور و شبهه، فان الأكثر-بل نفى الخلاف فيه-على أن الحاكم يستتبع من يحلفه فى مكانه، و كذا المرأه التى لا عاده لها بالبروز الى مجمع الرجال فإنه يرسل الى منزلها من يستحلفها. و قيل: يجب على الحاكم المضى بنفسه مع فرض عدم النقص عليه، و قيل بالتوقف حتى يزول العذر.

قلت: لكن أدله الوكالة مطلقه تعم صورته الاختيار و الاضطرار فان كان الأمر يقبلها جاز التوكيل فيه مطلقا و الا فلا كذلك، اللهم
الا أن يكون إجماع، فالأحوط هو القول الأول، و عند الاضطرار فالقول الثاني مع فرض عدم النقص عليه و الا فالثالث، اللهم إلا
إذا استلزم التوقف الضرر. و ان كان القول بعموم أدله الوكالة-إلا ما خرج بالدليل-غير بعيد، و يشهد به تجويزهم لذلك عند
الاضطرار و قد تقدم سابقا بعض الإشاره الى ذلك (١))

ص: ٤٠٢

(فى يمين المنكر و المدعى)

قال المحقق «قده»: «اليمين تتوجه على المنكر تعويلا على الخبر، و على المدعى مع الرد و مع الشاهد الواحد، و قد تتوجه مع اللوث فى دعوى الدم» .

أقول: الأصل فى اليمين أن تتوجه على المنكر، و قد أستثنى من ذلك موارد ذكر المحقق «قده» ثلاثة منها: «أحدها» رد المنكر اليمين على المدعى، «و الثانى» ثبوت الدعوى بيمين المدعى مع الشاهد الواحد فى دعوى الدين، «و الثالث» ما إذا كانت دعوى المدعى فى القتل مقرونه بالظن، فهنا تتوجه اليه اليمين على تفصيل ذكر فى محله.

و تتوجه اليمين على المدعى فى الدعوى على الميت مع السببه و فى الموارد التى لا- تعلم حقيقه الحال فيها عادة الا- من قبل المدعى، كما إذا طلقت المرأه فادعت كونها غير طاهره عند الطلاق.

و الحاصل أن الأصل توجهها على المنكر، و هذا الأصل قانون كلي مستفاد من الاخبار (١)، و يكون المرجع في كل مورد شك في توجه اليمين فيه على المدعى أو المنكر. و قد جاء في أكثر تلك الاخبار: «و اليمين على المدعى عليه» لكن الفقهاء يعبرون عنه ب «المنكر»، و لعله من جهه أن المدعى عليه قد لا تجب عليه اليمين كما إذا أقر بما يدعيه المدعى.

و هذه الاخبار تقيد إطلاق قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» (٢) لو كان مطلقا.

قال: «و لا يمين للمنكر مع بينه المدعى» .

أقول: و يدل على ذلك النصوص أيضا (٣) .

قال: «لانتفاء التهمه عنها» .

أقول: أى لما يقيم المدعى البينه و هى حجه شرعيه من دون ضم يمين إليها تنتفى التهمه عن الدعوى.

قال: «و مع فقدها فالمنكر مستند إلى البراءه الأصلية فهو أولى باليمين» .

ص: ٤٠٤

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٠، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى.

٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٦٩.

٣- ٣) وسائل الشيعه: ١٨-١٧٦. الباب: ٧ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى.

أقول: هذا معنى آخر للأصل المذكور سابقا، فإنه مع فقد المدعى للبينه يكون المنكر مستندا إلى البراءة الأصلية، إذ الأصل براءة ذمه المنكر عما يدعيه المدعى، و حيث ادعى عليه فهو أولى باليمين من المدعى، فان حلف سقطت الدعوى.

و أما استحلاف المدعى الذى لا بينه له على ما يدعيه فيتوقف جوازه على وجود دليل فى مقابل الأصل الذى يقتضى براءة ذمه المدعى عليه، و أما «إنما أفضى بينكم.» فقد ذكرنا أن المراد منه بيان ميزان القضاء و ليس فيه تعرض الى من عليه البينه و من عليه اليمين، فلا إطلاق له.

على أن يد المنكر على مورد الدعوى لا ترتفع بيمين المدعى و أما تقدم البينه على اليد فقد ثبت بالدليل.

أقول: لكن الظاهر أن هذا المعنى لا يصلح لأن يكون الحكمه لجعل الشارع اليمين وظيفه للمنكر، و ليس معنى آخر للقاعده الكليه فى المقام بحيث يكون المرجع لدى الشك لو لا النصوص المشار إليها.

حكم ما إذا كان الحلف على نفي فعل الغير و فروع ذلك

قال المحقق: «و مع توجهها يلزم الحلف على القطع مطردا الا على نفي فعل الغير فإنها على نفي العلم.»

أقول: هذا أحد الأقوال فى المسأله، و فيها قولان آخران:

أحدهما: لزوم أن يكون الحلف على نفي العلم دائما، لأن

المؤثر هو العلم، فلو ادعى على زيد حقا كان مجرد عدم علمه بالحق كافيا لعدم ثبوته و لا حاجه الى نفيه كونه مدينا للمدعى.

و الثانى: لزوم كون الحلف على البت و القطع سواء كان على فعله أو فعل غيره، إذ لا معنى للتقابل بين الواقع و نفي العلم به، بل ان اليمين يجب أن تكون دائما مع الجزم و اليقين بنفي الدعوى مطلقا.

أقول: و الذى وجدنا فى النصوص هو الحلف و الاستحلاف على نفي المدعى، و لم نجد فى شىء منها أن يحلف على نفي العلم (١) و كيف كان فالمعتبر هو الجزم سواء قلنا بأن نفي المدعى يستلزم نفي العلم به أولا، و قد أفتى بعضهم بأنه حيث ينكر المدعى به له أن يحلف على نفيه و أن يحلف على نفي العلم به، و أما على القول بلزوم اليمين على نفي المدعى على البت فلا يكفى اليمين على نفي العلم حينئذ.

و بناء على القول الثانى لو ادعى عليه دينا و لا بينه له و جب عليه الأداء فى صورته العلم بكونه مدينا، و مع الشك لا يجب لأصالة البراءة، فإن ادعى علمه بذلك و نكل المدعى عليه عن اليمين ثبت الحق و و جب عليه الأداء، و حينئذ يتوجه على هذا القول أنه لا يمكن أن يكون الميزان اليمين على نفي العلم فى كل مورد مع أنه مخالف

لظواهر النصوص المشار إليها، و من هنا حمل هذا القول على كون الدعوى على فعل الغير مع دعوى كون المدعى عليه عالما فهناك يحلف على نفي العلم.

ثم انه لو ادعى عليه ما ليس يعلمه و لم يطلب منه اليمين على نفي العلم سقطت الدعوى، لان الجواب بنفي العلم بمنزله الإنكار فان لم يكن له بينه و لم يستحلفه كانت الدعوى ساقطة.

هذا، و هنا فروع يشكل حكمها و إلحاقها بأحد القسمين، قال المحقق: «فلو ادعى عليه ابتياع أو قرض أو جنايه فأنكر حلف على الجزم، و لو ادعى على أبيه الميت لم يتوجه اليمين ما لم يدع عليه العلم فيكفيه الحلف أنه لا يعلم» .

أقول: أما فى الفرع الأول فلا ينال الابتياح مثلا- فعل نفسه فإذا أنكر حلف على الجزم، و أما فى الفرع الثانى فلا تتوجه عليه اليمين لانه فعل الغير، فان ادعى عليه العلم بفعل أبيه الميت مثلا كفاه الحلف على أنه لا يعلم.

هذا و ظاهر قوله: «فيكفيه الحلف أنه لا يعلم» هو فصل الخصومه بهذا الحلف، و أما إذا لم يحلف كانت الخصومه باقيه و تسمع بينه المدعى حينئذ، و سيأتى بيان ذلك قريبا.

و من الفروع ما ذكره بقوله: «و كذا لو قال قبض و كيلك» .

يعنى: أنه لو طالبه بحقه فقال له: قبض و كيلك، فان كان يعلم بعدم القبض جاز له الحلف على الجزم على قول، و قيل لا يجوز لانه فعل الغير.

أقول: لكن قد يحصل له العلم و الجزم بعدم القبض و ان كان فعل غيره، فحينئذ يجوز له الحلف على القطع، لان المنع عن اليمين على فعل الغير هو من جهة الجهل به غالباً، فان علم به جاز، كما إذا قال المدين: قبضه و كيلك الساعة العاشرة من صباح يوم الجمعة و قد كان الوكيل عند موكله المدعى يوم الجمعة من أول الصبح حتى الظهر مثلاً، فإنه حينئذ يجوز للموكل أن يحلف على البت على نفي القبض لعلمه الجازم بذلك.

فان لم يعلم الموكل لم يجز له الحلف، و كذا لا يحلف على نفي العلم ما لم يدع عليه ذلك، و حيث لا بينه للمدعى عليه على الأداء و جب عليه دفع الحق.

و فى الجواهر عن كشف اللثام: «فإذا حلف الموكل أثبت المدعى قبض الوكيل أو حلف على البراءة. و فيه: أنه لا وجه للحلف بدون رضا الموكل.» .

أقول: ليس فى كشف اللثام ما يفيد ذلك، و هذا نص كلامه معلقاً على قول العلامة: «و لو قال قبض و كيلك حلف على نفي العلم» بقوله: «دون البت، لانه فعل الغير و ان قيل أن يده يده و قبضه قبضه» نعم فى القواعد فرع آخر ذكره بقوله: «و يكفى مع الإنكار الحلف على نفي الاستحقاق و ان نفي الدعوى على رأى.» .

هذا، و لكن قال المحقق الآشتياني «قده» انه لو ادعى علمه بالقبض لم تسمع دعواه-لا أنه يحلف لنفيه-لان علم الموكل لا يلازم صدق الدعوى، إذ قد يكون جهلاً مركباً، و لا يكون حجه

للحاكم حتى يحكم على طبقه.

و فيه: أنه منقوض بما لو ادعى علمه بقبض الوكيل فصدقه الموكل، فان هذا التصديق يكون بمنزله الإقرار عرفا و ان احتمل عقلا كونه جهلا مركبا، فظهر أن لدعوى العلم بالقبض أثرا و لا أقل من نهى الحاكم إياه عن المطالبة حينئذ، فلما ذا لا تسمع؟ و من الفروع ما ذكر في المسالك و الجواهر: لو ادعى عليه أن عبده جنى على المدعى ما يوجب استحقاقه أو بعضه فأنكر فوجهان من أنه فعل الغير فيحلف على نفى العلم، و من أنه عبده ما له و فعله كفعل نفسه و لذلك سمعت الدعوى عليه فيحلف على البت.

فعلى الثانى ان لم يحلف يكون ناكلا- بخلاف الأول فلا يكون ناكلا بعدم الحلف، فان كان للمدعى بينه على الجنايه فهو و الا سقطت دعواه.

و منها: إذا ادعى عليه أن بهيمته أتلفت زرعاً له مثلاً حيث يجب الضمان بإتلاف البهيمه فأنكر فهل يحلف على البت لأنه الذى يضمن الضرر بتقصيره فى حفظها أولا- لأنه فعل الغير؟ قولان، و عن الشهيد قدس سره: ان العبد يخالف البهيمه من وجهين «الأول»: ان البهيمه لا- تضمن جنائتها الا- مع التفريط بخلافه «الثانى»: ان جنايه العبد تتعلق برقبته، فإذا أتلف لم يضمن مولاه بخلاف البهيمه، فإنها إذا أتلفت بتفريط فان المالك يضمن جنائتها و لا تتعلق برقبته.

و منها: لو نصب البائع وكيلا ليقبض الثمن و يسلم المبيع فقال له المشتري: ان موكلك أذن فى تسليم المبيع و أبطل حق

الحبس و أنت تعلم، فهل يكتفى بالحلف على نفي العلم لأنها لنفى فعل الغير، أو لا- بد من اليمين على البت لانه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع فان لم يحلف قضي عليه بالنكول أو برد اليمين؟ وجهان.

و منها: لو طولب البائع بتسليم المبيع فادعى حدوث عجز عنه و قال للمشتري: أنت عالم به. قيل: يحلف على البت لأنه يستبقى يمينه و جوب تسليم المبيع اليه، و يحتمل الحلف على نفي العلم، لان متعلقه فعل الغير.

و منها: ما لو مات عن ابن في الظاهر فجاء آخر فقال: أنا أخوك فالميراث بيننا فأنكر، قيل: يحلف على البت أيضا لأن الإخوه رابطة جامعهم بينهما، و يحتمل قويا حلفه على نفي العلم.

ثم ان المراد من «الغير» هو أن لا يكون الفعل مستندا الى نفسه مع الالتفات و ان لم يكن مستندا الى «غيره» .

هذا، و قد اعترض صاحب الجواهر على القول الأول بعد ذكر الفروع المذكوره بقوله: «و لكن تحقيق الحال في ذلك متوقف على تحقيق اقتضاء الدعوى المتعلقة بفعل الإنسان نفسه نفيًا و إثباتًا و بفعل الغير إثباتًا: يمينًا على البت أو رداً، و الا كان ناكلاً قضي عليه به أو بردها من الحاكم، و لا يجديه الجواب بنفي العلم و ان صدقه المدعى فضلا عما لو ادعاه عليه أيضا، فإن جميع هذه الفروع مبنيه على ذلك، و قد تقدم سابقا في جواب المنكر ما يستفاد منه

المناقشه فى ذلك و نزيد هنا بأنه لا دليل على تسببها ذلك.» ثم انه «قده» انتهى الى القول: «و بذلك يظهر لك حينئذ ما فى الفروع السابقه جميعها، و أنه لا فرق فى الحكم فيها بين القول بتعلقها فى فعل الغير أو فعل المدعى عليه فى الاجتراء بيمين نفي العلم مطلقا أو إذا ادعى عليه، و الا كان طريق إثباتها منحصرافا فى البينه.» .

لكن الأظهر كون اليمين على البت، لانه مقتضى أدله وجوبها على المنكر، فان كانت الدعوى على الواقع و هو ينكرها حلف على البت سواء كان على نفي فعل نفسه أو غيره، و ان كانت على علمه و هو ينكره حلف على نفيه كذلك مطلقا.

و لو كان شاكا فى صدق دعوى المدعى لم يمكنه اليمين سواء كانت على فعل نفسه أو غيره، فلا- يمكنه رد الحلف على المدعى، و إذ ليس للمدعى بينه على دعواه- كما هو المفروض- تسقط الدعوى لانحصار سبب الحكم فى بينه المدعى و يمين المنكر و كلاهما منتفیان، فان ادعى عليه العلم بالواقع بعدئذ كانت دعوى جديده و كان له الحلف على نفيه.

فيكون الحاصل لزوم كون اليمين على البت مطلقا.

و هل اليمين بنفى العلم تفصل الخصومه كيمين المنكر على عدم الحق فلا يستمع الى بينه المدعى بعدها أو لا؟ قال المشهور بالأول و هو ظاهر قول المحقق «قده»: «فيكفيه الحلف على أنه لا يعلم» أى: فيكفيه فاصلا للخصومه، بمعنى أن الحاكم ان حكم على طبقها لم تسمع بينه المدعى بعدها على أصل الدعوى، لان معنى

«و اليمين على من أنكر» و «انما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» هو القضاء بكل يمين كان وظيفه المدعى عليه بذلها، فحيث ادعى عليه العلم و حلف على نفيه و حكم الحاكم فصلت الخصومه. على أن ظاهر المدعى الفاقد للبينه على ما يدعيه من الحق هو رضاه بيمين المدعى عليه فى نفي دعواه علمه بالواقع، و قد دلت الاخبار على أن من رضى بيمين خصمه سقط حقه (١)، فإذا حلف فقد حصل سبب الحكم و بصدوره تنفصل الخصومه و لا تسمع البينه بعدئذ، بخلاف ما إذا لم يطلب منه اليمين على نفي العلم فإنها تسمع لأن الخصومه باقيه و ليس للحاكم إحلافه، لما تقدم من أنه لا يستحلفه الا بالتماس المدعى.

و بعبارة أخرى: عند ما يحلف بنفى العلم تسقط دعوى العلم، و حينئذ لا ملزم للمدعى عليه بدفع الحق لعدم البينه، فيكون أثر الحلف على نفي العلم-مع حكم الحاكم-فصل الخصومه و عدم سماع البينه، فيكون الحاصل: ان الحلف على نفي العلم لا ينفى الواقع و لكنه لا يبقى المجال لان يتمكن المدعى من الإلزام بدفع شيء بإقامه البينه على الدعوى.

هذا كله بناء على عدم جواز الحلف على البت بمقتضى الامارات و الأصول، و الا كان له الحلف على نفي الواقع بالاستناد الى الحكم الظاهرى، فما هو المستفاد من الأدله؟

ص: ٤١٢

الظاهر عدم الخلاف في أن اليد أماره على الملكيه، فكلما كان تحت سلطنه الشخص من غير معارض يكون له ملكا له (١)، و من هنا يجوز له أنحاء التصرف فيه، و يجوز لغيره الاخبار في غير مورد المرافعه عن كون الشيء ملكا له استنادا الى كونه تحت يده.

هل يجوز الحلف اعتمادا على اليد و الاستصحاب؟

و هل يجوز الحلف اعتمادا على اليد؟ قولان.

و يدل على الجواز:

١-خبر حفص بن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام: «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: أ فيحل الشراء منه؟ 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 الى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: لو لم يجز هذا لم يقيم للمسلمين سوق» (٢).

بل قد يستظهر من قوله «و تحلف عليه» ان كلما يجوز الحلف اعتمادا عليه تجوز الشهاده كذلك.

ص: ٤١٣

١-١) وسائل الشيعة: ١٨-٢١٤. الباب: ٢٥ من أبواب كيفية الحكم.

٢-٢) وسائل الشيعة: ١٨-٢١٥.

٢-خبر على بن إبراهيم فى تفسيره بسنده عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث فذك أن أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبى بكر:

«أتحكم فىنا بخلاف حكم الله فى المسلمين؟ قال: لا. قال: فان كان فى يد المسلمين شىء يملكونه ادعيت أنا فيه من تسأل البيه؟ قال: إياك كنت أسأل البيه على ما تدعيه على المسلمين. قال: فإذا كان فى يدى شىء فادعى فيه المسلمون تسألنى البيه على ما فى يدى و قد ملكته فى حياه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم و بعده و لم تسأل المؤمنين البيه على ما ادعوا على كما سألتنى البيه على ما ادعيت عليهم.» (١).

و أماره الصدق على هذا الخبر لائحته مع حسنه سندا (١).

و يدل على جواز الشهاده و الحلف اعتمادا على الاستصحاب خبر معاويه بن وهب قال: «قلت له: ان أبى ليلى يسألنى الشهاده عن هذه الدار مات فلان و تركها ميراثا و أنه ليس له وارث غير الذى شهدنا له. فقال: اشهد بما هو علمك. قلت: ان أبى ليلى يحلفنا الغموس. فقال: احلف انما هو على علمك» (٢).

و يدل على الجواز فى خصوص الشهاده خبره الآخر: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يكون له العبد و الأمه قد عرف

ص: ٤١٤

١-١) وسائل الشيعة: ١٨-٢١٥.

٢-٢) وسائل الشيعة: ١٨-٢٤٥. الباب: ١٧ من أبواب الشهادات.

ذلك فيقول: أبق غلامى أو أمتى فيكلفونه القضاء شاهدين بأن هذا غلامه أو أمته لم يبع و لم يهب أن نشهد على هذا إذا كلفناه؟
قال: نعم» (١).

لكن يعارضه المنع الوارد فى ذيل خبر آخر له و ان كان صدره دالا على الجواز كذلك، و هذا نص الخبر بتمامه «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يكون فى داره ثم يغيب عنها ثلاثين سنه 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 دار فلان ابن فلان مات و تركها ميراثاً بين فلان و فلان، أو نشهد على هذا؟ قال: نعم.

قلت: الرجل يكون له العبد و الأمه فيقول: أبق غلامى أو أبق أمتى فيؤخذ بالبلد فيكلفه القاضى اليينه أن هذا غلام فلان لم يبعه و لم يهبه أن نشهد على هذا إذا كلفناه و نحن لم نعلم أنه أحدث شيئاً؟ فقال: كلما غاب من يد المرء المسلم غلامه أو أمته أو غاب عنك لم تشهد به» (٢).

و هذا الذيل و الخبر المتقدم كلاهما واردان فى مورد الترافع فحمل المانع على هذا المورد و المجوز على أن المراد من الشهاده فيه هو الاخبار عن الواقع استناداً الى الاستصحاب خلاف الظاهر

ص: ٤١٥

١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-٢٤٦. الباب: ١٧ من أبواب الشهادات.

٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-٢٤٦. الباب: ١٧ من أبواب الشهادات.

و الاولى الجمع بينهما بحمل الخبر المانع على الكراهه لأنه ينافى رغبه الشارع و ترغيبه فى اعتناق الإمام و العبيد بشتى الوسائل مهما أمكن.

هذا كله بالنظر الى الأدله الخاصه، و يمكن الاستدلال لذلك بعمومات أدله الاستصحاب و اليد، إذ الاستفادة من خبر حفص بن غياث عدم اعتبار العلم بالواقع عند الشهاده، و عليه فان شهد بأن هذا ملكه ترتبت آثار الملكيه بلا ريب، و كذا فى الاستصحاب، فحيث يستصحب طهاره الثوب مثلا و تجوز الصلاه فيه يجوز الحلف على هذه الطهاره أيضا و لا مقيد بكونها طهاره واقعيه حتى يجوز الحلف.

ثم ان الدعوى تبرز تاره بحيث يكون للمدعى عليه الحلف على البت و ان كانت فى الواقع متعلقه بفعل الغير كأن يقول له: «الذى فى يدك لى» و أخرى تبرز على وجه لا يكون له ذلك، كأن يقول له: «الذى بيدك قد غصبه مورثك» فهنا يحلف على نفي العلم.

متى يحلف المدعى؟

قال المحقق: «أما المدعى و لا شاهد له فلا يمين عليه» .

أى: لما تقدم مرارا من قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «اليمينه على المدعى و اليمين على من ادعى عليه» .

قال: «الا مع الرد أو نكول المدعى عليه على قول» .

أى: بناء على القول بتوجه اليمين على المدعى مع نكول

المدعى عليه و أما على القول الآخر فيثبت حق المدعى بنكول المدعى عليه من دون يمين.

قال: «فان ردها المنكر توجهت، فيحلف على الجزم، و لو نكل سقطت دعواه إجماعاً» .

أى: و تنفصل الخصومه فلا تسمع دعواه بعدئذ.

قال: «و لو رد المنكر اليمين ثم بذلها قبل الإحلاف، قال الشيخ: ليس له ذلك الا برضا المدعى. و فيه تردد منشؤه أن ذلك تفويض لا إسقاط» .

أقول: و الظاهر أنه تفويض لا إسقاط، و هو مقتضى عمومات و إطلاقات: «و اليمين على المدعى عليه» ، إذ القدر المتيقن خروج صورته الرد مع حلف المدعى، بل هو مقتضى استصحاب جواز حلف المنكر أو بقاء حقه فى الحلف الثابت له قبل الرد، و لا ينافيه ما فى النصوص من التعليل بقوله عليه السلام: «لأنه رضى.» لأن المراد هو أن اليمين التى كانت برضاه تذهب بحقه لا أن مجرد رضاه بيمينه يسقطه.

قال: «و يكفى مع الإنكار الحلف على نفى الاستحقاق.» .

أقول: قد يدعى المدعى الحلف و لا يذكر سبب الاستحقاق، و قد يذكره أيضا، فان لم يذكر السبب حلف المنكر على نفى الحق، و ان ذكره كان بالخيار، فله أن يحلف على نفى الحق، و له أن يحلف على نفى الاستحقاق بحيث يعم ذاك السبب و غيره، إذ لا فرق بين

نفي عين المدعى و بين نفي الأعم.

و عن الشيخ «يلزمه الحلف على وفق الجواب، لأنه لم يجب به الا و هو قادر على الحلف عليه» .

و لكن مقتضى إطلاقات أدله البينه هو الأول.

قال المحقق «قده»: «و لو ادعى المنكر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب مدعيا و المدعى منكرا، فيكفى للمدعى اليمين على بقاء الحق، و لو حلف على نفي ذلك كان آكد لكنه غير لازم» .

أقول: أى أنه لا- خلاف هنا على أن يقول: و الله لم أبرأ ذمتك، أو: و الله ما أقبضتني حتى، و له أن يقول: و الله ان حتى باق، بخلاف الفرع السابق حيث كانت المسأله خلافيه.

قال: «و كل ما يتوجه الجواب عن الدعوى فيه يتوجه معه اليمين و يقضى على المنكر به مع النكول كالعق و النسب و النكاح و غير ذلك، و على القول الآخر ترد اليمين على المدعى و يقضى له مع اليمين و عليه مع النكول» .

أقول: ان بعض الدعاوى تسقط مع عدم البينه و لا يمين فيها على المنكر مثل الدعوى فى الحدود، فلو أحضر زيدا عند الحاكم و ادعى عليه شرب الخمر لم يثبت بهذه الدعوى حق فلذا لا يسمعها الحاكم، و أما لو كان له بينه على ذلك حكم بوجوب الحد عليه.

و بعض الدعاوى يحلف المنكر فيها على النفي عند عدم البينه مثل الدعوى على مال أو حق.

و بعض الدعاوى وقع الخلاف فيها بين العامه و الخاصه مثل

الدعوى على الطلاق و النكاح، فالأصحاب على أن اليمين تتوجه على المنكر مع عدم بينه المدعى، و خالف بعض العامة فمنع من توجه الحلف على المنكر فى الأبواب المذكوره لأن المطلوب من التحليف الإقرار أو النكول ليحكم به، و النكول عن اليمين نازل منزله البذل و الإباحه، و لا مدخل لهما فى هذه الأبواب، و خالف بعض آخر منهم، فخص التحليف فيما يثبت بشاهدين ذكرين إلحاقا له بالحد.

و عمومات و إطلاقات «و اليمين على المدعى عليه» و «على من أنكر» تبطل ما ذهبوا اليه، و ما ذكر فى وجه المنع استحسان محض، و قد تقدم أن اليمين تتوجه على المنكر فى كل مورد أوجب حقا بخلاف الدعوى فى الحدود.

مضافا الى خصوص ما رووه: «ان ركانه أتى النبى (ص) فقال:

يا رسول الله طلقت امرأتى البته. فقال: ما أردت بالبته؟ قال: واحده فقال: و الله ما أردت بها إلا واحده؟ فقال ركانه: و الله ما أردت بها إلا واحده، فردها اليه، ثم طلقها الثانيه فى زمن عمر و الثالثه فى زمن عثمان» (١) حيث اكتفى فيه باليمين على ما أخبر به من قصده بها فى الطلاق من جهه أن قصده ذلك لا يعرف الا من قبله فلذا أمره صلى الله عليه و آله و سلم بالحلف.

و لكن استخلافه «ص» على أنه قصد المره-و لم يكن الطلاق ثلاثا فى المجلس الواحد مبدعا بعد-وجهه غير واضح.

ص: ٤١٩

(متى تتوجه اليمين على الوارث؟)

قال المحقق «فده»: «لا تتوجه اليمين على الوارث ما لم يدع عليه العلم بموت المورث و العلم بالحق، و أنه ترك في يده مالا» .

أقول: يشترط في صحة الدعوى على الوارث في حق على المورث أمور: «الأول» علم الوارث بموت المورث، «و الثاني» علمه بثبوت الحق على المورث و اشتغال ذمته به، «و الثالث» العلم بوجود تركه في يد الوارث بمقدار الحق أو بعضه.

فهذه الأمور شرط، و لذا لو صدق المدعى الوارث على عدم أحد هذه الأمور الثلاثة لم يكن للدعوى عليه وجه فضلا عن توجه اليمين عليه الذي أشار إليه المحقق بقوله:

«و لو ساعد المدعى على عدم أحد هذه الأمور لم يتوجه» .

ثم قال «قده»: «و لو ادعى عليه العلم بموته أو بالحق كفاه الحلف أنه لا يعلم» .

أى: لأنها دعوى تتعلق بعلمه بفعل الغير، فحيث لا يعلم كفاه الحلف على نفي العلم.

قال: «نعم لو أثبت الحق و الوفاء و ادعى فى يده مالا حلف الوارث على القطع» .

أقول: لا- اشكال فيما ذكر، لانه بعد ثبوت الحق و الوفاء بالبينه مثلا تكون دعوى وجود مال للمورث عند الوارث متعلقه بأمر راجع الى نفس الوارث، فان كان ينكر ذلك و جب عليه الحلف على نفيه على البت لا على نفي العلم.

و لكن هل الدعوى مشروطه بهذه الأمور أو أن الاستحلاف مشروط بها؟ الظاهر هو الأول كما ذكرنا، بل لا ريب فى اشتراط الأمر الأول حتى يتمكن من الدعوى، إذ تقدم فى محله أنه يشترط فى صحه الدعوى كونها عن جزم فلا تسمع دعواه باحتمال كونه ذا حق.

و لو صدق الوارث فى دعوى الجهل بكون مورثه مدينا كانت مطالبته بحقه منه لاغيه، و أما لو كان متيقنا من علمه أو شك فيه جازت له المطالبه مع فرض وجود التركه، و هل يحلفه على نفي العلم أو على إنكار أصل الدعوى؟ ان ادعى علمه بالأمر كان عليه اليمين على نفي العلم، و هل هذه اليمين تفصل الخصومه على الواقع؟

قولان. و تظهر ثمره الخلاف فى البيئه التى يقيمها المدعى بعدها.

و عن الشيخ: انه لا- يشترط فى صحه الدعوى دعوى المدعى على الوارث العلم، بل للمدعى إبراز الدعوى و للوارث حيثنذ الحلف على نفى العلم، فان حلف سقطت الدعوى و فصلت الخصومه، لكن قول الشيخ بجواز حلف الوارث على نفى العلم مع عدم ادعاء المدعى عليه ذلك بعيدا جدا.

و قال المحقق «قده»: لا تتوجه اليمين ما لم يدع علمه بالحق إذ لا يحلف على فعل الغير. و هذه العبارة مفادها عدم كون شرط الدعوى ذلك، بل شرط الاستحلاف دعوى علمه، و يكون الحاصل جواز دعواه الحق، فإن كان له بينه ثبت حقه و الا فإن ادعى علم الوارث حلف على نفيه و الا- لم يحلف لانه على فعل الغير، و مع الحلف تنفصل الخصومه و ينقطع النزاع، و قيل: لا تسقط الدعوى باليمين على نفى العلم.

لكننا نقول بناء على ما عرفت فيما مضى فى مسأله يمين الموكل انه ان كان الوارث متمكنا من اليمين على نفى أصل الدعوى جاز له ذلك، و الا و جب عليه اليمين على نفى العلم و ان لم يكن يدعى عليه العلم حتى و لو كان المال الذى بيده للمدعى فى الواقع، الا أن يقال بانصراف أدله «اليمين على من ادعى عليه» عن هذا المورد لكن تقدم أن الأظهر عمومها للمورد، و أن اليمين على نفى العلم تقوم مقام اليمين على نفى الواقع، لان الغرض من الدعوى على

المورث فى الحقيقه هو الدعوى على الوارث و أنه عالم بذلك، و الا لم يكن للترافع بينه و بين الوارث وجه.

و بعباره أخرى: ان اليمين على نفي العلم أثرها سد الطريق على المدعى بحيث لا يمكنه بعد ذلك إلزام الوارث بالحق.

و اختار صاحب الجواهر «قده» كفايه اليمين على نفي العلم عن اليمين على نفي الحق، و اعترض على الأصحاب بأن الأمر مشوش غير منقح عندهم، خصوصا بعد اقتضائه ما هو كالمقطوع بفساده من عدم سماع الدعوى فى غير الوارث أيضا، كما لو ادعى مدعى على عين فى يد آخر أنه سرقه سارق و باعه أباك من دون أن يدعى عليه العلم بذلك، ضروره عدم الفرق بين الوارث و غيره فى ذلك.

المسأله الثانيه

(لو ادعى على المملوك فمن الغريم؟)

قال المحقق «قده»: «إذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه و يستوى فى ذلك دعوى المال و الجنايه» .

أقول: يعنى أن المدعى عليه فى الحقيقه هو المولى، و عليه يكون العبره بإقراره و إنكاره لا بإقرار العبد و إنكاره، سواء كانت الدعوى فى المال أو كانت فى جنايه ارتكبها العبد. لكن فى المسأله تفصيل، و بيان ذلك:

انه فى كل دعوى يكون الضرر متوجها فيها على المولى تكون العبره بإقرار المولى و إنكاره، فلو ادعى على المملوك ملكيه مال

معين بيده كان المولى هو المدعى عليه في الواقع لانه الغريم، إذ العبد و ما فى يده لمولاه، فإن أقر المولى أخذ المال و دفع الى المدعى و ان أنكر حلف، و كذا لو كانت الدعوى جنايه، فعلى القول بأن ديه خطأ العبد على المولى يكون الاعتبار بإقرار المولى و إنكاره، و لا- فرق فى الجنايه بين ما يوجب استحقاق العبد و غيره، لائن الغريم هو المولى على كل حال، و أما على القول بأن هذه الديه على العبد نفسه لا- على المولى كانت العبره بإقرار العبد و إنكاره، فإن أقر صبر حتى ينعق فيؤدى و الا حلف على النفى.

و كذا لو صدر منه ما يوجب قتله قصاصا بعد العتق.

و لو صدر من العبد ما يوجب قتله قصاصا فى حال رقيته فهل المعتبر إقرار المولى و إنكاره لأنه الغريم أو يعتبر إقرار و إنكار العبد حينئذ لأنه المباشر و المدعى عليه؟ وجهان، و تظهر الثمره فيما لو أقر المولى بالجنايه و أنكر العبد. و الأول مشكل، لانه و ان كان هو الغريم لكن ليس المولى مالكا لحياه العبد، و قد تقرر أن من ملك شيئا ملك الإقرار به.

و لو أقر العبد بهذه الجنايه فإن إقراره ينتهى إلى ضرر المولى إذ المفروض وجوب قتله فعلا- قبل الانعتاق، و حينئذ يتوجه الإشكال بأن دليل: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» ليس على إطلاقه ليشمل صورته استلزامه الضرر لغيره.

فظهر أن فى المسأله تفصيلا، و الظاهر أن مراد المحقق من كلامه ما إذا كانت الدعوى على المملوك من حيث أنه مملوك.

وقد تلخص أنه يدور أمر الاعتبار بالإقرار و الإنكار مدار الغرم، فحيث يتوجه الضرر و الخساره على المولى يكون الاعتبار بإقرار و إنكاره و حيث يتوجه على نفس العبد بأن يؤدى الحق بعد الانعتاق كان الاعتبار بإقراره و إنكاره.

و عن القواعد: «و إذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه سواء كانت الدعوى مالا أو جنايه، و الأقرب عندى توجه اليمين عليه، فان نكل ردت على المدعى و تثبت الدعوى فى ذمه العبد يتبع بها بعد العتق» و ظاهره وجوب اليمين على العبد و ان كان الغريم مولاه فان نكل لم تؤثر يمين المولى. و فى الجواهر: و مراده على الظاهر الإشاره بذلك الى توجه سماع الدعوى على العبد منفردا أو اقتضاء الدعوى على المولى يمينا أخرى على العبد غير يمين المولى.

قلت: و لكن توجه اليمين على العبد حيث يكون هو الغريم هو قول جميع الفقهاء و ليس قولاً- للعلامه حتى يقول و الأقرب عندى.

و يحتمل أنه وجه اليمين على العبد لا- المولى لأنها على فعل الغير، و فيه: لو كان مراده ذلك لوجهها على المولى بأن يحلف على نفي العلم.

المسأله الثالثه

(هل تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن البيئه؟)

قال المحقق: «لا تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن البيئه» .

أقول: لا خلاف فى عدم سماع الدعوى فى الحدود حتى يقيم

المدعى البينه المعينه شرعا فى كل مورد، لان الحدود حق الله تعالى و قد اشترط فى ترتيب الأثر على الدعوى فيها وجود البينه، بل انه تعالى يحب عدم تعقيب ما يوجبها و ترك إثباتها، بل أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات (١).

قال: «فلا يتوجه اليمين على المنكر» .

و أما فى حق الآدمى فتسمع الدعوى المجرده عن البينه و يستحلف المنكر لادن اليمين أحد طريقى إثبات حق الآدمى، و لذا يسقط الحق برضا صاحبه بيمين خصمه.

قال: «نعم لو قذفه بالزنا و لا بينه فادعاه عليه قال فى المبسوط:

جاز أن يحلف ليثبت الحد على القاذف و فيه إشكال، إذ لا يمين فى الحد» .

أقول: كان ما ذكرناه فى خصوص الدعوى فى حق الله تعالى كحد الزنا و شرب الخمر، و لو اشتركت الدعوى بين الله و بين الآدمى كحد القذف كأن يقذفه بالزنا و لا بينه فهل لليمين أثر فى ثبوت الحد و عدمه أو لا؟ الصحيح هو الثانى لإطلاق النصوص الواردة فى المقام و الداله على أنه «لا يمين فى حد» :

(١) فعن البنظى عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام برجل فقال: هذا قذفى،

ص: ٤٢٦

و لم تكن له بينه. فقال: يا أمير المؤمنين استحلفه، فقال: لا يمين في حد و لا قصاص في عظم» (١)).

و هذا الخبر ظاهر في أن الرجل قد ظن أن للقاذف الذي لا بينه له أن يستحلف المقذوف لكونه منكرا كسائر المرافعات، فقال الامام عليه السلام: ان اليمين لا تؤثر لا في إثباته و لا في نفيه.

(٢) عن أمير المؤمنين عليه السلام في حديث قال: «لا يستحلف صاحب الحد» (١).

و الظاهر أن المراد من «صاحب الحد» هو من يجب اجراء الحد عليه، و يحتمل أن يكون المراد: ان الذي يريد اجراء الحد

ص: ٤٢٧

١ - ١) وسائل الشيعة: ١٨-٣٣٥. الباب: ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، و هو معتبر.

-و هو الامام-لا يستحلف.

(٣) عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: «ان رجلا استعدى عليا عليه السلام على رجل فقال: انه افترى على، فقال علي عليه السلام للرجل: أ فعلت ما فعلت؟ فقال: لا. ثم قال علي عليه السلام: أ لك بينه؟ قال: فقال: ما لى بينه فأحلفه لى. قال علي عليه السلام: «ما عليه يمين» (١).

خلافًا للشيخ قدس سره فى المبسوط إذ قال: «جاز أن يحلف ليثبت الحد على القاذف» أى: ترجيحًا لحق آدمى على حق الله عز و جل، و من الحالف حينئذ؟ فى العبارة احتمالان- «أحدهما»:

أن يكون المراد أن يقذفه بالزنا و لا بينه فيدعى المقذوف عليه ذلك فينكر و يمتنع عن اليمين و يردّها على المدعى، فيجوز له أن يحلف اليمين المردودة ليثبت الحد على القاذف «و الثانى»: أن يكون المراد قذفه بالزنا بأن يقول له: يا زانى، ثم لما أريد إجراء حد القذف عليه ادعى الزنا على المقذوف و لكن لا بينه له على ذلك. فيجوز أن يحلف المقذوف على عدم الزنا ليثبت الحد على القاذف، فان لم يحلف لم يثبت الحد.

و كيف كان فما ذهب إليه ينافى تلك النصوص الداله على أنه لا يحلف لا فى إثبات الحد و لا فى نفيه، فان كان للقاذف بينه على

ص: ٤٢٨

١- ١) وسائل الشيعة: ١٨-٣٣٥. الباب: ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، فيه «غياث بن كلوب» و هو مجهول.

الزنا سقط الحد و الا ثبت، قال الله تعالى «وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُدْحَنَاتِ .» الى آخر الآيه (١).

و ليس حق الآدمى فى هذه المسأله منفصلا عن حق الله تعالى ليرجح فيها حقه على حق الله، بل الحقان كلاهما واردان على الحد بخلاف مسأله السرقة حيث الغرم و القطع أمران مختلفان و لذا يمكن إثبات الغرم دون القطع فى بعض صورها كما سيأتى أيضا.

المسأله الرابعه

(منكر السرقة تتوجه عليه اليمين)

قال المحقق: «منكر السرقة يتوجه عليه اليمين لإسقاط الغرم» .

أقول: قد عرفت فيما تقدم أن السرقة توجب فى حال ثبوتها أمرين: «أحدهما» حق الآدمى و هو المال المسروق، و «الثانى» القطع و هو الحد الشرعى و هو حق الله تعالى، و قد عرفت أنه لا- ملازمه بين الحقين فقد يثبت أحدهما فى مورد دون الآخر، فمن ادعى عليه السرقة فأنكرها يتوجه عليه اليمين من جهه حق الآدمى، فإن حلف سقط الغرم.

«و لو نكل لزمه المال دون القطع بناء على القضاء بالنكول و هو الأظهر» تبعا للمحقق و جماعه «و الا حلف المدعى» ليثبت الحق و الا سقطت الدعوى.

ص: ٤٢٩

قال المحقق: «و لا يثبت الحد على القولين» .

أقول: أى لما عرفت من أن ثبوت الغرم أو سقوط الحق باليمين و عدمها لا يثبت كونه سارقا بحيث يترتب عليه الحكم الشرعى المقرر.

قال: «و كذا لو أقام شاهدا و حلف» .

أقول: أى لأنه لا يمين فى حد كما تقدم، إذ لا فرق حينئذ بين وجود الشاهد الواحد و عدمه من هذه الجهة.

المسألة الخامسة

(لو كان له بينه فأعرض عنها فهل له الرجوع؟)

قال المحقق: «لو كان له بينه فأعرض عنها و التمس يمين المنكر أو قال أسقطت اليه و قبلت اليمين فهل له الرجوع؟ قيل: لا. و فيه تردد، و لعل الأقرب الجواز» .

أقول: فى المسألة قولان، و الأقوى هو الجواز وفاقا للمحقق و غيره و خلافا للشيخ، و وجه التردد عند المحقق هو التأمل فى أن إقامه اليه حق للمدعى أو أنه حكم شرعى، و لو كان حقا فهل هو من الحقوق القابلة للإسقاط أو لا؟ و الظاهر أنه حق لا يقبل الإسقاط، و مع الشك فى كونه حقا قابلا له يكون الأصل بقاءه، و كذا يستصحب البقاء بناء على كونه حكما، فالظاهر هو جواز الرجوع الى إقامه اليه أو إليها بعد إقامتها و قبل حلف المنكر.

و لا يجرى هنا استصحاب تأثير اليمين، بأن يقال انه بالإعراض

أو الإسقاط يكون المؤثر اليمين فمع الشك في بقاء تأثيرها بعد الرجوع يستصحب التأثير، ووجه عدم الجريان هو أن المورد يكون من صغريات كبرى دوران الأمر بين استصحاب حكم المخصص و التمسك بعموم العام، وقد تقرر في محله أن التحقيق هو الثاني.

قال: «و كذا البحث لو أقام شاهدا فأعرض عنه و قنع بيمين المنكر» .

أى: ثم عاد اليه قبل الحلف أو رد المنكر اليمين على المدعى ثم عاد الى اختيار الحلف الذى يقوم مقام الشاهد الثانى.

المسألة السادسة

(فيمن يقبل قوله بلا يمين)

ذكر المحقق فيها أربعة فروع أفتى في الثلاثة الأولى منها بقبول قول المدعى بلا يمين و تردد في الرابع، لكن في المسالك ذكر أكثر من عشرين فرعا قال في جميعها بقبوله كذلك، فالفروع الثلاثة هي:

الأول «لو ادعى صاحب النصاب ابداله في أثناء الحول» أى لينفى عنه الزكاه «قبل قوله بلا يمين» .

الثانى «و كذا لو خرص عليه فادعى النقصان» أى: فى الثمره المخروصه أو الزرع عما خرص عليه لينقص عنه ما قدر عليه من الزكاه.

ص: ٤٣١

الثالث «و كذا لو ادعى الذمى الإسلام قبل الحول» أى:

ليتخلص عن الجزية بناء على عدم شمول «الإسلام يجب ما قبله» (١)) لهذا المورد، و أما بناء عليه فلا يطالب بالجزية و ان لم يدع ذلك.

ثم ان الدليل فى هذه الفروع عدم الخلاف كما فى الجواهر، و أن الحق فى هذه الموارد لله عز و جل، مع أن الحق فيها لا يعلم الا من قبل المدعى.

و هناك نصوص فى خصوص بعض فروع المسألة مثل أن يقول:

«لا زكاه على» مثلا (٢)).

و الفرع الرابع قوله: «أما لو ادعى الحربى الإنبات بعلاج لا- بالسن ليتخلص من القتل فيه تردد، و لعل الأقرب أنه لا يقبل الا مع البيئه» .

أقول: منشأ التردد هو: ان قتل الكافر الحربى حد من حدود الله تعالى، و قد أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات، و قد تقدم أن

ص: ٤٣٢

لا يمين فى حد، و أن الإنبات لا يعلم الا من قبل الشخص، مع أن اليمين لا تقبل من غير البالغ و هذا مشكوك فى بلوغه.

و من أن الإنبات أماره شرعيه على البلوغ، و كونه بعلاج خلاف الظاهر، و لا يقبل قول من ادعى خلاف الظاهر الا مع البيئه، و إذ لا بينه هنا فإن أقل ما تثبت به الدعوى هو اليمين، فقيل: يحلف الان لوجود الاماره الشرعيه على البلوغ المعتبر فى صحه اليمين، و قيل:

يصبر حتى يعلم ببلوغه، و على الأول ان حلف لم يقتل و الا-قتل، و على الثانى ان حلف سقط الحد و ان نكل كشف عن استحقاقه القتل منذ الأسر.

أقول: لكن يرد على القول الثانى أنه ان بلغ كافرا و جب قتله و لا حاجه الى هذا البحث، و ان أسلم فإن قلنا بمقتضى «الإسلام يجب ما قبله» فلا يحلف و لا شىء عليه، و الا فإن حلف سقط الحد و ان نكل قتل.

هذا ان لم نقل بأن كون الإنبات أماره للبلوغ مشروط بكونه طبيعيا و الا فإنه مع الشك فى كونه بالعلاج أو بالطبع فلا يجوز قتله و ان لم يدع الإنبات بعلاج، الا- أن يتمسك بأن الأصل عدم كونه بعلاج، لكنه أصل مثبت. اللهم الا أن يكون إجماع على وجوب قتله حينئذ.

و معنى قول المحقق: «لا يقبل الا مع البيئه» انه لا يقبل مع اليمين، فإن أقام البيئه قبل و الا قتل، و أشكل عليه فى الجواهر بقوله:

«لكن لا يخفى عليك ما فيه من أنه بعد تسليم الظهور لا ينافى تحقق

الشبهه الدارئة-قال:- بل الظاهر تحققها مع عدم اليمين خصوصا فى مثل الفرض» .

و هل يقبل قول مدعى الإنبات بعلاج فى غير مورد الحد الذى أمرنا بدرئه بالشبهه؟ مثاله: لو أجرى عقد بيع ثم لما حضر المشتري لتسلم المبيع ادعى كونه صغيرا فى حال اجراء العقد و أن إنبات الشعر المتحقق فيه حاصل بعلاج منه و ليس طبيعيا ليدل على البلوغ فهل يسمع قوله لا سيما و أنه مطابق للأصل أو لا بل يسمع قول المشتري و هو مقتضى أصاله الصحه؟ أقول: أما أصاله الصحه فتجرى عند الشك فى الصحه بعد إحراز اجتماع الشرائط المعتره، و مع الشك فى بلوغ البائع فلا يجرى هذا الأصل لأنه لا يحرز البلوغ. لكن الصحيح عدم قبول قول البائع فى هذه الصوره، لأن إنبات الشعر ظاهر فى البلوغ، و المناقشه فى هذا الظهور ممنوعه، و هو متقدم على الأصل و الا لم تتقدم أماره على أصل فى مورد.

قال فى الجواهر: و مما ألحق بذلك دعوى البلوغ مطلقا أو بالاحتلام خاصه، لإمكان إقامه البيئه على السن و اعتبار الإنبات لأن محله ليس من العوره، و على تقديره فهو من مواضع الضروره. و على كل حال لا يمين و الا لزم الدور، لان اعتباره موقوف على البلوغ الموقوف على اعتباره.

أقول: صحه اليمين متوقفه على البلوغ، و البالغ قد لا يحلف

أصلاً، نعم ثبوت البلوغ يتوقف عليها، فلا- دور. فالدليل على عدم اليمين فى المقام كونه شبهه مصداقيه للبلوغ المعترف تحققه للحالف فى صحه يمينه.

هذا وقد ذكروا فى المقام فروعاً، والضابط الكلى هو: ان كان الطرف فى الدعوى هو الله تعالى محضاً فلا يشترط اليمين، و كذا ان كان مورد الدعوى حقاً عاماً للناس.

و فى المسالك: ضبطها بعضهم بأنه كل ما كان بين العبد و بين الله تعالى، أو لا يعلم الا منه و لا ضرر فيه على الغير، أو ما تعلق بالحد أو التعزير.

و فيه- كما فى الجواهر- ان ذلك كله مع عدم الخصومه، و أما معها فلا، فقول ذى اليد مثلاً حجه إلا إذا خصم فحينئذ توجه عليه اليمين.

المسألة السابعه

(حكم ما لو مات رجل و ظهر له شاهد بدين)

قال المحقق: «لو مات و لا- وارث له و ظهر له شاهد بدين قيل: يحبس حتى يحلف أو يقر. و كذا لو ادعى الوصى أن الميت أوصى للفقراء و شهد واحد و أنكر الوارث. و فى الموضوعين إشكال لأن السجن عقوبه لم يثبت موجباً» .

أقول: فى المسألة فرعان: «الأول» -لو شهد شاهد بأن زيدا الميت يطلب من عمرو كذا مالا و لا وارث لزيد حتى يطالبه به،

فإن أقر عمرو بالدين وجب عليه الأداء، و ان أنكر وجب عليه اليمين، فان حلف على الإنكار فلا شيء عليه، و ان نكل ألزم بدفع الحق، إذ المفروض عدم إمكان الرد لموت الدائن و عدم الوارث و أنه يستحيل تحليف المسلمين و الامام عليه السلام، و عن الشيخ في المبسوط: يجبس حتى يحلف أو يقر.

و «الفرع الثاني»: لو ادعى الوصى على الوارث أن الميت أوصى للفقراء كذا من ماله ثم شهد شاهد واحد بما يدعيه الوصى و أنكر الوارث ذلك، فان كان الوارث يعلم بالعدم حلف على النفي على البت، و ان لم يعلم حلف على نفي العلم، و لو نكل لم يمكن رد اليمين على الوصى، لأنه يدعى حقا للفقراء فلا يجوز له أن يحلف عنهم، و حينئذ يحكم على الوارث بالنكول، و يلزم بدفع الحق، و قيل: يجبس حتى يحلف أو يقر.

بل لا- فرق في الفرع الثاني بين أن يكون للوصى شاهد واحد أو لا، لما عرفت من عدم ترتب الأثر على يمينه، فوجود الشاهد الواحد و عدمه على السواء.

و لو ادعى الوارث على أحد حقا لمورثه استنادا الى ما وجدته مسجلا في ثبته، فان حلف زيد على النفي فهو، و ان حلف على نفي العلم فكذلك، و الا فلا مجال للرد على الوارث، و عليه دفع الحق بمجرد النكول.

و كذا الأمر في كل مورد لم يمكن فيه الرد، فإنه يحكم على

المنكر بالنكول و يلزم بدفع الحق، و أما مع إمكانه فإن حلف المدعى ثبت الحق و الا سقطت الدعوى.

و لو كان صاحب الحق الامام عليه السلام فعلى المنكر اليمين، فان لم يحلف ثبت الحق و لا يرد على الإمام.

المسألة الثامنة

(حكم ما لو مات و عليه دين يحيط بالتركة)

قال المحقق: «لو مات و عليه دين يحيط بالتركة لم ينتقل الى الوارث و كانت بحكم مال الميت، و ان لم يحط انتقل اليه ما فضل عن الدين» .

أقول: في الكتاب مطلقا تدل على انتقال مال الميت الى وارثه مطلقا، مثل قوله تعالى «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ .» و قد قيد ذلك في آيات كقوله تعالى «. مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ» فيكون مقتضى الجمع: انتقال ما فضل من المال الى الوارث بعد إخراج الوصايا و الديون. و عليه: فان استوعب الدين و أحاط بالتركة لم ينتقل الى الوارث شيء منها.

و القول بانتقالها الى الوارث يبتنى على التجوز اما في المطلق بأن يحمل على الأعم من الملك المستقر و غير المستقر، و اما في المقيد فيكون المعنى: استقرار الملك بعد الوصيه و الدين.

و مع التنزل عن هذا الدليل و غيره فإن الأصل عدم انتقال المال الى الوارث و بقاؤه على ملك الميت، لأن الملكيه أمر اعتبارى فيجوز اعتبارها له، و مع الشك في البقاء يستصحب، الا أن يقال

بأن العقلاء يفرقون في هذا الاعتبار بين الحي و الميت، و هو بعيد، و على هذا الأساس يتضح معنى الوصيه، فإنها في الحقيقه تصرف المالك في ماله بعد حياته.

و أما بناء على أن المملكه من عوارض الوجود و أنها أمر يقوم بنفس المالك فان مات زالت فلا يتم الاستصحاب، و عليه يكون المال بعد موت مالكه بلا مالك، لكن يكون بحكم مال الميت و تجرى عليه أحكامه.

و أما القول بأن الشك في بقاء المال على ملك الميت مسبب عن الشك في انتقاله الى وارثه، و مع جريان أصاله العدم في المسبب يزول الشك في بقاءه على ملك الميت. ففيه: انه أصل مثبت و هو ليس بحجه.

و كيف كان فان تم هذا الأصل فهو و الا وصلت النوبه إلى الاحتياط و مقتضاه العمل طبق الوصيه و أداء الدين باذن الوارث.

قال المحقق: «و في الحالين للوارث المحاكمه على ما يدعيه لمورثه لأنه قائم مقامه» .

أقول: و سواء على القولين: القول الثاني و هو الانتقال و القول الأول و هو عدم الانتقال، فان الوارث يطالب بحقوق الميت اما لانه المالك و اما لانه قائم مقامه.

و لو ادعى ديان الميت على المدين فحلف على الإنكار لم يجز لهم مطالبته فيما بعد، فان جاء الوارث و أقام البيئه على المدين فهل تسمع دعواه أو أن اليمين تلك فصلت الخصومه؟ الظاهر هو الأول.

(فى اليمين مع الشاهد)

قال المحقق: «يقضى بالشاهد و اليمين فى الجملة استنادا الى قضاء رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و قضاء على عليه السلام بعده» .

أقول: لا ريب و لا خلاف فى القضاء بذلك فى الجملة، و القدر المسلم منه أن تكون الدعوى فى الدين فيشهد الشاهد و يحلف المدعى، فهذا هو القدر المتيقن من معقد الإجماع و نصوص المسأله الحاكيه لقضاء النبى صلى الله عليه و آله و سلم و أمير المؤمنين عليه السلام مثل:

(١) ما عن محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يجيز فى الدين شهاده رجل واحد و يمين صاحب الدين، و لم يجز فى الهلال إلا شاهدى عدل» (١).

(٢) عن منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقضى بشاهد واحد مع يمين

ص: ٤٣٩

(٣) عن حماد بن عثمان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام:

يقول: «كان على عليه السلام يجيز في الدين شهاده رجل و يمين المدعى» (٢) (٤) عن حماد بن عيسى قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «حدثني أبي عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى بشاهد و يمين» (٣).

(٥) عن 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 صلى الله عليه وآله وسلم يقضى بشاهد واحد و يمين صاحب الحق و ذلك في الدين» (٤).

ثم ان كان المراد من البينه في قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» و في أخبار:

«البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» و نحوه هو ما يبين الشيء (١) فلا كلام، و ان كان المراد منها شهاده الشاهدين في الواقعه

ص: ٤٤٠

-
- ١-١) و سائل الشيعة: ١٨-١٩٣. الباب: ١٤ من أبواب كيفيه الحكم.
 - ٢-٢) و سائل الشيعة: ١٨-١٩٣. الباب: ١٤ من أبواب كيفيه الحكم.
 - ٣-٣) و سائل الشيعة: ١٨-١٩٣. الباب: ١٤ من أبواب كيفيه الحكم.
 - ٤-٤) و سائل الشيعة: ١٨-١٩٣. الباب: ١٤ من أبواب كيفيه الحكم.

- كما هو المنسب إلى أذهان المتشرعة عند الإطلاق- فإن ثبوت الدعوى بشاهد و يمين في بعض الموارد يكون من جهة الأدلة المعتمرة الدالة عليه، فتكون تلك الأدلة مخصصة للخبرين المذكورين من حيث الاكتفاء هنا بشاهد و يمين المدعى، و من حيث أن اليمين هنا تكون على المدعى لا على المدعى عليه.

و ما ورد في بعض الاخبار المتقدمه من «كان رسول الله (ص)»، و «كان على عليه السلام». ظاهر في أن سيرتهما عليهما السلام كانت على ذلك و لم يكن قضاؤهما في تلك الموارد خاصه بها أو نادر الوقوع.

٦) عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: دخل الحكم بن عتبه و سلمه بن كهيل على أبي جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد و يمين فقال: «قضى به رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و قضى به على عليه السلام عندكم بالكوفه، فقالا: هذا خلاف القرآن. فقال:

و أين وجدتموه خلاف القرآن؟ قالوا: ان الله يقول وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ. فقال قول الله «وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» هو لا تقبلوا شهاده واحد و يمينا!! . ثم قال: ان عليا عليه السلام كان قاعدا في مسجد الكوفه، فمر به عبد الله بن قفل التميمي و معه درع طلحه، فقال على عليه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلولا يوم

البصرة. فقال له عبد الله بن قفل: اجعل بيني وبينك قاضيك الذي رضيته للمسلمين، فجعل بينه وبينه شريحا.

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

قال: فغضب على عليه السلام و قال: خذها فان هذا قضى بجور ثلاث مرات، قال: فتحول شريح و قال: لا أقضى بين اثنين حتى تخبرني من أين قضيت بجور ثلاث مرات. فقال له: ويلك-أو ويحك-اني لما أخبرتك أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصرة فقلت: هات على ما تقول بينه و قد قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: حيث ما وجد غلول أخذ بغير بينه فقلت: رجل لم يسمع الحديث فهذه واحده، ثم أتيتك بالحسن فشهد فقلت: هذا واحد ولا أقضى بشهاده واحد حتى يكون معه آخر و قد قضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بشهاده واحد و يمين، فهذه ثنتان، ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصرة فقلت:

هذا مملوك و ما بأس بشهاده المملوك إذا كان عدلا.

ثم قال: ويلك-أو ويحك-ان امام المسلمين يؤمن من

أمورهم على ما هو أعظم من هذا» (١).

قلت: و شريح مخطئ من جهات آخر أيضا لم يشر الامام عليه السلام إليها.

قال المحقق: «و يشترط شهاده الشاهد أولا و ثبوت عدالته ثم اليمين» .

أقول: لا-ريب فى اشتراط ثبوت عداله الشاهد، انما الكلام فى لزوم تقدم الشهاده و ثبوت عدالته قبل يمين المدعى، فقال المحقق:

حكم ما لو تقدمت اليمين على الشهاده

«و لو بدأ باليمين وقعت لاغيه و افتقر إلى إعادتها بعد الإقامه» .

أقول: قد ذكرنا أن القدر المتيقن نفوذ الحكم الصادر بعد الشهاده و اليمين، فهذا الذى لا ريب فيه، بخلاف ما إذا تقدمت اليمين على الشهاده، و مع الشك فالأصل عدم النفوذ، لانه المرجع فى كل مورد شك فى نفوذ الحكم فيه.

و أما الاستدلال لاشتراط تقدم إقامه الشهاده على اليمين بتقدم ذكرها عليها فى نصوص المسأله ففيه: أولا-ان التقدم الذكرى فى النصوص لا يقتضى التقدم فى مجلس القضاء و كيفيه المحاكمه.

و ثانيا: لقد ذكرت اليمين فى بعض النصوص مقدمه على الشهاده (٢).

ص: ٤٤٣

١-١) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٤. الباب: ١٤ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

٢-٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٦. الباب: ١٤ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى. الحديث: ١٦، ١٥.

و من هنا نقول: ان الظاهر أن نصوص المسأله ليست بصدد بيان الكيفيه مطلقا، بل هي في مقام بيان أصل المطلب، و هو ثبوت الدعوى هنا بشاهد واحد و يمين المدعى من دون تعرض الى الخصوصيات، لكن المؤثر يقينا هو صورته تقدم الشهاده على اليمين، و نفوذ الحكم في صورته العكس مشكوك فيه فالمرجع هو الأصل المزبور.

و في المسالك: «أما اشتراط إقامه الشهاده أولا لان المدعى وظيفته اليه لا اليمين بالأصله، فإذا أقام شاهده صارت اليه التي هي وظيفته ناقصه و متممها اليمين بالنص، بخلاف ما لو قدم اليمين فإنه ابتداء بما ليس وظيفه و لم يتقدمه ما يكون متمما له» .

و فيه: ما ذكرنا من أن المستفاد من نصوص المسأله أن وظيفته هنا اقامه الشاهد الواحد و اليمين حتى تثبت دعواه، فالقضاء يكون بكلا الأمرين و ليس في شيء من النصوص إشاره الى أن وظيفته هنا إقامه اليه-كسائر الموارد-و أن يمينه تكون متممه للوظيفه الناقصه من جهه عدم الشاهد الأخر.

و عن كاشف اللثام الاستدلال له بأن جانبه حينئذ يقوى، و انما يحلف من يقوى جانبه، كما أنه يحلف إذا نكل المدعى عليه، لان النكول قوى جانبه.

و فيه: انه استحسان لا أكثر.

و الحاصل: ان المثبت للدعوى كلا الأمرين الشهاده و اليمين حالكونها متقدمه على اليمين، و صورته العكس مشكوك فيها من حيث

النفوذ و عدمه و الأصل هو العدم، و على ما ذكرنا فلو رجع الشاهد عن شهادته يكون الغرم نصف ما أخذه المدعى من المال فى هذه الدعوى.

الكلام فى مورد قبول الشاهد و اليمين

ثم هل ثبوت الدعوى بشاهد واحد و يمين يختص بما إذا كانت فى الدين، أو تثبت فى مطلق ما كان مالا أو كان المقصود منه المال أو يثبت بذلك كل ما كان للناس من حق أو مال؟ قال بالأول جماعه، و اختار الثانى آخرون بل نسب الى المشهور و يشهد للثالث إطلاق عده من الاخبار كخبر منصور بن حازم، و خبر حماد بن عيسى، و كالأخبار الآتية:

(١) عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق» (١) و «كان» له ظهور فى الاستمرار.

(٢) عن أبى مريم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «أجاز رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم شهادته شاهد مع يمين طالب الحق إذا حلف أنه الحق» (٢) و «أجاز» هنا بمعنى «الإنفاذ» .

ص: ٢٤٥

-
- ١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٥. الباب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى.
٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٥. الباب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى.

٣) عن العباس بن هلال عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: «ان جعفر بن محمد عليهما السلام قال له أبو حنيفة: كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد؟ فقال جعفر عليه السلام: قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضى به علي عليه السلام عندكم. فضحك أبو حنيفة. فقال له جعفر عليه السلام: أنتم تقضون بشهادة واحد شهادة مائه. فقال: ما نفعل. فقال: بلى يشهد مائه فترسلون واحدا يسأل عنهم ثم تجيزون شهادتهم بقوله» (١).

٤) محمد بن علي بن الحسين قال: «قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بشهادة شاهد ويمين المدعى. قال وقال عليه السلام:

نزل جبرئيل بشهادة شاهد ويمين صاحب الحق و حكم به أمير المؤمنين عليه السلام بالعراق» (٢).

٥) عن جابر بن عبد الله قال: «جاء جبرئيل إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأمره أن يأخذ باليمين مع الشاهد» (٣) وهذا الخبر أيضا ظاهر في أن الحكم الشرعي ذلك، وهو بإطلاقه يشمل المال وغيره.

ص: ٤٤٤

-
- ١-١) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٦. الباب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى.
 - ٢-٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٦. الباب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى.
 - ٣-٣) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٦. الباب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى.

لكن لا ريب في خروج «حق الله» من تحت هذه المطلقات لصحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله عز وجل أو رؤيه الهلال فلا (١)» و المراد بضم الأخبار الأخرى و الإجماع: شهادة الرجل الواحد مع اليمين، و المراد من «الخصم» هو نفس المدعى.

و استدلل للقول الأول- وهو التخصيص بالدين-بعده من الاخبار المذكوره كخبر محمد بن مسلم و خبر أبي بصير المتقدمين بل في خبر القاسم بن سليمان:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بشهادة رجل مع يمين الطالب في الدين وحده» (٢).

و قد حمل إطلاق النصوص السابقه على التقييد في هذه النصوص و أجيب عن خبر درع طلحه-حيث كان النزاع في العين-بأنه انما أنكر أمير المؤمنين عليه السلام على إطلاق قول شريح «ما أفضى إلا بشاهد آخر معه»، ضروره عدم كون خصوص المقام مما يكتفى فيه بالشاهد و اليمين من الوالى.

ص: ٤٤٧

-
- ١- ١) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٥. الباب: ١٤ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.
 - ٢- ٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٥. الباب: ١٤ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

وقد يستشكل فى هذا الحمل بأن أخبار «الدين» تحكى حكم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشاهد واليمين فى الدين، وهذا لا مفهوم له بل هو نظير: أكرم العالم الفقيه، إذ لا يفهم منه عدم وجوب إكرام العالم النحوى مثلاً.

بل دعوى اختصاص «الدين» بالمال ممنوعه، فقد ورد التعبير فى الروايات عن الحج ب «الدين» (١).

وفى الجواهر: ان حمل المطلق على المقيد انما يصح بعد فرض التقييد و عدم قوه المطلق من حيث كونه مطلقاً و هما معا ممنوعان، لإمكان عدم اراده التقييد فى النصوص السابقه، ضروره أن القضاء بهما فى الدين أو جوازه لا يقتضى عدم القضاء و لا عدم جوازه بغيره.

فالحاصل أنه لا مانع من حمل أخبار الدين على نقل الامام عليه السلام حكم رسول الله و أمير المؤمنين صلى الله عليهما و آلهما بنحو القضايا الشخصيه-نظير قوله عليه السلام: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الكوفه بكذا-ثم يقول بنحو الحكم الكلى: «لو كان الأمر إلينا أجزنا. فى حقوق الناس»، و ربما يشهد بما ذكرنا أنه جاء فى خبر القاسم بن سليمان المشتمل على لفظ «فى الدين وحده» :

«وقضى رسول الله.» و لم يقل: «كان رسول الله يقضى.» .

ص: ٤٤٨

١ - ١) راجع وسائل الشيعه ج: ٩، كتاب الحج، الباب ٢٥ من أبواب وجوب الحج و شرائطه، الأحاديث: ٤، ٥، الباب ٢٨، الحديث: ٩.

هذا كله بعد الإغضاء عن قصور السند في بعض الاخبار التي أخذت مقيدة للإطلاقات (١)).

و بعد، فان مقتضى الإطلاقات هو عدم التخصيص بالدين و الحكم بالشاهد و اليمين في غيره من الحقوق الماليه، و هل يجوز التعديه عنها الى مطلق حق الناس؟ ان مقتضى الإطلاقات هو ذلك، لكن المشهور على خلافه، و لعل وجه تقييدهم بالحقوق الماليه ما روى مرسلا عن ابن عباس: «ان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: استشرت جبرئيل في القضاء باليمين مع الشاهد فأشار على بذلك في الأموال و قال: لا تعدو ذلك» لكنه- كما في الجواهر- ليس هو من طرقنا و لا معروف النقل في كتب فروعنا. فالأولى ما ذكره قدس سره من احتمال فهم الأصحاب «المال» من نصوص «الدين» لا خصوص المعنى المصطلح، فالمراد من «الدين وحده» هو «المال وحده» فتخرج الحقوق التي ليست بمال، و أما «حقوق الناس» في صحيحه محمد بن مسلم فينصرف الى الحقوق الماليه فلا إطلاق له. و كيف كان فلا ريب في ثبوت الحق بشاهد و يمين إذا كان مورد النزاع عينا.

ص: ٤٤٩

كما لا ريب في كفايه اليمين مع المرأتين القائمتين مقام الرجل الواحد في الشهاده للنصوص الداله على ذلك، و منها:

(١) عن منصور بن حازم: «ان أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام قال: إذا شهد لطالب الحق امرأتان و يمينه فهو جائز» (١) أي: فهو نافذ.

(٢) عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «ان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أجاز شهاده النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله أن حقه لحق» (٢).

ثم انه-بعد أن استقر رأى المشهور على الثبوت في الحقوق المالىة-لم يفرقوا بين أن يكون المدعى بنفسه مالا و بين أن يكون من الحقوق التي تترتب عليها آثار مالىة و لذا ذكر المحقق «قده» أمثله من القسمين ثم ذكر الضابط في المسألة قال:

«و يثبت الحكم بذلك في الأموال كالدين» فإنه حق مالى صرف «و القرض» فإنه لما يقول له: قد أقرضتك كذا يدعى حقا ماليا له على ذمته «و الغصب» كذلك، فإنه و ان كان مغايرا للمال مفهوما، لكنه لما يدعى عليه غصب شيء له فإنه يستلزم كون ذلك الشيء

ص: ٤٥٠

١-١) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٧. الباب: ١٥ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى، و هي صحيحه.

٢-٢) وسائل الشيعه: ١٨-١٩٨. الباب: ١٥ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى، و هي صحيحه.

ملكاً له «و فى المعاوضات» يثبت الحكم أيضاً، فإن المقصود فيها هو المال «كالباع و الصرف و الصلح و الإجاره و القراض و الوصيه له» فى مال عينا أو دينا «و الجنايه الموجه للديه كالخطأ» فمن ادعى جنايه فقد ادعى موضوع الديه، فهى حق يقصد بها المال، أما لو كانت جنايه موجهه للقصاص فلا، لان القصاص حق و ليس مالا «و عمد الخطأ، و قتل الوالد ولده و الحر بالعبد» إذ تثبت الديه دون القصاص فإنه لا يقتل الوالد بالولد و الحر بالعبد، «و كسر العظام» حيث يتعذر القصاص و تجب الديه فتكون الدعوى ماليه «و الجائفه» و هى الجنايه التى تصل الجوف «و المأمومه» و هى التى تصل أم الدماغ.

قال «قده»: «و ضابطه ما كان مالا أو المقصود منه مالا» أى:

بخلاف القصاص و نحوه.

لكن قد وقع الكلام بينهم من جهه أخرى، و هى أنه هل يلزم أن يكون المقصود بالذات المال أو يكفى ترتب الأثر المالى مطلقاً و ان لم يكن هو المقصود بالذات؟ و لذا اختلفوا فى بعض المصاديق كالنكاح، فقد قال المحقق:

«و فى ثبوت النكاح تردد» .

أى: لتردد المقصود بالنكاح بين كونه مالا و غير مال، فان قلنا بالثبوت حتى فى صورته كون ترتب المال من اللوازم البعيده ثبت النكاح بالشاهد و اليمين، لانه المهر و النفقه-ان كانت الدعوى من الزوجه-وارث الزوج مال الزوجه بعد موتها-ان كانت الدعوى من الزوج-من الآثار المترتبه على النكاح و ان كان المقصود منه بالذات

ص: ٤٥١

هو التناسل و اقامه السنه و كف النفس عن الحرام، و النفقه و المهر تابعان (١)).

قال «قده»: «أما الخلع و الطلاق و الرجعه و العتق و التدبير و الكتابه و النسب و الوكاله و الوصيه اليه و عيوب النساء فلا» .

أقول: لكن الخلع إذا ادعاه الزوج يثبت بالشاهد و اليمين لدخوله في الضابط الذي ذكره من جهة أنه مشروط ببذل الزوجه مالا الى الزوج ليطلقها به، فحيث يدعى الرجل ذلك فإنه يدعى حقا ماليا.

ص: ٤٥٢

قال: «و في الوقف إشكال منشؤه النظر الى من ينتقل، و الأشبه القبول لانتقاله الى الموقوف عليهم» .

أقول: هذا في الوقف الخاص، و أما العام فلا تتضمن دعواه المال، لان الموقوف بالوقف العام لا مالك له بل يكون كعتق العبد لله، و لو قلنا بالانتقال فيه الى الموقوف عليهم فإنه يتعذر حلف جميعهم و لا فائده في يمين بعضهم.

أقول: و صفوه الكلام في هذا المقام هو: أن الأصل الاولي هو عدم ثبوت شىء إلا مع العلم، ثم ان قوله صلى الله عليه و آله و سلم «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» أصبح أصلاً ثانوياً، فتقبل كل دعوى أقام المدعى فيها البينه على دعواه و يحكم له بثبوت حقه، ثم نزل جبرئيل عليه «ص» بالشاهد و اليمين فيجوز أن يكون حاكماً على الحديث السابق، و أن يكون مقيداً له فيكون الحصر فيه إضافياً- ثم قيد إطلاق قبول الشاهد و اليمين بحقوق الناس، فلا يقبل ذلك في حقوق الله تعالى، ثم وقع الخلاف بينهم في المراد من «حقوق الناس» و قد تقدم عدم جواز التعويل على ما روى عن ابن عباس -فان تم ما ذكرنا من انصراف «حق الناس» الى «الحق المالى» فهو، و الا فهى شبهة مفهومية مردده بين الأقل و الأكثر، و الأقل هو المتيقن، و المرجع فيما زاد عنه هو «انما أفضى بينكم». فيقبل الشاهد و اليمين فى كل ما كان مالا من حقوق الناس.

و «الحق المالى» أيضا مردد بين ما هو حق مالى بالذات و ما

هو حق مالى مطلقا-سواء كان مالا بالذات أو بالتبع-و هنا أيضا يؤخذ بالقدر المتيقن-و هو الحق المالى بالمقصود بالذات-و ان لم يكن عنوان الدعوى مالا مثل البيع، و لذا قال فى الجواهر:

«و من الغريب اتفاقهم على خروج الوكاله عن المال و ان كانت بجعل و كذا الوصيه و اختلافهم فى العتق» .

و أما فى موارد الشبهه المصداقيه، فلا يؤخذ فيها بعموم العام بل المرجع هو الأصل. نعم للمتداعيين العمل بالاحتياط فى صورته الشك.

حكم ما لو كان المدعى جماعه و الشاهد واحد

قال المحقق: «و لا تثبت دعوى الجماعه مع الشاهد الا مع حلف كل واحد منهم» .

أقول: هذا لا اشكال فيه، لان الدعوى حينئذ تنحل إلى دعاوى متعدده و ان كانت شهاده الشاهد الواحد كافيه لجميعها، فان حلف جميع أفراد الجماعه تثبت الدعوى «و لو امتنع البعض ثبت نصيب من حلف دون الممتنع» لان مقتضى الأدله السابقه ثبوت الدعوى المالى بالشاهد و يمين المدعى، فمن حلف مع الشهاده ثبت حقه و كان له استيفاء سهمه سواء كانت الدعوى فى حق الإرث أو حق الشركه، و من امتنع من الحلف فلا يثبت له شىء، و هنا فروع:

«الأول»: هل نكول الممتنع عن الحلف هنا يكون كنكول المدعى عن اليمين المردوده فى سقوط الدعوى فلا يترتب على

امكان ارائه محتوا وجود ندارد

ص:

أقول: انما لا تسمع دعوى المدعى عليه الإبراء مثلا فيما لو قال المدعى: هذا المال لى الإن و شهد الشاهد على ذلك، كما أنه لو شهد الشاهد على المدعى عليه بأن فلانا مات و له عليك كذا، فإنه حينئذ لا تسمع دعواه الإبراء و لا يتوقف مطالبه الوارث بالحق منه على عدم بينته. و لعل هذا الذى ذكرناه هو وجه نظر صاحب الجواهر فيما ذكره كاشف اللثام.

«الرابع»: لو ورث الناكل الحالف أخذ سهمه و ان لم يدفع اليه سهمه لامتناعه عن اليمين، إذ لا ملازمه بين الأمرين، نعم لا ريب فى عدم انتقال سهم الحالف الى الناكل فى صورته تكذيبه الدعوى.

«الخامس»: لو أقر المدعى عليه كون المال لزيد الميت بعد شهادته الشاهد و يمينه أو مطلقا، ثم جاء فقال الوارث بأن مورثك قد نقل المال الى، فعلى الوارث أن يحلف على أن المال له الآن، و وجه وجوب الحلف عليه للمره الثانيه هو أن ما يدعيه الآن دعوى جديده فيتوقف ثبوتها على يمين أخرى، فإن حلف ثبت الحق - الا - إذا أثبت المدعى عليه الانتقال - و هل يلزم إعاده الشهاده كذلك؟ قال العلامة: الأقوى نعم.

أقول: ان كانت هذه دعوى جديده بمعنى أن الوارث يدعى أن هذا المال الثابت للمورث لم ينتقل الى المدعى عليه، فلا بد من اقامه الشهاده أيضا، لأن الشهاده السابقه قد أثبتت الملك للمورث فلا تنفع لدعوى عدم الانتقال الى المدعى عليه، و ان لم تكن دعوى

جديده فلا وجه لاشتراط تجديد اليمين، ففيما ذكره العلامة و غيره هنا تأمل.

عدم جواز الحلف من غير علم:

قال المحقق: «و لا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقينا» .

أقول: لا يجوز الحلف من غير علم مطلقا و لا سيما فى مورد المرافعه، و يدل على ذلك النصوص الصريحه مثل:

١- ما عن هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لا يحلف الرجل الا على علمه» (١).

٢- و عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لا يستحلف الرجل الا على علمه» (٢).

٣- و عن يونس عن بعض أصحابه عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لا يستحلف الرجل الا على علمه و لا تقع اليمين الا على العلم استحلف أو لم يستحلف» (٣).

قال فى الجواهر بعد عبارته المتن: «و ان كان هو مقتضى الأصول العقليه» قلت: لعل مراده ما فى القواعد و غيره من أن من شرط اليمين الجزم و الجزم لا يتحقق الا مع العلم.

هذا، و قد تقدم الكلام على أنه هل تجوز اليمين بمقتضى اليد

ص: ٤٥٧

١- ١) و سائل الشيعه: ١٦-١٥٠. الباب: ٢٢ كتاب الايمان.

٢- ٢) و سائل الشيعه: ١٦-١٥٠. الباب: ٢٢ كتاب الايمان.

٣- ٣) و سائل الشيعه: ١٦-١٥٠. الباب: ٢٢ كتاب الايمان.

كما تجوز الشهاده أو لا؟ و قد قلنا بجوازها فى كل مورد تجوز الشهاده فيه، سواء كانت استنادا الى اليد أو غيرها من الامارات الشرعيه، بل قيل بجواز الحلف بمقتضى الاستصحاب على اشكال فيه.

و هل يحلف على أنه ماله واقعا أو أنه له بحسب الحكم الظاهرى؟ ان حلف على أن ما بيده ملك له واقعا استنادا الى اليد فان لازم ذلك تجويز الكذب فى هذا المورد، و أن أريد الملكيه الظاهريه لزم التخصيص فى الأصل العقلى و النصوص الوارده فى المسأله لعدم الجزم المعبر فى اليمين مع أن حكم العقل لا يقبل التخصيص.

أقول: انا نقول بالتخطئه فى الأحكام الواقعيه و الظاهريه معا، و الحكم الظاهرى يمكن تعلق العلم به مع الشك فى الحكم الواقعى، و حينئذ يجوز الحلف بحسب العلم بالحكم الظاهرى، فمرادهم من «لا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقينا» هو عدم جواز يمين الوارث مثلا استنادا الى كتابه من خط مورثه، أو شهاده شاهد واحد بأن المال الكذائى للمورث.

قال فى الجواهر: أما لو شهد له به شاهدان فقد يقال بالجواز لأنها حجه شرعيه، بل قد يحتمل جواز الحلف على مقتضى استصحاب الموضوع الثابت، لكنه لا يخلو من اشكال بل منع فيهما لعدم العلم المعبر فى الحلف.

و فيه-أولا: ان الفرق بين اليد و البينه غير واضح، و ثانيا:

قد تقدم أن اليمين على اليد هو الحلف بالحكم الظاهرى، و على

هذا فلا فرق بين اليد والاستصحاب.

و الملكيه الظاهريه هي المراد من روايه حفص بن غياث (١). .

لا تثبت اليمين مالا لغير الحالف:

قال المحقق: «و لا يثبت مالا لغيره» .

أقول: قال في الجواهر: و ان تعلق له به حق، بلا خلاف بل قد يظهر من المسالك و غيرها الإجماع عليه.

و يدل على ذلك مع ما ذكر ظواهر أدله القضاء كقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» ، فإنه ظاهر في كون البينات و الايمان هي ميزان القضاء بين المتخاصمين أنفسهما، و هو منصرف عما لو ادعى مالا لغيره.

قال في الجواهر: لكن في كشف اللثام: الـ الولى لمال المولى عليه، فان الحالف اما المنكر و اما المدعى له، أما الولى فقوله بمنزله قول المولى عليه. قال: و لم أجده لغيره بل إطلاقهم يقتضى خلافه.

قلت: لكن لم نجد هذا الكلام في كشف اللثام، بل قد صرح بأن القيم لا يجوز له الحلف، نعم فيه جواز حلف المولى لمال العبد.

قال المحقق: «فلو ادعى غريم الميت مالا له على آخر مع شاهد فان حلف الوارث ثبت و ان امتنع لم يحلف الغريم» .

أقول: و على ما ذكرنا فلو مات المدين و لا تركه له، و قد عرف الدائن مدينا للميت و له على حقه من الميت شاهد واحد فهل

ص: ٤٥٩

له أن يحلف عند المدين الثاني مع شهادته الشاهد حتى يستوفى حقه منه؟ قالوا: يثبت حقه ان حلف الوارث و أما يمينه هو فلا أثر لها لأنها في مال الميت و ان تعلق له به حق، و ترتب هذا الأثر على يمين الوارث مبنى على أن الوارث يملك كل ما كان لمورثه، و لو كان الدين مستوعبا لم يجز له التصرف في شيء من المال، فإنه بناء على هذا يكون يمين الوارث في ماله لا في مال الغير.

و تعرض في الجواهر إلى مسأله الوصيه من جهه أنها تتفرع على ما ذكر من ترتب الأثر على يمين الوارث دون الغريم، فلو أوصى الميت بصرف كذا من المال في مورد معين و لم يترك مالا يفي لتنفيذ الوصيه، لكن ادعى الوارث بأن والده مثلا يطلب من فلان كذا من المال، فقيل: الوصيه بحكم الدين في ترتب الأثر على يمين الوارث فقط، و في الجواهر: ان كانت الوصيه كليه غير متعلقه بالمال فهي كالدين، و ان كانت متعلقه بالمال-و لو بعنوان الكلى في المعين كالعشره دنانير من المال، أو الحصه المشاعه- فالحكم يبنى على القول بانتقال ما للميت الى الوارث بالموت و عدمه.

أقول: الوصيه (تاره) تتعلق بالفعل-و ان كان مشتملا على المال-فهنا صورتان:

«فالأولى»: أن يكون مراد الموصى صرف كذا من ماله قبل انتقاله الى الوارث. فبناء على أن الملكيه أمر اعتبارى يكون المال للميت و على الوصى صرف المال الذى أوصى به فى المورد الذى

عينه، و في هذه الصورة لا يحلف الوصى و لا الوارث و لا الموصى له، لان المفروض كون المال للميت و حلف كل واحد من هؤلاء يكون في مال الغير فلا أثر له.

و كذا الأمر بناء على القول ببقاء المال في حكم مال الميت.

و «الصورة الثانية»: أن تكون الوصيه بنحو ترتب نفوذها على انتقال المال الى الوارث، أى يكون تملك الوارث له مقدما في الرتبة على تملك الموصى له، ففي هذه الصورة يحلف الوارث أو الوصى.

و بناء على كون المال الموصى به في حكم الدين -بمعنى جعل المورث على ذمه الوارث كذا من المال بأن ينتقل اليه بحكم الإرث ثم تكون ذمته مشغوله بصرف ما عينه المورث في كذا بحكم الوصيه - فلا إشكال في أنه يحلف حينئذ.

و أما لو كانت الوصيه مضافه الى المال بنحو الحصة المشاعه فلا يحلف.

(و أخرى) تكون الوصيه بنحو النتيجة، كأن يوصى بأن كذا من المال لزيد بعد وفاتي، فإن قبل الموصى له الوصيه فلا أثر لحلف الوارث بل المؤثر يمين الموصى له لاین المال ملكه، سواء كان بنحو المشاع أو المفروز أو الكلى فى المعين، و سواء قلنا بأن المال يكون بعد الموت فى حكم مال الميت ثم ينتقل الى الموصى له بحكم الوصيه، أو قلنا بانتقاله الى الوارث بالإرث ثم الى الموصى له، أو قلنا بانتقاله الى الموصى له رأسا. و ان لم يقبل الموصى له

الوصيه فهنا تأتي الأقوال، و على كل حال فليس له أن يحلف، و أما الوارث فيحلف بناء على انتقال المال إليه بالإرث ثم انتقاله الى الموصى له بعد القبول.

و كذلك الكلام في المال الذى تعلق به الخمس أو الزكاه ثم خرج المال من تحت يد صاحبه الى الغير، فعلى القول بتعلق الخمس مثلاً- بذمه الميت فلا يحلف مستحقه. فان قلنا بانتقال المال الى الوارث حلف الوارث، و ان قلنا ببقائه على ملك الميت أو فى حكم ماله فلا يحلف.

هذا، و حيث لا- يحلف الغريم فهل له إحلاف المدعى عليه؟ قال فى الجواهر: نعم، لان الدليل على عدم حلفه هو الإجماع و انصراف الأدله، و أما الإحلاف فلا دليل على المنع منه، فان حلف المدعى عليه برأت ذمته و ان نكل ثبت الحق بمجرد ان لم يمكن الرد.

و أما الوارث الذى له أن يحلف فهل يجبر عليه لو امتنع منه؟ قال فى الجواهر: لا، لعدم الدليل، نعم لو كان المورث يمكنه أداء الدين فقصر عنه و أراد الوارث تخليص ذمته كان له ذلك و لكنه ليس بواجب.

و على القول ببقاء المال فى ملك الميت أو فى حكم ملكه قلنا بأنه ليس للوارث أن يحلف، و هنا قال فى الجواهر: اللهم الا أن يقال انه قد ورث حق الدعوى به و ان صار بعد الثبوت على حكم مال الميت و لا تعلق للوارث به. و لكنه كما ترى، و لم أجد ذلك محرراً فى كلام الأصحاب.

قلت: و ما أشار إليه من التأمل فى هذا الاحتمال هو الظاهر، لان حق الدعوى فى المال يتبع ملكيه نفس المال، لأنه أثر كسائر الآثار المترتبه على تملكه فلا يثبت هذا الحق بالنسبه الى مال الغير إلا فى صورته الوكاله عنه.

و لو أحلف الغريم المدين فحلف سقطت دعوى الغريم تجاهه، و لكن حق الوارث باق، فله أن يحلفه فان حلف و ثبت الحق و استوفاه الوارث فهل للغريم مراجعه الوارث؟ الظاهر: نعم لان سقوط الحق من جهه لا ينافى عدم سقوطه من جهه أخرى.

قال المحقق: «و كذا لو ادعى رهنا و أقام شاهدا أنه للراهن لم يحلف لان يمينه لإثبات مال الغير» .

أقول: هذا واضح و لا اشكال فيه، نعم لو ادعى رهانه المال و أراد إثباتها من غير تعرض لمالك المال ثبتت بالشاهد و اليمين و ان كان المال ملكا للغير، إذ المفروض إرادته إثبات رهانه لا الملك.

حكم ما لو ادعى جماعه مالا لمورثهم:

قال: «و لو ادعى الجماعه مالا لمورثهم و حلفوا مع شاهدهم ثبتت الدعوى و قسم بينهم على الفريضة.» .

أقول: ان حلف الجماعه كلهم أخذوا المال المدعى و قسموه بينهم حسب الفريضة سواء كان المال عينا أو دينا.

«و لو كان وصيه قسموه بالسويه الا أن يثبت التفضيل» من الموصى.

و انما يحلف جميعهم لان هذه الدعوى تنحل إلى دعاوى متعدده.

«و لو امتنعوا لم يحكم لهم» و هذا واضح و لا اشكال فيه.

و لو حلف بعضهم دون بعض ففيه بحث، قال المحقق:

«و لو حلف بعض أخذ و لم يكن للممتنع معه شركة» .

يعنى سواء كان المدعى به فى الأصل ديناً أو عيناً، و قيل: يكون له معه شركة مطلقاً، و قيل: بالتفصيل بين الدين فلا يشاركه و بين العين فله معه شركة.

أقول: ان حلف الحالف ليس نظير البينه فى الحجية و إثبات الدعوى حتى يحكم الحاكم للحالف، و ليس امتناعه عن اليمين مثل نكول المدعى عن اليمين المردوده فى سقوط الدعوى، فلو غصب غاصب عيناً مشتركه بين أخوين فقال لأحدهما: انى أريد غصب سهم أخيك دون سهمك فدفع اليه نصف العين كان الاخوان شريكين فى النصف، لكون الحق مشاعاً و لا حق للغاصب فى افراز السهم إجماعاً. هذا فى العين الخارجيه، فلو وقع الترافع بين الأخوين معا و الغاصب الى الحاكم، فحلف أحدهما دون الآخر فقيل باشتراكهما فى النصف الذى يأخذه الحالف كالنصف الباقي بيد الغاصب، لان نكول الممتنع لا يسقط حقه و يمين أحدهما لا يوجب فرز حقه عن حق الآخر فالشركة باقيه، و قيل: بعدم الشركة مطلقاً-أى سواء فى العين أو الدين-لحكم الحاكم بكون ما يأخذه الحالف ملكاً له فلا يشاركه أخوه الممتنع من الحلف-و قيل:

بالتفصيل بين العين و الدين، فلا شركة فى الدين لانه بالقبض يفرز

سهم كل واحد عن سهم الآخر فيكون ما قبضه الحالف ملكا له.

و لو أقرض رجلان مالا مشتركا بينهما رجلا، كان له تبديل الكلى فى ذمته بمال معين فى الخارج فيكون مشتركا بين الدائنين، و لكن ليس له دفع نصف الدين إلى أحدهما، لأن حق أحدهما لا يتعين دون الآخر و ان أذن، بل يكونان شريكين فى ذلك النصف، فان وقع النزاع بينهم و ترفعوا الى الحاكم فحلف أحد الشريكين و امتنع الآخر ثبت نصف الدين الكلى بحكم الحاكم لكن ليس للمدين تعيين النصف الا مع اذن الآخر، لأن الحق المشاع لا يفرز فى الخارج و لا يتعين الا برضا الشريكين.

ثم انه أشكل فى المسالك على المحقق فى شرح عبارته المذكوره: «و قد يشكل الفرق بين هذا و بين ما لو ادعى على آخر مالا و ذكر سببا موجبا للشركه كالإرث فإنه إذا أقر لأحدهما شاركه الآخر فيما وصل اليه.

فخص بعضهم هذا بالدين و ذاك بالعين، لان أعيان الشركه مشتركه بين الورثه و المصدق معترف بأنه من الشركه بخلاف الدين فإنه انما يتعين بالتعيين و القبض، فالذى أخذه الحالف تعيين لنفسه بالقبض فلم يشاركه الآخر فيه.» .

و لم يفرق فى الجواهر بين العين و الدين حيث قال: «و التحقيق عدم الفرق بين الدين و العين بعد تحقق سبب الشركه فيهما، إذ الدين عين أيضا الا- أنها كليه.» أى: كما لا يفرز الحق فى الشىء المشترك فى الخارج الا مع رضا الشريك فان ما فى الذمه كذلك،

ص: ٤٦٥

فيكون الخارج مصداقا لما في الذمه و مشتركا، و لو أوجد في الخارج باذن الشريك مصداق نصف ما في الذمه كان مشتركا بينهما، فلو لم يأذن الشريك في جعل المصداق لم يكن للمدين ذلك.

لا يقال: إذا كان كذلك لزم ثبوت ما للغير بيمين غيره.

لأننا نقول: ان المدين بعد الشهاده و الحلف يدفع نصف الحالف اليه، لكن الحالف الأخذ للنصف يعلم و يقر بمشاركه أخيه له في ذلك بحكم الإرث.

هذا و قال المحقق «قده» في كتاب الشركه: «إذا باع الشريكان سلعه صفقه ثم استوفى أحدهما منه شيئا شاركه الآخر فيه» .

و في الإقرار: «لو أقر بعين أو دين و دفع مقدارا تشارك الشريكان في ذلك المقدار» .

هل للممتنع عن اليمين شركه مع الحالف؟

و هنا قال: «و لو حلف بعض أخذ و لم يكن للممتنع معه شركه» .

و من هنا يظهر أن رأى المحقق يختلف، ففي صورته التنازع يفتى بعدم الشركه و في صورته عدمه يقول بالشركه، و يدل على ما ذكره في كتاب الشركه روايات:

(١) عن أبي حمزه قال: «سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما و منه غائب عنهما، فاقتهما الذي بأيديهما و أحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب فاقترض أحدهما و لم يقتض

آخر. قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله» (١).

٢) عن غياث عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام مثله الا أنه قال: «ما اقتضى أحدهما فهو بينهما و ما يذهب بينهما» (٢).

٣) عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجلين بينهما مال منه دين و منه عين، فاقسما العين و الدين فتوى (١) الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه و خرج الذي للآخر أ يرد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله» (٣).

و قال فى الجواهر فى شرح العبارة: «لكن هذه النصوص بل و المتن و ما شابهه مشتمله على الجزم بالشركة، و ما ذاك الا لحصول الاذن من الشريك بالقبض و لو زعم القسمة الفاسده و نحوها، و حينئذ يتجه الجزم بشركة المقبوض، انما الكلام فيما إذا قبض أحد الشريكين حصته لنفسه من دون اذن شريكه، و قد ذكر غير واحد من الأصحاب بل نسب الى المشهور أن للشريك مشاركته الآخر فيما قبض، و له مطالبه الغريم بمقدار حصته، فيكون قدر الحصه فى يد القابض، كقبض الفضول أن أجازته ملكه و تبعه النماء و ان رده ملكه الدافع و يكون مضمونا عليه على التقديرين، و لو تلف قبل اختيار

ص: ٤٦٧

١- ١) و سائل الشيعة: ١٣-١٧٩. الباب: ٦ كتاب الشركة.

٢- ٢) و سائل الشيعة: ١٣-١٧٩. الباب: ٦ كتاب الشركة.

٣- ٣) و سائل الشيعة: ١٣-١٨٠. الباب: ٦ كتاب الشركة.

الشريك كما في المسالك، بل في التذكرة التصريح في تعيين حقه به ولا يضمنه للشريك، وقد أطنب في المسالك في تحقيق ذلك وأنه من الفضولي، وأن ذلك هو المراد من قولهم تخير الشريك بين الرجوع على الغريم وبين الشركة فيما قبضه شريكه.

والجميع كما ترى لا- ينطبق على القواعد الشرعية، وذلك لانه وان اتجهت الشركة مع اجازة القبض لهما بناء على تأثير مثل هذه الاجازة في مثله، وان كان فيه إشكال أو منع من وجوه بل لم نجد في المقام لغير ثاني الشهيدين، لكن اختصاص القبض وملكه مع عدمها لا وجه له، بل المتجه حينئذ بقاؤه على ملك الدافع، وذلك لان القبض ليس له الا نصف المال المشاع بينه وبين شريكه، ومع فرض عدم اجازة الشريك لم يكن المال المقبوض مال الشركة، ونيه الدافع أنه مقدار حصه القبض لا تنفع في ذلك وان وافقتها نيه القبض، بل لو رضى الشريك بكون ذلك حصه القبض، وما في ذمه الغريم حصه له لم يجد لعدم صحه مثل هذه القسمة.

و دعوى جوازها لكنها مراعاة قبضه فان حصل تمت و الا- رجع على القبض، و شاركة فيما قبضه تهجس بلا دليل، بل هو مخالف للمعروف من عدم صحه قسمة الدين، و للمعلوم من أنه مع عدم اجازة القبض على وجه يكون به المقبوض مالا للشركة لا- يكون كذلك، فكيف يعود اليه بعد عدم القبض، و حينئذ فان لم يكن ثمه إجماع أشكال الحكم بملك القبض جميع ما قبضه بعد عدم الاجازة بل ولا بعضه، اللهم الا أن يقال انه برضا الشريك يكون

المقبوض حصه للقابض بتمحض المقبوض مالا للشركه، بل هو فى الحقيقه إجازة لذلك» .

اذن قد فرق المحقق و جماعه بين مورد الدعوى و غيره، و لذا أشكل فى المسالك الفرق ثم نقل عن بعضهم التفصيل بين الدين و العين، و قد أشكل فى الجواهر على هذا الفرق.

و عن جماعه التفريق بين الإقرار و بين المقام، و أشكله فى المسالك بأن سبب الملك فى المقام ليس هو اليمين بل الأمر السابق من إرث أو وصيه. و يكون أثر اليمين من بعض الجماعه رفع المانع من تصرفهم فى المال برجوعه إليهم.

هذا و فى الجواهر: «نعم لو أراد الاستقلال بذلك صالحه عن حصته المشاعه بعين أو حول عليها على إشاعتها أو نحو ذلك مما ذكرناه فى وجه اختصاص بعض الشركاء عن بعض حتى فى العين» .

و الظاهر أن مراده من «أو حول عليها» أن يحول شريكه على شخص آخر فيتقاضى منه ما يقابل حقه فى هذا المال فيختص به عن شريكه و لا يطالبه شريكه بحقه فيه.

قال: نعم قد يتجه اختصاص الشريك فى الدين و العين بما يقبضه منهما إذا لم يعلم بقاء سبب الشركه لاحتمال الإبراء من شريكه أو نقله بحصته على الإشاعه أو نحو ذلك، و العلم السابق بحصول الشركه لا يقتضى التشريك فيما يدفعه المديون أو من فى يده العين منها.

أقول: يمكن أن يقال بأن الشك في بقاء الشركه مسبب عن الشك في نقل الشريك حصته مثلا، و جريان الأصل في السبب لا يثبت بقاء الشركه في المال الا على القول بالأصل المثبت، و هذا هو مراد صاحب الجواهر، و لكن لا مانع من إجراء أصاله عدم الشركه في هذه العين فلا يشاركه أخوه فيها، فالاستصحاب في العين تام و في الدين مشكل لشبهه الإثبات.

قال: «مع عدم ثبوت الشركه بظاهر الشرع» .

أقول: انه إذا حلف أحد الشريكين يقول الحاكم للمديون ادفع اليه حقه، فان علم الأخذ ببقاء حق شريكه و جب عليه إعطاؤه حقه، و ان كان شاكا فكذا لك للأصل، فقول له أراد بعدم ثبوت الشركه بظاهر الشرع عدم ثبوتها في العين فهو غير تام.

قال: بل ربما ثبت عدمها بظاهر الشرع كما لو رضى بيمينه أو نكل عن يمين ردت عليه أو نحو ذلك.

أقول: يعنى إذا وقع النزاع في الإبراء فادعاه المديون و أنكره هو فرضى بيمين المديون، فإذا حلف سقط حقه، و كذا لو رد المديون اليمين عليه فنكل عنها، فإنه يثبت بذلك عدم الشركه بظاهر الشرع.

هذا و يختص المال بالحالف مع غيبه الشريك و ان جاء و حلف، فلا يشارك أخاه فيما أخذ بل يثبت بحلفه حقه على المديون، و لو كان ثمة شركه له فيما أخذه لترتب عليها آثارها كالشركه في النماء الحاصل بيد الشريك و ضمانه فيما لو تلف المال بيده.

حكم ما لو كان في المدعين صغير

قال المحقق: «و لو كان في الجملة مولى عليه يوقف نصيبه فان كمل و رشد حلف و استحق و ان امتنع لم يحكم له» .

أقول: لقد تقدم أنه لا- يحلف أحد في مال غيره، و عليه فلا يحلف ولي الصغير مثلاً في مال الصغير، بل يصبر حتى يكبر فان حلف مع شهادته الشاهد ثبت حقه و ان امتنع فلا.

و هل يجوز توقيف مال المديون أو تكفيله حتى يكبر الصغير؟ قيل: نعم ان كان المال عيناً، و الأظهر هو العدم مطلقاً لعدم ثبوت الحق بعد.

قال: «و ان مات قبل ذلك كان لوارثه الحلف و استيفاء نصيبه» .

أقول: و ان مات الصغير قبل الكبر طالب الوارث بسهمه فان حلف استوفى نصيبه، و هل يحتاج إلى إعادة الشهاده؟ الأقوى:

العدم مطلقاً، خلافاً لمن فصل بين ما إذا كان العنوان الإرث فلا حاجه و ما إذا كان العنوان الوصيه فيلزم.

هذا كله فيما إذا أريد إثبات الحق بالشاهد و اليمين، و لو أن بعض الجماعة أقام البيئه على دعواه و حكم الحاكم بثبوت الدعوى فإنه يثبت كون المال الموجود بيد المدعى عليه للميت-ان لم يدع الإبراء أو نحوه-و بذلك يثبت حق جميع الورثه، و لو تمكن من أخذ بعض المال اشتركوا معه فيه كذلك، فلا- تكون البيئه حجه لمن أقامها فقط، لكونها طريقاً الى الواقع و كاشفه عنه و لازمها

اشتراك جميع الورثة فى المال حتى الغائب و المجنون و لازم البينه حجه.

و أما فى الدين فان تطبيق المديون المال على عين خارجيه موقوف على اذن جميع الورثه، و أما المجنون و الغائب فيأذن الحاكم عنهما من باب الولاية، و بناء على هذه الولاية فللحاكم أن يرافع من قبل الصغير الذى يكون تحت ولايته بأن يقيم البينه على حقه مثلاً، و أما بناء على عدم هذه الولاية فإنه يصبر حتى يكبر الصغير و يطالب بحقه بنفسه.

ص: ٤٧٢

(حكم ما لو قال: هذه الجارية مملوكتي و أم ولدي)

قال المحقق «قده»: «لو قال: هذه الجارية مملوكتي و أم ولدي حلف مع شاهده و ثبت رقيتها، دون الولد لانه ليس مالا و يثبت لها حكم أم الولد بإقراره» .

أقول: لو كانت جارية في يد شخص فادعى أحد أنها له و هي أم ولده فدعواه تشتمل على جهات «الأولى» كون الجارية مملوكته و «الثانية»: أنها أم ولد، و «الثالثة»: لحق الولد به، و «الرابعة»: :

حريه الولد.

فإن أقام شاهدا على دعواه و حلف مع شاهده ثبت بذلك جهتان «إحداهما»: كون الجارية مملوكته، لان الجارية مال و قد تقدم ثبوت الحق المالي بالشاهد و اليمين، و «الثانية»: كونها أم الولد لانه قد أقر بذلك، و حينئذ يثبت لها حكم أم الولد من عدم جواز

ص: ٤٧٣

بيعها و عدم انتقالها إلى الورثه بموته و غير ذلك من الاحكام.

و أما «الجهه الثالثه» فلا تثبت بالشاهد و اليمين لان الولد ليس مالا.

و أما «الجهه الرابعه» و هى حريه الولد-فلا تثبت بالشاهد و اليمين كذلك لأنها ليست بمال، الا أن يقال بأن مورد تأثير الشاهد و اليمين هو الأعم من صورته إثبات المالىه و صورته نفى المالىه لإطلاق الأدله، و فيما نحن فيه حيث ينكر من بيده الولد حريته فهو على هذا التقدير مال، و الذى يدعى حريته ينفى مالىته، فإذا كانت أدله الشاهد و اليمين مطلقه أثرت الشهاده و اليمين من هذه الجهه أيضا و حكم بحريه الولد.

لكن هذا يتوقف على إطلاق الأدله بل الأظهر ان هذه الأدله وارده فى مورد إحقاق المدعى حقه بالشاهد و اليمين، و أما إنكار حق للآخر فهى منصرفه عنه، و مع التنزل عن ذلك فإنه لو شك فى ذلك كان الحكم عدم ثبوت الحريه بالشاهد و اليمين، بل لا بد من اقامه البيئه.

و أما الحكم بالحريه بناء على الملكيه آنا ما ثم الاعتناق ففيه:

ان الملكيه آنا ما تتحقق فى مورد دعوى الولد مالكيه أحد عموديه فإنه إن أقام شاهدا و حلف مع شاهده ثبت و تملك آنا ما ثم اعتق عليه و أما فى هذه المسأله فهو يدعى أن هذا الولد حر منذ وجد فليس له حاله الرقيه سابقا فلا يقاس ما نحن فيه على ذاك المورد.

و قال فى الجواهر: و أما الحريه فبناء على ثبوتها بالشاهد و اليمين

فقد يقال بعدمه هنا باعتبار كونها هنا تابعه للنسب لا واقعه بالذات، و انتفاء المتبوع يستتبع انتفاء التابع. و فيه: ان انتفائه واقعا يقتضى ذلك لا عدم الحكم به فى ظاهر الشرع، و حينئذ يمكن إثباتها بهما كما لو اشتملت الدعوى على أمرين يثبت أحدهما بذلك دون الآخر.

فهى حينئذ كدعوى السرقة، و دعوى أن حرية الولد ليست من حقوق المدعى كى تدرج فى ضابط الشاهد و اليمين يدفعها أنها من حقوقه مع استنادها الى كونه ولدا له.

أقول: و فى جوابه وجوه من النظر، فأولاً: ليست الحرية حقاً من الحقوق بل هى عدم تعلق الحق، و ثانياً: ليست الحرية من الحقوق الماليه لو كانت حقاً، و ثالثاً: سلمنا لكن هذا الحق للحر نفسه، و لا معنى لان يقال بأن حرية الولد من حقوق الأب.

فالحق أن الاشكال المذكور لا يندفع بما ذكره، و يبقى الولد فى يد من بيده الجاربه حتى ترتفع بإقراره مثلاً.

و أما قوله: «بل قد يقال ان الحكم بملكه الجاربه يقتضى الحكم أيضاً بملكه الولد الذى هو من نمائها التابع لها.» ففيه:

ان هذا يصح حالكون الولد قد وجد ملكاً للجاربه فيكون ملكاً لمولاهما بتبعها، لكن المفروض أنه قد وجد حراً كما تقدم، فما ذكره غير تام.

المسأله الثانيه

(حكم ما لو ادعى بعض الورثه أن الميت وقف عليهم داراً)

ص: ٤٧٥

قال المحقق «قده»: «لو ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم دارا و على نسلهم فان حلف المدعون مع شاهدهم قضى لهم» .

أقول: الظاهر عدم الفرق بين كون من يدعى وقفه الدار عليه من الورثة أو غيرهم، فإن الوقفية تثبت بالشاهد و يمين المدعى، و بذلك تخرج الدار عن التركة فلا- يؤدي منها الدين و ان كان مستوعبا و لا- تقسم بين الورثة بحسب الميراث، بل تكون بين الموقوف عليهم بحسب صورته الوقفية فان انقضت هؤلا- فهل يتوقف أخذ البطن الثاني الدار على إقامة الشهاده و الحلف مره أخرى أم لا بل يكفى لذلك حلف البطن الأول و شهاده شاهدهم على دعواهم المذكوره فتنتقل الدار إليهم كالإرث؟ وجهان. و هذا البحث يتوجه فيما إذا كان الوقف المدعى بنحو التشريك بين البطنين لا الترتيب، «فالوجه الأول» هو التوقف على تجديد الحلف و الشهاده، لأن دعوى الوقفية على نفسه و على نسله تنحل فى الواقع الى دعويين: كونه الموقوف عليه ما دام حيا و كون الدار وقفا على نسله من بعده، فيمينه و شهاده شاهده تثبت الدعوى الاولى، و ثبوت الثانيه يتوقف على يمين البطن الثاني و شهاده شاهدهم.

«و الوجه الثانى» كفايه حلف البطن الأول مع شهاده الشاهد لاین البطن الثانى يتلقى الدار من البطن السابق لا من الواقف، و المفروض ثبوت دعوى البطن السابق بكونها وقفا عليه و على نسله.

و بعبارة أخرى: ان كان الواقف يجعل الدار للبطن الأول مشروطا بانتقالها منهم الى البطن الثانى دون سائر الورثة-نظير إيقاف الدار على زيد ما دام حيا و انتقالها بعد موته إلى جهة اقامه المأتم على سيد الشهداء عليه السلام-فلا حاجة الى إثبات البطن الثانى للوقفه، و ان كان للواقف جعلان أحدهما للبطن الأول و الثانى للبطن الثانى بعد انقراض الأول لزم الحلف و اقامه الشهاده على الثانى.

و ظاهر المسالك اختيار الوجه الأول، و قد ذكر وجوها على ذلك «أخذها» التنظير بالإرث، قال: «كما إذا أثبت ملكا بالشاهد و اليمين ثم مات، فان وارثه يأخذه بغير يمين». و أجاب فى الجواهر بأن تملك المورث موضوع فى الدليل الشرعى للانتقال الى الوارث و لكن لا- دليل فى مسأله الوقف على أن ما ثبت لهذا البطن ثابت للبطن اللاحق، نعم ان أقيمت البيهه كانت كاشفه عن ملكيه هذا البطن و نسله.

«و الثانى» قوله: «و لانه قد ثبت كونه وقفا بحجه يثبت بها الوقف فيدوم كما لو ثبت بالشاهدين». أقول: ان أراد من هذا الوجه الأخذ بتنقيح المناط بمعنى أن الموجب لأخذ البطن الأول يوجب أخذ الثانى بالأولويه ففيه: أن ذلك ممنوع إلا إذا ثبتت الوقفيه بالبينه. و ان أراد أن ثبوت الوقفيه يستلزم الدوام، لان الدوام له دخل فى مفهوم الوقف، ففيه: ان الذى ثبت بالشاهد و يمين البطن الأول جواز انتفاعهم من منافع الدار لا وقفيتها، لان الوقف لا يثبت

بالشاهد و اليمين، فيكون نظير جواز الصلاة في الثوب المحكوم بالطهارة استصحابا، فإنه لا يثبت له الطهارة بل ثبت جواز الصلاة فيه.

«و الثالث» قوله: «و لان البطن الثانى و ان كانوا يأخذون عن الواقف فهم خلفاء عن المستحقين أولا فلا يحتاجون الى اليمين.» و فيه: ان هذا ليس بدليل يعتمد عليه.

فتلخص: أن أصل الوقفيه لا يثبت بالشاهد و يمين البطن الأول، فإن وصلت النوبه إلى البطن الثانى و جب عليهم إعاده الشهاده و اليمين و لا ملازمه عقلا أو شرعا بين قول البطن الأول و قول البطن الثانى.

ثم قال فى المسالك: «و ان قلنا بالثانى لم يأخذ إلا باليمين كالبطن الأول، و عليه فلو كان الاستحقاق بعد الورثه كالأولاد مثلا للفقراء و كانوا محصورين كفقراء قريته و محلته فالحكم كأول، و ان لم يكونوا محصورين بطل الوقف لعدم إمكان إثباته باليمين و عادت الدار إرثا» .

و فيه: انه لا- وجه للحكم ببطلان الوقف، نعم لا- يثبت الوقف و هو أمر آخر، اللهم الا- أن يقال بترتب أثر البطلان عليه، و حيث تعود الدار إرثا فهل يشترط فى استحقاق الوارث منها وجوده عند موت المورث أولا؟ فيه بحث.

ثم قال «قده»: «و هل يصرف إليهم بغير يمين؟ و جهان» .

أقول: و هذا عجيب، فإنه لما تعود الدار إرثا لا يبقى مورد لهذا البحث.

قال: «و يحتمل عودها إلى أقرب الناس الى الواقف بناء على أنه وقف تعذر مصرفه كالوقف «المنقطع». أى: انه مع غض النظر عن الاشكال من جهه تعذر حلف جميعهم لفرض عدم الانحصار يكون وقفا متعذر المصرف، فيحتمل عودها إلى أقرب الناس الى الواقف وفيه: انه ان كان المراد من الأقرب إليه هو الأقرب بما هو أقرب لا بما هو وارث فهذا لا يقول به أحد من الأصحاب، و الاولى فى الوقف الذى تعذر مصرفه أن يصرف فى مطلق وجوه البر أو الى الوجه الأقرب الى غرض الواقف.

و لو مات أحد الحالفين و بقى سائرهم صرف نصيبه إليهم، فان لم يبق منهم الا واحد صرف كل الوقف اليه، قال فى المسالك:

«و هل أخذ الآخريين يكون بيمين أو بغير يمين؟ بينى على أن البطن الثانى هل يأخذ بيمين أم لا؟ فان قلنا بعدم افتقاره الى اليمين فهنا أولى و ان قلنا باليمين ففيه هنا وجهان: من انتقال الحق إلى الباقي من غيره فيفتقر الى الحلف. و من كونه قد حلف مره و صار من أهل الوقف فيستحق بحسب شرط الوقف تاره أقل و تاره أكثر» لكن الأقرب—وفاقا للجواهر—عدم التوقف على اليمين. هذا كله بالنسبه إلى حكم ما إذا حلف المدعون أجمع.

قال المحقق «قده»: «و ان امتنعوا حكم بها ميراثا و كان نصيب المدعين وقفا» .

أقول: و ان امتنع جميع المدعين للوقفه عن اليمين اشتركوا مع سائر الورثه فى الدار و قسمت بينهم حسب الفريضه فى الميراث،

لكنهم حيث يعترفون بالوقفية يكون ما وقع إليهم وقفا فلا يتصرفون فيه التصرف الملكى، و مع موت الناكلين تنتقل سهامهم الى وراثتهم و عليهم أن يعاملوا ما ينتقل إليهم معاملة الوقف لإقرار مورثيهم بالوقفية، و لو ادعى هؤلاء على سائر الوراث بأن جميع الدار وقف ففى المسالك: «وجهان مبيان من كون الأولاد تبعاً لابائهم فإذا لم يحلفوا لم يحلفوا، و من أنهم يتلقون الوقف من الواقف فلا تبعيه. و ربما بنى الخلاف على أن الوقف المنقطع الابتداء هل يصح أم لا؟ فان منعناه لم يحلف الأولاد على الجميع لانقطاعه قبل طبقتهم، و ان جوزناه جاء الوجهان. و الحق مجيئهما و ان منعنا من الوقف المنقطع الأول، لأن حلف الأولاد اقتضى عدم انقطاعه فى الواقع و ان انقطع بالعارض حيث لم يحلف آباؤهم، و لان البطن الثانى كالأول، لأن الوقف صار إليهم بالصيغه الأولى عن الواقف، و لان منع الثانى من الحلف يؤدى الى جواز إفساد البطن الأول الوقف على الثانى و هذا لا سبيل اليه. فالقول بجواز حلفهم أقوى، و هو خيره الشيخ فى المبسوط و المصنف و غيرهما» .

قلت: و ما ذهبوا اليه هو الأقوى، و أما إشكال صاحب الجواهر قدس سره من «أن يمين الأولاد لا يصلح لإثبات اتصال الوقف لأنه حينئذ يكون يمينا للغير» فمندفع بأن هذه اليمين تثبت عدم انقطاع الابتداء و ليست لابائهم.

قال المحقق: «و ان حلف بعض ثبت نصيب الحالف وقفا و كان الباقي طلقا تقضى منه الديون و تخرج الوصايا و ما فضل ميراثا»

أقول: أى ينتفع منه الجميع، و لكن الناقلين الذين يعترفون بالوقفه ليس لهم أن يعاملوا ما وقع إليهم معامله الملك، و كذا الأمر بالنسبه إلى وراثتهم و ان أعطوا بعنوان الإرث، لأن إقرار آبائهم بالنسبه الى ما بأيديهم حجه، فلو أقر المورث عند الوارث بأن الشيء الفلانى وديعه عنده من فلان و ليس من جملة أمواله و جب على الوارث دفع الشيء إلى مالكة بلا بينه.

و من ادعى الوقفيه و نكل عن اليمين جاز لوارثه أن يحلف عليها فيأخذ مثل وارث الحالف بعد انقراض البطن الأول. و يترتب على يمين وارث الناكل أنه ان كان الوقف على الأولاد بالسويه و امتنع أحدهم عن اليمين كان أمر بنته دائرا بين أن تحلف على الوقفيه- فيكون نصيبها مساويا لنصيب أخيها- و بين أن تأخذ نصف سهمه من باب الإرث.

و حيث يثبت نصيب الحالف وقفا فهل يعطى مع ذلك سهمها بعنوان الإرث؟ قال المحقق و العلامه قدس سرهما: نعم.

و الأقوى كما تقدم هو جواز حلف الأولاد على أن جميع الدار وقف، لانه ليست الوقفيه على البطن الثانى تابعه للوقفه على البطن الأول، و أيضا: ليست يمين البطن الثانى تابعه ليمين البطن الأول.

قال المحقق: «و ما يحصل من الفاضل للمدعين يكون وقفا» .

أقول: أى للإقرار كما عرفت آنفا.

قال: «و لو انقراض الممتنع كان للبطن التى تأخذ بعده الحلف مع الشاهد و لا يبطل حقهم بامتناع الأول» .

أقول: وهذا واضح وقد عرفته آنفا أيضا.

المسألة الثالثة

(حكم ما لو ادعى الوقفيه عليه و على أولاده بعده)

قال المحقق «قده»: «إذا ادعى الوقفيه عليه و على أولاده بعده و حلف مع شاهده ثبتت الدعوى و لا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفه» .

أقول: هذا مذهب المحقق و جماعه، و فى المسالك بنى المسألة على أنه ان كان الأولاد يتلقون الدار مثلا من الواقف فيحلفون و ان كان من البطن الأول فلا، و وجه ما ذكره المحقق «قده» قوله: «لان الثبوت الأول أغنى عن تجديده» يعنى ان ثبوت الوقفيه فى حق البطن الأول يعنى عن إثباته فى حق البطن الثانى.

و فى الجواهر: «لكن قد عرفت أن فيه منعا واضحا، ضروره كونه كذلك إذا كان فى مال لا منازع لهم فيه لا فى مثل الفرض» قلت: و هذا هو الاولى.

قال المحقق: «و كذا إذا انقرضت البطون و صار الى الفقراء أو المصالح» .

أقول: أى لا- يلزم أحد بالحلف حينئذ بل يكتفى لثبوت الوقفيه بحلف البطن الأول مع شهاده شاهدهم، لكن بناء على ما ذهب اليه صاحب الجواهر يجب على الفقراء مثلا- الحلف ان كانوا محصورين و أما فى حال عدم كونهم محصورين فالوقف باطل لعدم صحه اليمين

من أحدهم، وقد احتمل هنا سقوط اليمين حينئذ، لكن ضعفه في الجواهر، و قال: بل مناف لظاهر الأدله.

هذا كله في وقف الترتيب.

قال المحقق: «أما لو ادعى الشريك بينه وبين أولاده افتقر البطن الثاني إلى اليمين» .

في الجواهر: قطعاً بل لا خلاف أجده فيه، و قد بين المحقق وجه ذلك بقوله: «لان البطن الثاني بعد وجودها تعود كالموجوده وقت الدعوى» أى لما تقرر من أنهم جميعاً يتلقون الدار من الواقف هذا من جهه، و من جهه أخرى قد تقرر عدم ثبوت حق أحد بيمين غيره.

و خالف السيد صاحب العروه قدس سره فقال الأقوى عدم الحاجه الى الحالف، قال: لان الطبقات المتأخره و ان كانوا يتلقون من الواقف، الا- أن الوقف بهذه الكيفيه أمر واحد مستمر، فإذا أثبت من الأول ثبت في حق الجميع، و فيه أنه ليس في المقام إلا إنشاء صيغه واحده فيقول: وقفت لاولادى، لكن هذا الإنشاء ينحل بعدد الأولاد في البطن الواحد، و لكنه حيث يوقف على الأولاد و أولادهم يقول: وقفت على أولادى و أولاد أولادى، و حينئذ يكون شموله للطبقه المتأخره متوقفاً على اليمين.

و على ما تقدم قال المحقق: «فلو ادعى إخوه ثلاثه أن الوقف عليهم و على أولادهم مشتركاً فحلفوا مع الشاهد» أى: و ثبت ذلك بالنسبه إليهم «ثم صار لأحدهم ولد فقد صار الوقف أرباعاً» فهنا

(الأولى) هل يجب على الولد اليمين عند البلوغ؟ نعم فإنه لا- فرق بينه وبين الثلاثة، فكما أن أولئك ثبتت دعواهم و أعطوا حصصهم باليمين فكذلك هذا الولد لا تثبت حصته ما لم يحلف.

و وجه ذلك ما تقدم من كون التلقى عن الواقف، فلو كان رابع الثلاثة من أول الأمر لوجب عليه اليمين مثلهم فالآن كذلك، و على هذا فيوقف له ربع الدار حتى يكبر، و لذا قال المحقق: «و لا- تثبت حصه هذا الولد ما لم يحلف، لانه يتلقى الوقف عن الواقف، فهو كما لو كان موجودا وقت الدعوى، و يوقف له الربع» .

(الثانية) و إذ يوقف له الربع فعند من يوقف؟ فى المسالك:

«فى تسليمه الى وليه أو يوضع فى يد أمين وجهان.» توضيح الأول: انه يجعل عند وليه لان لولده سهما بإقرار الثلاثة، و ما للولد يكون عند وليه، و توضيح الثانى: انه يجعل عند أمين من غير الثلاثة، لأنه قد لا يحلف عند كماله، و يحتمل أن أبى وليه عن رده، فان كان الوارث منحصرًا بالثلاثة فمع إقرارهم بعدم استحقاق ثلاثة أرباع الدار من جهه و مع نكول الولد عند الكمال أو نفيه الوقفيه من جهه أخرى يكون الربع للميت و منه تقضى ديونه و تنجز وصاياه، و ان لم يكن منحصرًا كان الربع لسائر الورثة.

و قد اختار صاحب المسالك الوجه الثانى، حيث قال بعده:

«و هذا هو الأصح» و فى الجواهر: قلت بل يتوقف فى أصل إيقافه

لما عرفته فى الوجه الأصح، و حينئذ يجرى عليه حكم ما لم يثبت وقفه و يحرم الثلاثه منه لاعترافهم بعدم استحقاقهم منه شيئاً، الا انى لم أجد قائلاً بذلك، و لعله قوى للاحتياط فى مثله.

(الثالثه) لو مات الولد قبل البلوغ عادت الدار أثلاثاً، و بقى الكلام حول نماء سهمه من حين ولادته الى موته. و حيث أن الثلاثه قد أقروا بكونه للولد فهم ملزمون بحرمانهم منه، فيصل النماء إلى ورثه الولد.

(الرابعه) قال المحقق: «فان كمل و حلف أخذ، و ان امتنع قال الشيخ يرجع ربعه على الإخوه لأنهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم و بامتناعه جرى مجرى المعدوم. و فيه إشكال ينشأ من اعتراف الاخوه بعدم استحقاق الربع» .

أقول: ذهب الشيخ رحمه الله الى رد الربع إلى الثلاثه لإثباتهم أصل الوقف عليهم، و الولد بنكوله عن اليمين يجرى مجرى المعدوم فتبقى الدار بين الثلاثه كما كان الأمر قبل ولاده الولد. و لان الواقف جعل الإخوه الثلاثه أصلاً فى استحقاق الدار ثم أدخل من يتجدد فى جملة المستحقين على سبيل العول، فإذا سقط الداخل فالقسمه باقيه بحالها على الأصول كما كانت، نظير ما إذا مات انسان و خلف ألفاً من الدراهم فجاء ثلاثه و ادعى كل واحد ألفاً على الميت و أقام شاهداً، فان حلفوا معه فالألف بينهم، و ان حلف اثنان منهم فهو لهما، و ان حلف واحد فالألف له.

فللشيخ رحمه الله على ما ذهب اليه وجهان، وقد أشكل المحقق وغيره في الأول بأن الاخوه معترفون بعدم استحقاق الربع و أنه للولد فكيف يجوز لهم أخذه بنكوله عن اليمين؟ لكن الشيخ نفسه قد تعرض الى هذا الاشكال و أجاب عنه، و هذا نص كلامه: «فان قيل: الثلاثة إذا اعترفوا بالربع للصبى كيف يعود إليهم ما اعترفوا به لغيرهم؟ قلنا: الإقرار ضربان: مطلق و معزى الى سبب، فإذا عزى الى سبب فلم يثبت السبب عاد إلى المقر به، كقولهم: مات أبونا و أوصى لزيد بثلث ماله، فرد ذلك لزيد، فإنه يعود على من اعترف بذلك، و كذا من اعترف لغيره بدار في يده فلم يقبلها الغير عادت الى المقر، كذلك ههنا» .

و فى الوجه الثانى نظر، فأما المثال الأول فالفرق بينه و بين محل الكلام واضح، لانه مع رد زيد الموصى له للوصيه لا تتم تلك الوصيه. و أما الثانى فلا نسلم بعود الدار الى المقر مع عدم قبول المقر له، لان المقر يعترف بعدم استحقاقه لها، فيلزم إعطاؤها للمقر له بأى نحو كان.

هذا، و ما ذهب اليه الشيخ من عود سهم الولد إلى الثلاثة أحد الوجوه فى مصرف هذا السهم فى هذه المسأله، و قد ذكر وجهان آخران:

الأول: صرفه الى الناكل بالرغم من نكوله لاعتراف الاخوه له بالاستحقاق دونهم، الا أن هذا يتوجه فيما إذا كان الولد معترفا

بالوقفية أو ممتنعا عن اليمين، و أما فى صورته إنكاره لأصل الوقفيه و اعترافه بعدم الاستحقاق فلا وجه لأخذه ما يعطونه، لكن الشيخ لم يمنع من أخذ الثلاثة لهذا السهم مع اعترافهم بعدم كونه لهم مع أن الفرق بين الموضوعين غير واضح، إلا أن الشيخ قد وجه ما ذهب إليه بما قدمنا نقله عنه من تقسيمه الإقرار إلى ضربين.

و يمكن القول هنا بأن كون المال للاخوه بأحد سببين «الأول» كون المال إرثا، فهم يستحقونه بالإرث بالعنوان الاولى، إلا أن يقوم دليل ثانوى على تصرفهم فيه بعنوان آخر. و «الثانى» السبب العارض و العنوان الثانوى و هو الوقفيه. و حيثئذ فإن إقرار الاخوه بعدم كون السهم لهم مستند إلى الوقفيه، لكن رفع اليد عن مقتضى الدليل الاولى للاستحقاق يتوقف على ثبوت عنوان الوقفيه، أما هناك فان مجرد عدم ثبوت الوقفيه كاف لثبوت كونه إرثا من غير حاجة الى أن يهلفوا على الإرث، و على هذا فإن الإقرار المستند إلى الوقفيه مع عدم ثبوت المستند لا يمنع من صرف سهم الناكل إليه، فيكونون شركاء فى الإرث، إلا أن الاخوه الثلاثة يعلمون بأن الجمع بين العنوانين لا يجوز.

«الثانى»: أنه وقف تعذر مصرفه، لانه لا يصرف إلى الثلاثة لاعترافهم بعدم الاستحقاق، و لا الى الولد لعدم ثبوته له بنكوله، فيكون من صغريات مسأله الوقف الذى تعذر مصرفه، فهل يرجع الى الواقف أو الى ورثته أو يصرف فى أقرب الوجوه الى غرضه

أو مطلق وجوه البر؟ وجوه.

(الخامسه): قال المحقق: «و لو مات أحد الإخوه قبل بلوغ الطفل عزل له الثلث من حين وفاه الميت، لان الوقف صار أثلاثا و قد كان له الربع الى حين الوفاء. فإن بلغ و حلف أخذ الجميع، و ان رد كان الربع الى حين الوفاء لورثه الميت و الأخوين، و الثلث من حين الوفاء للأخوين» .

و هذا مذهب الشيخ «قده» قال المحقق: «و فيه أيضا إشكال كالأول» .

أقول: ان رد فلا يعطى وراثه شيئا، بل يصرف إلى ورثه الواقف فإنهم الطبقة الاولى و ينكرون الوقفيه، و ان لم يكن له ورثه فيصرف الى الحالفين.

هذا و أضاف فى الجواهر فرعا و قال: و لو ادعى البطن الأول الوقف على الترتيب و حلفوا مع شاهدهم فقال البطن الثانى بعد وجودهم انه وقف تشريك، ففى القواعد: كانت الخصومه بينهم و بين البطن الأول، فإن أقاموا شاهدا واحدا حلفوا و تشاركوا، و لهم حينئذ مطالبتهم بحصتهم من النماء من حين وجودهم. و فى كشف اللثام: و ان نكلوا خلص الوقف للأولين ما بقى منهم أحد، و ان تجددوا و ادعوا التشريك قبل حلف الأولين كان خصوما لهم و لغيرهم من الورثه، و لكن لا يجدى نكلهم الا المدعين، فإنهم لما ادعوا الاختصاص فحلفوا مع شاهدهم ثبت لهم ذلك، نعم ان انعكس بأن حلف هؤلاء و نكل الأولون صار نصيب الأولين ميراثا. و الله العالم.

ص: ٤٨٨

المسأله الرابعه

(حكم ما لو ادعى عبدا و أنه أعتقه فأنكر المتشبه)

قال المحقق قدس سره: «لو ادعى عبدا و ذكر أنه كان له و أعتقه فأنكر المتشبه. قال الشيخ: يحلف مع شاهده و يستنقذه. و هو بعيد لانه لا يدعى مالا» .

أقول: لو ادعى عبدا هو الان بيد غيره، فقال انه كان لى و قد أعتقته، فأنكر الذى بيده العبد ذلك. قال الشيخ: يحلف المدعى مع شاهده و يستنقذ العبد. و قال المحقق: «هو بعيد لانه لا يدعى مالا» و قد تقدم أن الذى يثبت بالشاهد الواحد و اليمين هو المال وحده، و تقدم أيضا أن الحريه ليست مالا. و أما بناء على كون الحريه حقا من الحقوق فتشملها صحيحه محمد بن مسلم، فان هذا الحق يكون للعبد نفسه لا لمعتقه، و لا أثر ليمين المعتق لإثبات حق غيره فيكون هذا المورد نظير دعوى أن هذه المرأه أم ولده، بل لو سلم ثبوت المطلب هناك فان هذه الدعوى هنا لا تثبت.

و لعل نظر الشيخ الى ترتب الأثر المالى على هذه الدعوى، و هو أنه يرثه من جهه الولاء.

المسأله الخامسه

(حكم ما لو ادعى عليه القتل و أقام شاهدا)

ص: ٤٨٩

قال المحقق «قده»: «لو ادعى عليه القتل و أقام شاهدا فان كان خطأ أو عمد الخطأ حلف و حكم له. و ان كان عمدا موجبا للقصاص لم يثبت باليمين مع الواحد و كانت شهاده الشاهد لوثا، و جاز له إثبات دعواه بالقسامه» .

أقول: لو ادعى عليه القتل و أقام شاهدا واحدا فتارة يدعى ما يوجب المال و أخرى يدعى مالا يوجهه، ففي «الصوره الأولى» كما لو كان القتل المدعى خطأ أو عمد الخطأ حلف المدعى مع شهاده الشاهد و حكم له لما تقدم من ثبوت الحق المالى بالشاهد و اليمين.

و فى «الصوره الثانيه» كما لو كان القتل المدعى عمدا موجبا للقصاص لم يثبت الحق باليمين مع شهاده الشاهد الواحد لعدم كونه حقا ماليا، و تكون شهاده الشاهد الواحد فى هذه الصوره لوثا و جاز للمدعى إثبات دعواه حينئذ بالقسامه.

و توضيحه: ان قتل العمد يثبت بأمر: (١) البيئه، (٢) إقرار القاتل، و يكفى مره واحده. (٣) القسامه فى صوره اللوث. و اللوث أماره دون البيئه، أى أن يكون هناك قرينه موجه للظن بأنه القاتل فحينئذ تجب القسامه، مثلا: لو وجدت جثه شخص مقتول مضرج بدمائه و بالقرب منه شخص آخر بيده سيف ملطخ بالدم، فتقام القسامه و هى أن يقسم خمسون رجل-أحدهم ولى المقتول-بأن فلانا هو القاتل فيثبت القصاص حينئذ و ان لم يكن هؤلاء عدولا.

و لو كانوا خمسه و عشرين رجلا حلف كل واحد منهم مرتين،

و لو كانوا أقل كرروا اليمين حتى الخمسين، و لو كان الولي وحده حلف خمسين مره، و لو لم يوجد أحد أو امتنعوا عن اليمين حلف خمسون رجل على الإنكار، أو أقيمت البيهه على النفي.

و هنا حيث يوجد شاهد واحد كانت شهادته لوثا و جاز للمدعى إثبات دعواه بالقسامه فإن أقيمت ثبت الحكم كما ذكرنا.

(قال الميلاني) : هذا آخر الجزء الأول من الكتاب. و يتلوه ان شاء الله تعالى الجزء الثاني و أوله: في كتاب قاض إلى قاضي.

و الحمد لله أولا و آخرا و صلى الله على محمد و آله الطاهرين و لعنه الله على أعدائهم أجمعين.

ص: ٤٩١

المجلد ٢

اشاره

ص: ١

تمه كتاب القضاء

الكلام في: كتاب قاض إلى قاض

اشاره

ص: ٧

اعلم أن حكم الحاكم موضوع لاحكام بالنسبه إلى الحكّام الآخرين، كوجوب الإنفاذ في بعض الموارد، و عدم جوازه في بعض الموارد، و وجوب التفحص عن دليله في موارد، و عدم جوازه في أخرى.

ثم الحكم الذى يصدره الحاكم، يمكن إنهاؤه الى الحكّام الآخرين: بالقول، و بالكتابه، و بشهاده العدلين، و بإقرار المحكوم عليه بذلك الحكم.

حكم إنهاء الحكم بالكتابه:

و بالنسبه إلى إنهاؤه بالكتابه قال المحقق: «أما الكتابه فلا عبره بها» .

أى: فلا- تكون موضوعا لشيء من الاحكام، قال: «لإمكان التشبيه» . و هذا التعليل يتوجه في عصرنا بالنسبه إلى الاحكام التى يصدرها الحكّام، أو ينهونها بواسطه الهاتف أيضا، لإمكان التشبيه فى الصوت بسهوله جدا.

و أضاف فى الجواهر: «و عدم القصد إلى الحقيقه و عدم الدليل شرعا على اعتبار دلالتها» .

و قد ادعى الإجماع على عدم العبره بالكتابه، و حكى عن بعضهم نفي الخلاف فيه، و قيل: لا مخالف إلا أبو على الإسكافى، و الأردبيلى حيث اعتبرها فى

صوره العلم بالكتابة، و كونه قاصدا لمعناها، قال: و لهذا جاز العمل بالمكاتبه فى الروايه، و أخذ المسأله و العلم، و الحديث من الكتاب المصحح عند الشيخ المعتمد، و لانه قد يحصل منها ظن أقوى من الظن الحاصل من الشاهدين، بل يحصل منها الظن المتأخم للعلم، بل العلم مع الأمن من التزوير، و أنه كتب قاصدا للمدلول، و حينئذ يكون مثل الخبر المحفوف بالقرائن المفيده للعلم بأن القاضى الفلانى الذى حكمه مقبول حكم بكذا، فإنه يجب إنفاذه و إجراؤه من غير توقف، و يكون ذلك مقصود ابن الجنيده، و يمكن أن لا- ينازعه فيه أحد، بل يكون مقصودهم الصوره التى لم يؤمن فيها التزوير، أو لم يعلم قصد الكاتب اراده مدلول الرسم.

و أجب عنه فى الرياض بقوله: و فيه نظر، لان ذلك فرع قيام دليل قاطع على جواز العمل بالظن مطلقا، و لم نجده فى نحو محل البحث، مما يتعلق بموضوعات الاحكام التى لم تتوقف عليها مطلقا، و لو كان الظن للعلم متأخما، و مجرد كون الظن بالكتابة أقوى من الظن الحاصل من شهاده الشاهدين لا- يوجب قطعته، و لا- حجيته الا- على تقدير أن تكون حجيتها من حيث افادتها المظنه و هو ممنوع، بل كلمه القائلين بحجيتها و سماعها هنا مطبقه على أنها من جهه الأدله الأربعة التى سيأتى ذكرها، و هى أدله قاطعه أو ظنيه ظنا مخصوصا مجمعا عليه، و مثلها لم يقم على اعتبار ظن الكتابه، بعد إمكان دفع الضروره التى هى الأصل فى تلك الأدله، بالشهاده على الحكم و اقامه البيئه و إنفاذ الحاكم الثانى الحكم بها.

و على الجملة، لو كان السبب لاعتبار شهاده الشاهدين هو افادتها المظنه أمكن ما ذكره، أما لو كان قضاء الضروره و غيره مما هو كالدليل القاطع فلا وجه له و لا لقياس الكتابه بالشهاده، و لا بالاكتفاء بالروايه المكاتبه، و أخذ المسأله، و نحوهما مما ذكره، لان مستند الاكتفاء بهذه الأمور المعدوده فى نحو الأحكام الشرعيه انما هو من حيث قضاء الضروره، و انسداد باب العلم بها بالكليه، و عدم إمكان تحصيلها الا بالمظنه، و ان عدم اعتبارها حينئذ يوجب اما الخروج عن

التكليف، أو التكليف بما لا يطاق، و هما ممتنعان قطعاً، عقلاً و شرعاً، و هذا السبب يختص بها دون ما نحن فيه مما لم ينسد فيه باب العلم.

و قال فى الجواهر بعد كلام الأردبيلى المذكور: التحقيق: أن الكتابه من حيث أنها كتابه لا دليل على حجيتها قطعاً مطلقاً سواء فى إقرار و غيره، بل عن ابن إدريس فى نواذر القضاء التصريح بأنه لا يجوز للمستفتى أن يرجع الا الى قول المفتى دون ما يجده بخطه-الى ان قال-بغير خلاف من محصل ضابط لأصول الفقه، و بنى على ذلك عدم حجيه المكاتبه، قال: لأن الراوى للكتابه ما سمع الامام يقول، و لا شهد عنده شهوده أنه قال، و ان كان فيه ما ستعرف.

نعم إذا قامت القرائن الحاليه و غيرها على اراده الكاتب بكتابه مدلول اللفظ المستفاد من رسمها، فالظاهر جواز العمل بها، للسيره المستمره فى الأعصار و الأمصار على ذلك، بل يمكن دعوى الضروره على ذلك، خصوصاً مع ملاحظه عمل العلماء فى نسبتهم الخلاف و الوفاق، و نقلهم الإجماع و غيره فى كتبهم المعول عليها بين العلماء. و لكن مقتضى ذلك أن تكون الكتابه فيما نحن فيه-بعد انتفاء احتمال التزوير و عدم القصد و غيرهما من الاحتمالات-بمنزله اخباره بالحكم، فان قلنا بقبوله قبلت و الا فلا.

و ربما أشعر التعليل الأول فى عباره المصنف، و الثانى فى عباره غيره بإرادته غير هذا الفرد من الكتابه، كما انه يمكن حمل كلام ابن الجنيد و من وافقه على ما ذكرنا فيعود النزاع لفظياً.

و تحمّل الروايتان على العمل بالحكم بالكتابه، بمعنى إيجاد الحكم بها باللفظ، لا على العمل بها من حيث انها كتابه، إذ من المعلوم عدم دلالتها على كونها منه، و أنه قصد بها معنى اللفظ المستفاد من رسمها.

قلت: و التحقيق هو النظر فى الجهات الموجهه للشك بحجيه الكتابه و المفرقه بينها و بين القول، و الذى يوجب الشك فى الاعتبار ليس الا احتمال الكذب،

أو احتمال السهو و النسيان، أو احتمال عدم القصد، أما الأول فالمفروض عدمه للوثاقه، و أما غيره من الاحتمالات فكلها منتفيه بالأصل.

و الفرق بين القول و الكتابه هو: مجيء احتمال التشبيه فى الثانى دون الأول، و لذا لم يذكر المحقق غير هذا الاحتمال لعدم العبره بالكتابه، و ان كان احتمال عدم القصد فى الكتابه أقوى منه فى القول، لكنه يندفع بالأصل كما تقدم، و يندفع أيضا بالعلم بالكتابه و كونها خط فلان.

و أضاف فى السرائر: احتمال التزوير، و هو- كما فى مجمع البحرين:-

تزيين الكذب. و لكن هذا الاحتمال مشترك بين القول و الكتابه.

و أما الإجماع المدعى فهو منقول، و تبقى الروايتان:

١- عن السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام: «انه كان لا يجيز كتاب قاض الى قاض، فى حد و لا غيره حتى وليت بنوا أميه، فأجازوا بالبينات» (١).

٢- عن طلحه بن زيد عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام مثلها (٢).

و هما- بناء على اعتبارهما بعمل الأصحاب (١)- محمولتان على أن ذلك كان منه عليه السلام فى مورد عدم حصول الاطمئنان بالكتابه، و قصد كاتبها لما كتبه.

فالعمده فى الاستدلال على عدم العبره بالكتابه هو عدم الدليل النقلى على

ص: ١٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٢١٨، الباب: ٢٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٢١٨، الباب: ٢٨.

العبره بها، إلا أنا نستدل بالسيره العقلائيه القائمه على الاعتبار فى حال الوثوق و الاطمئنان، و لا رادع عن هذه السيره، و الروايتان قد عرفت حملهما على مورد خاص.

و الحاصل: ان الاحتمالات مشتركه بين القول و الكتابه، فحيث تنتفى عن الكتابه قبلت كالقول بلا فرق.

حكم إنهاء الحكم بالقول مشافهه:

قال المحقق «قده»: «و أما القول مشافهه فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمصيت، ففي القضاء به تردد، نص الشيخ فى الخلاف: أنه لا يقبل.»

أقول: المراد من «القضاء به» هو إنفاذ الحاكم الثانى إياه، و وجه التردد هو: أن هذا خبر واحد عن الموضوع، و فى اعتباره بحث و خلاف، و لعلّ مذهب الأكثر هو العدم و لزوم قيام البيئه، و لكن يشكل فيه من جهه أن خبر الواحد عن الموضوع المحول الى المخبر، و الذى لا يعلم الا من قبله يعتمد عليه، فلو و كلّ أحدا فى طلاق زوجته فأخبره بإجراء الصيغه اعتمد على خبره، و لو أعطى الثوب المتنجس لان يغسله فأخبره عن تطهيره إياه اعتمد عليه، و لو أخبر الأجير فى الصلاه عن الميت عن أنه قد صلى كان خبره حجه (١). فالقضاء من هذا

القبيل، فالأظهر هو القبول.

حكم إنهاء الحكم بالشهادة:

قال المحقق «قده»: «و أما الشهادة، فإن شهدت البيه بالحكم، و بإشهاده إياهما على حكمه، تعين القبول» .

قال فى الجواهر: لعله لعموم ما دل على وجوب قبول حكمه الذى هو من حكمهم عليهم السلام، و لذا كان الراد عليه رادا عليهم، و ما دل على حجيه البيه.

ثم ان المحقق «قده» ذكر أن تكون الشهادة على الحكم و على الاشهاد معا احتياطا، و ذلك لان الحاضر فى مجلس الحكم قد لا يلتفت الى ما وقع مع خصوصياته، لكن عند ما يشهد على الأمر يصغى اليه و يلتفت التفاتا كاملا، فتكون شهادته حينئذ أنم.

و قد ذكر المحقق لما ذهب اليه من تعين قبول الشهادة وجوها أربعة، فالأول ما ذكره بقوله: «لان ذلك مما تمس الحاجة إليه، إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها فى البلاد المتباعدة غالب، و تكليف شهود الأصل التنقل متعذر أو متعسر، فلا بد من وسيله إلى استيفائها مع تباعد الغرماء، و لا وسيله إلا رفع الاحكام الى الحكام، و أتم ذلك احتياطا ما حررناه.

لا يقال: يتوصل الى ذلك بالشهادة على شهود الأصل.

لأننا نقول: قد لا يساعد شهود الفرع على التنقل و الشهادة الثالثة لا تسمع» .

أقول: و أيضا الشهادة على الشهادة لا تسمع مع إمكان الشهادة على الأصل، و لذا قال بعضهم بأنه مع عدم إمكان الشهادة على الأصل، يجوز الحكم طبق الشهادة على الشهادة، كما يجوز على نفس الشهادة على الأصل، بخلاف الشهادة على الحكم فإنها تسمع و لو مع إمكان الشهادة على الأصل.

و أيضا: الشهاده على الشهاده لا تسمع فى الحدود، بخلاف الشهاده على الحكم فإنها حجه فيها أيضا.

و لا تقبل الشهاده على الشهاده الإمره واحده، و أما إنفاذ الحكم فيستمر باستمرار الزمان، ففيمما لا تكون الشهاده على الشهاده حجه لا محيص لرفع الحوائج و فصل الخصومات الا بإنفاذ الحكم.

و إذ لا يشترط فى الشهاده على حكم الحاكم عدم إمكان الشهاده على الأصل، فإن للحاكم الثانى استماع الشهود فى القضيه من جديد، و له أن يحكم استنادا إلى الشهاده على حكم الأول، كما أن له اجراء الحد استنادا إلى الشهاده على الحكم، لعدم اختصاصها بغير الحدود.

هذا توضيح ما قرره صاحب الجواهر فى شرح عباره المحقق فى جواب لا يقال.

و صاحب المسالك قرره بنحو آخر و هو: أن فى الشهاده على الشهاده قصورا عن الشهاده على الحكم، لأنها لا تسمع إلا مره واحده، بخلاف الشهاده على الحكم، فإنها تسمع فى الثالثه. و توضيح ذلك: ان الشهاده على الأصل هى المرتبه الأولى لإثبات المدعى، و المرتبه الثانيه هى الشهاده على الشهاده بعد تعذر الشهاده على الأصل، و حجيتها مخصوصه بتلك المرتبه، و أما الشهاده على الحكم التى هى فى المرتبه الثانيه عن شهادة الأصل فلا تختص حجيتها بتلك المرتبه، بل الشهاده على الشهاده على الحكم حجه أيضا و هى المرتبه الثالثه. انتهى.

لكن هذا فى الحكم الأول المستند إلى الشهاده على الأصل، و صاحب المسالك لم يتعرض للشهاده على حكم الحاكم الثانى المستند إلى الشهاده على الشهاده، و المستند إلى الشهاده على الحكم المستمر باستمرار الزمان. فظهر أن كلا التقريرين صحيح.

فالجواهر تبّه على الفرق بين الشهاده على الحكم، و الشهاده على الشهاده، و المسالك نبه على قصور الشهاده على الشهاده عن الشهاده على الحكم بمرتبه، لكن الأول مشتمل على فوائد أكثر.

قال فى الجواهر: ان ما ذكره صاحب المسالك فرض نادر، قلت: و لىكن نادرا، فان الشارع جعل طريقا لفصل الخصومه فيه أيضا من باب اللطف.

و ظاهر هذا الوجه الأول هو التعليل لثبوت الحكم، و إذ ثبت و وصل الى الحاكم الثانى و جب القبول و الإنفاذ، لأن ملاك الثبوت و القبول هو ما ذكره من التعليل المذكور.

و الوجه الثانى ما ذكره بقوله: «و لانه لو لم يشرع إنهاء الاحكام بطلت الحجج مع تناول المدد» .

أى: الحكم بالإنفاذ موقوف على أمرين: أحدهما: قبوله الحكم. و الثانى:

كون الحكم و أصلا إليه بطريق مشروع، و لو لم يكن الوصول بالبينه مشروعا لبطلت الحجج. قال فى المسالك: لان الحاكم يموت فيبطل حكمه. قلت: يعنى ان الحكم لا- يبطل بالموت لانه ليس كالوكاله مثلا، بل المراد ان الحكم يبقى بلا أثر، إذ لا طريق إلى إثباته مع عدم اعتبار البينه. قال: فان الشهود تصير طبقه ثانيه بعده، فإذا أنفذ حكمه بشهاداتهم طال زمان نفوذ الحججه و الانتفاع، و هلم جرا بالنسبه إلى الحاكم الثانى و الثالث، فيستمر الانتفاع بالحججه. أقول: ياحتمل أن يكون مراده أن الشهاده على الإنفاذ يستمر أثرها، و ياحتمل أن يكون المراد هو الشهاده على الشهاده فيكون فى المره الثالثه بلا أثر. و الظاهر هو الأول.

هذا، و لا نص فى مورد هذا الوجه الثانى، بل هو مقتضى عمومات أدله القضاء و نفوذ حكم الحاكم.

و الوجه الثالث: ما ذكره بقوله: «و لان المنع من ذلك يؤدي الى استمرار الخصومه فى الواقعه الواحده، بأن يرافعه المحكوم عليه الى آخر، فان لم ينفذ الثانى ما حكم به الأول اتصلت المنازعه» .

أقول: ان الغرض، من جعل الحاكم هو الفصل بين الخصومات، فلو لم ينفذ حكم الحاكم الأول من قبل الثانى لزم تفويت الغرض، و لكن تماميه هذا الوجه

تتوقف على ثبوت حكم الأول بطريق مشروع.

و الوجه الرابع ما ذكره بقوله: «و لاین الغريمين لو تصادقا ان حاكما حكم عليهما ألزمهما الحاكم ما حكم به الأول، فكذا لو قامت البيئه، لأنها تثبت ما لو أقربه الغريم ألزم به» .

يعنى: ان إقرار المحكوم موجب لثبوت الحكم، و حينئذ يجب عليه ترتيب الأثر على الحكم، و البيئه تثبت ما يشتهه الإقرار.

أقول: ان الحاكم الثانى عند ما يريد إنفاذ حكم الأول لا بدله من ثبوت الحكم عنده و ثبوت وجوب الإنفاذ عليه، و قد اشتملت هذه الوجوه الأربعة على دليل الأمرين معا.

و قال صاحب الجواهر قدس سره: ان هذه الأدله الأربعة يظهر من بعضها انها مساقه بثلاث الاكتفاء بالشهاده فى إثبات حكم الحاكم، و من آخر أنه مساق لإثبات مشروعيه حكم الحاكم الأخر بإنفاذ ما حكم به الأول، الا أن الاولى الاستناد فى إثبات الأول إلى عموم دليل حجيه البيئه و القضاء بها، و فى الثانى إلى عموم حكم الحاكم، و أن الراد عليه راد علينا، و أن حكمه حكمهم، و ما ندرى أن النزاع فى أى المقامين، لان كلامهم مشوش.

و يشكل عليه بأن مقتضى الدليل عدم جواز الرد، لا وجوب الإنفاذ.

و فيه: أن وجوب الإنفاذ هو مقتضى عمومات وجوب القضاء لفصل الخصومه.

دليل المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض و رده:

قال المحقق قده: «لا يقال: فتوى الأصحاب أنه لا يجوز كتاب قاض الى قاض و لا العمل به، و روايه طلحه بن زيد و السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: انّ علينا عليه السلام كان لا يجوز كتاب قاض الى قاض لا فى حدّ و لا غيره، حتى و ليت بنو أميه، فأجازوا بالبينات.

لأننا نجيب: عن الأول بمنع دعوى الإجماع على خلاف موضع النزاع،

لان المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض ليس منعا من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته.

و نحن نقول: فلا عبره عندنا بالكتاب مختوما كان أو مفتوحا، و الى جواز ما ذكرنا أو ما الشيخ أبو جعفر رحمه الله في الخلاف.

و نجيب عن الرواية: بالطعن في سندها، فإن طلحه بترى و السكونى عامى، و مع تسليمها نقول بموجبها، فإننا لا نعمل بالكتاب أصلا، و لو شهد به فكأن الكتاب ملغى» .

أقول: هذا جواب المحقق عما يمكن الاستدلال به لمنع العمل بكتاب قاض الى قاض.

فالأول: الإجماع، و قد أجاب عنه بمنع قيامه على موضع النزاع، و توضيح الجواب هو: ان الإجماع ان كان فمعقده المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض آخر، لا عدم العمل بحكم الحاكم الثابت بشهادة العدلين مثلا، لا سيما مع إسهاد الحاكم إياهما حين إصداره الحكم.

و بالجملة فإن معقده هو المنع من العمل بالكتاب من حيث أنه كتاب، و أما مع ثبوت الحكم عند الثانى فلا ريب فى وجوب إنفاذه.

و الثانى: الروايتان. و قد أجاب عنهما بالطعن فى السند قال: فإن طلحه بترى و السكونى عامى (١).

قال: و مع تسليمها من حيث السند نقول بموجبها، فأننا لا نعمل بالكتاب أصلا و لو شهدا به، فكان الكتاب ملغى، بل عملنا هو بالحكم الذى قامت عليه البيئه.

و مما يمكن الاستدلال به للمنع هو: ان حكم الحاكم الثانى خروج عن قانون القضاء، لأن أدله القضاء جعلت الميزان الشرعى المقرر له فى البيئه و اليمين، فإذا حكم هذا الحاكم كان حكمه لا عن طريق البيئه و اليمين.

و الجواب عنه: ان المراد من حكم الثانى ليس إنشاء الحكم بأصل الدعوى، كالحكم بملكيه زيد للدار أو زوجيه هند له، بل الغرض حكمه بوجوب اتباع حكم الحاكم الأول، و هذا فى الحقيقه إقرار و إثبات لحكم الأول و إنفاذ له، و الظاهر اتفاق الأصحاب على وجوب إنفاذ حكم الفقيه الجامع لشرائط الفتوى على الفقهاء الآخرين.

لا يعتبر الاشهاد فى هذه الشهاده.

ثم هل يعتبر فى هذه الشهاده أن تكون مع إشهاد الحاكم للشاهدين على حكمه مطلقا، أو مع حضورهما مجلس الحكم و سماعهما لفظ الحاكم؟ .

الظاهر عدم اعتبار شىء من ذلك، فان مقتضى إطلاق أدله حجيه البيئه سماع

هذه الشهادة، و لا يعتبر فى قبولها الاشهاد، و لا حضور المجلس مطلقا.

على أنا لا نجد فرقا بين هذه الشهادة و غيرها، و دعوى عدم الخلاف فى اعتبار الاشهاد فى هذا المقام كما عن صاحب الرياض «قده» كما ترى. نعم ينبغى قيام الحاكم بالإشهاد احتياط كما ذكر المحقق «قده» .

قصر العمل بالكتاب على حقوق الناس:

قال المحقق: «إذا عرفت هذا فالعمل بذلك مقصور على حقوق الناس دون الحدود و غيرها من حقوق الله» .

أقول: و على هذا فلو أراد الحاكم الثانى الحكم بالحد توقف على ثبوت موجه عنده، بحسب الموازين الشرعيه المقرره للثبوت بالنسبه الى كل موجب للحد، و لا يكفى ثبوته عند الحاكم الأول لأن يحكم به، نعم له اجراء الحد بعنوان تنفيذ حكم الأول، فإن للحاكم الأول اجراء الحد بنفسه أو يأمر غيره به مجتهدا كان المأمور أو مقلدا.

و دليل هذا القصر هو الإجماع، و قوله عليه السّلام: «الحدود تدرأ بالشبهات» و قد أشكل على الاستدلال بالخبر المذكور بأنه لا شبهه مع قيام البيئه المعبره فلا- يدرأ الحد، و يمكن دفعه بأن البيئه قامت عند الحاكم الأول، و قيامها تقتضى إلغاء الشك و الشبهه، و أما الحاكم الثانى فلم تقم عنده البيئه، فالشبهه باقيه بالنسبه إليه فليس له الحكم.

ما ينهى إلى الحاكم:

قال المحقق قدس سره: «و ما ينهى إلى الحاكم أمران: أحدهما: حكم وقع بين المتخاصمين. و الثانى: إثبات دعوى مدع على غائب» .

أما الأول: فإن حضر شاهدا الإنهاء خصومه الخصمين و سمعا ما حكم به الحاكم و أشهدهما على حكمه، ثم شهدا بالحكم عند الآخر، ثبت بشهادتهما حكم

ذلك الحاكم و أنفذ ما ثبت عنده، لا انه يحكم بصحة الحكم فى نفس الأمر، إذ لا علم له بذلك، بل الفائده فيه قطع خصومه الخصمين لو عاودا المنازعه فى تلك الواقعه.

و ان لم يحضر الخصومه فحكى لهما الواقعه و صوره الحكم، و سَمَى المتحاكمن بأسمائهما و آبائهما و صفاتهما و أشهدهما على الحكم ففيه تردد، و القبول أولى، لان حكمه كما كان ماضيا كان أخباره ماضيا» .

أقول: ان الذى ينهاه الحاكم الأول بالكتاب الى الحاكم الثانى أمران:

أحدهما: الحكم الذى حكم به بين المتخاصمين: فان حضر شاهدا الإنهاء مجلس التخاصم و سمعا ما حكم به الحاكم فى الواقعه بل و أشهدهما على حكمه ثم جاء فشهدا بحكم الحاكم الأول عند الثانى فإنه يثبت بذلك حكم ذلك الحاكم، و على الثانى إنفاذه و فصل الخصومه المتجدده بين الخصمين فى نفس تلك الواقعه، و ليس له الحكم بصحة حكم الأول فى الواقع لانه لا علم له بذلك، و قد نهى الشارع عن القول بلا علم.

و ان لم يحضر شاهدا الإنهاء مجلس التخاصم، بل حكى الحاكم الأول لهما الواقعه شارحا صوره النزاع و حضور المتنازعين عنده و صوره حكمه، و ذكر المتحاكمن بأسمائهما و أسماء آبائهما و صفاتهما المشخصه، و أشهد الشاهدين على حكمه ففى ثبوت الحكم بشهادتهما عند الحاكم الثانى تردد عند المحقق قده لكن قال «و القبول أولى» قال فى الجواهر: «وفاقا للأكثر، بل لم أجد فيه خلافا سوى ما يحكى عن الشيخ فى الخلاف، بل قيل: انه ظاهره دعوى الإجماع عليه، الا أنى لم أجد من وافقه عليه سوى بعض متأخرى المتأخرين، بناء منهم على أن الأصل يقتضى عدم جواز الإنفاذ فى غير صوره القطع لانه قول بغير علم، خرج ما خرج و بقى ما بقى» و قد رجح المحقق هنا القبول بعد التردد-بخلاف مسأله الإنهاء بالقول مشافهه

حيث تردد فيها بلا ترجيح، حيث قال: «و اما القول مشافهه فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت، ففي القضاء به تردد، نص الشيخ في الخلاف انه لا يقبل» و هو كذلك، لما ذكرنا سابقا من حجيته قوله فيما هو مرجوع اليه و محول عليه و لا يعرف الا من قبله، فإذا أخبر بأني قد حكمت بكذا و اشهد الشاهدين على ذلك كان إخباره حجه كما لو سمعا بأنفسهما الحكم منه، و كما يلغى احتمال عدم قصده للحكم بالنسبه إلى الإنشاء المسموع منه فكذلك يلغى احتمال الخلاف بالنسبه إلى إخباره عن ثبوت حكمه، و بذلك ينقطع الأصل الذي تمسك به المانعون.

قال المحقق: «و أما الثاني-و هو إثبات دعوى المدعى-فان حضر الشاهدان الدعوى و اقامه الشهاده و الحكم بما شهدا به و أشهدهما على نفسه بالحكم و شهدا بذلك عند الآخر، قبلها و أنفذ الحكم، و لو لم يحضروا الواقعه و أشهدهما بما صورته:

ان فلان ابن فلان الفلاني. ادعى على فلان بن فلان بن الفاني كذا، و شهد له بدعواه فلان و فلان، و يذكر عدالتهم أو تزكيتهم، فحكمت أو أمضيت، ففي الحكم به تردد مع ان القبول أرجح، خصوصا مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى و شهاده الشهود» .

أقول: هذا هو الأمر الثاني، و هو أيضا على قسمين، فالأول: أن يحضر الشاهدان مجلس الحكم على الغائب و يشهدهما الحاكم عليه، فإذا شهدا بذلك عند الحاكم الثاني ثبت الحكم و كان على الثاني إنفاذه.

و الثاني: ان لا يحضر الشاهدان الدعوى بل يخبرهما الحاكم الأول بها و بحكمه في الواقعه مع ذكر اسم المدعى و المدعى عليه و تعريفهما، كأن يخبرهما و يشهدهما بما صورته ان فلان بن فلان الفلاني ادعى على فلان بن فلان الفلاني كذا و شهد له بدعواه شاهدان عادلان و هما فلان و فلان فحكمت و أمضيت، فهل يقبل الحاكم الثاني هذه الشهاده و يحكم بذلك؟ تردد فيه المحقق ثم رجح القبول على نحو ما عرفته في المسأله السابقه، خصوصا مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى

و شهاده الشهود. لكن لما كان الغائب على حجته إذا قدم فإنه ينبغي ضبط أسماء الشهود ليتمكن من الجرح و نحوه، و كذا غير ذلك مما له مدخله في بقاء الخصم الغائب على حجته.

هذا كله في الحكم.

حكم إنفاذ الثبوت لو أخبر الأول به:

قال المحقق قده: «أما لو أخبر حاكما آخر بأنه ثبت عنده كذا لم يحكم به الثانى، و ليس كذلك لو قال «حكمت» فان فيه ترددا»

أقول: و أما لو أخبر الحاكم الأول الثانى بثبوت الدعوى عنده، أو قال بعد سماع الدعوى و شهاده الشاهدين «ثبت عندى كذا» فلا يجوز للثانى أن يحكم به أو يقول «ثبت عندى كذا»، لعدم الثبوت عنده، و لا أن يقول: «أنفذت حكمه» لأن الثبوت ليس حكما كى يندرج فى أدله الإنفاذ.

و بالجملة فإن موضوع وجوب الإنفاذ هو «الحكم» لا «الثبوت» .

قال عليه السّلام: «إذا حكم بحكمننا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله و علينا ردّ و الراد علينا الراد على الله، و هو على حدّ الشرك بالله» (١).

اللهم إلا- إذا حصل الاطمئنان بثبوت الأمر عند الحاكم أو الحكام الآخرين و سائر الناس، و لذا كان عيد الفطر يثبت فى أيام شيخنا الأستاذ (١) بقوله: «ثبت عندى» . و كان رحمه الله لا يحكم لانه لم يكن يرى-تبعا لبعض مشايخه-ولا يه للحاكم فى مثل ذلك.

ثم انه قد ذهب بعض الأصحاب-على ما حكاه فى المسالك-الى اختصاص الحكم بما إذا كان بين الحاكمين وساطه و هم الشهود على حكم الأول، فلو كان الحاكمان مجتمعين و أشهد أحدهما الآخر على ذلك لم يصح إنفاذه، لأن هذا

ص: ٢٣

ليس من محل الضروره المسوغه للإفناذ المخالف للأصل.

و أجاب عنه فى الجواهر بأن ذلك ليس قولاً لأحد من أصحابنا و لم نعرف أحداً حكاه غيره، و بأن الضروره المذكوره فى الدليل انما هى حكمه أصل المشروعيه للإفناذ لا أنها علمه يدور الحكم مدارها وجوداً و عدماً، و بأن الضروره قد تتحقق فيه لقطع الخصومه مع عدم الكون فى البلاد المتباعده من الحاكم الأول.

حقيقه الإفناذ

هذا و ليس «الإفناذ» إرشاداً إلى العمل بحكم الحاكم الأول فقط، كما هو الشأن فى عمل نقله فتاوى الفقهاء و إرشادهم العوام الى العمل بفتاوى مقلديهم، بل ان المراد من الإفناذ حكم الثانى بوجوب اطاعه حكم الأول و لزوم تطبيقه حتى ينقطع النزاع، بغض النظر عن صحته و سقمه، فله أن يقول: يجب امتثال الحكم بكون المال لزيد و ان كنت لا أعلم بصحة هذا الحكم. هذا ما تفيده ظواهر كلمات القوم.

و الدليل عليه قوله عليه السلام: «إذا حكم». و ليس من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و لذا يكون فاصلاً للخصومه، و لو كان من ذلك الباب لما كان كذلك.

لكن يمكن أن يقال بأن للحاكم الثانى أن يجعل حكم الأول حجه فى الحكم كما يحكم استناداً إلى البيئه مثلاً، فله أن يحكم فى أصل القضية حكماً من عنده استناداً الى انظر الأول فى الواقعه و حكمه فيها، و لا ينافيه ظاهر الحصر فى قوله صلى الله عليه و آله «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» لجواز حمله على الحصر الإضافى، و قد أجاز ذلك المحقق النراقى و منعه المشهور مستدلين بأن هذا الحكم قول بغير علم، إذ المفروض عدم علمه بكون المال لزيد مثلاً، و بأن المفروض جهله بملاك حكم الأول فمن الجائز أنه لو علم به لخالفه، و على هذا فليس له الحكم به، كما لا يجوز له الحكم بصحته أو موافقته للواقع.

و استدلل النراقى بأن حكم الحاكم الأول حكم الله فى الواقعه، لأدله حجيه

حكم الحاكم، فهو حجه، و حينئذ فكما يجوز للحاكم الثانى الاستناد إلى البيه و اليمين و نحوهما من الحجج، كذلك له ان يستند الى هذه الحجه، فيحكم على طبق حكم الأول حكما مستقلا كما له أن ينفذه.

و الأقوى ما ذهب اليه الا- ان يكون إجماع على خلافه، لكن الأحوط فى المقام هو إنفاذ حكم الأول و عدم الحكم بنفسه فى الواقعه.

صوره الإنهاء:

قال المحقق قدس سره: «و صورته الإنهاء: أن يقص الشاهدان ما شاهدها من الواقعه، و ما سمعاه من لفظ الحاكم، و يقولان: و أشهدنا على نفسه أنه حكم بذلك و أمضاه، و لو أحالا على الكتاب بعد قراءته و قالان: أشهدنا الحاكم فلان على نفسه أنه حكم بذلك جاز» .

أقول: أى ان تحقق الإنهاء يكون بشرح الشاهدين كل ما شاهدها من الواقعه فى مجلس الحكم من حضور المتخاصمين و دعوى المدعى و إنكار المدعى عليه ثم اقامه الأول البيه على دعواه، ثم بحكاية لفظ الحكم الذى أصدره الحاكم و التصريح بإشهاد. إياهما على حكمه.

و يقوم مقام هذا كله احالتهما الحاكم الثانى على الكتاب الذى كتبه الحاكم الأول بالواقعه بعد قراءته و أن يقولان: أشهدنا الحاكم انه حكم بذلك.

قال المحقق: «و لا- بد من ضبط الشىء المشهود به بما يرفع الجهاله عنه، و لو اشتبه على الثانى أوقف الحكم حتى يوضحه المدعى» .

أقول: هذا من شرائط الإنهاء بالشهاده، فلا بد من أن يكون الأمر الذى يشهدان به مضبوطا من الشاهدين معينا بجميع جهاته و شئونه بحيث ترتفع الجهاله عنه، فلو كان مورد الدعوى غصب مال مثلا و أرادا الشهاده بذلك لزم أن يكونا عالمين بخصوصيات الواقعه من زمان الغصب و مكانه و غير ذلك بحيث ترتفع الجهاله و الا

لم يسمع الثاني شهادتهما بل يجب عليه إيقاف الحكم الى أن يتضح الأمر و يرتفع الاشتباه.

و لا- خصوصيه لتوضيح المدعى- و ان قال المحقق: «حتى يوضحه المدعى» - بل يكفى وضوحه من أينما كان. نعم بما أن المدعى هو الذى يدعى شيئا و يطلب من الحاكم النظر فى دعواه فهو المخاطب بإثبات ما يدعيه بطريق شرعى كشهاده غير الأولين على تفصيله أو تذكرهما أو نحو ذلك.

و هل يعتبر فى الإنهاء كونه الى قاض معين أو يكفى توجه الكتاب الى مطلق القضاء؟ حكى الأول عن بعض العامه، و فيه انه لا وجه لهذا التقييد، بل ان البيئه حجه و ان لم يكن معها كتاب مطلقا، فلا يختص الإنفاذ بالمكتوب اليه.

حكم ما لو تغير حال الحاكم الأول:

قال المحقق: «و لو تغير حال الأول بموت أو عزل لم يقدر ذلك فى العمل بحكمه، و ان تغير بفسق لم يعمل بحكمه، و يقرّ ما سبق إنفاذه على زمان فسقه» .

أقول: لا- ريب فى نفوذ حكم الحاكم الجامع للشرائط و الصفات المذكوره فى أول كتاب القضاء، و يعتبر كونه على تلك الصفات فى حين إصداره الحكم، فلو تغير حال الحاكم بموت أو عزل عن القضاء أو جنون أو عمى-بناء على اشتراط البصر-أو غير ذلك لم يقدر ذلك فى العمل بحكمه و وجوب إنفاذه على الحاكم الثانى، و قد استثنى المحقق تبعا للمشهور من ذلك الإسلام و العدالة، و أنه يشترط بقاؤه على ذلك بعد الحكم كذلك، فلو تغير حاله بكفر أو فسق لم يعمل بحكمه-و ليس الأمر كذلك فى سائر الأمور المشروطه بالعداله كامامه الجماعه و الشهاده بالطلاق و نحوهما-و كذا لو تغير حاله بعد الحكم و قبل العمل.

أما إذا تغير حاله بعد العمل بحكمه فلا ريب فى عدم بطلان الحكم بذلك.

و هذا الذى ذكره جار فى مورد فتوى المجتهد أيضا، فلو أفتى بفتوى فمات لم يقدر ذلك فى العمل بفتواه، نعم فى الجواهر: «الظاهر الإجماع على عدم

جواز العمل ابتداء بفتاوى الأموات» و أما إذا كان قد قلده ثم مات المجتهد فقد أفتوا بجواز البقاء على تقليده.

و هذا بخلاف ما إذا تغير حاله بفسق أو جنون، نعم العمل الذى أتى به على طبق فتواه قبل التغير صحيح بلا كلام، و يقر ما وقع بحسب فتواه من بيع أو نكاح أو ما شابه ذلك على ما كان عليه.

و قد استدل لما ذكره المحقق قده بأمرين، أحدهما: -ان ظهور الفسق يشعر بالخيب الباطنى و قيام الفسق يوم الحكم. و الثانى: انه يصح أن يقال بعد فسقه بأنه حكم فاسق فعلا، فلا يجوز العمل به و إنفاذه.

لكن كلا الأمرين واضح الضعف، و لا يقاومان إطلاقات الأدله، و من هنا ذهب جماعه كالأردبيلى و النراقى الى عدم الفرق بين الفسق و الموت، أخذوا بإطلاقات أدله حجيه حكم الحاكم، الا أن ذهاب المشهور الى ما ذكره المحقق، بل دعوى بعضهم عدم الخلاف فيه يمنعنا من الجزم بعدم الغرق.

و ربما يؤيد المشهور بما ذهب اليه بعض الأصحاب من الفرق بين الفسق و غيره من الموانع فى بعض الموارد، فمن ذلك ما لو تغير حال الشاهدين بعد أداء الشهاده و قبل الحكم طبق شهادتهما بموت أو جنون مثلا، لم يقدح ذلك فى قبول الشهاده و ترتب الأثر عليها، بخلاف ما لو تغير بفسق فلا- تعتبر. و من ذلك أيضا: ما لو تغير حال شاهدى الأصل قبل الحكم بشهادته شاهدى الفرع، فإنه يمنع عن الحكم ان كان التغير بفسق و لا يمنع ان كان بغيره.

و يؤيده أيضا جواز البقاء على تقليد المجتهد الميت دون الفاسق.

و لو وصلت النوبه الى الأصل فالأصل هو عدم جواز العمل و الإنفاذ.

هذا كله بالنسبه إلى تغير حال الحاكم الأول الكاتب للكتاب.

لا أثر لتغير حال المكتوب اليه:

قال المحقق: «و لا أثر لتغير حال المكتوب إليه فى الكتاب بل كل من قامت

عنده البينه بأن الأول حكم به و أشهدهم على ذلك عمل بها، إذ اللانزم لكل حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام» .

أقول: ان أنفذ الحاكم الثانى الحكم ثم تغير حاله بموت أو جنون أو غيرهما لم يقدح ذلك فى إنفاذه، و ان تغير بفسق لم يعمل بحكمه بالإنفاذ على المشهور.

و من المعلوم ان ذلك لا يقدح فى حكم الحاكم الأول بل كل ما قامت عنده البينه من الحكام بأن الحاكم الأول قد حكم به و أشهدهم على ذلك عمل بها لعموم دليل حجيتها، إذ اللانزم لكل حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام لان حكمه حكم الأئمة عليهم السلام.

و هكذا يجب على الناس العمل بذلك الحكم، و ان كان المخاطب بالكتاب حاكما معينا بمفرده.

المسألة الأولى

(حكم ما لو أقر المحكوم عليه أو أنكر)

قال المحقق: «إذا أقر المحكوم عليه و أنه هو المشهود عليه ألزم، و لو أنكر و كانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق غالبا فالقول قوله مع يمينه ما لم يقيم المدعى بينه، و ان كان الوصف مما يتعذر اتفاهه الا نادرا لم يلتفت الى إنكاره لأنه خلاف الظاهر» .

أقول: لما قامت الشهادة فاما يقر المحكوم عليه و أنه هو المشهود عليه، فيلزمه الحاكم بأداء ما عليه بلا اشكال، و بلا خلاف كما فى الجواهر.

و اما ينكر، و حينئذ فإن كانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق عليه و على غيره- كما لو جاء فى الشهادة على الحكم بأن محمد بن احمد مدين لفلان كذا، فإنه يحتمل الاتفاق على هذا الشخص و على غيره بكثره-سمع قوله مع يمينه، إلا إذا أقام المدعى بينه على ان هذا هو المقصود.

و عن بعضهم بطلان أصل الحكم على عنوان مشترك كما فى المثال المذكور.

و ان كانت الشهادة بوصف يتعذر اتفاهه الا نادرا- كما إذا قالت بأن فلان ابن فلان صاحب الصفه الكذائيه و المهنة الفلانيه-لم يلتفت الى إنكاره الحكم عليه بلا خلاف بين من تعرض لذلك كما فى الجواهر، و ذلك لانه خلاف الظاهر.

هذا و فى المسأله تفصیل، لأنه إذا أنكر كونه المحكوم علیه فتاره يدعى المدعى كونه هو على التعین، و حیثذ لیس للحاكم الثانى إنفاذ حكم الأول فى حق هذا الشخص، بل تجرى أحكام المدعى و المنكر. و أخرى یتردد المدعى بین هذا و شخص آخر یشترك معه فى الاسم و الوصف، فان كان هذا التردد من المدعى من أول الأمر كان المورد من فروع مسأله الدعوى على المردد، كدعوى ولى المقتول بأن أحد هذین قاتل أبى، و فى صحه هذه الدعوى بحث و خلاف. و بناء على صحتها یتطلب المدعى بالبینه، و مع عدمها یحلف الرجلان ان كانا حاضرین أو الحاضر منهما، و مع الامتناع ترد الیمین على المدعى.

و لو شهد الشاهدان على معین و حكم معین و حكم الحاكم علیه بأداء الحق ثم اشتبه فلا- ریب فى صحه الحكم، فان وقع الاشتباه من عدم ذكر الحاكم الأول للأوصاف و المشخصات بالتفصیل، جاء ما ذكره المحقق من أنه ان كانت الشهاده یوصف یمتثل الاتفاق. بخلاف ما لو كان الوصف مما یتعذر اتفاهه الا نادرا و قد ذكره الحاكم الأول بالتفصیل، فإنه لا یتلفت الى إنكاره لأنه خلاف الظاهر، و ان كان سماع دعواه انطباق الاسم و الوصف فعلا على غیره غیر بعيد.

قال المحقق: «و لو ادعى ان فى البلد مساویا له فى الاسم و النسب كلف إبانته فى إثباته، فإن كان المساوی حیا سئل، فإن اعتراف أنه الغریم الزم و أطلق الأول، و ان أنكر وقف الحكم حتى یتبین» .

أقول: ووقوف الحكم بمجرد دعوى أن المحكوم علیه شخص آخر غیره -مع إنكار ذلك الشخص فى غایه الإشکال، اللهم الا ان یقال بان الدعوى كانت على کلّی المسمى بهذا الاسم و قد صدر الحكم علیه كذلك، ثم اشتبه المصداق الحقیقى بغيره. لكن صحه الدعوى على الكلّی المردد محل خلاف.

هذا كله مع كونه حیا.

قال المحقق: «و ان كان المساوی میتا و هناك دلالة تشهد بالبراءه، اما لان

الغريم لم يعاصر، واما لان تاريخ الحق متأخر عن موته ألزم الأول و ان احتمل وقف الحكم حتى يتبين» .

أقول: و هذا أيضا مشكل بعد كون المدعى قد خص هذا الشخص فى الدعوى و أقيمت عليه الشهاده و صدر الحكم.

و قد فصل بعضهم بين ما إذا ذكر الاسم و الوصف و كان الوصف محتملا للاتفاق فيه مع غيره من أول الأمر، و بين ما إذا كان متعذرا اتفاهه من أول الأمر ثم اتفق بعد ذلك. فحكم بالبطلان فى الأول دون الثانى.

المسأله الثانيه

(حكم امتناع المشهود عليه من التسليم حتى يشهد القابض)

قال المحقق: «للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض، و لو لم يكن عليه بالحق شاهد قيل: لا يلزم الاشهاد. و لو قيل: يلزم كان حسنا.» أقول: هذا لثلا يطالبه ذو الحق به مره أخرى، و الدليل على هذا الحكم قاعده لا ضرر و لا ضرار، هذا إذا كان مع صاحب الحق ما يثبت حقه، و أما مع عدمه و علم المحكوم عليه بالحق فيما بينه و بين الله فلا كلام فى وجوب أداء الحق بالمطالبه، إذ ليس مع ذى الحق ما يخاف مراجعته به مره أخرى، و لو قيل: يلزم الاشهاد كان حسنا حسما لماده المنازعه أو كراهه لتوجه اليمين.

هذا و لكن فى الحكم بجواز الامتناع من التسليم الا مع الاشهاد نظر، لأن أداء حق الناس واجب، و المماطله غير جائزه، غايه الأمر انه لو حدث نزاع بعد ذلك ترافعا الى الحاكم و ارتفع بالموازين الشرعيه، فمجرد احتمال حدوث النزاع مره أخرى لا يجوز تأخير أداء حق الناس، ففيما ذكره تردد.

(عدم وجوب دفع الحجه على المدعى)

قال المحقق: «لا يجب على المدعى دفع الحجه مع الوفاء. و كذا القول فى البائع.» أقول: دليل عدم الوجوب كون الحجه ملكا له. وقد قال رسول الله صلى الله عليه و آله: «الناس مسلطون على أموالهم» و لأنها حجه له لو خرج المقبوض أو المبيع مستحقا.

ص: ٣٢

الكلام في: بعض أحكام القسمة

إشاره

ص: ٣٣

«القسمه» معامله مستقله لها أحكامها الخاصه، و قد تعرض الأصحاب قدست أسرارهم لها في كتاب الشركه، و ذكروا بعضها في كتاب القضاء من جهه استحباب أن يكون للحاكم قاسم يقسم الأموال المشتركه بين الشركاء، لتوقف فصل الخصومه على القسمه في كثير من الأحيان.

مشروعيه القسمه:

و مشروعيه القسمه بأن تكون معامله كالمعاملات الأخرى ثابتة بالكتاب و السنه، ففي القرآن الكريم «وَ إِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَ الْيَتَامَىٰ وَ الْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ» (١) إذ الاستفادة من هذه الآيه المباركه إمكان تمييز السهام بعضها عن بعض بالقسمه، من دون حاجه الى أن يبيع بعض الشركاء سهمه من بعض لتحقق الفرز و تعيين الحصص في المال، فالايه ظاهره في تشريع القسمه لأن تكون طريقا للوصول الى هذا الغرض و الأقال-مثلا-: و إذا حضر البيع أو الصلح.

و ذكروا أيضا قوله عز و جل «وَ نَبِّئُهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ» (٢) و لكن في

ص: ٣٥

١-١) سورة النساء: ٨.

٢-٢) سورة القمر: ٢٨.

دالاتها على تشريع القسمة نظر، لان الماء كان لهم خاصة و لم يكن مشتركاً، و قد أمر سبحانه بجعل قسم من الماء للناقه.

و من السنه: ما روى من «أن عبد الله بن يحيى» كان قساماً لأمر المؤمنين (١) و قد قسم رسول الله صلى الله عليه و آله خير على ثمانية عشر سهماً. و قال صلى الله عليه و آله: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود و عرفت الطرق فلا شفعة» (٢). قال فى الجواهر: «و غير ذلك من النصوص، و إجماعاً بقسميه، بل ضروره» .

ثم ان القسمة تارة تكون بإفراز الحصص بعضها عن بعض، و اخرى تكون قسمه مهاباه، بمعنى تقسيم الانتفاع من الشىء المشترك بحسب الأزمنه، كالدابه المشتركه بين اثنين يستعملها هذا يوماً و ذاك يوماً.

حقيقه القسمة:

ثم انه تارة يختلط مال اثنين بعضه ببعض، كأن يختلط شياه هذا بشياه ذاك فهنا قولان:

أحدهما: أنهما يشتركان فى المجموع بنحو الإشاعه، كما هو الحال فيما إذا ورث الاخوان هذا المجموع معا. و الثانى ان كلاً منهما يملك حقه و مملوكه الواقعى فقط. و إذ لا طريق الى التمييز فلا بد من التراضى بينهما بالتقسيم، بأن تنتقل عين مال كل واحد إلى الآخر فى مقابل عين ما له فيكون فى الواقع تبديلاً.

و تارة اخرى يكون الاختلاط بين المالين موجبا لاشتراكهما بالإشاعه عند العرف، كأن تختلط حنطه هذا بحنطه ذاك. فلا يصدق حينئذ التبديل، بل يقال هنا بالتمييز و الافراز و التعيين، و المراد جعل المال الذى يشترك الاثنان فى تملكه مفرزا الى ملكين يختص كل واحد منهما بواحد.

قال المحقق قدس سره فى كتاب الشركه: و هى تمييز الحق من غيره، و كذا قال فى المسالك و الجواهر، بل نسب الى المعروف بين الأصحاب، و عليه السيد صاحب

ص: ٣٦

١-١) سنذكر ترجمه هذا الرجل قريباً.

٢-٢) سنن البيهقى ١٠٢-٦.

الوسيله، و الاولى التعبير بالتعيين وفاقا للسيد صاحب العروه حيث قال: و الاولى التعبير بالتعيين، لان الظاهر من التمييز أن يكون له واقع معين و ليس كذلك (1).

نعم فى مثال الشياه على الوجه الثانى يصح التعبير بالتمييز.

فالأولى التعبير هنا بالتعيين، لعدم تعيين حق كل من الشريكين خارجا، إذا المفروض انهما يشتركان فى كل جزء جزء من المال حتى يصل الى الجزء الذى لا يتجزء فيقسم هناك تقسيما عقليا. فالمراد من القسمة تعيين مصداق الكلى.

و اما احتمال أن تكون القسمة تعيين ما يملكه كل واحد من الشريكين خارجا، بمعنى أن كل مال من الأموال المملوكة هو ملك لكليهما، فيكون أحدهما مالكا للنصف الثانى من المال الذى بيده بإزاء تملكه النصف الآخر من المال الذى بيد شريكه، فتكون القسمة فى الحقيقه بيعا، لأنها على هذا تبديل الأموال بعضها ببعض بحسب السهام، لكن الشريكين ينشئان القسمة و لا نظر لهما الى المبادله و المعاوضه الواقعه.

فيضعفه: انه ان كان المراد من النصف هو النصف المردد فان المردد لا وجود له فى الخارج، و ان كان المراد منه النصف المعين فهذا خلف للفرض، و لو كان كذلك لم يكن حاجه الى التقسيم. فيرجع الأمر الى الكلى و يكون من قبيل تعيين الكلى فى المصداق، نظير تملك الكلى فى المعين كالصاع من الصبره إذ يتعين كلى الصاع بالصاع الذى يدفعه، و ان كان بين الموردين فرق من جهه أخرى، و ذلك انه مع تلف شىء من المال المشترك يكون التلف من كليهما، بخلاف ما لو تلف من الصبره مقدار فإنه من مالكة، حتى إذا بقى منها صاع واحد كان لمستحقه و لم يشاركه صاحب الصبره.

و أما احتمال ان يكون المملوك لكل واحد من الشريكين هو الأحد اللابعيه

بناء على أن الملكيه أمر اعتبارى، فيجوز ان يباع الواحد المردد لانه قابل للتمسك كما يقبل الكلى ذلك نظير بيع ثمره الشجره قبل وجودها. فيكون التقسيم فى حقيقته إخراج كل فرد من حال عدم التعين الى التعيين-ففيه ما تقدم من أن الواحد احد المردد لا وجود له ولا حقيقه، و الملكيه و ان كانت أمرا اعتباريا لكن يشترط فى متعلقها أن يكون أمرا قابلا للوجود فى الخارج.

و التحقيق هو النظر فى حقيقه الشركه، و بذلك يتضح معنى القسمه، و الحاصل:

ان التقسيم هو التعيين، لان معنى الشركه هو تملك كل من الشريكين للنصف مثلا من المال بنحو الإشاعه، و حيث يراد إخراج الملك عن الإشاعه و تعيين حق كل واحد من الشريكين، يقسم المال بحسب السهام، فيكون التقسيم تعيين كل من النصفين لكل من الشريكين مثلا، فيتحصل ان معنى التقسيم إخراج المال عن حال كونه مملوكا للشريكين بالإشاعه الى حال تعيين ملك كل واحد منهما فيه، بتعيين مصاديق كل الاجزاء لكل منهما، و هذا الوجه أحسن الوجوه فى هذا المقام.

حكم نصب القاسم:

قال المحقق: «و يستحب للإمام ان ينصب قاسما كما كان (١) لعلى عليه السلام» .

أقول: هذا الحكم لا ريب فيه كما فى الجواهر، لان نصب القاسم من المصالح العامه، و عن القواعد الإجماع عليه.

و ان تعبيره ب «النصب» يفيد أن ذلك منصب من المناصب، و لازم ذلك أن يكون للقاسم ولايه على التقسيم كما للحاكم ولايه على الحكم، و يكون ما فعل نافذا على الشريكين كما ينفذ حكم الحاكم على المتخاصمين، و لو لم يرض أحدهما

بالتقسيم حكم الحاكم به من باب كونه وليا على الممتنع و كان التقسيم نافذا.

و إذا كانت القسمة منصبا و كان القاسم منصوبا من قبل الامام عليه السّلام أو الحاكم لزم وجود الشرائط الاتيه فيه. قال المحقق قدس سره:

صفات القاسم:

«و يشترط فيه البلوغ و كمال العقل و الايمان و العدالة» أقول: لا شبهه و لا خلاف فى اشتراط كونه بالغاً عاقلاً، إذ لا عبره بأفعال الفاقد للبلوغ و العقل، كما لا ريب و لا خلاف فى اعتبار الايمان و العدالة فيه، لان صاحب هذا المنصب ذو ولايه، و قد قال الله عز و جل «لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ» (١) قال: «و المعرفه بالحساب» .

أقول: و كذا نحوه مما تحتاج إليه القسمة غالباً.

قال: «و لا يشترط الحرية» .

أقول: ظاهر الجواهر الإجماع على عدم اشتراط الحرية فى القاسم، فيجوز ان يتولى ذلك العبد الجامع للشرائط المعتره بإذن المولى.

قالوا: و يشترط فيه القصد بأن يقسم المال و يفرز الحقوق مع القصد و الإنشاء كما يصدر الحاكم الحكم كذلك.

قال: «و لو تراضى الخصمان بقاسم لم يشترط فيه العدالة» أقول: اما بناء على عدم كون القسمة منصبا من المناصب، فإنه حيث يريد القاسم القسمة الإجباريه فإن القدر المتيقن من القسمة النافذه قسمه المؤمن العدل، و لا يوجد عندنا إطلاق لتتمسك به لأجل نفوذ قسمه مطلق القاسم، و اما قاسم الامام عليه السّلام ففى الخبر انه كان من شرطه الخميس و كان مبشرا بالجنه.

و أما إذا كان القاسم معيناً من قبل الشريكين فلا- حاجه الى العدالة و الايمان، إذ المفروض رضاهما بما يفعله- كما لهما أن يقتسما المال بأنفسهما- نعم لا بد

ص: ٣٩

من كون القاسم الذى يتراضيان بتقسيمه مكلفا، لان عمل الصغير لم يمضه الشارع فى مورد. و قيل: لا مانع من ان يتصدى الصغير عملا من باب المقدمه، للتقسيم، كأن يكون اداه و وسيله لذلك، و فيه: انه لا يتحقق الافراز الا بالتقسيم و القرعه، فالذى يفرز المشاع هو نفس التقسيم، و بالقرعه يتعين حق كل واحد من الشريكين، فالتقسيم إذا عمل يترتب عليه أثر فلا يجوز أن يقوم به الصغير، و لا يتصور عمل آخر غير التقسيم و القرعه ليكون مقدمه يجوز قيام الصغير به.

أذن لا بد من كونه مكلفا بالبلوغ و العقل، و لكن لا يشترط فيه الايمان و العدالة قال المحقق: «و فى التراضى بقسمه الكافر نظرا، أقربه الجواز كما لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم» .

أقول: و ما قربه هو الأقوى، فإنه لا مانع من أن يتصدى الكافر ذلك فى صورته كونه معينا منهما، و ليس للقاسم سلطنه حتى يمنع عملا بقوله تعالى «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (١).

نعم فيما قيل انه منصب من المناصب الشرعيه كالقضاء مثلا و قيل ان له ولايه على المقتسمين، فلا بد له من الايمان و العدالة و يكون نصبه من قبل الامام عليه السلام أو نائبه الخاص أو العام ادام الله وجود نوابه فى الأنام.

هل يشترط الرضا بعد القرعه؟

قال المحقق قدس سره «و المنصوب من قبل الامام تمضى قسمته بنفس القرعه و لا يشترط رضاها بعده» .

أقول: لا خلاف و لا إشكال فى ذلك، لما تقدم من تحقق الولايه له من جهه كونه منصبا، فيكون تقسيمه نافذا مطلقا كما ينفذ حكم الحاكم فى حق المتخاصمين.

قال: «و فى غيره يقف اللزوم على الرضا بعد القرعه. و فى هذا اشكال من

ص: ٤٠

حيث أن القرعه وسيله إلى تعيين الحق و قد قارنها الرضا» أقول: إنما الكلام فى القاسم الذى رضيا بتقسيمه، ففى اشتراط رضاهما بعد القرعه قولان، و دليل الاشتراط هو: أن كلا منهما يريد التصرف فى السهم الذى وقع له، فلا بد من رضاهما معا بالتقسيم و القرعه بعدها حتى يجوز لهما التصرف، لان ذلك هو القدر المتيقن و لا يوجد إطلاق يؤخذ به فى المقام. و دليل العدم هو:

ان المفروض رضاهما بالقرعه و هذا الرضا يكفى لجواز التصرف، لان «الناس مسلطون على أموالهم و أنفسهم» .

أقوال: ان كان دليل السلطنة: «الناس مسلطون على أموالهم و أنفسهم» مشرعا جاز التمسك به لعدم الاشتراط، و ان لم يكن مشرعا بل كان مفاده سلطنة المالك على ملكه و جواز تصرفه فيه بأنحاء التصرف فى حدود الشرع و المعينه من قبل الشارع فلا، لان القدر المتيقن من الأدله الشرعيه لجواز التصرف حينئذ صورته الرضا بعد التقسيم و القرعه.

هذا و لكن بناء على ما تقرر من كون القسمة من الأمور التى بها يفرز المال المشاع و تزال الشركه، فإنه يلزم رضى الشريكين و يشترط كون القرعه بطيب النفس، و حيث كانت كذلك فلا لزوم للرضا بعد تحقق القرعه، فيكون القسمة كسائر المعاملات من هذه الجهه، ففى البيع مثلا- يشترط شروط، و حيث أجريت صيغه البيع بشروطها لا- يشترط ان يقول كل من المتبايعين بعدها: رضيت، إذ لا دليل عليه، فالإشكال الذى ذكره المحقق قدس سره وارد، و الأقوى هو القول بعدم اشتراط الرضا بالقرعه بعدها.

و هل يشترط القرعه؟

هذا و عن جماعه القول بأن الأمر يتحقق بالقسمة عن تراض، و هى كافيه لتعيين الحقوق من دون حاجه الى القرعه، لا سيما و أنه لا تعرض إلى القرعه فى الاخبار، و أن القرعه لكل أمر مشكل، و أنه ليس فى نصوص الشركه إشارة الى أن زوالها

يكون بالقرعه، بل لقد قال بعضهم بأن الأخذ بالقرعه هنا متابعه للعامه، و في المسالك: «بل ينبغي أن يتعين بتراضيهما على القرعه و تخصيص كل واحد من الشركاء بحصته و ان لم يحصل القرعه كما يصح المعاطاه في البيع، الا أن المعاطاه يتوقف لزومها على التصرف من حيث أن ملك كل واحد من العوضين كان للآخر، فيستصحب ملكه الى ان يتصرف أحدهما بإذن الآخر، فيكون رضا منه بكون ما في يده عوضا عن الآخر. أما القسمة فإنها مجرد تمييز أحد النصيبين عن الآخر، و ما يصل الى كل منهما هو عين ملكه و لا- يكون عوضا عن ملك الآخر، فيكفي تراضيهما عليها مطلقا، و من جعلها بيعا مطلقا أو على بعض الوجوه يناسبه توقف اللزوم على التصرف كإلبيع معاطاه. و اشتراط في الدروس تراضيهما بعد القرعه في غير قسمة منصوب الامام عليه السلام مع اشتمالها على الرد خاصه و هو حسن، و في اللمعه:

اكتفى بتراضيهما عليها من غير قرعه مطلقا. و هو أجود، و اختاره العلامة في القواعد.

و قد أشكل على ما ذكر بأن قياس القسمة على المعاطاه مع الفارق، لان المعاطاه بناء على افادتها الملك و جواز الرجوع فيها ما دامت العينان باقيتين-بيع عند العرف، و قد أمضى الشارع ذلك، و أما القسمة فعنوان آخر، و لا يوجد في نصوصها إطلاق يفيد نفوذها و لزومها حتى يقال بأن القسمة تتحقق بالدليل و لا حاجه الى القرعه، و قوله تعالى: «وَ إِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ .» لا إطلاق فيه و لا- يبين كيفية القسمة، و حينئذ فإن تحققت القسمة مع القرعه كانت المعامله متحققه بالإجماع و بها يتم النقل و الملك لكل واحد من الشريكين، و ليس هنا تصرف في مال الغير حتى يقال بجوازه بالرضا لقوله: «لا يحل.» لانه يريد أخذ ماله و تعيين حقه (١).

هل تتحقق القسمة بالصلح؟

و هل تتحقق القسمة بالمصالحة؟ توقف فيه بعضهم، لكن الظاهر أن المصالحة تبديل و معاوضه بين السهمين، و نتیجتها كون كل واحد من الشريكين مالكا للعین التي بيده مثلا، كما يتحقق ذلك بالبيع و الشراء بينهما.

نعم قد يستشكل في هذا البيع أو الصلح بناء على لزوم كون العوضين معينين في الخارج في البيع و الصلح، فلا يصح بيع أحد العبدین أو إيقاع الصلح عليه لفقدان الشرط المذكور في المعامله. و حينئذ لا- يمكن التوصل إلى نتیجه القسمة و هو افراز السهمين و تعيين الحق لكل من الشريكين عن طريق البيع و الصلح بينهما.

و هل يؤثر رضا المالك لو قسم ماله فضول و اقترع عليه؟ فيه اشكال، و حينئذ تستصحب الشركه.

و بناء على لزوم الرضا بعد القرعه يشترط رضاهما حتى لو كان القاسم الإمام أو المنصوب من قبله، و حيث يكون التقسيم عن إجبار يلزم رضا الحاكم لأنه ولي الممتنع.

عدم الفرق بين قسمة الرد و غيره:

ثم ان القسمة تاره تشتمل على رد-و ذلك عند ما يخرج لأحد الشريكين النصيب الأوفر من الآخر، فيؤخذ شىء من صاحب الزيادة في مقابلها و يدفع الى الآخر لعدم إمكان تقسيم المال المشترك الى سهمين متساويين، فيحصل التعديل

قلت: ان اطمأن الشريكان بأنه قد قسم مع العدالة من جميع الجهات كفى القاسم الواحد، و لا حاجة الى التقويم، سواء كانت القسمة عقدا أو إيقاعا أو حكما على اختلاف الوجوه والأقوال-و ان كان الظاهر كونها بالعقد أشبه، و لعله من هذه الجهة لم ينقل احتياج قاسم أمير المؤمنين عليه السّلام الى المقوم، و لذا لو قسم أحدهما برضا الآخر كفى. نظير ما ذهب اليه بعضهم من جواز تولي الواحد لإجراء عقد النكاح وكاله عن الزوجين، فان قسم القاسم و شكك في كونه بالعدل و ذكر أنه قد قسم بالعدل كان قوله متضمنا للشهادة فلا بد من شاهد آخر معه، و لعل ذهاب المحقق و الجماعة إلى لزوم التعدد في صورته الاشتمال على الرد هو من جهه أن الغالب في مثل ذلك وقوع الاحتياج الى التقويم، و مع عدمه أجزأ القاسم الواحد.

الكلام في أجره القاسم:

قال المحقق قده: «و أجره القسام من بيت المال، فان لم يكن إمام أو كان و لا سعه في بيت المال كانت أجرته على المتقاسمين»

أقول: هذا بالنسبة إلى القاسم المنصوب من قبل الامام عليه السّلام، فإن أجرته تكون على بيت المال لانه بعد للمصالح، لكن ذلك يختص بصوره إجبار الامام المتقاسمين على التقسيم، و أما وجوبها على بيت المال في المورد الذي لم يأمر فيه الإمام بالقسمة فبعيد، فكان الاولى التقييد بما ذكرناه، و حيث طلبا من الامام عليه السّلام إرسال القاسم لأجل التقسيم كانت الأجره عليهما، لأن عمله محترم و هما قد طلباه، فعليهما الأجره لا على بيت المال و ان كان فيه سعه.

و أما إذا طلب أحدهما دون الآخر فأمر الامام بالتقسيم فهل عليه دفع ما يجب على الراضى منهما أيضا من بيت المال؟ الظاهر هو العدم.

و المشهور-بل ادعى الإجماع-على أخذ الأجره من كليهما و ان كان أحدهما ممتنعا و كان التقسيم بأمر الحاكم و إجباره، و كذا لو لم يمتنع أحدهما بل رضى بكلا الأمرين-بقاء الشركه و التقسيم-على السواء فأمر الحاكم بالتقسيم، قالوا لان التقسيم له

أثر و نفع بالنسبة إليه أيضا.

و فيه: ان توجه النفع الذى لم يطلبه لا يوجب دفع شىء عليه، و تحقق الإجماع فى هذا المقام بعيد. و كذا لو رضى بالتقسيم من غير أن يطلبه، أو رضى الحاكم به من قبله، فإنه لا يجب عليه شىء الاعدم الامتناع عن التقسيم، و كذلك الحاكم ان رضى من قبله بالولاية. فالأقوى فى جميع هذه الموارد توجه كل الأجره على من طلب التقسيم. هذا، و مقتضى القواعد كفايه رفع اليد عن المال و عدم وجوب تسليمه.

قال المحقق قدس سره: «فإن استأجره كل واحد بأجره معينه فلا بحث» .

أقول: ان استأجر كلا الشريكين القاسم بعقد واحد لأجل التقسيم بأجره معينه وجب عليهما معا دفع الأجره، و ان استأجره كل واحد بالاستقلال و بأجره معينه قال المحقق: فلا بحث، و هو صريح فى الجواز، و قد أشكل عليه من جهة أن العمل واحد و ينتفع منه كلاهما، فإذا استأجره أحدهما لهذا العمل لم يصح استئجار الثانى إياه له، لان هذا العمل مملوك الأول، فكيف يأخذ مالا- بإزاء هذا العمل نفسه من الشريك الثانى؟ و بعباره أخرى: انه يتحصل من افراز سهم الموجر كون سهم الآخر مفروزا كذلك، فكيف يجعل نفسه أجيرا لتحصيل ما حصل؟ .

فان قيل: فكيف يجوز أن يصير الشخص الواحد و كيلا من طرف البائع للإيجاب و من طرف المشتري للقبول فى معامله واحده؟

قلنا: انه قياس مع الفارق كما هو واضح.

و قد أشكل عليه أيضا بأن فرز مال أحدهما مقدمه لفرز مال الآخر، فإذا أوجر من قبل أحدهما كانت إجاره الثانى باطله، لأنها تكون على عمل وجب عليه إتيانه بإجاره الأول من باب المقدمه.

لكن فيه: ان العمل واحد غير أن الذى يتحصل منه أمران، و ليس باثنين حتى يكون أحدهما مقدمه للآخر.

وقد ذكر في المسالك الإشكال الأول و قال: «و أجيب بأن السؤال مبنى على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستئجار القسام لإفراز نصيبه و لا- سبيل إليه، لأن إفراز نصيبه لا- يمكن الا- بالتصرف فى نصيب الآ-خرين ترددا و تقديرا، و لا سبيل اليه الا برضاهم، نعم يجوز ان ينفرد واحد منهم برضا الباقين فيكون أصلا و وكلا و لا حاجة الى عقد الباقين، و حينئذ ان فعل ما على كل واحد منهم بالتراضى فذاك، و ان أطلق عاد الكلام فى كيفية التوزيع» .

و قد أشكل على هذا الجواب بأن الإجاره للتقسيم المستلزم للتصرف فى مال الشريك بدون اذنه غير صحيحه، و أما إذا كانت الإجاره فى مورد لا يستلزم التقسيم فيه التصرف، كأن يكون القاسم عالما بوزن المال أو مساحه الأرض مثلا عاد الإشكال.

أقول: هذا كله بالنسبه إلى التصرف الخارجى، لكن الإفراز فى حد ذاته تصرف فلا- يجوز القيام به و لا- يتحقق الا- مع اذن الشريك، و حينئذ تكون إجاره الأول باطله.

و كما يمكن أن يكون القاسم عالما بخصوصيات المال بحيث لا يحتاج الى التصرف فى نصيب الشريك الآخر، كذلك يمكن تحصيل رضا الشريك بهذا المقدار من التصرف اللازم لمعرفه خصوصيات المال، فيكون نظير ما إذا و كله فى شراء دار مثلا، فان معناه أنه ان رضى مالکها و باعها فاشترها منه، و اما إذا لم يرض لغت الوكاله، فيكون كبيع الفضولى مع عدم اجازة المالك، فلو باع شخص مال غيره فضوله، أى أنشأ تملكه الغير بدون رضى المالك فان هذا فعل لغو و ليس حراما لان المفروض عدم وقوع التصرف فيه.

و هنا ان للتقسيم كان فى الحقيقه اجاره مشروطه بإجازة الشريك، فقيل بعدم الصحه أيضا، و قال فى الجواهر: إذا كان إنشاء الإجازة مشروطا بإجازة الآخر فإن أجازة الأول باطله للتعليق، و ان كان إنشاء مراعى بإجازة الآخر-مثل بيع الفضولى- فإن إنشاء منجز لكنه مراعى شرعا، فإن رضى الثانى بالإجاره تمت و أثرت الإجازة.

فهذا معنى قول صاحب الجواهر: اللهم الا- ان يراد ان الاولى وقعت مراعى صحتها بوقوع الثانيه، و لكن فيه: ان المراعى فى بيع الفضولى ان المالك يجيز نفس عمل الفضول، و هنا ان اجاز الثانى نفس عمل الأول كان عمله ممضى بهذه الإجازة و لا يكون شريكا معه فى الإجاره، و ان كانت إجازة الثانى بمعنى إنشائه الإجاره عاد الاشكال، و لذا قال هو: و التحقيق عدم صحه الثانى حيث تصح الاولى من دون مراعاة للثانيه مع كون المستأجر عليه شيئا واحدا.

هذا و لو كل أحد الشريكين الآخر فى التقسيم فأجر الشريك أصاله عن نفسه و وكاله عن شريكه من يقسم المال و جب عليهما معا دفع الأجره.

قال المحقق قده: «و ان استأجروه فى عقد واحد و لم يعينوا نصيب كل واحد من الأجره لزمهم الأجره بالحصص و كذا لو لم يقدروا أجره كان له أجره المثل عليهم بالحصص لا بالسويه» .

أقول: ادعى فى الجواهر إجماع الطائفة على مراعاة الأجره بالحصص، و استدل له الشيخ قدس سره بأنا لو راعيناها على قدر الرؤوس ربما أفضى إلى ذهاب المال، كأن يكون بينهما لأحدهما عشر العشر سهم من مائة سهم و الباقي للآخر و يحتاج إلى أجره عشره دنانير على قسمتها، فيلزم من له الأقل نصف العشره، و ربما لا يساوى سهمه ديناراً واحداً، فيذهب جميع المال و هذا ضرر، و القسمة وضعت لازاله الضرر فلا يزال بضرر أعظم منه.

و استدل له كاشف اللثام بقوله: و لأن الأجره تزيد بزيادة العمل، و العمل يزيد بزيادة المعمول، فكل من كانت حصته أزيد فالعمل له أزيد، كمن يسقى جريبين من الأرض فعمله أزيد ممن يسقى جريبا، و ان تحمل المشقه أكثر، و كمن رد عبدا قيمته مائة فعمله أزيد ممن رد عبدا قيمته خمسون، و الغموض فى قله النصيب انما جاء من كثره نصيب الآخر.

و فى القواعد و غيرها احتمال التساوى للتساوى فى العمل، فإنه ليس الا افرازا

أو حساباً أو مسامحة. و الكل مشترك بينهما، بل قد يكون الحساب في الأقل أغمض و قله النصيب توجب كثره العمل لوقوع القسمة بحسب أقل الأنصاء، فان لم يجب على الأقل نصيباً من الأجره أزيد فلا أقل من التساوى.

قال في الجواهر: و لكن لم يذهب إليه أحد من أصحابنا، بل عن الشافعي و أبي حنفيه و مالك موافقتنا على ذلك، نعم هو محكى عن احمد بن حنبل، و نقض عليه الفاضل في القواعد بالحفظ للمال المشترك، فان له الأجره بالحصص مع التساوى في العمل.

قلت: و مثله حمل المال المشترك من مكان الى آخر، فان له الأجره بالحصص، لكن التحقيق اختلاف الموارد و أنه لا تدور الأجره مدار نتيجة العمل في كل مورد، مثلاً: لا يفرق في الأجره بين حمل الحنطه و حمل الرز من مكان الى آخر-مع وحده المسافه و اتحادهما في الوزن-و ان كان الرز اغلى من الحنطه، و صاحب المطبعه يطبع كل ملزمه من الكتاب بأجره معينه، فهو يأخذ أجرته في مقابل عمله من غيره فرق بين أن يكون الكتاب من الكتب العلميه النفسيه ماديا و معنويا، أو يكون كتاباً رضيعاً كذلك، ففي هذه الموارد يلحظ العمل نفسه، و أما في حمل المال المشترك أو تقسيمه فالسيره العقلانيه هي النظر إلى نتيجة العمل بالنسبه الى كل واحد من الشركاء فإذا آجروه كلهم للحمل أو القسمة قسمت الأجره عليهم بالحصص، لان حرمان صاحب التسعه أعشار من الاستفاده من المال-لأجل الشركه-تسعه أضعاف حرمان صاحب العشر، فتكون استفادته من المال بالتقسيم تسعه أعشار استفادته فعليه تسعه أعشار الأجره. فالحق هو الاستدلال بالإجماع و بقاعده نفى الضرر كما عن الشيخ قدس سره في الخلاف.

النظر في المقسوم:

قال المحقق قدس سره: «و هو اما متساوى الأجزاء كذوات الأمثال مثل الحبوب و الأدهان، أو متفاوتها كالأشجار و العقار، فالأول يجبر الممتنع مع مطالبه

الشريك بالقسمه لأن الإنسان له ولاية الانتفاع بماله و الانفراد أكمل نفعاً .

أقول: قسم المحقق قدس سره المقسوم الى قسمين، أى إلى المتساويه أجزاءه من حيث الوصف و القيمه كذوات الأمثال مثل الحبوب و الادهان، و الى المتفاوته أجزاءه كالأشجار و العقار، و قد حكم فى القسم الأول بجواز إجبار الممتنع مع مطالبه الشريك بالقسمه، قال فى الجواهر: بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم، بل الظاهر الاتفاق عليه، و لعله العمده بعد قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر و الضرر فى القسمه المفروض شرعيتها، و أما الثانى ففيه تفصيل كما سيأتى.

قال المحقق: «و يقسم كيلا و وزنا متساويا و متفاضلا ربويا كان و غيره لان القسمه تميز حق لا بيع» .

أقول: و حيث إيراد التقسيم، فإنه يقسم المكيل و الموزون و غيرهما كيلا- و وزنا و غير ذلك متساويا و متفاضلا، ربويا كان المقسوم و غيره، و ذلك لان القسمه - كما سبق فى أول البحث- معاملة مستقل يقصد بها تمييز حق أو تعيين حق، لا بيع فلا يشترط فيها ما يشترط فى البيع من القبض فى المجلس فى النقدين و العلم بالوزن و الوصف و عدم الاشتمال على الربا، و حينئذ فإذا قسم بالتساوى بحسب العين أو بحسب القيمه جاز و ان كان مع الجهل بالوزن أو الوصف، . و كذا لا- يثبت فى القسمه الأختيار لأحد المتقاسمين.

قال ثانى الشهيدين: لو ترك قوله متساويا و متفاضلا كان أولى، و إليك نص كلامه:

«و أما قوله متساويا و متفاضلا فالأصل فى القسمه أن يكون بنسبه الاستحقاق، فإذا كان المشترك بينهما نصفين كان إفرازه نصفين، و ان كان بينهما أثلاثا كان إفرازه كذلك، و التفاضل فى الثانى بحسب الصورة و الا فهو متساو حقيقه، لأن مستحق الثلث له فيما فى يد صاحب الثلثين ثلث و لصاحب الثلثين فيما فى يد

صاحب الثلث ثلثاه، فالقسمه على هذا الوجه موجب للتسوية بينهما بالنظر الى أصل الحق، وان أراد بالتفاضل ترجيح أحدهما على الآخر بزياده على حقه فليس ذلك بداخل فى حقيقه القسمه بل هو هبه محضه للزائد، فلو ترك قوله متساويا و متفاضلا كان أولى» .

قال فى الجواهر: و فيه أن معنى كلام المحقق هنا انه لو فرض كون الاشتراك فى جيد الحنطه و رديئها بحيث كان المنان من الردى يساوى المن الواحد من الجيد، فلو أخذ أحدهما المنين فى مقابل الواحد من الجيد جاز و لا يلزم الربا، لانه تقسيم اى تعيين لحق كل واحد و ليس بيبعا، و ان كان التقسيم فى حقيقته معاوضه.

قلت: لكن ظاهر العبارة لا يساعد هذا المعنى، فإنه يقول: المقسوم إما متساوى الأجزاء كذوات الأمثال أو متفاوتها فالأول يجبر الممتنع مع مطالبه الشريك بالقسمه فلو فرض كونهما شريكين فى الجيد و الردى فإن أخذ المنين من الردى فى مقابل المن من الجيد ليس تقسيما اجباريا بل من التقسيم المشتمل على الرد.

قال المحقق: «و الثانى اما ان يستضر الكل أو البعض أولا- يستضر أحدهم، و فى الأول لا يجبر الممتنع كالجواهر و العضائد الضيقه، و فى الثانى: ان التمس المستضر أجبر من لا يتضرر، و ان امتنع المتضرر لم يجبر.» أقول: هذا حكم المقسوم المتفاوته أجزاءه، و تفصيله أنه اما ان يستضر كل الشركاء بقسمته أو بعضهم أو لا يستضر أحدهم.

أما الثالث فالحكم فيه واضح، فإنه يقسم بلا كلام، و اما إذا كان المال مما يوجب تقسيمه الضرر على كل الشركاء فلا يقسم الا برضاهم جميعا، و لا يجبر الممتنع، منهم بل لا يجوز التقسيم الموجب للتلف حتى مع رضاهم، فلا بد من التقسيم بطريق آخر من بيع أو صلح أو مهايأه، و ان كان الضرر متوجها الى بعضهم فان امتنع المتضرر لم يجبر لقاعده نفي الضرر، و ان كان الملتمس للقسمه و هو المستضر

اجبر من لا يتضرر، و على كل حال فلا بد من ان لا يكون الضرر فاحشا أو موجبا للسقوط عن المالىه، و إلا قسم بنحو آخر.

و ان استلزم بقاء المال على الشركه ضررا أكثر من الضرر اللازم بالتقسيم قسّم.

و اما إذا توقف التقسيم على الرد قسم المال كذلك بلا إجبار كما سيأتى.

و لو كان الأقل ثمنا أكثر مرغوبيه فهل يراعى فى القسمة جهه المرغوبيه أو يراعى جهه المالىه؟ وجهان مبنيان على حد دلالة قاعده لا ضرر و لإضرار، فإن كانت رافعه لخصوص الضرر المالى فالمفروض عدمه هنا لأجل التعديل بالقيمه، و ان قلنا بأنها ترفع الضرر الغرضى أيضا منعت التقسيم المضر بالعرض و ان لم يلزم الضرر المالى.

أقسام القسمة:

فظهر ان القسمة على قسمين: قسمه إجبار و قسمه تراض، و قد ذكر المحقق هذا بقوله: «ثم المقسوم ان لم يكن فيه رد و لا ضرر أجبر الممتنع، و تسمى قسمه إجبار، و ان تضمنت أحدهما لم يجبر و تسمى قسمه تراض».

فان لم يكن فى البين رد و لا- ضرر أجبر الممتنع عن التقسيم، لأن الإنسان له ولايه الانتفاع بماله و الانفراد أكمل نفعاً، و المفروض عدم المانع من اعمال هذه الولايه، و هذه قسمه الإجبار، و ان كان هناك رد أو ضرر فلا يجوز إجبار الممتنع عن التقسيم، بل يقسم بأى نحو تحقق به رضا جميع الأطراف و هذه قسمه التراضى.

و على هذا الأساس قال المحقق: «و يقسم الثوب الذى لا- تنقص قيمته بالقطع كما تقسم الأرض» أى المتساويه الأجزاء قسمه إجبار، لأن المفروض عدم الضرر و عدم الرد فيها، «و ان كان ينقص بالقطع لم يقسم لحصول الضرر بالقسمة» قال:

«و تقسم الثياب و العبيد بعد التعديل بالقيمه قسمه إجبار» لأن التعديل رافع للضرر المانع من الإجبار.

لكن فى المسالك: «و منهم من قسّمها ثلاثة أقسام: قسمه الافراز و هى أن يكون الشىء قابلا للقسمه الى اجزاء متساويه الصفات كذوات الأمثال و كالثوب الواحد و العرصه الواحده المتساويه، و لا إشكال فى كون هذا القسم اجباريا مع بقاء الحصص بعد القسمه منتفعا بها أو حافظه للقيمه كما مر.

و الثانى: قسمه التعديل، و هى ما تعدل سهامها بالقيمه، و هى تنقسم الى ما يعد شيئا واحدا و الى ما يعد شيئين فصاعدا، فالأول- ما يعد شيئا واحدا كالأرض التى تختلف قيمه اجزائها. و مقتضى عباره المصنف قسمه هذه إجبارا إلحاقا للتساوى فى القيمه بالتساوى فى الاجزاء، و يحتمل عدم الأحبار هنا لاختلاف الأغراض و المنافع، و الوجهان جاريان فيما إذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس كالبلستان الواحد المختلف الأشجار، و الدار الواحده المختلفه البناء. و الأشهر الإجماع فى الجميع.

و الثانى- ما يعد شيئين فصاعدا، و هو ينقسم الى عقار و غيره:

فالأول كما إذا اشتركا فى دارين أو حانوتين متساويتى القيمه، و طلب أحدهما القسمه بأن يجعل لهذا دارا و لهذا دارا. و لا يجبر الممتنع هنا، سواء تجاور الداران و الحانوتان أم تباعدا، لشده اختلاف الأغراض باختلاف المحال و الابنيه فيلحقان بالجنسين المختلفين. و لو كان بينهما دكاكين متلاصقه لا يحتمل احادها القسمه- و تسمى العضائد- فطلب أحدهما أن يقسم أعيانها فى إجبار الممتنع وجهان أظهرهما العدم و سيأتى.

و أما غير العقار، فإذا اشتركا فى عبيد و دواب أو أشجار أو ثياب، فاما أن يكون من نوع واحد أو من متعدد، فان كانت من نوع واحد و أمكن التسويه بين الشريكين عددا و قيمه كعبدين متساويى القيمه بين اثنين و ثلاث دواب متساويه القيمه بين ثلاثه، فالذى اختاره المصنف و الأكثر أنه يجبر على قسمتها أعيانا و يكتفى بالتساوى فى القيمه، بخلاف الدور لشده اختلاف الأغراض فيها. و فى القواعد

استشكل الحكم فى العيبىء. و نقل فى المبسوط عن بعضهم عدم الإءبار هنا، و المذهب هو الأول. و لو لم يمكن التسوية فى العدد كالأءة أعبء بين اثنين على السوية أءءهما يساوى الآءرين فى القيمة، فإن قلنا بالإءبار عند إمكان التسوية فهنا وءهان، ينظر أءءهما إلى ءءادل القيمة، و الثانى إلى اءءلاف العدد و ءفاوت الأءراض. و لو كانت الشركة لا ءرءفع الا عن بعض الأعيان كعبءين بين اثنين قيمة أءءهما مائة و قيمة الأءر مائءان فطلب أءءهما القسمة ليءص من ءرءة له القرعه بالءسيس و ربع النفيس فى إءبار الأءر وءهان مبنيان على المسألة السابقة، فإن قلنا: لا إءبار هناك فهنا أولى، و ان قلنا بالإءبار هناك فهنا وءهان أصءهما المنع، لأن الشركة لا ءرءفع بالكلية، و لو كانت الأعيان من أنواع مءءلفه كالعبء ءركى مع الهنىءى و ءوب الإبريسم مع الكءان مع ءساويهما فى القيمة فى إءبار الممءنع وءهان مرءبان، و أولى بالمنع هنا لو قيل به فى السابق. و كءا القول لو اءءلف قيمءهما و أمكن ءءءءل، و يظهر من المصنف و ءماعة عدم اءءبار اءءلاف النوع مع اءفاق القيمة، فأما الأءناس المءءلفه كالعبء و ءوب و الءنطة و الشعير و الءابه و الءار فلا إءبار فى قسمة أعيانها بعضها فى بعض و ان ءساوت قيمءهما.

و الءالء: قسمة الرء بان يكون بينهما عبءان قيمة أءءهما ألف و قيمة الأءر سءمائه، فإذا رء آءء النفيس مائءين اسءويا. و لا ءلاف فى كون هذا القسم مشروطا بالءراضى، و سياءى الكلام فيه، انءهى.

أقول: و ءاصلها انه مع اءءلاف الغرض لا يءوز الإءبار، و ان أمكن ءءءءل فى القيمة بلا رءء، قال فى الءواهر: و هو كما ءرى لا نعرف له مءرءا ينءبق على أصولنا إلا ءعوى ءصول الضرر فى بعض ءون آءر، و هى مءرء اقءراح، و انما صءر من العامة على أصولهم الفاسءه.

ءم قال فى الءواهر: اللهم الا- أن يكون فى مءءلف ءهه الشركة فيه، بمعنى عدم الشركة فى مءموء آءاءه و ان ءءقء فى أءراءه بأسباب مسءقله، فإنه لأءبر

فى قسمه بعض فى بعض قطعاً، بل الظاهر عدم مشروعيه القسمه فى بالمعنى المصطلح و ان جازت بنوع من الصلح و نحوه، لكون القسمه حينئذ قسمه معاوضه لا- افراز، و ذلك لانه معها يكون له النصف من كل منهما مثلاً، و لا يجب عليه معارضه ما يستحقه فى أحدهما بما لصاحبه فى الآخر، إذ ليست هى إفراز حينئذ بخلاف ما لو كانت الشركه فى مجموعه، فان له حينئذ نصفاً منه و هو يمكن انطباقه على أحدهما.

و من ذلك يظهر لك اعتبار الإشاعه فى مجموع الأعيان المشتركه التى يراد قسمتها بعض فى بعض، بل لا موضوع للقسمه فى غيره مما آحاده مشتركه بأسباب مستقله من دون شركه بمجموعه، و ليس المراد فى الأول اعتبار نصف المجموع مثلاً كى يرد حينئذ عدم جواز قسمه بعض المال المشترك دون بعض أو قسمه بعضه بالإفراز و الآخر بالتعديل، و المعلوم خلافه نصاً و سيره، و انما المراد زياده مصاديق النصفيه بملاحظه الشركه فى المجموع على وجه يصح قسمته بعض فى بعض بحيث يكون النصف أحد المالين مثلاً، فتأمل فإنه دقيق نافع. الى آخر ما ذكره.

و ملخصه: عدم إمكان القسمه بالقيمه فى صورته اختلاف سبب الشركه، فلو اشترك أخوان فى مال بالإرث و فى آخر بالشراء، كان النصف المشاع من كل واحد لكل واحد من الأخوين، و حينئذ لا يقسم هذان المالان بان يجعل بعضه فى مقابل بعض بالقيمه، و ظاهر كلامه يعم المثلى و القيمى معا.

و لم يتضح لنا وجه هذا التفصيل، لان كل مال مشترك بالإشاعه يكون نصف كل جزء لهذا و النصف الآخر منه للآخر، حتى يصل الى الجزء الذى لا يتجزء من دون فرق بين اتحاد سبب الشركه و تعدده، و على هذا فإنه تجعل المصاديق الخارجيه لكلى النصف ثم تعين لكل واحد بالقرعه، نعم ان النصف الكلى لما ورثاه لا يكون مصداقاً لكلى النصف من المال الذى اشتراه، و لكن إذا قسمت الأموال من حيث المجموع بلحاظ قيمه إلى قسمين مع غض النظر عن سبب الملكيه تحقق المصداق للمملوك، و بالقرعه يتعين المالك لكل نصف.

و على الجملة ان اختلاف سبب الملك لا يوجب اختلاف الملك و السيره قائمه

على التقسيم من دون نظر الى أسباب التملك، فان ما تركه الميت لوراثته بالإشاعه، و يقسم بينهم من دون نظرا إلى أفراد التركة من حيث أسباب تملك الميت إياها.

قال المحقق قدس سره: «و إذا سألا القسمة و لهما بينه بالملك قسّم، و ان كان يدهما عليه و لا منازع قال الشيخ فى المبسوط: لا يقسم و قال فى الخلاف: يقسم و هو الأشبه لأن التصرف دلالة الملك» .

أقول: إذا سأل الشريكان الحاكم القسمة فتارة يعلم الحاكم بكون المال ملكا لهما بالاشتراك، و أخرى: تقوم البينه على ذلك عنده، و ثالثة: لا علم و لا بينه بل لهما يد على المال. فعلى الأولين: لا اشكال و لا خلاف فى تصرف الحاكم بتقسيم المال. و على الثالث فعن المبسوط: لا- يسمع قولهما بل يطالبان بالبينه على كون المال لهما، و عن الخلاف انه يقسّم و عليه المشهور، و اختاره المحقق بقوله: هو الأشبه، و فى الجواهر: بل لعله لا خلاف فيه بيننا، بل قد يظهر من بعضهم الإجماع عليه.

وجه المنع: احتمال كون التقسيم حكما و الحكم يتوقف على البينه.

و وجه الجواز: ان اليد و التصرف دلالة الملك. و هذا هو المختار، و الاحتياط الذى ذكره صاحب الجواهر «قده» ليس بلازم.

كيفية القسمة:

ان الحصص لا تخلو من أربع حالات، فتكون القسمة المحتاجة إلى التعديل على أربعة أقسام:

الأول: أن تتساوى الحصص قدرا و قيمه.

الثانى: أن تتساوى الحصص قدرا لا قيمه.

الثالث: أن تتساوى الحصص قيمه لا قدرا.

الرابع: أن تختلف الحصص قدرا و قيمه.

قال المحقق: «الحصص ان تساوت قدرا و قيمه فالقسمة بتعديلها على السهام، لانه يتضمن القيمة كالدار تكون بين اثنين و قيمتها متساويه» فيتحقق التعديل بقسمتها نصفين.

و هذا هو القسم الأول، و حيث يتحقق التعديل كما ذكر تصل النوبه إلى القرعه لأجل تعيين حصه كل واحد من الشريكين، و سيأتى بيان كيفية القرعه.

قال: «و ان تساوت قدرا لا- قيمه عدل السهام قيمه و ألغى القدر، حتى لو كان الثلثان بقيمته مساويا للثلث جعل الثلث محاذيا للثلثين» و هذا هو القسم الثانى.

و أما كيفية القرعه: «فهو أن يكتب كل نصف» من النصفين المتساويين قدرا و قيمه كما فى القسم الأول أو قدرا فقط كما فى القسم الثانى «فى رقعته و يصف كل واحد بما تميزه عن الأخر و يجعل ذلك مصونا فى ساتر كالشمع أو الطين و يأمر من لم يطلع على الصوره بإخراج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين فما خرج فله» .

أو «أن يكتب كل اسم» من اسمى الشريكين «فى رقعته و يصونهما و يخرج على سهم من السهمين، فمن خرج اسمه فله ذلك السهم» .

قال فى الجواهر: و الظاهر عدم وجوب خصوص كتابه الرقاع و عدم الصون فى ساتر، بل و عدم وجوب كون المأمور مكلفا، بل و غير ذلك من القيود المزبوره، إذا المراد حصول التعيين من غير اختيارهما أو وكيلهما، بل يفوضان أمره الى الله تعالى و يفعلان ما يفيد، و ان كان الاولى الاقتصار على المأثور و المعهود.

قلت: و من ذلك عدم وجوب كتابه رقعتين، بل يكفى ان يكتب رقعته واحده عليها اسم واحد منهما، فيضع المأمور تلك الرقعته على احدى الحصتين فيكون ما خرج لصاحب الاسم، و الحصه الثانيه للآخر.

قال المحقق: «و ان تساوت الحصص قيمه لا قدرا مثل أن يكون للواحد النصف و للآخر الثلث و للآخر السدس، و قيمه أجزاء الملك متساويه، سويت السهام على أقلهم نصيبا فجعلت أسداسا» و يعطى لكل واحد سهمه، و تكون العبره بالتعديل من حيث القيمه، بأن يعطى لصاحب السدس ما يساوى سدس المجموع قيمه، و لا يكتفى بالتعديل من حيث العدد أو الوزن أو المساحه مثلا.

المسألة الاولى

(فى الدار التى لها علو و سفلى)

قال المحقق قده: «لو كان لدار علو و سفلى فطلب أحد الشريكين قسمتها بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب من العلو و السفلى بموجب التعديل جاز» بلا خلاف و لا إشكال فى الجواهر.

قال: «و أجبر الممتنع مع انتفاء الضرر» أى لما تقدم من أن المانع من الإيجاب هو الضرر، فمع فرض انتفائه يجبر الممتنع منهما عن التقسيم.

قال: «و لو طلب انفراده بالسفلى أو العلو لم يجبر الممتنع» .

أقول: قال فى القواعد: «بل أخذ كل منهما نصيبه من العلو و السفلى بالتعديل» أى كما فى الوجه الأول المتقدم، و علله كاشف اللثام بقوله: «لان البناء تابع للأرض و العلو للسفلى فإنما يجبر على قسمه تأتى على الأرض، و لان من ملك شيئاً من الأرض ملك قراره إلى الأرض السابعة و هوأه الى السماء، فلو جعلنا لأحدهما العلو قطعنا السفلى عن الهواء و العلو عن القرار» . قلت: مضافاً الى أنه قد تحدث حادثه توقع النزاع بينهما، كما إذا انهدم سقف السفلى فإنه يقع النزاع بين مالك السفلى و مالك العلو فى تعميره.

و هناك وجه ثالث من التقسيم لا يجبر الممتنع فيه كالثانى، و قد ذكره المحقق

بقوله: «و كذا لو طلب قسمه كل واحد منهما منفردا» أو طلب قسمه أحدهما و بقاء الثاني على الشركة فامتنع الآخر عن ذلك.

و على لجملة ان صور التقسيم مختلفه، و الملاك العام ما ذكره المحقق قدس سره سابقا من أنه متى لزم الضرر أو الرد لم يجبر، و متى لم يلزم أجبر.

المسألة الثانية

(في قسمه الأرض التي فيها زرع)

قال المحقق قدس سره: «لو كان بينهما أرض و زرع فطلب قسمه الأرض حسب، أجبر الممتنع» .

أقول: و قد نقل هذا عن الشيخ بل الظاهر أنه رأى المشهور، و فيه تأمل، لأنه إذا طلب أحدهما قسمه الأرض حسب فقال الآخر: لا بل يقسم الكل أى الأرض و ما عليها، فلما ذا يجبر هذا و لا يجبر ذاك؟ هذا غير واضح عندنا.

قال المحقق: «لان الزرع كالمتاع فى الدار» .

أقول: يعنى فرق بين الأرض و البناء و بين الأرض و الزرع، فان البناء تابع للأرض التي بنى عليها، بخلاف الزرع فإنه لا يتبع الأرض بل هو كالمتاع فى الدار، فيجوز بيع الأرض مجردا عن الزرع لعدم التبعية كما تباع الدار، و لا يباع معها المتاع الموجود فيها، و من هنا فإذا أراد أحدهما تقسيم الأرض وحدها أجبر الممتنع، و لازم هذا أنه إذا طلب الآخر تقسيم الزرع أيضا أجبر الآخر على ذلك لفرض الاستقلال.

قال: «فلو طلب قسمه الزرع قال الشيخ: لم يجبر الآخر، لأن تعديل ذلك بالسهم غير ممكن، و فيه اشكال من حيث إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهاله» .

أقول: مفاد هذا الكلام هو الاختلاف فى إمكان التعديل و عدمه، لكن الزارعين - و هم أهل الخبره بالتقسيم فى جميع الحالات - إذا توقفوا فى كيفية التقسيم يبيعون الزرع و يقسمون ثمنه.

قال: «اما لو كان بذرا لم يظهر لم تصح القسمة لتحقق الجهالة» .

أقول: لا خلاف في هذه المسألة، لأن البذر الذى يظهر من الأرض لا يمكن تقسيمه لعدم المساواه بين الحب الموجود في هذا الجريب من هذه الأرض و بين الموجود في الجريب الأخر، و ان كان القدر المتعارف بين الزراعين لكل جريب معلوما، و لانه لا يعلم الفاسد من غيره في البذر الموجود في هذه الأرض، فما ذهبوا اليه من عدم صحة القسمة حينئذ هو الصحيح بل لا عرفيه للقسمة في هذه الصورة.

قال: «و لو كان سنبلًا قال أيضا: لا يصح. و هو مشكل لجواز بيع الزرع عندنا» .

أقول: قال الشيخ في المبسوط: «فان كان بينهما أرض فيها زرع فطلب أحدهما القسمة فاما أن يطلب قسمة الأرض أو الزرع أو قسمتهما معا، فان طلب قسمة الأرض دون غيرها أجبرنا الأخر عليها، على أى صفة كان الزرع، حبا أو قصيلا (١) أو سنبلًا قد اشتد، لان الزرع في الأرض كالمتاع في الدار لا يمنع القسمة فالزرع مثله، و أما ان طلب قسمة الزرع وحده لم يجبر الأخر عليه، لان تعديل الزرع بالسهم لا يمكن. و أما ان طلب قسمتها مع زرعها لم يخل الزرع من ثلاثه أحوال:

اما أن يكون بذرا أو حبا مستترا أو قصيلا، فان كان حبا مدفونا لم تجز القسمة، لأننا ان قلنا القسمة إفراد حق فهو قسمة مجهول أو معدوم فلا تصح، و ان قلنا بيع لم يجز لمثل هذا. و ان كان الزرع قد اشتد سنبله و قوى حبه فالحكم فيه كما لو كان بذرا و قد ذكرناه، و ان كان قصيلا أجبرنا الممتنع عليها، لان القصيل فيها كالشجر فيها، و لو كان فيها شجر قسّمت بشجرها كذلك هنا» .

أقول: لم يتضح لنا وجه تفصيل الشيخ جيدا، و ان حاول صاحب الجواهر قده بيانه فلاحظ و تأمل.

(فى قسمه القرهان المتعدده)

قال المحقق: «لو كان بينهما قرهان متعدده و طلب واحد قسمتها بعضا فى بعض لم يجبر الممتنع» .

أقول: لو كان بين الشريكين أملاك متعدده مستقل بعضها عن بعض بحيث يرى أهل العرف التعدد فيها و الاستقلال (بخلاف ما إذا تعددت الغرف فى دار فان العرف يرى الملك واحدا) فالمشهور عدم جواز الإيجاب على تقسيم بعضها ببعض، بأن تجعل قطعه من العقار فى مقابل قطعه، بخلاف ما إذا كان الملك واحدا فلا مانع من جعل غرفه فى مقابل غرفه.

و هذا يكون فى الدور المتعدده، و الأراضى المتعدده، و الدكاكين المتعدده، و الحبوب المختلفه كالحنطه و الشعير، أما فى الثياب مثلا فيجوز مع التعديل فى قيمه.

و كلمات الأصحاب فى عدم الإيجاب هنا مطلقه، أى سواء أمكن تقسيم كل واحد على حده أولا، و سواء كانت متجاوزة أو لا، و عن ابن البراج انه قال: إذا استوت الدور و الأقرحه فى الرغبات قسمت بعضها فى بعض. قال: و كذا لو تضرر بعضهم بقسمه كل على حده جمع حقه فى ناحيه.

و فى الجواهر التأمّل فى تحقق هذه الشهره، لكن الظاهر تحققها- كما فى المسالك- و لم ينقل الخلاف فى المختلف و مفتاح الكرامه إلا عن ابن البراج قدس سره، نعم نقل موافقته عن بعض متأخرى المتأخرين كصاحب المدارك.

و أشكل فى الجواهر فيه بأن ميزان التقسيم الذى يجبر عليه هو قاعده إيصال الحق الى صاحبه، فإن أمكن التقسيم لكل على حده بلا ضرر فالمتعين تقسيم كل واحد، و لا يجبر على تقسيم بعض ببعض، و ان لزم من ذلك ضرر أو لم يمكن أجبر الممتنع،

خلافاً للمشهور حيث منعوا عنه، و كان لازم منعهم بيع المال و تقسيم ثمنه كالجواهر الضيقه.

لكن وجه ما ذهب اليه المشهور هو: انّ التقسيم عبارته عن تمييز حق كل من الشريكين عن حق الآخر بعد أن كان لكل منهما كلى النصف، فان كان الملك واحداً أمكن تقسيمه بالتناصف، و أما إذا كانا شريكين في مالين مختلفين عرفاً كالغنم و الإبل مثلاً فان قلنا لأحدهما: أعط حقك من الغنم في مقابل حقك في الإبل كانت معاوضه و مبادله عند العرف و ليس تمييز حق عن حق.

و بعبارته اخرى: ان أدله القسمه منصرفه عما إذا كان الجزء المشاع متميزاً في الخارج عند العرف، و ان موردها هو المال المتحد و ان كان له أجزاء متعدده كالدار المحتويه للبيوت المتعدده.

فهذا وجه ما ذهب اليه المشهور، و ما ذهبوا اليه هو الأظهر.

قال المحقق: «و لو طلب قسمه كل واحد بانفراده أجبر الآخر، و كذا لو كان بينهما حبوب مختلفه» .

أقول: هذا لا خلاف فيه كما في الجواهر و لا اشكال، لما تقدم من انه في كل مورد أمكن التقسيم بلا ضرر أجبر الممتنع عنه على ذلك.

قال: «و يقسم القراح الواحد و ان اختلفت أشجار أقطاعه كالدار الواسعه إذا اختلفت أبنيتها» .

أقول: أى لأن الأصل هو الأرض، و الأشجار توابع كالأبنية كما عرفت سابقاً.

و عن الشيخ: و يفارق هذا إذا كانت الأقرحه متجاوره، و لكل قراح طريق ينفرد به لأنها أملاك متميزه، بدليل انه إذا بيع سهم من قراح لم تجب الشفعه فيه بالقراح المجاور له، و ليس كذلك إذا كان القراح واحداً و له طريق واحده، لأنه ملك مجتمع بدليل أنه لو بيع بعضه وجب الشفعه فيه مما بقى، و أصل هذا و جوازه على الشفعه فكل ما بيع بعضه فوجب فيه الشفعه فهو الملك المجتمع، و كل ما إذا بيع بعضه لم

تجب فيه الشفعه لمجاوره كانت أملاكا متفرقه» .

قلت: ان الشيخ قدس سره يعطى ملاك الوحده و التعدد فى هذا المقام بهذا الكلام، و أما من حيث الفتوى فيوافق المشهور.

و لم يفرق المشهور فى الملك بين المتحد سببا و المختلف كالشراء و الإرث و هو الصحيح خلافا لصاحب الجواهر حيث فرّق بينهما كما عرفت سابقا.

قال المحقق: «و لا تقسم الدكاكين المتجاوره بعضها فى بعض قسمه إجباره لأنها أملاك متعدده يقصد كل واحد منها بالسكنى على انفراده فهى كالأقرحه المتباعده.

أقول: و عن العلامه فى الإرشاد الحكم بأن الدكاكين المتجاوره يقسم بعضها فى بعض دون الدور و القرحة، و ظاهر الجواهر موافقته على ذلك قال: انها واحده لأن الأصل الأرض و البناء تابع، فالدكاكين كبيوت الدار، و لعله لذا حكم فى الإرشاد بالجبر، و هو كذلك مع فرض عدم إمكان قسمه كل واحد منها بانفراده.

وفيه: ان الأرض التى عليها الشجر تكون أرضا واحده عند العرف و ان كان شجرها مختلفا، لأن الأشجار توابع للأرض، فيجوز تقسيم البعض منها ببعض، و كذا الأمر فى الدار، لكن نظر العرف فى الدكاكين الى البناء و الأرض تابع له، و لذا يقولون: باع زيد الدكان، أما فى الأرض المشجره فيقولون: باع زيد الأرض.

مضافا الى أن المتحقق عند العرف فى مورد الدكاكين هو المعاوضه و المبادله، بخلاف الأمر بالنسبه إلى بيوت الدار، فهذا المورد مصداق للافراز عندهم دون ذاك.

الاولى: لو ادعى بعد القسمه الغلط و هي ثلاث،

قال المحقق. «إذا ادعى بعد القسمه الغلط لم تسمع دعواه، فإن أقام بينه سمعت و حكم ببطلان القسمه، لأن فائدتها تمييز الحق و لم يحصل، و لو عدمها فالتمس اليمين كان له ان ادعى على شريكه العلم بالغلط» .

أقول: لا فرق بين أن نأخذ «الغلط» بمعنى الاشتباه أو بمعنى عدم صحه التقسيم و ان كان عن عمد. و قوله: «لم تسمع دعواه» أى مع عدم اليينه، و من المدعى عليه الغلط؟ انه القاسم، و قال ثانى الشهيدين: «لا فرق فى عدم سماع دعوى الغلط فى القسمه بمجردا بين كون القاسم منصوب الامام و من تراضيا به و أنفسهما، لأصالة صحه القسمه الى أن يثبت المزيل، و لان منصوب الإمام كالقاضى لا يسمع الدعوى عليه بالظلم» .

قال المحقق الآشتياني قده: «و قد تنظر فيه الأستاذ العلامة بأن مرجع دعوى الغلط فى القسمه إلى إنكار أصل القسمه، فليس هناك قسمه مسلم الوقوع بين الشريكين قد وقع النزاع فى صحتها و فسادها حتى يحكم بصحتها، و لا يتوهم جريان هذا الإشكال فى سائر المقامات أيضا، بأن يقال ان مرجع نزاع المتبايعين فى صحه البيع و فساده إنكار أصل البيع، فان البيع العرفى هناك متحقق مسلم الوقوع بينهما، و انما يدعى أحدهما فساده من جهه عدم مراعاة بعض ما اعتبر فيه شرعا، و هذا

بخلاف المقام، فإن مرجع النزاع فيه الى إنكار أصل القسمة العرفيه، ضروره أن القسمة من دون التعديل لا تسمى قسمة عرفا أيضا، و الحاصل أن القسمة عباره فى العرف عن التمييز و الافراز حسبما عرفت سابقا، فان سلم وقوعها فلا معنى لدعوى غلط أحد الشريكين فيها، و الا فمرجع النزاع إلى أصل وقوعها» .

قلت: حاصل كلامه عدم انقسام القسمة إلى الصحيحه و الفاسده، بل أمرها يدور بين الوجود و العدم، و ليس الأمر كما ذكره بل فى القرآن الكريم «تِلْكَ إِذًا قِسْمَةٌ ضِيزَى» (١).

قال الآشتياني: «ثم أجاب دام ظله عن الاشكال المذكور بوجهين أحدهما، أن يكون المراد بالقسمة هى صورتها لا القسمة الحقيقيه فيقال: انّ الأصل صحه ما وقع من صوره القسمة المسلمه بينهم» .

قلت: و لم يتّضح لنا معنى هذا الكلام.

قال: «ثانيهما: أن يكون المراد منها سبب القسمة، أى فعل القاسم الذى هو سبب لتحقق التمييز، فإنه قد يقع و لا يترتب عليه التمييز و الانعزال، و قد يقع و يترتب عليه، و قد يقع و يشك فى ترتبه عليه، فالأصل الترتب نظرا إلى أصاله الصحه فى الفعل الواقع من المسلم» .

و كيف كان: «فإن أقام بينه سمعت و حكم بطلان القسمة» و ذلك كما قال المحقق «لأن فائدتها تمييز الحق و لم يحصل» التمييز لبقاء مقدار من حق أحدهما فى سهم الآخر، و طريق إقامه البينه-كما فى المسالك-ان يحضرا قاسمين حاذقين لينظر أو يمسا و يعرفا الحال و يشهدا، فان شهد القاسم-و آخر معه-بصحه القسمة قال العلامه ان كان عمله بأجره فهو متهم و ان كان مجانا اعتبرت الشهاده و وقع التعارض بين البيتين، لكنه مشكل-كما فى الجواهر-لأن شهاده الإنسان فى حق نفسه غير مسموعه بل لا تقبل فى عمل الغير الذى يرجع اليه نفعه، نعم يكون قوله

ص: ٦٥

حجه في صورته شك أحد الشريكين و السؤال منه من دون مرافعه.

و كيفيه إقامه الدعوى عند الحاكم على القاسم أن يقول للحاكم: لقد قامت البيئه عندي على وقوع الخطأ في القسمة فيقول له: أحضرها، كذا في مفتاح الكرامه، و قيل: لا تسمع الدعوى على قاسم الحاكم حتى مع البيئه، و هذا مشكل.

فظهر أن الدعوى لا تسمع مع عدم البيئه، فإن كان له بيئه و أقامها سمعت و ترتب الأثر على ذلك.

و لو عدم المدعى البيئه فهل له التماس اليمين؟ قال المحقق: كان له.

فمن يكون الحالف حينئذ القاسم أو الشريك؟ قال المحقق: الشريك. و هل يحلفه مطلقا؟ قال المحقق لإبل ان ادعى على الشريك العلم بالغلط.

و توضيح ما ذهب اليه المحقق هو: انه ان ادعى على الشريك علمه بالغلط - بأن يقول له علمت بالغلط قبل انتهائه أو يدعيه عليه بعد العمل - فإن أقر الشريك فلا - كلام و ان أنكر أحلفه الحاكم، فان حلف على نفي العلم سقطت الدعوى، و ان نكل ثبتت الدعوى بناء على ثبوتها بالنكول، و أما على القول بعدم كفايه النكول رد اليمين على المدعى فان حلف ثبتت و الا سقطت.

أما القاسم فلا يحلف، لأنه ان حلف بعدم الغلط كانت النتيجة للغير و هو المدعى عليه، و ان أقر لا يعتبر إقراره لأن نفعه يعود الى المدعى و المفروض أن الشريك لا يصدقه.

فان كان القاسم منصوبا من قبل الحاكم فلا يحلف بالأولويه.

و قال جماعه بجواز حلف الشريك على نفي الواقع، بل قيل انه المشهور بين الأصحاب خلافا للمحقق.

و لو أنهما قسّما المال بأنفسهما فادعى أحدهما وقوع الغلط و أنكر الآخر فلا يحلف المنكر مع عدم البيئه - الا على نفي العلم بالغلط و الاشتباه.

هذا كلام المحقق، و قد وافقه في الجواهر خلافا للآخرين.

أقول: و الحق ما ذهب اليه المحقق، لان القاسم لا يحلف، لان يمينه فى حق الغير، و لا يحلف الشريك على نفى الواقع، لأنه فى فعل الغير، فتبقى اليمين على نفى العلم، و كذا الأمر فيما إذا قسما بأنفسهما، فإنه لا يمكن إحلاف الشريك على نفى الواقع، مع أن المدعى قد شاركه فى هذا التقسيم حسب الفرض.

و قال المحقق الكنى ما حاصله: ان الغلط يكون تاره بمعنى المصدر المبني للفاعل، و عليه فلا يمكن إحلاف الشريك على نفى الغلط من القاسم، و أخرى يكون بمعنى المصدر المبني للمفعول، فهنا يجوز إحلافه و له الحلف على نفى وقوع الغلط ان كان عالما، فمن قال بعدم الجواز فقد أخذ الغلط بذاك المعنى، و من قال بالجواز أخذه بهذا المعنى. و بذلك يجمع بين القولين.

أقول: و بناء على كون «الغلط» بمعنى المصدر المبني للمفعول يمكن أن يكون المدعى عليه هو الشريك، كما إذا كان بنفسه دخيلا فى القسمة أو ناظرا لها، و حينئذ يكون حلفه فى فعل نفسه، و كذا لو ادعى عليه وجود شىء من حقه فيما بيده من المال، فله ان يحلف على القطع و البت ان كان عالما و الاراد.

و لعل هذا هو مراد من نص على جواز إحلاف الشريك و ان لم يدع عليه العلم.

الثانية: إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقا:

قال المحقق قدس سره: «إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقا، فان كان معينا مع أحدهما بطلت القسمة و لو كان فيهما بالسوية لم تبطل. و لو كان فيهما لا بالسوية بطلت.» أقول: قال الشيخ قدس سره فى المبسوط: «إذا كانت يدهما على ضيعة ثلاثين جريا فاقسماها نصفين فبان ثلثها مستحقا فان المستحق يتسلم حقه، و أما القسمة فلا يخلو المستحق من أحد أمرين، اما ان يكون معينا أو مشاعا، فان كان معينا نظرت فان حصل فى سهم أحدهما بطلت القسمة، لأن الإشاعه عادت الى حق شريكه، و ذلك ان القسمة تراد لإفراز حقه عن حق شريكه، فإذا كان بعض ما حصل

له مستحقا كان حقه باقيا فى حق شريكه، فاما ان وقع المستحق فى نصيبهما معا نظرت، فان وقع منه مع أحدهما أكثر مما وقع مع الأخر بطلت القسمة أيضا لما مضى، و ان كان فيهما سواء من غير فضل أخذ المستحق حقه و ينصرف و كانت القسمة فى قدر الملك الصحيح صحيحه، لأن القسمة إفرز الحق و قد أفرز كل واحد منهما حقه عن حق شريكه هذا إذا كان المستحق معينا و أما ان كان مشاعا.» فنقول: إذا اقتسم المتقاسمان المال بينهما، ثم ظهر كون بعض المال مستحقا لغيرهما، فتارة يكون المال المستحق للثالث معينا، و اخرى يكون مشاعا، فان كان معينا فهنا صور:

الأولى: أن يكون المال المستحق مع أحدهما دون الأخر. فهنا تبطل القسمة بلا اشكال و لا خلاف، لبقاء الشركه حينئذ فى النصيب الأخر، لعدم تحقق التعديل بين النصيبين.

و الثانية: أن يكون المال المستحق فى مال المتقاسمين كليهما بالسويه، و هنا لا تبطل القسمة بلا خلاف و لا إشكال، لأن الغرض من القسمة و هو افرز كل واحد من الحقين عن الأخر حاصل، فالقدر المسلّم به زوال الشركه الكائنه بينهما بهذه القسمة، و أما كون الثالث شريكا مع كل واحد فهذا فيه بحث سيأتى.

و ما عن بعض العامه من احتمال بطلان القسمة هنا لتبعض الصفقه ضعيف، لانه مبنى على ان القسمة بيع، و قد تقدم أنها معامله مستقلة و ليست ببيع.

و الثالثة: أن يكون المال المستحق فيهما لا بالسويه، ففى هذه الصوره تبطل القسمة لعدم تحقق الشرط فى القسمة و هو التعديل بعد إخراج سهم الثالث.

و حيث يتحقق التعديل فيحكم بصحة القسمة. كما فى الصوره الثانيه. فلا حاجه الى تقييد ذلك بما إذا لم يحدث نقص فى حصه أحدهما بأخذ المال المستحق و لم يظهر به تفاوت بين الحصتين، مثل أن يسد طريقه أو مجرى مائه أو ضوءه لوضوح بطلان القسمة حينئذ لعدم تحقق التعديل.

و كذا الأمر لو ظهر فى نصيب أحدهما عيب، و قيل هنا بعدم البطلان بل هو مخير بين أخذ الأرض و الفسخ بالإقاله. و فيه، ان أدله الإقاله لا تأتى فى القسمه لأنها ليست ببيع كما تقدم (١).

و كذا لا يأتى فى القسمه خيار الغبن لما ذكرنا.

و لما ذكرنا أيضا لا حرمة لما يحدثه أحدهما فيما بيده من بناء و نحوه لو ظهر الاستحقاق-بخلاف البيع، فان ذلك له حرمة لو أراد الفسخ-فيكون نظير ما إذا بنى دارا على أرض ظانا بأنها ملكه فبانت لغيره، فلا يستحق شيئا على صاحب الأرض-الا إذا كان مغرورا فإنه يرجع على من غره. نعم له نقل الأعيان التى تكون له مع الإمكان، و كذا لو استعار كتابا ثم صححه ظانا بأنه ملكه، فليس له مطالبه أجره فى مقابل عمله من مالكة.

نعم لو كان الحاكم سبب الضرر أمكن القول بكون الضرر على بيت المال.

هذا كله ان كان المستحق معينا.

قال المحقق قده: «و ان كان المستحق مشاعا معهما فللشيخ قولان (٢) أحدهما: لا تبطل فيما زاد عن المستحق، و الثانى تبطل لأنها وقعت من دون اذن الشريك و هو الأشبه» .

أقول: لو ظهر كون ثلث الأرض مستحقا لغيرهما، فان كان مع سهم كلا

الطرفين شارك كلا منهما فيما وصل إليه بالإشاعه، فالقسمه بين المقتسمين متحققه و ليس الكل شركاء في الكل، لكن شركه الثالث معهما يتوقف على الاذن، و حينئذ فهل يؤثر رضاه بعد تلك القسمه التي أدت الى هذه الشركه فضوله؟ الظاهر ذلك، كما إذا كان اخوان شريكين في مال فمات أحدهما، فقسم المال بين الباقي منهما و ابن الميت، ثم ظهر للولد أخ، فإنه يشترك مع أخيه في النصف مشاعا، و يستقل عمهما بالنصف الأخر، فإذا حضر الأخ و أجاز القسمه هذه صحت، و فيما نحن فيه إذا أجاز المستحق كان شريكا معهما، بمعنى انحلال الشركه الاولى و حدوث شركه ثانيه، فيكون نظير ما إذا قسّم المال المشترك بين أربعة إلى قسمين يشترك كل اثنين منهما في قسم.

و كما لو كان عبدان مشتركين بين اثنين بالتناصف و كان أحدهما يسوى عشرين ديناراً، و الآخر يسوى عشره دنانير، فلو طالب أحدهما الاستقلال في تملك الرخيص منهما جاز، فيكون الرخيص مع ربع النفيس لهذا، و تبقى ثلاثه أرباع النفيس للآخر، فقد تبدلت شركتهما بهذه القسمه إلى نحو آخر من الشركه، و لما ذكرنا قال في الجواهر: ربما ظهر من تعليل المصنف و غيره الصحه مع الاذن، على ان تكون حصته مشاعه معهما، و حينئذ فلحوقها كاف.

و بالجملة: إذا أمضى يكون شريكا مع كل واحد فيما بيده بالنصف مشاعا في الفرض المذكور أولاً، و هذا كله فيما إذا كان التقسيم بالتعديل و إلا بطلت القسمه.

و لو كان في سهم أحدهما حيوان مثلاً فتلف، فان كانت القسمه صحيحه فهو في ملكه، و ان كانت باطله ثبت الضمان، سواء كان التلف بسببه أو بسبب غيره، لان المأخوذ بالقسمه الباطله حكمه حكم المأخوذ بالعقد الفاسد.

الثالثه: لو قسم تركه الميت ثم ظهر عليه دين

قال المحقق قده: «لو قسّم الورثه تركه ثم ظهر على الميت دين، فان قام

الورثه بالدين لم تبطل القسمه، و ان امتنعوا نقضت و قضى منها الدين» .

أقول: مذهب المحقق قدس سره هو أن التركة تبقى على حكم مال الميت فإن أدى الورثه الدين كان لهم المال، و الا كان للديان أخذ التركة فى مقابل حقهم، و بعبارة اخرى: انه يتعلق بالتركة حق الورثه بأن تكون لهم بعد أداء دين مورثهم و يتعلق بها حق الديان، بأن يأخذوها فى مقابل الدين ان امتنع الورثه عن أدائه، فتكون التركة موردا لتعلق حقين طوليين كالمال المرهون.

و قال العلامة فى القواعد: «و لو قسّم الورثه التركة و ظهر دين فإن أدوه من مالهم و الا بطلت القسمه، و لو امتنع بعضهم من الأداء بيع من نصيبه خاصه بقدر ما يخصه من الدين، و لو اقتسموا البعض و كان فى الباقي وفاء اخراج منه الدين، فان تلفت قبل أدائه كان الدين فى المقسوم ان لم تؤد الورثه» و حاصل العبارة:

ان الورثه يملكون التركة ملكيه مترزله، فإن أدوا الدين استقرت و الا أخذ الديان التركة.

و كيف كان، فان قسّم الورثه التركة و ظهر الدين، فتاره يكون الدين مستوعبا لها و اخرى لا يكون كذلك، فبناء على مختار القواعد و بعضهم قد قسموا ما لا هو لهم فالقسمه صحيحه، و حينئذ يتعلق حق الديان-المتعلق سابقا بكلى التركة- بالسهم المتشخصه بالتقسيم و المتحققه خارجا بيد كل واحد من الورثه، فإن أدوا جميعهم الدين فقد استقر ملكهم، و ان أدى بعضهم دون بعض فقد استقرت مالكيه من أدى دون من امتنع.

قد يقال: ان هذه التركة تكون كالمال المرهون الذى ليس لصاحبه، و لا يجوز للمرتهن التصرف فيه الا مع اذن الآخر، فكيف تكون قسمه الورثه للتركة صحيحه بدون اذن الديان حتى يتشخص بهذه القسمه متعلق حقهم بعد أن كان كليا؟ لكن يمكن الجواب عنه بأنه لا مانع من التصرف غير المنافى لحق الديان،

فإن أدله الإرث و القسمة تقتضى جواز التقسيم، و لا يعارض ذلك مقتضى أدله وجوب أداء الدين، غير أن متعلق حق الديان أصبح شخصيا بعد أن كان كليا و هذا لا مانع منه، لانه يكون نظير ما إذا أدوا نصف الدين قبل التقسيم و بقى النصف الآخر، نعم لو كان الشأن بحيث إذا لم يؤد جميع الدين كان جميع التركة كالمال المرهون من حيث عدم جواز التصرف فيه الا مع الاذن بطلت القسمة و ان لم يمتنع بعض الورثة عن أداء ما عليهم.

و عليه فان مات المورث و عليه الخمس، و اقتسم الورثة التركة فأدى بعضهم ما عليهم و امتنع البعض الآخر، فعلى التقدير الأول: يكون من أدى ما عليه بالنسبة -من المال الواجب أدائه من جهة الخمس الذى كان على الميت- مالكا لما بيده، و من امتنع لم يجز له التصرف فيما بيده، و على التقدير الثانى: لا يجوز لأحد منهم التصرف فيما بيده حتى يدفع الخمس كله. لكن فى هذا المورد بالخصوص نص يقتضى الوجه الأول (١).

اذن يصح التقسيم بناء على الملكيه المتزلزله إلا فى الصوره المذكوره، و ان هذا المقدار من التصرف بدون اذن الديان لا مانع منه لعدم منافاته لحقهم، فيكون نظير ما إذا اشتريا مالا مع خيار الفسخ للبائع مده معينه، فلا مانع من أن يقسما المال بينهما، فإن أخذ البائع بالخيار فى المده استرجع ما فى يد كليهما و لا اشكال فيه.

و أما على مبنى المحقق فيشكل بأنه كيف تصح القسمة فى مال الغير؟ و كيف يباع سهم الممتنع عليه مع انه للغير؟ و أجيب بأن المال و ان لم يكن للورثة إلا

أنه متعلق لحق شرعى لهم، فحيث أدوا الدين تنتقل التركة إليهم و تكون ملكا لهم، فهم فى التحقيق قد قسموا ما لا- متعلقا لحقهم، و يملك كل واحد منهم ما وقع إليه بأداء المقدار المتعلق من الدين به، و يكون الحاصل: صحه القسمة بالنسبه الى من أدى و بطلانها بالنسبه الى من امتنع، بمعنى عدم جواز تصرفه فيما وقع إليه لا بمعنى بطلان القسمة.

و لو ظهرت وصيه تمليكيه بعد القسمة فإن كانت بإنشاء تمليك مال بعد الموت فتماميتها تتوقف على قبول الموصى له، فان قبل كان المال ملكا له، و ان كانت وصيه بتمليك مال إليه، فإن ملكه الوصى كان ملكه، و الا كان فى حكم مال الميت فلا يتصرف فيه أحد و لا يقسم بين الورثه.

و محل الكلام فيما إذا قسّم المال ثم ظهر كونه موردا للوصيه التمليكيه، ففي الدروس و المسالك انه ان كانت الوصيه وصيه مال من غير اضافه لها الى مال معين كانت كالدين، و ان كانت مضافه كأن يوصى بدفع عشر ما له مثلا كانت كالمال المستحق فى الحكم المذكور سابقا.

أقوال: جعلهم الوصيه فى الصوره الأولى كالدين فيه تأمل، لأنه فى الدين ذمه الميت مشغوله، و أما إذا قال ادفعوا من مالى مائة أو ادفعوا هذه المائة كان المال للموصى له مع قبوله بعد موت الموصى، لا باقيا فى حكم مال الميت حتى يكون كالدين، و لا للوارث كما اختار صاحب الجواهر فى الدين. و لا يصح ان نعتبر الان اشتغال ذمته بعد الموت، إذ لا عرفيه لذلك.

و لو أرسل و قال: ادفعوا مائة، فإنه لا مناص من أن يجعل من المال بمقدار المائة للموصى له، فلو عادلته المائة عشر المال كان العشر له بالإشاعه، و يمكن ان يكون كالصاع من الصبره، و حينئذ يكون لهم التصرف فى المال حتى إذا بقى المقدار الموصى به و انحصر الكلى فى الفرد منعوا من التصرف فيه، لانه ملك للموصى له.

بخلاف ما إذا كان بنحو الإشاعه فلا يجوز التصرف فى شىء من المال إلا بإذن الموصى له، لان المفروض انه يشاركهم فى كل جزء جزء من المال. و كيف

كان فليس هذا كالدين.

و بناء على ما ذكرنا يكون حكم قسمه هذا المال حكم قسمه المال الموجود فيه مال مستحق لغير الوارث، وقد تقدم الكلام عليه، و لا- يبعد أن تكون القسمة صحيحة حتى لو كان مع التصرف المحرم لعدم الاذن- نظير ما إذا غصب مالا و باعه لنفسه معاطاه فضوله فأجاز المالك، فالبيع صحيح و ان كانت تصرفاته محرمة، لجواز اجتماع الحكم التكليفي و هو حرمة التصرف مع الحكم الوضعي و هو الصحة.

و لو كان مورد القسمة أرضا فقسموها، فوقع مجرى ماء أحد السهمين في السهم الآخر لم يجز لصاحب هذا منع الماء، و لو قسموا دارا كبيره لها بابان فكان لكل من السهمين باب فلا يجوز لأحدهما الدخول من باب الآخر- إلا مع اذنه- و ان كان هذا الباب أوسع أو أقرب، بخلاف ما إذا كان للدار باب واحد و لا يمكن احداث باب آخر فلا يجوز لهذا منعه.

هذا و هل لولى الطفل أو المجنون المطالبه بالقسمه؟ ان كان في القسمه مفسده للمولى عليه فلا ريب في العدم، و هل يكفي عدم المفسده أو يشترط وجود المصلحه له؟ قولان، و مع تساوى الأمرين- الشركه و عدمها- من حيث المصلحه فهل يجوز له ان يطالب بالقسمه؟ قولان. و قيل في هذه الصوره تكون اجره القسام على الولي نفسه.

أقول: و الأحوط ان لا- يطالب الولي بالقسمه إلا- في صوره وجود المصلحه للمولى عليه، لأن الأجره تكون على المولى عليه لأعلى الولي.

و حيث يطلب الشريك القسمه و لا مفسده للمولى عليه، فهل يجبر الولي؟ الظاهر ذلك، و كذا العكس لكن عليه الأجره.

اختلفت كلمات الأصحاب في تعريف «المدعى» الذى استفاض ذكره فى نصوص كتاب القضاء، فعرفوه بتعاريف:

قال المحقق: «و هو الذى يترك لو ترك الخصومه» أى: هو الذى يخلى سبيله و يسكت عنه لو سكت عن الخصومه. و هذا التعريف للمحقق و جماعه بل قيل انه المشهور.

«و قيل هو الذى يدعى خلاف الأصل أو أمرا خفيا» أى: منافيا للظاهر الشرعى قال فى الجواهر «و عن بعضهم حكاية التفسير بالمعطوف خاصه عن بعض، و بالمعطوف عليه خاصه عن آخر. و حينئذ تكون الأقوال أربعه» .

و قد نوقش الأول عدم الانعكاس أو عدم الاطراد، فقد يترك المدعى الدعوى أو المدعى عليه و تبقى الخصومه، فلو أودع مالا عند شخص فادعى ردّه عليه فأنكر صاحب المال لم يترك المدعى لو ترك دعوى الرد بل يطالب بالرد، و أجاب فى الجواهر بأن مطالبه المدعى باليمين و المنكر بالبينه لا يخرج المدعى عن كونه مدعيا، بل ذلك مقتضى الدليل الشرعى فى بعض الموارد بنحو التخصيص، و فى العروه: ان هنا دعويين إحداهما الإيداع عنده و الثانية دعواه الرد، فلو ترك هذا دعوى الرد انتفت الخصومه الثانية و لكن الأولى باقيه.

و المراد من «الأصل» فى التعريف الثانى هو القاعده الكليه، أعم من الأصل

و الامارات كاليد و الاستصحاب، فالأصل في اليد دلالتها على الملكية، فمن ادعى على خلاف مقتضاها قيل له أنت تدعى خلاف الأصل.

و قد يراد من «الظاهر» معنى غير «الأصل» كما لو أرخى الزوجان الستر ثم اختلفا في الدخول فادعته الزوجه و ادعى الزوج العدم كانت دعوى الزوج مخالفه للظاهر.

و لو أسلم الزوجان فادعت الزوجه التقارن فالنكاح باق و أنكر الزوج فهو باطل، فان مقتضى الأصل هو عدم الإسلام المقارن، و أصاله عدم المقارنه مثبتة.

هذا و لكن الاولى-وفاقا للجواهر-هو الرجوع الى العرف في تشخيص المدعى من المنكر، و في مورد التداعى حيث يصدق «المدعى» على كليهما يطالبان معا بالبينه، و حيث يشك يعين المدعى من المنكر بالقرعه.

و في العرف: المدعى هو من يريد إثبات حق له على غيره فيطالب به عند الحاكم، أو يريد التخلص من حق لغيره عليه، كأن يدعى إرجاع الامانه و تسليم الوديعه و أداء الدين، فيكون الحاصل وجوب إقامه البينه على من كان عند العرف مدعيا و اليمين على من كان عندهم منكر، لان الخطابات الشرعيه مثل «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» أو «على من أنكر» و نحوها ملقاه إلى العرف و ليس للشارع جعل خاص لموضوعات الاحكام في هذه الموارد-و ان قيل بذلك في خصوص المدعى-فتشخيص الموضوع بيد العرف، نعم قد يخطأ العرف في تشخيص موضوع من موضوعات الاحكام و حينئذ لا يوكل الشرع الأمر إلى العرف في ذاك المورد بل يعين موضوع حكمه بنفسه، و هذا لا ينافى كون خطابه ملقاه إلى العرف.

فالتحقيق في المقام ما ذكرناه، و من عرّف المدعى بنحو من الأنحاء المذكوره فقد لحظ المعنى الأكثر انطباقا في الموارد في نظره و جعله عنوانا، كليا له، و الا فلا دليل في الكتاب و السنه و لا قرينه على تعيين أحد تلك التعاريف.

و حيث عيّن العرف المدعى-و لم يخطئه الشارع-توجه إليه الوظيفة الشرعية فى إقامة الدعوى، سواء، ترك المخاصمه لو ترك أولاً، و سواء كانت دعواه مخالفه للأصل أو الظاهر أو موافقه.

ثم انه قد يختلف الأمر باختلاف مصب الدعوى، ففي الإجاره مثلاً قد يدعى المستأجر وقوع الإجاره بمائه و يدعى الموجر وقوعها بمأتين، فهنا كل منهما يدعى شيئاً و ينكر ما يدعيه الآخر فيكون التداعى و عليهما البيئه، و قد يكون مصب الدعوى المأه المختلف فيها، و حينئذ يكون القائل بالمأتين و هو الموجر مدعياً و عليه إقامة البيئه و المستأجر منكراً و عليه اليمين، فإن أقام المؤجر البيئه ثبتت المأه على المستأجر و الا حلف و سقطت دعوى الموجر.

و فى الدين: ان طالب الدائن بالمال و أنكر المدين كان الأول هو المدعى و ان قال المدين: قد أديب الدين انقلب مدعياً و كان عليه إقامة البيئه على الأداء فى البيع، كأن يقول بعت بعشرين و يقول المشتري: بل بعشره، أو يقول: بعتك بعشرين ديناراً من ذهب، فيقول المشتري: بل من فضه، أو يقول: بعتك هذا الشئ، فيقول بل وهبتنى إياه، و تظهر الثمره فى الفرض الأخير عند تلف العين مع الفساد، فان كان الواقع بيعاً فاسداً ضمن الآخذ و ان كان هبه فاسده لم يضمن.

و لو كان مورد المخاصمه هو الضمان فهذا يدعى اشتغال ذمه الآخر و ذاك ينكر، و حينئذ يكون الملاحظ نتيجة النزاع، و لا يلتفت الى النزاع حول كون المعامله هبه أو بيعاً، أما إذا كان مورد النزاع هذه الناحيه فإنه يقع التعارض بين الدعويين لجريان أصاله العدم فى كلا الطرفين.

و مع الجهل بمصّب الدعوى و مورد المخاصمه يعين بالقرعه.

و كيف كان فان الملاحظ هو نظر العرف فى تعيين المدعى و المنكر، و يؤخذ بنظر الاعتبار مصب الدعوى، إذ الأمر يختلف باختلافه كما مثلنا.

(البلوغ)

و كيف كان فقد ذكر المحقق قدس سره الشروط المعتبره فى المدعى بقوله:

«و يشترط فيه: البلوغ، و العقل، و أن يدعى لنفسه أو لمن له ولاية الدعوى عنه، و ما يصح منه تملكه، فهذه قيود أربعة، فلا تسمع دعوى الصغير» أقول: الشرط الأول الذى ذكره هو «البلوغ» ثم قال: «فلا تسمع دعوى الصغير» و لنا فى اعتبار هذا الشرط بنحو الإطلاق بحث الا ان يكون إجماع، لأن دعوى انصراف أدله القضاء عن دعوى غير البالغ ضعيفه، لأن الغرض من نصب القاضى حفظ الحقوق و النظام، و ان الله عز و جل لا- يرضى بضياح حقوق غير البالغين، و مثلها دعوى ان المتبادر من أدله القضاء و سماع الدعوى هو كون المدعى بالغاً، فان فى تلك الأدله عمومات و إطلاقات تشمل الصغير قطعاً مثل قوله تعالى «فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ»، و مع هذه الأدله لا وجه للتمسك بالأصل- كما فى المستند.

و أما قوله فى توجيه عدم سماع دعوى الصغير بأنه قد يحتاج إلى أمور يشترط فيها البلوغ مثل إقامه البيئه. ففيه: انه لا دليل على اشتراط البلوغ فى إقامه البيئه، فإذا أقامها الصغير على طبق الموازين الشرعيه فلا- وجه لعدم قبولها، و الأدله الرافعه لآثار قول الصبى منصرفه عن كون مورد دعواه ظلم أحد له كالضرب و نحوه، نعم الاعتبارات المحتاجه إلى الإنشاء غير مسموعه منه، كما أنه إذا وصل الأمر فى المخاصمه إلى اليمين فلا يحلف و لا يحلف.

و بعبارة أخرى: البلوغ ليس شرطاً فى أصل الدعوى، فان دعوى الصغير تسمع لكن الأمور المترتبة و أحكام فصل الخصومه و موازين القضاء يشترط فى بعضها البلوغ كالحلف و الإقرار فلا يحلف و لا يحلف و لا يترتب الأثر على إقراره، و حينئذ يقوم وليه مقامه فى هذه الأمور، و بعضها لا يشترط فيه البلوغ كإقامه البيئه، و حينئذ يترتب الأثر لعموم الأدله، و انصراف «عمد الصبى خطأ» و نحوه عن مثل ذلك

بل قال المحقق الكنى قده: ان الأصحاب لم يعملوا بهذه الأدله و اعتبروا قول الصبى فى موارد، كقبول قوله فى إنبات الشعر بالعلاج، و كما لو أوقع معامله فقال البائع بيطلانها لكونه صبغرا فادعى البلوغ سمعت دعواه و حكم بصحه معامله.

نعم ان كان متعلق دعواه مالا- فلا تسمع، لأجل الصغر لانه لا سلطنه له على مال فلا سلطنه له على دعوى متعلقه بالمال، فعدم سماع دعواه حيثنذ يكون من هذا الحيث لأمن جهه ان الصبى مسلوب العبارة، لكن الدعوى ليست من شئون المطالبه بالمال، فإنه إذا أثبت المال بالبينه أمكن ان يباشر المطالبه وليه أو الحاكم نفسه، و ليس إثبات تملك المال تصرفا فيه حتى يقال بعدم السلطنه له على المال، و لذا يجوز للأجنبى ان يثبت مالا لغيره، فيكون ذلك فى الحقيقه كالكشف لأمر مخفى.

اشتراط العقل:

قال المحقق: «و لا- المجنون» أقول: الشرط الثانى الذى ذكره المحقق و غيره هو «العقل» و يدل على اعتباره ما دل على اعتبار البلوغ، لكن مقتضى عمومات أدله القضاء سماع دعواه فى غير التصرفات الممنوعه كما إذا ادعى على شخص انه جنى عليه، فان الشارع لا يرضى بالجنايه على المجنون و لا يترك الجانى عليه من غير مؤاخذه و عقوبه.

و عن المحقق الأردبيلى قده و جماعه اشتراط كونه رشيدا، فلا تسمع الدعوى من السففيه، بل عن المعتمد دعوى الإجماع عليه، لكن الأدله القائمه على وجوب إحقاق الحق و حفظ الأموال و النظام تقتضى وجوب سماع دعواه. نعم لا تسمع فى الدعاوى المتعلقه بالمال، بل ان دعواه فيها تسمع أيضا لأن الدعوى و إثبات الحق غير التصرف. و اما دعوى الإجماع على هذا الشرط ففيها منع واضح.

ان لا يدعى مالا لغيره:

قال: «و لا دعواه مالا لغيره الا أن يكون وكيلا أو وصيا أو وليا أو حاكما

أو أميناً لحاكم» .

أقول: ادعى فى الجواهر عدم الخلف فيه، لكنهم يحكمون بسماعها فى بعض الموارد من غير أحد ممن ذكر، فلو غضب مال من يد المرتهن أو المستعير سمعت دعواه عند الحاكم، وقيل فى الرهن بجواز الدعوى بعنوان حق نفسه.

قلت: و بعض النظر عن حكمهم بالسماع فى هذه الموارد فإنه لا مانع من ان يدعى الإنسان حقا لغيره ما لم يستلزم التصرف فيه، و دعوى انصراف «فَأَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» عنه غير مسموعه، اللهم الا ان تكون الدعوى نفسها تصرفا فيشكل الدعوى أخذا بشاهد الحال و اعتمادا على اذن الفحوى من المالك، لان الفحوى و شاهد الحال لا يشملان هكذا تصرف اعتبارى، بل يتوقف سماعها منه على الاذن الصريح.

لكن لو كان المدعى من أقرباء المالك و ذويه فالظاهر الاستماع فى ما لا- يستلزم تصرفا فى ماله من غير ولاية و لا و كاله لانصراف أدله المنع حينئذ، و القدر المتيقن من الإجماع غيره.

ثم ان المشهور قيام الوكيل و الوصى و الولى مقام صاحب المال فى جميع مراحل الدعوى، و استثنى بعضهم إخلاف المدعى عليه، الا أنّ أن مقتضى عمومات أدله الولاية و الوكاله و الوصايه. هو جواز الإخلاف أيضا كما عليه المشهور.

ان لا يدعى ما لا يجوز تملكه:

قال المحقق: «و لا تسمع دعوى المسلم خمرا أو خنزيرا» .

أقول: و يشترط فى الدعوى أن يكون موردها أمرا جائزا شرعا و عقلا، فلا تسمع دعوى المسلم خمرا أو خنزيرا و نحوهما مما لا يصح تملكه له، و لا- تسمع دعواه زوجيه احدى محارمه، و قيل: له دعوى الأولويه بالخمير مثلا لأجل فائده محلله، كأن يبقى الخمر حتى تنقلب خلا، أو يأخذ العذره للتسميد، كما لا بأس بدعوى استحقاق ثمنها حال عدم الإسلام، أو يدعى ثمنها على مستحلها بناء على جواز بيعها ممن يستحلها، و الدليل على الجواز عمومات أدله القضاء بعد عدم تماميه

دعوى انصرافها عن مثل ذلك.

اشترط كون الدعوى صحيحه لازمه:

قال المحقق قدس سره: «و لا بد من كون الدعوى صحيحه لازمه، فلو ادعى هبه لم تسمع حتى يدعى الإقباض، و كذا لو ادعى رهنا» .

أقول: مثل بالهبة قبل الإقباض و بالرهن قبله للدعوى غير الصحيحه اللازمه لأن الموهوب ما لم يقبض لم يملك، و فى الرهن قال المحقق: «و هل يشترط فى الرهن القبض؟ قيل: لا، و قيل: نعم و هو الأصح» .

أما اشترط كون الدعوى صحيحه فدليله واضح، فلو ادعى الهبه و أقر المدعى عليه لم يلزم بشيء، بل لا بد من أن يدعى هبه صحيحه كأن يقول له:

و هبتنى ذلك و أقبضتنى إياه.

و اما اشترط كونها لازمه فإن الهبه إذا لم تكن إلى ذى رحم و كانت العين باقيه جاز للواهب الرجوع حتى مع الإقباض، و لذا قيل بسقوط الدعوى فيما لو ادعى عليه الهبه فأنكر، إذ يكون الإنكار رجوعا، نظير ما إذا أنكر الزوج إطلاق فإن إنكاره رجوع.

و بالجمله فاشترط الصحة لا ريب فيه، و لذا لو قال: هذه ثمره نخلى لم تسمع إذ يمكن ان لا تكون ملكه إلا إذا صرح فى دعواه بكونها ملكا له كما سيأتى، لكن عن المحقق الأردبيلي الإشكال فى اشترط اللزوم فقد قال «ره»: «ما المانع من أن يدعى الصحة أولا- فيثبتها و يدعى اللزوم؟ ثم انه يرد عليهم مثله فيما إذا ضم إليها دعوى القبض، إذ لعل الموهوب له أجنبى. على أنه يرد مثله فى دعوى البيع.

إذ على هذا لا بد من دعوى انقضاء المجلس أو الأيام الثلاثة فى الحيوان و لا قائل به» .

و أورد عليه فى الجواهر بقوله: «و فيه ان الصحة بدون القبض ليس حقا لازما للمدعى عليه، ضروره رجوع ذلك الى التهيؤ للصحة مع تمام ما يعتبر فيها، و هبه

الأجنبي مع القبض صحيحه و يترتب عليها الأثر و ان جاز له الفسخ، فان المراد باللازمه المقتضيه للاستحقاق على المدعى عليه، لا كون المدعى به أمرا لازما على وجه لا يكون به خيار للمدعى عليه.» .

قلت: و الصحيح أنه ليس الإنكار فيما نحن فيه رجوعا كالطلاق، فان الحكم المذكور يختص بالطلاق، و لذا لا يكون إنكار البيع فسخا له، و القول بعدم اشتراط اللزوم غير بعيد الا أن يكون هناك إجماع.

هل تسمع دعوى المنكر فسق الحاكم أو الشهود؟

قال: «و لو ادعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود و لا بينه فادعى علم الشهود له ففى توجه اليمين على نفى العلم تردد، أشبهه عدم التوجه، لانه ليس حقا لازما و لا يثبت بالنكول و لا باليمين المردوده، و لانه يثير فسادا» .

أقول: لو لم يكن مورد الدعوى مالا كقوله لى عليك كذا من المال و لا سببا كالبيع كقوله: هذا المال الذى بيدك قد بعتهنى إِيَّاه، بل ادعى أمرا له فيه نفع من حيث إثبات حق له أو إسقاط حق عليه، كأن يدعى المنكر فسق الحاكم الذى حكم عليه أو فسق الشهود الذين استند إليهم المدعى و حكم الحاكم طبق شهادتهم، أما لو ادعى فسق الشاهدين فله طرح دعواه عند نفس الحاكم، كما أن له طرحها عند حاكم آخر، فان كان له بينه أقامها و بذلك يزول الحكم الذى أصدره الحاكم حسب شهادتهما، و كذا لو تمكن من إثبات كذب الشاهدين أى كذبهما فى قولهما بأن هذا المال لزيد المدعى. لكن لا يسقط حق المدعى بثبوت فسقهما أو كذبهما فى هذه الشهاده.

و ان لم يكن عنده بينه فهل يؤثر علم المدعى بفسقها فى زوال الحكم كذلك؟ ان أقر بذلك فلا إشكال فى أنه يؤخذ بإقراره، و لا يجوز له الاستناد الى الحكم فى أخذ ما يدعيه على المنكر، و ان لم يقر فالحكم باق على حاله و له أثره من ثبوت الحق و فصل الخصومه، نعم مع علم المدعى بفسق الشاهدين لا يجوز له ترتيب الأثر مع

على الميت يحلف مع البيئه، و كذا مع الشاهد الواحد فى الدعوى المالىه.

لكن عن القواعد مع ذكر الحكم المذكور: «و لو التمس المنكر بعد إقامه البيئه عليه إحلاف المدعى على الاستحقاق أجيب اليه. و لو التمس المنكر يمين المدعى مع الشهاده لم يلزم اجابته» .

و توجيه الفرع الأول هو ما لو ادعى المدين البراءه أو الإبراء، فكأن البيئه أثبتت أصل الدين و اليمين تثبت اشتغال ذمه المدين الان، ففى الحقيقه يدعى المدين الإبراء أو الأداء و الدائن ينكر ذلك فيحلف. و كذلك لو شهد الشاهدان بأن زيدا قد اشترى هذا المال فيكون ملكه، ثم يدعى عمرو البائع الفسخ فيحلف زيد المدعى على العدم.

و توجيه الفرع الثانى هو فى العين الموجوده، فإذا شهدت البيئه بكونها لزيد لم تسمع مطالبه عمرو منه اليمين، نعم لا مانع من الحلف بل يستحب فى رضاه بها لقوله عليه السلام لشريح: «ورد اليمين على المدعى مع بيئته، فان ذاك أجلى للعمى و أثبت فى القضاء» (١).

و قال الشيخ فى المبسوط: «و كيف يحلف؟ قال قوم: يحلف ما اقتضاه و لا شيئاً منه، و لا اقتضى له و لا شىء منه، و لا أجال به و لا- بشىء منه، و لا أبرأه و لا عن شىء منه، و أن حقه لثابت، و لا اقتضى له مقتضى بغير أمره فأوصل إليه. قال: فان ادعى أنه قد أبرأه منه أو قد أجال به لم يحلف المدعى عليه على أكثر من الذى ادعاه عليه و ان كانت الدعوى مبهمه فقال: ماله قبلى حق أو قد برئت ذمتى من حقه احتاج الى هذه الألفاظ كلها حتى يأتى بجميع جهات البراءه.

و من الناس من قال: أى شىء ادعى، فان المدعى عليه يحلف ما برئت ذمتك من دينى، فإذا قال هذا أجزاءه، لأنها لفظه تأتى على كل الجهات، فإن الذمه إذا كانت مشغوله بالدين أجزاءه أن يقول: ما برأت ذمتك من حقى.

ص: ٨٦

و هذا القدر عندنا جائز كاف. و الأول أحوط و أكد. فاما قوله: و ان حقي لثابت فلا خلاف انه ليس بشرط». .

هل يلزم بالجواب عن دعوى الإقرار؟

قال المحقق: «و فى الإلزام بالجواب عن دعوى الإقرار تردد منشؤه ان الإقرار لا يثبت حقا فى نفس الأمر، بل إذا ثبت قضى به ظاهرا» .

أقول: لو ادعى زيد على عمرو الإقرار له بشيء كأن يقول له: قد أقررت بكون هذه الدار لى، أو يقول: لقد أقررت بأنى غير مدين لك، فهل يلزم الحاكم عمرا بالجواب عن هذه الدعوى؟ وجهان بل قولان، تردد المحقق قدس سره بينهما، وجه عدم الإلزام هو: أن الإقرار لا يثبت حقا واقعا للمقر له، لأن الإقرار-و ان الزم الشارع المقر بما أقر على نفسه-ليس طريقا لإثبات الحق بحيث يرفع شك المقر له فى تملك المقر فيه، فلو أقر له بكون الثوب له و كان المقر له جاهلا أو شاكا فى ذلك لم يرتفع معه الجهل أو الشك، لأن أثر هذا الإقرار هو الحكم الظاهرى فقط بجواز تصرفه فى الثوب. فإذا لم تكن الدعوى مثبته لحق لازم و لم يكن الإقرار موجبا لحق واقعى فإنه-مع عدم البيه للمدعى على الإقرار-لا تسمع الدعوى، و لا يحلف المدعى عليه على إنكاره، و لا يكون نكوله عن اليمين مثبتا للدعوى.

و وجه الإلزام هو: أن المراد من الحق اللازم كون الدعوى ذات نفع للمدعى و المفروض جواز تصرفه فى المدعى به ظاهرا مع ثبوت الإقرار بأحد المثبتات، و لا- يلزم أن يكون مورد الدعوى ما لا- أو سببا لانتقال مال، بل ان ترتب الأثر المذكور -و هو الحكم بجواز التصرف ظاهرا-على الإقرار كاف لصحة الدعوى عند الحاكم كى يلزمه بالجواب.

و ظاهر المحقق فى المقام هو التوقف، بخلاف الفرع السابق حيث قال «أشبهه عدم التوجه» و استقرب الشهيد الثانى فى المسالك تبع لجماعه الوجه الثانى و اختار المحقق العراقى الأول فقال: ان الوجهين «مبنيان على أن الاحكام الظاهريه هل

فعليتها فرع وصولها الى المكلف بحيث لولاها لا تكون فعلية بعثيه بخلاف الأحكام الواقعيه من الوضعيات و التكاليفيات، إذ فعليتها الواقعيه ليست تابعه لوصولها غايه الأمر لا تنجز لها.

و حيث قد حققنا فى محله عدم تبعيه فعليتها للوصول فلا بأس بسماع مثلها.» و فى الجواهر وجه الوجه الثانى بقوله: «لان المدار على ثبوت الحق ظاهرا، فنكوله عن ذلك يثبت عليه الحق أو مع يمين المدعى الذى يجوز له الحلف عليه و الأخذ به، و ان لم يعلم استحقاقه من غير جهة إقراره الذى له الأخذ به ما لم يعلم كذبه، لجواز استناده الى سبب لا يعلم به، و لأنه إذا سمعت دعواه بالبينه توجه له اليمين على عدمها، لعموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله: البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه.» .

ثم قال: «نعم قد يقال بعدم إلزامه باليمين على نفي ذلك بخصوصه إذا بذل اليمين على براءة ذمته الذى يأتي على ذلك كله، نحو ما تسمعه فى عدم إلزامه بجواب دعوى أنه أقرضه أو باعه بثمن فى ذمته أو نحو ذلك، معللين له بإمكان أدائه له و العجز عن إثباته، فيكفى جوابه براءة ذمته مما يدعيه عليه، فإنه يأتي على ذلك كله، و مثله آت هنا.

اللهم الا- أن يفرق بأن الدعوى فى الأول الشغل بسبب فى الواقع، فيكفى فى جوابه نفي الواقع بخلاف الثانى، فإن الدعوى فيه بصدور سبب من المدعى عليه يؤخذ به و ان لم يعلم الواقع.

و فيه: ان الإقرار كما يؤخذ بظاهره و ان لم يعلم صحته و قد ادعاه على خصمه، كذلك البيع عليه مثلا، له الأخذ بظاهره أيضا ما لم يعلم فساده و قد ادعاه على خصمه، فكما لا يلزم هناك الجواب بنفى البيع و يكفيه الجواب ببراءة الذمه كذلك هنا، فتأمل» (١).

أقول: و الأقرب هو الوجه الأول، إذ ليس كل دعوى يلزم الحاكم بسماعها و النظر فيها، بل الدعاوى المتعلقة بأموال الناس و نفوسهم و أعراضهم، فيلزم ان يكون مورد الدعوى شيئاً يزعم المدعى تعلقه به. و بعبارة أخرى: لا بد أن تكون نتيجة الدعوى و المرافعة إثبات حق يدعيه المدعى و جلب نفع الى نفسه أو دفع ضرر عن نفسه، و كل دعوى تكون كذلك يجب على الحاكم سماعها، و أما فى المورد الذى يتحقق النفع و يثبت للمدعى بنفس الحكم الصادر من الحاكم- و اما قبله فلا يوجد شىء- فيلزم الدور، لان نظر الحاكم فى ذلك المورد ثم حكمه يتوقف على تحقق الحق من قبل، و تحقق الحق يتوقف على الحكم نفسه.

هل تفتقر صحة الدعوى الى الكشف؟

قال المحقق: «و لا تفتقر صحة الدعوى الى الكشف فى النكاح و لا فى غيره» .

أقول: ان صحة الدعوى التى اشترطناها لا- تحتاج الى الكشف و التحقيق عن الأسباب، سواء كانت الدعوى فى الاملاك من الأعيان و الديون، أو فى العقود من النكاح و غيره. و قد نبه بذكر النكاح على خلاف بعض العامة فيه. و دليلنا على عدم الحاجة هو الإجماع.

قال: «و ربما افتقرت الى ذلك فى دعوى القتل، لأن فائته لا يستدرك» .

أقول: لأن للقتل أقساماً و أسباباً مختلفه من العمد و الخطاء و شبه العمد، و من أن القتل مستند إليه بالمباشره أو بالتسبيب، و أنه هل وقع منه منفرداً أو شاركه فيه غيره. فلكل واحد من هذه الاقسام و الحالات حكم، فلو أجمل فى الدعوى لم يترتب حكم واحد منها، فلا بد من الكشف و ذكر التفصيل و الا لم تصح دعوى القتل و لا تسمع.

و فى الجواهر كما عن جماعه الإشكال فى ذلك، و قد يستفاد من تعبير المحقق ب «ربما» و ذلك لانه قد يترتب على الإجمال أثر كلى، بل قيل: انه يمكن بحكم الأصل تشخيص انه خطأ، بل ربما ظهر من المحقق الأردبيلي سماع دعوى الكلى

و ان لم يترتب عليه حكم و لكنه مقدمه لإثبات الخصوصيه فيما بعد.

قلت: ان تعيين كونه خطأ بالأصل مشكل جدا، فلو أردنا إجراء هذا الأصل لجرى فى الجميع، لكن لو كان لبعض الخصوصيات أثر و قلنا بكفايه احتمال ترتب الأثر لوجوب السماع فإنه يجب سماع الدعوى، هذا بعد ثبوت أصل الواقعة، و بالجمله: الأصح هو سماع الدعوى حيث يثبت أصل القضييه ثم تثبت خصوصياتها بالموازين الشرعيه من البينه و اليمين، فيكون الحكم بعد المرحلتين وفاقا للأردبيلى، و ذلك لمقتضى الاحتياط الشديد الموجود فى الدماء.

و على الجمله: لا فرق بين القتل و غيره فى ذلك، فإنه مع فرض عدم ترتب حكم على الكلى فى غيره لم تسمع الدعوى به أيضا و الأ- سمعت- ان لم يثبت الإجماع على خلافه- لشمول أدله و جوب القضاء له، و لما جاء فى بعض الاخبار من حكم الامام عليه السلام فى مقامات مع عدم ذكر المدعى السبب.

فهذه هى القاعده الكليه و على ضوئها يظهر الأمر فى الموارد و الأمثله المختلفه، فإن كان للكلى أثر ادعاه و ان كان للخصوصيه أثر ادعاهما، و فى المتباينين تسمع الدعوى ان كان العلم الإجمالى منجزا، و مع دوران الأمر بين الأقل و الأكثر كان الأقل هو المتيقن.

قال المحقق: «و لو اقتصر على قولها: هذا زوجى كفى فى دعوى النكاح و لا يفتقر ذلك الى دعوى شىء من حقوق الزوجيه، لأن ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجيه. و لو أنكر النكاح لزمه اليمين، و لو نكل قضى عليه على القول بالنكول، و على القول الآخر تردد اليمين عليها، فإذا حلفت ثبتت الزوجيه، و كذا السياق لو كان هو المدعى» .

أقول: ان الأثر الذى ذكرناه لا- يلزم التصريح به لدى الدعوى، بل يكفى دعوى ملازمه، فلو اقتصرت المرأه على قولها: هذا زوجى كفى فى دعوى النكاح و ترتب آثاره من حقوق الزوجيه و لوازمها كالمهر و النفقه و غيرهما.

و يترتب على سماع هذه الدعوى أيضا انه لو أنكر الزوج النكاح لزمته

اليمين، و لو نكل عنها قضى عليه على القول بالقضاء بمجرد النكول، و برد اليمين على المرأه، على القول الآخر فإن امتنعت سقطت دعواها، و ان حلفت ثبتت الزوجيه. و عن التحرير «و فى تمكين الزوج منها اشكال من إقراره على نفسه بتحريمها، و من حكم الحاكم بالزوجيه» .

و كذا الكلام لو كان الرجل هو المدعى للزوجيه. إذ يترتب على ذلك الآثار الشرعيه و حقوق الزوجيه، و الاشكال المذكور موجود، من إنكار المرأه للزوجيه فلا يجوز لها تمكينه من نفسها و من حكم الحاكم بالزوجيه.

أقول: أما بالنسبه إلى الحاكم نفسه فهل ينهى الزوج المقر بحرمتها على نفسه عن وطئ المرأه-مع إلزامه بدفع النفقه مثلا-أخذًا بإقراره، أو لا ينهاه عن ذلك ترتيبًا لجميع آثار الزوجيه التى قد حكم بها؟ وجهان. اللهم الا ان نلغى اعتبار الإقرار فى هذه الحاله فيقدم الثانى، لكن لا يفتى بذلك احد. نعم لا يبعد الإلغاء فيما إذا كان الإقرار عن نسيان مثلا ثم تذكر و رجع عنه بعد قيام البينه.

فالصحيح ان الإقرار بالنسبه الى ما كان على الزوج مقدم على الحكم، إذ لا يقول أحد بإلغاء الإقرار فى هذه الحاله.

و اما وظيفه الزوج المنكر للزوجيه، فإن كان عالما بعدم الزوجيه فان مقتضى قول النبى صَلَّى الله عليه و آله: «فأيا امرء قطعت له» (1) هو عدم جواز ترتيب آثار الحكم مثل الوطاء، و أما دفع النفقه فليس محرما عليه بل يجب عليه امتثالا و تنفيذًا للحكم، بل يحرم على المرأه أخذها، و هل يجوز لها الأخذ فى مقابل بقائها فى دار الرجل؟ فيه اشكال، و أما إذا كان إنكاره لها من جهه الشك مثلا فان جميع الآثار مترتبه بالحكم.

و أما إذا كان المدعى للزوجيه هو الرجل و المرأه تنكر، فان كانت تعلم بعدم الزوجيه كان عليها الامتناع عن التمكين، و لا يجوز لها المطالبه بالنفقه، و ان كانت

ص: ٩١

تنكر كاذبه أو شاكه وجب عليها ترتيب الأثر على الحكم.

و أما المهر فان الرجل ان ألزمها بالتمكين و وطئها عملا بحكم الحاكم فقد وجب عليه دفع مهر المثل لانه عوض البضع.

هل تسمع دعواه ان هذه بنت أمته أو ثمره نخله؟

قال المحقق: «و لو ادعى ان هذه بنت أمته لم تسمع دعواه، لاحتمال أن تلد فى ملك غيره ثم تصير له، و كذا لو قال: ولدتها فى ملكى، لاحتمال ان تكون حره أو ملكا لغيره» .

أقول: و من فروع اشتراط كون مورد الدعوى حقا لازما يدعيه المدعى بصراحه و وضوح انه إذا قال: هذه بنت أمتى فهل تسمع هذه الدعوى أولا؟ و هذه الدعوى تتصور بوجهين: ان تكون هى بيد زيد و هو يريد أخذها منه بهذه الدعوى، و ان تكون بيده فيدعيها زيد فيقول هذه بنت أمتى بمعنى أنه إذا لم يدع ذلك تثبت دعوى زيد.

و كيف كان فان هذه الدعوى أعم من ان يكون موردها حقا لازما، و حيث أنها ليست صريحه فى ذلك فلا تسمع.

و كذا لو ضم الى تلك الدعوى قوله: ولدتها فى ملكى، أو ادعى هذه الجبهه دعوى مستقلة كأن يقول: هذه ولدتها أمتى فى ملكى.

قال المحقق قدس سره: «و كذا لا تسمع البينه بذلك ما لم يصرح بأن البنت ملكه، و كذا البينه» .

أقول: و كما لا تسمع الدعوى الصريحه كذلك لا تسمع البينه غير الصريحه، فإن قالت بأن هذه مملوكه فلان سمعت، و لو قالت: ولدتها أمها حالكونها فى ملكه فلا تسمع، لانه يمكن أن تكون الام مملوكه و لا تكون بنتها مملوكه له كأن يكون قد حررها مثلا.

قوله: «و كذا البينه» ليس تكرارا، بل المراد أنه ما لم يصرح المدعى فى

الدعوى فلا- تسئل البيئه التي يقيمها، ثم البيئه لا تسمع شهادتها ما لم تشهد بصراحه، و حيث شهدت بالملك فلا تسئل عن السبب، فيحتمل أن يكون قوله: «و كذا البيئه» معطوفا على «لا يفتقر» المتقدم عليه.

قال: «و مثله: لو قال: هذه ثمره نخلى» أى: فلا تسمع هذه الدعوى لكونها أعم، الا أن يقول هذه ثمره نخلى و هى ملك لى.

قال: «و كذا لو أقر له من الثمره فى يده أو بنت المملوكه لم يحكم عليه بالإقرار لو فسر به بما ينافى الملك» .

أقول: و لو قال هذه الثمره من نخل من هى بيده فهل له ان يدعى بعد ذلك كونها ملكا له؟ نعم، لان قوله السابق ليس إقرارا بعدم ملكيته و ملكيه صاحب اليد حتى يكون قوله المتأخر إنكارا بعد إقرار، فتسمع هذه الدعوى منه و يطالب بالبيئه، بخلاف ما لو أقر بالملكه فليس له أن يقول بعد ذلك: لكن هى ملكى.

و هذا معنى عباره المحقق.

و فى المسالك: ظاهر عباره المحقق و العلامه انه إذا لم يفسر بالخلاف فهو إقرار.

و أشكال عليه فى الجواهر بعدم ظهور عبارتيهما فى ما ذكره، فليس «لو فسّر» قيّدا حتى يكون إقرارا. قلت: و ما ذكره صاحب الجواهر هو الظاهر.

ثم ان صاحب المسالك بعد ما استظهر من العباره ما ذكر أشكال على المحقق الفرق بين الإقرار و الدعوى فقال: «و الفرق بين الدعوى و الإقرار لا يخلو من اشكال، لأن الاحتمال قائم على تقدير الإقرار و الدعوى، و العمل بالظاهر فى الإقرار دون الدعوى لا دليل عليه، و الفرق باشتراط التصريح فيها دونه رجوع الى نفس الدعوى، و فى الإرشاد أطلق عدم سماع الدعوى و الإقرار معا، و لم يعتبر التقييد فى الإقرار بتفسيره بما ينافى الملك و هذا هو الظاهر» .

أقول: ان اشكاله وارد بناء على ما فهمه من العباره، لأن الصراحه شرط فى

كلا الأمرين، الا ان يقال بأن ظهور الدعوى غير كاف و ظهور الإقرار كاف، لكنه مشكل.

هذا و فى الجواهر بشرح: «و كذا لا تسمع البيئه.» ما لفظه: «لكن عن لقطه المبسوط و التذكرة سماع الدعوى و البيئه فى الثانى، بل عن الأخير الإجماع عليه، و لعله لأصالة تبعيه النماء للمال حتى يعلم خلافه، و هو كذلك حيث لا يكون لآخر يد تقضى بالملكه لها و الا انقطع بها الأصل المزبور، كما انقطع بها ما هو أقوى من ذلك، و كلام الأصحاب هنا فى الدعوى على آخر.» .

قلت: ان محل البحث هو ان تكون بنت أمه زيد بيد عمر و فيراجعه استنادا الى كون الام عنده، فالارتكاز يتبع ما إذا لم يقم فى مقابله دليل كاليد، و الأردبيلى أمر بالتأمل فى المقام بعد ان ذكر عدم السماع، و لعل وجهه: إمكان القول بالسماع، لان من ملك النخله فقد ملك تمرها عند العرف الا ان يقوم دليل، و لذا تسمع هذه الدعوى فى الملك القديم السابق على اليد فيلزم صاحب اليد بإقامه البيئه على انتقاله اليه بالبيع مثلا.

لكن هذه المطالب ليست تعبدية بمعنى قيام إجماع أو دلالة نص عليه، بل الذى يريدون إثباته كون الدعوى صريحه، فان كانت الملازمه العرفيه و التبعية بين الثمره و النخله أو بين الأمه و البنت تامه فهو و الا لزم البيان و الكشف عن سبب الملك. و الظاهر تماميه هذه الملازمه ما لم يكن الفرع بيد غيره، لان اليد دلالتها على الملكيه أقوى من الملازمه المذكوره.

قال المحقق: «و لا كذلك لو قال: هذا الغزل من قطن فلان أو هذا الدقيق من حنطه.» .

أقول: يعنى ان مثل هذه الدعوى ظاهر فى الملكيه و لا-حاجه الى التصريح، للفرق بين الثمره و النخل و بين الغزل و القطن، فهناك المغايره حقيقه و هنا هى فى الصوره فقط، فالدعوى تسمع و عليه إثباتها كسائر دعاوى.

الكلام في: التوصل إلى الحق

إشاره

ص: ٩٥

الحق اما عقوبه و اما مال، فان كان الحق عقوبه كالتقصاص فالأقوى وفاقا للمسالك و غيرها-بل عن الكفايه: لا أعرف فيه خلافا- وجوب رفع الدعوى الى الحاكم، فان ثبت دعواه و أصدر الحاكم الحكم جاز له أن يباشر القصاص على قول، و قيل: بل الأمر بيد الحاكم فله أن يباشر بنفسه القصاص أو يأذن فيه لصاحب الحق أو يأمر به شخصا آخر.

و أما إذا لم يتوفر الحاكم أو تعذر الوصول اليه فيجوز له أن يستوفى حقه، و هذه الصوره هي القدر المتيقن من إطلاق قوله تعالى «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوِئِيهِ سُلْطَانًا» (١).

فيكون الحاصل عدم جواز مباشره القصاص مع التمكن من الرفع الى الحاكم خلافا لصاحب الجواهر قدس سره حيث استند الى الآيه المزبوره قائلا بالجواز مطلقا.

نعم لا ريب في عدم مؤاخذه الحاكم لصاحب الحق و ان باشر الأمر من دون إذنه، إذ لا إشكال في ثبوت هذا الحق له، لكن لما كان أمر الدماء خطيرا و لا بد فيه من الاحتياط الشديد نقول تبعا للأصحاب بلزوم رفع القضية إلى الحاكم و اجراء الحكم باذنه حتى لا يلزم الفساد في المجتمع الإسلامي و الهرج و المرج في البلاد و يتأكد

ص: ٩٧

ما ذكرناه فيما إذا علم بترتب المفسده العظيمه كوقوع المقاتله بين طائفتين و اراقه الدماء المحترمه.

و من جواز مباشره الحاكم يظهر أنه لا يجب عليه أن يأذن لصاحب الحق بذلك ان راجعه فى القضيه، و ان كان ذلك حقا ثابتا له خلافا لصاحب الجواهر حيث قال بأن إطلاق السلطان للولى يقتضى مباشرته لا خصوص الحاكم.

و من ذلك كله يظهر أن الحكم بوجوب الرجوع الى الحاكم و الاستيذان منه فى إجراء القصاص حكمه يقصد منها دفع الفساد و اختلال النظام فى المجتمع الإسلامى، و عليه فلو أمكن لولى المقتول أن يقتل القاتل بحيث لا يترتب على فعله مفسده جاز كما هو الحال بالنسبه إلى الحقوق المالىه كما سيأتى.

٢- ان كان الحق مالا:

اشاره

و ان كان الحق مالا فتاره يكون عينا و أخرى يكون ديناً، فان كان عينا فقد قال المحقق قده: «من كانت دعواه عينا فى يد انسان فله انتزاعها و لو قهرا ما لم تثر فتنه، و لا يفتقر إلى اذن الحاكم» .

أقول: فالمحقق يقول بجواز انتزاع العين و لو قهرا لكن قتيده بما لم تثر فتنه، و فى الجواهر فسّر قوله: «و لو قهرا»: «بمساعده ظالم أو بنفسه» و ان استلزم ضررا بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك» لكن ينبغى تقييد مساعده الظالم بصوره انحصار طريق استنقاذ العين بذلك، بأن لا- يمكنه الاستنقاذ بنفسه أو بمساعده من ليس بظالم، بل يجوز ذلك فى صوره الاختيار أيضا بل يمكن القول بجواز إتيان الأمر المباح بمساعده ظالم، و أما إعانته فقد قلنا فى محله باختصاص حرمة إعانته الظالم بأن تكون الإعانته فى ظلمه.

و لا يخفى ان المراد من «الظالم» فى هذا المقام هو غير «الطاغوت» الذى نهى الرجوع و التحاكم إليه فى الكتاب و الاخبار، و قد تقدم البحث عن حكم الرجوع إليه فى إحقاق الحق.

ثم قال فى الجواهر: «و ان استلزم ضررا بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك» .

و عن الإرشاد جواز الانتزاع «و لو قهرا مع انتفاء الضرر» و عن مجمع الفائده: «ما لم يحصل معه أمر غير مشروع» .

قلت: لا ريب فى عدم جواز التصرف فى مال أحد إلا بإذنه، فلا يجوز الدخول فى دار إلا بإذن صاحبها، فان كانت العين فى الدار فدفعتها اليه صاحب الدار من دون حاجه الى الدخول فهو، و لو توقف أخذها على الدخول وجب الاستيذان منه فان امتنع فمن الحاكم لأنه ولى الممتنع، و حيث يمكنه ذلك مع الاذن فلا دليل على الجواز بلا اذن.

و لا إطلاق لدليل سلطنه الناس على أموالهم ليشمل مفروض الكلام و نحوه فان لم يتمكن من تحصيل الاذن من الحاكم رفعت قاعده نفي الضرر حرمة الدخول بلا اذن.

و أما إذا استلزم انتزاع العين ضررا على من هى بيده ففيه قولان، و لكن الحق هو الجواز مع التوقف، فيجوز له انتزاعها حتى مع كسر القفل و الصندوق و نحو ذلك، بل قيل ان له أن يطالب بحقه و يحاول انتزاعه ممن وضع يده عليه و هو يعلم بكونه لمن يدعيه مهما بلغ الأمر، إذ لا فرق بين هذه المسألة و مسألة دفع اللص عن المال حيث يجوز للإنسان أن يدافع عن ماله و يحفظه من اللص حتى لو انتهى الى قتل اللص، و لو قتل هو كان شهيدا كما فى الروايات (١)، لكن فى الجواهر:

«ما لم تصل الى حد وجوب الكف عن الحق له لترتب تلف الأنفس و الأموال

و غيره من الفساد الذى يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك و ان كان مباحا فى نفسه أو مستحبا بل أو واجبا.» .

و كيف كان فالقدر المتيقن من الجواز صورته عدم لزوم الخسارات الكثيره مثل تمزيق الثوب و كسر الباب أو القفل أو الصندوق و نحو ذلك، لان قاعده نفى الضرر جعلت للامتنان و لا مورد لها فى هذا المقام.

هذا كله فى صورته علم من بيده العين بكونها للشخص الذى يدعيها، و أما إذا كان جاهلا فان طالبه و اقتنع بقوله و دفع المال فهو، و ان لم يصدقه جاز له أن ينتزعه منه قهرا فان عجز فلا مناص من الرفع الى الحاكم، و لو استلزم الانتزاع ضررا فقد يقال بالجواز لقوله صلى الله عليه و آله: «لى الواجد بالدين يحل عقوبته و عرضه» (١) و فيه تأمل، لأنه ظاهر فى العالم دون الجاهل (١).

و لو كان من بيده العين معذورا عن دفعها الى صاحبها لحبس أو مرض فهل يجوز له ان يدخل الدار مثلا ليأخذ ماله؟ لا بد هنا من اذن الحاكم، لان المفروض عدم إنكاره للحق و كونه قاصرا عن إعطائه، فيلزم أن يستأذن الحاكم و يدخل الدار مع اذنه، و لو استلزم ضررا يسيرا جاز كذلك.

و حيث يراجع الحاكم و يقيم البيئه على دعواه و يثبت حقه فهل له المبادرة إلى أخذ الحق قبل صدور حكم الحاكم؟ قيل نعم بناء على حججه البيئه للمدعى.

هذا كله فى العين - و قد ذكر المحقق حكم ما إذا كان الحق دينا بقوله:

صور كون الحق دينا:

إشاره

«نعم لو كان الحق دينا و كان الغريم مقرا باذلا لم يستقل المدعى بانتزاعه من دون الحاكم، لان للغريم تخيرا فى جهات القضاء، فلا يتعين الحق فى شىء من

ص: ١٠٠

دون تعيينه أو تعيين الحاكم مع امتناعه» .

أقول: و لو كان الحق الذى يدّعيه الشخص دينا فلا يخلو الغريم عن حالات:

الاولى- أن يكون مقرا بالحق و بإذلاله:

و الحكم فى هذه الحاله عدم استقلال صاحب الحق بانتزاع حقه لان للغريم تخيرا فى جهات القضاء، فلا يتعين الحق الكلى الثابت فى ذمته من دون تعيينه قال فى الجواهر:

بلا خلاف بل و لا اشكال.

هذا و قد أشكل على موضعين من عباره المحقق هذه، أحدهما قوله: «من دون الحاكم» من جهه أن اذن الحاكم لا دخل له فى هذا الفرض مع أن المستفاد من عباره جواز أخذه بإذن الحاكم، و الثانى قوله: «أو تعيين الحاكم مع امتناعه» من جهه أن المفروض كونه مقرا باذلا فما ذكره لا وجه له لانه خلاف الفرض. و قد أرجع صاحب الجواهر الضمير فى «امتناعه» الى التعيين فقال: «أى امتناع تعيينه لحبس أو مرض أو نحوهما لان له الولاية العامه فى ذلك» قيل: و لا بد أن يجعل المراد من الباذل حينئذ هو الباذل الشأنى و الا- فلا يستقيم ما ذكره. قلت: و لكنه خلاف الظاهر و الاولى ما فى القواعد: «ان كان باذلا فليس للمدعى الاستيفاء بدون اذنه و ان كان ممتنعا فليس له بدون اذن الحاكم» .

الثانيه- أن يكون مقرا ممتنعا من البذل:

و الحكم فى هذه الحاله كسابقتها، فلا يجوز التقاص إلا بإذن الحاكم لأنه ولى الممتنع، سواء كان معذورا أو بلا عذر، لأن الحق الثابت فى ذمته كلى و تعيينه لا- يكون بدون اذن المدين أو ولىه فى حال امتناعه- و ان لم يستلزم التقاص ضررا أو فتنه، بل لا يجوز التقاص خفيه كذلك، هذا بحسب مقتضى القواعد.

لكن مقتضى إطلاق بعض الأدله الاتيه فى الصوره الثالثه هو الجواز.

ص: ١٠١

الثالثه-أن يكون المدين جاحدا للحق:

و فى هذه الحاله خلاف بين الأصحاب، قال المحقق قده: «و لو كان المدين جاحدا و للغريم بينه تثبت عند الحاكم و الوصول اليه ممكن، ففى جواز الأخذ تردد أشبهه الجواز، و هو الذى ذكره الشيخ فى الخلاف و المبسوط، و عليه دلّ عموم الاذن فى الاقتصاص». .

فذهب المحقق قدس سره هنا-و الأكثر كما فى المسالك و غيره-الى الجواز و الثانى لا، و هو خير المحقق فى النافع. و قد أشار هنا الى دليل الجواز بقوله:

«و عليه دل عموم الاذن فى الاقتصاص» من الايات و الروايات، فمن الكتاب قوله تعالى «فَمَنْ إِعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إِعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» (١) و قوله تعالى:

«وَ الْخُرُمَاتُ قِصَاصٌ» (٢) و قوله تعالى «فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوْقِبْتُمْ بِهِ» (٣).

الا أن فى انعقاد إطلاق هذه الايات بحيث يمكن الاستناد إليه فى قبال القواعد تأملا.

و من السنه أخبار:

(١) ما عن ابن رزين قال: «قلت لأبى الحسن موسى عليه السّلام: انى أخالط السلطان فتكون عندى الجارىه فى أخذونها و الدابه الفارهه فى أخذونها، ثم يقع لهم عندى المال فى أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلك و لا تزد عليه» (٤).

و هو ظاهر فى كون كلام الامام عليه السّلام جوابا عن السؤال عن الحكم فى المسأله لا إذنا له فى الأخذ، فىكون الحاصل جواز الاقتصاص من أموالهم الشخصيه، و يبقى الكلام فى أنه هل تتحقق حينئذ مبادله قهريه بين المالىن أو يكون المال المأخوذ

ص: ١٠٢

١-١) سورة البقره: ١٩٤

٢-٢) سورة البقره: ١٩٤

٣-٣) سورة النحل: ١٢٦

٤-٤) وسائل الشيعه ١٢-٢٠١ الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به و السند صحيح

مباحا له التصرف فيه و ما أخذه عامل السلطان مغصوبا أو يكون بدل الحيلولة؟ .

و أما الأخذ من بيت المال فى مقابل تصرفات عمال السلطان فلا يجوز حتى و لو كانت تصرفاتهم بعنوان السلطنة و الحكومه، فيكون نظير ما إذا غضب المتولى لموقوفه مالا و صرفه فى شئونها فإنه يضمن فى ماله الشخصى و لا يؤخذ من أموال الموقوفه.

(٢) ما عن أبى العباس البقباق: «ان شهابا ما رآه فى رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم قال أبو العباس فقلت له خذها مكان الألف التى أخذ منك فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على أبى عبد الله عليه السلام فذكر له ذلك. فقال:

أما أنا فأحب أن تأخذ و تحلف» (١).

(٣) ما عن أبى بكر قال: «قلت له: رجل لى عليه دراهم فجحدنى و حلف عليها، أ يجوز لى ان وقع له قبلى دراهم ان آخذ منه بقدر حقى؟ قال: فقال نعم و لكن لهذا كلام. قلت و ما هو؟ قال تقول: اللهم انى لا آخذته ظلما و لا خيانه، و انما أخذته مكان مالى الذى أخذ منى لم ازدد عليه شيئا» (٢).

قال الشيخ الحر: «هذا محمول على من حلف من غير أن يستحلف» و فى الجواهر: «أو عند غير الحاكم أو نحو ذلك، حتى لا ينافى غيره من النصوص، و لا-ريب فى استحباب القول المزبور و ان أطب بعض الناس (٣) يدعوى الوجوب الذى يمكن تحصيل الإجماع على خلافها» .

(٤) ما عن جميل بن دراج قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحد فيظفر من ماله بقدر الذى جحد أ يأخذه و ان لم يعلم

ص: ١٠٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٢. الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به و السند صحيح

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٣ عن الشيخ قده-وقد قال الشيخ بعده: الحسن ابن محبوب عن سيف بن عميره عن أبى بكر الحضرمى عن أبى عبد الله عليه السلام نحوه التهذيب ٦-٣٤٨.

٣- (٣) نسبه فى المستند الى الصدوق فى الفقيه و الشيخ فى التهذيب.

الجاحد بذلك؟ قال: نعم» (١).

(٥) ما عن إسحاق بن إبراهيم: «ان موسى بن عبد الملك كتب «الى أبي جعفر عليه السّلام يسأله عن الرجل دفع اليه رجل مالا ليصرفه في بعض وجوه البر فلم يمكنه صرف المال في الوجه الذي أمره به و قد كان له عليه مال بقدر هذا المال فسأله هل يجوز لي أن أقبض مالى أو أردته عليه؟ فكتب اقبض مالك مما في يدك» (٢).

لكن هذه الروايه مجمله، لأنه لما لم يمكنه صرف المال في الوجه الذي أمره به فما هو وجه الأخذ من المال الذي كان له عليه؟ لأنه ان كان المال موجودا فتحصل بين المالين المعاوضه القهريه بلا موجب، و ان لم يكن موجودا فلا ضمان مع عدم التفريط، و لعل الروايه كانت تشتمل على قرائن و خصوصيات لم تصل إلينا، و الا فلم نجد في الاخبار على مورد أذن فيه الامام عليه السّلام بالتصرف في مال الغير بلا دليل شرعى يقتضى جوازه.

فقد دلت هذه الاخبار بإطلاقها على جواز الأخذ من مال المقر الممتنع و المدين الجاحد، سواء تمكن من الاستيذان من الحاكم أولا، و سواء كان ماله الذى بيد الغاصب عينا موجوده أو غير موجوده.

و لو رفع الأمر-مع ذلك-الى الحاكم، فان كان عالما بصدقه اذن له و الا لم يجز له الاذن حتى مقيدا بكون المدعى عالما كأن يقول له: قد أذنت لك فى الأخذ ان كنت عالما بحقك، بل لا بد من اقامه البينه المثبتة لحقه عند الحاكم.

هذا و قد استدلل للقول بعدم الجواز بأن التسلط على مال الغير على خلاف الأصل فيقتصر منه على موضع الضروره و هى هنا منتفيه، و لان الممتنع من وفاء الدين يتولى القضاء عنه الحاكم و يعين من ماله ما يشاء و لا ولاية لغيره. و أجاب فى

ص: ١٠٤

١- ١) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٥ فيه «على بن حديد» فعن الشيخ: ضعيف جدا، و قد ضعفه غيره أيضا.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٤ و الظاهر اعتبار سنده و لكنه فى مورد الوديعه كما استدلل به فى المستند.

المسالك بأن كون التسلط على مال الغير بغير اذنه خلاف الأصل مسلم لكن العدول عن الأصل للدليل جائز و هو هنا موجود.

و فى الجواهر: «بل يمكن معارضته بأصل عدم وجوب الرفع الى الحاكم» .

قلت: ليس المورد من قبل الشك السببى و المسببى بأن يكون الشك فى جواز الأخذ مسببا عن الشك فى توقفه على اذن الحاكم حتى يكون جريان الأصل فى السبب-بأن يقال الأصل عدم وجوب الرجوع الى الحاكم و عدم توقف الأخذ على اذنه مزيلا لموضوعه فى المسبب فيجوز الأخذ، بل ان هنا علما إجماليا بجواز الأخذ اما بالاستقلال و اما مع اذن الحاكم و انتفاء كل واحد منهما بالأصل يلزم ثبوت الآخر عقلا لا شرعا.

و بناء على تحقق التعارض بين هذين الأصلين فإنهما يتساقطان و يكون المرجع قاعده نفي الضرر و الضرر فى الإسلام.

و كيف كان فان ما ذهب اليه المشهور هو الأقوى، لأن النصوص الداله على الجواز تخصص عمومات «لا يحل مال امرئ» و بها ينقطع الأصل المزبور، و ان الاستدلال بأن الممتنع من وفاء الدين يتولى القضاء عند الحاكم و يقوم مقامه كالاتجاهاد فى مقابله تلك النصوص.

و هذا الخلاف هو فى صورته وجود البيئه و التمكّن من الوصول الى الحاكم، قال المحقق:

«و لو لم تكن له بيئه أو تعذر الوصول الى الحاكم و وجد الغريم من جنس ماله اقتص مستقلا بالاستيفاء» قال فى الجواهر: بلا خلاف فيه عندنا بل الإجماع بقسميه عليه، لإطلاق الأدله المزبوره و غيرها.

حكم الاقتصاص من الوديعة:

قال المحقق: «نعم لو كان المال وديعه عنده ففى جواز الاقتصاص تردّد أشبهه الكراهه» .

أقول: اختلف الأصحاب في جواز الاقتصاص من الوديعة، فذهب الشيخ في الاستبصار و المحقق و أكثر المتأخرين كما في المسالك و الجواهر الى الجواز على كراهه، و ذهب الشيخ في النهايه و جماعه إلى التحريم، و منشأ الخلاف هو اختلاف الروايات بظاها في هذه المسأله.

فمما يدل على الجواز عموم الأدله السابقه في المسأله المتقدمه، و خصوص خبر أبي العباس البقباق: «أن شهابا ما رآه في رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم. قال أبو العباس فقلت له: خذها فكان الألف التي أخذ منك فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على ابى عبد الله عليه السّلام فذكر ذلك له. فقال: أما أنا فأحب أن تأخذ و تحلف» (1) دلّ هذا الخبر على الجواز من غير كراهه.

(2) و خبر على بن سليمان قال: «كتبت اليه: رجل غصب مالا- أو جاريه ثم وقع عنده مال لسبب وديعه أو قرض مثل خيانه أو غضب (مثل ما خانه أو غصبه) أ يحل له حبسه عليه أم لا؟ فكتب: نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه، و ان كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه و يسلم الباقي إليه إنشاء الله» (2).

و مما احتج به القائل بالتحريم بعد عمومات النهى عن التصرف في مطلق الامانه، و الداله على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه:

(1) ما عن سليمان بن خالد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل وقع لى عنده مال فكابرنى عليه و حلف ثم وقع له عندى مال آخذه «فآخذه» لمكان مالى الذى أخذه و أجدد و أحلف عليه كما صنع؟ قال: ان خانك فلا تخته و لا تدخل فيما عبته عليه» (3).

(2) ما عن معاويه بن عمار عن ابى عبد الله عليه السّلام قال: «قلت له: الرجل يكون

ص: ١٠٦

١-١) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٢. صحيح.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٤. ضعيف بعلى بن سليمان فإنه مجهول.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٤. صحيح.

لى عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالا ألى أن آخذ مالى عنده؟ قال: لا، هذه الخيانه» (١).

(٣) ما عن ابن أخ الفضيل بن يسار قال: «كنت عند أبى عبد الله عليه السلام و دخلت امرأه و كنت أقرب القوم إليها، فقالت لى: أسأله، فقلت: عما ذا؟ فقالت: ان ابنى مات و ترك مالا- كان فى يد أخى فأتلفه. ثم أفاد أخى مالا فأودعنيه، فلى أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شىء فأخبرته بذلك فقال: لا. قال رسول الله صلى الله عليه و آله: أد الأمانه الى من ائتمنك و لا تخن من خانك» (٢).

قال فى المسالك: و فى هذا الحديث دلالة من ثلاثه مواضع.

قلت: و الوجه هو الجمع بين الطرفين بالحكم بالجواز على كراهه فيحمل خبر أبى العباس الظاهر فى عدم الكراهه على بعض الوجوه، كأن يكون رجوعه الى الحاكم و حلفه عنده أحب الى الامام عليه السلام دفعا لتوهم الخيانه، أو أن يكون المراد أن أخذه يوجب فراغ ذمه الرجل و خلاصه من العقاب الأخرى من هذه الناحيه و هذا الأمر أحب إليه عليه السلام، و من هنا كانت الفتوى بالنسبه الى من كان مدينا لشخص فمات الدائن و قد استقر عليه الحج أن لا يسلم المال الى وارثه فى حال علمه بأنه لا يستأجر من يحج عن الميت بل عليه أن يستأجر بذاك المال من يحج عنه.

و يحمل خبر ابن أخ الفضيل أيضا الدال على المنع من وجوه على بعض الوجوه كما فى المسالك.

و مع إمكان هذا الجمع الدلالى لا تصل النوبه الى الترجيح أو التساقت.

لو كان من غير جنس الموجود:

قال المحقق: «و لو كان المال من غير جنس الموجود جاز أخذه بالقيمه العدل و يسقط اعتبار رضا المالك بالطاظه كما يسقط اعتبار رضاه فى الجنس» .

ص: ١٠٧

١-١) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٥. و هو معتبر سندا.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٢-٢٠٢. و هو صحيح.

أقول: لا خلاف في شيء من ذلك بيننا كما في الجواهر، فالحكم في متحد الجنس و مختلفه سواء، و هو مقتضى إطلاق الأدله السابقه و خصوص خبر ابن رزين في الجاربه و الدابه الفاربه. و هذا في صوره تلف المال الذي في ذمه الغاصب واضح:

و اما مع وجوده فالكلام في أنه هل يكون الذي بيده ملكا له بهذا التقاص بان تتحقق المبادله القهرية بين المالكين، أو يكون ما يأخذه صاحب الحق بدل الحيلولة، بمعنى تجويز الشارع له أخذ مال الغاصب بدل حيلولته بينه و بين تصرفاته في ملكه، نظير ما لو كسر شخص إناء إنسان فإنه يجب عليه دفع ثمنه ثم يكون هذا المكسر ملكا لصاحب الإناء، بمعنى ان المال الذي دفعه كان في مقابل الإتلاف و لكن لا يخرج المكسر عن ملك صاحب الإناء و تظهر الثمره في الصلاه فيه مثلا؟ و لا يبعد أن يكون الوجه الثاني هو الأظهر ان كان الأمر نظير كسر الإناء دون ما إذا كان نظير إلقائه في البحر مثلا حيث الماله غير منتفیه.

جواز تولى بيع الوديعه:

قال المحقق: «و يجوز أن يتولى بيعها و قبض دينه من ثمنها دفعا لمشقه التربص بها» .

أقول: ان كان التربص واجبا رفع وجوبه بدليل نفى الحرج، لكن له أن يملكها ثم يبيعها و لا حرج في هذه الصوره، نعم بناء على اعتبار المماثله بين الوديعه و المال الذي في ذمه الغاصب يتم ما ذكره. كما أن ما ذكره صاحب الجواهر من انه يجوز له بيع ثمنها الى أن ينتهي الى ما يساوى حقه في الجنس ثم يأخذه مقاصه لا يمكن المساعده عليه.

و العمده هو إطلاق الأدله فإن مقتضاه عدم اعتبار المماثله مطلقا، أى سواء أمكن الاقتصار في المقاصه على الأخذ من جنس حقه أو لم يمكن.

لو تلفت الوديعه قبل البيع فهل يضمن؟

قال المحقق: «و لو تلفت قبل البيع، قال الشيخ: الأليق بمذهبنا انه لا يضمنها

و الوجه الضمان لانه قبض لم يأذن فيه المالك، و يتقاصان بقيمتها مع التلف» .

أقول: قد وقع الخلاف فى الضمان بالتلف قبل البيع للاقتصاص، فان هذا يريد حقه من المدين و ذاك يريد ثمن ماله الذى تلف بيد هذا، فان كان المثلن و الثمن متساويين من حيث القيمة فيقع التهاثر أو التقاص من الطرفين، و ان كان هذا أكثر فحقه باق بمقداره، فإذا لم يضمن كان له التقاص مره أخرى و هل يضمن؟ قال الشيخ: لا. و قال المحقق: «الوجه الضمان» وجه الأول: ان تسلطه على المال كان باذن من الشارع، و حينئذ لا ضمان مع كون اليد مأذونه، و وجه الثانى: هو ان مجرد الإذن الشرعى لا يقتضى عدم الضمان.

أقول: ان كان المستفاد من النصوص جواز الاقتصاص مع خلوها عن الاذن فى التصرفات الأخرى و حتى عن الإمساك زمانا ثم التقاص-و المفروض انه لم يكن عنده وديعه-فالضمان متحقق بلا- كلام، و ان تلف فى حال التقاص المأذون فيه فهذا محل الكلام.

قال فى الجواهر: انه لا- منافاه بين اذن الشارع و بين الضمان بعد أن لم يكن فى شىء من النصوص الحكم بكونه قبض امانه فيندرج فى ما دل على عدم ضمانها كما انه ليس فى شىء من الأدله الشرعيه عنوان للأمانه الشرعيه على وجه يكون المقام منها موضوعا و حكما، إذ ليس إلا- الاذن فى القبض لاستيفاء حقه، و هو أعم من الائتمان الذى لا يستعقب الضمان كالاتقاط و نحوه، و ليس كل ما اذن الشارع فى قبضه يكون أمانه خصوصا القبض لمصلحه القابض التى هى استيفاء حقه منها، بل ذلك من المالك لا يقتضى الائتمان المزبور، و حينئذ فتبقى قاعده ضمان مال المسلم المستفاده من عموم على اليد و غيره بحالها، و يتقاصان بقيمتها مع التلف.

قلت: لكن الاستدلال بالحديث يتوقف على عمومه للمقام، لكن قاعده اليد جعلت حكما معيى بوجوب الأداء، و فيما نحن فيه يبنى الأخذ على عدم الرد و يريد التقاص، بل ان هذه القاعده منصرفه عن اليد غير العدواني، و إذا سقطت القاعده و لا دليل غيره فالأصل عدم الضمان.

ثم قال فى الجواهر: «مضافا الى ان القبض للمقاصه هو قبض ضمان لا قبض مجان، بل هو أولى من قبض السوم» .

و فيه انه فرق بين الموردین، ففى قبض السوم أقدم القابض على القبض بانیا على دفع العوض، و قد اذن المالك بالقبض إذنا مقيدا بالعوض، و اذن الشارع فى القبض هناك تابع لإذن المالك.

و فیما نحن فيه قد عرفت عدم شمول قاعده اليد للمقام أو انصراف دليلها عنه، فبین المقامین فرق واضح.

و بناء على شمول القاعده للمقام يقع البحث فى أنه هل اذن الشارع ملازم لعدم الضمان أو الاذن أعم؟ أما مع الشك فى ثبوت الضمان و عدمه فهل المرجع هو عموم على اليد أو يستصحب حکم المخصص و هو «ليس على الأمين إلا اليمين» ؟ .

لقد تقرر فى محله ان الحق استصحاب حکم المخصص، فىكون الحكم فى المقام عدم الضمان مثل ما إذا قلنا بعدم شمول القاعده من أول الأمر.

و قال العراقى: «يمكن ان يقال بأن الشك فيه مسبب عن الشك فى صيرورته و لیا على التصرف، فأصالة عدمها حاكمه على الأصل المزبور بعد الجزم بأن ولايته السابقه على حفظه انعدمت، و استصحاب مطلق ولايته غير جار لانه من باب استصحاب الكلى من القسم الثالث» .

قلنا: هنا مطالب، الأول: الولاية هنا ليست غير اذن الشارع فى التصرف فإنه بمجرد الإذن الشرعى يكون الأمر موكولا اليه و لا نعى بالولاية إلا ذلك.

الثانى: لو سلمنا ان الولاية أمر زائد على الاذن فإن اختلاف الموجب للولاية لا يوجب الاختلاف و التعدد فى الولاية نفسها، فإذا كان لشخص ولاية فى التصرف فى المال من جهة الائتمان فى اليوم الماضى، و ثبت له الولاية اليوم من جهة التقاص لم يتحقق له فردان من الولاية.

و الثالث: ان عدم ثبوت الضمان بالتصرف أمس كان من جهة اذن المالك و اليوم من جهة اذن الشارع. فعدم ثبوته واحد و مع الشك يستصحب بلا مانع.

الاولى: من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له

قال المحقق قدس سره: «من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له» أقول: هذه قاعده كلييه تنطبق على المصاديق المختلفه، فمن ادعى ما لا يد لأحد عليه سواء كان درهما أو ديناراً أو حيواناً أو كتاباً أو غير ذلك، و سواء كان بين جماعه أو لا، قضى له من غير بينه و يمين، كما يقبل قوله عند جميع العقلاء، و للحاكم أن يعتمد على هذه السيره فيجعلها طريقاً الى الواقع و مدركا لحكمه، إذ لا يشترط في حكم الحاكم أن يكون في مورد المرافعه دائماً.

فالملاك عند العقلاء أن يدعى المدعى الشيء الذي لا يد لأحد عليه و لا يكون معارض لهذا المدعى، و لذا أضاف في القواعد قيد عدم منازعه أحد له، و هو ظاهر المسالك حيث قال بعد ذكر الروايه الاتيه: «و لانه لا منازع له حتى يطلب منه البينه» .

و المراد من «اليد» في قوله «ما لا يد لأحد عليه» هي اليد الفعلية، بأن لا يكون لأحد يد على الشيء حين الدعوى، و المراد من «قضى له» أن يحكم الحاكم ان رجع إليه في القضييه بكون الشيء ملكاً للمدعى، فكأنه يطبق في تلك القضييه الشخصيه الفتوى الكليه بأن من ادعى شيئاً و لا - معارض له فهو له، نظير ما إذا أفتى فتوى كليه بكون الحبه للولد الأكبر، ثم إذا سئل عن مالك هذا السيف الموجود

ضمن تركه هذا الميت و هو يعلم بأن زيدا هو الولد الأكبر حكم بكونه لزيد من جهة انه من الحبه، تطبيقا لتلك الفتوى الكلية على هذه القضية الشخصية فيكون بحكم الحاكم بمنزله ذى اليد.

و قد استظهر من المسالك أن المراد من «قضى له» عدم التعرض له و عدم منعه من التصرف فى العين، و هو بعيد.

فالدليل على هذا الحكم هو السير العقلائي، و على طبقها حكم الامام عليه السلام فيما رواه منصور بن حازم فى قضيه هى من مصاديق تلك القاعده الكلية التى ذكرناها، و من هنا قال المحقق قده:

«و من بابه أن يكون كيس بين جماعه فيسألون هل هو لكم؟ فيقولون: لا و يقول واحد: هو لى، فإنه يقضى به لمن ادعاه» .

أى: كما رواه منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قلت: عشره كانوا جلوسا وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضا أ لكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم: لا و قال واحد منهم: هو لى، فلمن هو؟ قال: للذى ادعاه» (١).

و من الأصحاب من استدل بهذه الروايه على الحكم فى المسأله، قلت:

و لو كان الدليل منحصرًا بها يشكل التعدى عن موردها، فلا بد من الأخذ بالقدر المتيقن من مدلولها، و أما إشكال المحقق الأردبيلي بعدم إحراز كون «يونس» الراوى عن منصور «يونس بن عبد الرحمن الثقه» فقد أجاب عنه فى مفتاح الكرامه بأن الشيخ و ان لم يذكر اسم أبيه فى التهذيب لكن المذكور فى النهايه: يونس ابن عبد الرحمن (٢).

و استدل فى الجواهر للحكم المذكور بأصالة صحه قول المسلم و فعله بل كل

ص: ١١٢

١-١) و سائل الشيعة: ١٨-٢٠٠ الباب ١٧ من أبواب كيفيه الحكم.

٢-٢) سند الخبر صحيح: و ما ذكرناه عن مفتاح الكرامه هو صريح الشيخ الحر فى وسائل الشيعة، و تجده فى النهايه: ٣٥٠ ط لبنان.

مدع ولا معارض له، و أشكل عليه: «بأن من المحقق في محله عدم قيام دليل على وجوب حمل قول المسلم على الصحة بمعنى الصدق، فيكون الأصل في قول المسلم الحجية إلا- ما خرج بالدليل بل ظاهر الأدلة خلافه، نعم الصحة بمعنى عدم اللغويه أو المشروعيه قام الدليل على وجوب حمله عليها، لكن الصحة بهذا المعنى لا ربط لها بالمقام و لا تنفع المستدل أصلا كما لا يخفى.

هذا مضافا الى ما أفاده الأستاذ العلامة من أنه لو كان الأصل في قول المسلم الحجية و الصدق لكان واردا على اليد أيضا لو كان في مقابله يد نظير البيه فلا يحتاج إلى إقامه البيه، و هذا مما لا يذهب إليه أحد» (1).

أقول: ان المراد من أصاله حمل قول المسلم و فعله على الصحة هو حمل أفعاله المتعلقة بنفسه، و سماع كلامه في كل أمر يتعلق به على الصحة، فلو ادعى كون الشيء له-و لم يكن له معارض-سمع قوله من جهة أنه أبصر بأموره و بمعرفه ما يملكه و ما يتعلق له به حق و يعود اليه من غيره، و بهذا التقريب يندفع الاشكال المذكور، و النقض بعدم سماع قوله بالنسبه الى ما في يد غيره غير وارد، لو ضوح أنها دعوى بالنسبه إلى أمر راجع الى غيره، و قد ذكرنا ان مجرى الأصل المزبور هو الأمور المتعلقة بنفسه، و من هنا يقبل قوله إذا قال بالنسبه إلى شيء في يده:

انه ليس لي، و ان كان له يد عليه، و ليس قبول قوله هذا من جهة كونه إقرارا.

و قد استظهر صاحب الجواهر من الخبر المذكور قبول دعوى المدعى و لو بعد قوله ليس لي، قال: بل قد يقال بظهور الصحيح المزبور في قبول دعوى المدعى و لو بعد قوله: ليس لي بناء على إرادته الحقيقيه من قوله كلهم.

قال: و يمكن أن يكون على القواعد أيضا لأصاله صحه قوله معا باحتمال التذكر و غيره لعدم المعارض.

قلت: ما ذكره يتوقف على أن يكون القائل هو لى من جمله القائلين: لا

ص: ١١٣

و ليس فى الخبر ظهور فى ذلك، فلا بد من الأخذ بالقدر المتيقن و هو أن لا يكون منهم.

و قال ابن إدريس بعد الروايه: «فقه هذا الحديث صحيح، و ليس هذا مما أخذه بمجرد دعواه و انما لم يثبت صاحب سواه، و اليد على ضربين يد مشاهده و يد حكميه فهذا يده عليه يد حكميه، لأن كل واحد منهم نفى يده عنه و بقى يد من ادعاه عليه حكميه، و لو قال كل واحد من الجماعه فى دفعه واحده أو متفرقا هو لى لكان الحكم فيه غير ذلك، و كذلك لو قبضه واحد من الجماعه ثم ادعاه غيره لم يقبل دعواه بغير بينه، لان اليد المشاهده عليه لغير من ادعاه، و الخبر الوارد فى الجماعه أنهم نفوه عن أنفسهم و لم يثبتوا لهم عليه يدا لا من طريق الحكم و لا من طريق المشاهده، و من ادعاه له عليه يد من طريق الحكم فقبلنا دعواه فيه من غير بينه، ففقهه ما حررناه، و أيضا إنما قال ادعاه من حيث اللغه، لأن الدعوى الشرعيه من ادعى فى يد غيره عينا أو دينا» .

و ما ذكره قدس سره مشكل جدا، و لو كان هنا يد و كانت العين فى الحقيقه للغير و قد تلفت بتلف سماوى لزم أن يكونوا ضامنين له، و هذا لا يقول به أحد.

الثانيه: لو انكسرت سفينه فى البحر فما هو حكم ما خرج منه؟

قال المحقق قدس سره: «لو انكسرت سفينه فى البحر فما أخرج البحر فهو لأهله و ما أخرج بالغوص فهو لمخرجه، و به روايه فى سندها ضعف» .

أقول: لقد نسب هذا الحكم إلى الأشهر عند الأصحاب، و الأصل فيه روايه قال المحقق: فى سندها ضعف، قلت: عمل المشهور بها يجبر ضعف سندها، و الروايه هى خبر الشعيرى. قال: «سألت الصادق عليه السلام عن سفينه انكسرت فى البحر فأخرج بعضها بالغوص و أخرج البحر بعض ما غرق منها. فقال: أما ما أخرج البحر فهو لأهله، الله تعالى أخرجهم لهم، و أما ما أخرج بالغوص فهو لهم و هم أحق به» .

انما الكلام فى حكم المسأله بحسب القواعد مع غض النظر عن الروايه

بناء على انجبارها أو عدمه لعدم الموافقه على الكبرى أو عدم تحقق عمل المشهور على طبقها.

ف قيل: ان الوقوع فى البحر فى حكم التلف و الا- فليس الإخراج بالغوص من الأمور الموجبه لانتقال الملك، و حيث يكون فى حكم التلف خرج عن ملك مالكة، فمن أخرجه ملكه كما تملك المباحات بالحيازه انتهى و هو مشكل جدا.

نعم هذا يتم فى صورته إعراض المالك بناء على كون مجرد الاعراض مخرجا عن الملك، و قد استشكل فى الجواهر فى ذلك بأن زوال الملك يتوقف على سبب شرعى كتوقف حصول الملك عليه، لكن الظاهر أن العقلاء يعتبرون الاعراض مخرجا، فمن أعرض عن شىء له خرج عن ملكه عندهم، و لان «الناس مسلطون على أموالهم و أنفسهم» لكن الكلام فى الصغرى، فان كان الوقوع فى البحر مصداقا للتلف الذى يزول معه اعتبار الملكيه أو مقرونا بالاعراض المخرج عن الملكيه كان ما أخرجه الغائص ملكا له.

و كيف كان فالحكم فى المسأله ما ذكره للخبر المذكور لانجبار ضعف سنده بعمل المشهور (١) خلافا للجواهر، و احتمال اراده كون الجميع لأهله كما

فى الجواهر و عن بعضهم الجزم به خلاف الظاهر انصافا.

ص: ١١٤

اشاره

و فيه مسائل

ص: ١١٧

و فيها صور:

الصوره الاولى: لو تنازعا عينا فى يدهما و لا بينه

قال المحقق: «لو تنازعا عينا فى يدهما و لا بينه قضى بينهما نصفين و قيل:

يحلّف كل منهما لصاحبه» أقول: لو تنازعا عينا و لا بينه لأحدهما، فتاره تكون العين فى يدهما معا، و أخرى تكون فى يد أحدهما خاصه، و ثالثه تكون فى يد ثالث.

ففى الصوره الاولى لا خلاف فى أنه يقضى بينهما نصفين، بأن تكون نصف العين لهذا و نصفها الآخر لذاك، الا أن الخلاف فى توقف ذلك الحكم على أن يحلّف كل من المدعين لصاحبه و عدمه، فظاهر المحقق قدس سره هنا و جماعه الثانى، و اختار فى النافع-كما قيل-الأول و عليه جماعه بل قيل انه المشهور، و تظهر الثمره فى صوره نكول أحدهما بناء على التوقف، فإنه يحكم بكون كلها للآخر.

و استدلل للقول الأول بأن هذه الصوره من مصاديق قولهم عليهم السّلام: «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» (١) و قوله صلّى الله عليه و آله: «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» (٢) بتقريب أن كل واحد من المدعين قد وقعت يده فى الحقيقه

ص: ١١٩

١-١) وسائل الشيعه ١٨-١٧٠

٢-٢) وسائل الشيعه ١٨-١٦٩.

على نصف العين المتنازع فيها، لأن يده على النصف الآخر معارضه بيد الآخر، فيكون كل واحد منهما ذا يد على نصف العين و مالكا له بمقتضى يده و مدعى لملكه النصف الآخر الذى هو فى يد صاحبه، و الآخر ينكر دعواه، فكل منهما مدع و مدعى عليه، و حيث انه لا بينه لأحد الطرفين و جب على كليهما اليمين باعتبار أنهما منكران، فإذا حلفا حكم بالتنصيف.

و استدلل للثانى بأن كل واحد منهما يدعى ملكه كل العين و لا ريب فى مخالفه دعوى أحدهما للواقع، و حينئذ فلا كاشفيه ليد أحدهما بالنسبه إلى ملكه الكل لوجود المعارض، بل يتساقطان فلا مدعى و لا مدعى عليه، و يكون الحكم هو التنصيف، و قد ادعى عليه الإجماع، و هو ظاهر المرسل المنجبر ضعفه بما ذكر، حيث روى «ان رجلين تنازعا دابه ليس لأحدهما بينه، فجعلها النبى صَلَّى الله عليه و آله بينهما» (1) فيكون المورد نظير العين التى يدعيها اثنان و لا يد لأحدهما عليها، فالحكم هو التنصيف لا القرعه، للنص و الإجماع، و ليس موردا للحلف.

و يحتمل هنا الحكم بالتحالف بأن يحلف كل واحد على ما يدعيه و نفى ما يدعيه الآخر، ثم يقع البحث فى كيفية الحلف.

و لو فرض أن كل واحد جاء ببينه على ما يدعيه، فان البينتين تتعارضان، فان حلف أحدهما طبق ببيته حكم له، و ان لم يحلفا أو حلف كلاهما حكم بالتنصيف.

و ربما يجمع بين القولين الأولين فى المسأله بأن القول بالحلف هو فى صورته مطالبه الخصم، و القول بعدم لزومه هو فى صورته عدمها. و هذا الجمع يخالف ظاهر كلمات القوم.

و صاحب الجواهر ينكر شمول قاعده «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» لهذه الصوره بتقريبين:

ففى الأول بسقوط اليد بالمعارضه فلا مدعى عليه فيحكم بالتنصيف عملا

ص: ١٢٠

بالنص أو من جهه أنه طريق عقلائي، إذ متى لم يمكن العمل بمقتضى كلا اليدين معا فيحكم العقلاء بذلك.

و في الثاني انه لا مدعى في هذا المقام، من جهه ان كليهما له يد فكل منهما مدعى عليه، و لذا لو ادعى ثالث هذه العين طالباه بالبينه على ما يدعيه، ثم قال:

اللهم الا ان يقال ان اليمين هنا لترجيح أحد السببين كالترجيح بها لإحدى البينتين.

قلت: و لكن لا دليل على كون اليمين مرجحه فيما نحن فيه.

قال: أو يقال: ان لكل منهما إحلاف صاحبه، بمعنى ان التحالف أمر راجع إليهما لا يجبر الحاكم عليه و لا يتوقف عليه القضاء بالنصف، بل كل منهما ميزان القضاء. و كأن هذا هو الذي فهمه الأصبهاني في كشفه عن المصنف في النافع.

ثم ان صاحب الجواهر تنظر فيما ذكره كاشف اللثام.

و حاصل كلام الجواهر هو اختيار القول الأول، لكن الإنصاف أن القول الثاني عن بعيد من جهه أن العرف يرون لكل واحد منهما يدا على النصف فتحقق صغرى قاعده «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» .

أما حق الدعوى ففي سقوطه بإسقاط صاحبه تأمل، و على فرضه فإنه لا يحكم الحاكم بكون مورد الدعوى للمدعى عليه.

و حيث رضى المدعى بيمين صاحبه و حلف فقد ذهب اليمين بحقه، و على هذا يمكن حمل القول الثاني، أي انه مع رضا الخصم بيمين خصمه فلا تدعى بينهما حتى يحلف كلاهما، بل ان حلف الخصم أخذ الكل فلا تنصيف، فالقول بالحلف هو في صورته تحقق التداعي بينهما، لكن يبقى الكلام في كفايه الرضا باليمين هنا مع أن المورد ليس موردا حقيقيا لقاعده المدعى و المنكر، الا أن يقال بعموم نصوص «ذهب اليمين بحقه» لهذا المورد.

و لو لم يكن بينهما تداع و قد ماتا و العين في أيديهما فهي على النصف بينهما لعدم التداعي، و على تقديره من الورثه، فإن حلف أحدهما دون الآخر برضاه

أخذ العين كلها و ان تداعيا فالقولان.

و ان ادعى أحد الشريكين فى تركه على الأخر العلم باستحقاق جميع تلك العين بهبه المورث مثلا فهنا يحلف الأخر على نفي العلم، و لو ادعى الأخر هذه الدعوى كذلك وقع التداعى فيحلفان على نفي العلم.

و على القول الثانى فمن الذى يحلف أولا؟ المتجه وفاقا للجواهر تقديم الأسبق منهما، و مع الاقتران قال: يقدم من كان على يمين صاحبه. و يحتمل القرعه أو جعل الأمر بيد الحاكم نفسه.

الصورة الثانية: لو كانت يد أحدهما عليها

قال المحقق قدس سره: «و لو كانت يد أحدهما عليها قضى بها للمتثبت مع يمينه ان التمسه الخصم» .

أقول: و الصورة الثانية أن تكون يد أحد المتنازعين على العين، و هذه الصورة هى المصداق المتيقن لأدله: «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» فصاحب اليد هو المدعى عليه و الأخر المدعى، و المفروض عدم البينه، فيحلف من هى بيده، فان حلف قضى بكونها له، و ان نكل عن اليمين فالقولان من القضاء بالنكول أو مع رد اليمين.

الصورة الثالثة: لو كانت يدهما خارجه

إشارة

و فيها صور:

قال: «و لو كانت يدهما خارجه، فان صدق من هى فى يده أحدهما أحلف و قضى له» .

أ- ان يصدق من هى بيده أحدهما

أقول: و الصورة الثالثة أن تكون العين فى يد ثالث و يدهما معا خارجه عنها، فهنا صور ذكر المحقق الاولى بقوله: «فان صدق من هى فى يده أحدهما أحلف و قضى له» و وجه ذلك: أن العين تكون بإقرار الثالث ملكا لزيد مثلا، فيكون

ص: ١٢٢

زيد صاحب اليد على العين و المدعى عليه و عمرو الآخر المدعى، و حيث أنه لا يبينه فى المقام فإنه يحلف زيد و يقضى له، كذى اليد فى قيام الشاهد الواحد فعلا على ملكه.

لكن هنا بحث من جهة أن ذا اليد فى هذه الصورة هو الثالث، و قد كانت العين فى يده من أول الأمر، فإن صدق زيدا فى دعواه كون العين له فإن القدر المسلم به من تأثير هذا الإقرار خروج العين عن ملك الثالث لأن «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» و أما حجية هذا الإقرار فيما زاد عن ذلك و هو كون العين لزيد المقر له فإنها مبنية على القول بحجية الإقرار بالنسبة إلى الغير، و هذا أمر مختلف فيه كما تقدم فى محله، فإنه بناء على القول بعدم ترتب الأثر على الإقرار بالنسبة إلى الغير تخرج العين هنا عن ملك الثالث و لا يكون زيد ذا يد عليها حتى لو سلمها الثالث إليه بعد الدعوى، بل تكون عينا لا يد لأحد عليها و تجرى حينئذ أحكام تلك الصورة.

و بالجمله فقول الأكثر بكون زيد المقر له ذا يد يتوقف على أن يكون إقرار الثالث حجة شرعية بالنسبة إلى زيد فيكون ذا يد على العين و مدعى عليه، و الا فلا دليل على ذلك، نعم ذكر فى المستند دليلين:

أحدهما: بناء العقلاء على جعل زيد فى مفروض المسألة ذا اليد على العين و يعاملونه معاملة المالك للمال، و هذا نص كلامه: «و يدل على كونه للمصدق له:

انه حينئذ يكون ذا اليد، فان ظاهر العرف أن من أسباب صدق اليد كون الشيء تحت تصرف من ثبت أنه مباشره كالوكيل و الأمين و المستودع و المستأجر و المستعير، أو أقر بذلك.» .

و الثانى: الروايات حيث قال: «و يدل عليه أيضا أنه أقر الثالث بكونه له، و من أقر شيئا فى يده لأحد فهو له. للمستفيضه الداله على من أقر بعين لأحد فهو له: كمرسله جميل: فى رجل أقر انه غصب رجلا على جاريتة و قد ولدت

الجاريه من الغاصب، قال: ترد الجاريه و ولدها على المغضوب إذا أقر بذلك أو كانت له بينه». و صحيحه سعد بن سعد: «عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالا الى رجل من التجار، فقال: ان هذا المال لفلان ابن فلان ليس له فيه قليل و لا كثير، فادفعه اليه يصرفه حيث شاء، فمات و لم يأمر فيه صاحبه الذي جعله له ما مرّ و لا يدري صاحبه ما الذي حملة على ذلك، كيف يصنع؟ قال: يضعه حيث شاء» و مثلها صحيحه إسماعيل الأحوص.

و صحيحه أبي بصير «عن رجل معه مال مضاربه فمات و عليه دين، فأوصى ان هذا الذي ترك لأهل المضاربه، أ يجوز ذلك؟ قال: نعم إذا كان مصدقا، أى لم يكن متهما». و يؤيده أيضا روايه المهدي: «ان أخي مات فتزوجت امرأته، فجاء عمى و ادعى انه تزوجها سرا، فسألته عن ذلك، فأنكرت أشد الإنكار و قالت: ما كان بينى و بينه شىء قط. فقال: يلزمك إقرارها و يلزمه إنكارها» (1).

ثم ان الحكم لزيد المقر له يتوقف على يمينه، أما الثالث فلا يمين عليه و ان كان ظاهر عباره القواعد وجوبها عليه حيث قال: «و لو كانت فى يد ثالث حكم لمن يصدقه بعد اليمين منهما». نعم يتوجه عليه اليمين ان طالب عمرو بها، و هل يحلف على نفى العلم بكونها له أو على البت؟ قال جماعه بالأول، و فى الجواهر:

الظاهر توجه اليمين عليه على البت لانه مدعى عليه. قلت: و منشأ الخلاف هو الاختلاف فيمن هو المدعى عليه فى هذه الصوره. و قد أشرنا الى ذلك.

و كيف كان فان نكل زيد حكم بكونها لعمرو اما بمجرد النكول و اما مع اليمين المردوده على القولين، و ان نكلا- جميعا فالحكم هو التنصيف.

ثم ان لعمرو أن يدعى على الثالث دعوى جديده بعنوان كونه السبب فى تلف ماله بتصديقه دعوى زيد دونه، ثم حكم الحاكم بكون العين لزيد على أثر تصديقه له، فيكون الثالث حينئذ مدعى عليه و عليه اليمين، فان نكل عنها لزمه الغرم اما

ص: ١٢٤

بمجردة و اما بعد اليمين المردودة، و الوجه فى صحه هذه الدعوى على الثالث كونه السبب فى تلف المال من عمرو- و ان كان تملك زيد له بحكم الحاكم- لان السبب أقوى من المباشر، و قد يستدل لذلك بعموم التعليل الوارد فى خبر عمر بن حنظله:

«فى رجل قال لآخر: اخطب لى فلانه فما فعلت من شىء مما قاوت من صداق أو ضمنت من شىء فذلك رضى لى و هو لازم لى و لم يشهد على ذلك. فذهب فخطب له و بذل عنه الصداق و غيره ذلك مما طالبوه و سألوه، فلما رجع إليه أنكر له ذلك كله. قال: يغرم لها نصف الصداق عنه، و ذلك انه هو الذى ضييع حقها.

الحديث» (١).

و كيفما كان معنى الروايه، فإن محل الاستدلال قوله عليه السلام: «و ذلك انه هو الذى ضييع حقها» فان هذا التعليل يشمل ما نحن فيه، و حيث ان دعوى عمرو على الثالث هى بعنوان كونه المضييع لحقه، فإنه يلزم الثالث الغرم.

و هل الغرم بمقدار ثمن العين أو نصف ثمنه؟ الظاهر هو الأول، فيكون نظير ما إذا أقر بكون العين لزيد فدفعتها اليه بحكم الحاكم ثم أقر بكونها لعمرو فإنه يلزم بدفع ثمن العين كله.

و لو أراد الثالث أن يحلف فهل يحلف على البت أو على نفى العلم بكون العين ملكا لعمرو المدعى؟ قيل بالأول، و أشكل عليه بأن الدعوى قد انصرفت عنه بإقراره و حكم الحاكم، فلو أراد الحلف على البت كان فى مال الغير، بل عليه أن يحلف على نفى العلم بكونها له.

أقول: انه بناء على ما ذكرنا فى كيفية طرح دعوى عمرو على الثالث يتعين اليمين على البت، لأن الإلتلاف فعل نفسه.

على أن الإلتلاف لا يدور مدار العلم، فمن أتلف مال غيره ضمن سواء كان عالما أو جاهلا أو ناسيا، إذ الموضوع للضمان هو الإلتلاف و هو هنا متحقق حسب

ص: ١٢٥

هذا و فى القواعد: «و لو كانت فى يد ثالث حكم لمن يصدقه بعد اليمين منهما» و مرجع الضمير فى «منهما» هو المصدق أى الثالث و المصدق المقر له، و أشكل عليه فى الجواهر بأنه لا- أثر ليمين الثالث فى حكم الحاكم بكون العين للمصدق، قال: و يمكن تعلق «منهما» بقوله: يصدقه» ، فىكون المراد بعد اليمين من المقر له، و حينئذ تكون كعباره المصنف، لكنه خلاف الظاهر.

٢- أن يصدق من هى بيده كليهما

و الصورة الثانية أن يصدق كليهما قال المحقق «و ان قال: هى لهما قضى بها بينهما نصفين، و أحلف كل منهما لصاحبه» .

أقول: فى هذه الصورة تخرج العين من يد الثالث، و تكون كالصورة التى هى فى يد المتنازعين، فىحكم بالتنصيف مع التحالف أو بدونه على القولين.

و حينئذ يجوز لكل منهما الرجوع على الثالث فىدعى عليه تضييع نصف المال عليه، فان حلف-بتا على نفى العلم على القولين- فهو و الا و جب عليه دفع ثمن النصف لكل واحد منهما.

و يترتب على القول بالتحالف انه ان حلفا بالتنصيف و ان نكلا- فكذلك، و ان حلف أحدهما دون الأخر كانت العين كلها للتحالف، و كان للناكل منهما الرجوع على الثالث، فان حلف فهو و الا و جب عليه الغرم و هو النصف، لان المفروض انه قد ضييع عليه النصف بإقراره بكون العين لهما معا.

٣- أن يكذب من هى بيده كليهما

و الصورة الثالثة: أن يكذب كليهما فيقول ليست لكما قال المحقق قده «و لو دفعهما أقرت فى يده» .

أقول: ان كذب الثالث كليهما كانا مدعيين و هو المدعى عليه، و حيث لا بينه لهما يجب على الثالث اليمين على نفى كون العين لهما، و هل يشترط تعيين

المالك أو يكفى إنكار كونها لهما؟ قالوا بالثاني، فإذا حلف أقرت العين في يده وارتفع النزاع.

و عن المحقق الأردبيلي انه يحلف على نفى العلم بكونها لهما لا- على البت، و لعل الوجه فيما ذكره هو: أن اليمين على نفى كونها لهما يمين في ملك غير الحالف و لا فائده لليمين في ملك الغير سواء كان نفيًا أو إثباتًا، و وجه ما ذكره القوم من كون اليمين على البت هو: انه يكفى لتوجه اليمين اليه كون مورد اليمين في يده، فيقولان له: ان الذى فى يدك لنا، فيحلف على نفى كونه لهما.

و كيف كان فإذا حلف سقطت دعواهما، و ان نكل، فان كان نكوله بالنسبه إلى كليهما معا كانت العين كالعين التى هى فى يد المتنازعين فيتحالفان على القول المشهور و يحكم بالتنصيف، و على قول المحقق قدس سره يحكم به من دون تحالف، و ان نكل عن اليمين لأحدهما دفعت العين للذى حلف له بناء على كفايه النكول، و بعد الرد و اليمين على القول الآخر، و لا يغرم الثالث النصف الآخر، لبطلان قوله «ليست لكما» بنكوله. ثم للآخر ان يدعى على ذى اليد فتكون صغرى «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» فان نكل المدعى عليه، عن اليمين فالقولان.

٤- ان يقر من هي بيده لأحدهما غير المعين.

و الصورة الرابعة: ان يقر بكون العين لأحدهما لأعلى التعيين. و فى هذه الصورة تكون العين كالعين التى هى تحت يدهما، فيحكم بالتنصيف على ما تقدم فى تلك الصورة، لكن عن القواعد: «قرع بينهما، لتساويهما فى الدعوى و عدم البينه» و عن التحرير: «فمن خرجت باسمه حلف و كانت له، فان نكل حلف الآخر، و ان نكلا قسمت بينهما» و عن التذكرة التحالف، فان حلفا أو نكلا كانت بينهما، و الا فللحالف.

و فى المستند: «قيل: يحتمل القرع، فيحلف من خرجت له، فان نكل حلف الآخر، و ان نكلا قسمت بينهما. و يحتمل القضاء بينهما نصفين ابتداء بعد

حلفهما أو نكولهما كما لو كانت بيدهما.

أقول: بل الأوجه الثاني لروايه السكوني: قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أقر عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندي ألف درهم ثم مات على تلك. فقال:

أيهما أقام البيئه فله المال، فان لم يتم واحد منهما البيئه فالمال بينهما نصفان.

لكن الظاهر من الروايه التنصيف بدون الإحلاف، بل هو مقتضى إطلاقها فالقول به كما فيما إذا كان في أيديهما معا أوجه.

و حكم الفاضل في القواعد بالقرعه بينهما من غير ذكر حلف. كان حسنا لو لا الروايه المذكوره» .

أقول: قد عرفت وجه القول بالتنصيف.

و أما القول بالقرعه فوجهه ما ذكره العلامة في القواعد إذ مع تساويهما في الأمرين يكون صاحب المال أو ذو اليد مجهولا لتردده بين الشخصين، و الأمر المجهول يعرف بالقرعه.

ف قيل: يحلفان مع ذلك لأنه بالقرعه يعين ذو اليد، فيكون المدعى عليه و يكون الآخر المدعى، فان لم يحلف المدعى عليه وردت اليمين على المدعى لزمته.

و قيل بعدم لزوم اليمين مع القرعه، لأنها قد عينت صاحب المال فلا حاجة الى اليمين حينئذ.

لكن الصحيح عدم الحاجة الى القرعه مطلقا بعد وضوح الحكم بظهور الأدله في التنصيف.

٥- أن يقول من هي بيده ليست لي و لا ادري لمن

و الصوره الخامسه: أن يقول الثالث: ليست العين لي و لكن لا أدري لمن هي. أو يقول: لا أدري أنها لي أو لهما أو لغيرهما.

و الحكم في هذه الصوره هو الحكم في العين التي لا يد لأحد عليها- و ان كان بين القولين المذكورين فرق من جهة سندكروه- و قد ادعاها اثنان،

و قد ذكر فى العروه فيها وجوها:

الأول: إجراء حكم المدعى و المنكر، لكون كل منهما مدعىا و منكرا، فمع حلفهما أو نكولهما تقسم بينهما، و مع حلف أحدهما و نكول الآخر تكون للحالف لقوله صلى الله عليه و آله: البينه للمدعى. إلخ. و لروايه إسحاق بن عمار و فيها: «فلو لم يكن فى يد واحد منهما و أقاما البينه؟ قال: أحلفهما فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف» (١).

قال السيد رحمه الله: «و فيه منع صدق المدعى و المنكر، بل كل منهما مدع فيكون من التداعى. و اما الروايه فمختصه بصوره البينه فلا تشمل المقام» و الثانى: التحالف للتداعى، فإذا حلفا قضى بالتنصيف بينهما.

و الثالث: القرعه من جهه أنه أمر مجهول و القرعه لكل أمر مجهول.

و المختار هو الوجه الثانى تبعا للسيد فى العروه، و قد نسب الأول-تبعا للمستند-الى المحقق الأردبيلي، لكنّ كلامه يفيد اختياره للوجه الثانى لا الأول، و يشهد بذلك عدم ظهور روايه إسحاق فيما نسب اليه. أما الثالث فقد اختاره المحقق النراقى فقال ردا على القول الأول: «الحلف أمر شرعى يتوقف على التوقيف و لا أرى دليلا على حلفهما هنا و الحكم بنكولهما أو نكول الناكل. و الروايه مخصوصه بصوره إقامتهما البينه، و التعدى يحتاج الى الدليل.

و القرعه لكل أمر مجهول فالرجوع إليها أظهر، كما حكم به على عليه السلام فى روايتى أبى بصير و ابن عمار (الاولى): بعث رسول الله صلى الله عليه و آله عليا عليه السلام الى اليمن فقال له حين قدم: حدثنى بأعجب ما ورد عليك، قال: يا رسول الله أتانى قوم قد تبايعوا جاريه فوطئوها جميعا فى طهر واحد، فولدت غلاما فاختلفوا فيه كلهم يدعيه، فأسهمت بينهم و جعلته للذى خرج سهمه و ضمنته نصيبهم. الحديث (٢). (و الأخرى):

ص: ١٢٩

١-١) وسائل الشيعه ١٨-١٨٢

٢-٢) وسائل الشيعه ١٨-١٨٨

إذا وطئ رجلان أو ثلاثة جاريه في طهر واحد فولدت، فادعوه جميعاً، أقرع الوالى بينهم، فمن قرع كان الولد له، يردّ قيمه الولد على صاحب الجاريه -الحديث (١).

و عمل بها الأصحاب طراً فى مورده من غير إحلاف» و أجاب السيد فى العروه عن الاستدلال المذكور بأنه: «لا واقع مجهول فى المقام حتى يعين بالقرعه، لعدم كون العين فى يدهما و احتمال كونها لثالث غيرهما. و الروايتان مخصوصتان بموردتهما» .

قلت: كأن النراقى يريد إلغاء خصوصيه «الولد» المتنازع فيه الذى لا يمكن القضاء بتنصيفه، و لا طريق إلى معرفه من هو له لا باليمين و لا بالبينه، حتى يتمكن من التعدى منه الى المال. لكن الإنصاف أن إلغاء هذه الخصوصيه فى الروايتين أصعب من إلغاء الخصوصيه فى روايه إسحاق.

و بما ذكرنا يظهر عدم قابليه الروايتين للمعارضه مع عمومات البينه على المدعى و اليمين على المنكر، و جعل مدلول العمومات: ان كل بينه على المدعى و كل يمين على المنكر، لا ان كل مدع و منكر عليه البينه و اليمين يخالف ظاهر تلك الاخبار، و لو تم ذلك لسقطت عن الاستدلال حتى فى موارد وجود المدعى و المدعى عليه، و من هنا لم يوافق عليه النراقى نفسه.

فالحاصل: ان الذى يدعى كون الشىء ملكاً له فى مقابل دعوى غيره لذلك أيضاً يصدق عليه «المنكر» عرفاً فتشمله العمومات كالروايه الوارده فى قضيه فدك، و روايه ابن أبى يعفور (١) و غيرهما.

ص: ١٣٠

اذن يوجد عندنا دليل على الحلف فى المورد، و أن دعوى التعارض الذى ذكرها رحمه الله فى غير محلها.

فتلخص ان الصحيح هو الوجه الثانى.

ثم هل الرجوع الى القرعه يختص بمورد الأموال فقط أو يمكن تعيين الحجج الشرعيه بها كذلك؟ لا ريب فى ترجيح احدى الروايتين على الأخرى بالقرعه، و فى بعض الاخبار يتعين ذو اليد فى بعض الموارد عند التردد بين شخصين، فللقائل بالقرعه فى مسألتنا أن يقول بحلف ذى اليد للمدعى، فلا يرد اشكال الجواهر.

و أما الفرق بين قول الثالث: «ليست لى و لا أدرى انها لمن» و قوله: «لا أدرى انها لى أولهما أو لغيرهما» فهو: أنه فى الأول ينفى كون العين له فيخرج بإقراره عن أطراف الشبهه، بخلاف الثانى، و لذا احتمل فى الثانى القضاء بكون العين له لكون يده عليها و أن جهله لا- ينفى ملكيته للعين، و حيثئذ يمكن إحلافه على نفى العلم، فان حلف أبقيت العين فى يده، و ان نكل أخذت منه و سلمت الى المدعين و يقضى بينهما بأحد الوجوه المذكوره.

ص: ١٣١

(فى تعارض البيئات)

قال المحقق قدس سره: «يتحقق التعارض فى الشهاده مع تحقق التضاد، مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد، و يشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو أو يشهدا انه باع ثوبا مخصوصا لعمرو غدوه، و يشهد آخران ببيعه بعينه لخالد فى ذلك الوقت، و مهما أمكن التوفيق بين الشهادتين وفق» .

أقول: كان موضوع البحث فى المسأله الأولى تنازع الشخصين فى ملكيه عين خارجيه و لا- بينه لأحدهما على دعواه، و قد تقدمت صورها و أحكامها.

و موضوع هذه المسأله حصول التنازع بين الشخصين فى ملكيه العين مع فرض وجود البيئه، فإن كان لأحدهما بينه دون الآخر و كانت بينه جامعه للشرائط قضى له بها و لا تصل النوبه إلى إحلاف الآخر كما هو واضح، و ان كان لكل منهما بينه فهنا صور.

متى يحصل التعارض؟

و قد ذكر المحقق قبل بيان الصور و أحكامها كيفيه تحقق التعارض فى الشهاده و المراد منه، بأن ذلك يتحقق «مع تحقق التضاد» بين البيئتين بان لا يمكن التوفيق بينهما بنحو من الأنحاء، «مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد و يشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو، أو يشهدا انه باع ثوبا مخصوصا لعمرو غدوه، و يشهد

آخران بييعه بعينه لخالده فى ذلك الوقت» بخلاف ما إذا لم يكن كذلك. كما إذا شهد شاهدان بملك أحدهما للثوب أمس و يشهد آخران بملك الآخر له اليوم، فإنه حينئذ يعمل بالبينه الثانيه لإمكان صدقهما معا.

وقد يتحقق التكاذب بين البيتين، و هو تارة يكون بتكذيب احدى البيتين للأخرى مع غض النظر عن الواقع مطلقا، كأن تشهد هذه بأن زيدا أوصى قبل وفاته بكذا و انهما كانا حاضرين عنده حينذاك، فيقول الآخران بأنهما لم يكونا عند زيد فى الزمان المذكور، فهما يكذبانها من غير تعرض منهما لواقع القضييه و انه هل أوصى زيد بكذا أولا.

و أخرى يكون التكذيب بالنسبه إلى الواقع فيقولان: لم يوص زيد بكذا و أن ما شهدت به البينه الأولى مخالف للواقع، إلا انهما قد لا يكذبان تلك البينه لاحتمال اشتباههما و عدم تعمدهما للكذب.

هذا و قد وقع البحث بين الأصحاب فى الفرق بين التعارض و التكاذب موضوعا و حكما، فعن العلامه فى محكى القواعد التصريح بكون التكاذب غير التعارض، و الجزم بكون الحكم فيه هو التسايط مطلقا بخلاف التعارض، و عن الشيخ اجراء حكم التعارض عليه ان كان من قبيل الصوره الثانيه. و الأول أولى.

صور تعارض البيئات.

اشاره

و حيث يتحقق التعارض بين البيتين على وجه يقتضى صدق كل منهما تكذيب الأخرى ففى المسأله صور:
أحدها: أن تكون العين فى يد المتنازعين كليهما، و قد ذكر المحقق قدس سره حكم هذه الصوره و دليله بقوله:

الصوره الأولى: كون العين بيد المتداعيين:

«يقضى بينهما نصفين، لان يد كل واحد على النصف، و قد أقام الآخر بينه

فيقضى له بما فى يد غريمه» .

فالحكم فى هذه الصورة هو جعل العين بينهما نصفين (نظير صورته النزاع حول العين مع عدم البيئه و اليد لأحدهما عليها) بلا اشكال كما فى المسالك، و فى الجواهر بلا خلاف أجده بين من تأخر عن القديمين الحسن و أبى على .

اذن لا- اختلاف فى الحكم بالتنصيف، و لكن اختلف فى وجه هذا الحكم و سببه فقيل: لتساقط البيئتين بسبب التساوى، فيبقى الحكم كما لو لم تكن بيئه، و قيل: لأن مع كل منهما مرجحا باليد على نصفهما فقدمت بيئته على ما فى يده، و قيل كما فى المتن: لأن يد كل واحد على النصف. و قد أقام الآخر بيئه عليه، فيقضى له بما فى يد غريمه، قال فى المسالك بناء على تقديم بيئه الخارج على الداخل قال: و هذا هو الأشهر.

فالوجه المذكوره فى سبب الحكم فى المسئلة ثلاثه، و تظهر فائده هذا الخلاف فى اليمين على من قضى له، فعلى القول بالتساقط يلزم لكل من المتنازعين يمين، و هذا هو مذهب المشهور فى المسأله السابقه خلافا للمحقق، فان حلفا بالتنصيف و إلا قضى بها للحالف دون الناكل، و ان نكلا جميعا فالحكم هو التنصيف أيضا، و على القولين الأخيرين-تقديم بيئه الداخل، و تقديم بيئه الخارج- لا- يمين، لترجيح كل من البيئتين باليد على القول الأول منهما فيعمل بالراجح، و لأن البيئه ناهضه بإثبات الحق على القول الثانى منهما فلا يمين معها.

قال فى الجواهر: لكن فى التحرير بعد أن ذكر تعليل المصنف بما سمعت مصرحا بكونه من تقديم بيئه الخارج قال: و هل يحلف كل واحد على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ الأقوى عندى الأول مع احتمال الثانى.

و فى التنقيح بعد أن ذكر التنصيف و جعل منشأه دائرا بين الأخيرين، و انه على أولهما يقضى لكل منهما بما فى يده، و على ثانيهما يقضى له بما فى يد غريمه قال: يكون لكل منهما اليمين على صاحبه، فان حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدم،

و ان حلف أحدهما و نكل الآخر قضى بها للحالف.

و عن مهذب أبي العباس التصريح باليمين بناء على كون المنشأ دخولهما.

أقول: هذه عبارته التنقيح في هذه المسألة: «هذا هو القسم الثاني و هو أن يكون في يدهما، فان قلنا يقضى للداخل قضى لكل بما في يده، و ان قلنا يقضى للخارج قضى لكل بما في يد الآخر، فيكون بينهما نصفين على التقديرين، سواء أقاما بينه أو لم يقيما و يكون لكل منهما اليمين على صاحبه، فان حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدم و ان حلف أحدهما و نكل الآخر قضى بها للحالف» هذا نص عبارته، و من المحتمل أن يكون قوله «و يكون لكل منهما اليمين على صاحبه» مرتباً بقوله «أو لم يقيما» و قد يقويه قوله قبل ذلك «قضى» في كلتا حالتى تقديم بينه الداخل و تقديم بينه الخارج. فيكون الحاصل انه قد ذكر ثلاثه وجوه، فالأول القضاء له بما في يده بناء على تقديم بينه الداخل، و الثانى القضاء له بما في يد غريمه بناء على تقديم بينه الخارج، و الثالث التحالف فيما إذا لم يقيما بينه.

ثم ان صاحب الجواهر وجه كلام أبي العباس ابن فهد الحلبي الذى نقله عن المهذب البارع بقوله: «و لعل ذلك منه خلافا في أصل المسألة، و هو أن تقديم بينه الداخل بمعنى إسقاط بينه الخارج لا- انها حجه، فيرجع الحاصل- كما لو لم تكن بينه على المنكر منهما اليمين، و هو الذى قواه في المختلف بعد أن حكى القولين في ذلك، بل هو قوى في نفسه لاشتغال دليل تقديم بينه الداخل على اليمين كما ستعرف» .

و وجه كلام العلامة في التحرير و المقصداد في التنقيح بقوله: كما أن القول باليمين مع القول بكون المنشأ تقديم بينه الخارج لعله لخبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام «ان رجلين اختصما الى أمير المؤمنين عليه السلام فى دابه فى أيديهما و أقام كل واحد منهما البيه أنها نتجت عنده، فأحلفهما على عليه السلام، فحلف أحدهما و أبى الآخر أن يحلف فقضى بها للحالف، فقيل له: فلو لم تكن فى يد واحد منهما

و أقاما البيئه، فقال: أحلفهما فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف، فان حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين. قيل: فان كانت في يد أحدهما و أقاما جميعا البيئه.

قال: اقضى بها للحالف الذى هو فى يده» (١).

قال: بل ربما كان هو دليل التحالف على القول الأول و ان لم نقل به فى غيره.

الا انه خبر واحد و فى سنده ما فيه، و المشهور نقلا و تحصيلا على خلافه فلا يصلح مقيدا لما دل مما تسمعه من النصوص و غيره على التنصيف بدونه.» .

أقول: قال المجلسى قدس سره فى مرآه العقول فى روايه إسحاق المذكوره:

«حسن أو موثق». على أنك قد عرفت عمل المشهور بها فى المسأله السابقه و ذلك يجبر ضعفها ان كان، و حينئذ تصلح هذه الروايه لتقييد أدله البيئه على المدعى و اليمين على من ادعى عليه فلا مانع من القول بالتحالف فى هذه الصوره جمعا بين الأدله.

و بعباره أخرى: ان يد كل واحد هى فى الحقيقه عند أهل العرف على نصف العين، فكل منهما يقيم البيئه لأنه يدعى النصف الآخر الذى بيد غريمه و يحلف على إنكار كون هذا النصف الذى بيده لغريمه، و دليل هذا التحالف هو روايه إسحاق المزبوره و قد عرفت اعتبارها.

و لا يعارضها ما عن أبى جعفر عليه السّلام قال: «بعث رسول الله صلّى الله عليه و آله عليا الى اليمن، فقال له حين قدم: حدثنى بأعجب ما ورد عليك فقال يا رسول الله أتانى قوم قد تبايعوا جاريه فوطأها جميعهم فى طهر واحد فولدت غلاما فاحتجوا فيه كلهم يدعيه، فأسهمت بينهم فجعلته للذى خرج سهمه و ضمنته نصيبهم. فقال رسول الله صلّى الله عليه و آله ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم الى الله إلا خرج سهم المحق» (٢) لأنها فى غير ما نحن فيه، لان ذا اليد فيها واحد منهم و هو آخرهم، و لان الولد حر فليس مالا و كلامنا فى دعوى الأملاك.

ص: ١٣٦

١- ١) وسائل الشيعه ١٨-١٨٢ الباب ١٢ من أبواب كيفيه الحكم.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٨-١٨٨، الباب ١٣ من أبواب كيفيه الحكم.

و مثلها روايه تميم بن طرفه: «ان رجلين ادعيا بعيرا فأقام كل واحد منهما بينه فجعله أمير المؤمنين عليه السّلام بينهما» (١) إذ لا ظهور فيها لكون يدهما عليه، بل جاءت في نسخه «عرّفا بعيرا» و حينئذ تكون ظاهره في غير المقام.

فالحاصل: انه لا مانع من الحكم بمفاد روايه إسحاق بن عمار، و قد أفتى جماعه بذلك و ان لم يستند إليها بعضهم صريحا، و صاحب الجواهر لم يناقش في دلالتها و انما ضعفها سندا و قد عرفت جوابه.

و قيل: انه لما كان يدعى كل واحد منهما كل العين فان يده لا تكون على النصف بل على الكل فتتعارضان، و إذا تعارضتا تساقطا، فيكون الحكم في المقام حكم صوره عدم تحقق يد من أحدهما على العين و هو التنصيف كما تقدم.

لكن المشهور هو التنصيف بعد التحالف.

ثم ان صاحب الجواهر قدس سره بعد أن خدش في روايه إسحاق بما سمعت استوجه أن يكون سبب حكم المحقق قدس سره بالتنصيف كون هذا الحكم هو مقتضى العدل و انه ميزان من موازين القضاء من غير حاجه الى تحالف، لا أنه مبنى على تقديم بينه الخارج على بينه الداخل، لان يد كل منهما على الكل لا النصف، و لان المشهود به كون الجميع له لا نصفه، ثم استدل على ذلك بخبر الدرهمين (١) و بقاعده توارد السببين الممكن إعمالهما معا على مسبب واحد نحو المتسابقين على حيازه مباح، و بإطلاق قوله عليه السّلام: «لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين (٢)» و بإطلاق

ص: ١٣٧

١-١) وسائل الشيعه ١٨-١٨٣

٢-٢) وسائل الشيعه ١٣-١٨٢

النبوى: «ان رجلين تنازعا دابه ليس لأحدهما بينه فجعلها النبى صَلَّى الله عليه و آله بينهما» (١).

و بالمرسل عن أمير المؤمنين عليه السلام: «فى البيتين تختلفان فى الشىء الواحد يدعيه الرجلان انه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بينه كل واحد منهما و ليس فى أيديهما فأما ان كان فى أيديهما فهو فيما بينهما نصفان، و ان كان فى يد أحدهما فالبينه فيه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» (١).

هذا و عن ابن أبى عقيل اعتبار القرعة التى هى لكل أمر مشكل فى خصوص ما نحن فيه، لاین التنصيف تكذيب للبيتين. و أشكل عليه فى الجواهر بقوله: كأنه اجتهاد فى مقابله النص. و فيه انه ليس اجتهادا فى مقابله النص، بل لعله يחדش فى ظواهر هذه النصوص.

قلت لكن مقتضى النصوص توجه اليمين على من خرج اسمه لا أنه يقضى لمن خرج اسمه، فان حلف قضى له و الا احلف الأخر و قضى له بحلفه.

و عن ابن الجنيد: التحالف مع تساوى البيتين، فان حلف أحدهما استحق الجميع، و ان حلفا اقتسماها، و مع اختلاف البيتين يقرع، فمن أخرجته القرعة حلف و أخذ العين. قال فى الجواهر: لا دليل عليه بل ظاهر الأدله السابقه خلافه.

ثم نقل فى الجواهر عن الرياض أنه بعد أن نسب المختار-الذى هو التنصيف تساوت البيتان عددا و عداله و إطلاقا و تقييدا أو اختلفت-إلى الأشهر بل عامه من تأخر إلا نادرا. قال: «خلافا للمهذب و به قال جماعه من القدماء، فخصوا ذلك بما إذ تساويا فى الأمور المتقدمه كلها و حكموا مع الاختلاف فيها لارجحها، و اختلفوا فى بيان المرجح لها، فعن المفيد اعتبار الأعدليه خاصه هنا و ان اعتبر الأكثريه فى غيرها، و عن الإسكافى اعتبار الأكثريه خاصه، و فى المهذب اعتبارهما

ص: ١٣٨

مرتبا بينهما الأعدليه فالأكثرية، و عن ابن حمزه فى اعتباره التقييد أيضا مرددا بين الثلاثه غير مرتب بينها، و عن السديلى اعتبار المرجح مطلقا غير مبين له أصلا» قال فى الجواهر: و لم اعرف نقل هذه الأقوال على الوجه المزبور فيما نحن فيه لغيره. و على كل حال لا اعرف دليلا يعتد به على شىء منها على وجه يصلح لمعارضه ما عرفت.

هذا كله فى الصوره الأولى.

الصوره الثانيه: كون العين بيد أحدهما فهل يقدم الداخل و الخارج؟

و الصوره الثانيه: أن تكون العين فى يد أحد المتنازعين، قال المحقق قدس سره: «يقضى بها للخارج دون المتشبه ان شهدتا لهما بالملك المطلق» .

أقول: نسبه فى الجواهر الى المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه قال:

بل عن الخلاف و الغنيه و السرائر و ظاهر المبسوط الإجماع عليه، بل عن الخلاف و الأخير نسبه الى أخبار الفرقه.

قلت: و الصريح منها فى الدلاله المرسله عن أمير المؤمنين عليه السلام: «فى البيتين تختلفان فى الشىء الواحد يدعيه الرجلان أنه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بينه كل واحد منهما و ليس فى أيديهما، فأما ان كان فى أيديهما فهو فيما بينهما نصفان، و ان كان فى يد أحدهما فالبينه فيه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» (١) و ضعفها منجر بما عرفت.

و قد استدل له بالتعليل الوارد فى خبر منصور قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

رجل فى يده شاه، فجاء رجل فادعاها فأقام البينه العدول أنها ولدت عنده و لم يهب و لم يبع، و جاء الذى فى يده بالبينه مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع و لم يهب.

فقال أبو عبد الله عليه السلام: حقها للمدعى و لا- أقبل من الذى فى يده بينه، لان الله عز و جل إنما أمر أن تطلب البينه من المدعى، فان كانت له بينه و اليمين الذى هو فى

ص: ١٣٩

يده. هكذا أمر الله عز و جل» (١)، دَلَّ على أن البينه المسموعه هي بينه المدعى و أن عليها أن يترتب الأثر حتى في صورته وجود البينه للمدعى عليه.

أقول: و هذا الخبر يوضح المراد بالخبر المستفيض و هو قولهم عليهم السَّلام «البيهن على المدعى و اليمين على من ادعى عليه» فيكون ظاهرا في عدم قبول بينه المنكر و أن الميزان في مقام المرافعه سماع بينه المدعى فان كانت له بينه و اليمين المدعى عليه، فهكذا أمر الله عز و جل.

و اختار السيد في العروه القول بسماع البينه من المنكر في صورته التعارض بل مطلقا و لو مع عدمه، قال: ان الأقوى سماع البينه من المنكر في صورته التعارض بل مطلقا و لو مع عدمه، فيجوز للمنكر مع عدم البينه للمدعى أن يقيم البينه فرارا من اليمين، و ان ادعى صاحب الرياض الإجماع على عدم قبولها منه.

قال: و يدل على ما ذكرنا بعد منع الإجماع مضافا الى عموم ما دل على حجيه البينه و الى عموم مثل قوله صَلَّى الله عليه و آله إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان خصوصا اخبار المقام». .

قلت: ان تمسكه بهذه العمومات لسماع البينه من المنكر في غايه الإشكال كجوابه عن الاستدلال بالخبر المشهور «البيهن على المدعى و اليمين على من أنكر» للقول الأول بأن المراد منه بيان الوظيفة الأولى للمدعى و المنكر، و إلا فلا مانع من سماع البينه للمنكر أيضا-قال: «و أيضا يمكن أن يقال: القدر المعلوم من الخبر انه لا يلزم المنكر بالبينه و انما يلزم باليمين لا انه لا تقبل منه البينه» فإنه- و ان سبقه الى ذلك صاحب الجواهر حيث تنظر في دلالته على القول الأول مع قطع النظر عن خبر منصور قائلا: «ضروره عدم دلالته على أزيد من استحقاق المدعى على المنكر اليمين دون البينه بخلاف المنكر فان له على المدعى البينه.»

ص: ١٤٠

١ - ١) وسائل الشيعه ١٨-١٨٦ الباب ١٢ من أبواب كيفيه الحكم. و فيه «محمد ابن حفص» و لم أجد توثيقا له. انظر: تنقيح المقال ٣-١٠٨.

-خلاف ظاهر الخبر لا سيما مع النظر الى خبر منصور، و لأنّ التفصيل قاطع للشركه فلا تكون البيئه حجه من كليهما و لا اليمين، و لكن الاولى هو النظر في نصوص هذه الاخبار، فلا بأس بنقل بعضها:

١- عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في كتاب على عليه السلام أن نبيا من الأنبياء شكّا الى ربه فقال: يا رب كيف أفضى فيما لم أر و لم أشهد؟ قال: فأوحى الله إليه: احكم بينهم بكتابي و أضفهم إلى اسمي فحلفهم (تحلفهم) به و قال: هذا لمن لم تقم له بينه» (١).

٢- عن أبان بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في كتاب على عليه السلام أنّ نبيا من الأنبياء.» (٢).

٣- عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «أن نبيا من الأنبياء شكّا الى ربه.» (٣).

٤- عن ضميره بن أبي ضميره عن أبيه عن جده قال قال أمير المؤمنين عليه السلام أحكام المسلمين على ثلاثه: شهاده عادله، أو يمين قاطعه، أو سنه ماضيه من أئمه الهدى» (٤).

٥- عن هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان، و بعضكم ألحن بحجته من بعض.» (٥).

٦- عن جميل و هشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله:

ص: ١٤١

١- ١) و سائل الشيعة ١٨-١٦٧ الباب ١ من أبواب كيفية الحكم.

٢- ٢) و سائل الشيعة ١٨-١٦٧ الباب ١ من أبواب كيفية الحكم.

٣- ٣) و سائل الشيعة ١٨-١٦٨.

٤- ٤) و سائل الشيعة ١٨-١٦٨.

٥- ٥) و سائل الشيعة ١٨-١٦٩.

البينه على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه» (١).

٧- عن بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن القسامه.

فقال: الحقوق كلها البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه إلا في الدّم خاصه. الحديث» (٢).

٨- عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ان الله حكم في دمائكم بغير ما حكم به في أموالكم. حكم في أموالكم ان البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه، و حكم في دمائكم ان البينه على من ادعى عليه و اليمين على من ادعى، لثلا يبطل دم امرئ مسلم» (٣).

أقول: و الانصاف ظهور الأخبار الأربعة الثانيه في ان ميزان القضاء في مقام المرافعه كون البينه على المدعى و كون اليمين على من أنكر و انه لم تجعل البينه على المدعى عليه في الشرع في مورد إلا لحكمه مخصوصه بذلك المورد (١).

و استدل صاحب الجواهر لسماع بينه المدعى عليه بعموم ما دل على حجيه

ص: ١٤٢

١-١) وسائل الشيعه ١٧٠-١٨

٢-٢) وسائل الشيعه ١٧٠-١٨.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٧١-١٧.

قلت: و أيضا يمكن الاستدلال له بالسيره فإنها قائمه على قبول خبر العدل الواحد فضلا عن العدلين لكن ردع الشارع عن قبول خبر العدل الواحد فى الموضوعات.

لكن المرسله المنجبره و خبر منصور يخصصان العام و يصلحان للردع فى هذا المقام.

و استدلال السيد فى العروه باخبار خاصه و بخبر فذك حيث قال: «و اشعار خبر فذك. فإن أمير المؤمنين عليه السّلام أنكر على أبى بكر فى طلبه البينه منه فى الدعوى عليه مع أنه لا يطلب من غيره إذا ادعى هو على ذلك الغير، فحاصل إنكاره عليه السّلام انه لم فزق بينه عليه السّلام و بين الناس فى طلب البينه، و لو كان لا يقبل من المدعى عليه البينه لكان أولى بالإنكار عليه فى مقام المجادله» .

قلت: أما بعض الاخبار الخاصه التى أشار إليها فيكفى فى وهنها اعراض المشهور عنها، و أما دعواه اشعار خبر فذك بما ذهب إليه ففيها ان التمسك به لعدم حجيه بينه المدعى عليه أولى لأن دلالاته على ذلك أوضح مما قاله: فقد ورد فى ذلك الخبر: «ان أمير المؤمنين عليه السّلام قال لأبى بكر: أ تحكم فينا بخلاف حكم الله فى المسلمين؟ قال: لا. قال فان كان فى يد المسلمين شىء يملكونه ادعيت أنا فيه من تسأل البينه؟ قال: إياك كنت أسأل البينه على ما تدعيه على المسلمين. قال:

إذا كان فى يدى شىء فادعى به المسلمون تسألنى البينه على ما فى يدى و قد ملكت فى حياه رسول الله صلّى الله عليه و آله و بعده و لم تسأل المؤمنين البينه على ما ادعوا علىّ كما سألتنى البينه على ما ادعيت عليهم. و قد قال رسول الله صلّى الله عليه و آله: البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر» و هو ظاهر بل صريح فى انه لا يطلب البينه من ذى اليد و لا يحكم على طبقها إذا أقامها.

على أنه لم يعهد أن يسأل الحاكم-بعد إقامه المدعى بينته-المدعى عليه

هل عنده بينه على الإنكار أولاً. و أيضاً فقد تقدم في المباحث السابقة الخبر (١) الدال على أن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله كان يرسل من يسأل عن حال الشاهدين إذا لم يعرفهما و يوقف الحكم في القضية حتى يرجع رسوله فإذا رجع و ظهر عداله الشاهدين حكم.

و لم يتضمن هذا الخبر سؤاله صَلَّى الله عليه و آله من المدعى عليه في هذه الأثناء أو بعد رجوع الرسول عن وجود البينه عنده على جرح الشاهدين أو إنكار دعوى المدعى.

و من هنا كان القضاء للمدعى بعد إقامه البينه الجامعه للشرائط امرأ مسلماً بين المسلمين.

و كيف كان فقد قال المحقق في هذا القسم: «و فيه قول آخر ذكره في الخلاف بعيد» .

و هذا القول هو تقديم بينه الداخل على بينه الخارج. قال المحقق و هو بعيد و في الجواهر: بل لم نتحققه قولاً له.

و في المسألة أقوال أخرى: فقد فُصِّل بعضهم فقال بعدم حجيه بينه المنكر مع القول بصلاحيته للمعارضه مع بينه المدعى. و عبارته أخرى المستفاد من أدله القضاء هو عدم القضاء ببينه المدعى عليه و لكن لا تدل على عدم صلاحيتها للمعارضه مع بينه المدعى و إسقاطها عن الحجيه، فإذا سقطت يقضى بالعين للحالف.

أقول: و حاصل هذا القول عدم القضاء ببينه المدعى مع وجود بينه المدعى عليه أو احتمال وجودها، لكن يرد أنه إذا كان كذلك فلما ذا كان ديدن المسلمين على خلاف ذلك و هو القضاء للمدعى بمجرد إقامه البينه من غير سؤال من المدعى عليه عن وجود البينه عنده و عدم وجودها، كما هو شأن الفقيه في مقام الإفتاء حيث يفتى على طبق الخبر بعد الفصح و اليأس عما يعارضه.

و أما القول بتقديم البينه المشتمله على ذكر السبب منهما فلا دليل عليه في الاخبار، كالقول بالتقديم بالأعدليه، و أما تقديم الأكثر عدداً منهما فقد يدل بعض الاخبار عليه.

ص: ١٤٤

١-١) وسائل الشيعه ١٨-١٧٤ عن التفسير المنسوب الى الامام العسكري عليه السلام.

لكن المختار هو القول الأول و هو الأخذ بينه الخارج تبعاً للمشهور و الله العالم هذا كله لو شهدتا بالملك المطلق.

صور الشهادة المشتملة على السبب

و اما لو اشتملت الشهادة على ذكر السبب فهنا ثلاث صور.

فالأولى: شهادتهما معا بالسبب، قال المحقق قدس سره:

«و لو شهدتا بالسبب قيل: يقضى لصاحب اليد لقضاء على عليه السّلام و قيل: يقضى للخارج لانه لا بينه على ذى اليد كما لا يمين على المدعى، عملاً بقوله صلّى الله عليه و آله: و اليمين على من أنكر، و التفصيل قاطع للشركه و هو أولى» .

١- شهادتهما معا بالسبب:

أقول: ففي هذه الصورة قولان، نسب أولهما إلى الشيخ و الثاني إلى المشهور، و قد أشار المحقق قدس سره الى دليل كل منهما.

فدليل القول الأول:

ما رواه إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام «ان رجلين اختصما الى أمير المؤمنين عليه السّلام فى دابه فى أيديهما و أقام كل واحد منهما بينه أنها نتجت عنده، فأحلفهما على عليه السّلام، فحلف أحدهما و أبى الآخر أن يحلف، فقضى بها للحالف، فقيل: فلو لم يكن فى يد واحد منهما و أقاما بينه قال: أحلفهما فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف، فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين، قيل:

فان كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعاً بينه. قال أقضى بها للحالف الذى هى فى يده» (١).

و محل الاستدلال: «فان كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعاً بينه.» و هل معنى ذلك أن بينه ذى اليد مقدمه على بينه الخارج أو انه حينئذ يكون فى الحقيقة من تكاذب البيتين فيتساقطان و يقضى لصاحب اليد بعد حلفه لانه مدعى

ص: ١٤٥

عليه و لا يمين على المدعى؟ وجهان مبنيان على شمول أدله حجيه البيه لصوره التكاذب و عدمه.

و الأظهر هو الوجه الثانى من جهة إيجاب الإمام عليه السّلام الحلف أيضا، فإنه لو كانت بيه ذى اليد حجه متقدمه على بيه المدعى فلا حجه الى الحلف، فلزوم الحلف كاشف عن عدم حجيه بيه المدعى عليه أو حجيتها بمقدار صلاحيتها للمعارضه مع بيه المدعى فيتساقطان، فإذا تساقطتا كانت مثل صوره عدم البيه، و على ذى اليد اليمين فإذا حلف قضى له.

و هذا كله بناء على اعتبار الخبر كما تقدم.

و مثله ما رواه غياث بن إبراهيم عن أبى عبد الله عليه السّلام قال: «ان أمير المؤمنين عليه السّلام اختصم اليه رجلان فى دابه كلاهما أقاما البيه أنه أنتجها، فقضى بها للذى هى فى يده، و قال: لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين» (١) و هذا أيضا ظاهر فى التساقط كسابقه.

و دليل القول الثانى: ما رواه منصور عن أبى عبد الله عليه السّلام قال: «قلت له: رجل فى يده شاه، فجاء رجل فادعاها و أقام البيه العدول انها ولدت عنده لم يبع و لم يهب، و جاء الذى فى يده بالبيه مثلهم عدول انها ولدت عنده لم يبع و لم يهب، قال أبو عبد الله عليه السّلام: حقها للمدعى و لا أقبل من الذى هى فى يده بيه، لان الله عز و جل أمر أن تطلب البيه من المدعى، فان كانت له بيه و اليمين الذى هو فى يده، هكذا أمر الله عز و جل» (٢).

و هذا الخبر يعارض خبر إسحاق بناء على الوجه الأول و بقطع النظر عن السند فى كليهما، و حينئذ يرجع الى العام كما هو القاعده فى كل مورد تعارض فيه دليلان خاصان، و العام هنا هو قوله صلى الله عليه و آله «البيه على المدعى و اليمين على من

ص: ١٤٦

١-١) وسائل الشيعه ١٨-١٨٢

٢-٢) وسائل الشيعه ١٨-١٨٢

أنكر» فإنه يدل على انه لا تسمع بينه ذى اليد، لاشتماله على التفصيل القاطع للشركه و هو يعم صورته ذكر السبب و عدمه مطلقا.

فاذن يحكم فى هذه الصوره بتقديم بينه الخارج، و من هنا قال المحقق قده:

«و هو اولى» و هو المختار.

٢- ان تشهد للخارج بالسبب و للداخل بالملك المطلق:

الصوره الثانيه: ان تشهد للخارج بالسبب و للداخل بالملك المطلق، و هذه الصوره لم يذكرها المحقق قدس سره اعتمادا على ظهور حكمها بالأولويه القطعيه بناء على ما ذهب إليه فى الصوره الأولى، لأنه إذا دلت الأدله على تقديم بينه الخارج فى صوره شهادته كلتا البيئتين بالسبب فإنها تدل على تقديمها فى صوره عدم شهادته بينه الداخل بالسبب بالأولويه القطعيه، كما هو واضح.

قال فى الجواهر: «و على كل حال فما عن المجلسى من حملة النصوص المزبوره على التقيه لشهرته بين العامه فتوى و روايه، يدفعه ما سمعت من موافقه خبر بينه الخارج لأحمد بن حنبل أيضا، بل ملاحظه كلام العامه يقضى باضطراب أقوالهم فى ذلك على وجه لا تقيه فى إظهار الحق فيما بينها، خصوصا مع نسبه الى على عليه السلام.

على أن المحكى عن الشيخ نسبه الى مذهبنا و أنه الذى تدل عليه أخبارنا، فكيف يحمل مثله على التقيه» .

٣- ان تشهد للداخل بالسبب و للخارج بالملك المطلق:

و الصوره الثالثه: ان تشهد لذى اليد بالسبب و للخارج بالملك المطلق قال المحقق قدس سره: «اما لو شهدت للمتثبت بالسبب و للخارج بالملك المطلق فإنه يقضى لصاحب اليد، سواء كان السبب مما لا يتكرر كالنتاج و نساجه الثوب الكتان أو يتكرر كالبيع و الصياغه. و قيل: بل يقضى للخارج و ان شهدت بينته بالملك

المطلق عملا بالخبر و الأول أشبه» .

أقول: ذكر في هذه الصورة قولين، أحدهما: تقديم بينه الداخل و اليه ذهب الأكثر و هو الأشبه عند المحقق، و الثانى: تقديم بينه الخارج، و اليه ذهب جماعه.

و قد استدلل للقول الأول بخبر عبد الله بن سنان قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ان رجلين اختصما فى دابه الى على عليه السلام فزعم كل واحد منهما أنها نتجت عنده على مذوده، و أقام كل واحد منهما البيئه سواء فى العدد، فأقرع بينهما سهمين، فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامه.

فخرج اسم أحدهما ففضى له بها.

و كان أيضا إذا اختصم اليه الخصمان فى جاريه فزعم أحدهما أنه اشتراها و زعم الآخر أنه أنتجها، فكانا إذا أقاما البيئه جميعا قضى بها للذى أنتجت عنده» (1).

قلت: لكن ليس فى الخبر-لا- فى السؤال و لا- فى الجواب- تعرض الى اليد، و أنه بيد من كانت الجاريه، الا- ان يقال بأنه عليه السلام قضى للذى أنتجت عنده من جهه كونه ذائد، و الا لقضى لمن ادعى اشتائها، فإن ذلك مقتضى التوفيق بين الشهادتين كما تقدم، و لكنه مع ذلك لا يخلو من الإجمال، الا ان المشهور أفتوا على طبقه و لعلهم فهموا منه ما لم يتضح لنا.

و اما دليل القول الثانى فقد أشار إليه المحقق بقوله «عملا بالخبر» و هو «البيئه على من ادعى و اليمين على من أنكر» اى انه لا اعتبار لبيئه المدعى عليه أصلا.

و استدلل للأول أيضا بعمومات حجيه الشهاده، فتكون كلتا البيئتين حجيه،

ص: ١٤٨

لكن تقدم بينه الداخل اما من جهه اعتضادها باليد و اما من جهه تأيدها بخبر ابن سنان المزبور.

لكن القول الثانى يقول بتخصيص عمومات «البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر» لعمومات حجيه شهاده العدلين، أى أنه فى مورد المرافعه لا- تسمع بينه المنكر.

فإذا كان مقتضى «البينه على من ادعى.» عدم سماع بينه المدعى عليه كما تقدم، فإنه لا معنى لتقدم بينه المنكر من جهه تأيدها بما ذكر، فلو أردنا أن نقول بالقول الأول فاما يكون من جهه التعبد بخبر ابن سنان. و قد عرفت ما فيه، و اما من جهه التساقت ثم القضاء لذى اليد. لكن يتوجه على المحقق حينئذ انه إذا كان هذا هو المبنى فلما ذا قال فى غير هذه الصوره بتقدم بينه الخارج؟
(١)

الصوره الثالثه: كون العين بيد ثالث و فيها الرجوع الى المرجحات

الصوره الثالثه: من صور تعارض البينتين أن تكون العين فى يد ثالث قال المحقق قده: «و لو كانت فى يد ثالث قضى بأرجح البينتين عداله، فإن تساويا قضى لأكثرهما شهودا، و مع التساوى عددا و عداله يقرع بينهما، فمن خرج اسمه احلف و قضى له، و لو امتنع أحلف الآخر و قضى له، و ان نكلا قضى به بينهما بالسويه.»

أقول: نسب هذا القول إلى الأشهر بل المشهور بل ادعى الإجماع عليه، و لكن بالتبع لكلماتهم يظهر عدم إمكان الوثوق بما ذكر، فقد قال بعضهم: بالقرعه،

وقيل بالترجيح بأحد الأمرين، وقيل بكليهما، فمنهم قال بالترتيب و منهم من قال بدونه. فنقول:

اما أدله «البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر» فلا- يمكن الرجوع إليها في هذه الصورة، لأن كليهما ذو بينه و ليس لأحدهما يد على العين، نعم اثر البينتين نفى الثالث، لان العين هي في الواقع لأحدهما لكنه مجهول، و لذا قيل هنا بالقرعه لأنها لكل أمر مشكل عملا ببعض الاخبار، لكن أخبار القرعه هنا تشتمل على اليمين أيضا. و كيف كان فالأولى ذكر نصوص المسألة مع التأمل في مداليلها:

(١) عن أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل.

و ذكر أن عليا عليه السلام أتاه قوم يختصمون في بغله فقامت البينه لهؤلاء أنهم أنتجوها على مذودهم و لم يبيعوا و لم يهبوا» و قامت البينه لهؤلاء بمثل ذلك» فقضى عليه السلام بها لأكثرهم بينه و استحلفهم. (١) (٢) عن داود بن سرحان «عن ابي عبد الله عليه السلام: في شاهدين شهدا على أمر واحد و جاء آخران فشهدا على غير الذي شهدا عليه «شهد الأولان» و اختلفوا.

قال: يقرع بينهم فأيهم قرع فعليه اليمين و هو أولى بالقضاء» (٢).

(٣) عن 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» (٣).

(٤) عن سماعة قال: «ان رجلين اختصما الى علي عليه السلام في دابه فزعم كل واحد منهما انها نتجت على مذوده، و اقام كل واحد منهما بينه سواء في العدد، فأقرع

ص: ١٥٠

١-١) وسائل الشيعة ١٨-١٨١

٢-٢) وسائل الشيعة ١٨-١٨٣

٣-٣) وسائل الشيعة ١٨-١٨٥

بينها سهمين فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامه ثم قال: اللهم رب السماوات السبع و رب الأرضين السبع و رب العرش العظيم عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم. أيهما كان صاحب الدابه و هو أولى بها، فأسألك أن يقرع و يخرج سهمه. فخرج سهم أحدهما فقضى له بها» (١).

(٥) عن غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام: «ان أمير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان في دابه و كلاهما أقاما البيئه أنه أنتجها فقضى بها للذى فى يده و قال: لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين» (٢).

(٦) عن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: «ان رجلين اختصما الى أمير المؤمنين عليه السلام فى دابه فى أيديهما و أقام كل واحد منهما البيئه أنها نتجت عنده، فأحلفهما عليه السلام فحلف أحدهما و أبى الآخر أن يحلف، فقضى بها للحالف.

ف قيل له: فلو لم تكن فى يد واحد منهما و أقاما البيئه؟ فقال: أحلفهما فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف، فان حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين.

قيل: فان كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعا البيئه؟ قال: أفضى بها للحالف الذى هى فى يده» (٣).

(٧) عن داود بن أبى يزيد العطار عن بعض رجاله عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل كانت له امرأه، فجاء رجل بشهود أن هذه المرأه امرأه فلان و جاء آخران فشهدا انها امرأه فلان، فاعتدل الشهود و عدلوا. فقال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو المحقق و هو أولى بها» (٤).

ص: ١٥١

١-١) وسائل الشيعه ١٦-١٨٥

٢-٢) وسائل الشيعه ١٨-١٨٢

٣-٣) وسائل الشيعه ١٨-١٨٢

٤-٤) وسائل الشيعه ١٨-١٧٤

(٨) عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله عليه السّلام قال: «كان على عليه السّلام إذا أتاه رجلان «يختصمان» بشهود عدلهم سواء و عدددهم. أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين و كان يقول: اللهم رب السماوات السبع «و رب الأرضين السبع» أيهم كان له الحق فأده اليه. ثم يجعل الحق للذي يصير عليه اليمين إذا حلف» (١).

(٩) عن عبد الله بن سنان قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: ان رجلين اختصما في دابه الى على عليه السّلام فزعم كل واحد منهما أنها نتجت عنده على مذوده و اقام كل واحد منهما البيئه سواء في العدد، فأقرع بينهما سهمين فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامه ثم قال: اللهم رب السماوات السبع و رب الأرضين السبع و رب العرش العظيم عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم أيهما كان صاحب الدابه و هو أولى بها فأسألك أن يقرع و يخرج اسمه. فخرج اسم أحدهما فقضى له بها» (٢).

هذه هي نصوص المسأله، و هي مختلفه، و لقد اختلفت بتبعها أقوال الأصحاب فيها «فبين من اقتصر على اعتبار الأعدليه خاصه كالمفيد، و من اقتصر على اعتبار الأكثريه كذلك كالاسكافي و الصدوقين، نعم ذكرنا قبل اعتبارها إن أحق المدعين من عدل شاهدها، فان استوى الشهود في العداله فأكثرهما شهودا و هو ليس نصا في اعتبار الأعدليه.

و بين من اقتصر على اعتبارهما خاصه و لم يذكر الترتيب بينهما و لا القرعه بعدهما كالشيخ في موضع من الخلاف قائلا انه الظاهر من مذهب الأصحاب، و بين من اقتصر على ذكر المرجح مطلقا من دون بيان له و لا ذكر قرعه كالديلمي و الشيخ في موضع من الخلاف، لكنه ذكر القرعه بعد العجز عن الترجيح مدعيا عليه إجماع الإماميه، و بين من فصل بعين ما في العبارة لكن مقدا للاكثرية على

ص: ١٥٢

١-١) وسائل الشيعه ١٨-١٨٣

٢-٢) وسائل الشيعه ١٨-١٨٦

الأعدليه كالحلى فى السرائر و عزاه الى ظاهر الأصحاب مشعرا بدعوى الإجماع عليه، و بين من اقتصر على القرعه خاصه كالعمانى» .

النظر فى اخبار الترجيح و طريق الجمع بينها:

فنقول: ان هذه النصوص على طوائف:

(الأولى: ما يدل على التنصيف،

كخبر غياث بن إبراهيم، و الحكم بالتنصيف قد يكون من جهه تساقط البينتين، فتكون مثل صوره دعوى المدعين بلا بينه، و الدليل، على التنصيف هو ما ذكر هناك.

لا يقال: التنصيف يوجب العلم بالخلاف.

لأننا نقول: فرق بين الوصول الى الواقع و العثور عليه، و بين الحكم الفاضل للخصومه، و الحكم بالتنصيف هو طريق لفصل الخصومه.

و قد يكون من جهه العمل بكلتا البينتين بعنوان فصل الخصومه، فإنه و ان شهدت كل واحده بكل المال، الا انه يؤخذ بنصف مدلول كل واحده منهما، و يجمع بينهما و يحكم بالتنصيف لفصل الخصومه، نظير الجمع بين الروايات.

الطائفة الثانية:

ما يدل على التنصيف بعد اليمين،

كخبر إسحاق بن عمار، و على هذه تحمل الطائفة الأولى الساكتة عن لزوم الحلف، فيكون وجه الجمع بالتنصيف بعد الحلف.

الطائفة الثالثة:

ما يدل على القرعه

فمن خرج اسمه كان الحق له.

كخبر داود بن أبى يزيد العطار، فإنه يدل على ان طريق الحكم هو القرعه بلا تحليف فيما إذا كانت المرأه بيد ثالث بالأولويه. و كخبر سماعه و خبر عبد الله بن سنان.

و هذه الاخبار و ان كانت ظاهره فى تماميه الحكم بالقرعه و بلا يمين الا انها قضيه فى واقعه و يمكن أن تحمل على الطائفه الداله على ان الاقتراع، هو لتعيين من عليه الحلف و هى:

الطائفه الرابعه:

كخبر عبد الرحمن بن ابى عبد الله البصرى، و خبر الحلبي، فيكون طريق الجمع بين هاتين الطائفتين هو القرعه لتعيين من عليه الحلف، و حينئذ يكون الحكم باليمين عملا بقوله صلى الله عليه و آله: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» .

و يتحصل مما ذكرنا ان قاعده فصل الخصومه هو الأمور الثلاثه الاتيه: البينه و اليمين، ثم التنصيف و ذلك فى صوره فقد انهما للينه أو وجدانهما لها ثم حلف كليهما أو نكولهما معا، و يكون التنصيف فيما إذا كان مورد النزاع قابلا له، و الا فلا سبيل إلا القرعه.

و اما القول بالترجيح لإحدى البينتين على الأخرى بالأكثرية عداله أو عددا مع الالتزام بالترتيب أو عدمه فلم نجد له دليلا فى الاخبار، إلا خبر ابى بصير الذى قضى فيه لأكثرهم بينه و استحلفهم، و كيف كان فلا مناص من أن يحمل الترجيح على توجه اليمين على من كانت بينته راجحه على بينه الأخر لهذه الجبهه أو تلك، فالفاضل للخصومه هو اليمين تحكيما للقاعده الكليه فى باب القضاء، لأننا علمنا من خبر أبى بصير ان معنى مرجحيه الأكثرية هو توجه اليمين على صاحب تلك البينه، فكذلك الكلام فى صاحب البينه الأكثر عداله.

و قد يستأنس لذلك بتقديم الامام عليه السلام الأكثر عددا، أى سواء كانت الأخرى أعدل أولا.

و لو وقع التعارض فى مورد بين التنصيف و القرعه تقدمت أدله القرعه، فمن خرج اسمه حلف و قضى له.

هذا هو طريق الجمع بين هذه الاخبار فى هذه الصوره.

«و قال فى المبسوط يقضى بالقرعه إن شهدتا بالملك المطلق، و يقسم بينهما ان شهدتا بالملك المقيد، و ان اختصت إحداهما بالتقيد قضى بها دون الأخرى و الأول أنسب بالمنقول» .

و قد ضعف فى الجواهر ما عن المبسوط قال: و ان قيل فى توجيهه: انه جمع بين ما دل على القرعه، و خبرى تميم بن طرفه و غياث المتقدمين سابقا بالتفصيل المزبور لكن فيه ان المفروض فى خبرى سماعه و ابن سنان من أخبار القرعه المقيدتين كما أن فيها المطلق أيضا، و فى اخبار التنصيف المقيدتين كخبر غياث و المطلقتين كخبر تميم بن طرفه. فليس فى ما ذكره جمع بين النصوص، بل فى خبر إسحاق ما هو خارج عن الجميع و هو تحليفهما معا فأيهما حلف و نكل الأخر كانت للحالف فان حلفا جميعا كانت بينهما نصفين، و لم أعرف من عمل به عدا ما تسمعه من ظاهر أبى على.

حكم ما لو أقر الثالث لأحدهما:

قال العلامة قدس سره فى القواعد: «و لو أقر الثالث بالعين لأحدهما فالوجه انه كاليد» قال كاشف اللثام: «تقدم على قيام البينتين أو تأخر، لقيام المعنى القائم فى اليد فيه، و جزم به فى المقصد السابع.

و يحتمل العدم بعد اقامه البينتين، لكشفهما عن أن يد المقر مستحقه للإزالة بإقراره كإقرار الأجنبى» و فى الجواهر: «بل قد يشكل-ان لم يكن إجماع- اندراج ذلك قبل اقامه البينتين فضلا عما بعده فيما دل على حكم ذى اليد بالنسبه إلى الدخول و الخروج، و لعله لذا أطلق بعضهم الحكم من غير فرق بين إقرار الثالث و عدمه فتأمل جيدا» .

قلت: انما يتجه احتمال العدم فيما إذا لم يكن الثالث و كيلا- للمقر له، لأن البيئه قامت على عدم كونه مالكا للعين، و لم تنف وكالته و لم تسقط يده عن

الاعتبار، فلو أقر بكونها له و ادعى وكالته عنه كانت يده يد المقر له و ترتب الأثر على إقراره.

الصورة الرابعة: كون العين لا فى يد أحد

الصورة الرابعة: ان لا تكون العين فى يد احد، و الظاهر أن حكم هذه الصورة حكم ما إذا كانت فى يد ثالث، فما ذكرناه هناك آت هنا.

مورد تحقق التعارض

قال المحقق قدس سره: «و يتحقق التعارض بين الشاهدين و الشاهد و المرأتين» أقول: لا- خلاف و لا إشكال فى ذلك، لان المرأتين تقومان مقام الرجل الواحد فى الشهاده فتصدق البينه على الشاهد و المرأتين كما تصدق على الشاهدين.

قال: «و لا يتحقق بين الشاهدين و شاهد و يمين، و ربما قال الشيخ نادرا يتعارضان و يقرع بينهما» .

أقول: علل فى الجواهر ما ذهب اليه المشهور بعدم صدق اسم البينه على الشاهد و اليمين، و فى المسالك بان الشاهد لا يستقل بالحجيه، و اليمين معه و ان أوجبت ثبوت المال الا انه حجه ضعيفه و من ثم اختلف فى ثبوته بها، و بأن الذى يحلف مع شاهد يصدق نفسه و الذى يقيم شاهدين يصدقه غيره فهو أقوى جانبا و أبعد عن التهمه، و بهذا صرح الشيخ فى المبسوط فى فصل الدعاوى و البيئات، و فى الخلاف أيضا.

و قد ذكر المحقق الأشتياني وجوها لكنها استحسانيه.

قلت: و ربما يشكل على تعليل المسالك بأنه مع الحجيه لا يبقى أثر للضعف و القوه بل يتحقق التعارض.

و التحقيق ان يقال: انه ان صدق اسم البينه على الشاهد و اليمين فلا- كلام فى قدرته على المقاومه مع الشاهدين و تحقق التعارض، لكن المراد من «البينه» فى

نصوص كتاب القضاء هو اصطلاح خاص، و مقتضى التقابل بين البيئه و اليمين فى قوله صلى الله عليه و آله: «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» مغايره البيئه لليمين و إن كانت مع شاهد، فالحق عدم صدق اسم البيئه و عدم تحقق التعارض بينهما.

فان قيل: التعارض هو بين الحجتين لا بين البيئتين حتى يقال ليس الشاهد و اليمين بيئه.

قلنا: مقتضى النظر فى النصوص الواردة فى علاج تعارض البيئتين هو ان المراد البيئه بما هى لا بما هى حجه، فلا وجه للتعدي عن موردها.

و بما ذكرنا يظهر الجواب عما استدل به الشيخ قدس سره فى فصل الرجوع عن الشهاده من المبسوط على ما نسب اليه المحقق من القول بالتعارض و القرعه، و انما قال «و ربما» لعدم صراحه كلام الشيخ، و لذا اختلف العلماء فى فهم عبارته فعن الشهيد حكايه ذلك عنه فى الدروس صريحا، و عن فخر المحققين نسبه التردد اليه، و قد رجح صاحب المسالك فهم الفخر بعد نقل عبارته الشيخ (١).

ص: ١٥٧

و كيف كان فلا ريب في ضعفه.

قال المحقق قدس سره: «ولا بين شاهد و امرأتين و شاهد و يمين، بل يقضى بالشاهدين و الشاهد و المرأتين دون الشاهد و اليمين» .

أقول: فالحاصل عدم صدق «البينه» على الشاهد الواحد مع اليمين و حينئذ لا يقع التعارض بينه و بين البينه مطلقا، بل يقضى بما قامت عليه البينه و لا يلتفت الى الشاهد و اليمين.

ص: ١٥٨

قال المحقق: «و كل موضع قضينا فيه بالقسمه فإنما هو في موضع يمكن فرضها دون ما يمتنع كما إذا تداعى رجلان زوجه» .

أقول: قد ذكرنا سابقا أن فصل الخصومه بالتنصيف يكون في كل مورد أمكن فيه ذلك، قال في المسالك ان العبارة توهم اختصاص الحكم بما يقبل القسمه لكنه تجوز بها في إمكان الشركه، و لو عبر بها كان أولى» و من هنا قال في الجواهر ما زجا بالمتن: في موضع يمكن فرضها بإمكان الاشتراك فيه و ان لم يقسم فعلا كالعبد و الأمه دون ما يمتنع لامتناع الشركه فيه.

و كيف كان فقد ذكرنا سابقا انه في كل موضع لم يمكن التنصيف- كما إذا كان مورد التداعى هو الزوجه- فالحكم هو القرعه، و يدل عليه مرسل داود بن ابى يزيد العطار عن الصادق عليه السلام: «في رجل كانت له امرأه، فجاء رجل بشهود فشهدوا أن هذه المرأه امرأه فلان و جاء آخرون فشهدوا انها امرأه فلان فاعتدل الشهود و عدلوا قال: يقرع بين الشهود فمن خرج اسمه فهو المحقق و هو أولى بها» (١) و عمل الأصحاب به جابر لضعفه، و لم يذكر الامام عليه السلام فيه اليمين، فيقيد- كما تقدم- بما دل على ان من خرج اسمه بالقرعه فعليه اليمين، مثل خبر الحلبي الذي يعم الأموال و غيرها، لكن في المسالك انه لا- فائده في الإحلاف بعد القرعه، لأن فائده القضاء للآخر مع نكوله و هو منفي هنا، و أجاب في الجواهر بقوله: «و فيه: انه لا مانع منه، و انما المنفى بالتنصيف بينهما على تقدير النكول منهما، بل يتجه فيه انتفاؤها عنهما، نعم لا تعرض في الخبر لليمين، و لا ينافى إطلاق ثبوتها في غيره، خصوصا بعد ما عرفت ان القرعه لإثبات الرجحان الذي يتبعه اليمين على حسب الترجيح بالأعدليه و الأكثرية،» .

ص: ١٥٩

قلت: و ما ذكره تام الا قوله: «بل يتجه فيه انتفاؤها عنهما» الظاهر في أنه مع نكولهما عن اليمين يتجه نفى كونها زوجه لهما. فانا نقول بان مقتضى البينتين تحقق العلم الإجمالى بكونها لأحدهما و ان لم يحصل العلم الإجمالى بكونها بينهما فلا ريب فى إفادتهما نفى كونها لثالث، فلا يجوز تزويجها من ثالث، فلا مناص حينئذ -أى فى صورته نكولهما- عن القرعه مره ثانيه، فيكون من خرج اسمه أولى بها بلا يمين.

قال فى الجواهر: «و مما ذكرنا يظهر لك النظر فى كلام الفاضل حيث قال:

«فصل فى أسباب الترجيح لحجه على اخرى، و هى ثلاثه: الأول قوه الحجه كالشاهدين و الشاهد و المرأتين على الشاهد و اليمين، و لو اقترنت اليد بالحجه الضعيفه احتمل تقديمها و التعادل» و وجه النظر هو ما عرفت من عدم اندراج الشاهد و اليمين تحت النصوص فلا يتحقق التعارض، و الترجيح فرع التعارض كما هو واضح.

هل اليد من المرجحات؟

ثم ذكر العلامة السبب الثانى من أسباب ترجيح احدى البينتين على الأخرى بقوله: «الثانى اليد، فتقدم بينه الداخلى على الخارج على رأى، و الأقوى العكس» أى: فتكون اليد سببا لتقدم بينه الداخلى على بينه الخارج على رأى بعض الأصحاب القائلين بحجيه بينه ذى اليد، و اختار قده العكس و هو تقديم بينه الخارج فلا تكون اليد مرجحه، لما تقدم من عدم حجيه بينه ذى اليد لقوله صلى الله عليه و آله «البينه على المدعى و اليمين على أنكر» فلا تسمع بينته حتى تكون يده مرجحه لها.

ثم ذكر قدس سره هنا فروعا، فقال:

«الا أن يقيمها بعد بينه الخارج على اشكال، فلو ادعى عينا فى يد غيره فأقام بينه فأخذها منه ثم أقام الذى كانت فى يده أنها له نقض الحكم و أعيدت اليه على اشكال» قال كاشف اللثام: «من انقلاب الداخلى خارجا و العكس بإقامه الخارج البينه

بالحكم فيها، و هو اختيار الشيخ و لكن بناء على تقديم بينه الداخلى لانكشاف بينته لذى اليد. و من اتحاد الدعوى فلا يختلف الحال بتأخير إقامه البينه و تقديمها، و اليد الطاربه لإقامه البينه لا دلالة لها على شىء و هو الأقوى» و تبعه صاحب الجواهر حيث قال: «و فيه أيضا ما لا يخفى، ضروره اقتضاء ذلك التسلسل المنافى لحكمه القضاء الذى هو الفصل بين المتخاصمين، و الفرض انها دعوى واحده، فالمتجه عدم سماعها مطلقا». لكن فى كشف اللثام «نعم لو رافع الى حاكم لا يعلم بالحال فلا إشكال فى الإعادة إليه» ثم قال العلامة: «و لو أراد ذو اليد إقامه البينه قبل ادعاء من ينازعه للتسجيل فالأقرب الجواز» .

وجه القول بالجواز هو: أن التسجيل أى إثبات ملكيته و ثبته فى سجل الدعاوى لدى الحاكم غرض مقصود، فربما احتاج الى الإثبات فى المستقبل و لا يمكنه لعدم حضور الشاهدين أو موتهما أو غير ذلك.

و ذكر شراح القواعد للعدم وجهين أحدهما: انه لا بينه الأعلى خصم، و الآخر:

ان الملك ثابت له بدون البينه بمجرد اليد و التصرف مع انتفاء المنازع، فلا فائده للبينه، و تحصيل الحاصل محال.

و قد أجابوا عن الوجهين بأن التسجيل فائده عقلائيته، و لا مانع من اقامه البينه مع عدم الخصومه الفعلية حيث يحتمل تحققها فى المستقبل و عدم تمكنه من إثبات دعواه حينذاك بسبب من الأسباب.

قلت: و الأقرب هو الجواز، و الفرع يبنى على القول بحجيه بينه الداخلى كما لا يخفى.

ثم قال العلامة: «و لو أقام بعد الدعوى لإسقاط اليمين جاز» .

أقول: و هذا أيضا مبنى على حجيه بينه ذى اليد كما ذكرنا.

ثم قال: «و لو أقام بعد ازاله يده بينه الخارج و ادعى ملكا سابقا فى التقديم

بسبب يده التي سبق القضاء بإزالتها إشكال» .

فى كشف اللثام: «من سبق يده و أنه الداخلى و البينه تشهد له بالملك المسند الى ذلك الزمان. و من كون تلك اليد قد اتصل القضاء بزوالها، أما لو أقام البينه بعد القضاء للخارج قبل ازاله اليد فهى بينه الداخلى» .

و فيه كما فى الجواهر ما لا يخفى من أنه ليس من الداخلى على التقديرين، بل قد عرفت عدم سماع دعواه لانقطاعها بالقضاء للخارج. نعم إذا كانت بينه الداخلى حجه و تقدم على بينه الخارج فالظاهر التقديم، لان بينته حينئذ تشهد بان العين قد أخذت منه و أزيلت يده عنها ظلما.

ثم قال العلامة: «و إذا قدمنا بينه الداخلى فالأقرب انه يحتاج الى اليمين» .

قال فى الجواهر: كأنه مناف لما ذكره سابقا من إسقاطها اليمين، اللهم الا- ان يفرق بين معارضه البينه و بين معارضه مجرد الدعوى، فتسقط على الأول، فيبقى استحقاق اليمين بحاله بخلاف الثانى.

قلت: لكن لا يبقى حينئذ أثر لليد.

ثم قال العلامة- بشرح الفاضل الهنذى:- «و إذا قامت البينه على الداخلى أو أقر فادعى الشراء من المدعى أو ثبت الدين عليه ببينه أو إقرار فادعى الإبراء، فإن كانت البينه بدعواه حاضره سمعت قبل ازاله اليد و توفيه الدين. و ان كانت غائبه طولب فى الوقت بالتسليم، لثبوت الاستحقاق شرعا من غير ظهور معارض، و ليس له المطالبه بكفيل للأصل.

ثم إذا أقام البينه استرد. و ربما احتمل العدم و التأجيل ثلاثه أيام كما هو حكم مدعى جرح الشهود» و لكنه واضح الضعف.

قال: «و لو طلب الإحلاف انه لم يبعه منه أو لم يبرء قدم على الاستيفاء لكونه كحضور البينه» فإن حلف ذاك استوفى العين و ان نكل أبقيت فى يد هذا.

ثم قال العلامة: «و لو اعترف لغيره بملك لم تسمع بعده دعواه» لكونها إنكارا

بعد الإقرار، فإن ادعى بعد ذلك شرائها مثلا منه سمعت هذه الدعوى لعدم منافاتها لإقراره السابق، فإن أقام البيه حكم له و الا حلف الطرف الآخر و أبقيت في يده.

أما لو ثبت كون العين لغيره لا- باعترافه بل بيينه ذاك أو حلفه سمعت دعواه كونها ملكا له، للفرق بين ثبوت الملك للآخر بالإقرار و الثبوت بالحجه.

هل الشهاده بقديم الملك أولى؟

قال المحقق قدس سره: «و الشهاده بقديم الملك أولى من الشهاده بالحادث مثل أن تشهد إحداهما بالملك في الحال و الأخرى بقديمه، أو إحداهما بالقديم و الأخرى بالأقدم، فالترجيح لجانب الأقدم» .

أقول: إذا تعارضت البيتان في الملك و لكن اختصت إحداهما بزياده التاريخ، بأن قالت إحداهما بأن هذه العين لزيد في الحال و قالت الأخرى هي لعمرو منذ سنه، أو قالت تلك هي لزيد منذ سنه و قالت هذه هي لعمرو منذ سنتين، فهل زياده التاريخ و الشهاده بقديم الملك يوجب الأولويه و الترجيح لبينه عمرو أو لا؟ ذهب المحقق إلى الأول، و جعل العلامه في القواعد اشتمال احدى البيتين على زياده كزياده التاريخ من أسباب ترجيح البيه، و في الجواهر نسبه هذا القول الى الشيخ و ابنى إدريس و حمزه، بل في المسالك نسبه الى المشهور.

و وجه تقديم متقدمه التاريخ هو أن تلك البيه تثبت الملك لعمرو في وقت لا تعارضها البيه الأخرى فيه و هو السنه الاولى في المثال و انما تعارضها فيما بعدها فتساقطان في محل التعارض و يثبت الملك لعمرو في السنه الأولى بلا معارض- و لهذا كان له المطالبه بالنماء في ذلك الزمان- و الأصل في الثابت دوامه.

قال في الجواهر: و لم أجد في شىء من النصوص اشاره اليه إلا ما في صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام: «و كان إذا اختصم اليه الخصمان في جاريه فزعم أحدهما انه اشتراها و زعم الآخر أنه أنتجها فكانا إذا أقاما البيه

عن فرض المسأله، لأنها مفروضه فيما إذا كان المدعى فى يد ثالث، و سىصرح بذلك صاحب الجواهر نفسه بقوله: «هذا كله مع كون المشهود عليه ليس فى يد أحدهما» .

و كيف كان فلا- يمكن المساعدة على ما ذهب اليه المشهور، فان لم تقدم المتأخره التاريخ تتعارضان و تتساقطان، و يكون المرجع هو الأصل، و مقتضاه كون العين لزيد.

و لو أطلقت إحداهما و أرخت الأخرى قيل: تساوتا لاحتمال الإطلاق هذا التاريخ و غيره زائدا أو ناقصا فلا زياده فى إحداهما على الأخرى إلا بالتعرض للتاريخ، و هو مما لا يؤكد الملك لىتسبب الترجيح.

و فيه ان المتجه تقديم المطلقه مع العلم باستناد المؤرخه إلى الاستصحاب الذى قد عرفت عدم معارضته للبينه التى تقتضى انقطاعه. أما إذا لم يعلم فالمتجه العمل بالاستصحاب أيضا، اقتصارا فى تساقطهما على ما علم تعارضهما فيه و هو الملك فى الحال فىبقى غيره مستصحا.

و لو شهدت إحداهما بسبب الملك كالشراء مثلا فقيل: تقدم على المطلقه قال فى الجواهر: و قد مر فى خبر أبى بصير ما يؤيده فى الجملة.

و فيه كما فى الجواهر أيضا انه كما يحتمل أن يكون حكم الامام عليه السّلام فيه من جهه تقديم البينه المقيده على المطلقه، كذلك يحتمل أن تكون بينه المدعى متقدمه تاريخا فمن هذه الجهه حكم الامام بكونها للذى ادعى الدار و اقام البينه عليها. و لعله من هنا قال: يؤيده فى الجملة.

هذا كله فيما إذا لم تكن العين فى يد أحد المتداعيين.

و اما إذا كانت فى يد أحدهما، فإن كانت بينه الداخلى أسبق تاريخا-قال فى المسالك فهو المقدم لا محاله، و عن الخلاف نفى الخلاف فيه، و ذلك لإجماع مرجحين فيه و هما اليد و زياده التاريخ.

لكن فى القواعد: و لو شهدت لذى اليد بالقدم تعارض رجحان التقدم ان قلنا به و كون الآخر خارجا، قال فى كشف اللثام: فيحتمل التساوى لاشتغال كل على مرجح، و تقديم الخارج لعموم دليله و هو الأقوى، و العكس كما فى المبسوط و الخلاف و نفى فيه الخلاف، لاجتماع مرجحين فيه و لعموم دليله.

و يضعف بان دليله ان تم نزلت بينه الخارج منزله العدم و لا عبره بينه الداخلى إذا لم يكن للخارج بينه، و بأنه على القول بترجيح بينه الخارج لا عبره بينه الداخلى أصلا، لأنها ليست من شأنه، و إذا لم تعتبر لم يكن لترجيحها بالقدمه و غيرها معنى.

و فى الجواهر: الظاهر بناء الأول على القول بأن للداخل بينه مسموعه و حينئذ يتوجه ترجيحها بالأمرين، و تنزيل بينه الخارج منزله العدم انما هو لمعارضه بينه الداخلى، فلا وجه للقول بأنه لا عبره بينه الداخلى إذا لم يكن للخارج بينه.

أقول: انه فى صورته وجود البينه للخارج دون الداخلى فلا ريب فى انه يحكم له كما هو واضح، و ان لم يكن له بينه حلف ذو اليد، و ان كان لكليهما بينه -و المفروض حجيه بينه ذى اليد أخذا بعموم دليل حجيه البينه- فلا وجه للقول بالتساقط، بل تقدم بينه ذى اليد لوجود المرجحين المذكورين، فما ذكره صاحب الجواهر هو الظاهر، لكن المختار عندنا أن بينه الداخلى غير مسموعه مطلقا كما تقدم و يأتى.

و ان كانت بينه الخارج أسبق تاريخا فى الجواهر عن الخلاف الجزم بتقديم بينه الداخلى كذلك مدعى عليه الإجماع و الاخبار، و لعله لأن البينه بقدم الملك لم تسقط بها اليد، كرجل ادعى دارا فى يد رجل و أقام بينه بأنها كانت له أمس لم تزل بها فكذلك هنا، لكن فى كشف اللثام: يقوى تقديم الخارج كما فى المبسوط، لان بينته فى الزمان المختص بها غير معارضه.

و فى المسالك ذكر ثلاثه أوجه أحدها: ترجيح اليد، لان البينتين متساويتان فى إثبات الملك فى الحال فتساقطان فيه و يبقى من احد الطرفين اليد و من الآخر إثبات

الملك السابق، و اليد أقوى من الشهاده على الملك السابق و لهذا لا يزال بها.

و الثانى: ترجيح سبق، لان مع إحداهما ترجيحا من جهة البيئه و مع الأخرى ترجيحا من جهة اليد، و البيئه تتقدم على اليد، فكذاك الترجيح من جهتها مقدم على الترجيح من جهة اليد.

و الثالث: انهما متساويان لتعارض البيئتين.

أقول: ان كان للداخل بينه و هى مسموعه فعلى هذا المبني تتقدم بينته فى هذه الصورة كالصوره السابقه، و أما على المختار من أنه لا بينه للداخل لتخصيص قوله صلى الله عليه و آله: «البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر» لعموم أدله الشهاده فلا ريب فى تقدم بينه الخارج، لان بينه ذى اليد غير مسموعه و يده لا تصلح لمعارضه بينه الخارج.

هذا و فى المسالك: اعلم ان إطلاق عباره المصنف يقتضى عدم اشتراط اضافه البيئه بالملك القديم و التعرض لذلك فى الحال، و هو أحد الوجهين فى المسأله، لأن الملك إذا ثبت سابقا فالأصل فيه الدوام و الاستمرار، فلا- يفتقر الى التصريح باستمراره.

و الثانى و هو المشهور: ان الشهاده بالملك التقديم لا تسمع حتى يقول: و هو فى ملكه فى الحال. و لا أعلم له مزيلا. حتى لو قال: لا ادرى زال أم لا. لم يقبل، لان ثبوت الملك سابقا ان اقتضى بقاءه فيد المدعى عليه و تصرفه يدل على الانتقال اليه، فلا يحصل ظن الملك فى الحال، و لان دعوى الملك السابق لا تسمع، فكذاك البيئه عليه. و عللوا عدم قبول الشهاده مع قوله لا ادرى زال أم لا مع أن مؤداهما قريب من قوله لا علم له مزيلا: بأن الأولى تقتضى ترددا و ريبه، فهى بعيدة عن أداء الشهاده.

و فيه نظر: لان الجزم الواقع فى الشهاده بالصيغتين الأوليين انما استند الى استصحاب الملك و ظن الاستمرار مع عدم ظهور المنافى، و الا فالتعبير بالاستمرار لا يتفق،

لأن الأسباب الموجبه لانتقال الملك عن المشهود له لا يمكن القطع بعدمها و ان صحبه الشاهد ليلا و نهارا، فان منها ما يمكن وقوعه سرا بنفسه مع نفسه، و الاستناد الى الاستصحاب و ظن الاستمرار يتأدى بقوله: لا ادري زال أم لا كما يتأدى بقوله:

و هو ملكه فى الحال، لأنه إذا لم يدر هل زال أم لا جاز له استصحاب البقاء و الحكم به فى الحال، و كون الصيغه بعيده عن أداء الشهاده فى حيز المنع.

و من ثم ذهب بعضهم الى عدم اشتراط الضميمه، مع أن الشهاده بالملك السابق لا ينافى العلم بتجدد انتقاله عنه، فمع إضافته ما ينافى العلم بالانتقال أولى.

و الحق: ان إطلاق الشهاده بالملك القديم لا يسمع لعدم التنافى بين كونه ملكا له بالأمس مع تجدد انتقاله عنه اليوم و ان كان الشاهد يعلم بذلك، بل لا بد من اضافته ما يفيد عدم علمه بتجدد الانتقال و ذلك يتحقق بهذه الصيغ و ان كان الاقتصار على ما لا يشتمل على التردد أولى.»

حكم الاستناد الى الاستصحاب فى الحكم و الشهاده:

أقول: هنا فروع متعدده، فمنها انه: هل للحاكم أن يحكم بالاستناد الى الاستصحاب، كما إذا علم بكون العين لزيد سابقا ثم لما ادعاها عمر يشك فيستصحب بقائها على ملك زيد؟ ان قلنا بجواز حكم الحاكم بعلمه جاز حكمه باستصحابه، لأن استصحابه يقوم مقام علمه.

و منها: انه هل للشاهد أن يشهد مستندا الى الاستصحاب؟ و إذا جاز ذلك فهل للحاكم الحكم مع علمه بأن لا مدرك لشهادته الا الاستصحاب، أو مع تصريح الشاهد باستناده الى الاستصحاب، أو تصريحه بالجهل بالأمر فى الحال؟ و هل يعتبر ذلك شهادة؟ و منها: انه لو قال أشهد بكونها ملكا لزيد أمس. ثم سكت بالنسبه إلى الحال فهل للحاكم ان يحكم بكونها لزيد فى الحال أخذا بالاستصحاب؟ قال فى الجواهر: لا مدرك للمسأله بحسب الظاهر إلا صدق اسم الشهاده عرفا

فلا- حكم للمشكوك فيها فضلا عن غيرها، و لا- ريب فى عدم صدق الشهاده بالملك فى الحال بمجرد الشهاده على قدم الملك، بل قد يشك فى صدقها مع التصريح بالاستصحاب بل و مع قوله: لا اعلم له مزيلا فضلا عن قول: لا ادري زال أم لا.

و جواز الشهاده بالاستصحاب لا يقتضى تحقق اسمها مع التصريح به أو بما يساويه، و انما المعلوم كونها شهاده عرفا، قوله هو ملكه فى الحال، و لعله لذا اقتصر عليه بعضهم كما عن آخر التصريح بإرادته تحقق الملك الحال من قوله لا اعلم له مزيلا نحو القول ان هذا الأمر قطعى لا اعلم فيه مخالفا. ففى الحقيقه هو شهاده على عدوان اليد المارضة.

قلت: قد يقال: صحيح ان الحاكم لا يحكم فى هذه الحاله بالملك الفعليه للمشهود له استنادا الى هذه الشهاده، الا انه لما شهد الشاهد بالملك السابقه فقد ثبت ملك أمس عند الحاكم بالشهاده فإذا شك الحاكم نفسه فى زوال تلك الملكيه بادعاء عمرو استصحب بقائها حتى الحال فيحكم بكون العين لزيد المشهود له، لكن هذا فى صورته عدم كونها فى يد عمرو، لان يده حينئذ مقدمه على الاستصحاب المذكور و لذا قيل ان للحاكم الحكم استنادا الى الاستصحاب فى صورته عدم وجود يد معارضه له.

قلت: لكن نفس الأدلاء بالشهاده له بالملك له ظهور عرفى فى الشهاده على الملكيه الفعليه و ان لم يضم إليه ضميمه، و الا فما الداعى للشاهد على الشهاده على الملكيه السابقه مع أن النزاع حول الملكيه فى الحال؟ فإذا كان الملاك الصدق العرفى فالظاهر تحققه، و لعل هذا وجه إطلاق المحقق قدس سره.

و هنا فرع آخر تعرض له المصنف فى المسأله الخامسه.

قال فى الجواهر: و ما عساه يظهر من بعض الناس من الإجماع على كون الشهاده المزبوره كالشهاده على الملك فى الحال فى الانتزاع بها، بل مرجع الأخيره إلى الأولى عند التحليل، ضروره عدم الإحاطه بأسباب الانتقال التى منها ما يقع بين المالك و بين نفسه من دون اطلاع احد، و حينئذ فما دل على الأخذ

بشهادة العدلين من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: البينه على المدعى شامل للصورتين، بل محل البحث منهما هي الغالبه، لندره البينه المطلعه على العدم-لم أتحققه.

فإن تم كان هو الحجه و الا فالمسأله محل نظر، و الظاهر عدم تماميته حيث يراد قيامها على مال فى يد مسلم.

نعم ربما يقال بتماميته حيث لا تكون يد، كما فى خبر حمران (١)لمشتمل على دعوى ملكيه جاريه بنت سبع سنين فلاحظ.
هذا كله فى الشهاده بالملك.

الشهادة بالإقرار

و أما لو شهد بأنه أقر له بالأمس ففى القواعد: «ثبت الإقرار و استصحب موجه و ان لم يتعرض الشاهد للملك الحالى». و فى كشف اللثام: «كما إذا سمعنا نحن منه الإقرار حكمنا بالملك للمقر له الى ظهور المزيل، و الفرق بين ثبوت الملك بالإقرار و ثبوته بالبينه ظاهر» .

ص: ١٧٠

و فيه نظر- كما فى الجواهر- فلو أخذت العين من زيد بإقراره أمس ثم وجدت بيده اليوم أشكل رفع يده هذه بذاك الإقرار، لأن اليد الفعلية تعارض إقرار الأمس و ان سقطت يده أمس بالإقرار اللاحق لها لكشفه عن كونها يد عدوان مثلاً.

كما ان اليد الفعلية هذه لا تسقط بالبينه السابقه عليها التى رفعت يده بها عن العين.

تقدم الشهاده بالملك على الشهاده باليد

قال المحقق قدس سره: «و كذا الشهاده بالملك أولى من الشهاده باليد لأنها محتمله» .

أقول: أى ان الشهاده باليد محتمله للملك و غيره، فتكون الشهاده بالملك نصاً فى الملك و الشهاده باليد ظاهره فى الملك، و النص متقدم على الظاهر عقلاً- و نقلاً- لا- يقال: لا يوجد عندنا نص فى خصوص تقدم النص على الظاهر، إذ ليس من المراد ذلك، بل المراد أن قوله صلى الله عليه و آله «إنما أفضى بينكم بالبينات و الايمان» و «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» صريحان فى أن البينه حجه على الملكيه سواء وجدت يد أولاً.

تقدم الشهاده بسبب الملك على الشهاده بالتصرف

قال المحقق: «و كذا الشهاده بسبب الملك أولى من الشهاده بالتصرف» أقول: أى لأن التصرف كما يكون عن ملك كذلك يكون عن وكاله و نحوها و حينئذ تكون الشهاده بسبب الملك كالشراء مثلاً متقدمه على الشهاده بالتصرف من باب تقدم النص على الظاهر، فان ذلك قاعده جاريه فى كلام الشخص الواحد و الشخصين اللذين هما بحكم الواحد.

هذا فيما إذا شهدتا بالنسبه إلى زمان واحد. و اما لو قامت الشهاده على اليد الفعلية و الشهاده على الملك السابق فسيأتى الكلام فيه.

هذا و فى المسالك: «و لا فرق على هذا التقدير بين تقديم تاريخ شهاده اليد

-بأن شهدت أن يده على العين منذ سنه، و شهدت بينه الملك بتأريخ متأخر، أو بأنه يملكه في الحال-و تأخيره، لاشتراك الجميع في المقتضى و هو احتمال اليد بخلاف الملك. و في هذه المسأله قول بتقديم اليد على الملك القديم، و سيأتى الكلام فيه» .

قال فى الجواهر، و هو كما ترى، ضروره أجنبيه ذلك عما نحن فيه و هو ما عرفت من اراده بيان عدم تعارضهما بعد فرض تعلقهما بمورد واحد.

ص: ١٧٢

(إذا ادعى شيئاً فقال المدعى عليه: هو لفلان)

قال المحقق قدس سره: «إذا ادعى شيئاً فقال المدعى عليه: هو لفلان، اندفعت عنه المخاصمه حاضرا كان المقر له أو غائبا» .

أقول: إذا كان شيء بيد شخص فادعى احد كونه له، فتاره يقول المدعى عليه:

هو لى، و تاره يقربه لمعين فيقول: هو لفلان، و ثالثه يقربه لمجهول فيقول: ليس لى و لكن لا أسمى مالكة أو لا أعرفه.

و لو أقرّ به لمعين فتاره هو ممّن يمكن المخاصمه معه و تاره لا يمكن المخاصمه معه كأن يكون طفلا، و تاره يكون حاضرا و تاره يكون غائبا.

فإن أقر بالشىء لمالك معين بأن قال هو لفلان اندفعت عنه المخاصمه و توجهت الى المالك سواء كان حاضرا أو غائبا، و ليس له أن يحلف ذا اليد إذ لا يحلف أحد على مال لغيره.

و هل أن قوله: هو لفلان يدخل الشىء فى ملك فلان المقر له أو يخرج عن ملك ذى اليد فقط؟ وجهان، فعلى الثانى يكفى للمدعى إثبات كون المال له، و على الأول يحكم الحاكم بكونه المقر له، و على المدعى المرافعه معه فيكون المقر له هو المدعى عليه، و هل للمدعى إحلاف ذى اليد أنه لا يعلم أنها له أو لا؟ فيه قولان كما سيأتى.

و لكن إذا كانت فى يد الشخص المقر بعد فما المانع من أن يقيم المدعى

البينه لدى الحاكم على كونها له لا- للمقر له، فأخذها الحاكم و يدفعها إليه؟ لأنه ان كان المقر له حاضرا أو يمكن حضوره فالبينه مؤثره كما هو واضح، و ان كان غائبا حكم للمدعى ثم الغائب على حجته. نعم لا يمكن إقامة البينه بأن يكون ذو اليد المدعى عليه، لانه لا يمكن له اليمين فى مال المقر له، الا إذا كان مورد الدعوى وجوب تسليم العين بأن يقيم البينه على الملكيه المستتبعه لوجوب تسليمها فيحلف ذو اليد على عدم وجوبه.

و أما إذا سلم المدعى عليه العين الى المقر له فأما هى باقيه بيد المقر له و اما هى تالفه، و هل للمدعى أن يدعى عليه العلم بكون المال له فيحلف على نفي العلم فان لم يحلف غرم؟ قال المحقق: نعم، و هذه عبارته: «و ان قال المدعى: أحلفوه أنه لا يعلم أنها لى توجهت اليمين، لأن فائدتها الغرم لو امتنع لا القضاء بالعين لو نكل أورد» و عليه العلامه فى القواعد، و قد نسب الى الشيخ فى أحد قولييه، و فى المسالك:

يجوز ان كانت تالفه، أى فان كانت العين باقيه أمر باستردادها. و أما إذا لم يمتنع و حلف على نفي العلم فلا شىء عليه.

قال المحقق: «و قال الشيخ: لا يحلف و لا يغرم لو نكل. و الأقرب أنه يغرم، لانه حال بين المالك و بين ماله بإقراره لغيره» .

و وجه قول الشيخ هو ان الامتناع لا يستلزم العلم بكونها للمدعى، بل لا يضمن حتى مع الإقرار بذلك، لانه لا يصدق عليه عنوان التلف حينئذ فلا وجه للضمان.

قلت: و التحقيق هو أن الحكم بالغرم بالامتناع عن اليمين على نفي العلم متوقف على توفر ثلاث مقدمات إحداها: ان يكون الإقرار لغيره بمنزله الإلتلاف للمال. و الثانيه: أن يكون الامتناع عن هذه اليمين بمنزله الإقرار للمدعى. و الثالثه ان يكون العلم بكون العين للمدعى جزءا لموضوع الضمان أو تمام الموضوع، و اما إذا لم يكن للعلم دخل فى الضمان كما هو الصحيح لان اليد كافييه فى ثبوت الضمان فلا أثر لليمين على نفي العلم.

هذا و فى المسالك: «إذا ادعى شيئاً على انسان فقال المدعى عليه: انه ليس لى فاما أن يقتصر عليه أو يضيفه الى مجهول أو الى معلوم. فان اقتصر عليه أو اضافه الى مجهول بأن قال: هو لرجل لا أعرفه، أو لا أسميه ففى انصراف الخصومه عنه و انتزاع المال من يده وجهان أصحهما و هو الذى لم يذكره المصنف انها لا تنصرف و لا ينتزع المال من يده، لان الظاهر ان ما فى يده ملكه و ما صدر عنه ليس بمزيل، و لم يظهر لغيره استحقاقا، و على هذا فإن أقر بعد ذلك لمعين قبل و انصرفت الخصومه الى ذلك المعين و الا فيقيم المدعى بينه عليه أو يحلفه» .

قلت: و لا يخفى ما فيه، لان قوله: «ليس لى» يزيل ملكيته يقينا لأنه إقرار، و هذا الإقرار يسقط يده عن كونها اماره للملكيه، نعم لا ملازمه بين إزاله الملكيه للمال و ازاله الملكيه لليد، فتكون يده مثل يد الوكيل و الأمين و المستعير و المستأجر، لأن إقراره يزيل الملكيه للعين و لا يفيد كون يده عدوانيه، بل تبقى على حجيتها، و على ما ذكرنا تنصرف الدعوى عنه، إذ لو أراد الحلف حينئذ كان فى ملك غيره، و اما بناء على ما ذكره من عدم صدور ما يزيل الملكيه منه فيجوز المرافعه معه، و على ما ذكرنا من عدم الملازمه المذكوره يترتب الأثر على إقراره فيما لو أقر بعد ذلك لشخص معين.

قال: «و الوجه الثانى انها تنصرف عنه بذلك و لأنها تبرء من المدعى عليه، و ينتزع الحاكم المال من يده، فإن اقام المدعى بينه على الاستحقاق فذاك و إلا حفظه الى أن يظهر مالكه» .

قلت: و هذا صحيح فى صورته تاميه الملازمه المذكوره مع احتمال كون يده عليها مشروعاً فيأخذها الحاكم بعنوان النهى عن المنكر.

فظهر أن الصحيح هو إبقاء العين فى يد المدعى عليه، فان قلنا بأن اقامه بينه لا تتوقف على تمكن المدعى عليه من اليمين فتسمع و يعطاها و الا أبقيت فى يده.

و ان قال: «هى لقطه» فله أن يدفعها الى الحاكم لانه مال مجهول مالكه فيرجع اليه

وله أن يقوم فيها بما يجب عليه من أحكام اللقطة.

ثم ذكر في المسالك: انه «ان أضافه الى معلوم فالمضاف اليه ضربان أحدهما ان يمتنع مخاصمته و تحليفه. و الثانى من لا يمتنع مخاصمته و لا تحليفه كما إذا اضافته الى شخص معين، فهو اما حاضر و اما غائب، فإن كان حاضرا روجع فان صدق المدعى انصرفت الخصومه اليه و ان كذبه ففيه أوجه. و ان أضاف إلى غائب انصرفت عنه الخصومه أيضا.» و سيأتى التعرض لكل ذلك. ثم قال:

«و حيث ينصرف الخصومه عنه و طلب المدعى إحلافه انه لا يعلم ان العين له ففى إجابته قولان مبنيان على أنه لو أقر له بعد ما أقر لغيره هل يغرم القيمه؟ فيه قولان مذكوران فى محله. فان قلنا: نعم و هو الأظهر فله إحلافه، فلعله يقر فيغرمه القيمه.

و ان قلنا: لا- و هو أحد قولى الشيخ، فان قلنا: النكول و رد اليمين كالإقرار لم يحلفه، لانه و ان أقر و نكل و حلف المدعى لا يستفيد شيئا، و ان قلنا كالبينه فله التحليف، لانه قد ينكل فيحلف المدعى، فإذا حلف و كانت العين تالفه أخذ القيمه» .

و أشكل عليه فى الجواهر بقوله: «و فيه بعد الإغماض عما فى تقييده بتلف العين- أن غايه ذلك كون اليمين المردوده كالبينه على إقراره مع علمه بكونه للمدعى، و الفرض عدم اقتضاء ذلك الغرم لو أقر به هو، و ليس هو بينه على كون المال له، ضروره كون الدعوى علمه بالحال فيه تكون كالبينه على ذلك، و لا تزيد على الإقرار المفروض عدم الغرم به كما هو واضح. و لذا حكى عن الشيخ إطلاق عدم توجه اليمين على التقدير المزبور، فتأمل» وجه التأمل هو احتمال كون إطلاق الشيخ من جهته انه لا يرى كون النكول و رد اليمين كإقرار بل كالبينه. و كيف كان فعلى القول بعدم التحليف لا يفرق بين القول يكون النكول و رد اليمين بمنزله الإقرار و القول بكونهما بمنزله البينه.

حكم ما لو أنكر المقر له الملكيه للشيء:

قال المحقق قدس سره: «و لو أنكر المقر له حفظها الحاكم، لأنها خرجت

عن ملك المقر و لم تدخل فى ملك المقر له، و لو أقام المدعى بينه قضى له» .

أقول: و حاصل ذلك سقوط يد المدعى عليه المقر مطلقا، أى فلا تكون أماره على الملك و لا تكون كإيد الأمانيه مثلا، فكأنها يد عدوانيه فينتزعها الحاكم منه و يحفظها. و هذا احد الوجوه الثلاثه التى ذكرها الشهيد الثانى فى المسالك فى هذه المسأله.

و الثانى: و هو المنقول عن التحرير: انها تترك فى يد المدعى عليه المقر، إذ لا- منازع له الى قيام حجه، لانه أقر للثالث و بطل إقراره فكأنه لم يقر. قال فى الجواهر: و فيه ان بطلانه بالنسبه الى تملك المقر له لا بالنسبه الى نفيها عنه كما هو واضح.

و الثالث: و هو المنقول عن القواعد: انها تسلم الى المدعى، لخروجها عن ملك المقر له بإنكاره و لا منازع فيها للمدعى، قلت: و هذا هو الأقرب، و اما قول صاحب الجواهر: «و هو بعيد لكونها فى يد» ففيه: انه أى يد يريد، اما يد المقر فقد زالت بإقراره، و اما يد المقر له فمتمتفه بإنكاره، و اما يد الحاكم فهى لأجل حفظها حتى يظهر صاحبها و قد ظهر، فيدفعها الى المدعى و لا حاجه الى البيئه و لا اليمين كما فى القواعد.

و ان رجع المقر له عن إنكاره و صدق المقر فى كون الشىء له فعن التذكرة أن له الأخذ عملا بإقرار المقر السالم عن إنكاره، لزوال حكمه بالتصديق الطارى فتعارضوا و بقى الإقرار سالما عن المعارض، لكن فى الجواهر منع زوال حكم الإنكار بالتصديق، فلا أثر للتصديق الطارى، و حينئذ يحكم بأحد الوجوه الثلاثه المذكوره و قد عرفت المختار منها، قال: و من هنا لو رجع ذو اليد فقال: غلظت بل هو لى لم يقبل منه.

لو كان المقر له غائبا

هذا كله فيما إذا كان المقر له حاضرا. قال فى الجواهر ثم الحكم فى المقر له

الغائب كالحكم فى الحاضر بالنسبه إلى تصديقه و تكذيبه، و للمدعى إقامه البينه و أخذه قبل معرفه حاله، و لكن هو من الحكم على الغائب، فينبغى مراعاة شروطه السابقه، كما له أيضا إحصافه على عدم العلم، نحو ما سمعته فى الحاضر، أى بناء على ان للمدعى حق التحليف عليه كما عليه المشهور و أحد قولى الشيخ.

فان نكل عن اليمين على نفى العلم، فان لم يقر و لم يرد اليمين أحلف المدعى، فان حلف فهل ينتزع العين و يغرم؟ قال فى القواعد: الأقرب الثانى.

فيكون نظير ما إذا أقر بكون العين لزيد و دفعت اليه ثم أقر بكونها لعمر و فيغرم له بدل الحيلولة، و لا- يبعد أن يكون الحكم كذلك أن أثبت المدعى الحق بالبينه، و لو استرجع العين من الغائب و دفعها الى المدعى و جب عليه اى على المدعى رد المال الذى أخذه بدل الحيلولة.

و حيث يدعى كونها لغائب فإن ادعى استيجاره العين منه مثلا فالحكم قبول قوله، نظير قول ذى اليد، فإن أثبت المدعى كون المال ملكه فقد ظهر بطلان الإجاره، و ان لم يتمكن من ذلك احلف المدعى عليه على الإجاره و أبقيت العين بيده.

و لو أقام البينه على الإجاره فبناء على سماعها منه هل تقدم بينته على بينه المدعى باعتضادها باليد أولا؟ فى القواعد: اشكال. قلت: لا إشكال فى أن بينه المدعى من بينه الخارج، فيحتمل أن تكون بينه الآخر من بينه الخارج أيضا لكونه مقرا بعدم كونها له فيتساقطان، و يحتمل أن يكون نفسه ذائد لكونها بيده الآن فتكون من بينه الداخل، فعلى القول بتقدم بينه الخارج فالأمر واضح، و على القول بتقدم بينه ذى اليد لحجيتها و تأيدها باليد قدمت، و هذا وجه توقف العلامه، لكن فى الجواهر الأقرب انهما معا خارجان، قلت: لكن جعل بينه من له الانتفاع بما فى يده بينه الخارج بعيد جدا.

و ان لم يكن مدعىا للإجاره مثلا- فهل له إقامه البينه كذلك أو لا لكونه أجنبيا؟ قال العلامه: يمكن أن يكون طرفا للخصوصه بدعوى المدعى عليه العلم بكونها له،

فيحلفه على نفي العلم، فله ان يقيم البيئه حتى يدفع عن نفسه وجوب اليمين و ان كانت البيئه تشهد بكون ملك العين للمقر له. و اختار فى الجواهر عدم الجواز، فإنه إذا ثبت بالبيئه كون العين للمقر له فلا مجال لليمين على نفي العلم، و أيضا لما كان ملك المقر له ثابتا بالبيئه فلا أثر للإقرار فى إثباته حتى يدعى عليه المدعى الإلتلاف بالإقرار.

قلت: لكن الصحيح ما ذهب إليه العلامة، -لأنه بناء على حجية بيئه الداخل- ان لم يكن عنده بيئه كان عليه اليمين على نفي العلم، و ان كان له بيئه جاز له إقامتها على إثبات ملك المقر له لتؤثر فى سقوط اليمين عنه، اللهم الا- ان لا- يكون هذا الأثر مجوزا له لإقامه البيئه على ملك المقر له، إذ لا معنى لان يقيم أحد بيئه على ملك غيره.

نعم يبقى الإشكال فى انه لا ملازمه بين ثبوت ملك الأخر و عدم علم المقر، بل يجوز للمدعى دعوى العلم عليه حتى بعد قيام البيئه و إعطاء العين للمقر له فيحلفه على نفي العلم و يكون أثره انه إذا امتنع عن اليمين غرم.

لو كان المقر له ممن يمتنع مخاصمته

و لو أقر المدعى عليه بكون العين لمن يمتنع مخاصمته و تحليفه، كما إذا قال هى وقف على مسجد كذا، أو هى ملك لطفل صغير، فهل يكون طرف الخصومه ولى الصغير أو متولى الموقوفه؟ ان كان للمدعى بيئه أقامها و حكم له و الا فلا يحلف الولي و المتولى إذ لا أثر ليمينهما، اذن لا يغنى فى هذا الفرع إلا البيئه.

و أما اليمين على نفي العلم فالحكم كما تقدم، فان حلف فهو و إلا غرم، و كيف كان فإن الخصومه تندفع عن المدعى عليه، و فى المسالك: و إذا قضى له الحاكم بالبيئه و كان الإقرار لطفل كتب الحاكم صورته الحال فى السجل ليكون الطفل على حجته إذا بلغ، لكن فى الجواهر: «قلت قد يقال: بعدم الحجه له لوجود وليه القائم مقامه الذى هو أولى من الوكيل فتأمل» قلت: وجه التأمل: ان الوكيل عمله عمل الموكل، أى ان الموكل يقيمه مقامه و ينزل عمله منزله عمل نفسه، فإذا

قضى على وكيله قبل، و ليس عمل الولي عمل الصغير، بل قيام الولي بالأمر المتعلقة بالصغير حكم الهى. كما جعل الولايه للحاكم بالنسبه إلى الغائب حيث يحكم عليه بعد تماميه مقدماته و يكون الغائب على حجته إذا حضر، فالصغير مثله فهو على حجته إذا بلغ.

هنا كله إذا أقر بالعين لمعين بمختلف صورته.

لو كان المقر له مجهولا

قال المحقق: «اما لو أقر المدعى عليه بها لمجهول لم تندفع الخصومه و الزم البيان» .

أقول: لو أقر بها لمجهول أخذ الحاكم العين من المقر من باب الولايه، فإن كان للمدعى بينه أعطائها إياه و الا بقيت فى يد الحاكم، و هل يلزم البيان؟ قال به المحقق، و فى الجواهر: «لا لأنه ينافى الإقرار الأول، قلت: إلا إذا عين المقر له فى المره الثانيه مدعىا النسيان فى المره الاولى».

و لو قال المدعى للعين: هى وقف علىّ و أقربها من هى فى يده لآخر و صدّقه الآخر فقد عرفت انصراف الخصومه عنم هى فى يده الى المقر له، لكن هل للمدعى إحلاف من كانت بيده على نفى العلم؟ فى المسالك و جهان. «من حيث ان المدعى قد اعترف بالوقف و الوقف لا يتعارض عنه، و من انه مضمون بالقيمه عند الإتلاف، و الحيلولة فى الحال كالإتلاف، و هذا أقوى» .

ص: ١٨٠

(لو وقع الاختلاف فى العقد الواقع)

قال المحقق قدس سره: «إذا ادعى أنه أجره الدابه و ادعى آخر أنه أودعه إياها تحقق التعارض مع قيام البينتين بالدعويين و عمل بالقرعه مع تساوى البينتين فى عدم الترجيح» .

أقول: انه و ان كان النزاع بين الرجلين حول العقد فى الظاهر فيدعى هذا بأنه قد أجره الدابه و يدعى ذاك بأنه أودعه مثلاً إياها، لكن النزاع فى الحقيقه هو فى الملك، للثمره الواضح ترتبها من هذه الناحيه على دعوى كل واحد منهما، و بالنظر الى ذلك ذكر المحقق قدس سره هذه المسأله فى مسائل الاختلاف فى الاملاك (١).

و ما ذكره المحقق قدس سره هو أحد الصور الأربع المتصوره فى هذه المسأله.

و الصوره الثانيه: أن تكون العين بيد شخص و هو يقر بأنها ليست ملكا له، غير أنه ينازع المالك فيقول قد أجرنى إياها و يقول المالك: قد أودعته إياها.

أو يدعى المالك الإجاره و ذو اليد العاربه. فإن كانت مستأجره ملك الشخص منفعتها

فى المده المعينه دون ما إذا كانت وديعه، لكن يترتب على كونها مستأجره لزوم دفع بدل الإيجار إلى المالك. و هذه الصوره من الاختلاف فى العقود و ان كان لهذا النزاع ثمره مالىة.

و الصوره الثالثه: ان يتنازع اثنان حول عين يقران بكونها لثالث فيقول أحدهما: قد أجرنى إياها و يقول الآخر: قد استودعنى إياها.

و الصوره الرابعه: أن يتنازعا فيقول أحدهما: أنها لزيد و قد أجرنى إياها و يقول الآخر: انها لعمرو قد استودعنى إياها.

فالحكم فى الصوره الأولى التى ذكرها المحقق قدس سره هو ما ذكره من أنه ان كان لأحدهما بينه حكم له، و ان أقامها معا فان ترجحت إحداها على الأخرى بسبب من أسباب الترجيح-على ما تقدم من الكلام عليها-حكم لها و الا فالقرعه، فمن خرج اسمه حلف و أخذ، و ان نكل حلف الآخر، فان نكلا فالحكم هو التنصيف للعين ان كانت قابله له، و الا فهما شريكان فيها على النصف.

و فى الصوره الثانيه يتحقق التداعى بين المالك و المتصرف، فان كان لأحدهما بينه حكم له، و ان كانت لكليهما، فان ترجحت إحداها على الأخرى فهو و الا تعارضتا و تساقطتا، و حينئذ تقسم منفعة العين بينهما نصفين و يقسم مال الإجاره بينهما كذلك.

و ربما يجعل المالك فى هذه الصوره ذا اليد و بينه المتصرف خارجا فيبتنى الأمر على حجه بينه الداخل، فعلى القول بها تقدم بينه ذى اليد-المالك-و على القول الآخر تقدم بينه المتصرف، فلا تكون الصوره من قبيل التداعى حتى ينتهى الأمر إلى القرعه، و قد يحتمل كون المتصرف ذا يد لكونها بيده الآن و يبتنى الأمر على تقديم بينه الداخل و الخارج كذلك.

و هكذا يكون طريق فصل الخصومه فى الصورتين الباقيتين لأنهما من مصاديق التداعى كذلك.

(حكم ما لو كان شىء فى يد انسان و ادعى احد كونه له سابقا و أقام بينه)

قال المحقق قدس سره: «لو ادعى دارا فى يد انسان و أقام بينه أنها كانت فى يده أمس أو منذ شهر، قيل: لا تسمع هذه البينه.

و كذا لو شهدت له بالملك أمس.

لأن ظاهر اليد الآن الملك فلا تدفع بالمحتمل.

و فيه اشكال، و لعل الأقرب القبول».

أقول: لو ادعى دارا مثلا فى يد انسان و أقام المدعى بينه أنها كانت فى يده أمس أو منذ شهر، أو كانت فى ملكه أمس مثلا، فهل تسمع البينه؟ قولان، و قد استدلل للعدم بوجهين.

الأول: ان اليد اماره على الملكيه الفعلية لصاحبها، و بينه المدعى تشهد باليد و الملك السابقين، و لا ريب فى تقدم الاماره الفعلية على الاماره القائمه على الملكيه السابقه، و بعبارة أخرى: اليد الفعلية المشاهده بالعيان حيث نرى العين فى هذه اليد ظاهره فى الملكيه الفعلية لصاحبها، و مقتضى اليد السابقه هو احتمال الفعلية لصاحبها، و لا يدفع الظهور المذكور بالمحتمل.

و أجيب بأن اليد الفعلية و ان كانت دليل الملك الفعلى، لكن اليد السابقه

المستصحبه و الملك السابق المستصحب أولى، لمشاركه تلك اليد لهذه فى الدلاله على الملكيه الفعلية، و انفرادهما بالزمن السابق بلا معارض، فيكونان أرجح من هذه اليد، الا أن تقوم الحجه الشرعيه على انتقال العين اليه بطريق شرعى، نظير ما إذا أقر بكون الشىء الذى بيده ملكا لزيد أمس و ادعى كونه له اليوم، فإنه يجب عليه إقامه الحجه الشرعيه على انتقاله اليه من زيد، بطريق شرعى صحيح، و كذا لو أقر بكونه مدينا لزيد بكذا من المال ثم ادعى أداء الدين مثلا كان عليه إقامه الحجه على الأداء.

و فى المقام يكون حكم بينه المدعى حكم إقرار المدعى عليه، فيجب على ذى اليد المدعى عليه إثبات شرعيه يده على العين، و الا- تقدمت بينه المدعى بضميمه الاستصحاب على يده، فليس المورد من مقابله المحتمل للمقطوع حتى يقال بأنه لا يدفع المقطوع بالمحتمل.

و الثانى: انه ان كان مدعاه هو الملكيه أو اليد أمس فلا تسمع، و ان كان الملكيه أو اليد اليوم فإن شهاده بينته غير مطابقه لدعواه، لأنها تشهد باليد و الملك أمس، و البينه غير المطابقه للمدعى غير مسموعه.

و أجب بأن الحكم باستصحاب اليد و الملك السابقين الى اليوم يوجب المطابقه بين الدعوى و الشهاده، فإن هذه الشهاده بضميمه عدم العلم بالناقل الشرعى شهاده بالملكيه الفعلية و هى مسموعه.

و بالجملة: ان كانت الشهاده بملكيه أمس شهاده بملكيه اليوم فهو، و الا فإن الاستصحاب الموجود يفيد بقاء مدلول الشهاده، و حينئذ يقع البحث فى تقدم هذا الاستصحاب على اليد أو معارضته لها، لأنه أصل و هى أماره، و قد يחדش فى اليقين السابق فيختل الاستصحاب، فأن يقال- كما عن كشف اللثام- بأنه البينه ليست كاشفه عن الواقع كالإقرار، فليس مفادها هنا الملكيه الواقعيه حق تستصحب الى اليوم، لكنه كما ترى، لأن البينه حجه شرعيه إذا، أقيمت بشرائطها

الغى احتمال الخلاف و أفادت ما يفيد اليقين، فالحاله السابقه للاستصحاب متحققه، كما لا يلتفت الى احتمال عدم كون اليد السابقه يد ملك لو شهدت بينه بكون العين بيد المدعى أمس.

فظهر أن محط الكلام هو الخلاف فى تقدم الاستصحاب على اليد و عدمه، و المختار هو الأول، و بيان ذلك: أنه و ان كانت اليد مقدمه على الاستصحاب فى موارد كثيره و لكن لا- يوجد بأيدينا إطلاق يقتضى تقدمها عليه على كل حال، بل ان اليد الفعلية المسبوقه بالأخرى المستصحبه-أو المسبوقه بالملك المستصحب- يد ضعيفه عند العقلاء لا- تصلح لمقاومه هذا الاستصحاب فضلا عن التقدم عليه، و لذا يفرق العقلاء بين الدعوى على ذى اليد و بين الدعوى على يد مسبوقه بيد أخرى، ففى الصوره الثانيه يسقطون اليد عن الاعتبار و لا- أقل من انهم يطالبون صاحبها بإقامه الحجه على انتقال العين اليه بطريق شرعى صحيح.

و بتقريب آخر: ان اللازم الشرعى للمكيه السابقه التى أثبتها بينه بقاء تلك الملكيه حتى يعلم المزيل الشرعى له و الناقل الشرعى للعين، فإذا شهدت بينه بملكه أمس كان لازمها الملكيه الفعلية لو لا الانتقال، و قد عرفت ان الاستصحاب ينفى الناقل، فتكون بينه المدعى مسموعه و متقدمه على يد المتصرف.

هذا و فى المستند: «لو تعارضت اليد الحاليه مع الملكيه السابقه أو اليد السابقه ففى تقدم الحاليه أو السابقه قولان، كل منهما عن الشيخ فى كل من المبسوط و الخلاف، و تبعه على الأول جماعه و لعلمهم الأكثرون و منهم من المتأخرين الكفايه و المفاتيح و شرحه و بعض فضلائنا المعاصرين.

و على الثانى الشرائع و يظهر من الإرشاد الميل اليه. و يظهر من التحرير وجه ثالث و هو التساوى» ثم أورد أدله الأقوال ثم قال: «و التحقيق ان اقتضاء اليد للملكيه يعارض استصحاب الملكيه، فلا يبقى لشيء منهما حكم، و لكن أصل اليد لا يعارضه شيء و هو باق بالمشاهده و العيان، و الأصل عدم التسلط على انتزاع العين

من يده و لا- على منعه من التصرفات التي كان له فيها حتى بيعها و إجارتها، إذ غاية الأمر عدم دليل لنا على ملكيته و لكن لا دليل على عدم ملكيته أيضا، و أصاله عدم الملكيه بالنسبه اليه و الي غيره سواء مع ثبوت أصل الملكيه، فلا يجرى فيه ذلك الأصل أيضا، مضافا الي إمكان حصول هذه التصرفات كلا أو بعضا بالتوكيل و الإجاره و الولاية و الاذن و غيرها، فيبقى أصاله عدم التسلط و أصاله جواز تصرفاته خاليه عن المعارض، و الي هذا يشير كلام من قال ان احتمال كون اليد الثانيه بالعاريه أو غيرها لا يلتفت اليه مع بقاء اليد على حالها، فان المقصود الأصلي من اعمال اليد هو إبقاء تسلطها على ما فيها و عدم جواز منعها من التصرفات كيف شاء بسبب احتمال الغصب أو العاريه أو غيرهما، فيحكم عليها بما يحكم على ملك الملاك، و ليس هذا معنى الحكم بأنه ملك انتهى كلامه رفع مقامه.

فان قيل: كما ان الملكيه أو اليد السابقه يقتضى استصحاب الملكيه كذلك يقتضى استصحاب تسلط المالك الأول و الحاكم على منع ذى اليد عن التصرفات أيضا و به يندفع أصاله عدم التسلط.

قلنا: ليس تسلط الأول كالمملكه التي إذا حدثت يحكم لها بالاستمرار حتى يثبت المزيل، بل هو مما يمكن تقييده بقيد، و المعلوم من التسلط الاولي هو تسلطه ما دام يحكم له بالمملكه و يعلم له الملكيه، فالمعلوم ثبوته أولا ليس الا ذلك المقيد، فبعد انتفاء الحكم بالمملكه و العلم بها ينتفى القيد و يتغير الموضوع.

ثم انه كما ان نفس اليد المشاهده الحاليه و مقتضياتها سوى الملكيه لا معارض لها فكذلك أيضا كون البيئه على غير ذى اليد و كون من يدعيه مطالبا بالبيئه و ذى اليد باليمين إذا لم يخرج خارج اليد عن صدق المدعى عرفا و لا- صاحبها عن المنكر كذلك، فيدل على كون وظيفه الأول البيئه و الثانى اليمين قولهم: البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر. و روايه فدك المتقدمه.

فيكون البيئه على الملك السابق و اليمين على ذى اليد و لا يمنع ذو اليد

من شيء من التصرفات، و ليس المطلوب من ترجيح اليد الحاليه غير ذلك أيضا.

مع انه يمكن جعل هذين الأمرين دليلا برأسه على الملكيه أيضا بالإجماع المركب يسقط به الاستصحاب بالمره لعدم صلاحيته لمعارضه الدليل مطلقا» .

و قد أورد السيد فى العروه محصل هذا الكلام و اعترض عليه بوجوه:

الأول: انه فى بيان المعارضه عبر بقوله: ان اقتضاء اليد للملكيه يعارض استصحاب الملكيه.

مع ان المعارضه بين نفس اليد و الاستصحاب لكن من حيث حكمهما، لا بين حكم اليد و نفس الاستصحاب، فلا وجه للتعبير المذكور.

و الثانى: انه إذا سقط حكم اليد فتكون كالعدم و حال ذبيها و غيره سواء، فلو أراد المدعى ان يتصرف فيها لا يجوز لذى إليه منعه، لأن الأصل عدم تسلطه على ذلك.

قلت: فيكون الحاصل انه ليس لكل منهما منع الآخر من التصرف، فتكون العين كالمباحات التى من سبق إلى شيء منها كان له. نعم ليس لثالث أخذها، و لهما منعه من ذلك.

و الثالث: بعد عدم الحكم لليد و عدم كونها دليلا على الملكيه كيف يجوز للغير ان يشتري منه أو يستأجر أو يقبل منه و نحو ذلك من التصرفات الموقوفه على الملك؟ مع انه ليس و كيلا- و لا- و ليا و لا مأذونا من قبل المالك، لان المفروض انه يدعى الملكيه لا الوكاله أو الولايه أو نحوهما، فلا ينفع جواز هذه التصرفات من هذه الأشخاص فى جوازها له و لمن يشتري منه مثلا.

و الرابع ما ذكره من أن تسلط المالك السابق على منع الغير مقيد ببقاء اليد ممنوع، بل هو كالملكيه فى عدم التقيد باستمرار اليد.

و الخامس: لا نسلم صدق المنكر عليه بعد سقوط حكم يده.

قلت: ليس الشرط فى صدق «المدعى» عدم المعارض عند العرف، فالمدعى

عندهم من لو ترك ترك، و هذا صادق على صاحب البيئه هنا، و «المنكر» صادق على ذى اليد.

و قال العلامه فى القواعد فى هذه المسأله: «و لو شهد انه كان فى يد المدعى بالأمس قبل و جعل المدعى صاحب يد.

و قيل: لا يقبل لان ظاهر اليد الآن الملك فلا يدفع بالمحتمل» أى: ان اليد لها ظهور فى الملك الفعلى، لكن لأكل يد بل اليد غير المسبوقه بالعدوانيه مثلا، و ذلك لان حجه اليد- كما ذكرنا- مستنده الى بناء العقلاء مع إمضاء الشارع، و تشهد بذلك روايه حفص بن غياث (١)، و العقلاء لا يعاملون اليد التى هذه حالها معامله المالك الفعلى، بل يقدمون استصحاب الحاله السابقه و يحكمونها على هذه اليد الى أن يثبت الناقل الشرعى.

فهذه عباره القواعد فى المسأله. و قد قال سابقا: «و لو شهدت البيئه بأن الملك له بالأمس و لم تتعرض للحال لم تسمع، الا ان تقول: و هو ملكه فى الحال أو لا نعلم له مزيلا. و لو قال: اعتقد انه ملكه بالاستصحاب ففى قبوله إشكال، اما لو شهد بأنه أقر له بالأمس ثبت الإقرار و استصحاب موجهه، و ان لم يتعرض الشاهد للملك الحالى. و لو قال المدعى عليه: كان ملكك بالأمس انتزع من يده فيستصحب بخلاف الشاهد فإنه عن تخمين، و كذا يسمع من الشاهد لو قال: هو ملكه بالأمس

اشتراه من المدعى عليه، أو أقر له المدعى عليه بالأمس، لأنه استند الى تحقيق» قلت: الفرق المذكور بين البيه و الإقرار لا ريب فيه، و لكن لا أثر له بالنسبه إلى الملكيه الفعلية، فإنه لا بد من اجراء الاستصحاب لإثباتها سواء كان اليقين السابق حاصلًا بالبيه التي هي عن تخمين أو بالإقرار الذى هو عن تحقيق، و إذا جرى الاستصحاب لتاميه أركانه تقدم على اليد من دون فرق بين البيه و الإقرار.

و كذا الأمر لو علم الحاكم بكونها للمدعى أمس، فاليقين السابق متحقق فله اجراء الاستصحاب و أخذ العين من المدعى عليه حتى يثبت الناقل الشرعى.

و لعل السر فى اختلاف كلمات الأصحاب فى هذا المقام هو اختلافهم فى الاستظهار العرفى، لما تقدم من ان مبنى حجيه اليد هو السيره العقلائيه و بناء أهل العرف، و الحق ان كاشفيه اليد فى هذه الحاله التي قام الاستصحاب فى مقابلها ضعيفه عرفا و الاستصحاب هو المحكم فدعوى المدعى مسموعه.

و فى المسالك بعد أن ذكر القولين و مختار المحقق منهما و دليله قال: «و قد تقدم البحث فيه، و الفرق بين هذه و السابقه الموجب لإعاده البحث أن المعارضه فى هذه بين اليد المتحققه و السابقه الثابته بالبيه و الملك السابق كذلك، و السابقه وقع فيها التعارض بين البيتين الداله إحداهما على اليد فى الحال مع عدم ظهورها فى غيره، و الأخرى على الملك السابق، فلا تعرض فيها للمعارضه بين اليد السابقه و الحاليه، و قد تأكد من إطلاقه الحكم هنا و فى السابقه تقديم الملك القديم بغير تقييد بكونه إلى الان أو عدم المزيل أن اضافه ذلك غير شرط، و الأصح اشتراط اضافه ما يعلم منه أن الشاهد لم يتجدد عنده علم الانتقال، لما بيناه من عدم المنافاه بين علمه بالملك و شهادته به مع انتقاله عن المالك الآن» .

قلت: ليس ما ذكره وجه الفرق بين المسألتين، فهناك يتعرض كلتا البينتين للملكيه الفعلية و يتعارضان فيتساقطان و يكون استصحاب الملكيه السابقه جاريا بلا معارض، و هنا اليد معارضه مع الاستصحاب. فحاصل الفرق عدم المعارض

للاستصحاب فى تلك المسأله، و تحقق التعارض بين اليد و الاستصحاب فى هذه.

و اما الإقرار فلو أقر ذو اليد بكون العين للمدعى أمس فإنه يطالب بإثبات شرعيه يده الفعلية عليها، و أما إذا أخذت العين منه بإقراره و دفعت الى المدعى ثم وجدت فى اليوم التالى مثلاً- بيده فلا يؤخذ بإقراره السابق، نعم لو شك فى صحه يده الآن استصحب عدم الناقل الشرعى.

قال المحقق قدس سره: «أما لو شهدت بينه المدعى ان صاحب اليد غضب أو استأجره حكم بها لأنها شهدت بالملك و سبب يد الثانى» .

أقول: لو شهد الشاهدان على ان ذا اليد قد غضب العين أمس من زيد فإنه مع الشك فى تبدل يده اليوم الى يد شرعيه يستصحب كونها عدوانيه فتسقط يده الفعلية عن الاعتبار، لان اليد التى لم يثبت شرعيتها ليست أماره للملكيه.

قال: «و لو قال: غضبني إياها و قال آخر بل أقر لى بها و أقام البينه قضى للمغضوب منه و لم يضمن المقر، لأن الحيلولة لم تحصل بإقراره بل بالبينه» التى أقامها الآخر و ان كانت بزعم هذا ظالمه، و الحكم فى هذه المسأله واضح، و لا خلاف فيه على ما فى الجواهر.

تاره يكون الاختلاف فى الأجره، و هو تاره فى أصل الأجره كأن يقول المؤجر: آجرتك الدار بمأه دينار، فيقول المستأجر: بل بمأه درهم، و أخرى فى قدرها كأن يقول الموجر: آجرتك بمأه دينار فيقول المستأجر: بل بخمسين و على التقديرين: فاما أن يعد ما بينه أو يجداها أو يجدها أحدهما خاصه، فهذه ست صور، و على جميع التقادير فالاختلاف أما أن يكون بعد استيفاء المستأجر المده أو فى أثائها أو ابتدائها فتكون الصور حينئذ ثمان عشره صوره.

و اخرى يكون الاختلاف فى العين المستأجره، و هو تاره فى ذات العين كأن يقول الموجر: آجرتك هذه الدار، فيقول المستأجر: بل تلك الدار، و اخرى يكون فى العين من حيث الزيادة و النقيصه، كأن يقول الموجر: آجرتك هذه الدار الا هذا البيت منها، فيقول المستأجر: بل الدار كلها، و تنتهى الصور حينئذ إلى العدد المذكور فى الاختلاف فى الأجره.

و ثالثه يكون الاختلاف فى المده، و هو تاره فى زمانها زياده و نقيصه، كأن يقول المؤجر: آجرتك الدار شهرا، فيقول المستأجر: بل أربعين يوما، و اخرى فى ابتدائها كأن يقول الموجر: آجرتك الدار من أول شهر شعبان فيقول المستأجر بل من أول شهر رمضان. و تنتهى الصور هنا أيضا الى العدد المذكور. إذا عرفت هذا فنقول:

إذا اتفقا على استيجار دار معينه شهرا معيناً و اختلفا في مقدار الأجره و قد عدما البينه، فالمشهور على أن القول قول المستأجر يمينه سواء كان الاختلاف بعد الاستيفاء أو في أثنايه أو في ابتدائه، بل عن التذكره، نسبة هذا القول إلى علمائنا.

و عن الشيخ في المبسوط القول بالتحالف، و قد تبعه عليه بعض المتأخرين كما في الجواهر و المسالك.

و وجه ما ذهب إليه المشهور هو: أن المستأجر منكر للزائد الذي يدعيه عليه الموجر مع اتفاقهما على ثبوت ما يدع المستأجر، و إذ تحقق عنوان المدعى على الموجر و المنكر على المستأجر دخلاً في عموم الخبر (١) فإن حلف المستأجر كان القول قوله و سقطت دعوى الموجر، و ان نكل حكم للموجر على قول:

و ردت اليمين على المؤجر فإن حلف أخذ و ان نكل كذلك سقطت الدعوى على قول آخر.

و وجه ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط هو: ان المورد ليس من مصاديق المدعى و المنكر، بل ان كلا منهما مدعى و مدعى عليه، لان ذاك يدعى وقوع العقد على الماء و ينكر وقوعه على الخمسين و هذا يدعى وقوعه على الخمسين، و ينكر وقوعه على الماء و العقد المتشخص بالماء غير العقد المتشخص بالخمسين، فقول كليهما موافق للأصل، فتجب اليمين على كليهما، فإذا تحالفا أو امتنعا عن اليمين انفسخ العقد، و رجع المؤجر بأجره المثل (٢) للمنفعه المستوفاه

كلا-ان كان الاختلاف بعد استيفاء المده-أو بعضا ان كان فى أثنائها، و الا كما إذا كان فى ابتدائها فلا شىء للموَجِر، و قيل بل يحكم بتنصيف الزيادة، و ان حلف أحدهما و امتنع الآخر ثبتت دعواه و سقطت دعوى الآخر.

و كيف كان فان مختار الشيخ فى المبسوط هو التحالف، و قد ضعفه فى المسالك «بان العقد لا نزاع بينهما فيه و لا فى استحقاق العين المؤجره للمستأجر و لا فى استحقاق المقدار الذى يعترف به المستأجر، و انما النزاع فى القدر الزائد فيرجع فيه الى عموم الخبر.

و لو كان ما ذكره من التوجيه موجبا للتحالف لورد فى كل نزاع على حق مختلف المقدار، كما لو قال: أقرضتك عشرة فقال: لا بل خمسه، فان عقد القرض المتضمن لأحد المقدارين غير العقد المتضمن للآخر، و كما لو قال أبرأتنى من عشرة من جمله الدين الذى علىّ، فقال: بل من خمسه، فان الصيغه المشتمله على إسقاط أحدهما غير الأخرى، و هكذا القول فى غيره، و هذا مما لا يقول به أحد.

و الحق ان التحالف انما يرد حيث لا يتفق الخصمان على قدر و يختلفان فى الزائد عنه، كما لو قال الموَجِر: آجرتك: الدار شهرا بدينار، فقال: بل بثوب، أو قال: آجرتك هذه الدار بعشره، فقال: بل تلك الدار، و نحو ذلك، اما فى المتنازع فالقول المشهور من تقديم قول المستأجر هو الأصح» .

قلت: و مثل الإبراء هو الأداء، فلو اختلفا فى المقدار الذى أداه المدين إلى الدائن زياده و نقيصه كان النزاع فى القدر الزائد فيرجع فيه الى عموم الخبر كذلك، فملاك الدخول تحت عموم الخبر المشار اليه هو ان يكون بين المتخاصمين اتفاق

على قدر ثم يختلفان في الزائد عن ذلك المقدار، واما إذا لم يكن اتفاق منهما على قدر فهناك التحالف.

لكن المتجه عند صاحب الجواهر هو النظر الى مصب الدعوى، فان كان النزاع في تشخص العقد الذي هو سبب اشتغال الذمه فهناك التحالف إذا لا فرق في مشخصات العقد بين زياده الثمن و نقصانه و بين غير هذين الأمرين من مشخصات و ان كان النزاع بينهما في طلب الزائد من أحدهما و إنكاره من الآخر كان من قبيل المدعى و المنكر.

و بعبارة أخرى: تارة يكون الاختلاف في كيفية وقوع العقد الموجب لاشتغال الذمه، و اخرى يكون في المقدار الذي اشتغلت به الذمه، ففي الأول - كما لو قال الموجر قد وقع العقد على الماء، و قال المستأجر على الخمسين - التحالف، و في الثاني كما لو قال المؤجر: أجرتك الدار بمأه فقال المستأجر بل بخمسين - يكون الموجر مدعيا و المستأجر منكرا.

ثم انه فرق بين النزاع في مال الإجاره و بين النزاع في القرض و الإبراء و نحوهما، ففي القرض مثلا: ان أقرض الماء فقد أقرض الخمسين التي في ضمن الماء، لان قوله: أقرضتك الماء ينحل الى الدنانير بعددها، بخلاف الإجاره فلا انحلال لصيغتها بعدد الدنانير المفروضه بدلا للإيجار، نعم ينحل بنحو آخر فيكون معنى أجرتك الدار بمأه: أجرتك نصف الدار بخمسين و ربعها بخمسه و عشرين ديناراً. و هكذا. كما ان التحالف يتصور في القرض لو اختلفا في كيفية وقوع صيغته، كما إذا قال أحدهما: وقع العقد على الماء و قال الآخر على الخمسين لكن نتيجة الاختلاف هو الاختلاف في المقدار.

فان كان مورد النظر في الدعوى العقد فالتداعى و التحالف و ان كان مورد النظر المقدار الذي اشتغلت به الذمه فالمدعى و المنكر، و بذلك يمكن عود النزاع لفظيا كما اعترف به صاحب الجواهر.

قلت: و الاولى ان نجعل العرف المرجح فى تشخيص الدعوى، و الظاهر كما ذكر فى الجواهر فى مسأله الاختلاف فى قدر الثمن بقطع النظر عن النص الخاص الوارد هناك-ان نظر العرف فى مورد الاختلاف من حيث الزيادة و النقصه سواء فى مال الإجاره أو العين المستأجره إلى الأثر المالى المترتب على النزاع فهم يجعلون من يريد أخذ شىء من طرفه مدعيا و الآخر مدعى عليه، و ليس نظرهم إلى كيفية صدور العقد و وقوعه، فيكون من قبيل المدعى و المنكر.

و بعباره اخرى: ان أهل العرف يرجعون الدعوى إلى المال و ما يتعلق به، فيجعلون من يريد جرّ المنفعه إلى نفسه مدعيا و من يريد دفع الضرر عن نفسه منكرًا و أما النزاع فى كيفية وقوع العقد فهو نزاع علمى و ليس للعرف فيه مجال.

و لعل ما ذكرنا هو وجه التأمل فى تأييده كون كل منهما مدعيا عند العرف الذى أمر به صاحب الجواهر، و قد ذكرنا انه رحمه الله قال بما ذكرنا فى مسأله الاختلاف فى الثمن لو لا النص الخاص فيه.

و عن الشيخ فى المسأله قولان آخران:

أحدهما ما عن موضع من الخلاف و هو القول بالقرعه مع اليمين، قال فى الجواهر: و لعله لإشكال الحال عليه فى أنه من التداعى أو من المدعى و المنكر، لكن قد عرفت ان المرجح هو العرف و الأمر عند أهل العرف فيه واضح.

قال: و لم يتعرض الشيخ لما إذا نكلا- معا بعدها، فهل تقسم الزيادة بينهما أو يوقف الحكم؟ وجه الأول هو أن ذلك مقتضى الحكم بالعدل كما ذكرنا سابقا فى مسأله العين التى وقع النزاع عليها و ليس لأحدهما يد.

لكن فيه ان مورد نصوص التنصيف هو العين كما عرفت هناك، و لا وجه لاسراء الحكم من العين الى الدين و كونه مقتضى الحكم بالعدل محل تأمل.

و أما توقيف الحكم فان كان النزاع فى ابتداء المده فلا بأس و تكون النتيجة

انفساخ العقد، و أما مع استيفاء المده بعضا أو كلا فلا يمكن القول به كما هو واضح.

قال فى الجواهر: وقد يقال مع الاستيفاء بوجوب دفع أقل الأمرين من أجره المثل المفروض كونها أقل مما يدعيه الموجر و من المسمى الذى يدعيه المستأجر على الثانى.

قلت هذا غير واضح، لانه قد يكون المسمى الذى يدعيه المستأجر أكثر من أجره المثل، فلا بد من أن يؤخذ بمقتضى إقراره.

قال: و يحتمل القرعه بلا يمين أقول: وجهه ما عرفت من اشكال الحال و اما عدم اشتراط اليمين فلخلو بعض أخبار القرعه عنه، لكن قد عرفت انه لا إشكال فى المقام بعد الرجوع الى العرف.

و الثانى: ما عن موضع من المبسوط، حيث فرق بين وقوع النزاع قبل انقضاء المده و بعده، و حكم بالتحالف فى الأول و تردد فى الثانى بين القرعه و بين تقديم قول المستأجر.

قلت: و لعل منشأ التردد فى الصوره الثانیه بين القرعه التى قال بها فى الخلاف و التى عرفت وجهها و بين تقديم قول المستأجر هو ما ذكرناه من نظر العرف، لكن قد عرفت انه مع ملاحظه نظر العرف لا يبقى إشكال فى تقديم قول المستأجر مطلقا.

و مما ذكرنا يظهر الحكم فى كل اختلاف يرجع الى الزيادة و النقيصه و تحقق فيه نظر أهل العرف. هذا كله فيما إذا عدما البيئه.

حكم الاختلاف فى الأجره مع البيئه

قال المحقق قدس سره: «إذا اتفقا على استيجار دار معينه شهرا معيناً و اختلفا فى الأجره و أقام كل منهما بينه بما قدره، فان تقدم تأريخ إحداهما

عمل به لأن الثاني يكون باطلا، و ان كان التاريخ واحدا تحقق التعارض، إذ لا يمكن في الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين، و حينئذ يقرع بينهما و يحكم لمن خرج اسمه مع يمينه.

هذا اختيار شيخنا في المبسوط.

و قال آخر: يقضى بينه المؤجر، لأن القول قول المستأجر لو لم تكن بينه، إذ هو يخالف على ما في ذمه المستأجر فيكون القول قوله، و من كان القول قوله (١) كانت البينة في طرف المدعى، و حينئذ نقول: هو مدع زياده و قد أقام البينة عليها فيجب أن تثبت.

و في القولين تردد.

أقول: إذا كان لكل واحد من المؤجر و المستأجر بينه بما يدعيه فتاره يتقدم تاريخ احدى البيتين للعقد و اخرى يكون التاريخ واحدا.

فان كان الأول كأن قالت إحداهما: قد وقع العقد في شهر رمضان و قالت الأخرى: قد وقع في شهر شوال عمل بالمتقدم و بطل المتأخر لأنه يكون عقدا على معقود عليه من المتعاقدين كما كان و هو باطل.

و ان كان الثاني -و هو اتحاد تاريخهما- أو كانت البيتان مطلقتين أو كانت إحداهما مطلقه و الأخرى مؤرخه و ليس في إحداهما مرجح من المرجحات المذكوره سابقا تحقق التعارض بين القولين، إذ لا يمكن في الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين، و في هذه الصوره قولان.

فالأول: هو القول بالقرعه مع اليمين، و هو للشيخ في المبسوط، فمن خرج اسمه يحكم له مع يمينه، سواء كان المؤجر أو المستأجر، للنصوص الصريحه الداله على ذلك (٢)، فان نكل الذي خرج اسمه عن اليمين احلف الآخر فان حلف

حكم له، و ان نكل فالوجوه المتقدمه من التنصيف أو وجوب دفع أقل الأمرين أو توقيف الحكم مع ما عرفت من الكلام فيها.

و الثانى: هو القضاء بينه المؤجر و هو لابن إدريس و أكثر المتأخرين لما تقدم من أن قول المستأجر يتقدم فى حال عدم البينه، و حيث أن البينه موجوده فإنها تسمع من الطرف الآخر و هو الموجر، و الموجر يدعى انه قد آجر الدار بمأه و قد أقام البينه بها، فيجب أن تثبت الخمسين الزائده، بناء على حجيه بينه الخارج دون الداخل كما هو المختار.

و اما بناء على حجيه بينه الداخل و الخارج معا فإنهما تتعارضان و تتساقطان فتعود الصوره كما لو عدماها.

ص: ٢٠٠

حكم الاختلاف في العين المستأجره و لا بينه.

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعى استئجار دار فقال الموجر: بل آجرتك بيتا منها، قال الشيخ: يقرع بينهما، و قيل: القول قول الموجر، و الأول أشبه لأن كل واحد منهما مدع.» أقول: هذه صوره الاختلاف في العين المستأجره، فتاره يختلفان في ذاتها كأن يقول الموجر: آجرتك هذه الدار فيقول المستأجر: بل تلك، فلا إشكال في أن كلا منهما مبدع و الحكم فيه التحالف، و اخرى يختلفان فيها زياده، و نقيصه، كأن يدعى المستأجر استئجار الدار كلها فيقول الموجر. بل آجرتك بيتا منها، ففي هذه الصوره قولان أو ثلاثه، فعن الشيخ قدس سره: يقرع بينهما نحو ما تقدم في المسأله السابقه أو يتحالفان على قوله الآخر، لكن المختار هو أن الموجر هو المنكر لان قوله موافق للأصل فعليه اليمين، فان حلف ثبت قوله و إلا جاء فيه التفصيل المتقدم.

أما المحقق قدس سره فقد اختار هنا القول الأول و هو القرع مع تردده في المسأله السابقه قال «لان كل واحد منهما مدع» لكن تعليقه يقتضى التحالف لا القرع.

حكم الاختلاف في العين المستأجره مع البينه.

هذا كله مع عدم وجود البينه للمستأجر المدعى، فان كان واجدا لها و أقامها حكم له.

قال المحقق قدس سره: «و لو أقام كل منهما بينه تحقق التعارض مع اتفاق التاريخ» أو إطلاقها أو إطلاقها أو إطلاق إحداهما، و إذا تحقق التعارض بينهما بالتساوى عددا و عداله و التأريخ واحد تساقطا و كان المرجع القرع، هذا بناء على حججه بينه الداخل كالخارج، و أما بناء على المختار من عدم حججه بينه الداخل فان بينه المستأجر هي المسموعه و يحكم له على طبقها كما لو عدم الموجر البينه.

و في كشف اللثام: «و يحكم بالقرع مع اليمين، فان نکلا فالظاهر أن

البيت لما اتفقا على إجارته فهو فى إجارته الى ان تمضى المده و يقتسمان الباقي نصفين و يسقط من الأجره بالنسبه. و كذا مع الاختلاف فى الزمان.» قلت: ان أراد كاشف اللثام تقسيم الباقي الى نصفين مع دفع المستأجر نصف مال الإجاره ففيه: ان كلا من الموجر و المستأجر يدعى كون الباقي كله له، لأن المستأجر يدعى أنه قد أعطى الماء مثلاً فى مقابل الدار كلها، و الموجر يدعى انه قد أجر البيت فقط بمأه فيقر بعدم استحقاقه تجاه المستأجر شيئاً، لكن نقول بكون البيت للمستأجر مع نصف الباقي، فإن استوفى منفعه النصف الآخر من الباقي كان عليه دفع ما يقابله، فإن أراد كاشف اللثام هذا المعنى لم يرد عليه ما أشكل عليه فى الجواهر بقوله: «ان المتجه فى الأول ثبوت الأجره مع قسمه ما فيه النزاع بالنصف نعم يتجه أجره المثل فى الأخير، لوقوع التصرف فيه بلا- أجره و يمكن القول هنا بالقرعه بلا يمين، لعدم تناول دليل التنصيف للفرض كما سمعته فى المسأله الثانيه بل لعله هنا أولى.»

و فى الدروس: «فان اتحد التاريخ أعملتا أو سقطتا أو أفرع مع اليمين» الظاهر ان مراده من «اعملتا» أنا ان قلنا بحجيه بينه الخارج فقط كانت بينه المستأجر هى الحججه و لا تسمع بينه المؤجر لأنه الداخل، و ان قلنا بحجيه بينه الداخل سمعت بينه الموجر، و ان قلنا بحجيه كليهما فقد «سقطتا» بالتعارض فتعود كما لو عدماها، و يأتى فيها الوجوه المذكوره هناك، و يحتمل وجه آخر و هو القرعه مع اليمين.

هذا كله مع اتحاد تاريخ البيتين.

قال المحقق: «و مع التفاوت يحكم للأقدم، لكن ان كان الأقدم بينه البيت حكم بإجاره البيت بأجرته و بإجاره بقيه الدار بالنسبه من الأجره» أقول: انه مع التفاوت فى التاريخ فان كان المتقدم تاريخ بينه الدار كلها بطلت اجاره البيت لما تقدم سابقاً، و ان كان المتقدم تاريخ بينه البيت حكم بإجاره البيت

بالأجره المسماه و بإجاره بقيه الدار بالنسبه من الأجره لبطلان ما قابل البيت المفروض تقدم إجارته من تلك الدار و صحه البقيه، فلو كان مال الإجاره المتفق عليه مأه دينار غير أن المستأجر يدعى ان المأه اجره كل الدار و الموجر يدعى انها أجره البيت فقط المفروض كونه مساويا لنصف أجره الدار و كان المتقدم تاريخ بينه البيت يثبت على المستأجر مأه و خمسون ديناراً، المأه أجره البيت بينه المؤجر و الخمسون فى مقابل بقيه الدار بينه المستأجر.

قال فى الجواهر: و لا- ينافى ذلك خروجه عن دعواها التى هى وقوع عقد واحد منهما، و كون العوض فيه عشره، و انما الاختلاف فيما تضمنه فى مقابله العشره الدار أو البيت، لان الثابت فى الشرع حجه بيتهما لا دعواهما، و قد اقتضتا ما عرفت، فىنبغى العمل به، لاحتمال كونه الواقع و ان خرج عن دعواهما معاً، كما سمعته فى تنصيف العين التى ادعى كل منهما انها له و هى فى أيديهما، و تسمعه فى غيره بل قد يقال بوجوب العمل بكل منهما و ان علم الحاكم بخروج الحاصل من مقتضى الاجتهاد فى إعمالهما عن الواقع فضلاً عن دعواهما مع احتماله الواقع» .

حكم ما لو ادعى اثنان شراء دار و هى فى يد البائع

قال المحقق قده: «و لو ادعى كل منهما أنه اشترى داراً معينه و أقبض الثمن و هى فى يد البائع فضى بالقرعه مع تساوى البيتين عداله و عدداً و تاريخاً و حكم لمن يخرج اسمه مع يمينه» .

أقول: إذا ادعى كل منهما شراء دار معينه من مال كها و إيفاء الثمن و هى بعد فى يد البائع فإن كانا واجدين للبينه فتاره يتقدم تاريخ احدى البيتين، و حينئذ يحكم لصاحبها و يدفع الثمن للآخر، قال كاشف اللثام: «و ان أمكن أن يكون باعها من الأول ثم اشتراها ثم باعها من الثانى، لحصول الجمع بين البيتين بيعها من الثانى و ان لم يشترها لجواز بيع ملك الغير، لكن إذا لم يجزه انفسخ و استقر عليه الثمن» و أخرى: يتفقان تاريخاً فان كان فى إحداها شىء من المرجحات فهو، و ان تساوتا

عداله و عددا أقرع بينهما و حكم لمن خرج اسمه مع يمينه، فان نكل أحلف الآخر فإن نكل كذلك قسمت الدار بينهما و رجع كل منهما بنصف الثمن.

و ان عدما البينه فهنا صور: الاولى: أن يكذب المدعى عليه-و هو صاحب الدار-كليهما، و حينئذ يحلف لكل منهما و يندفعان عنه، فان نكل فالقولان السابقان من الحكم بالنكول أو الرد ثم الحلف و الحكم. الثانيه: ان يصدق أحدهما و يكذب الآخر، فأما الذى صدقه فتسلم اليه الدار، و أما الذى كذبه فيحلف له على الإنكار، و ان نكل فالقولان، و حيث يحكم للمدعى يلزم صاحب الدار بدفع قيمه الدار اليه، كما هو الحكم فيما إذا صدق الثانى أيضا بعد تصديق الأول و تسليم الدار اليه و هل ان تصديق المدعى الأول المستتب لدفع الدار إليه إتلاف لمال المدعى الثانى؟ ان كان الإقرار قبل القبض تلفا فإنه يكون فى مال البائع، إذ كل تلف قبل القبض فهو من مال البائع، و حينئذ لا- يجب عليه الحلف للمدعى الثانى، بل بنفس التلف يفسخ العقد. لكن الإشكال فى كون ذلك مصداقا للتلف، من جهة أن البائع ينكر أصل البيع للثانى فكيف يكون إقراره للأول إتلافا؟ و أما ما فى الجواهر «و حلف للآخر (١) ان لم نقل ان الإقرار بها قبل القبض بمنزله التلف لآفه سماويه. نعم لو قلنا ان الإقرار قبل القبض إتلاف كالآفه السماويه لم يتوجه له اليمين حينئذ و ان كان هو كما ترى» ففيه: ان كل تلف قبل القبض فهو من مال البائع يشمل إتلاف البائع نفسه بل يكون حينئذ من مال البائع بالأولويه.

و كيف كان فعلى القول بعدم انفساخ العقد الثانى توجهت اليمين و اما على القول بشمول «كل مبيع». لإتلاف البائع فالانفساخ متحقق.

لكن الصحيح هو توجه اليمين على البائع فى محل الكلام لما ذكرنا من عدم صدق الإتلاف بالإقرار مع إنكار أصل البيع.

الثالث: أن يصدق كليهما معا، فالحكم حينئذ هو تنصيب الدار مع يمينهما إذ تكون كالعين الخارجيه التي وقع النزاع عليها و هي في يد المتنازعين، لانه مع إقرار البائع لهما تكون يده بمنزله يديهما، ثم ان صدقهما في أخذ الثمن منهما استرجع لكل واحد نصف ما دفع إليه.

الرابعه أن يصدق كل واحد في النصف، فيحكم بالنصف لكل منهما مع حلفه له على إنكار النصف الآخر-فإن كان مقرا بأخذ كل الثمن من كل واحد وجب إرجاع النصف و الا أحلف على إنكار أخذ الكل، فان نكل و حلف المدعى أخذ منه الخامسه أن يقول: لا اعلم لمن هي منكما، فيكون إقرارا بأنها ليست له، و حينئذ تكون كالعين التي تنازع عليها اثنان مثلا و ليس لأحدهما عليها يد، و فيها أقوال: أحدها: الحكم بالتنصيب، و الثاني القرعه مع اليمين، و الثالث: القرعه بلا يمين لو امتنعا عنها أو حلفا معا.

و هل يقبل قول البائع لأحدهما؟

قال المحقق قدس سره: «و لا يقبل قول البائع لأحدهما و يلزمه اعاده الثمن على الآخر، لأن قبض الثمنين ممكن، فتزدحم البيئتان فيه» أقول: و حيث تساوت البيئتان و حكم لمن خرج اسمه مع يمينه فهل يقبل قول البائع لأحدهما أم لا ان كان بعد الحكم، لأنه حينئذ تزول يده و ترتفع فلا-اعتبار لإقراره لكن في كشف اللثام: «و يحتمل القبول، فيكون المقر له ذا اليد فتقدم بينته أو بينه الآخر على الخلاف» و فيه-كما في الجواهر-أن جزم المحقق قده و غيره بعدم قبول قول البائع مبني على ان ذلك قد كان منه بعد الحكم بمقتضى القرعه و بعد انتزاع الدار من البائع بالبيئتين، فإنهما و ان اختلفتا في تعيين المالك لكنهما متوافقتان على تحقق البيع لأحدهما و خروج الدار به عن ملك البائع، فلا وجه للاحتمال المزبور.

و على كل حال يلزم البائع إعاده الثمن على المدعى الآخر الذي لم تكن له

الدار، لان قبض البائع الثمنين من المدعيين ممكن فتزدحم-أى تجتمع-البيتان فيه كما اجتمعتا فى خروج الدار عن ملك البائع بخلاف عقد البيع حيث قامت كل واحده منهما على وقوعه مع كل واحد منهما دون الأخر و لو نكل من خرج اسمه بالقرعه حلف الأخر كما تقدم قال المحقق: «و لو نكلا عن اليمين قسمت بينهما و يرجع كل منهما بنصف الثمن» .

أى: و لو نكل من أخرجته القرعه و الطرف الأخر عن اليمين قسمت الدار بينهما على النصف لما تقدم من انه الحكم بالعدل، و على البائع إرجاع نصف كل من الثمنين الى كل من المدعيين، و ليس له إنكار الأخذ لإثبات البيتين ذلك و قال كاشف اللثام: «الا- إذا اعترف أو اعترف أحدهما أو شهدت بنيتاهما أو إحداهما بقبض المبيع، فمن قبضه من بائعه باعترافه أو بشهادته بينه لم يكن له الرجوع عليه بشىء من الثمن، لثبوت استحقاقه له بالإقرار أو بالبينه، غايه الأمر أنه اغتصب منه نصف العين بعد ذلك» و قد سبقه الى ذلك الشهيد الثانى فى المسالك فإنه قال فى المسألة الآتية:

«و حيث قلنا بثبوت الخيار على تقدير القسمة فذلك إذا لم تتعرض البينه لقبض المبيع و لا اعترف به المدعى، و الا فإذا جرى القبض استقر العقد و ما يحدث بعده فليس على البائع عهدته» .

و سبقهما إليه العلامة فى التحرير (١).

و اعترضه فى الجواهر بقوله: «و فيه ان الاعتراف بالقبض أو ثبوته بالبينه لا ينافى الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبينه كما هو واضح

اللهم الا- ان يقال: ان عدم الرجوع بعد القبض لتركهما اليمين باختيارهما. و لكن ذلك غير موافق لما سمعته من التعليل، بل لا يتم فيما سمعته من كشف اللثام أخيرا على ان ترك اليمين ان كان مقتضيا لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض و بعده» .

أقول: و الأقرب هو الأول، فلو اشترى مالا من بائعه و قبضه و اقبض الثمن ثم تركه أمانه عند البائع فأقام رجل البيئه لدى الحاكم على أنه قد اشترى المال منه و حكم الحاكم بدفع المال اليه لم يكن للمشتري الأول مطالبه البائع بالمال و لا بالثمن لانه مال قد تلف بعد القبض فهو من مالكة لا- من مال البائع. نعم لو كانت العين باقيه عند البائع من دون اذن المشتري فهو لها ضامن لكن بدليل: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» و هنا بحث آخر.

و قول صاحب الجواهر: «ان الاعتراف. لا ينافى الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبيئه» .

فيه انه خروج عن فرض القوم و هو الاعتماد على إقرار المشتري و لم ينكشف خلاف.

و قوله: «على أن ترك اليمين ان كان مقتضيا لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض و بعده» ، فيه: ان كون التلف قبل القبض من البائع و بعده من المشتري أمر لا- ريب فيه، لكن كونه من مال البائع قبل القبض مشروط بعدم كون التلف حينئذ مستندا إلى المشتري و الا فيكون فى ماله. الا ان فى صدق «الإتلاف» على النكول عن اليمين» تأملا.

و هل لهما الفسخ؟

قال المحقق قده: و هل لهما أن يفسخا؟ الأقرب: نعم لتبعض المبيع قبل قبضه» .

أقول: و كيف كان فهل لهما مع تقسيم الدار بينهما أن يفسخا البيع الذى

ثبت لكل منهما بالبينه؟ قال المحقق: «نعم لتبعض المبيع قبل قبضه» .

و وجه العدم: ان التبعض جاء من قبلهما.

قلت: لكن ليس المورد من تبعض الصفقة لأن ذلك يكون في العقد لا قبض فإذا وقع العقد على شيئين بصوره الاجتماع انكشف عدم كون أحدهما ملكا للبائع، فيبطل العقد بالنسبه اليه، و يجوز للمشتري ان يفسخ معامله بالنسبه إلى الآخر، و هذا معنى تبعض الصفقة.

و أما إذا كان العقد صحيحا بالنسبه إلى كلا الجزئين، فسلم أحدهما دون الآخر، فلا خيار، بل يلزم البائع بتسليم الآخر.

و هنا تكون احدى المعاملتين باطله فى الواقع، لأن الذى وقع له البيع يملك الكل و من لم يقع له فلا شىء له. غير أنه لما كان الواقع مجهولا و قد حكم الحاكم بالبينه بالتنصيف يكون لكل نصف، فيكون نظير درهم الودعى.

فالاصح هو العدم و بناء على الفسخ فلو فسخا كانت العين للبائع و رجع كل واحد منهما عليه بالثمن كله.

حكم ما لو فسخ أحدهما دون الآخر

قال المحقق: «و لو فسخ أحدهما كان الآخر أخذ الجميع لعدم المزاحم و فى لزوم ذلك عليه تردد أقربه للزوم» .

أقول: و لو فسخ أحدهما فهنا فرعان الأول انه لو فسخ أحدهما فهل للآخر أخذ جميع الدار أم لا؟ فيه قولان، ذهب المحقق قدس سره إلى الأول، و استدل له بقوله «لعدم المزاحم» أى: لأنه كان يدعى شراء جميع الدار من البائع و قد أقام البينه على ذلك، لكن عارضه دعوى الآخر و بينته و حيث فسخ ذاك ما كان يدعيه من العقد فقد بقى هذا بلا مزاحم فكان له أخذ الجميع الذى كان يدعيه.

و قد حكى الثانى عن الشيخ قدس سره، و وجهه هو: أن الحاكم قد قضى له بنصف الدار دون النصف الآخر فلا يعود اليه.

وفيه: ان مقتضى البيه هو الجميع لكن منعه عن أخذه المدعى الآخر الذى ادعى شراء الجميع كذلك، الأمر الذى سبب حكم الحاكم بالتنصيف لكن مع فسخ الآخر يرتفع المانع فيؤثر المقتضى أثره.

وقد نسب الشهيد فى الدروس الى الشيخ القول بالفرق بين كون الآخذ الأول أو الثانى حيث قال: «و لو فسخ أحدهما فللاخر الجميع وفيه أوجه ثالثها و هو مختار الشيخ فى المبسوط: الفرق بين كون الآخذ الأول أو الثانى، لأن القضاء للاول بالنصف إذا لم يتعقبه فسخ يقرر ملكه عليه بحكم الحاكم فليس له نقضه بأخذ الجميع، و نعى بالأول الذى فاتحه القاضى بتسليم النصف فرضى بخلاف ما إذا فسخ المفاتيح فان الشأنى يأخذ الجميع قطعاً لإيجاب بيته الجميع ما لم ينازع.

«و الأقرب أن لكل منهما الأخذ» و قد ضعف صاحب الجواهر قدس سره هذا التفصيل كذلك. ثم قال: «و توهم أن مقتضى الفسخ الرجوع الى البائع لا اليه بمقتضى الحكم الظاهرى مدفوع بأن التنصيف قد كان جميعاً بين البيتين، و مع فرض الفسخ استقلت بيته الآخر بكون الجميع له بلا معارض، بل المتجه صيروره ذلك له قهراً عليه لأنه مقتضى دعواه و بيته» .

و الثانى: انه مع جواز أخذ الجميع هل هو واجب؟ وجهان من وجود المقتضى و عدم المانع كما عرفت مع انتفاء المقتضى للخيار و هو تبعض الصفقه، و من استصحاب الخيار الثابت له قبل الفسخ، و من هنا تردد المحقق قدس سره، لكن قال:

«أقربه اللزوم» و استدل له صاحب الجواهر بالأصل و هو أصاله اللزوم فى العقود «و غيره» من الأدله القائمه على لزوم العقد، و كل ذلك يتقدم على الاستصحاب ان تم فى المقام.

هذا و لكن الصحيح عدم جواز أخذ الجميع، لا لما ذكره الشيخ قده بل لان النصف الثانى يصير بعد الفسخ الى ملك البائع-لا انه يعود الى ملكه كما كان

حتى يقال بأنه مع فرض الفسخ تستقل بينه الآخر بكون الجميع له بلا معارض-بل هو ملك جديد يصير إلى البائع بالفسخ فليس للآخر أخذ هذا النصف-و ما ذكرنا نظير ما إذا باع أحد الشريكين نصفه الواقع اليه بحكم الحاكم إلى البائع، فإنه ملك جديد للبائع بسبب جديد، فلا يجوز للآخر أن يدعى عليه هذا النصف أيضا.

فإن قيل: تحقق الملك الجديد للبائع بسبب البيع واضح و ليس الفسخ كذلك، بل أثره في محل الكلام كون المعامله بالنسبه الى هذا النصف الذى وقع الفسخ فيه كالعدم، فللاخر المطالبه به بمقتضى بينته.

قلت: لا-اشكال-بل الظاهر أنه لا خلاف-فى أنه يتحقق الملك للبائع بالفسخ من حينه و لذا يكون النماء الحاصل بين العقد و الفسخ للمشتري فيكون الشئ ملكه له مره أخرى بعد بيعه إياه.

و من هنا وقع الكلام فى تأثير اجازة المالك لبيع الفضولى ان كان مالكا للمال حين الإجازة لا حين العقد، و الصحيح عدم كفايه هذا التملك فى إنفاذ البيع بالإجازة.

على ان الفسخ من آثار التعارض فكيف يكون نافيا للتعارض؟ و الحاصل انه ليس للآخر أخذ الجميع لأن المزاحمه قد ارتفعت بالفسخ من حينه و التى كانت من حين العقد لم ترتفع بهذا الفسخ.

هذا كله إذا كانت العين فى يد البائع.

و لو كانت فى يد أحدهما فتاره لا بينه و حينئذ يقضى بها له و عليه اليمين للآخر.

و أخرى يقيمان البيئه و حينئذ يحكم للخارج على رأى و للداخل على آخر و قد تقدم.

حكم ما لو ادعى اثنان شراء ثالث المبيع من كل منهما.

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعى اثنان أن ثالثا اشترى من كل منهما هذا المبيع و أقام كل منهما بينه، فان اعترف لأحدهما قضى عليه بالثمن، و كذا ان اعترف لهما قضى عليه بالثمنين، و ان أنكر و كان التاريخ مختلفا أو مطلقا قضى بالثمنين جميعا لمكان الاحتمال» .

أقول: هذه المسألة عكس المسألة السابقة، فلو ادعى اثنان أن ثالثا اشترى من كل منهما مبيعا معيناً، فإن اعترف المشتري بالشراء لأحدهما قضى عليه بالثمن، و إن اعترف به لكل منهما قضى عليه بالثمنين، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم حجة» و شراؤه من كليهما أمر ممكن، كأن يكون قد اشترى العين من أحدهما ثم باعه من الآخر ثم اشتراه، أو باعه لرابع فباعه الرابع من المدعى الآخر فاشتراه المشتري منه.

و إن لم يعترف مطلقاً و أقام كل واحد منهما بينه فانكرهما فتارة يختلف تاريخ البيتين أو تكونان مطلقتين و أخرى يكون التاريخ واحداً، فإن اختلف أو كانتا مطلقتين قضى عليه بالثمنين، لما تقدم من إمكان شرائه العين من أحدهما ثم بيعه من الآخر- أو من رابع فباعه من الآخر- ثم شرائه منه و مهما أمكن الجمع بين البيتين و جب بخلاف المسألة السابقة، لما قيل من أن الشراء لا يجوز لمملك نفسه و البيع يجوز لمملك غيره و لو فضولا.

و فيه كما في الجواهر إن الاحتمال في الشراء لمال نفسه فضولا عن الغير ممكن أيضاً، كأن يشتري العين من أحدهما ثم يوكل زيدا في بيعه من الغير ثم اشترى فضولا من الغير.

هذا مع أنه لا أثر لهذا الشراء عن الغير لأن المفروض عدم أخذه شيئاً عن الغير.

فالأولى في وجه الفرق ما ذكره في الجواهر من أنه اتحاد المدعى به في المسألة السابقة و هو شراء المبيع من مالكة إلا أنه لم يعلم السابق منهما ليكون شراء اللاحق في غير محله. بخلاف هذه المسألة فإن المدعى به استحقاق الثمن الذي ثبت بثبوت سببه، فمع فرض قيام البيئه به في وقتين مثلاً و جب المسبب حتى لو كان المدعى واحداً.

و بعبارة أخرى: العين الواحدة لا يمكن أن تكون بجميعها لاثنين، هذا في

تلك المسألة، أما في المقام فالمدعى به هو الثمنان من جهة تعدد العقد و ان كانت العين واحده، فإذا تكرر العقد تكرر الثمن لإمكان الشراء ثم البيع و الشراء كما عرفت أما المبيع فلا يتكرر بتكرر البيع. فظهر إمكان الجمع بين البيئتين هنا و عدم إمكانه هناك.

نعم لو كان الثمن شيئاً معيناً خاصاً و كل منهما قد ادعاه بسبب كونه البائع لثمنه و أقام كل واحد بينه تحقق التعارض و لو مع إطلاق البيئتين هذا.

و في المسالك: و يحتمل كونهما حينئذ كالمؤرختين بتاريخ واحد لأنهما ربما شهدتا على البيع في وقت واحد و الأصل براءة ذمه المشتري فلا يؤخذ إلا باليقين «قال في الجواهر: و لعله لذا كان المحكى عن ظاهر الشيخ التردد» .

لكن فيه - كما في الجواهر - أن البيئه ظاهره في تعدد البيع و الأصل تعدد المسبب بتعدد سببه.

قال المحقق: «و لو كان التاريخ واحداً تحقق التعارض إذ لا يكون الملك الواحد لاثنتين، و لا يمكن إيقاع عقدين في الزمان الواحد، فيقرع بينهما، فمن خرج اسمه أحلف و قضى له» .

أقول: و دليل القرع ما تقدم ذكره سابقاً من النص و الفتوى على أن القرع حكم البيئتين المتعارضتين بعد فقد الترجيح بينهما بأحد المرجحات المذكوره هناك، فمن خرج اسمه أحلف و قضى له بالثمن الذي شهدت به البيئه فإن امتنع أحلف الآخر و قضى له كذلك.

قال: «و لو امتنعنا من اليمين قسم الثمن بينهما» .

أى: لو امتنع من خرج اسمه بالقرع، فردت على الآخر فامتنع كذلك، قسم الثمن بينهما ان كان قابلاً للتقسيم، و الا فلكل واحد من المدعين نصف ما ادعاه من الثمن.

و قد تقدم في نظير المسألة احتمالات أخرى.

حكم ما لو ادعى شراء المبيع من زيد و ادعى آخر شراءه من عمرو

قال المحقق قده: «و لو ادعى بشراء المبيع من زيد و قبض الثمن و ادعى آخر شراءه من عمرو و قبض الثمن و أقاما بينتتين متساويتين في العدالة و العدد و التاريخ فالتعارض متحقق» .

أقول: في هذه المسألة لو صدق البائعان المشترين أو صدق أحدهما من يدعى الشراء منه و جب على المصدق تسليم العين أو إرجاع الثمن الذي أخذه.

و مع عدم التصديق فلو أقاما بينتتين فان كانت إحداهما أرجح أو كان تأريخها أقدم من الأخرى حكم لصاحبها دون الآخر، فإن كانتا بينتتين متساويتين في العدالة و العدد و التاريخ فالتعارض متحقق.

«فحينئذ يقضى بالقرعة و يحلف من خرج اسمه و يقضى له» بالعين و يرجع المشتري الآخر على بائعه بالثمن.

فان نكل من خرج اسمه أحلف الآخر «و لو نكلا عن اليمين قسم المبيع بينهما» على السوية. و قد عرفت وجود احتمالين آخرين و هما القسمة بلا قرعة، و التساوط للبينتتين و التنصيف كذلك و إذا قسم المبيع كذلك.

هذا إذا كانت العين في يد البائعين.

و لو كانت العين بيد المشترين فلكل واحد منهما يد على النصف فتكون بنيه كل بالنسبة إلى النصف الذي بيده بينه الداخل و بالنسبة إلى النصف الآخر بينه الخارج، و كيف كان فالحكم هو التنصيف.

و لو كانت بيد أحدهما بنى على تقديم بينه الداخل أو الخارج، و حيث يقضى لأحدهما يرجع الآخر بالثمن، كما بينت الحكم على ما ذكر فيما لو صدق أحد البائعين مشتريه فإنه يوجب كونه زائد، و مع تصديق كليهما يكون كل واحد منهما ذائد و الحكم حينئذ هو التنصيف كما لو عدما معا بينه.

و حيث يحكم بالتنصيف يرجع كل واحد بنصف الثمن كما قال المحقق قده

و رجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن» .

و هل لهما الفسخ؟

ثم قال: «و لها الفسخ و الرجوع بالثمنين» أقول: وجه الفسخ هو دعوى تبعض الصفقة، و قد عرفت ما فيها، و بناء على ما ذكرنا سابقا يكون النصف الآخر كالتالف و هو من مال بائعه و للمشتري المطالبة بنصف الثمن.

و قد يجوز كاشف الثام الفسخ بشرط عدم الاعتراف بكون التلف بعد القبض.

و قد ذكرنا انه ان كان التلف بعد القبض موجبا للتبعض بأن تكون اليينه كاشفه عن كون العين مستحقة الغير حين العقد كما يقول صاحب الجواهر كان له الفسخ و الرجوع، لكن قد عرفت ان ذلك غير تام.

و الحاصل انه لا يجوز الفسخ، و بناء على جوازه لم يجرز للآخر أخذ الجميع كما نص عليه المحقق حيث قال: «و لو فسخ أحدهما جاز و لم يكن للآخر أخذ الجميع، لان النصف الآخر لم يرجع الى بائعه» لأن المفروض كون النصف الآخر للبائع الثانى.

و حيث يعترف المشتري بكون التلف بعد القبض لم يكن له خيار الفسخ، لأن المال له و التلف فى ماله. نعم له الفسخ بناء على كونه من تبعض الصفقة.

هذا و فى الجواهر: انه قد يتوهم من اقتصار المصنف فى التعارض على الصورة المزبوره عدمه فى غيرها، مع ان الظاهر تحقق ذلك أيضا فى صورته الإطلاق، إذ هى كغيرها من صور الإطلاقات السابقة، بل و كذا لو أطلقت إحداهما و أرخت الأخرى بناء على عدم الحكم بتأخير مجهول التاريخ عن معلومه كما حرر فى محله.

نعم لو كانا مؤرخين بتأريخين مختلفين ففيه البحث السابق فى تقديم الملك السابق و عدمه.

أقول: قد عرفت فى المسأله السابقه قول المحقق قدس سره بالاقضاء بالثمنين جميعا

فى صورته اختلاف البيئتين فى التاريخ أو إطلاقهما قال: «لمكان الاحتمال و إمكان الجمع بين البيئتين، و قد وافقه صاحب الجواهر قدس سره و أشكل على المسالك القائل بالتعارض و الحكم بالتنصيف أخذاً بالقدر المتيقن و ان الأصل براءة المشتري يعنى: انه ان كان الجمع ممكناً فهو أولى، لكنه يكون فى صورته كون الشهادتين مبنيتين، أما مع إجمالهما فلا (فيكون نظير ما إذا قامت البيئه على أن أحد هذين الشخصين هو المتلف لمال لزيد فإنه يجرى فى حق كل منهما أصالة البراءة فلا يلزم أحدهما بشيء) و حيث يكون مجملاً يؤخذ بالمتيقن و يجرى الأصل فى غيره.

فأشكل عليه فى الجواهر بأن البيئه ظاهره فى التعدد و الأصل تعدد المسبب بتعدد سببه. فقولته هنا بأن الظاهر تحقق ذلك أمضا فى صورته الإطلاق ينافى ما ذكره هناك، فما عبر عنه بالتوهم هو الصحيح.

و لو شهدت إحداهما بوقوع البيع يوم الخميس و الأخرى بوقوعه يوم الجمعة فالتأخر باطل ان كان البيع واحداً، و الا فإن أمكن الجمع فهو و الا كان الثانى باطلاً.

ثم انه يلزم ان تكون الشهاده على الملك، و لذا لا تسمع دعوى الشراء من زيد حتى لو أقام البيئه، بل يلزم ان تكون الدعوى و الشهاده كلتاهما مشتملتين على شراء العين منه و أنها ملك له، إذ يجوز فى مفروض المسأله هنا-ان يكون قد اشترى أحدهما العين للآخر و ان يكون باعها أحد البائعين و كاله عن الآخر أو فضولاً، و هذا ما ذكره العلامة فى القواعد و الشهيد الثانى فى المسالك قال: و سيأتى اختيار المصنف إياه و كأنه تركه هنا اتكالا عليه. و بالجمله انه يشترط أن يكون المدعى و المشهود به هو الشراء من المالك، سواء ثبتت ملكيه البائع باليد أو بالبيئه (١).

حكم ما لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه و ادعى آخر شراءه من المولى.

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه و ادعى آخر أن مولاه باعه منه و أقاما البيئه قضى لا سبق البيتين تأريحا، فان اتفقتا قضى بالقرعه مع اليمين» .

أقول: لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه و ادعى شخص آخر أن مولى العبد قد باعه منه فهما مدعيان، و المولى هو المدعى عليه و ذو اليد سواء كان العبد بيده أو بيد المشتري أو غيرهما أولا في يد. فان لم تكن لأحدهما بينه و كذبهما المولى حلف لهما بيمينين لأنه المدعى عليه، ان صدق أحدهما و كذب الآخر قضى لمن صدقه و هل يحلف لمن كذبه أو لا؟ قولان ذهب العلامة إلى الأول و الشهيد الثانى و كاشف اللثام الى الثانى تبعا للمبسوط، و منشأ الاختلاف هو ترتب الأثر على هذه اليمين و عدمه، فهو نزاع صغروى، لأنهم متفقون على أن اليمين على الإنكار انما تكون فيما إذا كان للإقرار أثر فى ذلك المورد، قال كاشف اللثام: «و الحق ما فى المبسوط من أنه أن صدق المشتري لم يحلف للعبد، لأنه لو أمر بعد ذلك بالعتق لم يقبل لكونه إقرارا فى حق الغير و لم يلزمه غرم، و كذا ان صدق العبد لم يحلف للمشتري، لأنه لو صدقه بعد ذلك فقد اعترف بالإتلاف قبل القبض و هو كآلافه السماويه فى انفساخ البيع به، نعم ان ادعى عليه قبض الثمن حلف له ان أنكره» .

و قد وافق صاحب الجواهر العلامة و صور الثمره فى المسأله حيث قال:

«و فيه منع عدم توجه اليمين للمشتري، مع إقراره المستخرج باليمين يكون من الحيلولة لا التلغ فيغرم له قيمه، و لذا جزموا فى المسأله السابقه و هى دعوى الاثنين شراء العين من شخص هى فى يده ان لو أقر لأحدهما كان اليمين عليه للآخر، بل و له اليمين على المقر له، فلا يبعد حينئذ انه يكون هنا أيضا له اليمين على السيد و العبد، كما انه قد يقال باليمين على السيد للعبد مع الإقرار للمشتري، لعموم قوله

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ «البينه إلخ». و فائدته ثبوت الحرية فى حقه على وجه لو انتقل اليه بعد ذلك بارث و غيره يحكم بحريته ان لم نقل بوجوب شرائه فعلا عليه كما عن بعضهم التصريح به، و الا كانت الثمره واضحه» .

هذا كله مع عدم البينه و مع وجود البينه يقضى لمن أقامها، و ان أقامها معا فان كانت إحداهما أرجح أو أقدم تاريخا قضى لها، و ان اتفقتا فى العدد و العداله و التاريخ قضى بالقرعه فمن خرج اسمه حكم له بيمينه، فان نكل حلف الآخر و قضى له.

«و لو امتنعا من اليمين قيل يكون نصفه حرا و نصفه رقا لمدعى الابتياح، و يرجع بنصف الثمن» لأدله التنصيف المذكوره سابقا (١) و قد تأمل صاحب الجواهر فى شمول تلك الأدله لمثل الفرض الذى أحد طرفيه الملك و الآخر الحرية، و حينئذ يكون الحكم لمن أخرجته القرعه، أى يقترع على الملكيه لمدعى الشراء و الحرية للعبد (١). و على الأول -و هو قول الشيخ و جماعه- يرجع المشتري بنصف الثمن الذى أقبضه المولى.

و هل للمولى خيار الفسخ

و هل يكون للمولى خيار الفسخ؟ قالوا: نعم لتبعض الصفقه، و قد قلنا سابقا بان التبعض الموجب للخيار غير صادق هنا، لانه كالتلف قبل القبض على أثر حكم الحاكم.

و على ما ذكروا من ثبوت الخيار قال المحقق: «و لو فسخ عتق كله، و هل يقوم على بائعه؟ الأقرب نعم، لشهاده البينه بمباشره عتقه» فهنا فرعان، أحدهما انه لو فسخ مدعى الشراء يرجع على المولى بكل الثمن، و حينئذ يعتق العبد كله لزوال المزاحم البينه القائم على ان المولى أعتقه و الثانى: انه لو لم يفسخ المشتري

ص: ٢١٧

فهل يقوّم العبد على البائع ان كان موسرا أولا؟ قال المحقق: الأقرب: نعم لشهاده بينه بمباشره عتقه» فيتم شرط السرايه. و قد وافقه على ذلك المسالك و الجواهر.

و فى المسالك عن الشهيد الاعتراض على ذلك «بأن الواقع فى نفس الأمر اما العتق أو الشراء أو ليس أحدهما، و أيما كان امتنع معه التقويم على المالك و السرايه، اما على تقدير العتق فلان يكون للمجموع و مع عتق المجموع لا بعض موجود حتى يقوم. و اما على تقدير الشراء فلأنه أيضا للجميع فلا سبب للتقويم، إذ السبب عتق البعض و هو منتف، و منهما يظهر انتفاؤه على تقدير انتفائهما». .

أقول: و فى الدروس اشكال آخر أيضا حيث قال: «و لانه عتق قهرى فلا يقوّم عليه» اى أن شرط التقويم و السرايه هو ان يكون عتقه للنصف بالاختيار بناء على أن الموجب القهرى كالإرث لا يوجب السرايه و هنا الاختيار منتف لان بينه العبد شهدت بعتق الكل، و حريه بعضه كانت بحكم الحاكم لا باختيار المولى فلا مورد للسرايه.

لكن يمكن الجواب عنه بتحقيق الاختيار هنا، لانه مع شهاده بينه العبد بعتق الكل فقد أعتق النصف، فان مبنى تبعض الصنف هو ان من باع الكل فقد باع البعض و الا لم يتحقق التبعض فى مورد، فظهر انه قد باع النصف بالاختيار لكن التبعض تحقق بحكم الحاكم بمقتضى البيئتين لأنه أمر انتزاعى منشأه هنا الحكم المذكور.

و أما اشكاله الآخر المبتنى على العلم الإجمالى فى المقام فقد أجابوا عنه بأن مخالفه العلم الإجمالى مخالفه احتماليه لا مانع منها، و لو غسل يده المتنجسه بماء مشكوك الطهاره فإنه يستصحب طهاره الماء و نجاسه اليد معا و لا مخالفه قطعيه للعلم الإجمالى، و فيما نحن فيه و ان علمنا بان العبد اما مملوك كله-للمولى أو للمشتري و اما حر كله و الحكم بالتنصيف يخالف العلم المذكور، لكن لا- يلزم من ذلك مخالفه قطعيه من المشتري و العبد. نعم الحاكم يعلم بأن حكمه مخالف للواقع، إلا أنا ملزمون بمتابعه حكمه رعايه لمصلحه رفع الخصومه و فصل النزاع.

هذا و لو حصل لنا العلم بعدم وجوب شراء النصف من المشتري-لانه اما كله ملك للمشتري و اما كله حر فيحصل العلم التفصيلي بعدم وجوب شراء المولى النصف من المشتري و لا- تقتضى ظواهر الأدله ذلك، بل يتوقف القول به على قيام دليل آخر. و هذا اشكال آخر.

و لو كان العبد فى يد المشتري فان قدمنا بينه الداخلى حكم له و ان قدمنا بينه الخارج حكم بالعتق لان العبد خارج قاله فى الجواهر تبعا للدروس لكن تقدم منا القول بان ذا اليد هو المولى و ان كان بيد المشتري.

لا يقال تقدم بينه العبد لان له يدا على نفسه ان قدمنا الداخلى و الا قدمت بينه الشراء لأننا نقول انما يصير له يد بالعتق و ثبوت الحريه، و قد نسب فى الجواهر القول المذكور الى بعض العامه.

(الاولى: لو شهد للمدعى بملكه الدابه منذ مده فكذبها سنه)

قال المحقق قدس سره: «لو شهد للمدعى بأن الدابه ملكه منذ مده فدلّت سنه على أقل من ذلك قطعاً أو أكثر سقطت البيه لتحقق كذبها» .

أقول: لو شهدت البيه لمدعى ملكه الدابه بأنها ملكه منذ خمس سنوات مثلاً فدلّت سنه على كون عمرها أقل من تلك المده دلالة قطعيه، أو شهدت بأنها نتجت عند المدعى منذ خمس سنوات فدلّت سنه دلالة قطعيه على ان عمرها أكثر من تلك المده سقطت البيه عن الحجيه لتحقق كذبها.

أما لو كانت الدلاله على الأقلية أو الأكثرية ظنيه لا قطعيه ففي الجواهر: لا ينبغي التأمل في عدم معارضه الظن للشهاده التعبدية. و لا أظنه قولاً لأحد.

لكن عن بعض نسخ الشرائع «قطعاً أو أكثرياً» و هي التي شرحها في المسالك فقال: «أما على تقدير كون الدلاله قطعيه فواضح لان الكذب حينئذ قطعي، و اما على تقدير الأكثرية فالدلاله ظنيه، و يشكل معارضتها للحاكم الظاهر من عداله الشاهد. و في التحرير اقتصر في الحكم بسقوط البيه على الدلاله القطعيه و هو أولى» و كيف كان فالصحيح ما ذكره في الجواهر، انما الكلام في بطلان البيه مطلقاً أو في خصوص ما كذبت؟ قال: الظاهر الثاني قلت: بل الأول، إذ لا عرفيه لبينه يسقط بعض مدلولها بتكذيب السن له و يبقى البعض الآخر.

(لو شهدت بالشراء و لم تشهد بالملكيه أو التسليم)

قال المحقق: «إذا ادعى دابه فى يد زيد و أقام بينه انه اشتراها من عمرو، فان شهدت بالملكيه مع ذلك للبائع أو للمشتري أو بالتسليم قضى للمدعى و ان شهدت بالشراء لا غير قيل: لا يحكم، لان ذلك قد يفعل فيما ليس بملك، فلا تدفع اليد المعلومه بالمظنون و هو قوى و قيل: يقضى له، لان الشراء دلالة على التصرف السابق الداله على الملكيه» .

أقول: لا كلام فى ترتب الأثر على ما إذا شهدت البينه بالملكيه مع الشراء للبائع بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو و قد كانت ملكه أو للمشتري بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو و هى الان ملك لزيد، أو بالتسليم من عمرو لزيد بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو و تسليم عمرو إياها لزيد.

انما الكلام فيما إذا تجردت الشهاده عن ذلك، بأن شهدت بالشراء لا غير، ففى المسأله قولان، و كلاهما للشيخ قدس سره، أو لهما و هو العدم قوله فى المبسوط و اختاره المحقق و الأ-كثر كما فى المسالك و الثانى و هو القبول قوله فى الخلاف و وافقه العلامة فى المختلف.

توضيح دليل الأول هو: ان هذه الشهاده لا تدل على الملكيه لا بالمطابقه و لا

بالالتزام، أما مع إضافة الملكية فالدلالة تامه بالالتزام، و مع اضافه التسليم توجد دلالة التزاميه على أمر هو أماره على الملك، لان التسليم أماره على اليد التى هى اماره على الملكية و توضيح دليل الثانى هو: ان الشراء يكشف عن التصرف السابق الدال على الملكية كما ان اليد السابقه أماره عليها، إذ كما ان الظاهر من اليد كونها أصاله لا نيابه و لا عدوانا فكذا التصرف بالبيع و الشراء و ان لم يكن المال فى يده.

قلت: فرق بين «اليد» و «التصرف» فإن الأول أماره على الملك شرعا و عقلا بخلاف الثانى، فقد يكون قوله «بعت» فى ملك غيره، و هذا القول و ان كان تصرفا لو صدر من المالك لكنه بمجرد لا يترتب عليه أى أثر لا وضعى و لا تكليفى فهو لغو.

فظهر مما ذكرنا ان البحث هو فى دلالة هذه الشهاده على الملكية و عدم دلالتها، و ليس البحث مبنيا على ما ذكره صاحب الجواهر، فلو قامت بينه على شراء زيد المال من عمرو فهى ليست بحجه فلا ربط للبحث بالترجيح و مسأله الداخل و الخارج فتلك مسأله أخرى و لا وجه لبناء هذه المسأله على تلك.

(حكم دعوى رقيه الصغير المجهول النسب)

قال المحقق قدس سره: «الصغير المجهول النسب إذا كان فى يد واحد و ادعى رقيته قضى بذلك ظاهرا. و كذا لو كان فى يد اثنين» .

أقول: وجه الحكم برقبه الصغير للمدعى هو: أن رقبه هذا الصغير أمر ممكن و المدعى لا معارض له فى دعواه، و هو ذو يد عليه، فيجب أن تسمع و يقضى له، -قال فى الجواهر- «بلا خلاف أجده فيه» .

انما الكلام فيما إذا كبر هذا الصغير و نفى الرقيه: فقد قيل: لا يسمع قوله لعدم جواز نقض حكم الحاكم. و قيل: يسمع و يحلف المدعى مع عدم البينه، و قيل: بل يسمع قوله فى حال الصغر أيضا-لو لا الإجماع- و ان هذا المورد يستثنى من قاعده حجيه قول المدعى الذى لا منازع له لنص خاص رواه الشيخ الكلينى قدس سره عن عده من أصحابنا عن سهل بن زياد و عن على بن إبراهيم عن أبيه جميعا عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن حمران بن أعين قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن جاريه لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل و امرأه، ادعى الرجل انها مملوكه له و ادعت المرأه أنها ابنتها فقال: قد قضى فى هذا على عليه السلام.

قلت: و ما قضى فى هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلهم أحرار الأمن أقر على

نفسه بالرق و هو مدرک. و من اقام بينه على من ادعى من عبد أو أمه فإنه يدفع اليه و يكون له رقا قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسأل الذى ادعى انها مملوكه له بينه على ما ادعى فإن أحضر شهودا يشهدون انها مملوكه لا يعلمونه باغ و لا وهب دفعت الجارية إليه حتى تقيم المرأه من يشهد لها ان الجارية ابنتها حره مثلها، فلتدفع إليها و تخرج من يد الرجل.

قلت: فان لم ينقسم الرجل شهودا انها مملوكه له؟ قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأه البينه على أنها ابنتها دفعت إليها، فان لم يقيم الرجل البينه على ما ادعى و لم تقيم المرأه البينه على ما ادعت خلى سبيل الجارية تذهب حيث شاء» (1).

أقول: لا ريب فى ان اليد أماره الملكيه و أن الناس يعاملون صاحب اليد معاملة المالك لما فى يده، كما لا ريب فى قبول قول ذى اليد مع عدم المعارض و المنازع.

أما فى مورد دعوى الرقبه فإن الأصل هو حريه الإنسان و عدم سلطنه أحد على أحد.

و اليد انما تكون اماره على الملكيه لما فى اليد فيما إذا كان الشىء الذى فى اليد قابلا للملكيه، و من هنا يشكل الحكم بكون المانع الموجود فى الإناء -المردد بين كونه مما يقبل الملكيه و مما لا يقبلها كالخل و الخمر- خلا استنادا الى اليد.

و فى حجه قول ذى اليد بالنسبه إلى الأعم من الملكيه و غيرها من الخصوصيات بحث و ان كان قول الأكثر ذلك، لكن حجه قوله من آثار حجه اليد، و مع الشك فى قابليه الشىء للملكيه يشكل ترتيب الأثر على قول ذى اليد، و لذا وقع الكلام فى ملكيه الكبير الساكت و المجنون، فقال بعضهم بعدم حجه قول ذى اليد.

ص: ٢٢٤

و بما ذكرنا ظهر عدم تماميه تقديم اليد على أصله الحريره من جهه تقديم الاماره على الأصل، فإن اليد اماره و حجه على الملكيه فيما يقبلها.

فبقى الإجماع. لكن يحتمل كون مدركه قاعده اليد، فلا يمكن الاعتماد عليه.

فظهر ان الصحيح هو سماع دعوى الصغير فى حال صغره، لكن الاستدلال عليه بالخبر المزبور ضعيف من جهه أخرى، فقد اشتملت على أنه إذا «لم تقم المرأة بينه على ما ادعت خلى سبيل الجاربه تذهب حيث شاءت» و الحال أنه حيث أقرب المرأه بكون الجاربه ابنتها فقد وجب عليها نفقه الجاربه و ان لم يثبت النسب من جهه عدم البينه، و لعل هذا وجه إعراض الأصحاب عن هذا الخبر.

و اما إذا كبر الصغير فأنكر فالحق سماع دعواه فإن أقام بينه على انه ابن فلان أو لقيط فهو و الا حلف المدعى، و انما تسمع دعواه لان كل دعوى يمكن ان تكون صحيحه تسمع.

لا- يقال بأنه يستلزم النقض، لأننا نقول بأن النقض يتحقق بأن يطالب الرجل باليمين بعد الكبر على دعواه السابقه التى حكم فيها الحاكم، و أما إقامه دعوى جديده فلا مانع منها و لا تكون نقضا.

هذا كله فى الصغير.

حكم ما لو كان كبيرا.

قال المحقق: «اما لو كان كبيرا، و أنكر فالقول قوله، لأن الأصل الحريره» .

أقول: انه إذا ادعى الرجل رقبه كبير فإن أنكر كان على الرجل المدعى إقامه البينه، و حيث لا بينه فالقول قول الكبير، لأن الأصل الحريره.

و أما إذا اعترف بالرقبه و ادعى تحرير الرجل إياه فلا تسمع هذه الدعوى إلا بينه، و هو غير دعوى الحريره من أول الأمر، و على هذا يحمل الأخبار الداله على

جواز شراء المملوك من سوق المسلمين مع دعواه الحرية، فإنه مع عدم البيه لا تسمع و بينى على رقيته فيشتري.

و ان أقر ترتب الأثر على إقراره، و لا فرق بين الإقرار لواحد أو لاثنين فإنه يكون ملكا لكليهما على الإشاعة.

قال المحقق قده: «و لو ادعى اثنان رقيته فاعترف لهما قضى عليه، و ان اعترف لأحدهما كان مملوكا له دون الآخر» لعموم جواز إقرار العقلاء على أنفسهم، و ربما يستدل له باعتبار قول ذى اليد بناء على كونه ذائد على نفسه.

قال فى الجواهر بعد ان ذكر عدم وجدانه الخلاف فى هذا الحكم «و حكى عن الشيخ فى مسأله دعوى العبد العتق و الآخر الشراء فى إنكار كون العبد ذائد على نفسه انه قال: لانه لو كان ذا يد لقبول إقراره بالملكيه لأحد المتنازعين فيه» و مقتضاه المفروغيه من عدم قبول إقراره، الا انه كما ترى لا دليل عليه بل ظاهر الأدله خلافه.

و فى كشف اللثام: «و إذا أقاما بينتين متعارضتين فصدق أحدهما خاصه لم تترجح به بينته، لانه لا يد له على نفسه، فإنه ان كان حرا فلا يبدله، و ان كان مملوكا فلا يد عليه الا لملكه. و فيه: انه مناف لقبول إقراره بالرقبه مع عدم البيه الذى اعترف به سابقا، بل ظاهره الإجماع عليه فتأمل» .

أقول: يمكن ان يكون الشيخ و كاشف اللثام منكرين لعنوان كونه ذا يد لا انهما مخالفان فى قبول هذا الإقرار، لأنهما قالا بما قالا فى فرعين غير هذا الفرع الذى نحن فيه، فالشيخ لا- يوافق فى تلك المسأله على تأثير ذاك الإقرار لكونه بعنوان ذى اليد، و كاشف اللثام ينكر هناك ان يكون قول العبد مرجحا لإحدى البينتين لانه ليس ذا يد، و الإقرار المجرد ليس من المرجحات، فالظاهر عدم ورود اشكال الجواهر، و انهما غير مخالفين فى المقام.

(حكم ما لو ادعى اثنان كون الذبيحه له و فى يد كل بعضهما)

قال المحقق قدس سره: «لو ادعى كل منهما ان الذبيحه له و فى يد كل واحد بعضهما و أقام كل منهما بينه قيل: قضى لكل منهما بما فى يد الآخر و هو الأليق بمذهبنا» .

أقول: ان كانت الذبيحه واحده و قد وضع كل منهما يده على طرف منها و أقام بينه على انها جميعا له فالحكم هو التنصيف. و ان كان ما فى يد كل منهما منفصلا عما فى يد الآخر فعلى القول بتقدم بينه الخارج- و هو الأليق بمذهبنا- يقضى لكل منهما بما فى يد الآخر سواء كانا متساويين أو مختلفين فى المقدار.

و لو لم يكن لهما يد فالحكم هو التنصيف.

قال المحقق: «و كذا لو كان فى يد كل واحد شاه و ادعى كل منهما الجميع و أقاما بينه قضى لكل منهما بما فى يد الآخر» .

أقول: و ذلك لعدم الفرق بين هذا الفرع و الفرع السابق عليه.

قال فى الجواهر: «و مما يتفرع على ذلك انه لو كان المتخاصمان فى بعض الذبيحه المنفصلين كافرا و مسلما حكم بكون ما يقضى به للكافر ميتة و للمسلم مذكى و ان كان كل واحد من الجزئين انتزعه من الآخر، عملا بظاهر اليد المعتمده شرعا، و لا يقدح فى ذلك اليد السابقه، بل لعل الحكم كذلك فى الجزئين

المنفصلين، ضروره اتحاد الملاك فيهما كما تقدم الكلام في ذلك في قسم العبادات» .

أقول: كيف يكون اللحم الواحد الذي يملكه المسلم و الكافر على الإشاعه بعضه نجسا و هو الذى كان فى يد الكافر، و البعض الآخر طاهرا و هو الذى كان فى يد المسلم؟ ان هذه الذبيحه إما ميته نجسه كلها و اما طاهره كلها، فما ذكره رحمه الله مشكل لا سيما فى المشاع.

نعم يمكن معامله الطاهر مع ما يجيء من خارج بلاد المسلمين من الجلود فيما إذا احتملنا إحراز البائع المسلم له بطهارته، اما فى مسألتنا هذه فإن الذى بيد المسلم مقطوع بكونه مأخوذا من الكافر و ان أصبح ملكا له الان بعد المرافعه بحكم الحاكم، و على ما ذكرنا فلو علمنا بكون اللحم الموجود الان بيد الكافر مذبوحا بيد المسلم حكمنا بطهارته.

فالحاصل: انه على أثر حكم الحاكم يكون ما فى يد المسلم مختصا له و هذا هو القدر المتيقن، و أما ترتب أثر الطهاره أيضا على هذا الحكم و اليد الحاصله بعده فمشكل جدا.

ص: ٢٢٨

(لو تسلّم شيئاً بالبينه فأقام المحكوم عليه البينه على الملكيه)

قال المحقق قده: «لو ادعى شاه فى يد عمرو و أقام بينه فتسلمها ثم أقام الذى كانت فى يده بينه أنها له قال الشيخ: ينقض الحكم و تعاد. و هو بناء على القضاء لصاحب اليد، و الاولى انه لا ينقض» .

أقول: تاره يقول عمرو: اشتريتها من زيد بعد حكم الحاكم فى المرافعه السابقه فهذه دعوى مسموعه، لأنه يدعى ملكا جديدا، فإن أقام بينه تقدمت على بينه زيد لان عمرا هو الخارج.

و اخرى يقول: انه فى الوقت الذى أقام زيد بينه لم تكن بينتى حاضره و هى الان حاضره، فبناء على سماع هذه الدعوى ان كان الميزان فى الخارج و الداخل حال اقامه عمرو البينه فزيد الداخل، و ان كان الميزان حال دعوى زيد فعمر و الداخل.

و قد يدعى كون الشاه له و يقيم البينه من غير تعرض للدعوى السابقه فإنه تسمع بينته بناء على سماع البينه بعد فصل الخصومه بالحكم، و تحمل على دعوى انتقال العين من زيد الى عمرو فتقدم بينه عمرو بناء على تقديم بينه الخارج.

و كيف كان فان لزم من سماع الدعوى نقض الحكم فلا تسمع، و فى أى صوره لم يلزم النقض فتسمع.

(لو ادعى دارا و ادعى آخر نصفها و أقاما البينه)

قال المحقق قدس سره: «لو ادعى دارا فى يد زيد و ادعى عمرو نصفها و أقاما البينه قضى لمدعى الكل بالنصف لعدم المزاحم و تعارضت البينتان فى النصف الآخر، فيقرع بينهما و يقضى لمن يخرج اسمه مع يمينه، و لو امتنعا من اليمين قضى بينهما بالسويه فيكون لمدعى الكل ثلاثه أرباع و لمدعى النصف الربع» .

أقول: لو كانت دار فى يد شخص فادعى زيد كل الدار و ادعى عمرو نصفها و لم يصدق من بيده الدار أحدهما، فمع وجود البينه بالتساوى عددا و عداله لكليهما يقضى لزيد بالنصف المشاع من الدار، لان المفروض ان عمرا لا يدعى إلا نصف الدار، فزيد فى نصفها مدع بلا معارض فيكون له كما هو الحال فى كل دعوى بلا معارض، لكن البينتين تتعارضان فى النصف الآخر و الحكم فى تعارض البينتين هو القرعه، فمن خرج اسمه قضى له مع يمينه فان امتنع حلف الآخر و أخذ، و لو امتنعا معا من اليمين قضى فى النصف المتنازع فيه بالسويه، فيكون نصفه لزيد و نصفه لعمرو، فيكون لزيد الذى ادعى كل الدار ثلاثه أرباعها و لعمرو الذى ادعى نصفها ربعها.

و كذلك الحكم لو كانت الدار فى يد ثالث و لم يكن لأحدهما بينه فإنه يقسم النصف المتنازع فيه بينهما على السويه.

حكم ما لو ادعى ذلك و يدهما عليها مع البينه:

قال المحقق: «و لو كانت يدهما على الدار و ادعى أحدهما الكل و الآخر النصف و أقام كل منهما بينه كانت لمدعى الكل و لم يكن لمدعى النصف شيء، لأن بينه ذى اليد بما فى يده غير مقبوله» أقول: و هذا هو الفرع الثالث فى المسأله، و ذلك أن يدعى أحدهما كل الدار و الآخر النصف و هما واجدان للبينه و هى فى يدهما لا فى يد ثالث، فالمشهور على ان الدار كلها لمدعى الكل و انه ليس لمدعى النصف شيء منها، و ذلك لاین المفروض خروج نصف الدار عن النزاع، فيكون النصف الذى بيد مدعى الكل ملكا له لانه مدع بلا معارض بالنسبه اليه، و حيث انه يدعى النصف الآخر بيد خصمه فهو بالنسبه إلى ذاك النصف خارج و الخصم داخل، و مذهب المشهور تقديم بينه الخارج و سقوط بينه الداخل، فيكون النصف الثانى له كالأول، فالدار كلها له و لم يكن لمدعى النصف شيء.

نعم لو لم يكن لمدعى الكل بينه كان القول قول مدعى النصف مع يمينه، فإذا حلف أبقي النصف فى يده، فتكون الدار بينهما نصفين.

هذا هو المشهور.

و عن ابن الجنيد: انه يقتسمان الدار مع البينه و عدمها على طريق «العول» (١) فيجعل فى مفروض المسأله لمدعى الكل الثلثان و لمدعى النصف الثلث، و قد فرض رحمه الله المسأله فى ما لو كانت العين فى أيدي المتداعيين، لكن التأمل فى كلامه

المنقول في المختلف يفيد انه لا يفرق بين الصور فراجعه.

و في المسالك لأن المنازعه وقعت في اجزاء غير معينه و لا- مشار إليها بل كل واحد من اجزائها لا يخلو من دعوى كل منهما باعتبار الإشاعه، فلا يتم ما ذكره من خلوص النصف لمدعى الكل بغير منازع، بل كل جزء يدعى مدعى النصف نصفه و مدعى الكل كله، و نسبه و نسبه احدى الدعويين إلى الأخرى بالثلث، فتقسم العين أثلاثا، واحد لمدعى النصف و اثنان لمدعى الكل، فيكون كضرب الديان في مال المفلس و الميت.

و في المختلف وافق ابن الجنيدي على ذلك مع زياده المدعيين على اثنين.

و قال في الجواهر: «يمكن ان يكون مبنى كلام ابن الجنيدي على دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الإقراع و عدم اليمين منهما في العول، ضروره ان بينه كل منهما تقتضى الكل و هما متعذران فيحصل النقصان عليهما، و من هنا اتجه التعديه إلى التثليث لو كانوا ثلاثة و التربع لو كانوا أربعة و هكذا، و ليس الا لما ذكرنا.

و منه مفروض المسأله التي لا- يمكن الجمع فيها بين بينه النصف مثلا- و بين بينه الكل، فنقول في النصف كما عالت في الأول، فيوزع عليهما أثلاثا، لان نسبه الكل الى النصف كذلك، فالعول عنده نحو العول في الفرائض لو لا نصوص أهل العصمه (ع)، لقضاء كل بينه مثلا- بمقتضاها نحو قوله للزوج النصف و للأختين من الأب الثلثان و من الام الثلث، لا- مثل العول في تراحم الديون على التركة الذي مرجعه عند التأمل أيضا الى ذلك» .

أقول: ان الخلاف بين المشهور و ابن الجنيدي يرجع الى ان المشهور يقولون بتقسيم مدلول البيتين و مورد النزاع بينهما، و ابن الجنيدي يقول بتقسيم مورد دعوى المدعيين و هو الكل من أحدهما و النصف من الأخر و المفروض هو الإشاعه، فيكون الحاصل عدم استثناء النصف بناء على الثاني و استثناءه بناء على الأول، فالدليل الأول لما ذهب اليه ابن الجنيدي هو الإشاعه في الاجزاء، و الثاني ما ذكره

صاحب الجواهر من دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الإقراع و عدم اليمين منهما فى العول.

قلت: أما الأول ففيه: ان تصرف أحد المالكين فى الملك المشاع يكون على نحوين، أحدهما غير جائز و هو التصرف الخارجى لتوقفه فى كل جزء على اذن الشريك، و الآخر جائز بلا اذن منه مثل أن يبيع نصفه المشاع، و ما نحن فيه- و هو إثبات الملكيه بالبينه- كالبيع المذكور فإنه ليس تصرفا فى مال الشريك.

و بعبارة أخرى: العوارض الخارجيه التى تعرض العين المملوكة على الإشاعه يتوقف إيرادها على اذن الشريك، و أما العوارض التى تعرض الملكيه كالبيع فلا، و ما نحن فيه من قبيل الثانى لا الأول، فىكون النصف المشاع الذى لا معارض لمدعى الكل بالنسبه إليه ملكا له، و يقع التعارض بين البيئتين فى النصف الآخر فهو مورد النزاع، و طريق رفع هذا النزاع فى صورته تساوى البيئتين تقسيمه بينهما بالتنصيف، كما إذا كان مورد النزاع عينا منحازة يدها كل واحد من المدعين.

و أما الثانى ففيه- كما فى الجواهر- ان محل النصوص حيث لا يسلم جزء من العين لا نزاع فيه، اما فى المفروض فلا دلالة فيها عليه، بل لعل ظاهر مرسل ابن المغيرة (1) عن الصادق عليه السلام: «فى رجلين كان بينهما درهمان، فقال أحدهما الدرهمان لى و قال الآخر: هما بينى و بينك، فقال أبو عبد الله عليه السلام: اما الذى قال: هما بينى و بينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شىء و انه لصاحبه، و اما الآخر فبينهما» خلاف ذلك «و كذا مرسل ابن أبى حمزه (1) عنه أيضا» .

ص: ٢٣٣

هذا وقد فصل المحقق العراقي في المقام فقال: «لو ادعى دارا في يد زيد بأجمعها و ادعى عمرو نصفها فتارة تكون دعوى التمام بسبب غير قابل للتفكيك بين النصفين و اخرى على نحو قابل للتفكيك بينهما من حيث الصدق و الكذب، فعلى الأول: تكون دعوى النصف مزاحمه لدعوى التمام دون الآخر، و لازمه حينئذ تزاحم بينهما، و فى مثله لا مجال لتوهم الأخذ بالبينه بالنسبه إلى النصف بلا معارض بل و لا مجال للأخذ بدعواه بملاك الدعوى بلا معارض، لما عرفت من أن دعوى الملكيه على النحو المزبور معارض بدعوى النصف من غيره.» أى: ان قال أحدهما بأن هذه الدابه نتجت عندى، أى كلها لى، و قال الآخر: هى بيننا-أى على النصف-من جهة الإبرث، فإذا أقاما البينه على دعواهما كانت البيئتان متعارضتين و ليس فى البين قدر متفق عليه بين الطرفين، و حينئذ يحكم بينهما على طريق العول. نعم إذا قال هذا هى كلها لى، فقال الآخر: قد بعنتى نصفها، فهنا لا نزاع بينهما فى أحد النصفين.

هذا توضيح ما ذكره، لكن نقول: ان كانت حجيه البينه فى باب القضاء من باب الطريقيه إلى الواقع، فإن البينه القائمه على ملكيه النصف بالإبرث تسقط عن الطريقيه و الكاشفيه مع وجود المعارض، و هو البينه القائمه على ملكيه الكل بالتناج، لكن البينه هنا جعلت حجه لأجل فصل الخصومه و رفع النزاع، فإذا أقامها أحدهما على ملكيه الكل و الآخر على ملكيه النصف فقد جعل الشارع الحكم بالتنصيف لفصل الخصومه مع ان الحاكم يعلم علما إجماليا بكذب احدى البيئتين.

و بما ذكرنا أجاب المحقق الآشتياني عن توجيه صاحب الجواهر لمذهب ابن الجنييد بأن الطرفين مالكان لجميع الاجزاء على الإشاعه فقال: بأن ما ذكره يتم بناء على الطريقيه، و اما بناء على السببيه فلا، فان دليل حجيه البينه فى باب القضاء يقتضى سببيه البينه فيحكم بحسبها حكما ظاهريا، و على هذا فالنصف الذى لا يدعيه أحدهما يخرج عن محل النزاع و تكون بينه الآخر سببا لملكيته له، و يبقى النصف

الأخر و يتعارض السببان فيه فيقسم بينهما بالتنصيف فيتم رأى المشهور.

و أجاب عن الدليل الأول بأن مجرد وقوع النزاع على سبيل الإشاعة الساربه فى جميع الاجزاء لا يقتضى عدم سلامه جزء لمدعى الكل، إذ كما يقال ان كل جزء يفرض من العين يريد مدعى النصف نصفه، كذلك يقال ان كل جزء يريد مدعى النصف من المجموع نصفه يبقى نصفه الآخر لمدعى الكل بلا منازع، و مدعى الكل و ان كان مقصوده رفع يد مدعى النصف من كل جزء لكن بالنسبه إلى نصفه، فهو انما يقيم البينه على المجموع من حيث اشتماله على المدعى و هو النصف، لا ان يكون المقصود هو إثبات الكل من البينه من حيث الكل كما قد يتوهم، فالتزاحم انما وقع حقيقه بالنسبه الى نصف الكل، فلا بد من الحكم بتقسيم البينتين بالنسبه إليه فتقسم العين أرباعا، ثلاثه أرباع لمدعى الكل و واحد لمدعى النصف.

حكم ما لو ادعى أحدهم نصف الدار و الآخر الثلث و الثالث السدس

و يدهم عليها:

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعى أحدهم النصف و الآخر الثلث و الثالث السدس و كانت يدهم عليها فيد كل واحد منهم على الثلث، لكن صاحب الثلث لا يدعى زياده على ما فى يده، و صاحب السدس يفضل فى يده ما لا يدعيه هو و لا مدعى الثلث، فيكون لمدعى النصف، فيكمل له النصف» .

أقول: الحكم فى هذا الفرع واضح، و لا فرق فى ذلك بين إقامتهم البينه و عدمها، و من هنا قال المحقق: «و كذا لو قامت لكل منهم بينه بدعواه» .

قال فى الجواهر: «و كأن المصنف تبه على حكمها لمكان خلاف بعض العامه فيها، حيث جعل مع إقامتهم البينه لمدعى النصف ثلثا و نصف سدس، بناء على أن السدس الزائد على ما فى يده لا يدعيه على مدعى السدس خاصه، بل انما يدعيه شائعا فى بقيه الدار و هى فى يد الآخرين جميعا، فنصفه على مدعى الثلث و عارضت فيه بينته و ترجحت باليد على تقدير إقامتهما البينه، و قدم قول ذى اليد

ص: ٢٣٥

على تقدير عدمها، و نصفه على مدعى السدس فيحكم به لمدعى النصف بينته، لان بينه مدعى السدس لا تعارضها، فيجعل لمدعى النصف ثلث و نصف سدس، و للآخرين مدعاهما، و يبقى بيد مدعى السدس نصف سدس لا يدعيه أحد» .

و فيه أولا: ان هذا القول مبنى على تقديم بينه الداخلى و هو خلاف التحقيق.

و ثانيا: ان الدعوى ليست على الآخرين، بل انه يدعى كون نصف الدار له، و حينئذ تكون يد ذى اليد كالعدم، فلا بيد حتى يقال بتقدم بينه ذى اليد.

و ثالثا: ان صاحب السدس يقر بعدم ملكيته للقدر الزائد الذى فى يده، فلما ذا لا يؤخذ منه ذلك لمدعى النصف الذى يدعيه مع وجود بينه.

حكم ما لو ادعى أحدهم الكل و الآخر النصف و الثالث الثلث:

قال المحقق قدس سره: «و لو ادعى أحدهم الكل و الآخر النصف و الثالث الثلث و لا بينه، قضى لكل واحد بالثلث، لان يده عليه، و على الثانى و الثالث اليمين لمدعى الكل، و عليه و على مدعى الثلث اليمين لمدعى النصف» .

أقول: فى هذا الفرع خمس صور، ذكر المحقق قدس سره منها صورتين و صاحب الجواهر قدس سره ثلاث صور:

فالصورة الاولى من الصورتين: أن لا- تكون لأحدهم بينه، و الحكم فيها ما ذكره المحقق قدس سره من أنه يكون لكل واحد منهم ما فى يده و هو الثلث، غير أن مدعى النصف و مدعى الثلث يحلفان لمدعى الكل، لان الخارج له-مع عدم بينه-حق اليمين على الداخلى، كما أن لمدعى النصف حق اليمين على مدعى الثلث فى مقابل نصف السدس و على مدعى الكل فى مقابل النصف الآخر.

و الصورة الثانية منهما: ان يكون لكل منهم بينه. قال المحقق: «و ان أقام كل منهم بينه، فان قضينا مع التعارض بينه الداخلى فالحكم كما لو لم تكن بينه، لان لكل واحد بينه و يدا على الثلث.

و ان قضينا بينه الخارج و هو الأصح كان لمدعى الكل مما فى يده ثلاثه من

اثنى عشر بغير منازع، و الأربعة التى فى يد مدعى النصف لقيام البينه لصاحب الكل بها و سقوط بينه صاحب النصف بالنظر إليها إذ لا تقبل بينه ذى اليد، و ثلاثه مما فى 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 بينهما و يحلف من يخرج اسمه و يقضى له، فان امتنعا قسم بينهما نصفين.

فيحصل لصاحب الكل عشره و نصف، و لصاحب النصف واحد و نصف و تسقط دعوى مدعى الثلث» .

أى: انه حيث يكون لكل منهم بينه مع اليد يحكم الحاكم لكل بما فى يده، لكن بينه كل واحد منهم بالنسبه الى ما يدعيه مما فى يد الأخر بينه الخارج، فمدعى النصف تتقدم بينته فى نصف السدس فى يد مدعى الكل فيأخذه، ثم ان مدعى الكل بدعى على مدعى النصف فيأخذ منه الأربعة، و يدعى على مدعى الثلث كل ما فى يده، لكن مدعى النصف يطالب بنصف السدس فيقع التعارض فيه بين مدعى الكل و مدعى النصف فيقترع، فمن خرج اسمه و حلف أخذ، فإن امتنع فالآخر، و حيث يمتنعان عن اليمين فالتنصيف. فيكون لمدعى الكل من الاثنى عشر ١٠-٥ و لمدعى النصف ١-٥. و لا شيء لمدعى الثلث لسقوط دعواه من جهه كون بينته داخله، و قد ذكرنا انها لا تؤثر مع وجود الخارج.

و أما الصور الثلاث التى ذكرها صاحب الجواهر:

فالأولى: أن يكون لمدعى الكل فقط بينته، و حينئذ فهو خارج بالنسبه الى ما فى يد الآخرين، فيحكم له ببينه و يكون الكل له.

و الثانیه: أن يكون لمدعى الثلث فقط بينته. و حينئذ يأخذ ما فى يده من غير يمين ان قلنا بكفايه البينه عنه. و فى كشف اللثام: «أخذه-أى الثلث-الذى بيده أو الذى بأيدى الباقيين» و الباقي يكون بين الآخرين، لمدعى الكل السدس من الباقي بغير يمين لعدم المنازع له فيه، و يحلف على السدس الأخر الذى يدعيه الان

مدعى النصف عليه، كما ان مدعى النصف يحلف على جميع ما يأخذه من السدسين لمدعى الكل الذى يدعيهما عليه.

و الثالثه أن يكون لمدعى النصف فقط بينه، فإنه يأخذ من كل من الآخرين نصف سدس فيتم له مع ما فى يده النصف الذى يدعيه. ثم ان النصف الباقي يقسم بين الآخرين بالتساوى، فيكون لكل منهما سدس و نصف أى لكل ٣ من ١٢ قاله فى الجواهر.

وفيه: انه بعد ما أخذ مدعى النصف نصفه يكون السدس من النصف الباقي خارجا عن النزاع فيكون لمدعى الكل، و يبقى النزاع فى السدسين الباقيين و هى الأربعة التى بيد مدعى الثلث فان كلا من مدعى الكل و مدعى الثلث يدعيه و حيث لا بينه يقسم بينهما بالتنصيف، فيتحصل من ذلك أنه يعطى لمدعى النصف ٦ و لمدعى الكل ٤ و لمدعى الثلث ٢، فما ذكره قدس سره لا يتم على مذهب المشهور و لا على مذهب ابن الجنيد.

و قال كاشف اللثام انه بناء على عدم سماع بينه الداخلى يأخذ مدعى النصف ان أقام البينه ثلاثه من مدعى الكل و ثلاثه من مدعى الثلث و يرفع اليد عن الثلث -أى الأربعة- الذى فى يده لهما.

و كذا قال فيما لو أقام مدعى الثلث البينه و أسقطنا بينه الداخلى.

لكن القدر المتيقن من تقدم الخارج على الداخلى أن يكون الشئ المتنازع فيه مفروزا غير مشاع، و أما فيما نحن فيه تكون الدعوى على الحق المشاع فى مورد الدار، قال فى الجواهر: و قد يناقش فيه بأنه لا يتم ذلك فى المشاع، بل مناف لما تسمعه من اقامه كل منهم البينه المنزله على ما فى يده الا ما زاد عليه، على أن البينه لا تزيد على إثبات المشاع الذى كانت تقتضيه اليد، و كأن الذى أحوجه الى ذلك ذكرهم البينه هنا.

و ظاهرهم عدم الاحتياج معها الى يمين مع معرفيه تقديم بينه الخارج عندهم،

كمعروفه عدم الاكتفاء بها عن اليمين فى الداخلى، و مع هذه المقدمات يقتضى تنزيل مفاد البيئه على الخارج بالتقرير الذى ذكره.

الا- أن ذلك كله كما ترى، بل كلام الأصحاب فيما لو أقام كل منهم البيئه كالصريح فى خلافه، فلا محيص عن حمل كلامهم هنا على تقدير تقديم بينه الداخلى أو على الاكتفاء بها عن اليمين، أو التزام اليمين على ما فى اليد فتأمل.

أقول: لعل وجهه ان وجود الفرق بين الاجزاء المشاعه و الاجزاء المنحاز بعضها عن بعض واضح، لأنه فى المشاع لما يضع الثلاثه أيديهم يكون بيد كل ثلث عرفا، الا انه لا يملك كل واحد ما كان تحت يده بل تعتبر السلطنه لكل على الثلث المشاع، و يعرض كل ثلث ما يعرض المشاع كجواز بيع السهم المشاع فى كل الاجزاء. فمن قال بحجيه بينه ذى اليد فدليله العمومات و هى هنا تتقدم بتأييدها باليد و من قال بتقدم بينه الخارج فدليله التفصيل فى الحديث لكونه قاطعا للشركه.

لكن الملايك الموجود فى الجزء المنحاز موجود فى هذا المقام، فيكون جواب الجواهر عن كلام كاشف اللثام فيه تأمل، أى يمكن ان يقول العلماء فى الثلث المشاع كقولهم فى المنحاز لوحده الملايك.

و لو كانت يدهم جميعا خارجه و اعترف ذو اليد بأنه لا يملكها و لا بينه فللمستوعب النصف، لعدم المنازع له فيه من كل من مدعى النصف و الثلث، و يقرع فى النصف الآخر، فإن خرجت لمدعى الكل أو للثانى حلف و أخذ، و ان خرجت للثالث حلف و أخذ الثلث، ثم يقرع بين الآخرين فى السدس، فمن خرج حلف و أخذ.

و لو أقام أحدهم خاصه بينه، فان كانت لمدعى الكل أخذ الجميع، و ان أقامها مدعى النصف أخذه، و يبقى لمدعى الكل السدس بغير منازع، و الثلث يتنازع فيه مع مدعيه، و الحكم فيه كما لو لم تكن بينه، و لو أقامها مدعى الثلث أخذه و لمدعى الكل السدس أيضا بغير منازع، و النصف يقرع فيه بين مدعيه و مدعى الكل.

و ان أقام كل منهم بينه و تساوت فالنصف لمدعى الكل لعدم المنازع له فيه، و السدس الزائد على الثلث يتنازعه مدعى الكل و مدعى النصف، و قد تعارضت فيه بينتاهما، و الثلث يدعيه الثلاثة و قد تعارضت فيه البيئات الثلاث، فيقرع بين المتنازعين فيما تنازعا فيه، فمن خرج اسمه حلف و أخذ، و ان نكلوا اقتسموا المتنازع فيه، فيقسم مدعى الكل و مدعى النصف السدس بينهما نصفين، لأنهما يتنازعا فيه، دون مدعى الثلث، و أما الثلث فيقتسمونه أثلاثا بينهم، فيكون لمدعى الكل النصف بلا منازع و نصف السدس و ثلث الثلث و لمدعى النصف ثلث الثلث و نصف السدس، و لمدعى الثلث ثلث الثلث خاصة و هو التسع.

و تصح في ستة و ثلاثين، للمستوعب خمسه و عشرون: ثمانية عشر بلا نزاع، و ثلاثة نصف السدس الزائد، و أربعة ثلث الثلث.

و لمدعى النصف سبعة: ثلاثة نصف السدس، و أربعة ثلث الثلث.

و لمدعى الثلث أربعة، ثلث الثلث.

و أما على العول الذى ذهب اليه ابن الجنييد فتصح في أحد عشر: لمدعى الكل ستة، و لمدعى النصف ثلاثة، و لمدعى الثلث ثلثان، لان فريضتهم من ستة، و يعال عليها نصفها و ثلثها.

حكم ما لو كانت في يد أربعة.

قال المحقق قدس سره: «و لو كانت في يد أربعة، فادعى أحدهم الكل و الآخر الثلثين و الثالث النصف و الرابع الثلث ففي يد كل واحد ربعها. فان لم تكن بينه قضينا لكل واحد بما في يده، و أحلفنا كلا منهم لصاحبه» .

أقول: اى انه فى صورته عدم البينه لما كان لكل واحد منهم يد على ربع العين فان اليد مع اليمين حجه، فحجه كل واحد منهم حينئذ معارضة بحججه الآخر فلا شىء لأحدهم بلا منازع.

قال: «و لو كانت يدهم خارجه و لكل بينه خالص لصاحب الكل الثلث، إذ لا مزاحم له» .

أقول: قال في الجواهر: مع تداخل الدعاوى بعضها في بعض و اراده القضاء فيها أجمع، لا ان له ذلك على كل حال، حتى لو أراد رفع اليد عن الدعوى أو كانت الدعاوى مترتبة و كان القضاء بين كل واحده مع الأخرى مستقلا، الا مع إقرار المدعى بالثلث مثلا ان له ذلك في النصف المدعى به مثلا.

قال: «و يبقى التعارض بين بينه مدعى الكل و مدعى الثلثين في السدس فيقرع بينهما فيه» .

أقول: قد عرفت مرارا ان القرعه تكون مع تساوى البيتين عددا و عداله، و حينئذ فمن خرج اسمه حلف و أخذ و الا حلف الآخر، فإن امتنعا قسم بينهما نصفين.

قال: «ثم يقع التعارض بين بينه مدعى الكل و مدعى الثلثين و مدعى النصف في السدس أيضا، فيقرع بينهم فيه» .

أى: على ما تقدم من اشتراط التساوى.

قال: «ثم يقع التعارض بين الأربعة في الثلث فيقرع بينهم، و يختص به من تقع القرعه له، و لا يقتضى لمن يخرج اسمه الا- مع اليمين» .

فان قيل: إذا كان المرجع هو القرعه، فإن من الممكن ان تخرج القرعه لمدعى الكل في كل مره.

فأجاب المحقق قده بقوله: «و لا يستعظم أن يحصل بالقرعه الكل لمدعى الكل، فان ما حكم الله تعالى به غير مخطئ» .

قال: «و لو نكل الجميع عن الايمان قسمنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين في كل مرتبه بالسويه» .

هذا هو الحكم في كيفية القسمة.

قال: «فتصح القسمة من ستة و ثلاثين سهما

«لمدعى الكل عشرون» اثنا عشر بلا نزاع، و ثلاثه نصف السدس الذى تنازع فيه مع مدعى الثلثين، و اثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه أيضا و مع مدعى النصف، و ثلاثه ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

«و لمدعى الثلثين ثمانيه» ثلاثه نصف السدس الذى تنازع فيه مع مدعى الكل، و اثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه أيضا و مع مدعى النصف، و ثلاثه ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

«و لمدعى النصف خمسه» اثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه مع مدعى الجميع و مدعى الثلثين، و ثلاثه ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

«و لمدعى الثلث ثلاثه» ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

هذا ان أقام كلهم بينه.

و أن أقام أحدهم فقط بينه حكم له.

هذا كله مع خروج المدعى به عن أيديهم.

قال المحقق: «و لو كان المدعى فى يد الأربعة، ففى يد كل واحد ربعها. فإذا أقام كل واحد منهم بينه بدعواه قال الشيخ: يقضى لكل واحد بالربع، لان له بينه و يدا» .

أى: بناء من الشيخ على تقديم بينه الداخلى على الخارج.

«و الوجه القضاء بينه الخارج على ما قرناه» فيما سبق.

و على المختار: «يسقط اعتبار بينه كل واحد بالنظر الى ما فى يده، و يكون ثمرتها فيما يدّعيه مما فى يد غيره، فيجمع بين كل ثلاثه على ما فى يد الرابع و ينتزعه لهم، و يقضى فيه بالقرعه و اليمين، و مع الامتناع بالقسمه، فيجمع بين مدعى الكل و النصف و الثلث على ما فى يد مدعى الثلثين، و ذلك ربع اثنين و سبعين»

لأننا نريد عددا لربعه ثلث و تسع و لتسع ربعه نصف، و الاثنان و السبعون كذلك «و هو» أى الربع ثمانيه عشر.

فمدعى الكل يدعيها أجمع، و مدعى النصف يدعى منها ستة، و مدعى الثلث يدعى اثنين.

و على هذا: «فتكون عشره منها لمدعى الكل لقيام البيئه بالجميع الذى تدخل فيه العشره، و يبقى ما يدعيه صاحب النصف و هو ستة يقرع بينه و بين مدعى الكل فيها و يحلف» أى من خرج اسمه و يأخذ، و ان امتنع حلف الآخر و أخذ «و مع الامتناع يقسم بينهما» نصفين كما عرفت.

«و ما يدعيه صاحب الثلث و هو اثنان يقرع عليه بين مدعى الكل و بينه، فمن خرج اسمه أحلف و أعطى، و لو امتنعا قسم بينهما» نصفين كما عرفت.

«ثم يجمع دعوى الثلاثه على ما فى يد مدعى النصف، فصاحب الثلثين يدعى عليه عشره» و ذلك لأنه يدعى الثلثين و هو ثمانيه و أربعون-من الاثنين و السبعين-و بيده ثمانيه عشر، فالباقي له ثلاثون، على كل من الثلاثه الآخرين عشره.

«و مدعى الثلث يدعى اثنين. و يبقى فى يده» أى فى يد مدعى النصف و هو الثمانيه عشر «سته لا يدعيها الا مدعى الجميع، فتكون» أى الستة «له» أى لمدعى الكل لقيام البيئه على الجميع الذى تدخل فيه «و يقارع الأخيرين» أى فى العشره و الاثنين «ثم يحلف» من يخرج اسمه و يأخذ و الا فالآخر «و ان امتنعوا أخذ نصف ما ادعياه» من كل واحد منهما، فيأخذ من العشره خمسه و من الاثنين واحدا.

«ثم يجتمع الثلاثه على ما فى يد مدعى الثلث و هو ثمانيه عشر، فمدعى الثلثين يدعى منه عشره، و مدعى النصف يدعى ستة، و يبقى اثنان لمدعى الكل.

و يقارع على ما أفرد للآخرين، فان امتنعوا عن الايمان قسم ذلك بين مدعى الكل و بين كل واحد منهما بما ادعاه» .

«ثم تجتمع الثلاثه على ما فى يد مدعى الكل» و هو ثمانيه عشر «فمدعى

الثلثين يدعى عشره و مدعى النصف يدعى ستة و مدعى الثلث يدعى اثنين، فتخلص يده عما كان فيها» لان ذلك تمام ثمانيه عشر.

«فيكمل لمدعى الكل ستة و ثلاثون من أصل اثنين و سبعين» و ذلك أربعة عشر مما فى يد مدعى الثلثين و اثنا عشر مما فى يد مدعى النصف و عشره مما فى يد مدعى الثلث.

«و لمدعى الثلثين عشرون» و ذلك خمسه مما فى يد مدعى النصف و خمسه أخرى مما فى يد مدعى الثلث، و عشره مما فى يد مدعى الكل.

«و لمدعى النصف اثنا عشر» و ذلك ثلاثه مما فى يد مدعى الثلثين و ثلاثه أخرى مما فى يد مدعى الثلث، و ستة مما فى يد مدعى الكل.

«و لمدعى الثلث أربعة» . و ذلك اثنان مما فى يد مدعى الكل، و اثنان مما فى أيدي الباقيين.

«هذا ان امتنع صاحب القرعه عن اليمين و منازعه» و الا كان الحاصل غير ذلك.

هذا ان أقام كل منهم بينه.

و لو أقام أحدهم خاصه بينه حكم له كما هو ظاهر.

اشاره

(حكم تداعى الزوجين متاع البيت)

قال المحقق قدس سره: «إذا تداعى الزوجان متاع البيت قضى لمن قامت له البيئه. و ان لم تكن بينه فيد كل واحد منهما على نصفه. قال فى المبسوط:

يحلّف كل منهما لصاحبه. و قال فى الخلاف: ما يصلح للرجال للرجال و ما يصلح للنساء للمرأة و ما يصلح لهما يقسم بينهما و فى روايه انه للمرأة. و ما ذكره فى الخلاف أشهر فى الروايات و أظهر فى الأصحاب» .

أقول: إذا تداعى الزوجان متاع البيت بأن ادعى كل منهما ملكيه المتاع الموجود فى بيتهما، فاما تكون بينه و اما لا تكون، فان كانت قضى بالمتاع لمن قامت له البيئه سواء كان الرجل أو المرأة بلا خلاف كما فى الجواهر عن الرياض.

و ان لم تكن بينه قيد كل واحد من الزوجين تكون على نصف المتاع الذى فى يدهما، لكن كلا منهما يدعى النصف الآخر فما هو الحكم؟ فى المسأله ثلاثه أقوال أو أربعة، و منشأ تعدد الأقوال و الخلاف بين الأصحاب هو اختلاف أخبار المسأله، و الأقوال ثلاثه منها للشيخ:

فالأول: انه يحلّف كل منهما للآخر، كغير المتاع من الأشياء حيث يتداعى فيه اثنان أو أكثر مع كون الشىء فى أيديهما «سواء كان مما يختص بالرجال

أو النساء أو يصلح لهما، و سواء كانت الدار لهما أو لأحدهما، و سواء كانت الزوجيه باقيه أو زائله، و يستوى فى ذلك تنازع الزوجين و الوارث» و هذا ما قاله الشيخ فى المبسوط و تبعه العلامة فى القواعد، و فخر المحققين فى الإيضاح كما فى الجواهر، و قد أشرنا إلى دليله.

و الثانى: ان ما يصلح للرجال للرجال و ما يصلح للنساء للمراه و ما يصلح لهما يقسم بينهما. و هذا ما قاله الشيخ فى الخلاف و تبعه العلامة فى التحرير، و الشهيد فى الدروس، بل فى المسالك نسبتبه إلى الأكثر، بل عن الخلاف و السرائر الإجماع عليه. و يدل عليه-مع الإجماع المذكور-عده اخبار عمدتها صحيح النخاس الآتى.

و الثالث: ان المتاع كله للمراه «لأنها تأتي بالمتاع من أهلها» و هذا ما أفتى به الشيخ فى الاستبصار كما فى الجواهر، و يدل عليه صحيح عبد الرحمن بن الحجاج الآتى.

فهذه ثلاثه أقوال، و قد اختار المحقق هنا و فى النافع القول الثانى منها، و نسبه فى نكت النهايه إلى المشهور، و عن العلامة فى المختلف الرجوع فى المسأله إلى العرف و العاده حيث قال: «و المعتمد أن نقول انه ان كان هناك قضاء عرفى يرجع اليه و يحكم به بعد اليمين، و الا كان الحكم فيه كما فى غيره من الدعاوى.

لنا: ان عاده الشرع فى باب الدعاوى بعد الاعتبار و النظر راجعه الى ما ذكرنا، و لهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الأصل، و بان المتشبه اولى من الخارج، لقضاء العاده بملكه ما فى يد الإنسان غالباً، و حكم بإيجاب البيئه على من يدعى خلاف الظاهر و الرجوع الى من يدعى الظاهر، و اما مع انتفاء العرف فلتصادم الدعويين مع عدم الترجيح لأحدهما فتساويا فيها.

و اعلم ان ما رواه الشيخ من الأحاديث يعطى ما فصلناه نحن أولا. و يدل عليه حكمه عليه السلام بأن العاده قاضيه بأن المرأه تأتي بالجهاز من بيتها فحكم لها به، و ان العاده قاضيه بأن ما يصلح للرجال خاصه فإنه يكون من مقتضياته دون مقتضيات المرأه، و كذا ما يصلح للمرأه خاصه يكون من مقتضياتها دون مقتضيات الرجل، و المشترك يكون للمرأه قضاء لحق العاده الشائعه. و لو فرض خلاف هذه العاده فى وقت من الأوقات أو صقع من الأصقاع لم يحكم لها» .

و هذا الذى ذكره العلامة جعله فى المسالك قولاً رابعاً فى المسأله، لكن صاحب الجواهر أرجعه إلى القول الثانى، فقال بعد ان أورد عبارته المختلف: «ان مبناه أولاً و آخرها الرجحان الناشئ من العاده و لو لكون الشئ لا يصلح إلا لأحدهما فإن العاده قاضيه بذلك، فمرجع كلام المشهور حينئذ الى ذلك، خصوصاً بعد تصريح ابن إدريس الذى قد عرفت دعواه الإجماع على ذلك فيما حكى عنه بذلك» و فى الجواهر عن التنقيح انه بعد ان اختار القول الأول قال: «لتكافؤ الدعويين من غير ترجيح، و لان الحكم بما يصلح له لو كان حقاً لزم الحكم بمال شخص معين لغيره لكونه صالحاً لذلك الغير و هو باطل. بيان اللزوم: انه جاز ان يموت للمرأه أب أو أخ فترث منه عمامه و طياله و دروعا و سلاحا، و تموت للرجل أم أو أخت فيرث منها حلياً و مقانع و قمصاً مطرزه بالذهب، و يكون ذلك تحت أيديهما، فلو حكم لكل بما يصلح له لزم الحكم بمال الإنسان لغيره.

لا- يقال: قال النبى صلى الله عليه و آله: نحن نحكم بالظاهر و الله أعلم بالسرائر. و ما ذكرنا هو الظاهر. لأننا نقول: نمنع ان ذلك هو الظاهر، لان الظاهر راجح غير مانع من النقيض، و مع ما ذكرنا من الاحتمال لا رجحان.

و اما ما ذكره العلامة من العرف فممنوع، لانه لو كان قاعده شرعيه لزم الحكم بذلك فى غير الزوجين لو حصل التداعى بين رجل و امرأه فى متاع هذا شأنه، و هو باطل» .

أقول: اما منعه كون الظاهر ذلك فممنوع، و كذا منعه ما ذكره العلامة،

و الالتزام بما ذكره من اللازم غير بعيد.

و اما إشكال الجواهر على قول العلامة بأن «كلامه عند التأمل في غايه البعد، إذ حاصله استفاده الحكم الشرعى من الحكم العادى، و هو واضح الفساد، ضروره عدم مدخله للعاده فى الأحكام الشرعيه. و بالجملة: كلامه لا يرجع الى حاصل ينطبق على القواعد الشرعيه الموافقه لأصول الإماميه و ان مال إليه جماعه ممن تأخر عنه» .

ففيه: انه ان كان مراد العلامة كون السيره العقلائيه على ذلك و انها حجه مع عدم الردع، فيجوز الرجوع إليها و التعويل عليها فالإشكال غير وارد، بل قوله عليه السلام «قد علم من بين لابتئها» يقتضى الإمضاء، فما المانع من أن يكون المتعارف هنا حجه؟ و أما اخبار المسأله فقد عرفت أن عمدتها صحيح النخاس الدال على القول الثانى، و هو عن الصادق عليه السلام انه قال «إذا طلق الرجل امرأته و فى بيتها متاع فلها ما يكون للنساء، و ما يكون للرجال و النساء يقسم بينهما. قال: و إذا طلق الرجل المرأه فادعت ان المتاع لها، و ادعى الرجل ان المتاع له كان له، ما للرجال و لها ما للنساء» (١).

و صحيح عبد الرحمن بن الحجاج الدال على القول الثالث، قال: «سألنى أبو عبد الله عليه السلام كيف قضى ابن أبى ليلى؟ قلت: قد قضى فى مسأله واحده بأربعة وجوه، فى التى يتوفى عنها زوجها فيجىء اهله و أهلها فى متاع البيت، فقضى فيه

بقول إبراهيم النخعي: ما كان من متاع الرجل فللرجل، و ما كان من متاع النساء فللمرأة و ما كان من متاع يكون للرجل و المرأة قسمه بينهما نصفين.

ثم ترك هذا القول فقال: المرأة بمنزله الضيف في منزل الرجل، لو أن رجلا- أضاف رجلا- فادعى متاع بيته كلف البيته، و كذلك المرأة تكلف البيته، و الا فالمتاع للرجل. و رجع الى قول آخر فقال: القضاء ان المتاع للمرأة الا أن يقيم الرجل البيته على ما أحدث في بيته، ثم ترك هذا القول و رجع الى قول إبراهيم الأول.

فقال أبو عبد الله عليه السلام: القضاء الأخير و ان كان رجوع عنه، المتاع متاع المرأة الا أن يقيم الرجل البيته، قد علم من بين لابتها-يعنى: بين جبلى منى- ان المرأة تزف الى بيت زوجها بمتاع- و نحن يومئذ بمنى-» (1).

و وجه الجمع بينهما: ان دعوى الرجل ملكيه ما يصلح للرجل تحتاج إلى إثبات، لان المتاع الذى تأتى المرأة به اما ملك لها و اما باق على ملك أبيها، فلو ادعى التمليك له بهبه أو نحوها كان عليه الإثبات.

و لا يمكن تقييد ملكيه المرأة أو أبيها بغير ما يصلح للرجل، لكن العكس صحيح بأن نقول: كل ما يصلح للرجال فللرجل، إلا إذا كانت المرأة قد جاءت به من بيت أهلها.

و أما قوله عليه السلام فى ذيل خبر النخاس: «و من استولى على شىء فهو له» فيمكن ان يكون المراد منه نفس المراد من صدره، أو يراد منه أمر آخر، و هو أنه لو كان بعض المتاع بيد أحدهما خاصة فهو له، فيكون حاصل الجمع: ان ما كان تحت يد أحدهما الخاصه دون اليد البيتيه فهو له، ثم يقضى فى الباقي بكون ما يصلح للرجال للرجل و ما يصلح للمرأة فلها، و المشتركات تقسم، و الأقرب ظهوره فى هذا المعنى.

و هذا الذى ذكرناه فى الجمع بين الخبرين هو مقتضى العرف و العاده.

ص: ٢٤٩

و هذا هو الحكم سواء كان النزاع بين الزوجين أو بين ورثه أحدهما مع الآخر.

حكم ما لو ادعى أبو الميته أنه أعارها بعض المتاع:

قال المحقق: «و لو ادعى أبو الميته أنه أعارها بعض ما فى يدها من متاع أو غيره، كلف البيئه كغيره من الأسباب» .

أى: لعمومات البيئه على المدعى و اليمين على المدعى عليه.

قال: «و فيه روايه بالفرق بين الأب و غيره ضعيفه» .

أقول: هى ضعيفه عند المحقق، و ذلك على احتمال فى الكافى و التهذيب، و هى فى الفقيه صحيحه جزما على ما قيل كما فى الجواهر.

و هى روايه جعفر بن عيسى قال: «كتبت الى ابى الحسن -يعنى: على بن محمد- المرأه تموت فيدعى أبوها انه كان أعارها بعض ما كان عندها من متاع و خدم، أتقبل دعواه بلا بينه أم لا تقبل دعواه بلا بينه؟ فكتب اليه عليه السلام: يجوز بلا بينه.

قال: و كتبت اليه ان ادعى زوج المرأه الميته أو أبو زوجها أو أم زوجها فى متاعها و خدمها مثل الذى ادعى أبوها من عاريه بعض المتاع و الخدم، أ يكون فى ذلك بمنزله الأب فى الدعوى؟ فكتب: لا» (١).

وقد أطنب ابن إدريس في ردها بوجوه، فقال ما نصه كما في الجواهر: «و لقد شاهدت جماعة من متفقيه أصحابنا المقلدين لشواذ الكتاب يطلقون بذلك، و أن أبا الميته لو ادعى كل المتاع و جميع المال كان قوله مقبولا بغير بينه، و هذا خطأ عظيم في هذا الأمر الجسيم، لأنهم ان كانوا عاملين بهذا الحديث فقد أخطأوا من وجوه:

أحدها: انه لا يجوز العمل بأخبار الآحاد عند محصلى أصحابنا على ما كررنا القول فيه و أطلقناه.

و الثاني: ان من يعمل بأخبار الآحاد لا يقول بذلك و لا يعمل به الا إذا سمعه من الراوى من لشارع.

و الثالث: ان الحديث ما فيه انه ادعى أبوها جميع متاعها و خدمها، و انما قال لبعض ما كان عندها، و لم يقل لجميع ما كان عندها.

ثم انه مخالف لأصول المذهب و لما عليه إجماع المسلمين ان المدعى لا يعطى بمجرد دعواه. ثم لم يورد هذا الحديث الا القليل من أصحابنا، و من أورده في كتابه لا- يورده إلا في باب النوادر، و شيخنا المفيد و سيدنا المرتضى لم يتعرضا له و لا أوردها في كتبهما، و كذلك غيرهما من محققى أصحابنا، و شيخنا أبو جعفر ما أورده في كتبه بل في كتابين منها فحسب، إيرادا لا اعتقادا، كما أورد أمثاله من غير اعتقاد لصحته.

ثم شيخنا أبو جعفر الطوسى رجع عنه و ضعفه في جواب المسائل الحائريات المشهوره عنه المعروفه. «قلت: لكن هذه الوجوه بعضها مبنى على مسلكه، و بعضها غير وارد، لانه خلاف الظاهر.

و كون الروايه مطابقه للقاعده الشرعيه غير بعيد، فإذا أعطى الأب شيئاً الى ابنته في تجهيزها و غيره، فادعت تملكه ذلك إياها، فأنكر الأب ذلك، كان القول قوله، لأن الأصل عدم انتقال الملك.

نعم لو انتقل ما كان بيدها الى ورثتها، و وقع النزاع بينهم و بين الأب، فقالوا: هذا لا منّا و هو لنا الان بالإرث، فقال الأب: هو لي و لم أملكها المال، كان الأب مدعياً و كان عليه إقامه البينه.

فعلى الوجه الأول تكون الروايه مطابقه للقاعده، و على الثاني مخالفه، و الظاهر هو الأول، لأنهم يقرون بإعطاء الأب المال لامهم.

اشاره

و فيه مسائل

ص: ٢٥٣

لو مات المسلم عن ابنين فتصادقا على إسلام

أحدهما قبل الموت و اختلفا فى الآخر

قال المحقق قدس سره: «لو مات المسلم عن ابنين، فتصادقا على تقدم إسلام أحدهما على موت الأب، و ادعى الآخر مثله فأنكر أخوه: فالقول قول المتفق على إسلامه مع يمينه أنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه». .

أقول: لو مات المسلم عن ابنين مثلا، فتصادق الابنان على إسلام أحدهما فى حال حياه الأب، و ادعى الآخر نفس الدعوى لكى يشترك معه فى الإرث فأنكر أخوه ذلك، فالقول قول المتفق على إسلامه قبل موت الأب مع يمينه على عدم العلم بالنسبه إلى إسلام أخيه قبل موت الأب. كذا ذكره من تعرض لهذه المسأله كما فى الجواهر.

و فى المسأله ثلاث صور: (١) الجهل بتاريخ موت الأب و إسلام الابن المختلف فيه معا. (٢) أن يكون تاريخ موت الأب معلوما و تاريخ إسلام الابن المختلف فيه مجهولا (٣) أن يكون تاريخ إسلام الابن المختلف فيه معلوما و تاريخ موت الأب مجهولا.

أما الصورة الأولى: فلا ريب في إرث المتفق عليه دون الآخر، لأن إسلامه مسبق بالكفر و تأريخه مجهول، فيستصحب عدمه حتى موت الأب، و يكون أثر هذا الاستصحاب شرعا عدم استحقاق الولد الذي لم يثبت إسلامه عند موت الأب، و المفروض أن لا وارث غيره الا المتفق عليه فيستقل بالتركة بحسب أدله الإرث.

و لا يعارضه استصحاب عدم الموت حتى زمان الإسلام، لأن هذا الاستصحاب ليس بحجه، لأنه مثبت.

و أما في الصورة الثانية فكذلك، فإنه يجرى الاستصحاب، و يترتب عليه الأثر الشرعي المذكور.

و أشكال في الجواهر في الحكم المذكور المبتنى على الاستصحاب من جهتين، إحداهما: ان ظاهر الكون في دار الإسلام هو إسلام الابن، و هذا الظاهر مقدم على الأصل و هو الاستصحاب. و الثانية: بأن الإرث تقتضيه القرابة حسب الأدله في كتاب الإرث، و الكفر مانع عن الاستحقاق، فإذا وجد المقتضى -و هو هنا الولديه- و شك في المانع -و هو الكفر- أثر المقتضى أثره، فيستحق المختلف فيه الإرث كأخيه.

و في كلتا الجهتين نظر، أما الأولى: فإن كون الإسلام ظاهر من في دار الإسلام صحيح، لكنه يقتضى الحكم بإسلام من كان فيها مع الجهل بحاله، و أما من كان مسبقا بالكفر يقينا- كما في مفروض المسألة- فلا يقتضى كونه في دار الإسلام إسلامه، فلا ظاهر في مقابل الأصل في هذا المقام.

و أما الثانية: فإن قاعده المقتضى و المانع- بناء على تماميتها- تجرى في صورته عدم جريان استصحاب المانع، مثلا: إذا تم استصحاب الفسق لا يتحقق للأب و لايه عند الشك في ثبوتها، مع أن نفس الأبوه مقتضيه للولاية.

على أن أدله إرث الولد مخصصه بعدم كفره- سواء كان الكفر مانعا أو كان الإسلام شرطا- و مع الشك في إسلام الولد في حال موت الأب يكون التمسك

بأدله الإرث من التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

فالحق ما ذهب اليه المشهور، و ان الاستصحاب يفيد الحكم بعدم الإرث، أى ان نفس عدم الإسلام كاف لعدمه.

قال المحقق: «و كذا لو كانا مملوكين فأعتقا و اتفقا على حريه أحدهما و اختلفا فى الآخر» .

أى ان ذلك نظير الصورتين المذكورتين، و الحكم نفس الحكم لجريان الاستصحاب كذلك.

و أما الصورة الثالثه فلا يجرى فيها الاستصحاب المذكور فى الصورتين السابقتين، و سيدكرها المحقق مستقله فى المسأله الثانيه.

حكم ما لو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلما و اختلفا فى الآخر:

و لو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلما و اختلفا فى الآخر، فقد جزم فى كشف اللثام بأن القول قول الآخر المختلف فيه، و احتمله الشهيد الثانى فى المسالك، لأن ظاهر الدار تشهد له، و ليس مع صاحبه أصل يستصحب هنا، لعدم الحاله السابقه، فالحكم هو اشتراكهما فى الإرث، لظاهر دار الإسلام.

و بما ذكرنا ظهر الفرق بين هذا الفرع، و بين الصورتين اللتين قلنا بجريان الاستصحاب فيهما، فقول صاحب الجواهر: «و من هنا لو اتفقا» لم يظهر وجهه.

كما لا يجوز التمسك لاستحقاقه بأدله الإرث، لأنه من التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

حكم ما لو ادعى كل منهما انه لم يزل مسلما و أنكر الآخر:

و لو ادعى كل من الابنين أنه لم يزل مسلما و أنكر الآخر فقال: بل أسلمت بعد موت الأب، فالحكم هو اشتراكهما فى الميراث، لان ظاهر دار الإسلام يشهد لكل واحد، و فى الاستدلال بعمومات الإرث هنا أيضا ما عرفت.

و فى كشف اللثام: «نعم ان كانت الدار دار كفر و كان إسلام المورث مسبوفا بكفره، احتمال ترجيح الظاهر على الأصل، فلا يرث المختلف فيه ما لم يعلم انتفاء المانع من إرثه بالبينة، و لو ادعى المختلف فيه علم الآخر بحاله كان له إحلّافه على نفيه» .

و قد أشكل فيه صاحب الجواهر مشيرا الى ما ذكره سابقا من اقتضاء الولديه للإرث، و قد عرفت الاشكال فيه.

كما أن إيراده على قول كاشف اللثام: «و لو اتفقا على كفر كل منهما أو رقيته زمانا، و ادعى كل منهما سبق إسلامه أو حرّيته على الموت و أنكر الآخر، و لم تكن بينه، و لا ادعى أحدهما العلم على الآخر، أو ادعاه فحلّف على العدم، لم يرث أحد منهما، لانه لا ارث ما لم يثبت انتفاء المانع، و لا مجال هنا للحلف، لان كلا منهما مدع لزوال المانع عن نفسه، و اما إنكاره ففى الحقيقة إنكار لعلمه بزوال المانع عن الآخر، و لا يفيد الحلف عليه، بل خصمهما فى الحقيقة هو الوارث المسلم، فان كان غير الامام عليه السلام حلّف على عدم العلم بزوال المانع» غير وارد.

هذا كله مع عدم البينة.

و لو أقام أحد الابنين بينه فى الفروع المذكوره قضى له بها.

و لو أقام كل واحد منهما بينه (فى صورته اختلافهما بأنه لم يزل مسلما و صاحبه أسلم بعد موت الأب) كانت بينه المتفق عليه خارجه و بينه الآخر داخله، فتقدم بينه المتفق عليه على القول بتقدم بينه الخارج و هو الأقوى كما عرفت سابقا، و اما مع القول بحجيه كلتا البيئتين و تكافؤهما، و عدم تقديم بينه مدعى تقدم الإسلام لاشتمالها على التقدم الزمانى، و هو نقله إلى الإسلام فى الوقت السابق من جهة تناقض البيئتين، فالبيئتان متعارضتان، و الحكم هو القرعه كسائر موارد تعارض البيئات.

و فى المسالك: ربما احتمال ضعيفا تقديم بينه المتأخر، بناء على انه قد يغمى عليه فى التاريخ المتقدم فيظن الشاهدان. و هو ضعيف لانه قدح فى الشاهد.

(المسأله الثانيه)

(حكم ما لو اتفقا ان أحدهما أسلم فى شعبان و الآخر فى أول رمضان)

(و اختلفا فى تاريخ موت الأب)

قال المحقق: «لو اتفقا أن أحدهما أسلم فى شعبان و الآخر فى غره رمضان ثم قال المتقدم: مات الأب قبل شهر رمضان، و قال المتأخر: مات بعد دخول رمضان. كان الأصل بقاء الحياه، و التركه بينهما نصفين» .

أقول: هذه هى الصوره الثالثه من صور المسأله الاولى، و هى صوره العلم بتاريخ الإسلام و الجهل بتاريخ موت الأب، فالذى أسلم فى شعبان يقول:

مات فى شعبان، و أنت أسلمت فى أول شهر رمضان، فلا تستحق للكفر، أو عدم الإسلام حين الموت، و الذى أسلم فى شهر رمضان يقول: مات بعد دخول شهر رمضان، فانا شريكك فى التركه لوجود الشرط و هو الإسلام أو عدم المانع عن استحقاق الإرث و هو الكفر.

و الحكم فى هذه المسأله هو اشتراك الأخوين فى التركه بالتنصيف، قال فى الجواهر: بلا خلاف و لا اشكال.

و دليل هذا الحكم عند المحقق هو الاستصحاب، حيث قال: «الأصل بقاء

الحياه» .

و قد عرفت ما فيه فإنه، أصل مثبت.

و عند صاحب الجواهر هو عمومات الإرث بعد عدم ثبوت المانع فالمقتضى حينئذ بحاله. و فيه ما عرفت من أنه من التمسك بالعام في الشبهه المصدقيه، لأن موضوع العمومات هو الولد المسلم في حال موت الأب.

فالدليل هو ظاهر دار الإسلام فتأمل (١).

ص: ٢٦٠

(حكم ما لو كانت دار فى يد انسان و ادعى آخر انها له و لأخيه إرثا)

قال المحقق قده: «دار فى يد انسان و ادعى آخر انها له و لأخيه الغائب إرثا عن أبيهما و أقام بينه. فان كانت كامله و شهدت أنه لا وارث سواهما سلم اليه النصف، و كان الباقي فى يد من كانت الدار فى يده. و فى الخلاف: و تجعل فى يد أمين حتى يعود، و لا يلزم القابض للنصف اقامه ضميين بما قبض.» .

أقول: فى هذه المسأله فروع:

الأول: ان هذه الدعوى تسمع من هذا الشخص و يقضى له بالبينه الكامله -أى الواجده للشرائط على ما سيأتى- التى أقامها و يسلم اليه نصف الدار.

و هذا الحكم لا اشكال فيه و لا خلاف كما فى الجواهر.

الثانى: و حيث أريد التنصيف للدار فمن يكون القاسم؟ قال فى الجواهر: و القاسم الحاكم أو أمينه أو من فى يده الدار.

أقول: أما الحاكم فلا كلام فى نفوذ تقسيمه لأنه ولى الغائب، و أما أمينه فكذلك، لانه يقوم مقام الحاكم بأمره، و أما من فى يده الدار فالمفروض إنكاره لحق المدعى، و بذلك يسقط عن الأمانه فى نظر المدعى فى الأقل، و القاسم يشترط أن يكون عادلا أميناً كما تقدم فى محله، فكيف يكون هذا الإنسان قاسما فى هذا المقام؟ .

الثالث: و إذا سلم نصف الدار الى المدعى فما هو حكم النصف الآخر الذى يدعى كونه للأخ الغائب؟ فيه قولان:

أحدهما: أن يكون الباقي فى يد من كانت الدار فى يده حتى مجيء الغائب.

و هو رأى الشيخ فى المبسوط و عليه الشهيد الثانى فى المسالك.

و الآخر: أن ينتزع الباقي منه و يجعل فى يد أمين حتى حضور الغائب.

و هو رأى الشيخ فى الخلاف و هو الأقوى عند صاحب الجواهر.

وجه الأول هو: ان البيئه حجه بعد دعوى صاحب المال، و حيث أن الغائب غير موجود حتى يدعى، فبيئه أخيه لا تثبت ملكيه الغائب للنصف الآخر، فيبقى بيد من كانت الدار فى يده كما كان.

و وجه الثانى هو: أن البيئه حجه، و لا- يتوقف استيفاء الحق على حكم الحاكم المتوقف على حضور المدعى و دعواه، و عليه فترفع يد ذلك الإنسان عن الباقي.

و قد قدّمنا فى محله بيان هذين القولين و أن الأقوى هو الثانى.

و قد يجعل منشأ الاختلاف صلاحيه قيام أحد الوراث مقام الميت فى إثبات الحق أو الملك، و عدمها بل يكون حق الدعوى لمجموع الورثه، فلو ادعى أحدهم و أقام البيئه ثبت حقه دون غيره؟ فالعلامه فى المختلف و كاشف اللثام على الأول، و الشهيد الثانى فى المسالك على الثانى.

و الظاهر هو الأول، لأن هذا الأخ الحاضر يدعى الإرث و يريد إثباته، فإذا أقام بينه و أثبته فقد ثبت حقه و حق الغائب، و المفروض ان الغائب إذا حضر لا يطالب بأكثر من الإرث الذى يستحقه.

الرابع: انه لو أبقي النصف بيد من كانت الدار فى يده فهل يضمن أولاً؟ قال المحقق: لا. للأصل و غيره بعد ثبوت الانحصار بالبيئه، و لا يخفى أن هذا مبنى على صحه التضمنين بالنسبه إلى الأعيان كالديون.

قال المحقق: «و نعى بالكامله ذات المعرفه المتقادمه و الخيره الباطنه» .

أقول: قد اختلفت عبارات الأصحاب فى معنى البيئه الكامله هاهنا، ففى المسالك» ان مقتضى عباره المصنف و الأكثر أن المراد بها ذات الخبره و المعرفه بأحوال الميت، سواء شهدت بأنها لا- تعلم وارثا غيرهما أم لا- و حينئذ تنقسم الى ما يثبت بها حق المدعى بأن تشهد بنفى وارث غيره، و الى غيره و هى التى لا تشهد بذلك» و قد اختار صاحب المسالك هذا المعنى. و ذكر أن الشهاده هى أن يشهد العدلان بعدم وجود وارث آخر فيما يعلمان» قال: «و لا يجب القطع بل لا يصح، و لا تبطل به شهادتهم» .

و تبعه فى ذلك كله كاشف اللثام فى تفسير عباره القواعد التى هى مثل عباره المتن.

و فى الجواهر: «الظاهر الاكتفاء فى ثبوت الوصفين بشهادتهما بذلك بعد ثبوت عدالتهما، بل الظاهر كون المراد بكمالها أنها تشهد بالنفى، و حينئذ فعدم شهادتها بذلك هو عدم كمالها، فقول المصنف: (و لو لم تكن البيئه كامله و شهدت انها لا تعلم وارثا غيرهما) بمنزله التفسير لها كقوله أولا: (و شهدت) الى آخره» .

و اعترض على الشهيد الثانى و كاشف اللثام قائلا: «و ما أدرى ما الذى دعاهما الى ذلك؟! مع أن حمل العباره على اراده التفسير أولى كما هو صريح الإرشاد، قال: و لو ادعى ما فى يد الغير أنه له و لأخيه الغائب بالإرث، و أقام بينه كامله، بأن شهدت بنفى وارث غيرهما سلم اليه النصف» و لا- ينافى ذلك قوله فى المتن «و نعى» الى آخره المحمول على اراده بيان أن الشهاده بالنفى على وجه القطع لا تكون غالبا الا من ذى الخبره الباطنه.

و دعوى المفروغيه من الاجتزاء بشهاده ذى الخبره بنفى العلم محل منع و ان جزم به فى الدروس. كدعوى المفروغيه من عدم قبول شهاده غير ذى الخبره

بالنفي على وجه القطع، بل هو في الحقيقة قدح في الشاهد العدل.

فالتحقيق حينئذ الاكتفاء بالشهادة بالنفي من العدل مطلقا، وعدم الاكتفاء بها إذا كانت بنفي العلم كذلك، إلا إذا أريد من عدم العلم النفي فيما يعلم، فإنها شهادة بالنفي حينئذ، كما هو ظاهر كلامهم خصوصا الدروس. وبهذا المعنى يمكن الفرق بين ذات الخبره وغيرها. لكن قد يقال: ان الشهاده بالنفي المزبور أيضا لا تكون الا من ذى الخبره أو شبهه.

أقول: انه يعتبر في هذه الشهاده ثلاثه أمور أحدها: أن يشهدا بكون الدار ملكا للميت، و الثاني: أن يشهدا بكون الأخوين وارثين، و الثالث: أن يشهدا بعدم وجود وارث غيرهما.

لكن الأصحاب لم يتعرضوا الى اعتبار الأمر الأول، و اختلفوا في الثالث و أنه هل يشترط أن تكون الشهاده بالنفي على وجه القطع أولا؟ و ظاهر عباره المحقق «قده» هو ما ذكره ثاني الشهيدين، و حملها على ما في الجواهر خلاف ظاهرها.

نعم لا مانع من القول بالاكتفاء بالاستصحاب بالشهادة بالنفي، لخبر معاويه قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يكون في داره ثم يغيب عنها ثلاثين سنه و يدع فيها عياله ثم يأتيها هلاكه، و نحن لا ندرى ما أحدث في داره، و لا ندرى ما أحدث له من الولد، إلا انا لا نعلم أنه أحدث في داره شيئا و لا حدث له ولد و لا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك في الدار حتى يشهد شاهدا عدل ان هذه الدار دار فلان بن فلان مات و تركها ميراثا بين فلان و فلان أو نشهد على هذا؟ قال: نعم» (1)

حكم ما لو لم تكن البيئه كامله

قال المحقق: «و لو لم تكن البيئه كامله و شهدت انها لا- تعلم وارثا غيرهما أرجئ التسليم حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصيا بحيث لو كان وارث لظهر»

ص: ٢٦٤

أقول: ان كانت البيئه كامله دفعت الدار إلى ذى الحق، و لو لم تكن كامله ارجىء تسليم الدار حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصيا بحيث لو كان لبان، و لا يرجع الى أصله عدم الوارث، لان هذا الأصل لا يفيد انحصار الوارث بالحاضر فى الظاهر، قال فى الجواهر: «على أن قاعده الضرر الحاصل بضمنان من فى يده المال لو ظهر بعد ذلك معارضه له، فأصل البراءه من وجوب الدفع الى هذا الحاضر الذى لم يعلم انحصار الوارث فيه بحاله» .

قال المحقق: «و حينئذ يسلم الى الحاضر نصيبه و يضمه استظهارا» .

أقول: ان الغرض من تضمين الحاضر هو الاستظهار و الاطمئنان ببقاء حق الوارث المحتمل و إمكان دفعه اليه لو ظهر، و على هذا فلا موضوعيه للتضمين، فلو كان الوارث الحاضر موثقا و كان ملثيا فلا حاجه الى التضمين.

و ليس المراد من ارجاء التسليم عدم جوازه، حتى يستشكل بأن الأصل عدم الوارث، بل المراد عدم وجوبه لئلا يتضرر ذو اليد لو ظهر الوارث، و على هذا فلو شاء ان يسلم الى الحاضر كان له ذلك، نعم إذا كان الغرض حفظ حق الوارث المحتمل لم يجز له الدفع الا مع التضمين أو الوثوق.

و قد يناقش بأن المفروض سقوط ذى اليد عن الأمانه بإنكاره دعوى الوارث الحاضر، فلو لم تسلم الدار الى الحاضر بالبينه و الأصل وجب عليه تسليمها الى الحاكم، فلا وجه لإبقائها فى يده على كل حال.

على أن جواز تسليمه الدار الى الحاضر- كما فى الجواهر- يعنى قيام الحجج الشرعيه على مالكيته، فسواء أريد من إبقائها دفع الضرر عن ذى اليد أو عن الوارث المحتمل يجب انتزاع الدار من يده، و اما إذا لم تتم الحجج للوارث الحاضر فلا يجوز تسليم شىء إليه حتى مع التضمين.

هذا كله إذا لم يكن الوارث الحاضر ذا فرض. و أما إذا كان ذا فرض لا ينقص عن فرضه على كل تقدير، كالزوجه مع الابن، فان لها الثمن سواء كان للابن

المذكور أخ أو وارث آخر أولا-فلا إشكال في وجوب دفع نصيبه تاما اليه.

قال المحقق: «و لو كان ذا فرض أعطى مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه تاما، و على التقدير الثاني يعطيه اليقين ان كان وارث، فيعطى الزوج الربع» أى: لاحتمال وجود ولد منها «و الزوجه ربع الثمن» أى: لاحتمال وجود زوجات له ثلاثه، و يكون الإعطاء «معجلا من غير تضمين و بعد البحث يتم الحصه مع الضمين» .

حكم ما لو كان الوارث ممن يحجبه غيره:

قال: «و ان كان الوارث ممن يحجبه غيره كالأخ، فإن أقام بينه الكامله أعطى المال. و ان أقام بينه غير كامله أعطى بعد البحث و الاستظهار بالضمين» .

أقول: ان كان الوارث ممن يحجبه غيره عن الإرث كالأخ المحجوب بالأبوين و الأولاد فلا يعطى شيئا، لعدم العلم بكونه وارثا، فان ادعى ذلك فإن أقام بينه الكامله أعطى المال كله. و ان أقام بينه ناقصه أعطى بعد البحث عن الحاجب مع الاستظهار بالضمين.

هذا و فى المسالك تبعا للدروس: «و لو صدق المتشبه المدعى على عدم وارث غيره فلا عبره به ان كان المدعى به عينا، لأنه إقرار فى حق الغير، و ان كان دينا أمر بالتسليم، لأنه إقرار فى حق نفسه، لانه لا- يتعين للغائب على تقدير ظهوره الا بقبضه أو قبض وكيله. و قد تقدم البحث فى نظيره من دعوى وكالة الغائب فى الأمرين» .

و قد وافقهما على ذلك كاشف اللثام قال: «و حكم الدين حكم العين فى جميع ذلك، إلا فى وجوب انتزاع حصه الغائب فقد يقال بالعدم. و الفرق بأن الأحوط هنا العدم، لانه لا يتلف ما لم ينتزع لتعلقه بالذمه، و بأن العين شىء واحد شهدت به بينه، و الدين حقوق متفرقه بعدد مستحقيه. و يفارقها أيضا فى أنه لا يكفى فى العين تصديق صاحب اليد فى الانحصار و يكفى فى الدين، فإذا صدقه أعطى نصيبه كاملا من غير بحث، أخذا بإقراره» .

قلت: قد ذكرنا سابقا فى مسأله ما لو تنازع اثنان فى عين بيد ثالث فصدق الثالث أحدهما: أن المصدق يكون حينئذ ذائد على العين و يكون الآخر مدعيا له، و الأمر فيما نحن فيه كذلك، بل هو اولى لكون الوارث الآخر محتمل الوجود لا مقطوعه، فتسلم العين الى هذا المصدق، فان حضر الوارث المحتمل و اقام البيئه بحصته أخذ و الا فلا.

و أما على ما ذكروا فان الفرق المذكور بين العين و الدين صحيح، و اشكال صاحب الجواهر غير وارد.

ص: ٢٤٧

(المسأله الرابعه)

(حكم ما إذا ماتت امرأه و ابنها و تنازع زوجها و أخوها فى تاريخ موتها)

قال المحقق قدس سره: «إذا ماتت امرأه و ابنها، فقال أخوها: مات الولد أولاً ثم المرأه، فالميراث لى و للزوج نصفان، و قال الزوج: بل ماتت المرأه ثم الولد فالمال لى، قضى لمن تشهد له البيئه.»

أقول: إذا ماتت امرأه و ابنها و لم يعلم سبق أحدهما و لا الاقتران، و وقع النزاع بين زوجها و أخيها، فقال أخوها: مات الولد أولاً ثم ماتت المرأه، فالميراث الحاصل من تركه المرأه بما فيه إرثها من الولد لى و للزوج، لكل نصف. و قال الزوج بل ماتت المرأه أولاً، فإرثها لى و لولدها ثم مات الولد من بعدها فالمال كله لى، ففى المسأله صور:

الاولى: ان يكون لأحدهما خاصه بينه على ما يدعيه، و لا اشكال و لا خلاف كما فى الجواهر فى انه يقضى لصاحب البيئه.

الثانيه: ان يكون لكليهما بينه، و حينئذ إذا تكافئتا سقطتا بالتعارض، و الحكم هو الرجوع الى القرعه، فمن خرج اسمه حلف و أخذ و الا احلف الأخر، و ان امتنعا قسم المدعى به بينهما نصفين.

أى: انه ان كان الولد قد مات قبل امه فيستحق الأخ نصف تركه المرأه، و ان كان قد مات بعدها فلا يستحق شيئاً، فمورد النزاع نصف تركه المرأه، فإذا وقعت

القرعه و امتنعا عن اليمين قسم النصف بينهما نصفين، فيكون للأخ الربع و للزوج ثلثه أرباع.

و الثالثه: ان لا يكون لأحدهما بينه.

قال المحقق: «و مع عدمها لا يقضى بإحدى الدعويين، لانه لا ميراث الا مع تحقق الحياه، فلا ترث الام من الولد و لا الابن من أمه، و يكون تركه الابن لأبيه و تركه الزوجه بين الأخ و الزوج» .

فظهر ان الحكم فى هذه الصوره كون تركه الابن كلها لأبيه بعد يمين الأب أنه ما مات قبل أمه، و تكون تركه الزوجه بين الأخ و الزوج-بعد يمين الأخ أنها ما ماتت قبل ولدها-لكل منهما نصف، إذ ليس هنا نصف مفروغ عنه للزوج كما فى الصوره الثانيه حيث أقام كلاهما البيئه، لأن اليمين تنفى وارثيه الميت من قبل، و ليس لازم هذا النفي-و هو الموت من بعد-أثرا شرعيا، بخلاف البيئه هناك فان لازمها حجه، و هذا هو سر الفرق بين الصورتين.

هذا كله مع الجهل بتاريخ موتهما.

و لو كان تاريخ موت أحدهما متفقا عليه بينهما كأن يكون موت الابن فى يوم الجمعة فيستصحب حياه الأم حتى يوم السبت فترث الابن و تموت، فهما فى تركتها شريكان بالتنصيف، و ان كان العكس يستصحب حياه الابن فيرث أمه، فإذا مات كان جميع التركة للأب.

و لو علم إجمالا بتقدم تاريخ موت أحدهما على موت الآخر، فلا يحلفان حتى ينفى التوارث، بل يقرع لأجل تعيين الوارث.

(المسأله الخامسه)

(حكم ما لو تنازع وارث الميت و زوجته حول شىء من التركه)

قال المحقق: «لو قال: هذه الأمه ميراث أبى، و قالت الزوجه: هذه أصدقنى إياها أبوك، ثم أقام كل منهما بينه قضى بينه المرأه لأنها تشهد بما يمكن خفاؤها على الأخرى» .

أقول: لو وقع النزاع بين الوارث و زوجته فى شىء من التركه، فقال الوارث هذا ميراث أبى فهو لى، و قالت الزوجه: هذا أصدقنى إياه أبوك ففى المسأله صور.

الاولى: ان لا يكون للزوجه المدعيه بينه، فان القول قول الوارث يمينه لأن الأصل عدم الاصداق.

و الثانیه: ان تقيم الزوجه بينه. فلا كلام فى انه يقضى لها.

و الثالثه: ان يقيم كل منهما بينه فهنا أيضا يقضى للزوجه بتقديم بينتها، لأنها تشهد بما يمكن خفاؤه على بينه الوارث.

و كذا لو كانت العين فى يد أجنبى لا يدعيها.

و لو وقع التعارض بين البنتين كأن تدعى الزوجه الاصداق فى يوم الجمعہ فتشهد بينتها بذلك ثم تشهد بينه الوارث بموت المورث فى يوم الخميس، فقد يقال بترجيح بينه الوارث، لكونه ذا اليد و كون مدعاه أسبق زمانا، و مع عدم المرجح فالحكم هو القرعه أو التنصيف بدونها.

لا ريب فى عدم لحوق الولد بأبين فصاعدا عندنا و ان كانا قد واقعا فى طهر واحد، للاخبار و الإجماع. خلافا للمحكى عن أبى حنيفه من الإلحاق بهما مع الاشتباه، بل عن بعضهم الإلحاق بثلاثه، بل عن المتأخرين منهم جواز الإلحاق بألف أب على قول أبى حنيفه، بل عنه أيضا الإلحاق بأمين إذا تنازعتا و اشتبه الأمر، بل قد يأتى بناء على ما تقدم ذكره عن متأخريهم جواز إلحاق الولد بألف أم.

و لعل هؤلاء قالوا بذلك على أساس القياس عندهم، فقاموا هذا المورد بمسأله شركه الأبوين فى الأولاد، فإن الولد يتكون من ماء الرجل و المرأة معا حيث قال تعالى «يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَ التَّرَائِبِ» (١) و لذا يرث الولد أبويه، فكما يكونان شريكين فى الولد لتولده منهما كذلك يكون الولد ملحقا بالأبوين فصاعدا لتولده منهما.

لكنه-مع ابتناؤه على القياس الباطل-فاسد من جهه أنه إذا انعقدت النطفه من الرجل و المرأة فقد تم الأمر، و فى بعض الروايات دلالة على ذلك، فلو واقع هذا الرجل أو غيره تلك المرأة لم يكن للماء الجديد أى علاقه بما كان من الماء الأول و لكل موضع غير موضع الآخر.

ثم ان الرجوع الى القائف واضح الفساد كذلك، فإنه لا عبره بالقيافه عندنا، و لا تكون ملاكا للإلحاق، و ان تحققت المشابهه بين الولد و أحد الرجلين غالبا،

ص: ٢٧٣

فان الشارع قد أسقط هذه الغلبه عن الاعتبار، على أنه قد لا يشبه الابن أباه الحقيقي في الأوصاف.

و بعد هذا كله نقول: ان عمده الأدله في الاختلاف في الولد هو قوله صلى الله عليه وآله «الولد للفراش و للعاهر الحجر»
(١)فقيل معناه: الولد لمالك الفراش، و في المصباح المنير: «و قوله عليه الصلاه و السلام: الولد للفراش أى للزوج، فان كل واحد من الزوجين يسمى فراشا للآخر كما سمي كل واحد منهما لباسا للآخر» .

و كيف كان فان الحديث لا يعم النكاح الفاسد. و قال السيد في العروه بأن المراد هو الفراش الفعلى سواء أمكن إلحاقه بالفراش السابق أولا. و عن القواعد: انه لو كان زوجا في نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين ففى انقطاع إمكانه نظر، من تحقق الفراش ظاهرا و انتفائه حقيقه.

صور الاختلاف في الولد

اشاره

هذا و في المسأله صور:

الصوره الأولى:

إذا لم يكن فى البين فراش أصلا، بل وطئ اثنان امرأه عن سفاح لم يلحق الولد بأحدهما. و أثر ذلك عدم التوارث فقط، و أما الآثار الأخرى كالنظر و النكاح ان كان الولد بنتا فإنه يجوز لكل منهما نكاحها، و يحرم عليه النظر إليها للأصل. أما هى فلا يجوز لها ذلك مع أحدهما لعلمها إجمالا بكونها لأحدهما.

و بالجملة ان وطئها عن زنا لم يلحق الولد بأحدهما شرعا، نعم لا يبعد الرجوع الى القرعه لتعيين من هو له منهما لأجل ترتب الآثار من النكاح و نحوها، اللهم إلا أن يقال بعدم ترتب شىء من الآثار مطلقا. لكن لا تعرض هنا ظاهرا فى الاخبار و الفتاوى إلى القرعه.

و الصوره الثانيه:

ان تحقق الوطء من الرجلين بشبهه و فى طهر واحد كان

ص: ٢٧٤

المرجع القرعه، لإمكان كون الولد من كل منهما، فمن خرج اسمه ألحق به.

و الصورة الثالثه:

أن يعقد كل منهما عقدا فاسدا. و المرجع هنا أيضا القرعه.

و الصورة الرابعه:

أن يطاء اثنان امرأه و هى زوجه لأحدهما و مشبهه على الآخر، و الحكم عند الأصحاب هو الرجوع الى القرعه.

و قد ذكر المحقق حكم الصور الثلاث الأخيره بقوله:

«إذا وطئ اثنان امرأه و طءا يلحق به النسب اما بأن تكون زوجه لأحدهما و مشبهه على الآخر، أو مشبهه عليهما، أو يعقد كل منهما عليها عقدا فاسدا ثم تأتي بولد لسته أشهر فصاعدا ما لم يتجاوز أقصى الحمل فحينئذ يقرع بينهما» .

فان قيل: مقتضى الحديث الشريف: «الولد للفراش و للعاهر الحجر» هو إلحاق الولد فى الصورة الرابعه بالزوج، لانه صاحب الفراش و ان كان «للعاهر الحجر» لا ينطبق على الواطئ هنا، لعدم تحقق الموضوع و هو الزنا فى هذه الصوره، و بالجمله يجرى هذا الحديث فى صوره وجود فراش-زوجا كان أو مولى-سواء كان الوطاء الآخر عن زنا أو شبهه، و لا يتحقق لأحد هذين فراش حتى يكون و طؤه و طأ يلحق به النسب، حتى يقع التعارض و يشكل الأمر فيرجع الى القرعه.

بل لقد تمسك الامام عليه السلام بالحديث حيث لا يوجد فيه الزنا و لا شبهه، ففى خبر الصيقل: «عن رجل اشترى جاريه ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها. قال:

بئس ما صنع يستغفر الله و لا يعود.

قلت: فان باعها من آخر و لم يستبرئ رحمها ثم باع الثانى من رجل آخر فوقع عليها و لم يستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث. فقال أبو عبد الله عليه السلام الولد للفراش و للعاهر الحجر» (١).

اذن لا ينحصر مجرى الحديث بمورد وجود الزنا أو الوطئ بشبهه فالرجوع

إلى القرعه لما ذا؟ قلت: ان الواطئ بشبهه ليس بصاحب فراش-خلافًا لصاحب الجواهر- لكن دليل القول بالقرعه فى هذه الصورة هو الإجماع.

قال المحقق: «سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين، أو عبيدين أو حرين، أو مختلفين فى الإسلام و الكفر و الحرية و الرق، أو أبا و ابنه» .

أقول: قال فى الجواهر: بلا خلاف معتد به أجده بيننا فى ذلك بل الظاهر الإجماع عليه، بل ادعاه بعض صريحا.

و يدل عليه صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «إذا وقع المسلم و اليهودى و النصرانى على المرأه فى طهر واحد أقرع بينهم، فكان الولد للذى تصيبه القرعه» (١).

قال فى الجواهر: نعم عن لقطه المبسوط أن المسلم و الحر أولى، و لكن قد استقر الإجماع على خلافه.

هذا مع عدم العلم بسبق أحدهما.

و لو علم سبق أحدهما على الآخر فى الوطاء ففى إلحاقه بالأخير أو القرعه كذلك بحث.

هذا كله إذا كان الوطئ منهما فى طهر واحد، فإن وطأ أحدهما فحاضت، ثم وطئ الآخر، فهل يكون الإلحاق بالقرعه أيضا؟ نعم، لإمكان كونه من الأول، لأن الحمل و الحيض قد يجتمعان.

لكن فى القواعد و كشف اللثام: «انه إذا كان ذلك انقطع الإمكان عن الأول لأن الحيض علامه براءه الرحم شرعا، الا ان يكون الأول زوجا فى نكاح صحيح لكون الولد للفراش، الا ان يعلم الانتفاء، و تخلل الحيض لا يفيد العلم به هنا، لقوه الفراش» .

و أشكل عليه فى الجواهر بقوله: الا انه لا يخفى عليك ما فيه على كل

ص: ٢٧٦

من تقديري مجامعه الحيض للحمل و عدمه، و قوه الفراش لو كانت تنفع لنفعت في اجتماعهما في طهر واحد أيضا.

قالا: و لو كان زوجا في نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين ففي إمكانه نظر، من تحقق الفراش ظاهرا و انتفائه حقيقه.

أقول: هذه صورته أخرى بالإضافة إلى الصور السابقة، و هو أن يكون الأمر دائرا بين الوطء بشبهه-بمعنى كونه زوجا ظاهريا-و بين الزنا أو الوطى بشبهه ممن ليس بزوج ظاهري، و تفيد هذه العبارة التوقف في إمكان معارضه الوطء بشبهه لصاحب الفراش، من جهة التأمل في صدق الفراش على الفراش الظاهري، و هذا يؤيد ما ذكرناه سابقا كما لا يخفى، و الحكم في هذه الصوره هو الإلحاق بالفراش الظاهري للحديث الشريف بناء على صدق الفراش، و الا فالقرعه.

قال المحقق: «هذا كله إذا لم يكن لأحدهم بينه» .

أقول: يعنى ان الرجوع الى القرعه هو فيما إذا لم يكن لأحد الواطئين بينه، أو كان لكل واحد منهم و تعارضتا لعدم المرجح، و الا حكم بالبينه لمن كانت له أو كانت بينته أرجح.

لكن البينه تفيد فيما إذا علم بتحقيق وطئ واحد، ثم اشتبه الواطئ بين اثنين فتشهد البينه أنه هذا لا ذاك لكونه معهما في سفر مثلا، و أما إذا وقع الوطء من اثنين فلا يمكن للبينه تعيين من يلحق به الولد منهما.

قال المحقق: «و يلحق النسب بالفراش المنفرد، و الدعوى المنفردة، و بالفراش المشترك، و الدعوى المشتركة، و يقضى فيه بالبينه و مع عدمها بالقرعه» .

أقول: أما الفراش المنفرد فواضح، و أما الدعوى المنفردة فتكون بالنسبه إلى صبي مجهول النسب، فلو ادعاه و لا معارض له في هذه الدعوى ألحق به، و لا يسمع إنكاره بعد كبره، نعم في الكبير المجهول النسب خلاف سنشير اليه.

و لو اشترك اثنان أو أزيد في هذه الدعوى قضى بالبينه، و مع عدمها أو تعارضها

بالقرعه. و أما الفراش المشترك فقد عرفت الكلام فيه.

و لا فرق عندنا فى الدعوى بين الرجل و المرأة، فلو استلحقت ولدا فان لم ينازعها أحد لحق بها، و ان نازعها كان الولد لذات البينه، و مع عدمها أو تعارضها فالمرجع القرعه.

فروع ذكرها فى الجواهر عن بعض الأصحاب:

و هنا فروع أوردها صاحب الجواهر عن بعض الأصحاب، و نحن نوردها تبعا له:

«من انفرد بدعوى مولود صغير فى يده لحقه الا- أن يضر بغيره، كأن يكون معتقا ولاؤه لمولاه، فان بنوته تقتضى تقدمه على المولى فى الإرث، فإن بلغ و انتفى عنه لم يقبل نفيه إلا بينه، استصحابا لما ثبت شرعا، و كذا لو أقر بالمجنون فأفاق و أنكر، و ليس لأحدهما إحلاف الأب، لأنه لو جحد بعد الإقرار لم يسمع» .

قال فى الجواهر: «و لا يخفى عليك وجه البحث فى ذلك» .

«لو ادعى نسب بالغ عاقل فأنكر لم يلحقه إلا بالينه. و ان سكت لم يكن تصديقا» قلت: بل الأظهر كونه تصديقا، فإذا سكت كانت دعوى المدعى بلا معارض.

«لو ادعى نسب مولود على فراش غيره بأن ادعى وطئا لشبهه لم يقبل و ان وافقه الزوجان، بل لا بد من البينه على الوطى لحق الولد» .

«لو تداعيا صبيا و هو فى يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصة على اشكال فى أن اليد هل ترجح كما يرجح الملك» أى على ذاك إقامه البينه، و مع عدمها لحق بصاحب اليد على اشكال فى عموم أدله حجيه اليد للإنسان الذى ليس مملوكا بل حرّ منسوب، فقد يقال بعدم صدق اليد على الحر، و حينئذ فالملاك البينه و الا فالقرعه.

«لو استلحقه صاحب اليد و لو ملتقطا و حكم له شرعا لم يحكم للآخر إلا بينه» .

«لو استلحق ولدا و قال: انه من زوجتى هذه فأنكرت الزوجه ولادته ففى

لحوقه بها بمجرد إقرار الأب نظر» أى: لأن هذه الدعوى ليست بلا معارض لأنها عارضت، فى الجواهر: بل منع لكونه إقرارا فى حق الغير. أقول: و لكن أثر وجوب النفقه و نحوه مترتب على هذا الإقرار.

«لو بلغ الصبى بعد أن تداعاه اثنان قبل القرعه فانتسب إلى أحدهما قبل، و أشكله بعض بأنه إقرار فى حق الغير مع عدم دليل على قيام تصديقه مقام البينه أو القرعه» و الظاهر ورود هذا الاشكال لعدم وجود نص يدل على اعتبار الإقرار بالولديه، نعم لو أقر بالرقية لأحد قبل لانه على نفسه، كما لا سيره على القبول.

«و لا عبره بميل الطبع عندنا» أى: ان هذا لا يكون دليلا شرعيا للانتساب و ان كان وجود هذا الطبع حقيقه واقعيه.

«و ان لم ينتسب الى أحد منهما أقرع ان لم ينكرهما معا، و الا- لم تفد القرعه بناء على قبول تصديقه، و لا- يقبل رجوعه بعد الانتساب، و لا- اعتبار بانتساب الصغير و ان كان مميزا، و نفقته قبل الثبوت شرعا عليهما، ثم يرجع من لم تلحقه القرعه به على الأخر» .

و أشكل عليه فى الجواهر: «و فيه: ان دفعها قد كان لإقراره فلا وجه لرجوعه» الا ان يقال بان لوازم البينه حجه فعلى مقيمها جميع النفقه، لكن قلنا سابقا بأن الإقرار مقدم على جميع الأدله. هذا، و قد ذكرنا سابقا احتمال قبول دعوى الصبى فراجع» .

«لو أقام كل من المدعين بينه بالنسب و تعارضتا و لا ترجيح. حكم بالقرعه عندنا» .

«لو أقام أحدهما بينه ان هذا ابنه و آخر بينه ان هذا بنته فظهر خنثى، فان حكم بالذكوريه بالبول و غيره فهو لمدعى الابن، و ان حكم بالأنوثيه فهو لمدعى الأنثى، لأن كلا منهما لا يستحق الا من ادعاه، و ان ظهر خنثى مشكلا أقرع» .

أقول: هذا آخر كتاب القضاء. وقد كان الفراغ منه فى اليوم الثامن عشر من شهر ربيع الآخر من شهر السنه الثالثه بعد الأربعمائه بعد الالف من الهجره النبويه.

فى الحوزه العلميه بمدينه قم المقدسه و سيتلوه ان شاء الله تعالى كتاب الشهادات.

و الحمد لله أولا و آخرا، و صلى الله على سيدنا محمد و آله الطيبين الطاهرين، و لا سيما آخرهم بقيه الله فى الأرضين، و لعنه الله على أعدائهم أجمعين من الأولين و الآخرين.

على ابن حجه الإسلام و المسلمين السيد نور الدين نجل آيه الله العظمى السيد محمد هادى الميلانى قدّه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

